

De juridische en praktische gevolgen van het SSM: van het Frederiksplein naar de Kaiserstrasse

mr. B. Bierman en mr. L.J. Silverentand*

1. Inleiding

Hoewel de aanduiding ‘historisch’ bij belangrijke gebeurtenissen (te) snel wordt gebruikt, komen dagen die echt de geschiedenisboeken ingaan maar zelden voor. 4 november 2014 was echter écht een historische dag in het Nederlandse (en Europese) financieel toezichtrecht. Vanaf die dag hebben alle banken met een zetel in een lidstaat met de Euro door het van kracht worden van het Single Supervisory Mechanism (hierna: het SSM) te maken met een nieuwe prudentiële toezichthouder: de Europese Centrale Bank (hierna: de ECB).¹ De ECB zal ten aanzien van ‘significante’ Nederlandse banken het directe prudentiële toezicht uitvoeren. Ook op de overige Nederlandse banken zal de ECB - via de Nederlandsche Bank (hierna: DNB) - indirect grote invloed uitoefenen.²

In dit artikel onderzoeken wij wat de verwachte juridische en praktische consequenties van deze toezichtrechtelijke revolutie zijn voor Nederlandse banken. Zal er veel veranderen nu het toezicht uit Frankfurt komt? Wij hebben niet de pretentie of de illusie dat wij de toekomst kunnen voorspellen. Wel proberen we hieronder op basis van reeds verschenen publicaties, ervaringen uit het verleden en ervaringen uit andere landen enkele verwachtingen uit te spreken.

In paragraaf 2 zullen wij een algemene juridische beschrijving van het SSM en de werking daarvan geven. In paragraaf 3 gaan wij in op de formele en praktische organisatie van het SSM en de ECB. Lezers die de *ins* en *outs* van het SSM al kennen, raden wij aan paragraaf 2 en 3 over te slaan. Paragraaf 4 vormt de kern van dit artikel. Daarin bespreken wij de verwachte wijze van toezichthouden door de ECB, de mogelijke verschillen tussen de ECB en DNB en onze visie daarop. In paragraaf 5 sluiten wij af met een conclusie.

2. Beschrijving SSM

2.1 De Bankenunie

Het SSM is één van de drie pijlers van de Europese Bankenunie.³ In navolging van het Europees Stelsel voor Financieel Toezicht (hierna: ESFS), waarin het beleid ten aanzien van de regulering van banken in de EU al grotendeels naar de European Banking Authority (hierna: EBA) werd verplaatst, brengt de Bankenunie ook het doorlopende en crisis-toezicht op banken in Eurolanden naar een Europees niveau.

De Bankenunie zal moeten bijdragen aan het functioneren van de Economische en Monetaire Unie (hierna: EMU) en de interne markt van de Europese Unie. De voornaamste aanleiding voor de Bankenunie zijn de financiële crisis en met name de Euro- en bankencrisis in Griekenland, Cyprus en Spanje in 2011 en 2012. Deze crises deden Europa beseffen dat overheden, toezichthouders en banken in dezelfde lidstaat vaak te veel op nationaal niveau verstrengeld waren. Kort gezegd hadden de banken vaak teveel nationale overheidsschuld van de lidstaat waarin zij gevestigd waren op hun balans en moesten diezelfde overheden bijspringen om deze banken te redden als deze in zwaar weer verkeerden. Deze vicieuze cirkel zette de EU, en de Euro in het bij-

* Bart Bierman en Larissa Silverentand zijn beiden advocaat in Amsterdam. Dit artikel is mede tot stand gekomen met behulp van gesprekken met enkele marktpartijen. Deze bijdrage is op 31 oktober 2014 afgesloten.

1. Verordening nr. 1024/2013 (hierna: de SSM Verordening). Het SSM ziet ook op significante bijkantoren in deelnemende lidstaten van banken met een zetel in niet-deelnemende landen. Wij zullen de interessante vraagstukken hieromtrent in dit artikel verder buiten beschouwing laten.
2. Zie o.a. G.W. Kastelein, ‘De Bankenunie en het vertrouwen in een goede afwikkeling’, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, Kluwer 2014; B. Bierens, ‘De bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht, Een verkenning van de wet, het toezicht en een veranderende toezichtcultuur’, *Ondernemingsrecht* 2014/59; A.L. Wissing & E.M. Dieben, ‘Kapers op de kust van de financieel toezichthouders’, *FR* 2014/3; B. van Riel & M.G. Bos, ‘Versterking van de EMU: in hoeverre ook soevereiniteitsoverdracht?’, *SEW* 2014/4, p. 187, W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile, L. Wissink, ‘Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven’, *NER* 2013/10, p. 365-373; E.P. Bish en V.H. Dijs, ‘De eerste schreden op weg naar een bankenunie: enkele praktische gevolgen van de invoering van het Single Supervisory Mechanism’, *TFR* 2013/3; en E. Wymeersch, ‘The single supervisory mechanism or ‘SSM’, part one of the Banking Union’, *Working Paper Research National Bank of Belgium*, <http://www.nbb.be/doc/oc/repec/reswpp/wp255En.pdf>, april 2014.
3. Over de hoeveelheid pijlers, de volgorde van de pijlers en wat de pijlers omvatten bestaan verschillende opvattingen.

zonder, onder grote druk. De Bankenuie heeft dan ook ten doel het doorbreken van verstrengelingen of negatieve wiselwerkingen tussen lidstaten en de banken in die lidstaten, waarbij de ECB optreedt als onafhankelijke supranationale toezichthouder.⁴

De drie pijlers waar de Bankenuie op rust zijn:

- i. het Single Rulebook: een op EU niveau geharmoniseerde set prudentiële regelgeving, bestaande uit onder andere de Capital Requirements Directive (hierna: CRD IV)⁵, de Capital Requirements Regulation (hierna: CRR)⁶ en de Bank Recovery and Resolution Directive (hierna: BRRD)⁷. Daarnaast omvatten deze regels weer delegatiebepalingen aan de Europese Commissie (hierna: EC) en de EBA, die onder meer uitvoeringsverordeningen, Implementation Technical Standards (hierna: ITS), Regulatory Technical Standards (hierna: RTS), Guidelines en Q&A's kunnen uitvaardigen.⁸
- ii. het SSM: het formele Europese toezichtmechanisme onder leiding van de ECB dat het doorlopende prudentiële toezicht op alle banken in de Eurozone (en de banken van eventueel participerende niet-Eurolidstaten) bestrijkt. Dit toezicht wordt uitgeoefend aan de hand van het Single Rulebook, en
- iii. het Single Resolution Mechanism (hierna: SRM)⁹: het formele Europees resolutiemechanisme dat voorziet in resolutie en liquidatie van banken in zwaar weer op Europees niveau. Het nieuwe Europese orgaan dat de eindverantwoordelijkheid voor deze afwikkeling heeft is de Single Resolution Board. De basis voor het SRM ligt in de SRM Verordening.¹⁰ De materiële regels voor het herstel- en afwikkelingsraamwerk voor banken (en bepaalde beleggingsondernemingen) zijn neergelegd in de BRRD en dienen per 1 januari 2015 in de nationale wetgeving van de lidstaten te zijn omgezet.¹¹

De Bankenuie is (met de Eurocrisis als 'aanjager') met welhaast duizelingwekkende snelheid tot stand gekomen. Nog maar op 12 september 2012 kwam de Europese Commissie met een 'Roadmap towards a Banking Union'.¹² Op 18 oktober 2012 heeft de Europese Raad vervolgens opgeroepen om toe te werken naar een geïntegreerd financieel raamwerk, de Bankenuie.¹³ Aanvankelijk werden de plannen voor de Bankenuie nog met een flinke dosis scepsis ontvangen. Het ontstaan van een Single Rulebook, de eerste pijler, lag nog wel in de lijn der verwachtingen. Maar het zou toch nooit lukken om alle Eurolanden te laten meedoen aan één systeem van financieel toezicht, met één centrale toezichthouder?

