

Adieu thuislandcontrole ?

Prudentieel toezicht door de Europese Centrale Bank op kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone

Pieter Van Cleynenbreugel⁽¹⁾

1. Inleiding – De opeenvolging van banken- en staatsschuldencrisis in Europa leidde tot de fundamentele invraagstelling van bestaande regelgevingsstructuren en toezichtmechanismen en creëerde het noodzakelijke politieke momentum om die structuren en mechanismen te hervormen of ten minste te versterken⁽²⁾. De Europese Unie maakte dankbaar gebruik van dit politieke momentum. Er stellig van overtuigd dat een volgende banken- en eurocrisis vermeden kan worden door het prudentieel toezicht op kredietinstellingen op een meer centraal - lees : supranationaal - niveau uit te oefenen⁽³⁾, werd de oprichting van een *eengemaakt toezichtmechanisme* op kredietinstellingen vooropgesteld. Verordening 1024/2013 van 15 oktober 2013 geeft uitvoering aan dat eengemaakt toezichtmechanisme door de *Europese Centrale Bank* (ECB) tot voornaamste prudentiële toezichthouder op de kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone te promoveren⁽⁴⁾.

Deze bijdrage analyseert de aldus tot stand gebrachte wijzigingen aan de organisatie van het Europese banktoezicht en de daaruit voortvloeiende nieuwe taakverdeling tussen supranationale en nationale banktoezichthouders.

De bijdrage bestaat uit vijf onderdelen. Het eerste onderdeel schetst de plaats van de Europese Centrale Bank in het systeem van Europees banktoezicht na Verordening 1024/2013. Het tweede onderdeel geeft weer welke specifieke taken van prudentieel toezicht de ECB vervult in verhouding tot kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone. Hoewel het ECB-toezicht op het eerste gezicht bijzonder ruim lijkt, *beperkt* Verordening 1024/2013 dit toezicht hoofdzakelijk tot belangrijke kredietinstellingen en wordt het prudentieel toezicht op 'minder belangrijke' kredietinstellingen grotendeels aan bestaande nationale toezichthouders overgelaten. Om de ECB in staat te stellen haar nieuwe toezichttaken effectief uit te voeren, werden belangrijke institutionele en organisatorische wijzigingen aan de bestaande ECB-structuren vooropgesteld. Het derde onderdeel gaat in op die wijzigingen. Het vierde onderdeel bespreekt de toezichthoudende rol van de ECB met betrekking tot niet-Eurozone lidstaten en derde landen. Het vijfde onderdeel blikt tot slot kort vooruit op de inwerkingtreding van het gemeenschappelijk toezichtmechanisme en op de toekomstige rol en plaats van het eengemaakt toezichtmechanisme in een zich steeds verder ontwikkelende Europese bankenunie.

1. Universitair docent (Europees) economisch recht, Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Doctor in de Rechten (KU Leuven), LL.M (Harvard); p.j.m.m.van.cleynenbreugel@law.leidenuniv.nl. De bijdrage werd afgesloten op 24 februari 2014.
2. De crisiservaring leidde althans tot de overtuiging dat 'iets' doen beter was dan niets doen op nationaal niveau, zie K. GEENS, "Post Financial Crisis Regulation in Belgium", *European Company Law* 2011, (207), 211. Voor een vergelijkbare analyse in de context van de Europese Unie, zie N. MOLONEY, "EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis : 'More Europe' or more Risks ?", *Common Market Law Review* 2010, (1317), 1325-1326.
3. Zie hierover al de voorstellen gemaakt in het De Larosière Rapport opgesteld op 25 februari door The High Level Group on Financial Supervision in the EU en beschikbaar op http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, 42 (hierna genoemd De Larosière Rapport), waar in overweging 169 zelfs het voorstel gelanceerd werd dat de Europese Centrale Bank een belangrijke toezichthoudende functie zou dienen te vervullen in het dagdagelijks toezicht op kredietinstellingen : *In the area of micro-prudential supervision, the views have been put forward to the Group that the ECB could become responsible for the direct supervision of cross-border banks in the EU or only in the euro zone. This could cover all cross-border banks or only the systemically important ones. In such a scenario, the competences, currently assigned to national supervisory authorities, would be transferred to the ECB which, inter alia, licence the institutions concerned, enforce capital requirements, carry out on-site inspections.*
4. Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *Pb.L.* 29 oktober 2013, afl. 287, 63 (hierna Verordening 1024/2013 genoemd).



1. Eenheid in complexiteit? De plaats van de Europese Centrale Bank in het Europees banktoezicht na de crisis

2. Interne markt voor bankdiensten als uitgangspunt – De Europese Unie boekte de voorbije drie decennia een enorme vooruitgang in de ontwikkeling van een interne markt voor bankdiensten. Nieuw geharmoniseerde regels voor vergunning van en toezicht op kredietinstellingen hadden tot doel het grensoverschrijdend aanbieden van bankdiensten voor deze instellingen te vergemakkelijken⁵. In één lidstaat - het 'thuisland' - gevestigde kredietinstellingen die aan deze minimaal geharmoniseerde regels voldeden, konden immers hun vergunde activiteiten onder dezelfde voorwaarden uitoefenen in een andere lidstaat - een 'gastland' - door middel van grensoverschrijdende dienstverlening of door middel van de vestiging van een bijkantoor⁶. Andere lidstaten waren op grond van het Europese Unierecht verplicht een in een andere lidstaat vergunde kredietinstelling te erkennen en de vergunde activiteiten op het eigen grondgebied toe te staan (eenheidsvergunning met wederzijdse erkenning of het Europees bankenpaspoort)⁷. Het thuisland bleef daarbij als principiële banktoezichthouder optreden, ook inzake activiteiten ontplooid op het grondgebied van een andere lidstaat⁸.

Het thuislandcontrolesysteem blijft tot op vandaag in voege. Zoals eerdere bankenrichtlijnen dat al deden, bevestigt ook Richtlijn 2013/36/EU van 26 juni 2013 het systeem van eenheidsvergunning, wederzijdse erkenning en thuislandcontrole⁹. De thuislandtoezichthouder

moet in principe enkel in kennis gesteld worden van de intentie van een kredietinstelling om in een andere lidstaat een bijkantoor op te richten of grensoverschrijdend diensten aan te bieden¹⁰. Daaropvolgend licht het thuisland de toezichthouder van het gastland in, die zich op die manier op de komst van de grensoverschrijdend actieve kredietinstelling dient voor te bereiden¹¹. De eigenlijke toezicht- en interventiebevoegdheden van het gastland blijven daarbij evenwel beperkt.

3. Bankenuie met 'noodzakelijk' eengemaakt toezicht op Eurozonekredietinstellingen – Het thuisland- en gastlandcontrolesysteem vertrouwd in beginsel uitsluitend op (samenwerking tussen) nationale toezichthouders om de goede werking van de interne markt voor bankdiensten te verzekeren¹². Als gevolg hiervan bleken transnationale bankengroepen vaak door nationale toezichthouders met beperkte middelen gecontroleerd te worden en bleken systemische en grensoverschrijdende risico's aan de aandacht van die toezichthouders te ontsnappen¹³. Hoewel als gevolg van de financiële crisis nieuwe Europese Toezichthouders op financiële markten werden opgericht met de mogelijkheid om bindende beslissingen ten aanzien van nationale autoriteiten en marktoperatoren aan te nemen¹⁴, leidde die evolutie niet tot een fundamentele wijziging van het thuislandcontrolesysteem. De in 2010 opgerichte Europese Bankautoriteit, die bestaat uit vertegenwoordigers van de nationale banktoezichthouders, kan slechts tussenkomen om te bemiddelen tussen thuisland- en gastlandtoezichthouders in geval van conflicten met betrekking tot de uitoefening van het toezicht door het thuisland of in geval van specifiek omschreven

5. Voor een gedetailleerd overzicht van de ontwikkelingen in dat verband, zie M. TISON, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten: een rechtsvergelijkende juridische analyse van de wederzijdse erkenning als techniek van marktunificatie in de Europese interne markt*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 505-796.
6. Die techniek werd als zodanig vastgelegd in de Tweede Bankenrichtlijn, zie artikel 13, lid 1 Tweede Richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, alsmede tot wijziging van Richtlijn 77/780/EEG, *Pb.L.* 30 december 1989, afl. 386, 1 (hierna genoemd Tweede Bankenrichtlijn).
7. Artikel 18, lid 1 Tweede Bankenrichtlijn. Zie over die wederzijdse erkenning ook P.H. VERDIER, "Mutual Recognition in International Finance", *Harvard International Law Journal* 2011, (56), 71-81.
8. Zie voor dat beginsel al artikel 7 van de Eerste Richtlijn 77/780/EEG van de Raad van 12 december 1977 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *Pb.L.* 17 december 1977, afl. 322, 30, maar vooral artikel 13 Tweede Bankenrichtlijn. Zie tevens artikel 26 Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *Pb.L.* 26 mei 2000, afl. 126, 1 (de Derde Bankenrichtlijn, herschikt door Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *Pb.L.* 30 juni 2006, afl. 177, 1).
9. Overweging 2 en artikel 33 Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *Pb.L.* 27 juni 2013, afl. 176, 338 (hierna genoemd Richtlijn 2013/36/EU). De Richtlijn maakt onderdeel uit van het zogeheten 'CRD IV' pakket, dat de nieuwe globale standaarden betreffende kapitaalvereisten voor kredietinstellingen (Basel III) in de Europese rechtsorde incorporeert. Naast bovenvermelde Richtlijn - die tegen 31 december 2013 in de nationale rechtsordes omgezet diende te worden - werd tevens Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, *Pb.L.* 27 juni 2013, afl. 176, 1 (hierna genoemd Verordening 575/2013) aangenomen. Over CRD IV, zie voor meer informatie en achtergrond, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/regcapital/legislation_in_force_en.htm.
10. Artikel 35 en 39 Richtlijn 2013/36/EU.
11. Artikel 41 Richtlijn 2013/36/EU.
12. Artikel 6 Richtlijn 2013/36/EU stelt - net zoals eerdere Bankenrichtlijnen - wel voorop dat nationale autoriteiten met vertrouwen en met het volste wederzijdse respect dienen samen te werken om te zorgen voor een passende en betrouwbare informatiestroom tussen hen.
13. Zie daarover overweging 84 van het De Larosière Rapport, 23.
14. Over die nieuwe toezichthouders, zie E. FERRAN, "Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision", E. WYMEERSCH, K. HOPT en G. FERRARINI (eds.), *Financial Regulation and Supervision. A Post-Crisis Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 111-158.



noodsituaties¹⁵). Die Bankenautoriteit heeft daarenboven beperkte *subsidaire* bevoegdheden om bindende beslissingen te richten aan nationale toezichthouders die het Europese Unierecht niet of niet correct toepassen¹⁶). Slechts in uitzonderlijke gevallen - die zich tot nog toe niet hebben voorgedaan - kan de Europese Bankenautoriteit zelf individuele beslissingen richten tot specifieke kredietinstellingen¹⁷). Ook al werden nationale autoriteiten dus effectief geïncorporeerd in een supranationaal gestructureerde autoriteit, het eigenlijke dagdagelijkse toezicht op financiële marktdeelnemers bleef consistent op het niveau van het thuisland gesitueerd¹⁸).

De banken- en vooral de eurocrisis maakten op dramatische wijze duidelijk dat het versplinterde systeem van nationaal vergunde en gecontroleerde kredietinstellingen niet langer te rechtvaardigen viel in een volwaardige monetaire unie waarvan vrij verkeer van bankdiensten en vrij verkeer van kapitaal kernbestanddelen vormen¹⁹). Europese beleidsmakers stelden daarom de ontwikkeling van een eengemaakt Europees 'single rulebook'²⁰ en een volwaardige Europese bankenunie voorop²¹). De doelstelling van het eengemaakte *rulebook* was om financiële marktoperatoren in elk van de 28 lidstaten aan gelijke regels te onderwerpen en aldus arbitrage tussen rechtssystemen zoveel als mogelijk te voorkomen²²). De bankenunie zou een reeks van sterk gecentraliseerde handavings- en afwikkelingsmechanismen voor kredietinstellingen in nood omvatten alsmede een gecentraliseerd systeem voor crisisbeheer²³). Gelet op de monetaire verbondenheid tussen de Eurozonelidstaten, richtte de bankenunie zich in eerste instantie op die Unielidstaten die de Euro als munt-

eenheid gebruiken²⁴). Omdat kredietinstellingen aangezien werden als de maatschappelijk meest relevante financiële marktdeelnemers - zij nemen immers deposito's in ontvangst die bij falen ten laste van de overheidsbegroting zouden kunnen vallen - vormden zij ook de kernadressaten van de op Europees niveau vooropgestelde hervorming.

Een goed functionerende bankenunie vooronderstelt ook een zekere vorm van gecentraliseerd toezicht op kredietinstellingen. Zonder gecentraliseerd toezicht is het immers moeilijk om een adequate beoordeling van mogelijke probleemsituaties te maken en gepaste crisismaatregelen te nemen. De Europese Unie stelde daarom het invoeren van een eengemaakt toezicht op kredietinstellingen dan ook als noodzakelijke beleidsprioriteit voorop ter verwezenlijking van de bankenunie. Voorstellen voor eengemaakt toezicht werden in september 2012 gelanceerd²⁵ en resulteerden na intense politieke discussies in oktober 2013 in Verordening 1022/2013 en 1024/2013. Verordening 1024/2013 zet de nieuwe taken van de ECB uiteen. Verordening 1022/2013 stelt aanpassingen aan de samenstelling en het functioneren van de Europese Bankenautoriteit voorop, opdat die Bankenautoriteit ook in het vernieuwde toezichtstelsel een blijvend subsidiaire toezichtrol zou kunnen vervullen²⁶).

4. Europese Centrale Bank als nieuwe (verrassende ?) toezichthouder – De nieuwe Verordeningen kennen de ECB uitgebreide prudentiële toezichtbevoegdheden met betrekking tot kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone toe. Zodoende wordt de ECB rechtstreeks verantwoordelijk voor het dagdagelijks prudentieel toezicht op kredietinstellin-

15. Zie daarover artikel 18-19 Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie, *Pb.L.* 15 december 2010, afl. 331, 12 (hierna genoemd EBA Verordening). Over de samenstelling van de EBA raad van toezichthouders, zie artikel 40 van dezelfde Verordening.
16. Artikel 17 EBA Verordening.
17. Zie hierover in detail, E. WYMEERSCH, "The European Financial Supervisory Authorities or ESAs" in E. WYMEERSCH, K. HOPT en G. FERRARINI (eds.), noot 14, 256-257.
18. Schammo spreekt in dat verband van dagdagelijks toezicht, zie P. SCHAMMO, "EU Day-to-Day Supervision or Intervention-based Supervision : Which Way Forward for the European System of Financial Supervision ?", *Oxford Journal of Legal Studies* 2012, 771-797.
19. Zie daarover het document MEMO/12/662 van de Europese Commissie van 12 september 2012, te raadplegen op <http://europa.eu/rapid> in het Engels en Frans. Zie tevens G. FERRARINI en F. CHIODINI, "Nationally fragmented supervision over multinational banks as a source of global systemic risk : a critical analysis of recent EU reforms" in E. WYMEERSCH, K. HOPT en G. FERRARINI (eds.), zie noot 14, 201.
20. Over het 'single rulebook' als regelgevende techniek, N. MOLONEY, "The European Securities and Markets Authority and Institutional Design for the EU Financial Market - A Tale of Two Competences : Part (1) Rule-Making", *European Business Organization Law Review* 2011, (41), 66. Zie tevens P. VAN CLEYNBREUGEL, "Conduct of Business Rules in EU financial services regulation : behavioural rules devoid of behavioural analysis ?" in A. ALEMANNI en A.L. SIBONY (eds.), *Nudging and the Law. What can EU law learn from behavioural sciences*, te verschijnen, 2014-2015.
21. Voor de voorstellen in dat verband, zie de overzichtspagina op de website van het Directoraat-Generaal Interne Markt van de Europese Commissie, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/.
22. Een verwijzing naar dit rulebook is bijvoorbeeld terug te vinden in overweging 22 EBA Verordening.
23. Zie daarover opnieuw het document in noot 19.
24. Zie het persoverzicht van de Commissie - *Commission proposes new ECB powers for banking supervision as part of a banking union* - IP/12/953, beschikbaar op <http://europa.eu/rapid> in het Engels en Frans.
25. Over die voorstellen, zie E. WYMEERSCH, "The European Banking Union : a First Analysis", beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171785.
26. Verordening (EU) nr. 1022/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit) waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen krachtens Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad, *Pb.L.* 29 oktober 2013, afl. 287, 5 (hierna Verordening 1022/2013 genoemd).

gen (microprudentieel toezicht)⁽²⁷⁾. Die keuze is enigszins logisch, maar tegelijkertijd ook verrassend.

De logica van het toekennen van prudentiële toezicht-taken aan de ECB ligt in het feit dat laatstgenoemde beschouwd kan worden als centrale bank voor het gehele grondgebied van de Eurozone. Vermits de ECB toch al met monetaire toezichttaken en met macroprudentiële of systeemtoezichtverantwoordelijkheden binnen de Eurozone belast werd, lijkt de keuze om die instelling ook individuele kredietinstellingen te laten controleren, niet geheel onlogisch. Bovendien kan men op nationaal niveau ook evoluties waarnemen waarbij het microprudentieel toezicht steeds vaker aan de centrale bank en het gedragstoezicht aan een afzonderlijke autoriteit worden toevertrouwd. Dat 'Twin Peaks'-model van toezicht heeft thans onder meer uitwerking gevonden in België⁽²⁸⁾, het Verenigd Koninkrijk⁽²⁹⁾, Duitsland⁽³⁰⁾, Frankrijk⁽³¹⁾ en - al langer - in Nederland⁽³²⁾. De keuze voor de ECB als microprudentiële toezicht-houder geeft dus gevolg aan een ruimer aanwezige politieke voorkeur waarbij centrale banken als primaire microprudentiële toezichthouders opereren⁽³³⁾.

De keuze voor een *centrale bank* als supranationale microprudentiële toezichthouder kan tezelfdertijd ook als verrassend beschouwd worden. Centrale banken waken in de eerste plaats traditioneel over de stabiliteit van het financieel systeem als zodanig (macroprudentieel toezicht) en niet zozeer over de activiteiten van individuele kredietinstellingen⁽³⁴⁾. In de Europese Unie had de recent opgerichte Europese Bankautoriteit vanuit die optiek een vergelijkbare toezichtrol kunnen

vervullen⁽³⁵⁾. Omdat naar Europees Unierecht de autoriteit evenwel bestaat uit vertegenwoordigers van alle 28 lidstaten en deze autoriteit bevoegd is inzake zowel microprudentieel als gedragstoezicht, en het toekennen van bevoegdheden aan onafhankelijke autoriteiten op dat ogenblik bijzonder onzeker bleek⁽³⁶⁾, werd gekozen voor een ad-hoc-oplossing door de Europese Centrale Bank tot toezichthouder te maken. Op grond van artikel 127, lid 6 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie kan de Raad immers met eenparigheid van stemmen besluiten aan de Europese Centrale Bank specifieke taken op te dragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en andere financiële instellingen, met uitzondering van verzekeringsondernemingen. Dat artikel lijkt het toekennen van toezicht-taken aan de ECB rechtstreeks te rechtvaardigen, waardoor ECB-toezicht politiek en constitutioneel de meest haalbare oplossing leek te bieden voor hervormd toezicht op kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone⁽³⁷⁾.