Echter, slechts één jaar later – op 4 november 2013 – trad de tweede pijler, de SSM Verordening, al in werking en kon de ECB van start gaan met haar voorbereidingen voor het SSM. En slechts twee jaar daarna – op 4 november 2014 – zal de ECB de taak van toezichthouder van Europese significante banken op zich nemen. De derde pijler, de SRM Verordening, zal, gefaseerd vanaf 1 januari 2015 van kracht zijn. Hieronder zullen we verder ingaan op de tweede pijler: het SSM.

2.2 Bronnen

Het juridisch raamwerk van het SSM is primair neergelegd in de SSM Verordening en de SSM Framework Regulation (hierna: Framework Regulation).¹⁴ De SSM Verordening bepaalt onder meer (i) de specifieke toezichttaken van de ECB, (ii) welke banken als significant moeten worden aangemerkt, (iii) dat er samenwerking tussen toezichthouders dient plaats te vinden, (iv) wat de bevoegdheden van de ECB zijn, (v) dat er een interne beroepsprocedure zal zijn en (vi) dat er een driejaarlijkse beoordeling van het SSM zal plaatsvinden door de EC.¹⁵ In de Framework Regulation worden veel van de bepalingen uit de SSM Verordening nader uitgewerkt, zoals de organisatie van het SSM en de samenwerkingsprocedures tussen de ECB en de nationale toezichthouders van de deelnemende lidstaten.

De ECB is bevoegd om ten aanzien van haar taken nadere richtsnoeren, aanbevelingen en besluiten vast te stellen. Die worden daarmee ook weer deel van het Single Rulebook. Daarnaast kan zij verordeningen, zoals de Framework Regulation, vaststellen die noodzakelijk zijn om de uitvoering van de haar opgedragen taken te bepalen of te specificeren.

In aanvulling op de SSM Verordening en de Framework Regulation heeft de ECB een intern 'Supervisory Manual' opgesteld dat als basis zal gelden voor het toezichtwerk binnen het SSM. Dit Supervisory Manual is helaas niet openbaar, in tegenstelling tot eerdere verwachtingen hierover in de markt. Om toch enig inzicht te geven in hoe het SSM zal

4. Zie bijvoorbeeld het memo van de EC van 15 April 2014 'Banking union: restoring financial stability in the Eurozone', p. 1 en 2. http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/banking-union/banking-union-memo_en.pdf.
5. Richtlijn 2013/36/EU.
6. Verordening (EU) No 575/2013.
7. Richtlijn 2014/59/EU.
8. Om een en ander bij te kunnen houden hebben de auteurs de wat - ouderwetse - neiging om van al deze regelgeving kleine fysieke bundeltjes te maken. Dit komt inmiddels neer op ongeveer twee strekkende meter aan Single Rulebook bundeltjes. Daarbij is een groot deel van de ITS, RTS en Q&A's nog niet eens meegenomen. Overigens is het Single Rulebook niet geheel uniform: in de verschillende regels is een groot aantal lidstaatopties opgenomen. Daarnaast ontstaan uiteraard bij de implementatie van de richtlijnen verschillen in de diverse lidstaten.
9. Onder deze pijler wordt vaak ook een gemeenschappelijk Europees depositogarantiestelsel geschaard. Weer in andere modellen is dit een vierde pijler. Wij laten dit verder buiten beschouwing in dit artikel.
10. Verordening (EU) No 806/2014. Het SRM zal in dit artikel verder niet aan de orde komen.
11. Het is inmiddels duidelijk dat Nederland deze implementatiedatum niet zal halen.
12. COM/2012/0510.
13. Zie: geannoteerde agenda Europese Raad d.d. 18-19 oktober 2012 via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/10/08/geannoteerde-agenda-europese-raad-d-d-18-19-oktober-2012.html>.
14. ECB Verordening 2014/17.
15. Respectievelijk art. (i) 4, (ii) 6, (iii) 3-8, (iv) 9-18, (v) 24, en (vi) 32 SSM Verordening. Wij zullen in dit artikel niet al deze punten de revue laten passeren.

werken en wat voor toezichthouder de ECB zal worden, heeft de ECB op 29 september 2014 de ‘Guide to banking supervision’ (hierna: de Guide) gepubliceerd.¹⁶ Dit is een behulpzaam document geworden dat deels de artikelen uit de SSM Verordening en de Framework Regulation parafraseert, maar daarnaast ook praktische richtsnoeren geeft over hoe de ECB georganiseerd zal worden en hoe bepaalde toezichtprocessen plaats zullen gaan vinden.

Op 7 oktober 2014 stuurde het Ministerie van Financiën het wetsvoorstel van de Uitvoeringswet verordening banktoezicht (hierna: de Uitvoeringswet) naar de Tweede Kamer.¹⁷ Met deze Uitvoeringswet wordt gepoogd de Wet op het financieel toezicht zo te wijzigen dat de SSM Verordening (in het wetsvoorstel ‘verordening banktoezicht’ genoemd) en het toezicht door de ECB zoveel als mogelijk in het systeem van de Wft zullen passen.

2.3 Welke banken

Het SSM is van toepassing op alle – ongeveer 4.900¹⁸ – banken die gevestigd zijn in de deelnemende lidstaten. Het toezicht door de ECB zal direct of indirect plaats gaan vinden, afhankelijk van de kwalificatie van de bank als ‘significant’ of ‘minder significant’. De kwalificatie van een bank als significant is in beginsel afhankelijk van enkele kwantitatieve criteria die een indicatie geven van de mate van ‘belangrijkheid’ van die bank. Significantie wordt op groepsniveau vastgesteld.

Als een in een deelnemende lidstaat gevestigde bank (of diens financiële holding) op het hoogste geconsolideerde niveau binnen de consolidatiegroep aan één van de volgende criteria voldoet, kwalificeert zij als significant:

- i. De totale waarde van de activa bedraagt meer dan € 30 miljard;
- ii. De verhouding van de totale activa ten opzichte van het Bruto Nationaal Product van de lidstaat van vestiging bedraagt meer dan 20%;
- iii. De nationaal bevoegde autoriteit (in Nederland: DNB) merkt een instelling op eigen initiatief aan als significant met het oog op het belang van de instelling voor de nationale economie, en de ECB accepteert deze aanwijzing;
- iv. De ECB merkt een instelling op eigen initiatief aan als significant omdat die instelling meerdere bancaire dochterondernemingen in andere lidstaten heeft en die grensoverschrijdende activiteiten een significant deel vormen van diens activa;¹⁹
- v. De instelling heeft steun ontvangen van het European Financial Stability Facility of van het European Stability Mechanism; en
- vi. De instelling is een van de drie meest significante banken in de lidstaat.²⁰

De ECB heeft op 4 september jl. een definitieve lijst van significante en minder significante instellingen en groepen gepubliceerd.²¹ Voor Nederland zijn op basis van de bovengenoemde criteria (i) ABN AMRO Group N.V., (ii) ING Bank N.V., (iii) Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A., (iv) SNS Reaal N.V., (v) N.V. Bank Nederlandse Gemeenten, (vi) Nederlandse Waterschapsbank N.V. en (vii) RFS Holdings N.V. aangemerkt als significant.

Van belang is dat ook alle in een deelnemende lidstaat gevestigde bancaire dochterondernemingen in dezelfde groep als een significant entiteit zijn aangemerkt.²² Deze vallen dan ook niet alleen op geconsolideerde basis (dus als onderdeel van het toezicht op de gehele groep), maar ook op solo-basis (voor zover van toepassing) onder direct toezicht van de ECB. Dat betekent ten aanzien van Nederland dat bijvoorbeeld banken als Deutsche Bank Nederland N.V. (onderdeel van de Deutsche Bank groep), Bank Insinger de Beaufort N.V. (onderdeel van de BNP Paribas groep) en Theodoor Gilissen Bankiers N.V. (onderdeel van de Precision Capital groep) ook significante banken zijn.

Op dit moment zijn 120 bankengroepen aangemerkt als significant. Deze groepen bestaan uit in totaal ongeveer 1.200 onder toezicht staande entiteiten. Deze banken vertegenwoordigen bijna 85% van de totale bancaire activa in de Eurozone.²³

De banken die aangemerkt zijn als significant zullen als gezegd onder direct toezicht van de ECB vallen. Dit houdt in dat alle toezichtbesluiten ten aanzien van deze banken door de ECB zullen worden genomen (voor zover de ECB hiertoe de bevoegdheid heeft gekregen), en dat het dagelijkse toezicht op deze banken onder leiding van de ECB plaats zal vinden.

De minder significante banken zullen onder indirect toezicht van de ECB vallen. Het doorlopende toezicht zal, op een aantal uitzonderingen na, nog steeds door de nationale toezichthouders (National Competent Authorities, hierna: NCAs), in Nederland DNB, worden uitgeoefend.²⁴ De ECB oefent wel overkoepelend toezicht uit. De ECB zal op ieder moment kunnen besluiten om ook op de minder significante banken direct toezicht uit te oefenen om zo de consistente toepassing van toezichtnormen te waarborgen.²⁵

16. Zie de website van de ECB: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409en.pdf>.

17. Kamerstukken 34 049.

18. Guide, p. 8.

19. Zie art. 59 e.v. Framework Regulation voor de relevante criteria.

20. Art. 6(4) SSM Verordening en art. 53(1) Framework Regulation.

21. Zie: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssm-listof-supervisedentities1409en.pdf?59d76de0c5663687f594250ebf228c6b>. Deze lijst wordt gepubliceerd op grond van art. 49(1) Framework Regulation en periodiek geüpdatet.

22. Art. 40 Framework Regulation.

23. Guide, p. 9 en 12.

24. Zie ook: Speech Danièle Nouy, ‘Regulatory and financial reporting essential for effective banking supervision and financial stability’, Fourth ECB conference on accounting, financial reporting and corporate governance for central banks, Frankfurt am Main, 3 juni 2014. Via <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2014/html/se140603.en.html>.

25. Art. 5 aanhef en onder b SSM Verordening.

2.4 Taken en bevoegdheden ECB

Het SSM voorziet er zoals gezegd in dat de ECB de prudentiële toezichthouder op doorlopende basis is van significante banken. De toezichttaken- en bevoegdheden die in dit kader specifiek aan de ECB zijn toegekend op grond van de SSM Verordening hebben dan ook betrekking op het bewaken van – in ieder geval – de naleving van CRD IV en de CRR en (voor een deel) de BRRD²⁶. Deze taken zijn de volgende:

- i. het verlenen en intrekken van bankvergunningen;
- ii. het beoordelen van aanvragen voor verklaringen van geen bezwaar (hierna: vvgb's) voor het verwerven of afstoten van gekwalificeerde deelnemingen in een bank;
- iii. het uitoefenen van *home state* bevoegdheden ingeval banken een bijkantoor wensen te openen of grensoverschrijdende diensten wensen te verrichten in een niet-deelnemende lidstaat;
- iv. het toezicht op de naleving van (CRR-)voorschriften met betrekking tot eigen vermogensbehoefte, securitisaties, grote posten, liquiditeit, hefboomfinanciering en transparantie;
- v. (CRD IV-)voorschriften met betrekking tot integrale en beheerste bedrijfsvoering, waaronder onder meer de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing van personen verantwoordelijk voor het bestuur, risicobeheersing processen, interne controle mechanismen beloningsbeleid en effectieve *internal capital adequacy assessment procedures* (de ICAAP);
- vi. het uitvoeren van *supervisory reviews* (het *supervisory review and evaluation process*, SREP), inclusief regelmatige stresstests;
- vii. geconsolideerd toezicht op moederondernemingen van banken, inclusief financiële holdings en gemengde financiële holdings;
- viii. aanvullend toezicht op financiële conglomeraten ten aanzien van daarin opgenomen banken; en
- ix. toezichttaken in het kader van herstel- en resolutieplannen en vroegtijdige interventie (waaronder expliciet niet valt het gebruiken van resolutiebevoegdheden, die onder het SRM aan de Single Resolution Board zijn toegekend).²⁷

De twee eerstgenoemde taken, het verlenen en intrekken van bankvergunningen en het beoordelen van vvgb- aanvragen voor het verwerven of afstoten van gekwalificeerde deelnemingen in een bank, zal de ECB ook hebben ten aanzien van minder significante banken.²⁸ Daarnaast kan de ECB besluiten om een bepaalde minder significante bank in haar toezicht te betrekken.

De ECB mag in haar toezicht ten aanzien van een significante instelling in de volgende omstandigheden een maatregel nemen:

- i. de instelling voldoet niet aan de relevante prudentiële wet- en regelgeving;
- ii. de ECB beschikt over aanwijzingen dat de instelling waarschijnlijk binnen de komende twaalf maanden niet zal voldoen aan de relevante prudentiële wet- en regelgeving;
- iii. in het kader van een *supervisory review* stelt de ECB vast dat de door de instelling ingevoerde regelingen, strategieën, procedures en mechanismen en het eigen vermogen en de liquiditeit die door die instelling wor-

den aangehouden, geen degelijk beheer en geen solide dekking van haar risico's waarborgen.²⁹

In een dergelijke omstandigheid heeft de ECB een aantal specifieke vergaande bevoegdheden.³⁰ Voorbeelden daarvan zijn de bevoegdheid om aanvullende kapitaal-eisen te stellen ten aanzien van risico's die niet zijn gedekt door het Unierecht en het bedrijf van een instelling te beperken of desinvesteringen te eisen.