5. Een complex systeem van Europese toezicht-houders – Op die manier ontstaat evenwel een bijzonder complex systeem van Europees banktoezicht. Naast de ECB blijft immers ook de Europese Bankautoriteit bestaan als onafhankelijk agentschap, waarin de 28 nationale toezichthouders samenkomen. De vergelijkbare Europese Autoriteit voor Effecten en Markten (ESMA) en de Europese Autoriteit voor Verzekeringen en Bedrijfspensioenen (EIOPA) functioneren ook verder als onafhankelijke agentschappen⁽³⁸⁾. Daarnaast functioneert een Europees Comité voor Systeemrisico's als macropruden-

27. Onder prudentieel toezicht wordt immers begrepen 'het normenapparaat dat garanties voor veiligstelling van de economische functies van het kredietwezen mogelijk maakt', zie K. BYTTEBIER, *Handboek Financieel Recht*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 420.
28. De Belgische hervorming is al uitgebreid beschreven in T. INCALZA, "Toezicht op de financiële sector volgens het twin-peaks model : ander en beter ?", *TRV* 2012, 173.
29. In het Verenigd Koninkrijk werd door de *Financial Services Act 2012* een *Prudential Regulation Authority (PRA)* opgericht in de schoot van de *Bank of England*. Een onafhankelijke *Financial Conduct Authority (FCA)* is verantwoordelijk voor het gedragstoezicht. Zie *Financial Services Act 2012*, 2012c.21, beschikbaar op www.legislation.gov.uk.
30. In Duitsland treedt de *Bundesbank* op als supplementaire toezichthouder op banken, naast het Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), zie hierover § 7 Gesetz über das Kreditwesen of 9 September 1998, *Bundesgesetzblatt* (1998), I S. 2776 en een bijkomende *Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank*, beschikbaar op www.bafin.de.
31. Taken worden verdeeld tussen de Autorité des Marchés Financiers en de in 2010 opgerichte Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, zie hierover onder meer Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *Journal Officiel de la République Française* du 22 janvier 2010, 1392.
32. In Nederland worden de taken verdeeld tussen De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Zie daartoe de wet van 26 maart 1998, houdende nieuwe bepalingen inzake De Nederlandsche Bank N.V. in verband met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Staatscourant* (1998) en de wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (WFT), *Staatscourant* (2006), 507.
33. Zie meer beschouwend over die vraagstukken, G. DI GIORGIO en C. DI NOIA, "Financial market regulation and supervision : how many peaks for the Euro area ?", *Brooklyn Journal of International Law* 2002-2003, 463-494 en E. WYMEERSCH, "The Structure of Financial Supervision in Europe : About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors", *European Business Organisation Law Review* 2007, 237-306.
34. Inzake de Europese Centrale Bank blijkt dit uit de taken die aan de ECB toevertrouwd werden op grond van artikel 132 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).
35. Voor een voorstel in dat verband, G. FERRARINI en F. CHIODINI, zie noot 19, 225-230.
36. In een arrest uitgesproken op 22 januari 2014 heeft het Hof van Justitie evenwel gesteld dat dergelijke autoriteiten op grond van het Europees Unierecht bijzonder uitgebreide discretionaire beslissingsbevoegdheden toegeedeeld kunnen krijgen, zie HvJ C-270/12, *Verenigd Koninkrijk t. Parlement en Raad*, nog niet gerapporteerd. Dat arrest zou het toekennen van meer bevoegdheden aan de autoriteiten verder kunnen stimuleren.
37. Althans volgens de Europese Commissie, zie daarvoor overweging 13 Verordening 1024/2013.
38. Verordening (EU) nr. 1094/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/79/EG van de Commissie, *Pb.L.* 15 december 2010, afl. 331, 48 en Verordening (EU) nr. 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/77/EG van de Commissie, *Pb.L.* 15 december 2010, afl. 331, 85.



tiel overlegorgaan met het oog op het monitoren van systemische dreigingen³⁹. Dit comité vormt samen met de drie autoriteiten (EBA - ESMA - EIOPA) en alle betrokken nationale toezichthouders het *Europees Systeem voor Financieel Toezicht* (ESFT)⁴⁰.

Het inrichten van al deze raden en autoriteiten alsmede het toevertrouwen van toezichttaken aan zowel EBA als de ECB, getuigen van een sterke ad-hoc-aanpak die op Europees niveau wordt voorgestaan, en die wellicht verwarring en mogelijke overlappingsen tussen nieuwe toezichthouders kan veroorzaken. Verordening 1024/2013 erkent deze complexiteit en draagt de ECB op om nauw samen te werken met deze autoriteiten⁴¹. Indien nodig dient de ECB daarbij memoranda van overeenstemming te sluiten met de autoriteiten van de lidstaten, die in beginsel in alle raden en autoriteiten vertegenwoordigd zijn. De Verordening spreekt zich niet uit over de rechtswaarde van dergelijke memoranda naar Europees en nationaal recht. Bovendien wordt niet aangegeven in welke mate dergelijke memoranda ook met andere Europese toezichthouders gesloten kunnen worden.

Een bijkomende complexiteit ligt in het openstellen van zogeheten openbare faciliteiten voor financiële steun aan kredietinstellingen. Supranationale openbare faciliteiten voor financiële steun zijn door Eurozonelidstaten opgerichte vehikels die steun verlenen aan lidstaten in financiële nood. De *Europese Faciliteit voor Financiële Stabiliteit* (EFSF) en het *Europees Stabiliteitsmechanisme* - beide opgericht op grond van multilaterale internationale overeenkomsten tussen lidstaten, maar ondersteund door de Unie - vormen hier voorbeelden van⁴². Steun wordt in principe in de vorm van leningen gegeven aan lidstaten die op de financiële markten niet langer voor dergelijke leningen in aanmerking zouden komen. Aan de toekenning van deze steun worden strikte voorwaarden gekoppeld. Spanje kreeg bijvoorbeeld significante steun om de bankensector te herstructureren⁴³. In de mate dat steun inderdaad aan een lidstaat wordt toegekend ten behoeve van de rechtstreekse herkapitalisatie van een nationale bankensector, stelt Verordening 1024/2013 voorop dat de ECB nauw samen dient te werken met de openbare faciliteit. Er wordt evenwel niet aangegeven hoe die nauwe samenwerking vorm dient te krijgen.

Deze verschillende actoren en financieringsfaciliteiten werden allen in de laatste vier jaren ingericht. Het blijft vooralsnog afwachten of en hoe samenwerking tussen die actoren vorm zal krijgen en welke rechtsgevolgen dergelijke samenwerking met zich zal brengen voor kredietinstellingen. De ECB vormt aldus slechts één onderdeel van een complex systeem dat zichzelf nog volop aan het vormen is. Wel kan alvast preliminair gesteld worden dat de organisatie van banktoezicht - hoewel steeds sterker op supranationaal niveau geregeld - ook meer functioneel versnipperd wordt. Bevoegdheden inzake prudentieel toezicht, gedragstoezicht, financiële steunverlening en systemisch toezicht worden daarbij consistent aan andere autoriteiten of instellingen toegekend en een onderscheid tussen dagdagelijks (eerstelijnstoezicht) en subsidiair (tweedelijnstoezicht) komt daarbij scherp naar voren.

De tabel onderaan p. 94 geeft summier de taakverdeling inzake toezichtbevoegdheden op financiële markten weer.

De volgende onderdelen van deze bijdrage zullen zich uitsluitend richten op de rol van de ECB als microprudentiële toezichthouder op kredietinstellingen gevestigd in de lidstaten.

II. Prudentieel toezicht op (belangrijke) kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone

6. Overzicht – Verordening 1024/2013 duidt de ECB aan als bevoegde prudentiële toezichthouder op specifieke kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone. De Verordening neemt daarbij de Europeesrechtelijke definitie van kredietinstelling over (A.), en beperkt het ECB-toezicht tot kredietinstellingen ‘gevestigd’ in de lidstaten van de Eurozone of andere lidstaten die uit eigen beweging besloten om deel te nemen aan het eengemaakte toezichtmechanisme vooropgesteld door de Verordening (B.). Kredietinstellingen gevestigd in de Eurozone vallen in beginsel onder de exclusieve ECB-bevoegdheden, waarbij de nationale toezichthouders een *essentieel ondersteunende rol* blijven vervullen (C.).

39. Verordening (EU) nr. 1092/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 betreffende macroprudentieel toezicht van de Europese Unie op het financiële stelsel en tot oprichting van een Europees Comité voor systeemrisico's, *Pb.L.* 15 december 2010, afl. 331, 1. Zie over het Comité tevens, E. FERRAN en K. ALEXANDER, "Can soft law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board", 35 *European Law Review* 2010, 751-776.

40. Zie daarover artikel 2 EBA Verordening, alsmede artikel 2 EIOPA Verordening en artikel 2 ESMA Verordening.

41. Artikel 3, lid 1 Verordening 1024/2013.

42. Over die faciliteiten en hun structuur, zie onder meer D. ADAMSKI, "National power games and structural failures in the European macroeconomic governance", *Common Market Law Review* 2012, 1325-1329 en N. DE SADELEER, "The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2012, 354-382.

43. Voor meer informatie over de toekenning van steun aan Spanje, zie http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/spain/index_en.htm en de referenties aldaar.

A. Het begrip kredietinstelling

7. Kredietinstelling – De Verordening geeft de ECB toezichtbevoegdheden ten aanzien van in ‘deelnemende lidstaten’ gevestigde kredietinstellingen. Artikel 2, lid 1, sub 3 verwijst voor de definitie van een kredietinstelling meer in het algemeen naar de Europeesrechtelijke definitie uit Verordening 575/2013 van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012. Die definitie vormt de standaard Europeesrechtelijke definitie van een kredietinstelling en bakent in die hoedanigheid het toepassingsgebied van eengemaakt toezicht door de ECB fundamenteel af.

Verordening 575/2013 definieert een kredietinstelling op klassieke wijze als een *onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening*. Financiële marktoperatoren die zich niet essentieel met het aantrekken van deposito's en met het verlenen van kredieten voor eigen rekening inlaten, kunnen naar Europees Unierecht bijgevolg niet als kredietinstelling worden aangemerkt. Instellingen voor collectieve belegging, beleggingsondernemingen, financiële tussenpersonen, centrale tegenpartijen, clearingverantwoordelijken, verzekeringsondernemingen en andere marktoperatoren die financiële diensten verlenen ten aanzien van consumenten of kredietinstellingen vallen bijgevolg buiten het toepassingsgebied van ECB-toezicht⁽⁴⁴⁾. Hoewel het mogelijk is dat deze instellingen naar nationaal recht gelijk-

gesteld worden met kredietinstellingen en aldus aan dezelfde prudentiële regels onderworpen worden op basis van datzelfde nationaal recht, strekt het ECB-toezicht zich slechts uit tot instellingen die volgens Verordening 575/2013 als kredietinstelling aangemerkt kunnen worden⁽⁴⁵⁾.

Op zichzelf staande biedt de definitie in Verordening 575/2013 echter een te beperkt beeld van wat onder een kredietinstelling begrepen wordt naar Europees Unierecht. Als kredietinstelling wordt immers enigszins tautologisch beschouwd elke onderneming die op grond van het Europees recht een *vergunning* verkregen heeft voor het aantrekken van deposito's en andere terugbetaalbare gelden, alsmede voor het verstrekken van kredieten⁽⁴⁶⁾ voor eigen rekening. Naar Europees Unierecht en bijgevolg voor wederzijdse erkenning in aanmerking komend, kan die vergunning echter tevens aspecten van financiële leasing, betalingsdiensten, uitgifte van reischeques en kredietbrieven, verlenen van garanties of stellen van borgtochten, de handel voor cliënten en eigen rekening in geldmarktinstrumenten, deviezen, financiële *futures* en opties, swaps en soortgelijke financieringsinstrumenten en effecten, deelneming aan effectenemissies, advisering aan ondernemingen, bemiddeling op interbankmarkten, vermogensbeheer, bewaarneming en beheer van effecten, commerciële inlichtingen, verhuur van safes en de uitgifte van elektronisch geld omvatten⁽⁴⁷⁾. Die aanvullende activiteiten kunnen derhalve tevens binnen het vergunde domein van een kredietinstelling vallen en kunnen op die manier ook het voorwerp van de prudentiële controle door de ECB uitmaken.

<i>Europees financieel toezicht</i>	systemisch en macroprudentieel toezicht	microprudentieel toezicht kredietinstelling	microprudentieel toezicht niet-kredietinstelling	gedragstoezicht	garantie liquiditeit en steunverlening
dagdagelijks toezicht	ECB; nationale centrale banken	nationale autoriteiten + ECB in Eurozone	nationale autoriteiten	nationale autoriteiten	lidstaten
subsidiair toezicht	Europees Comité voor Systeemrisico's	EBA	ESMA/EIOPA	EBA/ESMA /EIOPA	EFSF of ESM

44. Zie artikel 1, lid 2 Verordening 1024/2013 en E. FERRAN en V. BABIS, "The European Single Supervisory Mechanism", *Journal of Corporate Law Studies* 2013, 259.

45. Zie daartoe duidelijk artikel 2, lid 1, sub 3 Verordening 1024/2013 dat uitsluitend naar kredietinstellingen *als gedefinieerd* in artikel 4, lid 1, punt 1 van Verordening 575/2013 verwijst.

46. De bijlage bij Richtlijn 2013/36/EU geeft daarbij als voorbeelden consumentenkrediet, kredietovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, factoring (met of zonder regres) en financiering van commerciële transacties (voorschotten inclusief).

47. Zie Bijlage I, lijst van werkzaamheden die onder de wederzijdse erkenning vallen, aangehecht aan Richtlijn 2013/36/EU, *Pb.L.* 27 juni 2013, afl. 176, 425.



Artikel 1 van Verordening 575/2013 sluit bovendien ook nog expliciet centrale banken, postcheque- en girodiensten, alsmede publieke instellingen zoals het Belgisch *Herdiscontering- en Waarborginstituut* of de Franse *Caisse des dépôts et consignations* van het ECB-toezicht uit⁽⁴⁸⁾. Hieruit blijkt dat instellingen die een meer publieke rol in lidstatelijke financiële systemen vervullen, dus niet binnen de taakstelling van de ECB vallen. Specifiek bestaande lidstatelijke toezichtmechanismen met betrekking tot die specifieke instellingen en aangepast aan de eigen rol van die instellingen binnen het lidstatelijk bestel blijven aldus in voege.

8. Toezicht op groepen bestaande uit een kredietinstelling – Kredietinstellingen vormen vaak onderdelen van een grotere financiële dienstverleningsgroep. Prudentieel toezicht op deze groepen, die door het Unierecht als financiële holding⁽⁴⁹⁾, gemengde financiële holding⁽⁵⁰⁾ of financieel conglomeraat⁽⁵¹⁾ aangeduid worden, worden dan ook niet op het niveau van de groepsleden, maar op het niveau van de moederonderneming of groepsleiding zelf doorgevoerd. Dergelijk geconsolideerd toezicht heeft tot doel na te gaan in welke mate de groep, holding of het conglomeraat als geheel blijft voldoen aan de prudentiële vereisten gesteld door de Europese en nationale wetgeving. Verordening 1024/2013 erkent deze realiteit en kent de ECB de bevoegdheid toe om op geconsolideerde basis toezicht uit te oefenen op moederondernemingen van kredietinstellingen, inclusief financiële holdings en gemengde financiële holdings, alsmede om deel te nemen aan het aanvullend toezicht op een financieel conglomeraat, althans ten aanzien van de daarin opgenomen kredietinstellingen⁽⁵²⁾. In de mate dat die bevoegdheden aan een nationale autoriteit van een

Eurozonelidstaat - of een andere deelnemende lidstaat - toegekend werden, neemt de ECB deze taken over op grond van de Verordening.

B. 'Gevestigd in de Eurozone' of een deelnemende lidstaat

9. Overzicht – De aan de ECB opgedragen taken hebben betrekking op het prudentieel toezicht ten aanzien van kredietinstellingen *gevestigd* in een deelnemende lidstaat. Als uitgangspunt stelt de Verordening in beginsel dat de thuislandtaken bij de ECB geplaatst worden, terwijl de gastlandtaken de verantwoordelijkheid van het gastland blijven in de mate dat beide lidstaten deelnemende lidstaten zijn. Indien een deelnemende lidstaat echter als gastland fungeert voor een kredietinstelling gevestigd in een niet-deelnemende lidstaat, treedt de ECB in beginsel als verantwoordelijke gastlandtoezichthouder op.

10. Gevestigd in een 'deelnemende lidstaat' – Artikel 2, lid 1, punt 1 stelt duidelijk dat onder deelnemende lidstaat begrepen moet worden *een lidstaat die de euro als munt heeft of een lidstaat die niet de euro als munt heeft en die een nauwe samenwerking overeenkomstig artikel 7 is aangegaan*. Hoewel de toezichtrol van de ECB dus in beginsel beperkt blijft tot de 18 lidstaten die thans de Euro als munt hebben⁽⁵³⁾, staat de Verordening toe dat ook lidstaten die niet tot de Eurozone behoren tot het eengemaakte toezichtmechanisme kunnen toetreden. Daartoe wordt een geëigende procedure gevolgd (zie nr. 34). De 18 Eurozone-lidstaten maken daarbij in elk geval de kern van de deelnemende lidstaten uit. Die lidstaten kunnen er immers niet voor opteren om het eengemaakt toezichtmechanisme te verlaten.

48. Artikel 2, lid 5 Richtlijn 2013/36/EU.

49. Volgens artikel 4, lid 1, punt 20 van Verordening 575/2013 is een financiële holding een financiële instelling waarvan de dochterondernemingen uitsluitend of hoofdzakelijk kredietinstellingen, beleggingsondernemingen of financiële instellingen zijn, van welke dochterondernemingen er ten minste één een kredietinstelling of beleggingsonderneming is, en die geen gemengde financiële holding is.

50. Een gemengde financiële holding is in dat verband een moederonderneming die niet zelf een gereglementeerde entiteit is en die samen met haar dochterondernemingen - waarvan er ten minste één een gereglementeerde entiteit met hoofdkantoor in de Unie is - en met andere entiteiten een financieel conglomeraat vormt. Gereglementeerde entiteiten zijn ondernemingen waaraan vergunning verleend werd en omvatten onder meer kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, levensverzekeringsondernemingen, beleggingsondernemingen, zie artikel 2, punt 15 van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat, *Pb.L.* 11 februari 2003, afl. 35, 1.

51. Een financieel conglomeraat is een groep die geleid wordt door een gereglementeerde entiteit of van wie ten minste één van de dochterondernemingen een gereglementeerde entiteit is, waarbij ten minste één van de entiteiten in de groep een entiteit uit de verzekeringssector is en ten minste één van de entiteiten in de groep een entiteit uit de sector banken of de sector beleggingsdiensten is, waarbij de onderdelen bovendien aan specifiek bepaalde significantiedrempels voldoen, zie hiervoor artikel 2, punt 14 van Richtlijn 2002/87/EG. Omwille van de verbondenheid van de verschillende deeleniteiten, wordt een systeem van *aanvullend toezicht* vooropgesteld. Teneinde een adequaat aanvullend toezicht op de gereglementeerde entiteiten in een financieel conglomeraat te verzekeren, wordt uit de kring van de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten, met inbegrip van die van de lidstaat waar de gemengde financiële holding haar hoofdkantoor heeft, één enkele coördinator aangewezen die verantwoordelijk is voor coördinatie en uitoefening van het aanvullende toezicht. Afhankelijk van de situatie kan de autoriteit belast met het toezicht op één van de onderdelen (bijvoorbeeld de kredietinstelling) als coördinator optreden.

52. Artikel 4, lid 1, punt g (voor holdings) en punt h (voor financiële conglomeraten) Verordening 1024/2013.

53. Het gaat daarbij thans om België, Nederland, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Ierland, Italië, Spanje, Portugal, Griekenland, Finland, Malta, Cyprus, Slovenië, Slovakije, Estland en Letland.

De ECB treedt in principe op als thuislandtoezicht- houder ten aanzien van alle in een deelnemende lid- staat gevestigde kredietinstellingen. In die hoedanig- heid neemt de ECB dus in beginsel alle taken van de thuislandtoezichthouder op grond van het bestaande Unierecht over⁽⁵⁴⁾. Door aldus deel te nemen aan het gemeenschappelijk toezichtmechanisme geven de lidstaten onmiddellijk en rechtstreeks het toezicht op kredietinstellingen gevestigd op hun grondgebied uit handen.

11. Bijkantoren en grensoverschrijdende dienst- verlening tussen deelnemende lidstaten –

Kredietinstellingen gevestigd in een lidstaat die gebruik wensen te maken van de wederzijdse erken- ning van hun door het thuisland verleende vergun- ning, hebben de mogelijkheid om een bijkantoor op te richten of gebruik te maken van het recht op grensoverschrijdende dienstverlening om zo in een andere Unielidstaat actief te worden⁽⁵⁵⁾. Indien de kre- dietinstellingen in een Unielidstaat gevestigd zijn en een bijkantoor wensen in te richten op het grondge- bied van een andere lidstaat, dienen zij op basis van Richtlijn 2013/36/EU de autoriteit van het thuisland in kennis te stellen van hun intenties⁽⁵⁶⁾. Het thuisland zal vervolgens deze informatie aan het gastland door- geven, waarop het gastland twee maanden de tijd krijgt om zich voor te bereiden op de komst van het bijkantoor⁽⁵⁷⁾. Bij een kennisgeving van de mede- deling dat een kredietinstelling overgaat tot het ver- richten van diensten, dient die termijn niet in acht genomen te worden⁽⁵⁸⁾.

In tegenstelling tot wat de inrichting van een eenge- maakt toezichtmechanisme doet vermoeden, blijft dit systeem volledig in voege. Verordening 1024/2013 bepaalt enkel dat voor kredietinstellingen die in een deelnemende lidstaat gevestigd zijn en die een bij- kantoor wensen te vestigen of grensoverschrijdende diensten in een niet-deelnemende lidstaat wensen te verrichten, de ECB de taken van de bevoegde autori- teit van de lidstaat *van herkomst* krachtens het toe- passelijke Unierecht zal uitoefenen. Artikel 1, lid 5 van de Verordening stelt nog duidelijker dat de natio- nale autoriteiten belast blijven met de toezichttaken die niet aan de ECB opgedragen worden, waartoe ook de bevoegdheid ‘om kennisgevingen van kre- dietinstellingen met betrekking tot het recht van ves- tiging en het vrij verrichten van diensten’ te ontvan- gen, behoort⁽⁵⁹⁾. Omdat de ECB dus in beginsel alle

thuislandtaken overneemt (zie nr. 10), is laatstge- noemde gehouden tot het kennisgeven aan deel- nemende lidstaten dat kredietinstellingen op hun grondgebied van hun vrije verkeersrechten gebruik wensen te maken.

Omgekeerd kent de Verordening de ECB evenwel *niet* de toezichttaken toe die door Richtlijn 2013/36/EU aan het gastland toegeschreven worden. Die taken - die het gastland in bepaalde omstandig- heden toelaten interventie- en voorzorgsmaatregelen te treffen, zoals onder meer het verbod om nog nieuwe transacties op het grondgebied te verrichten - worden immers niet uitdrukkelijk in artikel 4 Verordening 1024/2013 bij de opsomming van ECB- taken vermeld. In dat geval stelt artikel 17, lid 1 dat *“de in de toepasselijke Uniewetgeving vastgestelde pro- cedures voor kredietinstellingen die op het grond- gebied van een andere lidstaat een bijkantoor wensen te vestigen of in het kader van het vrij verrichten van diensten hun werkzaamheden wensen uit te oefenen op het grondgebied van een andere lidstaat, alsmede de aan die procedures gerelateerde bevoegdheden van de lidstaten van herkomst en van ontvangst, tussen deelnemende lidstaten uitsluitend van toepassing [zijn] voor het vervullen van taken die niet bij artikel 4 aan de ECB zijn opgedragen”*. Overweging 51 bevestigt dit en stelt dat voor zover de ECB bepaalde toezichttaken ten aanzien van alle deelnemende lid- staten op zich neemt, de bestaande procedures en verdelingen tussen thuisland en gastland niet van toe- passing zijn op het recht van vestiging in een andere deelnemende lidstaat of het recht om diensten in een andere deelnemende lidstaat te verrichten. Taken die aldus niet expliciet aan de ECB toegekend worden, blijven nationaal.

Op grond van een gecombineerde lezing van boven- staande artikels en overwegingen, dient dus te wor- den besloten dat het gastland dergelijke subsidiaire interventie- en voorzorgsmaatregelen blijft behouden, zonder dat de ECB dergelijke maatregelen kan ver- bieden. Niettemin stelt artikel 9, lid 1, paragraaf 3 dat de ECB wel en voor zover noodzakelijk om de aan haar opgedragen toezichttaken te verrichten, de nationale autoriteiten bij wijze van instructie kan ver- zoeken hun eigen bevoegdheden uit te oefenen krachtens en volgens de in de nationale wetgeving bepaalde voorwaarden, wanneer die bevoegdheden niet bij deze verordening aan de ECB zijn toegekend.

54. Artikel 4, lid 1, punt b Verordening 1024/2013 bevestigt dit.

55. Artikel 33 Richtlijn 2013/36/EU.

56. Artikel 35, lid 1 en artikel 39, lid 1 Richtlijn 2013/36/EU.

57. Artikel 36, lid 1 Richtlijn 2013/36/EU.

58. Zie onrechtstreeks artikel 39, lid 2 Richtlijn 2013/36/EU.

59. Overweging 28 Verordening 1024/2013.



12. Bijkantoren of grensoverschrijdende dienstverlening door kredietinstellingen gevestigd in de Unie, maar niet in deelnemende lidstaten –

Enigszins verrassend stelt artikel 4, lid 2 dat voor in niet-deelnemende lidstaat gevestigde kredietinstellingen die in een deelnemende lidstaat een bijkantoor vestigen of grensoverschrijdende diensten verrichten, de ECB de taken waarvoor de nationale bevoegde autoriteiten overeenkomstig het toepasselijke Unierecht bevoegd zijn, zal vervullen. Concreet betekent dit dat, in de mate dat een kredietinstelling gevestigd is in een niet-Eurozone of anderszins niet-deelnemende lidstaat en gebruik wenst te maken van de vrije verkeersrechten op grond van Richtlijn 2013/36/EU, die kredietinstelling onmiddellijk aan gastlandtoezicht door de ECB onderworpen zou worden. Op die manier ontsnappen kredietinstellingen gevestigd in niet-deelnemende lidstaten die activiteiten ontplooiën binnen de Eurozone, ook niet aan de aandacht van de ECB. Volgens artikel 17, lid 3 dient de ECB weliswaar het in het toepasselijke Unierecht verankerde evenwicht tussen de lidstaten van ontvangst en de lidstaten van herkomst te respecteren⁽⁶⁰⁾.

In dat geval kan de ECB immers slechts de bevoegdheden van een gastland uitoefenen, die voornamelijk in subsidiaire interventie- en voorzorgsmaatregelen bestaan. Nationale autoriteiten van niet-deelnemende lidstaten zullen als gevolg van deze regel *in beginsel* de ECB en niet langer de nationale autoriteiten in kennis dienen te stellen van mededelingen waarin een kredietinstelling melding maakt van de intentie een bijkantoor in te richten of grensoverschrijdende diensten te verrichten. De ECB zal die informatie vervolgens dienen over te maken aan de bevoegde nationale autoriteiten van de lidstaten waarin het bijkantoor ingericht wordt of waar de diensten effectief aangeboden zullen worden⁽⁶¹⁾. Een dergelijke verplichting kan worden afgeleid uit een gecombineerde lezing van artikel 6, lid 2 en artikel 17, lid 3 van de Verordening.

Op die manier wordt de ECB in beginsel als exclusieve gastlandtoezichthouder ingeschakeld inzake de controle op kredietinstellingen die in niet-deelnemende lidstaten gevestigd zijn en een bijkantoor inrichten in één of meer deelnemende lidstaten of gebruik maken van het recht op vrije dienstverlening in die lidstaten. De rol van nationale gastlandtoezicht-

houders wordt evenwel niet volledig uitgeschakeld. Immers, ingeval bijkantoren niet als belangrijk of significant kunnen worden aangemerkt, blijven de nationale autoriteiten als gastlandtoezichthouders in belangrijke mate bevoegd (zie nr. 22) op grond van artikel 6, lid 4 van de Verordening.

13. Dochterondernemingen – De Verordening spreekt zich niet uit over de situatie waarin een kredietinstelling gevestigd in een niet-deelnemende lidstaat besluit een volwaardige en zelfstandige dochtervennootschap in te richten op het grondgebied van een deelnemende lidstaat. Dat is ook begrijpelijk, omdat de wederzijdse erkenning van vergunningen in Richtlijn 2013/36/EU enkel betrekking heeft op de oprichting van een bijkantoor - geen afzonderlijke dochtervennootschap - of het verrichten van grensoverschrijdende diensten - met weinig tot geen infrastructuur op het grondgebied van de lidstaat. Het inrichten van een specifieke dochtervennootschap die tot doel heeft als kredietinstelling te functioneren op het grondgebied van een deelnemende lidstaat, zal immers in die lidstaat afzonderlijk vergund dienen te worden. Hoewel op grond van de vrijheid van vestiging inwoners uit andere lidstaten een dergelijke vennootschap mogen oprichten in een andere lidstaat⁽⁶²⁾, dient men in die lidstaat aan de nodige vergunningsverplichtingen te voldoen. Vestigt men een dochtervennootschap als kredietinstelling in een deelnemende lidstaat, dient men onvermijdelijk rekening te houden met de vergunningsvereisten in die lidstaat en met de rol van de ECB in het vergunningsproces, zoals vastgesteld in Verordening 1024/2013.

Enmaal de dochtervennootschap opgericht is, vinden de klassieke thuisland- en gastlandcontrolebeginselen ten volle ingang, waarbij de ECB en de autoriteit van de deelnemende lidstaat als thuislandtoezichthouder beschouwd moeten worden. In het kader van de incorporatie van de dochtervennootschap in een groter conglomeraat of als onderdeel van een holding, zal de ECB dan een geëigende rol vervullen als deelnemer aan een college van toezichthouders in de mate dat de moederonderneming niet in een deelnemende lidstaat gevestigd is⁽⁶³⁾. Ook hier geldt als uitgangspunt dat de ECB in beginsel de prudentiële toezichttaken van het thuisland en in geconsolideerde of conglomeraatsituaties, het gastland, overneemt.

60. Artikel 17, lid 3 Verordening 1024/2013.

61. Conform artikel 35, lid 2 en artikel 39, lid 2 Richtlijn 2013/36/EU.

62. Zie daarover artikel 49 VWEU. Voor een overzichtelijke analyse van de problemen in dat verband, R.B. VAN HEES, "Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie", *Vennootschap & Onderneming* 2009, 5-8.

63. Artikel 4, lid 1, punt g Verordening 1024/2013.

C. 'Exclusieve' toezichttaken van de ECB ten aanzien van in deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen

14. Overzicht – Artikel 4 van Verordening 1024/2013 omvat een geheel aan taken die in principe *exclusief* aan de ECB toekomen. Artikel 6 nuanceert die exclusiviteit evenwel onmiddellijk voor het merendeel van die toezichttaken⁶⁴. Enkel inzake vergunning en beoordeling van gekwalificeerde deelnemingen blijft de ECB exclusief bevoegd ten aanzien van alle in de deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen en zelfs daar spelen de nationale autoriteiten een belangrijke ondersteunende rol. Ook inzake de ondersteuning van macroprudentieel toezicht kan de ECB microprudentiële beslissingen ten aanzien van alle kredietinstellingen gevestigd in deelnemende lidstaten aannemen (i.). Daarnaast heeft de ECB ook specifieke verantwoordelijkheden inzake governance-toezicht en dagdagelijks interventietoezicht. In tegenstelling echter tot wat oorspronkelijk voorgesteld werd⁶⁵, beperkt het exclusieve ECB-toezicht zich hier echter tot 'belangrijke' kredietinstellingen. Belangrijkheid wordt daarbij bepaald aan de hand van alternatieve kwantitatieve en kwalitatieve factoren (ii.). Voor minder belangrijke kredietinstellingen worden de toezichttaken daarom verdeeld tussen de ECB en de bevoegde nationale thuisland- en gastland-autoriteiten, waarbij laatstgenoemden de belangrijkste rol inzake dagdagelijks toezicht blijven vervullen (iii.). De ECB kan evenwel steeds zelf interveniëren en beschikt daarbij over een ruim en verregaand arsenaal aan inspectie- en toezichtbevoegdheden en sanctiemogelijkheden (iv.).

i. 'Exclusieve' toezichttaken ten aanzien van alle in deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen

15. Vergunning van kredietinstellingen als exclusieve bevoegdheid van de ECB – Het verlenen - en mogelijks intrekken - van een vergunning vormt 'een essentiële prudentiële techniek om ervoor te zorgen dat alleen actoren met een solide economische basis, alleen een organisatie die kan omgaan met de specifieke risico's die aan het in ontvangst

nemen van deposito's en aan de kredietverlening verbonden zijn, en alleen capabele bestuurders deze werkzaamheden uitoefenen'⁶⁶. Waar het toekennen van een vergunning voorheen naar Europees Unierecht de verantwoordelijkheid van het thuisland was, stelt Verordening 1024/2013 nu dat de ECB exclusief bevoegd is voor het toekennen en intrekken van vergunningen aan kredietinstellingen gevestigd in deelnemende lidstaten⁶⁷. Op die manier wordt het vergunnen van bankactiviteiten voor deelnemende lidstaten dus volledig gecentraliseerd op supranationaal niveau.

Artikel 14 kent aan de nationale autoriteit van het voorgenomen 'thuisland' evenwel een belangrijke voorbereidende rol toe : een aanvraag voor een vergunning tot het uitoefenen van de werkzaamheden van een kredietinstelling die in een deelnemende lidstaat zal worden gevestigd, wordt immers ingediend bij de nationale bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling wordt gevestigd, overeenkomstig de in de toepasselijke nationale wetgeving vastgestelde voorschriften⁶⁸.

Indien de aanvrager voldoet aan alle vergunningsvoorwaarden die in de toepasselijke nationale wetgeving van die lidstaat worden gesteld, neemt de nationale bevoegde autoriteit binnen de termijn waarin bij de toepasselijke nationale wetgeving wordt voorzien, een ontwerpbesluit waarin zij de ECB voorstelt de vergunning te verlenen. De ECB en de aanvrager van de vergunning worden van dat ontwerpbesluit in kennis gesteld. In andere gevallen verwerpt de nationale bevoegde autoriteit de vergunningsaanvraag⁶⁹. Het ontwerpbesluit wordt vervolgens geacht te zijn vastgesteld door de ECB tenzij de ECB bezwaar aantekent binnen een termijn van ten hoogste tien werkdagen, die in terdege gemotiveerde gevallen één maal voor dezelfde periode kan worden verlengd. De ECB tekent alleen bezwaar tegen het ontwerpbesluit aan indien niet aan de in het toepasselijke Unierecht gestelde vergunningsvoorwaarden is voldaan. De verwerping wordt schriftelijk met redenen omkleed⁷⁰. Hoewel de ECB formeel het vergunningsbesluit aanneemt of verwerpt, stelt de nationale autoriteit de aanvrager in kennis van de eindbeslissing⁷¹.

64. Artikel 6, lid 4, 1e alinea Verordening 1024/2013 maakt een uitzondering voor de taken toegedeeld onder artikel 4, lid 1, punten a (vergunningen) en c (gekwalificeerde deelnemingen) en maakt geen melding van artikel 5 (macroprudentiële ondersteuning) bij de uiteenzetting van gedeelde bevoegdheden.

65. Zie het oorspronkelijke artikel 4, lid 1 van het *Voorstel voor een Verordening van de Raad waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid op het gebied van het prudentieel toezicht op kredietinstellingen* /* COM/2012/0511 final, te raadplegen op www.eur-lex.eu.

66. Overweging 20 Verordening 1024/2013.

67. Artikel 4, lid 1, punt a Verordening 1024/2013.

68. Artikel 14, lid 1 Verordening 1024/2013.

69. Artikel 14, lid 2 Verordening 1024/2013.

70. Artikel 14, lid 3 Verordening 1024/2013.

71. Artikel 14, lid 4 Verordening 1024/2013.



Ook wat de intrekking van de vergunning - en de daaruit voortvloeiende noodzakelijke beëindiging van bankactiviteiten door de voormalige vergunningshouder - betreft, is de ECB finaal bevoegd. De ECB kan namelijk, in de gevallen die in artikel 10 t.e.m. 14 van Richtlijn 2013/36/EU zijn vastgesteld, op eigen initiatief, na overleg met de nationale bevoegde autoriteit van de deelnemende lidstaat waar de kredietinstelling gevestigd is, dan wel op voorstel van die nationale bevoegde autoriteit, de vergunning intrekken. Bij dat overleg geeft de ECB, alvorens een besluit tot intrekking te nemen, de nationale autoriteiten voldoende tijd om te besluiten tot de vereiste herstelmaatregelen, waaronder eventuele afwikkelingsmaatregelen, en neemt zij die maatregelen in aanmerking⁽⁷²⁾. Indien de nationale autoriteit van oordeel is dat die vergunning overeenkomstig de toepasselijke nationale wetgeving moet worden ingetrokken, dient zij daartoe bij de ECB een voorstel in. In dat geval neemt de ECB een besluit over het voorstel tot intrekking, terdege rekening houdend met de door de nationale bevoegde autoriteit aangevoerde motivering voor de intrekking⁽⁷³⁾.

De huidige Europese vergunningsregelgeving laat lidstaten toe om verdere voorwaarden aan het verlenen van een kredietinstellingsvergunning te verbinden of in bijkomende gevallen waarin dergelijke vergunningen ingetrokken kunnen of moeten worden, te voorzien. De nationale autoriteit blijft in de eerste plaats verantwoordelijk om na te gaan of aan die voorwaarden van nationaal recht voldaan werd. Enigszins revolutionair bepaalt de Verordening echter ook dat de ECB subsidiair dient na te gaan of de vergunning kan worden ingetrokken op basis van de niet-naleving van *nationaal recht*⁽⁷⁴⁾.

De intrekking van een vergunning kan grote gevolgen hebben voor depositohouders en de lidstatelijke begroting, die deposito's dient of wenst te garanderen. Zolang een Europees afwikkelingsmechanisme voor financiële instellingen ontbreekt, dienen lidstaten daarom zelf na te gaan of het al dan niet onmiddellijk intrekken van een vergunning geen te grote gevolgen zal hebben voor de stabiliteit van het bankensysteem in die lidstaat. Daarom stelt de Verordening dat, zolang de nationale autoriteiten bevoegd blijven voor de afwikkeling van kredietinstellingen, zij, wanneer zij van oordeel zijn dat door de intrekking van de vergunning de passende uitvoering van of voor de afwikkeling nodige acties of acties ter handhaving van de financiële stabiliteit in

het gedrang zou komen, hun bezwaar naar behoren ter kennis van de ECB zullen brengen en uitvoerig toelichten in welk opzicht een intrekking schadelijke gevolgen zou hebben. In die gevallen gaat de ECB niet tot intrekking over gedurende een onderling met de nationale autoriteiten overeengekomen termijn. De ECB kan ertoe besluiten die termijn te verlengen indien zij van oordeel is dat voldoende vooruitgang is gemaakt. Indien echter de ECB in een gemotiveerd besluit vaststelt dat er door de nationale autoriteiten geen deugdelijke vereiste maatregelen zijn uitgevoerd, is de intrekking van de vergunning onmiddellijk van toepassing⁽⁷⁵⁾. Hoewel nationale autoriteiten aldus bezwaren kunnen formuleren, ligt de eindbeslissing ook hier bij de ECB.