2.5 Het toepasselijke recht

Een belangrijke vraag ten aanzien van een toezichthouder is welk materieel toezichtrecht deze toepast. In het geval van het SSM past de ECB bij het vervullen van haar taken al het toepasselijke Unierecht (lees: het Single Rulebook) toe.³¹ Dat betekent dus dat de ECB alle verordeningen en nadere EU regelgeving, denk hierbij aan ITS en RTS van de Europese Commissie en Guidelines van EBA, toepast. Wanneer het echter gaat om richtlijnen, dient de ECB de nationale wetgeving waarbij die richtlijnen zijn omgezet toe te passen. Ook waar het gaat om een lidstaatoptie in een verordening past de ECB de nationale wetgeving in dat kader toe. Naar onze mening valt onder de nationale wetgeving alleen de bij of krachtens de wet bepaalde regels met betrekking tot het toezichtrecht. Naast het materiële toezichtrecht bij of krachtens de wet, hanteert elke NCA namelijk ook vaak zijn eigen interpretaties van de regels die uit die wet voortvloeien, al dan niet neergelegd in niet-gedelegeerde beleidsregels. Deze nationale interpretaties dient de ECB naar onze mening echter niet mee te nemen in haar toezicht. Dit zou ook in strijd zijn met het streven van het SSM om tot homogeniteit van toezicht te komen. Zoals de Guide dat formuleert:

'Supervisory principles and procedures are applied to credit institutions across all participating Member States in an appropriately harmonised way to ensure consistency of supervisory actions in order to avoid distortions in treatment and fragmentation. This principle supports the SSM as a single system of supervision.'³²

2.6 Sancties

Op grond van art. 18 van de SSM Verordening zal de ECB onder omstandigheden bevoegd zijn om sancties op te leggen. Wanneer het gaat om inbreuken door significante banken op direct werkend Unierecht dat binnen de reikwijdte van ECB-toezichttaken valt, zal de ECB exclusief bevoegd zijn om sancties op te leggen.³³ DNB zal bevoegd blijven

26. Art. 4(1) SSM Verordening.

27. Art. 4(1) SSM Verordening.

28. Art. 14 en 15 SSM Verordening.

29. Art. 16(1) SSM Verordening. De Nederlandse vertaling van de SSM Verordening heeft het woord 'acts' overigens foutief vertaald als 'handelingen' in plaats van 'regelgeving' of 'wetten'.

30. Art. 16(2) SSM Verordening.

31. Art. 4(3) SSM Verordening; B. Bierens, 'De bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht, Een verkenning van de wet, het toezicht en een veranderende toezichtcultuur', *Ondernemingsrecht* 2014/59, par. 5.2.

32. Guide, p. 5 en 6 (principe 3).

33. Art. 18(1) SSM Verordening.

om sancties op te leggen met betrekking tot inbreuken op nationaal recht, waaronder dus ook implementatiewetgeving van richtlijnen. De ECB zal met betrekking tot inbreuken op nationaal recht wel DNB kunnen verplichten om een procedure tot sanctionering te starten.³⁴

Het sanctieinstrumentarium van de ECB is uitgebreid beschreven in de Framework Regulation en is als volgt.³⁵ De ECB kan een administratieve geldboete opleggen. Deze boete is (i) maximaal twee keer de waarde van de winsten die zijn behaald of de verliezen die zijn vermeden door de overtrekking, wanneer deze kunnen worden vastgesteld, of (ii) maximaal 10% van de totale jaaromzet in het voorafgaande boekjaar. Deze boetes zijn aanzienlijk hoger dan de boetes die DNB tot augustus van dit jaar kon opleggen aan banken.³⁶ De ECB kan verder in het geval van een inbreuk op een besluit of eisen van de ECB een last onder dwangsom opleggen. Zo kan zij de betrokken personen dwingen dit besluit of deze eisen na te leven. Deze dwangsom wordt per dag berekend tot de naleving (met een maximum van zes maanden). In beginsel worden sancties onverwijld op de website van de ECB gepubliceerd. Hierop kan een uitzondering gemaakt worden als (i) de publicatie de stabiliteit van de financiële markten of een lopend strafrechtelijk onderzoek in gevaar kan brengen of (ii) publicatie disproportionele schade aan de onder toezicht staande instelling kan toebrengen. In een dergelijk geval kan publicatie worden uitgesteld of geanonimiseerd plaatsvinden.³⁷

2.7 DNB en de AFM

De SSM Verordening vindt haar grondslag in art. 127(6) VWEU en kan op basis daarvan slechts specifieke toezichttaken toekennen aan de ECB. De toezichttaken die niet aan de ECB zijn opgedragen blijven dan ook achter bij de nationale toezichthouders, waar ze voor het van kracht worden van het SSM al lagen.³⁸

Het gedragstoezicht op zowel significante als minder significante banken blijft in Nederland bij de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM). Ten aanzien van het (prudentiële) toezicht door DNB geldt het volgende. Het doorlopende toezicht op significante banken zal grotendeels bij de zogenaamde Joint Supervisory Teams (hierna: JSTs, zie hierna in paragraaf 3.2) komen te liggen, die onder leiding staan van de ECB, maar waar ook DNB-medewerkers in deelnemen. Ook fungeert DNB vaak nog als *single point of entry* voor bepaalde aanvragen (ten aanzien van bijvoorbeeld vergunningen en verklaringen van geen bezwaar of rapportages). DNB zal verder het doorlopende toezicht op minder significante banken blijven uitoefenen. Ten slotte houdt DNB toezicht op significante banken ten aanzien van taken en bevoegdheden die niet aan de ECB zijn toebedeeld. Dit betreft in ieder geval het doorlopende toezicht in het kader van het voorkomen van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en met betrekking tot onderwerpen zoals betalingsverkeer en EMIR.

De rol en taken van DNB in het SSM tijdperk zullen verderop in dit tijdschrift in het artikel van Holtring, Ter Kuile en Wissink uitgebreid aan bod komen. Zoals ook dat artikel aangeeft mag de overgebleven rol van de NCAs zeker niet worden onderschat.³⁹ Het is in dit kader naar onze mening wel van groot belang dat het steeds duidelijk is in wel-

ke hoedanigheid DNB en haar medewerkers bepaalde taken uitvoeren: als autonome toezichthouder, als NCA toezichthouder onder het SSM of als medewerkers die DNB vertegenwoordigen in een JST. Dit moet tot uiting komen in het besluit van DNB waarin de grondslag van haar taakuitoefening zal moeten worden opgenomen (onder verwijzing naar art. 4 en 6 van de SSM Verordening).

3. Vormgeving organisatie ECB en SSM

3.1 ECB organisatie en Supervisory Board

Als gevolg van de invoering van het SSM is de ECB niet langer enkel een centrale bank met een monetaire functie.⁴⁰ De toezichthoudende rol die de ECB nu op zich moet nemen vergt natuurlijk grote structurele, culturele en personele veranderingen in haar organisatie. Deze veranderingen hebben zich grotendeels in slechts het bestek van een jaar - van de inwerkingtreding van de SSM-verordening op 4 november 2013 tot en met het van kracht worden van de toezichthoudende taken op 4 november 2014 - voltrokken.

Voor het plannen en uitvoeren van het SSM is bij de ECB de 'Supervisory Board' opgericht.⁴¹ De Supervisory Board bestaat uit: (i) een voorzitter (Danièle Nouy), (ii) een vicevoorzitter, (iii) vier ECB vertegenwoordigers, en (iv) één vertegenwoordiger van de nationale toezichthouder van elke deelnemende lidstaat (meestal zal dit de eindverantwoordelijke zijn van de toezichtafdeling van die nationale toezichthouder). Besluiten omtrent het prudentieel toezicht op banken worden voorbereid door de Supervisory Board. Deze voorbereidende besluiten worden op basis van een soort 'piepsysteem' voorgelegd aan de Governing Council van de ECB (de raad van bestuur van de ECB onder voorzitterschap van Mario Draghi). De Governing Council heeft tien werkdagen om bezwaar te maken tegen een besluit. Doet zij dat niet, dan is het relevante besluit aangenomen. Eventuele bezwaren dienen schriftelijk te worden gemotiveerd en zien met name op overwegingen in verband met het monetair beleid. Overigens kent de ECB-organisatiestructuur ook een Administrative Board waar de onder toezicht staande instellingen bezwaar kunnen maken. Op deze Administrative Board en de verdere rechtsgang wordt ingegaan in het artikel van Saskia Nuijten in dit tijdschrift.

34. Art. 18(5) SSM Verordening.

35. Art. 120 e.v. Framework Regulation.

36. Art. 1:81 lid 3 t/m 5, zie ook *Kamerstukken* 33 849.

37. Art. 132 Framework Regulation.

38. Preambule onder 28 SSM-Verordening.

39. Zo ook E. Wymeersch, 'The single supervisory mechanism or 'SSM', part one of the Banking Union', *Working Paper Research National Bank of Belgium*, <http://www.nbb.be/doc/oc/repec/reswpp/wp255En.pdf> April 2014.

40. Wij zullen deze monetaire functie en het spanningsveld tussen deze monetaire functie en de toezichthoudende functie in dit artikel verder buiten beschouwing laten.

41. Art. 26 SSM Verordening.

De SSM-organisatiestructuur van de ECB kent vier directo-
raten-generaal (DG's):

- i. DG Microprudentieel Toezicht I is verantwoordelijk voor het directe dagelijkse toezicht op de meest signifi-
cante groepen (ongeveer dertig);
- ii. DG Microprudentieel Toezicht II is verantwoordelijk voor het directe dagelijkse toezicht op de overige
significante groepen;
- iii. DG Microprudentieel Toezicht III is verantwoordelijk voor het toezicht op het door de NCAs uitgeoefende
toezicht op minder significante instellingen; en
- iv. DG Microprudentieel Toezicht IV verricht horizontale
en gespecialiseerde taken ten aanzien van alle onder
het SSM vallende instellingen (dus zowel significante
als minder significante instellingen). De tien afdelin-
gen zijn: Risicoanalyse, Toezichtsbeleid, Planning
& coördinatie van de programma's voor onderzoek
door de toezichthouder, Gecentraliseerde Inspecties
ter plaatse, Interne Modellen, Handhaving & Sancties,
Autorisatie, Crisisbeheersing, Toezichtgebonden
Kwaliteitsborging en Methodologie- & Normontwik-
keling.⁴²

Verder komt er een speciaal secretariaat dat de activitei-
ten van de Supervisory Board ondersteunt. Dit secretariaat
zal vergaderingen voorbereiden en aanverwante juridische
vraagstukken beantwoorden.

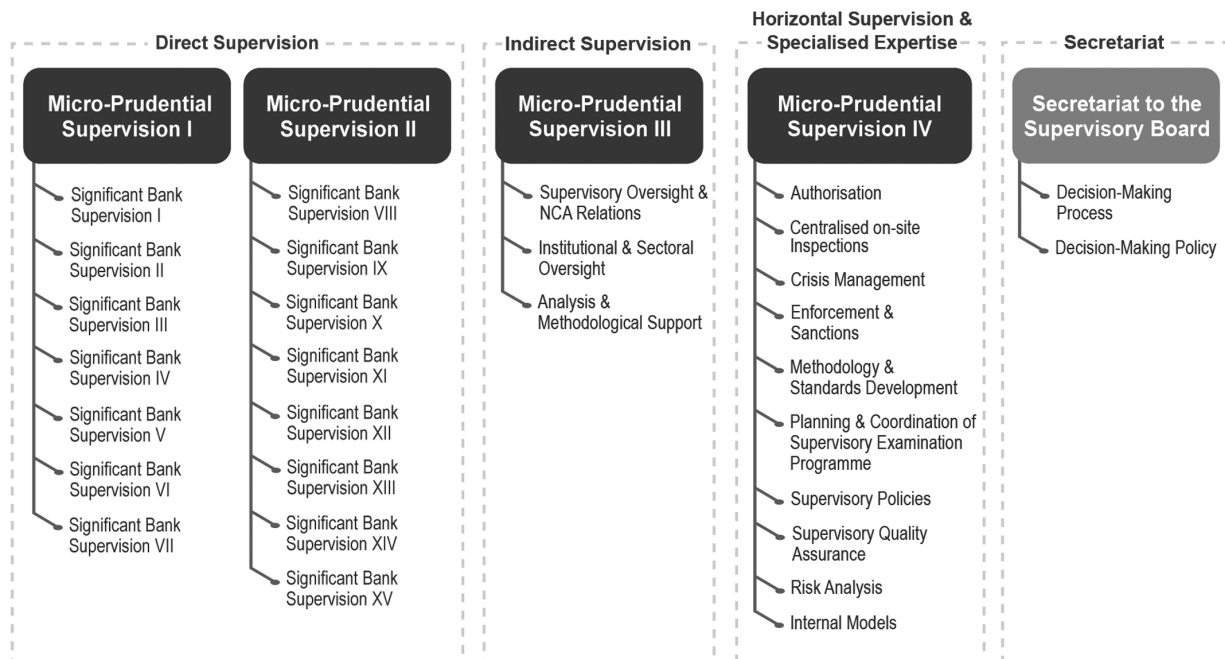
Schematisch gezien komt de organisatorische structuur van
de ECB er als volgt uit te zien:

3.2 Joint Supervisory Teams

Het dagelijkse toezicht op significante banken wordt uit-
geoefend door Joint Supervisory Teams (hierna: JSTs) die
rechtstreeks vallen onder de verantwoordelijkheid van de
Supervisory Board. Bij de uitvoering van het directe door-
lopende toezicht van de ECB op significante banken zal de
ECB voor iedere significante bank of groep een JST samen-
stellen.⁴³ Er is één JST voor alle banken die tot dezelfde sig-
nificante groep behoren indien het hoofdkantoor van de
groep zich bevindt in een deelnemende lidstaat.

De belangrijkste taken van de JSTs zijn het uitvoeren van
het SREP, het voorbereiden en uitvoeren van een onder-
zoeksprogramma (het *Supervisory Examination Programme*,
hierna: het SEP), het coördineren van on-site inspectieteams
en het onderhouden van contact met de NCA.⁴⁴

De JSTs vormen de belangrijkste operationele structuur van
het SSM.⁴⁵ Elke JST bestaat uit personeelsleden van de ECB
en van de NCA (ten aanzien van Nederlandse significan-
te instellingen dus DNB) en wordt gecoördineerd door een
personeelslid van de ECB en één of meer subcoördinatoren
van de relevante NCAs.⁴⁶ De coördinator is verantwoorde-



Figuur 1: Organisatieoverzicht van de SSM-structuur bij de ECB (website ECB)

42. Guide, p. 13 e.v.

43. Art. 3 en 4 SSM Framework Regulation.

44. Art. 3 van de Framework Regulation. De uitvoering van het on-site toezicht ligt overigens niet bij het JST.

45. Derde Kwartaalverslag 2014 SSM Voortgang bij de operationele uitvoering van de Verordening inzake het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme, p. 2; W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile, L. Wissink, 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven', *NiER* 2013/10, p. 370-371.

46. Art. 3(1) SSM Framework Regulation.

lijk voor de uitvoering van de toezichttaken en -activiteiten die worden beschreven in het SEP, dat wordt opgesteld voor iedere significante instelling of groep.

Subcoördinatoren zijn verantwoordelijk voor helder gedefinieerde thematische of geografische toezichtgebieden. Zij ondersteunen de JST-coördinator bij het dagelijkse toezicht en brengen tevens de standpunten van de relevante NCAs over. JST-coördinatoren en -leden zullen in beginsel regelmatig rouleren. De horizontale afdelingen van DG Micropudentieel Toezicht IV zullen nauw samenwerken met de JSTs.