In de praktijk verandert *inzake de procedure* voor de vergunningsaanvrager weinig, behalve dat de ECB een soort *secundaire controle* op het ontwerpbesluit van de nationale autoriteit doorvoert. *Inzake rechtsbescherming* kan de nieuwe procedure wel als een omwenteling beschouwd worden. Immers, een ECB-besluit dat een vergunning verwerpt, kan niet langer als een beslissing van de nationale autoriteit aangezien worden, maar vormt een supranationale rechtshandeling aangenomen door een Europese instelling, waartegen slechts een intern beroep voor de administratieve raad voor toetsing en een procedure voor het Hof van Justitie ingesteld kunnen worden (zie verder nrs. 30 en 31). Rechtsbescherming tegen vergunningsbeslissingen wordt hierdoor dus naar het supranationale niveau verplaatst. Omdat een ontwerpbesluit 'wordt geacht te zijn vastgesteld door de ECB', lijkt de rol van de nationale rechter als toetsers van vergunningsbesluiten uitgespeeld. De exclusieve bevoegdheid van de ECB om besluiten aan te nemen, is bovendien nog meer problematisch met betrekking tot de intrekking van de vergunning op grond van niet-naleving van nationaal recht. De verplichtingen voor de ECB om dat nationaal recht toe te passen en in een supranationaal toezichtbesluit te incorporeren, doen vermoeden dat ook het Hof van Justitie ECB-besluiten zal dienen te beoordelen en te toetsen in een vernietigingsberoep op grond van artikel 263 VWEU. De beoordeling van de legaliteit van dat besluit zal dan noodzakelijk rekening dienen te houden met datzelfde omgezette nationaal recht, dat op die manier en in die situatie een hogere plaats in de Europese normenhiërarchie krijgt en op gelijke voet geplaatst wordt met secundaire Uniewetgeving en hoger staat dan de ECB-toezichtbesluiten. De vraag rijst uiteraard of een dergelijke gelijkstelling van

72. Artikel 14, lid 5, paragraaf 1 Verordening 1024/2013.

73. Artikel 14, lid 5, paragraaf 2 Verordening 1024/2013.

74. Overweging 21 Verordening 1024/2013.

75. Artikel 14, lid 6 Verordening 1024/2013.



omgezet nationaal recht met supranationale secundaire wetgeving in de praktijk niet tot moeilijkheden kan leiden, zeker in de mate dat het nationaal recht meer of strengere vereisten stelt dan de supranationale wetgeving. De praktijk zal hier moeten uitwijzen of en hoe nationale rechters niet toch een rol kunnen blijven spelen en eventuele interpretatievragen aan het Hof van Justitie kunnen stellen door middel van de prejudiciële vraagstellingsprocedure⁷⁶. De Verordening heeft een dergelijk systeem evenwel niet voor ogen gesteld en het is maar de vraag of en hoe een interventie door nationale rechters verzoend zou kunnen worden met een gecentraliseerd vergunningsstelsel.

16. Verwerven van gekwalificeerde deelnemingen – Een vergunning beoordeelt in de eerste plaats ook de geschiktheid van de eigenaars om een kredietinstelling op een veilige, geschikte en solide manier te doen functioneren. Wijzigingen aan de eigendomsstructuur van een kredietinstelling kunnen twijfels creëren over deze tijdens de vergunningsfase *ex ante* gecontroleerde eigenschappen van de kredietinstelling. Daarom wordt het verwerven van ‘gekwalificeerde deelnemingen’ in vergunde kredietinstellingen aan bijkomende controle onderworpen. Verordening 575/2013 definieert een gekwalificeerde deelneming als ‘het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10 % of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen’⁷⁷. Uit die formulering blijkt dat het al dan niet ‘gekwalificeerde’ karakter van de deelneming en de geschiktheid van de nieuwe deelnemer steeds *in concreto* beoordeeld worden, voorafgaand aan de eigenlijke aankoop van een dergelijk belang. Volgens de Verordening is de ECB ‘als Unie-instelling bij uitstek geschikt om een dergelijke beoordeling te verrichten zonder dat de interne markt onnodig wordt ingeperkt. Derhalve moet zij tot taak krijgen de verwerving en afstoting van significante deelnemingen in kredietinstellingen te beoordelen, uitgezonderd in het kader van de afwikkeling van banken’⁷⁸.

Als gevolg hiervan bepaalt artikel 4, lid 1, punt c, dat kennisgevingen van verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen

exclusief door de ECB beoordeeld dienen te worden. Artikel 15 vult verder aan dat een kennisgeving van verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling gevestigd in een deelnemende lidstaat bij de nationale bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling is gevestigd, ingediend wordt overeenkomstig de in de betrokken nationale wetgeving vastgestelde voorschriften⁷⁹. Meer bepaald beoordeelt de bevoegde nationale autoriteit de voorgestelde verwerving en zendt de kennisgeving alsmede een voorstel voor een besluit om al dan niet bezwaar te maken tegen de verwerving ten minste tien werkdagen vóór het verstrijken van de bij de toepasselijke Uniewetgeving vastgestelde beoordelingstermijn aan de ECB toe. De ECB besluit vervolgens of zij op grond van de bij de toepasselijke Uniewetgeving vastgestelde beoordelingscriteria, alsmede volgens de procedure en binnen de daarin bepaalde beoordelingstermijnen, bezwaar maakt tegen de verwerving⁸⁰. Bij het maken van bezwaar kan de verwerving van de deelneming niet doorgaan. Een dergelijk besluit vormt een ECB-besluit genomen op basis van Europees Unierecht en kan dan ook enkel voor de bevoegde Unie-organen (administratieve raad van toetsing en Hof van Justitie) aangevochten worden.

Bij verwervingen in het kader van de afwikkeling van banken vervalt de exclusieve bevoegdheid van de ECB. Zolang een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme voor kredietinstellingen in de Eurozone ontbreekt, blijft de beoordeling van verwervingen in de afwikkelingsfase de volledige verantwoordelijkheid van de bevoegde toezichthouder in het thuisland⁸¹.

17. Macroprudentiële ondersteuning – Om de solide en voortdurende uitoefening van kredietinstellingen te kunnen verzekeren, is het aanhouden van bepaalde kapitaalbedragen in evenredigheid met de risico’s verbonden aan de werkzaamheden noodzakelijk. Zulke kapitaalbedragen zijn er in de eerste plaats op gericht om te vermijden dat individuele kredietinstellingen niet in staat zouden zijn om op solide wijze te blijven functioneren. Bepaalde maatregelen zijn er evenwel ook op gericht om mogelijke systeemrisico’s of andere macroprudentiële risico’s op te vangen. Een voorbeeld hiervan vormt de kapitaalconserveringsbuffer, een contracyclische kapitaalbuf-

76. Zie artikel 267 VWEU voor die procedure.

77. Artikel 4, lid 1, (36) Verordening 575/2013.

78. Overweging 22 Verordening 1024/2013.

79. Artikel 4, lid 1, punt c en artikel 15, lid 1 Verordening 1024/2013. Die voorschriften worden evenwel tegen de achtergrond van Europeesrechtelijke regels opgesteld, zie artikel 4, lid 3 Verordening 1024/2013.

80. Artikel 14, lid 2 en 3 Verordening 1024/2013.

81. Overweging 22 Verordening 1024/2013, *in fine*.



fer die ervoor zorgt dat kredietinstellingen in tijden van economische groei een kapitaalbasis opbouwen die groot genoeg is om in moeilijke tijden verliezen op te vangen⁽⁸²⁾ en die aldus kunnen vermijden dat het verdwijnen van een kredietinstelling een spiraal van bankfalings doet ontstaan.

Volgens Richtlijn 2013/36/EU zijn het de nationale autoriteiten die dergelijke bijkomende kapitaalbuffers kunnen opleggen aan de onder hun bevoegdheid vallende kredietinstellingen⁽⁸³⁾. Verordening 1024/2013 kent evenwel een belangrijke *supplementaire* en *ondersteunende* rol toe aan de ECB. Tien werkdagen voordat een nationale autoriteit een besluit neemt dat het opleggen van een kapitaalconserveringsbuffer behelst, wordt de ECB naar behoren in kennis gesteld van dat voornemen. De ECB kan vervolgens binnen vijf werkdagen bezwaar aantekenen met schriftelijke opgave van redenen. Een ECB-bezwaar betekent evenwel niet dat de nationale autoriteit de maatregel niet mag aannemen. Integendeel, de nationale autoriteit is er enkel toe gehouden een ‘gedegen afweging van de argumenten van de ECB’ te maken⁽⁸⁴⁾.

Tezelfdertijd kan, indien zulks nodig geacht wordt of indien de nationale autoriteiten de ECB hierom uitdrukkelijk verzoeken⁽⁸⁵⁾, de ECB zelf in plaats van de autoriteiten van de deelnemende lidstaat, aan de kredietinstellingen strengere kapitaalbuffervereisten opleggen⁽⁸⁶⁾. In dat geval werkt de ECB bij het overwegen van maatregelen nauw samen met de betrokken nationale autoriteiten in de betrokken lidstaten. Met name geeft zij tien werkdagen voordat zij het besluit in kwestie neemt, kennis van haar voornemen aan de betrokken autoriteiten. Wanneer één van deze autoriteiten bezwaar aantekent, doet zij binnen vijf werkdagen schriftelijk opgave van haar redenen. Alvorens het passende besluit te nemen, maakt de ECB een gedegen afweging van deze argumenten. Daarbij houdt zij in het bijzonder rekening met de specifieke situatie van het financiële stelsel, de economische situatie en de economische conjunctuur in de afzonderlijke lidstaten of delen daarvan⁽⁸⁷⁾. De ECB blijft echter vrij het besluit al dan niet aan te nemen.

ii. ‘Exclusieve’ toezichttaken ten aanzien van belangrijke kredietinstellingen

18. Governance verplichtingen – Naast de hierboven vermelde overname van toezichttaken in verband met vergunningen, verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen en macroprudentiële interventies, kent de Verordening de ECB ook specifieke verantwoordelijkheden inzake de organisatie van governance-structuren van kredietinstellingen gevestigd in deelnemende lidstaten toe. Zo is de ECB verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de EU regelgeving, op grond waarvan kredietinstellingen dienen te beschikken over ‘solide governance-regelingen, met inbegrip van de betrouwbaarheids- en deskundigheidseisen die gesteld worden aan de personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van kredietinstellingen, risicobeheerprocessen, mechanismen voor interne controle, beloningsbeleid en beloningspraktijk en een doeltreffend intern beoordelingsproces van kapitaaltoereikendheid, inclusief interne ratingmodellen⁽⁸⁸⁾. De ECB moet daarbij in staat zijn om op basis van haar toezichtbevoegdheden een lid uit een leidinggevend orgaan te kunnen verwijderen⁽⁸⁹⁾.

19. Dagdagelijks prudentieel toezicht en ‘stress-tests’ – Naast governanceverantwoordelijkheden is de ECB in beginsel ook verantwoordelijk om na te gaan of de specifieke eigenvermogensvereisten en andere prudentiële eisen op het gebied van securitisatie, grenswaarde voor omvangrijke risico’s, liquiditeit, hefboomratio en verslaglegging alsmede de verslaglegging en de openbaarmaking van die informatie op grond van het Unierecht nageleefd worden⁽⁹⁰⁾. Vanuit dat oogpunt is de ECB tevens bevoegd om toezichttaken te vervullen met betrekking tot herstellplannen, en vroegtijdige interventie wanneer een kredietinstelling of een groep ten aanzien waarvan de ECB de consoliderende toezichthouder is, de toepasselijke prudentiële vereisten niet naleeft of waarschijnlijk niet zal naleven en, in de door het toepasselijke Unierecht voor bevoegde autoriteiten uitdrukkelijk genoemde gevallen, met betrekking tot structurele veranderingen die van kredietinstellingen worden geëist om preventief op te treden tegen finan-

82. Voor die definitie, zie overweging 24 Verordening 1024/2013.

83. Zie bijvoorbeeld overweging 80 en artikel 130 Richtlijn 2013/36/EU.

84. Artikel 5, lid 1 Verordening 1024/2013.

85. Elke lidstaat kan hierom verzoeken teneinde de specifieke situatie van het financiële stelsel en de economie in haar lidstaat aan te pakken, zie artikel 15, lid 3 Verordening 1024/2013.

86. Artikel 15, lid 2 Verordening 1024/2013.

87. Artikel 15, lid 4 en 5 Verordening 1024/2013.

88. Artikel 4, lid 1, punt e Verordening 1024/2013.

89. Overweging 46 Verordening 1024/2013, waar gesteld wordt dat de ECB dit te allen tijde kan doen *op basis van haar toezichtbevoegdheden* op grond van de Verordening.

90. Artikel 4, lid 1, punt d Verordening 1024/2013.

ciële spanningen en faillissement. De ECB heeft daarbij evenwel geen bevoegdheden inzake de afwikkeling van falende kredietinstellingen⁹¹.

Een bijkomende verantwoordelijkheid van de ECB vormt het verrichten van toetsingen en het uitvoeren en publiceren van stresstests - al dan niet in coördinatie met de Europese Bankautoriteit - met betrekking tot kredietinstellingen gevestigd in deelnemende lidstaten. Die toetsingen moeten de ECB toelaten te bepalen of de door kredietinstellingen ingevoerde regelingen, strategieën, processen en mechanismen en het door deze instellingen aangehouden eigen vermogen een degelijk beheer en een solide dekking van hun risico's waarborgen. Toetsingen en stresstests vormen bovendien de basis waarop aan kredietinstellingen specifieke additionele eigenvermogensvereisten, specifieke publicatievereisten en specifieke liquiditeitsvereisten opgelegd kunnen worden. De ECB beschikt in dat verband over de bevoegdheden die op grond van het Unierecht aan de nationale thuislandtoezichthouders toegekend werden⁹².

20. Belangrijke drempels – Hoewel de in dit onderdeel vermelde bevoegdheden in beginsel op alle in de deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen van toepassing zijn, nuanceert artikel 6 in belangrijke mate de exclusieve bevoegdheid van de ECB met betrekking tot in deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen, financiële holdings, gemengde financiële holdings of in een deelnemende lidstaat gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die in een deelnemende lidstaat gevestigd zijn en die als *minder belangrijk* beschouwd kunnen worden. Het al dan niet belangrijke karakter van een kredietinstelling of bijkantoor wordt berekend aan de hand van de omvang, het belang voor de economie van de Unie of een deelnemende lidstaat en het belang van de grensoverschrijdende activiteiten⁹³. Die ruim geformuleerde belangrijkheidscriteria worden verder verfijnd in een reeks *kwalitatieve* en *kwantitatieve drempels*.

Als uitgangspunt stelt de Verordening twee *kwalitatieve drempels* in. Deze drempels zijn kwalitatief omdat zij kredietinstellingen als belangrijk achten ongeacht hun omvang en belang van hun grensoverschrijdende activiteiten. Als belangrijke kredietinstellingen worden daarbij beschouwd die kredietinstellingen die in een deelnemende lidstaat gevestigd zijn en waarvoor

rechtstreeks om openbare financiële bijstand van het EFSF of het ESM is verzocht en die deze bijstand rechtstreeks hebben ontvangen⁹⁴. Omdat de kredietinstellingen in kwestie steun hebben ontvangen van Europese openbare steunfaciliteiten, wordt vermoed dat zij meer toezicht behoeven. Daarnaast verricht de ECB de hierboven vermelde toezichttaken in beginsel steeds - tenzij gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden - *ten aanzien van de drie belangrijkste kredietinstellingen in elke gevestigde lidstaat*⁹⁵. Op die manier voorziet de Verordening dat in elke lidstaat ten minste drie kredietinstellingen op supranationaal niveau gecontroleerd worden. Belangrijkheid wordt daarbij bepaald aan de hand van de kwantitatieve criteria vermeld in dit randnummer. Zelfs als op basis van die criteria de instelling als minder belangrijk beschouwd wordt, is de ECB in beginsel gehouden om toezicht te houden op de activiteiten, omdat de betrokken instelling tot de drie belangrijkste op het grondgebied van een deelnemende lidstaat behoort.

Vervolgens stelt de Verordening op basis van meer kwantitatieve criteria drempels in op grond waarvan een instelling als belangrijk beschouwd kan worden. Die criteria zijn *alternatief*; het volstaat derhalve dat aan slechts één van de criteria voldaan is. Een kredietinstelling, financiële holding of gemengde financiële holding is daarbij belangrijk als de totale waarde van de activa meer dan 30 miljard EUR bedraagt of als het aandeel van de totale activa meer dan 20 % van het bruto binnenlands product van de deelnemende lidstaat van vestiging bedraagt, tenzij de totale waarde van de activa minder dan 5 miljard EUR omvat. In beide situaties wordt een kredietinstelling als belangrijk aangemerkt en heeft de ECB in beginsel exclusieve toezichtbevoegdheden⁹⁶.

De ECB kan niettemin besluiten dat in bepaalde bijzondere omstandigheden het niet-kwalificeren van kredietinstellingen als belangrijk gerechtvaardigd kan worden, maar dient daarvoor te specificeren op welke (methodologische) grondslagen zij zich baseert. Daartoe stelt zij een specifieke methodologie vast in overleg met de nationale autoriteiten. Dergelijke methodologie moet toelaten om de 'status' van een kredietinstelling van 'minder belangrijk' naar 'belangrijk' te wijzigen of omgekeerd, doch enkel in geval van substantiële en permanente veranderingen in de omstandigheden⁹⁷. In principe kan dergelijke status ook maar één keer om de twaalf maanden gewijzigd

91. Artikel 4, lid 1, punt i Verordening 1024/2013.

92. Artikel 4, lid 1, punt f Verordening 1024/2013.

93. Artikel 6, lid 4, 1e alinea Verordening 1024/2013.

94. Artikel 6, lid 4, 4e alinea Verordening 1024/2013.

95. Artikel 6, lid 4, 5e alinea Verordening 1024/2013.

96. Artikel 6, lid 4, 2e alinea Verordening 1024/2013.

97. Artikel 6, lid 7, punt a Verordening 1024/2013.



worden, tenzij er zich in de tussentijd structurele wijzigingen zoals fusies of afstotingen voordoen⁽⁹⁸⁾.

Daarnaast omvat de Verordening nog bijkomende *kwalitatieve* criteria. Indien namelijk de nationale autoriteit van mening is dat de betrokken kredietinstelling van groot belang is voor de binnenlandse economie, kan zij dit ter kennis brengen van de ECB. De ECB kan hierop een besluit aannemen waarin zij dit belang bevestigt, nadat zij een alomvattende beoordeling, inclusief een balansbeoordeling van die kredietinstelling verricht heeft⁽⁹⁹⁾. Daarnaast kan de ECB ook op eigen initiatief een instelling van groot belang achten als deze in meer dan één deelnemende lidstaat dochterbanken heeft gevestigd en haar grensoverschrijdende activa of verplichtingen een aanzienlijk deel van haar totale activa of verplichtingen vertegenwoordigen, mits aan de voorwaarden van de methode - die bekendgemaakt dient te worden - voldaan is⁽¹⁰⁰⁾.

Kredietinstellingen die op grond van deze drempels als 'belangrijk' beschouwd worden, vallen onder het exclusieve ECB-toezicht met alle bevoegdheden zoals in dit en het vorige onderdeel uiteengezet⁽¹⁰¹⁾. Instellingen die daarentegen als 'minder belangrijk' worden beschouwd, vallen onder een uitgewerkt systeem van gedeeld toezicht. Waar de ECB exclusief bevoegd blijft inzake vergunningen, verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen en macroprudentiële ondersteuning, worden de dagdagelijkse en governance taken voornamelijk op nationaal niveau uitgeoefend. Aan de hand van die criteria zouden maximaal 130 kredietinstellingen, die samen meer dan 85 % van de bankactiva in de Eurozone vertegenwoordigen, aan het exclusieve toezicht van de ECB onderworpen worden⁽¹⁰²⁾.

iii. 'Gedeeld' toezicht op minder belangrijke kredietinstellingen

21. Gedeeld toezicht – In de mate dat een kredietinstelling als minder belangrijk aangemerkt wordt, stellen de nationale autoriteiten in beginsel besluiten

inzake toezicht vast en verrichten zij de taken die in het vorige onderdeel uiteengezet werden. De ECB richt weliswaar verordeningen, richtsnoeren of algemene instructies tot de nationale autoriteiten over de meest aangewezen toezichtstechnieken, maar de concrete toezichtactiviteit blijft in dat geval bij de nationale autoriteiten berusten. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de nationale autoriteiten in die gevallen bevoegd zijn om informatie te verkrijgen van de betrokken kredietinstellingen, financiële holdings, gemengde financiële holdings en ondernemingen inbegrepen in het geconsolideerde financieel toezicht, alsmede alle inspecties kan verrichten in dat verband⁽¹⁰³⁾.