4. Praktische consequenties SSM

4.1 Wijze van toezicht ECB

Hierboven hebben wij het organisatorische kader van de ECB geschetst. Wat voor type toezichthouder de ECB is en op welke wijze zij toezicht gaat houden, laat zich natuurlijk nog aanzien. Toch proberen wij op basis van de Guide, toespraken en andere publicaties voorspellingen te doen over de door de ECB te hanteren procedures, de toezichtcultuur en de toezichtmethode.

4.1.1 Toezichtcultuur

Het is de bedoeling dat de ECB - door de medewerkers die bij de ECB zijn gaan werken en daar het beleid maken en die afkomstig zijn uit de diverse deelnemende lidstaten - qua toezichtcultuur een mengeling wordt van de verschillende toezichtculturen. De ECB zal in de komende periode *best practices* selecteren die ze in de toezichtpraktijken bij de verschillende NCAs zien. In de woorden van de ECB zelf:

‘Het evoluerende SSM-toezichtmodel bouwt voort op de nieuwste toezichtpraktijken en -processen in Europa en omvat de ervaringen van de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten bij het waarborgen van de veiligheid en soliditeit van het bankwezen.’⁴⁷

Het is opvallend dat maar weinig Nederlanders naar de hogere posten bij de ECB zijn gegaan.⁴⁸ Naar onze mening vergroot dit de kans niet dat de Nederlandse toezichtcultuur breed binnen de ECB zal worden uitgedragen.

4.1.2 Buitenlandse coördinator en toezichthouders

Een andere interessante ontwikkeling is dat een toezichtteam van een bank niet langer uit personen met dezelfde nationaliteit als die bank zal bestaan, maar uit personen uit verschillende lidstaten. Zo zal in ieder geval de coördinator van een JST uit een andere lidstaat komen dan de lidstaat waar de bank is gevestigd, terwijl de overige personeelsleden zullen rouleren tussen verschillende JSTs.⁴⁹ In de woorden van de voorzitter van de Supervisory Board, Danièle Nouy:

‘For example, Crédit Agricole’s chief supervisor will be German, Unicredit’s from France, ABN AMRO’s from Spain’⁵⁰

Dit is een bewuste keuze van de architecten van het SSM, om zo de verstrengeling tussen de nationale toezichthouders en de onder toezicht staande instellingen te doorbreken. Daarom ook zal een JST mede bestaan uit personeelsleden van de ECB die veelal niet uit dezelfde lidstaten komen als de betrokken instelling. Ook de ECB-personeelsleden van

de horizontale stafafdelingen van de ECB die ten aanzien van hun expertisegebied mede toezicht zullen houden op een instelling komen uit verschillende lidstaten. Hoewel door de participatie van de NCAs in een JST de reeds bestaande kennis van die NCAs van een instelling zal worden doorgegeven, liggen de uiteindelijke beslissingen dan bij personen die niet uit dezelfde lidstaat komen, en de instelling en diens historie minder goed kennen.

Het is een voordeel dat hierdoor verstrengeling tussen de nationale toezichthouders en hun banken wordt voorkomen. Daarnaast kan een perspectief van buitenaf leiden tot een verfrissende blik en historisch gegroeide vastzittende verhoudingen los maken. Een nadeel is echter het verlies van expertise met betrekking tot de instellingen. Verder bestaat een grote kans op onbegrip over bepaalde (culturele) achtergronden en redenen van beslissingen over de bedrijfsvoering van de bank. Dit kan leiden tot misverstanden of verschillende opvattingen op het gebied van cultuur- omgangs- of governance aspecten. Een ander probleem is het mogelijk onderschatten en miskennen van het nationale civiel recht, bestuursrecht en belastingrecht.

4.1.3 Streng en proportioneel toezicht

De verwachting is dat de ECB een strenge toezichthouder zal zijn. In de woorden van Danièle Nouy:

‘Personally, I can promise you that our supervision will be tough and fair’⁵¹

De ECB benadrukt voorts risicogedreven en proportioneel toezicht te houden.⁵² Onze verwachting is echter wel dat de ECB eerder dan de Nederlandse toezichthouders zal overgaan tot het opleggen van sancties. Dat neemt niet weg dat de ECB wel kan besluiten eerst een informeel gesprek aan te gaan met de instelling of de instelling een brief te sturen.⁵³

Risicogedreven toezicht is toezicht waarbij rekening wordt gehouden met (i) de eventuele schade die het faillissement van een instelling kan hebben op de financiële stabiliteit en (ii) de kans op een dergelijk faillissement. Het betekent dat indien de ECB van oordeel is dat er een verhoogd risico op faillissement is, de ECB intensiever toezicht zal houden op de relevante instelling.⁵⁴

Het proportionele toezicht dat de ECB wil uitoefenen houdt in dat het toezicht in verhouding staat tot het systeemrelevante belang en het risicoprofiel van de relevante instellingen. De intensiteit van toezicht zal dus per instelling verschillen. Volgens de ECB ligt daarbij de nadruk op de grootste en meest complexe significante groepen en op de

47. Guide, p. 5.

48. Op de website van de ECB staat een handig overzicht met de namen van personen op de hoogste functies binnen het SSM.

49. Guide, p. 15.

50. Opiniestuk Danièle Nouy dat in meerdere internationale kranten is gepubliceerd. <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2014/html/sp140930.en.html>.

51. Zie noot 52.

52. Guide p. 6 e.v.

53. Guide p. 37.

54. Guide p. 6.

meest relevante dochterondernemingen daarvan.⁵⁵ Dit vinden wij logisch en terecht gelet op het risicogedreven toezicht - eventuele schade is het grootst bij een faillissement van zeer systeemrelevante en complexe banken.

4.1.4 On-site toezicht

De ECB zal - naar onder andere Frans en Amerikaans voorbeeld - een sterke focus hebben op on-site toezicht.⁵⁶ On-site toezicht is het toezicht van de ECB ter plekke in de burelen van de instelling. Concreet betekent dit dat medewerkers van de ECB een hele periode fysiek in de instelling worden gestationeerd en van daaruit de hele instelling doorlichten. Dit kan zowel op themaniveau als met betrekking tot het volledige toezicht.

In het SEP dat voor iedere significante instelling wordt gemaakt, dient een apart plan voor on-site toezicht te worden opgenomen.⁵⁷ De ECB heeft hiervoor een aparte horizontale afdeling opgericht. On-site toezicht kan op *ad hoc* basis (naar aanleiding van een incident of concrete zorgen), maar kan ook structureel en voor langere duur (denk aan enkele maanden aan één stuk) plaatsvinden.

Dit betekent dat de toezichthouder veel zichtbaarder en fysieker aanwezig zal zijn in de instelling, hetgeen naar onze verwachting leidt tot intensiever toezicht en intensievere contacten tussen de toezichthouder en de medewerkers van de bank. Dat intensievere contact heeft 'regulatory capture' als potentieel risico. Daarbij vereenzelvigd de toezichthouder zich teveel met het subject van zijn toezicht. Vrij recent is een vorm van *regulatory capture* tussen de FED en Goldman Sachs in het nieuws geweest.⁵⁸ Om dit te voorkomen wordt het on-site toezicht in beginsel niet uitgevoerd door leden van het JST, maar door de horizontale inspectieafdeling van de ECB. Het on-site team staat onder coördinatie van een 'head of mission'.⁵⁹ JST leden mogen in voorkomend geval wel deelnemen aan de inspectie, maar zij mogen de inspectie niet leiden.

4.1.5 Data driven

De ECB zal naar verwachting een financieel en cijfermatig gedreven toezichthouder zijn. Daarbij is één van haar kerndoelen het verzamelen van (kwantitatieve) gegevens, om aan de hand daarvan de soliditeit van een instelling in kaart te brengen.⁶⁰ De ECB geeft, bij monde van Danièle Nouy, in dit kader aan:

'Confidence in the banking system arises from a positive perception of its robustness; but our senses cannot directly assess this robustness. In order to assess how sound a bank, or a banking system, is, we need data, we need statistics.'⁶¹

Een voorbeeld van dit zeer gedetailleerde data-toezicht is bijvoorbeeld de Comprehensive Assessment (hierna: CA) die de ECB bij alle significante banken heeft verricht in de aanloop naar 4 november 2014. Onderdeel van deze CA was een *asset quality review* (AQR), een zeer diepgravend financieel onderzoek naar de kwaliteit van de activa op de balans van deze banken. De verwachting is dat banken in de toekomst nog meer zullen worden getoetst aan de hand van hun rapportages, en dat de rapportagedruk flink zal toenemen.

4.1.6 Taal

Documenten die betrekking hebben op verzoeken, mededelingen of aanvragen mogen in één van de officiële talen van de EU worden opgesteld.⁶² Dat mag dus in het Nederlands. De ECB kan met een instelling overeenkomen hun schriftelijke communicatie in één officiële taal van de EU plaats te laten vinden. Wij verwachten dat de ECB zal proberen om van deze mogelijkheid gebruik te maken om met de instellingen overeen te komen uitsluitend Engels als voertaal te gebruiken.

Als deelnemers aan een mondelinge hoorzitting in een andere officiële EU-taal dan de afgesproken taal willen worden gehoord, moet de ECB hiervan vooraf op de hoogte worden gebracht, zodat deze de benodigde maatregelen kan treffen (denk aan het inschakelen van tolken etc.).

DNB heeft overigens al op haar website het verzoek gedaan om formuleren en documenten die uiteindelijk ook naar de ECB moeten in het Engels aan te bieden.⁶³ Dit zal betekenen dat voor de meeste Nederlandse instellingen de voertaal met de toezichthouder vrijwel volledig Engels wordt. Dit kan praktisch leiden tot een verschil in machtsverhoudingen door een betere beheersing van het Engels aan de ene zijde van de tafel (of dat nu bij de relevante toezichthouder of bankmedewerker is).

4.1.7 Verhouding EBA

Een interessant vraagstuk is wat de verhouding wordt tussen de ECB en EBA voor wat betreft de bevoegdheid om nadere regels te stellen over het banktoezicht. De ECB gaat immers ook beleid en regelgeving maken. Daar waar dat toezichtmethodologieën betreft vinden wij dat in zekere zin te rechtvaardigen.⁶⁴ Immers, de toezichthouder kan zelf het

55. Guide p. 6 e.v.

56. Zie art. 12 SSM Verordening, art. 143 e.v. Framework Regulation, en de focus op on-site toezicht in de taakomschrijving van JSTs (art. 3 Framework Regulation). Zo ook Jan Sijbrand in een interview in DNB in *DNB Magazine* nr. 3, 2013, p. 10.

57. Art. 3(2)(b) en (d) Framework Regulation.

58. Zie het zeer lezenswaardige 'The Secret Goldman Sachs Tapes' van Michael Lewis op de website van Bloomberg, 26 september 2014. <http://www.bloombergview.com/articles/2014-09-26/the-secret-goldman-sachs-tapes>.

59. Guide p. 34 e.v.

60. Zie bijvoorbeeld Jan Sijbrand in een interview in DNB in *DNB Magazine* nr. 3, 2013, p. 10. Zie ook de consultatieversie van de concept 'Regulation of the European Central Bank on reporting of supervisory financial information' van 23 oktober 2014. <https://www.ecb.europa.eu/ssm/consultations/shared/pdf/reporting/draft-ssm-reporting-regulation201410.en.pdf?7cc46a044c7e1f1f0a7434576a3e1212>.

61. Recente speech van Danièle Nouy van 15 oktober 2014 op de Seventh ECB Statistics Conference 'Towards the banking Union. Opportunities and challenges for statistics', Frankfurt am Main. https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2014/html/sp141015_1.en.html.

62. Art. 24 Framework Regulation.

63. <http://www.toezicht.dnb.nl/en/2/51-202156.jsp>.

64. Zie Guide, p. 20 en 21. De Framework Agreement is hier een voorbeeld van.

beste bepalen op welke wijze zij toezicht houdt. Waar het echter de invulling van de materiële prudentiële regels betreft, lijkt ons dat eerder de taak van EBA. Verstrengeling van regelgevende en uitvoerende bevoegdheden in één en hetzelfde overheidsorgaan komen de onafhankelijkheid van het toezicht niet ten goede. De grens tussen toezichtmethodologieën en de nadere invulling van materiële regels zal echter niet altijd makkelijk te trekken zijn.

Daarbij komt dat de EBA - en dit is vaak minder bekend - ook bepaalde uitvoerende bevoegdheden heeft. Zo voert de EBA, net als de ECB, ook stress tests uit, zij het dat de groep van banken ten aanzien waarvan EBA stress tests uitvoert, een net iets andere is dan de groep van de ECB. Dit kan leiden tot zeer onwenselijke situaties, bijvoorbeeld dat een bank goed uit de stress test komt van EBA, maar niet goed uit de stress test van de ECB.

Gezien bovenstaande overlap is nadere afbakening van de taken en bevoegdheden door de ECB en de EBA noodzakelijk. Het feit dat een vertegenwoordiger van de Supervisory Board van de ECB een stemrechtloos lid van de Board of Supervisors is van EBA lijkt ons in dit kader onvoldoende waarborg voor goede afstemming.

4.1.8 Formalistisch

Het lijkt erop dat de ECB een formalistische, legalistische opvatting heeft van haar toezichtstaak.⁶⁵ Meerdere lidstaten kennen deze stijl van toezichthouden. Dit verwacht ook DNB:

‘Veel van onze Europese collega’s communiceren formeler, meer juridisch met de banken.’⁶⁶

Een voordeel van een wat formalistischere houding is dat de kans groter is dat de ECB pas vindt dat zij bepaalde bevoegdheden heeft als haar die expliciet zijn toebedeeld en dat er pas verplichtingen voor een bank zijn als die uit de regelgeving voortvloeien. Een ander voordeel is dat zij het de onder toezicht staande instellingen mogelijk minder kwalijk zal nemen als zij - indien zij het oneens zijn met een besluit - zich tot de Administrative Board en uiteindelijk de Europese rechter zullen wenden. In dit kader verwijzen wij verder naar het artikel in dit tijdschrift van Saskia Nuijten.

4.2 Verschillen met DNB-toezicht

Dat het toezicht van de ECB geen exacte spiegeling is van de wijze waarop DNB toezicht hield moge duidelijk zijn. In het SSM geldt in beginsel een geharmoniseerde toezicht-aanpak.⁶⁷ Dat betekent concreet dat DNB bij haar toezicht op de minder significante banken op een zelfde manier toezicht dient te houden als de ECB ten aanzien van significante banken. De ECB wil één uniforme toezichtcultuur bereiken door het personeel van verschillende NCAs samen te brengen in de JSTs, en door personeelsuitwisselingen tussen de verschillende NCAs te bewerkstelligen.⁶⁸ Verder bieden de gespecialiseerde stafafdelingen ondersteuning aan DNB in haar toezicht op de minder significante banken.