De ECB kan in het kader van gedeeld toezicht tevens op subsidiaire wijze - wanneer dat nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtnormen - zelf alle toezichttaken overnemen⁽¹⁰⁴⁾. Vanuit die optiek kan de ECB, ad hoc of op meer permanente basis, de nationale autoriteiten verzoeken om informatie over de door hen verrichte taken te verstrekken⁽¹⁰⁵⁾. Een meer gedetailleerd kader met procedures en termijnen dient hiervoor te worden opgesteld⁽¹⁰⁶⁾. Nationale autoriteiten dienen (i) de ECB daartoe ten minste in kennis te stellen van elke materiële toezichtprocedure, (ii) op verzoek van de ECB, bepaalde aspecten van de procedure nader te beoordelen en (iii) ontwerpbesluiten over te maken aan de ECB, zodat deze hierover haar standpunten kan formuleren⁽¹⁰⁷⁾.

22. Gedeeld toezicht op 'minder belangrijke' bijkantoren en op grensoverschrijdende dienstverlening vanuit niet-deelnemende lidstaten ? – De allocatie van toezicht op bijkantoren in deelnemende lidstaten van kredietinstellingen die in een niet-deelnemende lidstaat gevestigd zijn, komt doorheen de Verordening niet volledig duidelijk tot uiting. Waar vastgesteld kan worden dat de ECB in principe de verantwoordelijke gastlandtoezichthouder is, maakt artikel 6, lid 4 duidelijk dat afzonderlijke bijkantoren in deelnemende lidstaten gevestigd ook als *minder belangrijk* kunnen worden aangemerkt, gebaseerd op omvang, rol in de economie van een lidstaat en

98. Overweging 40 Verordening 1024/2013.

99. Artikel 6, lid 4, 2e alinea, sub iii) Verordening 1024/2013.

100. Artikel 6, lid 4, 3e alinea Verordening 1024/2013.

101. E. FERRAN en V. BABIS, zie noot 44, 260.

102. Zie voor die schatting en een overzicht van de betrokken kredietinstellingen, S. VERHELST, *Egmont Paper 58. Assessing the Single Supervisory Mechanism: Passing the Point of No Return for Europe's Banking Union*, Gent, Academia Press, 2013, 53.

103. Artikel 6, lid 6 Verordening 1024/2013. De lidstaten dienen de ECB wel op geregelde tijdstippen verslag uit te brengen van de aldus uitgevoerde activiteiten.

104. Artikel 6, lid 5, punt b Verordening 1024/2013.

105. Artikel 6, lid 5, punt e Verordening 1024/2013.

106. Artikel 6, lid 7 Verordening 1024/2013. Bij het vormgeven van die taakverdeling dienen bovendien de toewijzing van verantwoordelijkheden van verschillende autoriteiten in overeenstemming met het Unierecht inzake de toewijzing van verantwoordelijkheden tussen (thuis- en gast)lidstaten gerespecteerd te worden, zie lid 8.

107. Artikel 6, lid 7, punt c Verordening 1024/2013.



het belang van grensoverschrijdende activiteiten⁽¹⁰⁸⁾. De Verordening neemt vervolgens geen specifieke kwalitatieve of kwantitatieve drempels aan die helpen bij de beoordeling of een bijkantoor voor gastlandtoezichtdoeleinden als (minder) belangrijk aangemerkt dient te worden. Daarom is het alsnog onduidelijk welke bijkantoren als belangrijk beschouwd kunnen worden.

Inzake het grensoverschrijdend verrichten van diensten wordt geen verdeling van taken tussen nationale autoriteiten en de ECB vooropgesteld. Op basis van artikel 4, lid 2 van de Verordening dient dan ook besloten te worden dat de ECB de uitsluitende bevoegdheid heeft om als 'gastland' op grensoverschrijdende diensten toezicht te houden.

iv. Uitgebreide toezichtbevoegdheden

23. Een operationeel kader voor ECB-toezicht –

De Verordening reikt slechts een vertrekpunt aan voor een meer gedetailleerd dagdagelijks toezichtkader op in deelnemende lidstaten gevestigde (belangrijke) kredietinstellingen. De specifieke bevoegdheden om in te grijpen op financiële markten zijn daarbij bovenal terug te vinden in het toepasselijke materiële Unierecht. De ECB is er dan ook in de eerste plaats toe gehouden dat materiële Unierecht toe te passen.

Teneinde haar taken te kunnen uitvoeren, kan de ECB gebruikmaken van alle bevoegdheden - en is zij onderhevig aan alle verplichtingen - die de bevoegde nationale autoriteiten krachtens het Unierecht toegevoegd kregen of krijgen⁽¹⁰⁹⁾. Zo kan de ECB van eender welke kredietinstelling, financiële holding of gemengde financiële holding in deelnemende lidstaten eisen dat zij in een vroeg stadium de nodige maatregelen neemt om zich voordoende problemen te verhelpen, wanneer die instelling niet langer aan de toepasselijke (omgezette) Uniewetgeving voldoet, wanneer de ECB over aanwijzingen beschikt dat de kredietinstelling binnen de komende twaalf maanden waarschijnlijk niet aan die wetgeving zal voldoen of wanneer in het kader van de verrichte toetsingen vastgesteld wordt dat de door de kredietinstelling ingevoerde regelingen, strategieën, procedures en

mechanismen en het eigen vermogen en de liquiditeit die door die kredietinstelling worden aangehouden, geen degelijk beheer en geen solide dekking van haar risico's waarborgen⁽¹¹⁰⁾.

De procedure die leidt tot de aanneming van een besluit dient eerst en vooral evenwel behoorlijk te verlopen. Meer bepaald dient de ECB personen tegen wie de procedures gericht zijn, de mogelijkheid te geven gehoord te worden en besluiten te baseren op punten van bezwaar waarover de betrokken partijen opmerkingen hebben kunnen maken⁽¹¹¹⁾. Personen hebben ook toegang tot het dossier, met uitzondering van vertrouwelijke informatie en onder voorbehoud van het rechtmatige belang van andere personen bij de bescherming van hun bedrijfsgeheimen⁽¹¹²⁾. Bovendien dienen ECB-besluiten te worden gemotiveerd⁽¹¹³⁾. Verwacht kan worden dat het opstellen van dergelijke ontwerpbesluiten in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van door de ECB tewerkgestelde onderzoeks- en toezichtambtenaren zal worden.

In die omstandigheden kent de Verordening aan de ECB de specifieke bevoegdheid toe om van de gecontroleerde kredietinstellingen te eisen dat zij meer eigen vermogen aanhouden in verband met risico's die niet rechtstreeks onder de toepasselijke handelingen van het Unierecht vallen, dat zij regelingen, procedures, mechanismen en strategieën, gebruikt door de kredietinstelling, aanscherpen en dat zij een specifiek voorzieningenbeleid in verband met activa voeren⁽¹¹⁴⁾. Daarbij kan de ECB kredietinstellingen verplichten een plan op te stellen om (opnieuw) aan de Europeesrechtelijke toezichtvereisten te voldoen, restricties of beperkingen⁽¹¹⁵⁾ opleggen aan hun bedrijfsactiviteiten of de afstoting van bepaalde activiteiten verlangen, risico's verbonden aan bepaalde activiteiten beperken, verlangen dat instellingen hun nettowinst gebruiken om het eigen vermogen te versterken, specifieke liquiditeitsvereisten en meer rapportage- en informatievereisten opleggen⁽¹¹⁶⁾. De ECB kan tevens van kredietinstellingen verlangen dat zij de variabele beloning van personeelsleden en bestuurders tot een bepaald percentage van hun netto-inkomsten beperken indien deze beloning niet met de instandhouding van een solide kapitaalbasis te verenigen is⁽¹¹⁷⁾. Zoals hierboven ver-

108. Zie artikel 6, lid 4, 1e alinea, gedachtstreepje, waarin op bijkantoren van kredietinstellingen gevestigd in niet-deelnemende lidstaten gewezen wordt in gevallen waarop het consoliderende niveau - waarop op geconsolideerde wijze toezicht gehouden wordt - zich niet in een deelnemende lidstaat bevindt.

109. Artikel 9, lid 1 Verordening 1024/2013.

110. Artikel 16, lid 1 Verordening 1024/2013.

111. Artikel 22, lid 1 Verordening 1024/2013.

112. Artikel 22, lid 2, 1e alinea Verordening 1024/2013.

113. Artikel 22, lid 2, 2e alinea Verordening 1024/2013.

114. Artikel 16, lid 2, punten a, b en d Verordening 1024/2013.

115. De Verordening maakt daarbij niet duidelijk wat het verschil is tussen restricties en beperkingen en of dat verschil daadwerkelijk geacht kan worden te bestaan.

116. Artikel 16, lid 2, punten c, e, f, h, i, j, k en l Verordening 1024/2013.

117. Artikel 16, lid 2, punt g Verordening 1024/2013.



meld, kan de ECB bovendien te allen tijde leden van het leidinggevend orgaan van kredietinstellingen ontslaan die niet aan de vereisten van de Uniewetgeving voldoen⁽¹¹⁸⁾. De uitoefening van deze taken dient in overeenstemming met het bestaande Unierecht plaats te grijpen.

De rol van de nationale autoriteiten blijft daarbij evenwel essentieel ondersteunend. Overweging 37 van de Verordening beklemtoont immers uitvoerig de expertise van nationale autoriteiten en hun inzicht in de specifieke economische, organisatorische en culturele kenmerken van op hun grondgebied gevestigde kredietinstellingen. Daarom moeten nationale bevoegde autoriteiten ter waarborging van een hoogwaardig toezicht op het niveau van de Unie, steeds de verantwoordelijkheid ervoor hebben de ECB bij te staan bij de voorbereiding en uitvoering van handelingen die betrekking hebben op de uitoefening van de toezichttaken van de ECB. Dit moet met name gelden voor de doorlopende dagelijkse beoordeling van de situatie van een kredietinstelling en de daarbij horende verificaties ter plaatse⁽¹¹⁹⁾. Nationale autoriteiten voorzien met andere woorden de noodzakelijke informatie die de ECB moet toelaten bovenvermelde toezichttaken effectief te kunnen uitoefenen⁽¹²⁰⁾.

24. Administratieve sancties en vergoedingen voor toezicht – Het uitgebreide arsenaal aan specifieke toezichttaken wordt bovendien aangevuld door de mogelijkheid voor de ECB om in bepaalde gevallen *administratieve sancties* op te leggen aan kredietinstellingen. Op grond van Verordening 2532/98 kon de ECB reeds sancties in de vorm van geldboeten en dwangsommen opleggen⁽¹²¹⁾, ook aan ondernemingen die niet in overeenstemming met ECB-beschikkingen en verordeningen waren, bijvoorbeeld inzake het aanhouden van minimumreserves bij de ECB ter verzekering van monetaire stabiliteit⁽¹²²⁾. Bij het opleggen van dergelijke sancties dient een procedure gevolgd te worden waarbij de betrokken onderneming op de hoogte gebracht wordt van een ingeleide procedure, het recht heeft om gehoord te worden, maar ook ver-

plicht kan worden de nodige informatie over te leggen⁽¹²³⁾. In de monetaire stabiliteitscontext neemt de directie van de ECB het betrokken besluit, dat vervolgens door de controlerende Raad van Bestuur verder kan worden getoetst⁽¹²⁴⁾.

Verordening 1024/2013 bouwt voort op deze Verordening en voorziet tevens in de oplegging van *doeltreffende, evenredige en geschikte* administratieve sancties⁽¹²⁵⁾ - ditmaal wel door de raad van toezicht (zie nr. 28) - indien kredietinstellingen, financiële holdings of gemengde financiële holdings *opzettelijk of uit onachtzaamheid* een inbreuk plegen op een krachtens relevante *rechtstreeks toepasselijke handelingen* van het Unierecht geldend voorschrift waarvoor administratieve geldelijke sancties aan de bevoegde autoriteiten beschikbaar gesteld moeten worden krachtens dat toepasselijke Unierecht⁽¹²⁶⁾. De Verordening verduidelijkt de begrippen *opzettelijk* of *onachtzaam* niet en kent daarmee de ECB in belangrijke mate discretie toe bij het bepalen of een handeling al dan niet opzettelijk of uit onachtzaamheid plaatsgreep. In de mogelijke sanctiepraktijk zal de ECB derhalve ruimte krijgen om een eigen Europeesrechtelijke interpretatie aan het opzetbegrip te geven, daarin wellicht mogelijk geïnspireerd door nationale sanctiesystemen.

De geldelijke sancties die worden opgelegd mogen maximaal tweemaal het bedrag van de als gevolg van een inbreuk behaalde winsten of geleden verliezen bedragen, of 10 % van de jaaromzet⁽¹²⁷⁾ van een rechtspersoon dan wel de ondernemingsgroep waartoe de rechtspersoon behoort⁽¹²⁸⁾, tenzij het materieel Unierecht in afwijkende drempels voorziet⁽¹²⁹⁾. Het opleggen van een sanctie dient tevens bekendgemaakt te worden, opnieuw conform de voorwaarden bepaald door het toepasselijke Unierecht⁽¹³⁰⁾.

Teneinde haar activiteiten te financieren, rekent de ECB bovendien aan de onder toezicht gestelde kredietinstellingen een jaarlijkse vergoeding aan voor toezicht aan kredietinstellingen gevestigd in deelne-

118. Artikel 16, lid 2, punt m Verordening 1024/2013.

119. Overweging 37 Verordening 1024/2013.

120. Zie ook artikel 9, lid 2 Verordening 1024/2013.

121. Zie Verordening (EG) nr. 2532/98 van de Raad van 23 november 1998 met betrekking tot de bevoegdheid van de ECB om sancties op te leggen, *Pb.L.* 27 november 1998, afl. 318, 4 (hierna genoemd Verordening 2532/98).

122. Artikel 19, lid 1 Protocol (nr. 4) betreffende de statuten van het Europees Stelsel Van Centrale Banken en van de Europese Centrale Bank, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 230.

123. Artikel 3, lid 3 Verordening 2532/98.

124. Artikel 3, lid 4 Verordening 2532/98.

125. Artikel 18, lid 3 Verordening 1024/2013.

126. Artikel 18, lid 1 Verordening 1024/2013.

127. De jaaromzet is de omzet zoals die blijkt uit de (geconsolideerde) jaarrekening van de onderneming in kwestie.

128. Artikel 18, lid 1 Verordening 1024/2013.

129. Zie artikel 18, lid 1, laatste zin Verordening 1024/2013.

130. Artikel 18, lid 6 Verordening 1024/2013.

mende lidstaten en aan bijkantoren van niet in deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen⁽¹³¹⁾. De vergoeding mag het bedrag van de uitgaven in verband met de prudentiële toezichttaken op kredietinstellingen niet te boven gaan. De uitgaven van het lopende kalenderjaar vormen de grondslag voor de berekening van de vergoeding in dat kalenderjaar en de criteria voor berekening worden gepubliceerd en aan publieksraadpleging onderworpen. De Verordening nodigt bovendien nationale autoriteiten uit een soortgelijke vergoeding op te leggen - in de mate dat dit nog niet gebeurt - voor situaties waarbij die autoriteiten het nationale of Europese Unierecht toepassen⁽¹³²⁾. De Verordening verschaft geen nadere uitleg hoe de bijdragen geïnd zullen worden en wat de gevolgen van niet-betaling van de bijdragen zijn. Ook van een mogelijkheid om in dat geval bijkomende administratieve sancties op te leggen wordt doorheen de Verordening geen melding gemaakt.

25. Verzoeken tot informatie en inspecties – Om toezichttaken effectief te kunnen vervullen, kan de ECB in specifieke situaties of periodiek met het oog op het regelmatig voeren van toezicht alle informatie nodig voor de uitoefening van haar toezichttaak verlangen van kredietinstellingen, financiële holdings, gemengde financiële holdings en gemengde holdings gevestigd in de deelnemende lidstaten, alsmede van personen behorend tot die entiteiten of derden aan wie de entiteiten functies of activiteiten uitbesteedden⁽¹³³⁾. Ook nationale autoriteiten dienen alle nodige informatie te verstrekken⁽¹³⁴⁾.

De ECB wordt daarbij opgedragen doeltreffende mechanismen in te richten voor de melding van eventuele inbreuken, waarbij passende bescherming aan inbreukmelders, bescherming van persoonsgegevens en bescherming van de beschuldigde persoon gewaarborgd kunnen worden⁽¹³⁵⁾. Dergelijke mechanismen zijn thans nog in ontwerp, maar er kan gespeculeerd worden dat het systeem van inbreukmeldingen en klachten bij de Europese Commissie in het Europese mededingingsrecht hier wellicht inspirerend zou kunnen werken⁽¹³⁶⁾.

De ECB kan steeds een onderzoek instellen. Daartoe dient een specifiek besluit tot inleiding van het onderzoek te worden aangenomen⁽¹³⁷⁾. Op grond van dat besluit kan de ECB de overlegging van documenten verlangen, uittreksels of kopieën uit boeken of bescheiden maken en onderzoeken, schriftelijk of mondeling toelichting krijgen van natuurlijke personen die de betrokken entiteiten vertegenwoordigen of werkzaam zijn bij de betrokken entiteiten, alsmede alle andere personen horen⁽¹³⁸⁾. Laatstgenoemden dienen evenwel in te stemmen met het verzoek van de ECB om te worden gehoord. Niets lijkt er evenwel aan in de weg te staan dat dergelijke toestemming ook impliciet uit medewerking aan het onderzoek zou kunnen worden afgeleid. Naar Europees Unierecht wordt het verstrekken van die informatie niet als een schending van het beroepsgeheim beschouwd, waardoor personen behorend tot die entiteiten verplicht worden die informatie te verstrekken⁽¹³⁹⁾. Op grond van Verordening 1024/2013 heeft de ECB evenwel geen bevoegdheid om administratieve sancties op te leggen aan *natuurlijke personen* die de gevraagde informatie niet of niet tijdig verstrekken⁽¹⁴⁰⁾. Alle verkregen informatie wordt ook aan de nationale autoriteiten overgemaakt⁽¹⁴¹⁾.

Om noodzakelijke informatie te kunnen verwerven, beschikt de ECB daarnaast ook over nieuwe en uitgebreide inspectiebevoegdheden om ter plaatse in de bedrijfsruimten van bovenvermelde entiteiten alsmede in andere ondernemingen waarover de ECB als consoliderende toezichthouder optreedt, onderzoekshandelingen uit te voeren. Indien dit voor het behoorlijk en efficiënt verrichten van de inspecties nodig is, kan de ECB de inspectie ter plaatse verrichten zonder dat vooraf aan die rechtspersonen aan te kondigen⁽¹⁴²⁾.

Naar analogie met de inspectiebevoegdheden van de Europese Commissie in het Europese mededingingsrecht, zijn twee soorten van inspecties mogelijk. Ten eerste kan de ECB bepaalde personen *machtigen* om specifieke informatie ter plaatse te vergaren van betrokken entiteiten of natuurlijke personen. Ge-

131. Artikel 30, lid 1 Verordening 1024/2013. De vergoeding wordt steeds op het hoogste consoliderende niveau berekend, zie artikel 30, lid 3 Verordening 1024/2013.

132. Artikel 30, lid 5 Verordening 1024/2013.

133. Artikel 10, lid 1 Verordening 1024/2013.

134. Artikel 9, lid 2, 2^e alinea Verordening 1024/2013.

135. Artikel 23 Verordening 1024/2013.

136. Zie voor inspiratie in dat verband de artikelen 5-9 van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 27 april 2004, afl. 123, 18.

137. Artikel 11, lid 2 Verordening 1024/2013.

138. Artikel 11, lid 1 Verordening 1024/2013.

139. Artikel 10, lid 2 Verordening 1024/2013.

140. Dit volgt uit een *a contrario* lezing van zowel artikel 18, lid 1 als artikel 11, lid 2, 2^e alinea Verordening 1024/2013.

141. Artikel 10, lid 3 Verordening 1024/2013.

142. Artikel 12, lid 1 Verordening 1024/2013.



machtigde personen kunnen vervolgens de bedrijfsruimten van de betrokken entiteiten op het grondgebied van een deelnemende lidstaat en de natuurlijke personen daar aanwezig om informatie vragen. De nationale autoriteit dient daarbij steeds op de hoogte gebracht te worden en kan, waar nodig, de nodige bijstand verlenen bij enige hindering van het onderzoek⁽¹⁴³⁾. De betrokken entiteit dient in beginsel evenwel in te stemmen met de tot inspectie gemachtigde personen en kan gemachtigde personen toegang weigeren⁽¹⁴⁴⁾. De situatie is enigszins anders in de mate dat naast een machtiging tot inspectie, de ECB ook een *besluit* tot inspectie aanneemt. In die situatie mogen de ECB-gemachtigden - zowel ECB-ambtenaren als door de ECB aangeduide nationale toezichthouders - de terreinen betreden en inzage verwerven in de nodige boeken en bescheiden⁽¹⁴⁵⁾. Nationale autoriteiten verlenen actief bijstand, die het verzegele van ruimten, boeken en bescheiden kan omvatten. Indien nodig, doen nationale autoriteiten daarvoor een bijkomend beroep op nationale politionele of andere autoriteiten⁽¹⁴⁶⁾.

De rechtmatigheid van een ECB-besluit tot organisatie en uitvoering van een inspectie kan enkel door het Hof van Justitie worden beoordeeld. Niettemin voorziet de Verordening - opnieuw naar analogie met het mededingingsrecht⁽¹⁴⁷⁾ - in de interventie van nationale rechtbanken. In de mate dat het nationaal recht voorschrijft dat inspecties of nationale bijstand toestemming van een nationale rechterlijke instantie vereisen, dient dergelijke toestemming te worden gevraagd voor die bevoegde nationale rechterlijke instantie. Rechterlijke toestemming is enkel noodzakelijk indien de ECB een specifiek besluit tot inspectie aanneemt⁽¹⁴⁸⁾. De nationale rechterlijke instantie toetst daarbij de *evenredigheid* van het ECB-besluit. Meer bepaald wordt nagegaan of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn, noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. De nationale rechterlijke instantie kan de ECB om nadere uitleg vragen met betrekking tot de ernst van de ver-

moedelijke inbreuk, alsmede de aard van betrokkenheid van de aan dwangmaatregelen onderworpen persoon. De nationale rechterlijke instantie mag evenwel niet de noodzakelijkheid van de inspectie toetsen, noch de informatie in het dossier van de ECB opvragen⁽¹⁴⁹⁾. De bevoegdheden van de nationale rechterlijke instantie zijn derhalve beperkt, en kunnen aanleiding geven tot het scherper formuleren van de inspectiedoeleinden door de ECB. Nationale rechterlijke interventie kan de inspectie dus vertragen, maar in beginsel niet volledig tegenhouden.

Bepaalde informatie wordt naar Europees Unierecht ook als geprivilegieerde informatie erkend. Bijzonder relevant is in dat verband de communicatie tussen advocaat - niet de interne bedrijfsjurist tewerkgesteld door de kredietinstelling - en de kredietinstelling. In navolging van de arresten *AM&S* en *Akzo Nobel* in het Europese mededingingsrecht, is dergelijke informatie beschermd en kan deze bijgevolg niet door de toezichtinstantie aangewend worden⁽¹⁵⁰⁾. Ook overweging 48 van Verordening 1024/2013 verwijst naar dit leerstuk⁽¹⁵¹⁾. Hieruit blijkt dat de ECB ook in het uitvoeren van haar toezichttaken de vertrouwelijkheid en geprivilegieerde positie van communicatie tussen advocaat en cliënt dient te respecteren. De Verordening maakt zelf niet verder duidelijk welke andere informatie als vertrouwelijk en dus beschermd beschouwd dient te worden.

26. (Problematische) toepassing van nationaal recht ?

- In beginsel past de ECB - zoals elke andere instelling van de Europese Unie - in de uitoefening van haar toezichttaken enkel Europees Unierecht toe. Verordening 1024/2013 lijkt hierop echter een uitzondering te willen maken. Wanneer immers het toepasselijke Unierecht bestaat uit verordeningen die de lidstaten thans uitdrukkelijk keuzemogelijkheden toekennen, past de ECB tevens de nationale wetgeving toe wanneer door hen van die keuzemogelijkheden gebruikgemaakt wordt. Wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, past de ECB rechtstreeks de nationale wet-

143. Artikel 11, lid 2 en artikel 12, lid 4 Verordening 1024/2013.

144. Over gemachtigde inspecties in het mededingingsrecht, zie W. WILS, "Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement : The Interplay between European and National Legislation and Case-law", *World Competition* 2006, (3), 7.

145. Artikel 12, lid 2 *juncto* artikel 11, lid 1 Verordening 1024/2013.

146. Artikel 12, lid 5 Verordening 1024/2013.

147. Zie daarvoor artikel 20, leden 7 en 8 Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1.

148. Artikel 13, lid 1 Verordening 1024/2013.

149. Artikel 13, lid 2 Verordening 1024/2013.

150. Zie hierover HvJ 155/79, *AM&S Europe Limited t. Commissie*, *Jur.* 1982, 1575, ro. 18 en HvJ C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals t. Commissie*, *Jur.* 2010, I, 8301, ro. 58 (voor de andere positie van de bedrijfsjurist). Voor achtergrond in dat verband, A. ANDREANGELI, "The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client : one step forward, two steps back ?", *The Competition Law Review* 2005, (31), 39.

151. "De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt is een fundamenteel beginsel van het Unierecht, krachtens hetwelk de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een natuurlijke of een rechtspersoon en diens raadsman is beschermd, overeenkomstig de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie neergelegde voorwaarden".



geving ter omzetting van die richtlijnen toe⁽¹⁵²⁾. Net zoals bij de toekenning van vergunningen (zie nr. 15), wordt de ECB dus uitdrukkelijk gemachtigd en zelfs verplicht om op grond van Verordening 1024/2013 *nationaal recht* toe te passen en besluiten van Europees recht op basis van nationaal recht aan te nemen.

Hoewel het nationale recht in principe slechts de omzetting vormt van geharmoniseerd Europees recht en de ECB ook enkel dat recht kan toepassen⁽¹⁵³⁾, geeft elke nationale rechtsorde op geëigende wijze uitdrukking aan die Europeesrechtelijke vereisten. De ECB dient die nationaalrechtelijke eigenheden toe te passen bij het aannemen van toezichtbesluiten toegespitst op kredietinstellingen gevestigd in de betrokken lidstaat. Vermits op die toezichtbesluiten door het Hof van Justitie controle uitgeoefend wordt, zal dat Hof onvermijdelijk verantwoordelijk worden voor de toetsing van de conformiteit van concrete ECB-toezichtbesluiten aan meer algemene bepalingen van in nationaal recht omgezette Europeesrechtelijke verplichtingen. Bovendien zal het Hof op die manier impliciet het betreffende nationale recht dienen te toetsen aan de secundaire Uniewetgeving en aan primair EU recht, wat in principe in een vernietigingsberoep tegen een besluit van secundair Unierecht niet mogelijk is omdat het Hof hiertoe niet gemachtigd werd door de Verdragen⁽¹⁵⁴⁾. Een dergelijke toepassing van nationaal recht door een supranationaal rechtscollege gaat fundamenteel in tegen de beginselen van voorrang van Unierecht op nationaal recht en van nationale autonomie, waarbij *lidstaten* bevoegd blijven hun nationale recht toe te passen zolang de Unie niet regelgevend is opgetreden.

De stelling van de Verordening dat de voorrang van het Unierecht in het systeem van de Verordening onverlet gelaten wordt⁽¹⁵⁵⁾, is vanuit het bovenstaande oogpunt enigszins twijfelachtig. Omdat de grens tussen Unierecht en nationaal recht bijzonder vaag wordt gelaten, lijkt het m.i. immers bijzonder moeilijk om in abstracto duidelijk af te bakenen waar de toepassing van nationaal recht eindigt en die van Europees Unierecht begint. Dat is een essentiële verantwoordelijkheid van zowel de ECB als het Hof van Justitie eenmaal het gemeenschappelijk toezichtstelsel volledig operationeel is.

Enigszins anticiperend op deze moeilijkheden geeft artikel 4, lid 3 van de Verordening de ECB *enerzijds* de mogelijkheid om richtsnoeren, aanbevelingen en besluiten vast te stellen om de interactie tussen EU en nationaal recht scherper te stellen. De ECB kan daarbij ook verordeningen vaststellen⁽¹⁵⁶⁾, zij het uitsluitend voor zover noodzakelijk ter bepaling of specificering van de uitvoeringsregelingen voor de taken die Verordening 1024/2013 haar opdraagt⁽¹⁵⁷⁾. *Anderzijds* kunnen de vooropgestelde spanningen tussen EU en nationaal recht ook in zogeheten technische reguleringsnormen aangepakt worden. Die normen, formeel door de Commissie aangenomen maar door de Europese Bankautoriteit voorbereid, zijn bindend voor de ECB. De ECB is er bovendien ook toe gehouden te participeren in de ontwikkeling van deze ontwerpnormen binnen de EBA⁽¹⁵⁸⁾. Beide technieken doen op zich echter niets af aan het feit dat nationaal recht in theorie richtinggevend blijft voor de aannahme van supranationale ECB-toezichtbesluiten.

Daarenboven wordt de administratieve sanctiebevoegdheid van de ECB beperkt tot overtredingen van rechtstreeks toepasselijke handelingen van het Unierecht. Hiermee worden sancties zoals opgenomen in *rechtstreeks toepasselijke Unie-instrumenten* bedoeld. Meer bepaald gaat het daarbij om verordeningen en eventueel besluiten⁽¹⁵⁹⁾. De ECB kan daartegen zelf geen sancties opleggen die vermeld worden in een richtlijn. Die sancties moeten omgezet worden in nationaal recht en als gevolg hiervan kan enkel de bevoegde nationale autoriteit de sancties in kwestie opleggen. Hoewel de ECB dus in verhouding met vergunningen en dagelijks toezicht nationaal recht dient toe te passen, kan zij geen sancties op grond van overtreding van nationaal (omgezet Europees) recht opleggen. Op die manier wordt vermeden dat een supranationale instelling *rechtstreeks sanctionerend* optreedt op grond van bepalingen van nationaal recht en dat nationaal recht door een Europese instelling op dezelfde wijze wordt toegepast en gehandhaafd als rechtstreeks toepasselijk supranationaal recht.

De ECB kan evenwel *voorschrijven* dat de nationale bevoegde autoriteiten een procedure inleiden om

152. Artikel 4, lid 3 Verordening 1024/2013.

153. Overweging 34 Verordening 1024/2013.

154. Zie daartoe artikel 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), dat het Hof toelaat 'het recht' te eerbiedigen bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. Met het recht wordt in beginsel het Europese Unierecht - en alleen dat recht - bedoeld.

155. Overweging 34 Verordening 1024/2013 stelt expliciet dat aan de voorrang van het Europese recht op het nationale recht niet geraakt wordt.

156. Er weze aan herinnerd dat een Verordening in principe bindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toegepast kan worden in de lidstatelijke rechtsordes op grond van artikel 288, lid 2 VWEU.

157. Artikel 4, lid 3, 2e alinea, laatste zin Verordening 1024/2013.

158. Zie over die procedure, artikelen 10-15 EBA Verordening en artikel 4, lid 3, 2e alinea Verordening 1024/2013.

159. Artikel 18, lid 1 Verordening 1024/2013. Zie nr. 24 voor het mechanisme van administratieve sancties.

ervoor te zorgen dat passende sancties worden opgelegd overeenkomstig de relevante Uniewetgeving of de nationale wetgeving op grond waarvan specifieke bevoegdheden worden verleend die thans overeenkomstig het Unierecht niet zijn vereist¹⁶⁰. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om “*geldelijke sancties die aan kredietinstellingen, financiële holdings of gemengde financiële holdings moeten worden opgelegd voor inbreuken op nationale wetgeving ter omzetting van de toepasselijke richtlijnen, en voor administratieve sancties of maatregelen die moeten worden opgelegd aan leden van de raad van bestuur of andere personen die krachtens het nationale recht verantwoordelijk zijn voor een inbreuk door een kredietinstelling, een financiële holding of een gemengde financiële holding*”¹⁶¹.

Het begrip ‘voorschrijven’ is in die situatie niet geheel duidelijk. Betekent dit dat de ECB een formeel besluit gericht aan de bevoegde nationale autoriteit kan adresseren? Is de nationale autoriteit vervolgens verplicht om een nationale sanctieprocedure op te starten? Kan de nationale autoriteit dat besluit aanvechten voor de Unierechtbanken? Kan een onderneming ten aanzien van wie een sanctie opgelegd werd de ECB mee in een eventuele beroepsprocedure voor een nationale rechter betrekken of een procedure voor het Hof van Justitie starten tegen het besluit dat het inleiden van een nationale sanctieprocedure voorschrijft? Gelet op de verplichting tot loyale samenwerking tussen nationale autoriteiten en de ECB¹⁶² lijkt het voorschrijven hier inderdaad als een verplichting te moeten worden gelezen, waarbij de nationale autoriteit geen enkele andere keuze lijkt te hebben dan een sanctieprocedure in te leiden. De verplichting tot inleiding van een dergelijke procedure betekent m.i. niet dat een sanctie ook daadwerkelijk opgelegd dient te worden. Een beslissing om - op basis van het dossier ter beschikking van de betrokken autoriteit - een sanctie op te leggen en de hoegroetheid van die sanctie blijven daarbij behoren tot de discretionaire bevoegdheid van de nationale autoriteit, althans in de mate dat een dergelijke discretie door EU of nationaal recht toegelaten wordt.

III. De Europese Centrale Bank als geëigende supranationale banktoezichthouder

27. Institutionele aanpassingen – Als toezichthouder op de monetaire stabiliteit functioneert de ECB bij wege van een zes koppige directie en een raad van bestuur die is samengesteld uit de leden van de directie en de presidenten van de nationale centrale banken van de lidstaten die de euro als munt hebben¹⁶³. Met de toekenning van specifieke microprudentiële toezichttaken aan de ECB, drong ook een hervorming van de instelling zich op om die meer aan de nieuwe toezichtrealiteit aan te passen¹⁶⁴. Verordening 1024/2013 voorziet bovenal echter in een nieuwe raad van toezicht, die toezichtbesluiten *de facto* voorbereidt en aanneemt, alvorens deze formeel te laten goedkeuren door de bestaande raad van bestuur (A.). Doorheen de procedure tot aanneming van dergelijke toezichtbesluiten wordt ook bijzondere aandacht aan procedurele rechten voor betrokken kredietinstellingen besteed. Die aandacht voor procedurele rechten vertaalt zich in een specifieke interne administratieve beroepsprocedure en de meer klassieke controle door het Hof van Justitie. Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om de ECB aansprakelijk te stellen voor tekortkomingen of fouten begaan in de uitvoering van haar toezichttaak (B.).

A. Hervorming van de ECB-structuren

28. Raad van toezicht – Artikel 26 van Verordening 1024/2013 bepaalt dat de aan de ECB opgedragen toezichttaken volledig gepland en uitgevoerd worden door een intern orgaan - de raad van toezicht - dat bestaat uit een onafhankelijke door de Raad aangestelde en door het Europees Parlement goedgekeurde voorzitter¹⁶⁵, een onder- of vicevoorzitter die uit de leden van de ECB-directie gekozen wordt¹⁶⁶, vier door de raad van bestuur van de ECB aangewezen vertegenwoordigers¹⁶⁷ en één vertegenwoordiger van de nationale bevoegde autoriteit in elke deelnemende lidstaat¹⁶⁸. De Commissie kan op uitnodiging

160. Artikel 18, lid 5, 1e alinea Verordening 1024/2013.

161. Artikel 18, lid 5, 2e alinea Verordening 1024/2013.

162. Zie voor de explicitering van een dergelijke verplichting, artikel 6, lid 2 Verordening 1024/2013.

163. Zie artikel 283 VWEU voor een overzicht.

164. Verordening 1024/2013 besteedt in dat verband ook bijzondere aandacht aan zogenaamde ‘accountability’-vereisten. Op grond hiervan dient de ECB stelselmatig over haar toezichtactiviteiten te rapporteren aan het Europees Parlement en de Raad, alsmede op vraag van die instellingen schriftelijk dan wel mondeling vragen te beantwoorden. Ook nationale parlementen dienen van het verslag op de hoogte gebracht te worden en kunnen om toelichting verzoeken, zie artikelen 20 en 21 Verordening 1024/2013.

165. Artikel 26, lid 3 Verordening 1024/2013.

166. Artikel 26, lid 1, 1e alinea Verordening 1024/2013.

167. Artikel 26, lid 5 Verordening 1024/2013.

168. Artikel 26, lid 1, 2^e alinea Verordening 1024/2013. Wanneer de bevoegde autoriteit geen centrale bank is, kan het in dit lid bedoelde lid van de raad van toezicht besluiten zich te laten vergezellen door een vertegenwoordiger van de centrale bank van de lidstaat. Voor de toepassing van de stemprocedure worden de vertegenwoordigers van de autoriteiten van een lidstaat samen beschouwd als één lid. De leden van de raad van toezicht zijn gebonden door een beroepsgeheim, zie artikel 27 Verordening 1024/2013.

als waarnemer aan de vergadering deelnemen, maar krijgt daarbij geen toegang tot vertrouwelijke informatie over individuele kredietinstellingen. Binnen de raad van toezicht wordt een ondersteunend stuurcomité opgericht, dat geen besluitvormingsbevoegdheid heeft en bestaat uit hoogstens tien leden met inbegrip van de voorzitter, ondervoorzitter en één andere vertegenwoordiger van de ECB⁽¹⁶⁹⁾.

De ECB vervult haar taken bovendien zonder afbreuk te doen aan en *gescheiden van* haar taken op het gebied van monetair beleid en andere taken. Toezichttaken mogen niet interfereren met, noch worden bepaald door, taken op het gebied van monetair beleid⁽¹⁷⁰⁾. De scheiding tussen monetair beleid en prudentieel toezicht is evenwel niet volmaakt. Dezelfde raad van bestuur zal immers formeel monetaire beleids- en toezichtbeslissingen aannemen. Hoewel de ECB ervoor dient te zorgen dat de monetaire en de microprudentiële toezichtfuncties volledig zijn gedifferentieerd in de werkzaamheden van de raad van bestuur en dat die differentiatie strikt gescheiden vergaderingen en agenda's dient te behelzen⁽¹⁷¹⁾, kunnen conflicten nooit helemaal uitgesloten worden. De raad van bestuur stelt evenwel de interne voorschriften en een reglement van orde betreffende de raad van toezicht op⁽¹⁷²⁾. Die taakstelling wijst op een tezelfdertijd toch noodzakelijk geachte vervlechting tussen de raad van toezicht en de algemeen (ook monetaire beleids-)beslissingen nemende raad van bestuur. Om eventuele conflicten in dat verband te vermijden, voorziet de Verordening in de oprichting van een bemiddelingspanel⁽¹⁷³⁾.

29. Besluitvorming raad van toezicht en raad van bestuur – De raad van toezicht handelt onafhankelijk en in het belang van de Unie als geheel⁽¹⁷⁴⁾. Bij de uitoefening van de toezichttaak neemt de raad van toezicht besluiten aan met een gewone meerderheid van de leden, waarbij elk lid over een stem beschikt⁽¹⁷⁵⁾. De voorzitter heeft de doorslaggevende stem bij eventuele staking van stemmen. Bij het vaststellen van verordeningen die de ECB-uitvoeringstaken op basis van artikel 4, lid 3 van de Verordening verder bepalen, wordt een gekwalificeerde meerderheid van

de leden vereist, waarbij het stemgewicht van de nationale autoriteiten bepaald wordt in overeenstemming met het stemgewicht dat aan elke lidstaat in de Raad van Ministers van de Europese Unie toekomt⁽¹⁷⁶⁾.

De aanneming van besluiten door de raad van toezicht vormt slechts een tussenstadium in de formele aanneming van een ECB-toezichtbesluit. Beslissingen van de raad van toezicht vormen dan ook slechts ontwerpbesluiten, die vervolgens aan de raad van bestuur en de nationale autoriteiten overgemaakt worden. Een ontwerpbesluit wordt geacht te zijn aangenomen tenzij de raad van bestuur van de ECB bezwaar maakt binnen een termijn die ten hoogste tien werkdagen bedraagt en in noodsituaties niet langer dan 48 uur mag duren. De raad van bestuur van de ECB motiveert eventuele bezwaren tegen een ontwerpbesluit schriftelijk en voert daarbij met name overwegingen in verband met monetair beleid aan. De Verordening geeft geen verdere informatie over de gevolgen van een bezwaar door de raad van bestuur. Uit de bewoordingen in het artikel blijkt evenwel dat bij bezwaar het ontwerpbesluit niet geacht kan worden te zijn aangenomen. In dat geval dient de raad van toezicht een nieuw ontwerpbesluit aan te nemen dat vervolgens opnieuw aan de raad van toezicht dient te worden voorgelegd, waarbij de raad van bestuur opnieuw de kans heeft om bezwaar te maken. Doet de raad van bestuur dat niet, dan wordt het ontwerpbesluit geacht te zijn aangenomen⁽¹⁷⁷⁾.

B. Rechtsbescherming

30. Interne administratieve beroepsprocedure – Tegen een aangenomen besluit staat een interne beroepsprocedure open voor een speciaal daartoe ingerichte administratieve raad voor toetsing. Die administratieve raad bestaat uit vijf onafhankelijke personen met relevante kennis en beroepservaring op het vlak van toezicht in de sector banken of andere financiële diensten⁽¹⁷⁸⁾. Beslissingen van de administratieve raad behoeven een meerderheid van de stemmen van ten minste drie van de vijf leden⁽¹⁷⁹⁾.

169. Artikel 26, lid 10 Verordening 1024/2013.

170. Artikel 25, lid 2 Verordening 1024/2013.

171. Artikel 25, lid 4 Verordening 1024/2013.

172. Artikel 26, lid 12 Verordening 1024/2013.

173. Artikel 25, lid 5 Verordening 1024/2013 : dit panel is erop gericht meningsverschillen tussen nationale autoriteiten betreffende ontwerpbesluiten op te lossen.

174. Artikel 26, lid 1, 1e alinea, laatste zin Verordening 1024/2013.

175. Artikel 26, lid 5 Verordening 1024/2013.

176. Artikel 26, lid 6 Verordening 1024/2013. De door de ECB raad van bestuur aangewezen vertegenwoordigers hebben elk een stemgewicht dat gelijk is aan dat van de mediaanstem van de andere leden.

177. Artikel 26, lid 8 Verordening 1024/2013.

178. Met uitsluiting van personeel ECB of nationale autoriteiten, zie artikel 24, lid 2 Verordening 1024/2013.

179. Artikel 24, lid 1 Verordening 1024/2013.



Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon kan een verzoek tot toetsing indienen van de besluiten die de ECB op basis van de haar in Verordening 1024/2013 toegedeelde taken heeft genomen. De betrokken persoon kan een dergelijk verzoek evenwel slechts indienen in de mate het betrokken besluit tot die persoon gericht is of dat de betrokkene er rechtstreeks en individueel door geraakt wordt. Die voorwaarden vormen essentiële ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een intern beroep. Verwacht kan worden dat de administratieve raad zich in dezen zal laten inspireren door de rechtspraak van het Hof van Justitie, die sinds de jaren zestig een strikte interpretatie van 'direct en individueel' geraakt voorstaat⁽¹⁸⁰⁾. Om ontvankelijk te zijn, dient het verzoek bovendien gemotiveerd te worden ingediend binnen één maand te rekenen vanaf de datum van kennisgeving aan de betrokkene of vanaf de dag waarop het besluit de betrokkene ter kennis is gekomen⁽¹⁸¹⁾. In principe heeft een ingediend verzoek om toetsing geen schorsende werking. De raad van bestuur kan evenwel op voorstel van de administratieve raad overgaan tot schorsing van het besluit indien de raad van oordeel is dat de omstandigheden dit vereisen⁽¹⁸²⁾.

Na het nemen van een besluit over de ontvankelijkheid van het verzoek om toetsing, brengt de administratieve raad advies uit binnen een termijn van uiterlijk twee maanden na de ontvangst van het verzoek om toetsing - en rekening houdend met de urgentie van de betrokken zaak. Daarbij gaat de administratieve raad zowel de procedurele conformiteit van het aangenomen besluit als de materiële conformiteit ervan met het bestaande Unierecht na⁽¹⁸³⁾. Op basis van dat procedurele en materiële onderzoek, besluit de administratieve raad om het ingediende verzoek tot herziening al dan niet gegrond te verklaren.

De administratieve raad kan evenwel niet zelf een vervangend toezichtbesluit aannemen. Het eindresultaat van een procedure voor de administratieve raad is slechts een advies van die raad aan de raad van

toezicht. De raad van toezicht is enkel verplicht rekening te houden met het advies van de administratieve raad voor toetsing en aan de raad van bestuur onverwijld een nieuw ontwerpbesluit voor te leggen. Het nieuwe ontwerpbesluit kan het oorspronkelijke besluit opheffen, vervangen door een besluit waarvan de inhoud identiek is aan die van het oorspronkelijke besluit, of vervangen door een besluit waarvan de inhoud gewijzigd is ten opzichte van het oorspronkelijke besluit. Het nieuwe ontwerpbesluit wordt geacht te zijn aangenomen tenzij de raad van bestuur binnen een termijn van ten hoogste tien werkdagen bezwaar aantekent⁽¹⁸⁴⁾. Het advies van de administratieve raad voor toetsing, het nieuwe ontwerpbesluit van de raad van toezicht en het besluit van de raad van bestuur krachtens dit artikel worden gemotiveerd en worden ter kennis van de partijen gebracht⁽¹⁸⁵⁾. Tegen een aldus door de raad van bestuur nieuw genomen besluit, is geen tweede intern beroep meer mogelijk.

31. Beroep bij het Hof van Justitie – Besluiten zoals aangenomen door de raad van bestuur van de ECB - al dan niet na administratieve toetsing - vormen rechtshandelingen van een Unie-instelling en kunnen dus op basis van de rechtsgangen in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie aangevochten worden voor het Hof van Justitie van de Europese Unie. Op grond van artikel 263 VWEU kan iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie een besluit geadresseerd is of die rechtstreeks en individueel geraakt wordt door het aangenomen besluit, het Hof verzoeken dat besluit te vernietigen wegens schending van hoger EU-recht⁽¹⁸⁶⁾. Ook eventuele uitvoeringsverordeningen die de ECB zou aannemen, kunnen worden aangevochten in de mate dat die verordeningen regelgevingshandelingen zijn die de betrokkene(n) rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen ECB-Verordeningen zeker onder deze noemer gebracht worden⁽¹⁸⁷⁾. Verder kan ook de niet-toepasselijkheid van de betreffende Verordening of het betreffende

180. Zie het nog steeds relevante arrest *Plaumann* in dat verband, HvJ 25/62, *Plaumann t. Commissie*, Jur. 1963, 95, 107 : *dat zij, die niet zijn de adressaten ener beschikking slechts zouden kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt, indien deze beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere boedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat.*

181. Artikel 24, leden 5 en 6 Verordening 1024/2013.

182. Artikel 24, lid 8 Verordening 1024/2013.

183. Artikel 24, lid 1 Verordening 1024/2013.

184. Artikel 24, lid 7 Verordening 1024/2013.

185. Artikel 24, lid 9 Verordening 1024/2013.

186. Een natuurlijke persoon zal die vordering meer in het bijzonder voor het Gerecht instellen, zie artikel 51 van het Protocol nr. 3 houdende het Statuut van het Hof van Justitie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 210.

187. Zie in dat verband HvJ C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami t. Parlement en Raad*, arrest van 3 oktober 2013, nog niet gerapporteerd, ro. 60, waar verwezen wordt naar *handelingen van algemene strekking, met uitsluiting van wetgevingshandelingen*. Een Verordening heeft een algemene strekking en de betrokken ECB-Verordeningen geven in beginsel uitvoering aan het door Verordening 1024/2013 geschapen kader. Het lijkt dan ook niet moeilijk of controversieel om hier te argumenteren dat een dergelijke Verordening binnen de categorie 'regelgevingshandelingen' in artikel 263 VWEU valt.

besluit ingeroepen worden in latere procedures tegen de ECB voor het Hof van Justitie¹⁸⁸.

Het Hof van Justitie behoudt met andere woorden de eindverantwoordelijkheid over de toetsing van ECB-toezichtbesluiten aan het Europese Unierecht. Het kan daarbij evenwel niet zelf een nieuw toezichtbesluit aannemen, maar vernietigt slechts een bestaand besluit of stelt de illegaliteit ervan vast. In dat geval blijft de verantwoordelijkheid en de verplichting om een nieuw besluit aan te nemen op de ECB rusten. Aanbevelingen en adviezen worden bovendien als niet-bindend beschouwd en kunnen daarom in beginsel niet zelf het voorwerp van een vernietigingsberoep op grond van artikel 263 VWEU uitmaken¹⁸⁹.

Daarnaast is het ook opvallend dat de Verordening geen bepaling omvat betreffende de aard van het toezicht op door de ECB opgelegde administratieve sancties. Op grond van artikel 261 VWEU kan een Verordening het Hof van Justitie van de Europese Unie volledige rechtsmacht verlenen wat betreft de sancties die in die verordeningen zijn opgenomen. Volle rechtsmacht betekent daarbij dat het Hof van Justitie het bedrag van de sanctie zelfstandig kan wijzigen - verlagen of verhogen - en dus zelf een nieuwe sanctie kan opleggen¹⁹⁰. Vermits Verordening 1024/2013 niet in die mogelijkheid voorziet, kan het Hof een sanctiebesluit aangenomen door de ECB enkel vernietigen, waarop de ECB een nieuw besluit zal dienen aan te nemen in overeenstemming met de door het Hof gegeven aanwijzingen.

Opvallend is tevens dat artikel 24, lid 11 van Verordening 1024/2013 uitdrukkelijk stelt dat de procedure voor de administratieve raad van toetsing het recht om overeenkomstig de Verdragen beroep in te stellen bij het Hof van Justitie *onverlet laat*. De Verordening verschaft geen enkele verdere uitleg over de verhouding tussen administratieve en rechterlijke toetsingsprocedures in dat verband. Twee lezingen van het begrip 'onverlet laten' kunnen in dat verband onderscheiden worden. Ten eerste kan 'onverlet laten' betekenen dat de procedure voor de administratieve raad van toetsing *geen verplicht en voorafgaand onderdeel* van de controleprocedure door het Hof van Justitie op ECB-besluiten uitmaakt. Een natuurlijke of rechtspersoon kan in die lezing

kiezen om een verzoek tot administratieve toetsing in te dienen tegen een aangenomen besluit, dan wel rechtstreeks om de vernietiging van dat besluit door het Hof van Justitie te verzoeken. In de mate dat een natuurlijke of rechtspersoon er dan voor zou opteren om eerst een administratieve toetsingsprocedure in te stellen, kan vervolgens tegen het eventueel nieuw aangenomen besluit door de raad van bestuur wel een vernietigingsberoep op grond van artikel 263 VWEU ingesteld worden. De termijn die het Verdrag voor het instellen van een dergelijk beroep instelt, zou dan beginnen te lopen vanaf het ogenblik waarop de betrokken partij in kennis gesteld werd of redelijkerwijze kennis heeft kunnen nemen van het na toetsing al dan niet herziene besluit van de raad van bestuur. De administratieve toetsingsprocedure verschijnt in die lezing als een aantrekkelijk alternatief voor een rechterlijk vernietigingsberoep : de administratieve raad van toetsing is immers gebonden aan strikte termijnen en de toetsing kan leiden tot het aannemen van een aangepast toezichtbesluit door de ECB. Het spreekt voor zich dat een dergelijke administratieve procedure minder omslachtig is dan een door het Hof uitgesproken vernietiging van het toezichtbesluit, waarop de ECB vervolgens een aangepast besluit zal dienen aan te nemen. In die eerste lezing blijft een betrokken partij evenwel vrij om of administratieve toetsing of onmiddellijk rechterlijke toetsing als rechtsgang aan te wenden.

De tweede lezing is genuanceerder en begrijpt artikel 24, lid 11 eerder als een bevestiging dat het invoeren van een administratieve toetsingsprocedure *geen afbreuk doet* aan het recht van betrokken partijen om *vervolgens* een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een na administratieve toetsing (al dan niet) herzien toezichtbesluit. Gelet op de proceseconomische voordelen van de administratieve raad voor toetsing (korte termijnen - onmiddellijke aanneming gewijzigd besluit) tegenover het Hof (langere duur procedure - enkel vernietiging onwettig besluit) en de specifieke inrichting van een nieuw intern administratief toetsingsmechanisme, lijkt die tweede lezing de voorkeur te verdienen. De Franse versie van de Verordening, waar gesteld wordt dat "*[l]e présent article ne porte pas atteinte au droit de former un recours devant la CJUE conformément aux traités*", lijkt een dergelijke lezing te kunnen bevestigen. Ook de

188. Artikel 277 VWEU laat een dergelijke exceptie van onwettigheid toe.

189. Overweging 60 Verordening 1024/2013. Het Hof van Justitie besteedt in beginsel evenwel aandacht aan de inhoud en rechtsgevolgen van een door de ECB - of een andere instelling aangenomen - handeling; in de mate dat die handeling rechtsgevolgen voor derden met zich brengt, zal het Hof deze als niettemin bindend beschouwen en deze handeling op haar wettigheid toetsen. Het Hof kan bovendien met die aanbevelingen rekening houden bij het wettigheidstoezicht, zie HvJ, C-60/81, *IBM t. Commissie*, Jur. 1981, 2639, ro. 12.

190. Zie artikel 31 van bovenvermelde Verordening 1/2003 als een voorbeeld in dat verband.



Duitse versie, die stelt dat “[dieser Artikel berührt nicht das Recht, gemäß den Verträgen ein Verfahren vor dem EUGH anzustrengen]”, geeft weer dat het recht om voor het Hof een beroep in te stellen, in beginsel niet *aangetast wordt* door het instellen van een administratieve procedure. Dat betekent evenwel niet dat die administratieve procedure geen *verplicht* intern stadium in het aannemen van een toezichtbesluit kan uitmaken. Of de verhouding administratief beroep - beroep in rechte daadwerkelijk zo begrepen dient te worden, blijkt evenwel niet duidelijk uit de tekst van de Verordening.

32. Aansprakelijkheid van de ECB als prudentiële toezichthouder – Hoewel de Verordening geen uitdrukkelijke bepaling wijdt aan de aansprakelijkheid van de toezichthouder, stelt overweging 61 dat de ECB krachtens artikel 340 VWEU de schade dient te vergoeden die door haar zelf of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Als Unie-instelling is de ECB immers aansprakelijk voor schade begaan door het miskenen van hogere normen van Europees Unierecht. Daartoe moet de ECB evenwel een *voldoende ernstige inbreuk* begaan op een hogere norm van Unierecht⁽¹⁹¹⁾. In verhouding tot nationale prudentiële autoriteiten stelde het Hof van Justitie dat een voldoende ernstige inbreuk slechts kon voorliggen in de mate dat een richtlijn rechtstreeks rechten toekende aan bepaalde depositohouders⁽¹⁹²⁾. Het lijkt er sterk op dat een soortgelijke interpretatie ook ter zake van ECB-aansprakelijkheid op supranationaal niveau kan worden aangehouden. De vraag rijst in dat verband of het specifieke supranationale recht dat toegepast werd door de ECB rechten toekent aan de eisers in schadevergoeding⁽¹⁹³⁾. In principe is de ECB in zulke gevallen wel aansprakelijk onder EU-recht. Vorderingen tot schadevergoeding worden in dat geval voor het Hof van Justitie ingesteld⁽¹⁹⁴⁾. Ook nationale autoriteiten kunnen aansprakelijk worden gesteld in de mate dat zij Europees Unierecht schenden en de rechten die aan derden door de Verordening of andere financieelrechtelijke instrumenten worden toegekend en daarbij schade veroorzaken. Die vorderingen worden ingesteld voor de nationale rechter⁽¹⁹⁵⁾.

IV. Participatie in en samenwerking met (lid-)staten buiten de Eurozone

33. Overzicht – Hoewel de inrichting van een gemeenschappelijk toezichtmechanisme zich in de eerste plaats richt op de lidstaten die de Euro als munt hebben, staat het mechanisme in beginsel ook open voor lidstaten die niet tot de Eurozone toegetreden zijn. Ook zij kunnen het statuut van deelnemende lidstaat verwerven. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat hun rol in het functioneren van het systeem en in het aannemen van toezichtbesluiten eerder als *secundair* kan worden aangemerkt, ondanks bijzondere garanties en aangepaste besluitvormingsstructuren binnen zowel de ECB als de Europese Bankenautoriteit (A.).

Net omdat het eengemaakt toezichtmechanisme zich voornamelijk richt tot Eurozonelidstaten, is de verhouding tot derde landen (die geen lidstaten van de Europese Unie uitmaken) ook slechts summier geregeld en blijft dit grotendeels de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten, zelfs in verhouding tot landen die - hoewel geen lid van de EU - participeren in de interne markt voor bankdiensten (B.)

A. Unielidstaten die geen deel uitmaken van de Eurozone

34. Nauwe samenwerking – Voor Unielidstaten die de Euro niet als munt hebben, bestaat toch een mogelijkheid om deel te nemen aan het gemeenschappelijk toezichtmechanisme ingericht door Verordening 1024/2013. Daartoe richt de Verordening een systeem van ‘nauwe samenwerking’ in⁽¹⁹⁶⁾.

De niet-Eurozonelidstaat kan de ECB verzoeken om een dergelijke nauwe samenwerking. In dat geval dient de betrokken lidstaat de andere lidstaten, de Commissie, de ECB en de EBA in kennis te stellen van dit voornemen, zich ertoe te verbinden erop toe te zien dat de nationale bevoegde autoriteit alle richtsnoeren en verzoeken van de ECB in acht neemt, informatie over de in die lidstaat gevestigde kredietinstellingen te verstrekken en toepasselijke nationale

191. Zie over dit leerstuk, K. GUTMAN, “The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection”, *Common Market Law Review* 2011, 695-750.

192. Zie daarvoor vooral HvJ C-222/02, *Peter Paul, Cornelia Sonnen-Lütte and Christel Mörkens t. Bundesrepublik Deutschland*, *Jur.* 2004, I, 9425.

193. Zie over dat vraagstuk, M. TISON, “Do not attack the watchdog ! Banking Supervisors Liability after Peter Paul”, *Common Market Law Review* 2005, (639), 668; M. POTO, *Financial Supervision in a Comparative Perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 70-76 en V.H. AFFOURIT en A.C. BECK, “Aansprakelijkheid van DNB : immuniteit in crisistijd?”, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009, 199-207.

194. In de praktijk zal een natuurlijke of rechtspersoon deze vordering instellen voor het Gerecht op grond van artikel 51 van het Statuut van het Hof van Justitie, zie tevens noot 186.

195. Nationale rechters kunnen in dat geval wel een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stellen. Zie voor een recent voorbeeld van een dergelijke zaak, HvJ C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL t. Administración del Estado*, *Jur.* 2010, I, 635.

196. Artikel 7, lid 1 Verordening 1024/2013.



wetgeving vast te stellen om te garanderen dat de nationale bevoegde autoriteit gehouden is alle maatregelen te nemen die de ECB verlangt in het kader van prudentieel toezicht conform het EU recht⁽¹⁹⁷⁾. In de mate dat aan die formele verplichtingen voldaan is, dient de ECB bij wege van besluit vast te stellen dat nauwe samenwerking zal worden aangegaan met de bevoegde nationale autoriteit⁽¹⁹⁸⁾. Dat besluit wordt bekendgemaakt in het *Publicatieblad* en treedt vanaf de veertiende dag na de bekendmaking in werking⁽¹⁹⁹⁾.

Indien een besluit tot nauwe samenwerking aangegegaan werd, vervult de ECB alle toezichttaken zoals in de Verordening omschreven. Zo is de ECB vanaf de inwerkingtreding van het nauwe samenwerkingsbesluit exclusief bevoegd inzake vergunningen, verwervingen van gekwalificeerde deelneming en macroprudentiële ondersteuning, alsmede inzake het dagdagelijks toezicht op belangrijke kredietinstellingen⁽²⁰⁰⁾. Minder belangrijke kredietinstellingen gevestigd in de nauw samenwerkende deelnemende lidstaat worden gecontroleerd door de bevoegde nationale autoriteit, zij het onder bijkomend toezicht van de ECB zoals bepaald in artikel 6, lid 6 van de Verordening⁽²⁰¹⁾. Als gevolg hiervan kan de ECB, indien zij van oordeel is dat de nationale autoriteit een maatregel dient te nemen ten aanzien van een in die lidstaat gevestigde kredietinstelling, financiële holding of gemengde financiële holding, instructies tot de nationale autoriteit richten en daartoe een tijdsbestek - dat behoudens uitzonderlijke omstandigheden niet korter dan 48 uur mag zijn - opleggen⁽²⁰²⁾.

In tegenstelling tot de Eurozonelidstaten, die aan het gemeenschappelijk toezichtmechanisme deelnemen op grond van hun deelname aan de monetaire unie, kunnen 'nauw samenwerkende' deelnemende lidstaten zelf verzoeken de samenwerking te beëindigen. Dat kan slechts na verloop van drie jaar na de datum van bekendmaking van het besluit tot nauwe samenwerking in het *Publicatieblad*⁽²⁰³⁾. De lidstaat dient de redenen aan te geven waarom het tot beëindiging van

de samenwerking wenst over te gaan⁽²⁰⁴⁾. Hierop stelt de ECB onverwijld een besluit tot beëindiging van de nauwe samenwerking vast, dat een datum omvat waarop de samenwerking effectief beëindigd wordt binnen een tijdsbestek van drie maanden en dat in het *Publicatieblad* van de Europese Unie wordt bekendgemaakt⁽²⁰⁵⁾. Pas drie jaar na de bekendmaking van het beëindigingsbesluit kan de betrokken lidstaat opnieuw een verzoek tot nauwe samenwerking indienen⁽²⁰⁶⁾.

Daarnaast kan de ECB dergelijke samenwerking ook opschorten of zelfs beëindigen indien de lidstaat niet langer aan de voorwaarden voor nauwe samenwerking voldoet. Daartoe richt de ECB vooreerst een waarschuwing, waarna de nationale autoriteit vervolgens maximaal 15 dagen de tijd heeft om tegemoet te komen aan de wensen van de ECB. Indien dit onmogelijk blijkt, wordt de nauwe samenwerking *eenzijdig door de ECB* opgeschort of beëindigd door middel van een besluit dat in het *Publicatieblad* bekendgemaakt wordt⁽²⁰⁷⁾.

35. Aangepaste besluitvormingsstructuren binnen de ECB en de Europese Bankautoriteit –

Een nauw samenwerkende lidstaat wordt met een Eurozonelidstaat gelijkgesteld wat de werking van het gemeenschappelijk toezichtmechanisme betreft. Dat betekent dat de nauw samenwerkende lidstaat ook volwaardig kan deelnemen als lid van de raad van toezicht en een stem heeft in de aanneming van ontwerpbesluiten door de ECB. Tezelfdertijd blijft de status van een nauw samenwerkende deelnemer *enigszins secundair* ten aanzien van Eurozonelidstaten, omdat nauw samenwerkende staten geen zitting hebben in de raad van bestuur van de ECB⁽²⁰⁸⁾, die uiteindelijk de formele toezichtbesluiten aanneemt.

Verordening 1024/2013 voorziet daarom in een mechanisme om te vermijden dat de Eurozonelidstaten in de raad van bestuur de belangen van de nauw samenwerkende lidstaat volledig buiten spel kunnen zetten. Indien een nauw samenwerkende lidstaat namelijk een met redenen omkleed bezwaar

197. Artikel 7, lid 2 Verordening 1024/2013.

198. Artikel 7, lid 2 Verordening 1024/2013.

199. Artikel 7, lid 3 Verordening 1024/2013.

200. Artikel 7, lid 1 *juncto* artikel 7, lid 2, punt a Verordening 1024/2013.

201. Artikel 7 stelt dit niet expliciet, opnieuw kan men echter van die positie uitgaan op basis van artikel 7, lid 1 *juncto* artikel 7, lid 2, punt a Verordening 1024/2013.

202. Artikel 7, lid 4 Verordening 1024/2013.

203. Artikel 7, lid 6 Verordening 1024/2013.

204. Artikel 7, lid 6, tweede zin Verordening 1024/2013 : tot die redenen behoren tevens uiteenzettingen over de mogelijke nadelige budgettaire gevolgen van deelname aan het gemeenschappelijk toezichtmechanisme door de betrokken lidstaat.

205. Artikel 7, lid 6 Verordening 1024/2013.

206. Artikel 7, lid 9 Verordening 1024/2013.

207. Artikel 7, lid 5 Verordening 1024/2013.

208. De samenstelling van die Raad is immers bepaald in artikel 283 VWEU en een verdragwijziging zou noodzakelijk zijn om nauw samenwerkende lidstaten inzake toezichtbesluiten een meer volwaardige taak te geven in de werking van die raad van bestuur.



gemaakt door de raad van bestuur tegen een ontwerpbesluit van de raad van toezicht *betwist*, dient de raad van bestuur over die betwisting binnen de dertig dagen een advies uit te brengen, waarbij het bezwaar met opgave van redenen bevestigd dan wel ingetrokken wordt⁽²⁰⁹⁾. Indien de raad van bestuur zijn bezwaar bevestigt, kan de nauw samenwerkende lidstaat de ECB ervan in kennis stellen dat hij niet gebonden zal zijn door het eventuele besluit⁽²¹⁰⁾. De ECB - bij wege van ontwerpbesluit door de raad van toezicht en aangenomen door de raad van bestuur - kan daarop overgaan tot het opschorten of beëindigen van de samenwerking, daarbij rekening houdend met wat voor een doeltreffend en coherent unietoezicht op kredietinstellingen in dat geval de beste oplossing vormt⁽²¹¹⁾.

Het louter maken van bezwaar kan dus *eenzijdig* tot de beëindiging van de nauwe samenwerking door de ECB leiden. Omgekeerd kan de nauw samenwerkende lidstaat de ECB ook verzoeken de nauwe samenwerking te beëindigen in de mate dat de lidstaat niet kan instemmen met een ontwerpbesluit van de raad van toezicht. In dat geval dient de raad van bestuur evenwel eerst een besluit te nemen waarin de bezwaren van de nauw samenwerkende lidstaat al dan niet gerespecteerd worden⁽²¹²⁾.

De inrichting van een gemeenschappelijk toezichtmechanisme dat openstaat voor niet-Eurozone-lidstaten leidt er onrechtstreeks toe dat de Unie-lidstaten in twee groepen ingedeeld worden : Eurozoneleden en nauw samenwerkende lidstaten binnen het gemeenschappelijk toezichtmechanisme en niet-deelnemende lidstaten, voor wie de nationale autoriteiten in beginsel uitsluitend bevoegd blijven. Beide categorieën lidstaten dienen evenwel dezelfde Europese financiële regelgeving toe te passen⁽²¹³⁾. Bovendien kan de Europese Bankautoriteit ten aanzien van alle lidstaten - en bijgevolg ook ten aanzien van de ECB - in subsidiaire mate tussenkomen en individuele besluiten aannemen in de gevallen bepaald in de EBA-Verordening (inbreuk op rechtstreeks toepasselijk EU recht en door de Raad vastgestelde noodsituaties)⁽²¹⁴⁾.

Omdat de EBA deze ultieme poortwachtersfunctie behoudt en in principe bij gewone of gekwalificeerde meerderheid van al haar leden die besluiten aanneemt, vreesden enkele lidstaten om steeds buitenspel gezet te worden door de Eurozonelidstaten (en een eventueel groeiend aantal nauw samenwerkende lidstaten) die zowel een gewone als een gekwalificeerde meerderheid zouden bezitten⁽²¹⁵⁾. Om die redenen voorziet Verordening 1022/2013 in een aangepaste besluitvormingsprocedure telkens wanneer de EBA met (gekwalificeerde) meerderheid van stemmen besluiten dient aan te nemen. Het gaat daarbij voornamelijk om ontwerpen van technische reguleringsnormen en om besluiten waarbij vastgesteld wordt dat een nationale autoriteit een inbreuk op rechtstreeks werkend Europees Unierecht maakt. De (gekwalificeerde) meerderheid die vereist is binnen de raad van toezichthouders van de EBA dient daarbij vergezeld te gaan van een gewone meerderheid binnen de groep van deelnemende én binnen de groep van niet-deelnemende lidstaten⁽²¹⁶⁾.

B. Derde landen

36. Samenwerking met derde landen – In het huidige systeem van Europees banktoezicht is de Europese Bankautoriteit in de eerste plaats verantwoordelijk voor het opzetten en onderhouden van internationale contacten en regelingen met toezichthoudende autoriteiten van derde landen⁽²¹⁷⁾. De ECB is als toezichthouder veel sterker georiënteerd op de Eurozone en andere deelnemende lidstaten en vervangt aldaar ook deels de verantwoordelijkheden van de thuislandtoezichthouders.

Artikel 8 van Verordening 1024/2013 laat de ECB echter ook toe om met betrekking tot taken die binnen de Verordening vallen, contacten te leggen en administratieve regelingen te treffen met toezichthoudende autoriteiten en overheidsinstanties van derde landen, alsmede met internationale organisaties, voor zover dit wordt gecoördineerd met de EBA. Op het internationale terrein kan de ECB evenwel geen bindende beslissingen aannemen en eventuele adminis-

209. Artikel 7, lid 7, 1e alinea Verordening 1024/2013.

210. Artikel 7, lid 7, 2e alinea Verordening 1024/2013.

211. Artikel 7, lid 7, 3e alinea Verordening 1024/2013.

212. Artikel 7, lid 8 Verordening 1024/2013.

213. Zie artikel 1, lid 1 Verordening 1024/2013, waar de eenheid en integriteit van de interne markt steeds in overweging genomen dienen te worden bij de uitoefening van ECB-toezichtbevoegdheden.

214. Zie expliciet overweging 4 Verordening 1022/2013 en artikel 18, lid 1 EBA Verordening, zoals gewijzigd door artikel 1, lid 1, punt 7 Verordening 1022/2013.

215. Overweging 12 Verordening 1022/2013.

216. Zie artikel 44, lid 1 EBA Verordening, zoals gewijzigd door artikel 1, lid 1, punt 24 Verordening 1022/2013.

217. Artikel 33 EBA Verordening. Ook de lidstaten houden volgens die bepaling een belangrijke mate van initiatiefruimte in dat verband.

tratieve regelingen betreffen eerder het uitwisselen van 'best practices', die geen wettelijke verplichtingen voor de Unie en de lidstaten kunnen creëren⁽²¹⁸⁾.

37. Samenwerking met 'vrij verkeer' derde landen – De beperkte bevoegdheid van de ECB in verhouding tot derde landen speelt eveneens in verhouding tot landen die geen lid zijn van de Europese Unie, maar wel mee genieten van de interne markt voor bankdiensten. Het gaat in dat verband meer bepaald om de lidstaten van de Europese Economische Ruimte, d.w.z. IJsland, Noorwegen en Liechtenstein⁽²¹⁹⁾. Kredietinstellingen gevestigd in die landen kunnen in principe van dezelfde vrije verkeersrechten gebruikmaken - en zijn aan dezelfde liquiditeits- en solvabiliteitsverplichtingen onderworpen - als kredietinstellingen gevestigd in de lidstaten, en autoriteiten uit die lidstaten passen in beginsel dezelfde wederzijdse erkenningsverplichtingen als Unielidstaatautoriteiten toe⁽²²⁰⁾.

In de mate dat deze kredietinstellingen echter activiteiten in deelnemende lidstaten ontplooiën, zal de ECB niet als 'gastlandtoezichthouder' optreden. Gastlandverantwoordelijkheden blijven in dat geval volledig bij de nationale autoriteiten liggen⁽²²¹⁾. De niet zo hypothetische situatie van een IJslandse internetbank die grensoverschrijdend diensten aanbiedt en daarbij in beginsel onder het toezicht van de IJslandse bankenautoriteit en de nationale autoriteiten van de gastlanden valt, wordt derhalve door Verordening 1024/2013 niet geregeld⁽²²²⁾. Hier blijft het thuis- en gastlandtoezichtstelsel als vanouds van toepassing en spelen de tekortkomingen die onvermijdelijk met dit stelsel gepaard gaan, dus onverkort.

V. 'Eengemaakt' toezichtmechanisme als eerste onderdeel van een volwaardige Europese bankenunie na 2014 ?

38. Nood aan een (nog) meer gedetailleerd rechtskader tegen eind 2014 – Verordening 1024/2013 verplicht de ECB om vanaf 4 november 2013 de nodige verordeningen en besluiten aan te nemen om het rechtskader van de Verordening verder vorm te geven. Vanaf 4 mei 2014 dient het operationele kader voor samenwerking tussen ECB en nationale autoriteiten inzake gedeeld toezicht bekendgemaakt te worden⁽²²³⁾. Vanaf 4 november 2014 dient het gemeenschappelijk toezichtmechanisme dan volledig operationeel te zijn, zij het dat die datum uitgesteld kan worden door de ECB zelf, indien zij vaststelt dat voor de waarborging van de continuïteit van toezicht, die datum niet langer haalbaar lijkt⁽²²⁴⁾. Op het ogenblik van afsluiten van deze bijdrage, werd het procedurereglement van de ECB al aangepast met het oog op de oprichting van de nieuwe raad van toezicht⁽²²⁵⁾. Daarenboven kan de ECB alle informatie van de nationale autoriteiten en van de betrokken instellingen zelf eisen, die dienstig is om een uitgebreide beoordeling van die instellingen te verrichten. De ECB is verplicht deze beoordeling minstens voor de belangrijke kredietinstellingen door te voeren⁽²²⁶⁾.

In de tussentijd kan de ECB in de mate van het mogelijke al onderzoekstaken verrichten zonder hierover evenwel toezichtbesluiten aan te nemen⁽²²⁷⁾. Het is daarbij niet geheel duidelijk wat in dit geval met toezichtbesluiten wordt bedoeld. Het lijkt er daarbij op dat het verlenen van vergunningen geen toezichtbesluit zou kunnen vormen, zodat de ECB daar al onmiddellijk de eindverantwoordelijkheid voor zou dienen uit te oefenen.

218. Artikel 8 Verordening 1024/2013.

219. Zie voor meer details, Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, *Pb.L.* 3 januari 1994, afl. 1, 3 (hierna EER Overeenkomst genoemd).

220. Dat blijkt uit het feit dat zowel Richtlijn 2013/36/EU als Verordening 575/2013 stellen dat zij voor de Europese Economische Ruimte relevante teksten uitmaken. Voor een specifiek overzicht van de verplichtingen op grond van het EER-Verdrag, zie artikel 36 EER-Overeenkomst.

221. Overweging 28 Verordening 1024/2013.

222. Men denke inderdaad aan de problemen die rond de IJslandse internetbank *Icesave* ontstonden in 2008-2009, S. VERHELST, zie noot 102, 16.

223. Artikel 33, lid 2, 2e alinea en lid 1 Verordening 1024/2013. De werking van het gemeenschappelijke toezichtmechanisme wordt bovendien elke drie jaar - de eerste keer uiterlijk op 31 december 2015 - geëvalueerd, zie artikel 32 Verordening 1024/2013.

224. Artikel 33, lid 2, 2e alinea Verordening 1024/2013.

225. Zie voor deze en verdere ontwikkelingen <http://www.ecb.europa.eu/ssm/html/index.nl.html>.

226. Artikel 33, lid 4 Verordening 1024/2013. Op 6 februari 2014 nam de ECB een besluit (ECB/2014/3) aan waarin het voor elke lidstaat de kredietinstellingen aangaf die aan de uitgebreide beoordeling onderworpen zouden worden. Die uitgebreide beoordeling zal worden doorgevoerd tegen ten laatste 3 november 2014. Het besluit kan in het Engels geraadpleegd worden op de website van de ECB zie http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/en_dec_2014_03_fen.pdf?21d953cb19106056a509a22888c646a8.

227. Artikel 33, lid 3, eerste alinea Verordening 1024/2013. Daartoe is een besluit vastgesteld door de ECB vereist. Op het tijdstip van afsluiten van deze bijdrage was een dergelijk besluit nog niet aangenomen.



39. Naar een volwaardige bankenunie – De toekenning van prudentiële toezichtbevoegdheden aan de ECB vormt een eerste - noodzakelijke - stap van wat een meer ontwikkelde bankenunie tussen Eurozonelidstaten dient te worden. Het centraliseren van het toezicht op het niveau van de ECB werd daarbij omschreven als een duidelijk *'point of no return'* naar een meer volwaardige bankenunie tussen Eurozonelidstaten⁽²²⁸⁾.

Deze bijdrage maakte duidelijk dat het toevertrouwen van prudentiële toezichttaken aan de ECB zeker geen volledige en definitieve breuk met het verleden vormt. Integendeel, de kern van de taakverdeling tussen thuis- en gastlandtoezicht blijft behouden, al worden thuis- en gastlandrollen op variabele wijzen door de ECB ingevuld. Bovendien blijft de EBA als subsidiaire supranationale toezichthouder op financiële markten functioneren. De nieuwe institutionele structuur en taakverdeling die Verordening 1024/2013 vooropstelt, vormt daarom veeleer een aanvulling op - en geen breuk met - het bestaande systeem van Europees banktoezicht.

Niettemin vormt het toevertrouwen van prudentiële toezichttaken aan de Europese Centrale Bank een onvermijdelijke veruitwendiging van de ontwikkeling naar een volwaardige Europese Bankenunie die zich thans aan het voltrekken is. Op dit ogenblik zijn wetgevende voorstellen hangende die de rol en werking van depositogarantiemechanismen garanderen, alsmede voorzien in de efficiënte afwikkeling van falende kredietinstellingen⁽²²⁹⁾. Beide regelgevende voorstellen dienen verder vorm te geven aan een supranationaal gestructureerd toezicht- en handhavingskader waaraan kredietinstellingen gevestigd in de lidstaten noodzakelijkerwijze onderworpen worden.

De belangrijkste ontwikkeling in dat verband is evenwel het creëren van een eengemaakt afwikkelingsmechanisme voor falende banken in de Eurozone. Dat mechanisme zou toelaten om op supranationaal niveau de afwikkeling van bepaalde kredietinstellingen - en beleggingsondernemingen - te overzien en verder te structureren en daarbij een Europees afwikkelingsfonds op te richten⁽²³⁰⁾. Kredietinstellingen die

door het eengemaakt toezichtmechanisme worden gecontroleerd, zouden ook bijkomend door het eengemaakt afwikkelingsmechanisme gereguleerd worden in geval van problemen. Het gemeenschappelijk toezichtmechanisme en het gecentraliseerde ECB-toezichtmechanisme daarin vormen daarbij een bestaansvoorwaarde voor het goed functioneren van een dergelijk afwikkelingsmechanisme en moeten in die zin inderdaad als een vertrekpunt voor nog intenser gestructureerd Europees banktoezicht dienen. Vanuit dat oogpunt vormt het gemeenschappelijk toezichtmechanisme een eerste - doch fundamentele - stap naar een volwaardig supranationaal handhavingskader ten aanzien van kredietinstellingen gevestigd en opererend binnen de Eurozone, waarin nationale autoriteiten steeds sterker ingekapseld worden in een Europeesrechtelijk gestructureerd toezichtkader⁽²³¹⁾.

228. S. VERHELST, zie noot 102, 52.

229. Zie in verband met geharmoniseerde afwikkelingsmechanismen op nationaal niveau, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm en voor harmonisatie op het vlak van depositogarantie, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/guarantee/index_en.htm.

230. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad /* COM/2013/0520 final - 2013/0253 (COD) */, beschikbaar op www.eur-lex.eu.

231. Voor een meer algemeen overzicht van soortgelijke evoluties doorheen verschillende sectoren van Europees markttoezicht, zie P. VAN CLEYNENBREGEL, "Europeaniserend markttoezicht op zoek naar nieuwe evenwichten", *SEW - Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2014, te verschijnen.