Laten we hieronder kort twee mogelijke verschillen tussen DNB en de ECB onder de loep nemen.

Ten eerste het verschil tussen een pragmatische toezichthouder (DNB) en een, naar verwachting, wat meer formalistische toezichthouder (de ECB). DNB heeft zich de afgelopen

jaren, net als de AFM, sterk laten leiden door een ‘pragmatische’ opvatting over wat een toezichthouder moet doen. Daarbij hecht zij veel waarde aan de beoordeling of een gedraging naar haar mening onwenselijk is. Ons zijn gevallen bekend waarin DNB in haar brieven aan instellingen als juridische basis enkel verwijst naar het taakstellingsartikel in de Wft (art. 1:24(2) Wft):

‘De Nederlandsche Bank heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten.’

DNB draagt deze pragmatische wijze van toezichthouden ook uit. In een recent door DNB gepubliceerd boek over toezicht in de 21e eeuw schrijft DNB:

‘Besides, the more forward-looking attitude seems also to have resulted, more or less automatically, in a willingness to extend the supervisory mandate to a certain extent. Supervisors feel freer to touch on topics which may not be illegal per se, but might be harmful nonetheless from a supervisory perspective (Sparrow 2000).’⁶⁹

Deze praktijk is niet vaak in een gerechtelijke procedure aan de orde gesteld.⁷⁰ Dat is logisch gelet op de ‘gebondenheid’ van de instellingen aan DNB. Het zou - onder meer vanuit het perspectief van rechtszekerheid - goed zijn als de ECB zich dichter bij de regelgeving zou houden dan DNB doet.

Ten tweede heeft DNB de afgelopen jaren in haar doorlopend toezicht een sterke nadruk gelegd op een aantal spe-

65. Zie ook B. Bierens, ‘De bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht, Een verkenning van de wet, het toezicht en een veranderende toezichtcultuur’, *Ondernemingsrecht* 2014/59, par. 5.3.

66. Jan Sijbrand in een interview in DNB in *DNB Magazine* nr. 3, 2013, p. 10.

67. Guide, p. 26.

68. Zie ook Overweging 79 en art. 31 SSM-Verordening.

69. Joanne Kellermann e.a., *Financial Supervision in the 21st Century, Good Supervision and Its Limits in the Post-Lehman Era*, p. 12. De verwijzing naar Malcolm Sparrow door DNB in dit kader is niet verwonderlijk. Deze Harvard-hoogleraar, die enkele studies over deze wijze van toezicht heeft geschreven, wordt veelvuldig door DNB aangehaald, en schreef ook het voorwoord van het boek *Financial Supervision in the 21st Century*. Zie ook zijn artikel in *DNB's Occasional Studies Vol. 12/No. 2 (2014) 'Beyond Finance, Financial Supervision in the 21st Century'*, ‘What does it mean to be a risk-based regulator’, p. 9 e.v.

70. Een uitspraak waarin DNB zelf een open norm te vergaand interpreteerde is een uitspraak van 10 september 2013 het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waarin werd geoordeeld dat er bij de invulling van de (betreffende) open norm een zekere ruimte is voor eigen invulling (van in dit geval een pensioenfonds) en dat DNB die invulling moet respecteren zolang aan de norm werd voldaan, *JONDR* 2013/1225.

cifieke toezichtthema's en minder op andere.⁷¹ Daarbij focuste DNB - ook bij haar meer kwantitatieve periodieke instellingspecifieke toezicht - op bepaalde onderwerpen, en besteedde zij minder aandacht aan onderwerpen waarbij minder risico's werden gesignaleerd. Getuige de wat formalistischere houding van de ECB is onze verwachting dat de ECB er scherp op zal toezien dat alle kapitaaleisen van de CRR strikt zullen worden nageleefd, in plaats van een focus op specifieke thema's. Zoals gezegd zal het toezicht waarschijnlijk ook intensiever worden dan onder DNB het geval was; het voorgenomen on-site toezicht van de ECB is daar een voorbeeld van.

Daarbij komt een specifiek verschil aan het licht. Waar DNB veel aandacht heeft voor het thema gedrag en cultuur en voor de meer softe aspecten van het bancaire bedrijf,⁷² zal de ECB meer kwantitatief toezicht houden. Zoals hierboven al aangegeven zullen de instellingen dan ook veel rapportages moeten doen en daarbij meer 'gegevensvelden' moeten invullen dan zij wellicht - in het Nederlandse systeem - gewend waren. De ECB zal - gelet op haar taakopvatting - niet snel een gedrag- en cultuuronderzoek doen, zoals DNB dat in 2011 en 2012 uitvoerde.⁷³

DNB wil het thema gedrag en cultuur graag ook in het SSM behouden, en heeft aangegeven hier toch wel een speerpunt van te willen maken.⁷⁴ De vraag is of dit veel weerklank vindt bij de andere spelers en lidstaten bij het SSM. Wij verwachten dat de ECB zich zeker in het begin van het SSM - de eerste paar jaar - niet op gedrag en cultuur zal focussen. Dat aandacht van de ECB voor gedrag, cultuur en ethiek in de toekomst echter niet valt uit te sluiten, bewijst wel een recente speech van Ignazio Angeloni, één van de vier ECB-leden van de Supervisory Board:

'(...) [I]n itself regulation is not sufficient, if not complemented by a sound ethical framework. As 'trust comes by foot, but leaves on horseback', it may take a while before we see results, but I am confident results can be achieved. Banking supervisors should be aware of these issues and contribute to the process.'⁷⁵

4.3 Enkele concrete voorbeelden

Hieronder zullen wij enkele concrete voorbeelden van toezichtprocedures onder het SSM beschrijven. Daarbij staan we ook stil bij enkele onduidelijkheden die we in dat kader zien.

Verlenen/intrekken bankvergunning

Zoals hierboven reeds aangegeven neemt de ECB de besluiten tot het verlenen of intrekken van een bankvergunning van zowel significante als minder significante instellingen. DNB vervult in de procedures tot het verlenen of intrekken van een bankvergunning echter een belangrijke voorbereidende rol. DNB zal ten aanzien van vergunningaanvragen het 'single point of entry' blijven. Banken zullen de aanvragen moeten indienen bij DNB. DNB zal de aanvraag beoordelen.⁷⁶ Indien DNB naar aanleiding van de beoordeling van mening is dat de vergunning dient te worden verleend, stelt zij een ontwerpbesluit op dat wordt voorgelegd aan de ECB.⁷⁷ In het geval de vergunning volgens DNB niet dient te worden verleend, verwerpt zij zelfstandig de vergunningaanvraag. Aanvragen die door DNB worden afgewezen, zullen daardoor niet door de ECB worden beoordeeld. In een

dergelijk geval neemt DNB een 'finaal' besluit. Wel dient DNB een kopie van dat besluit aan de ECB toe te zenden.⁷⁸

De termijn voor het opstellen van een ontwerpbesluit voor het verlenen van een bankvergunning wordt in het voorstel voor de Uitvoeringswet verruimd naar 26 weken (in plaats van de huidige dertien weken).⁷⁹ De Uitvoeringswet verlengt de fatale termijn waarbinnen in elk geval een besluit/ontwerpbesluit moet worden genomen van 6 maanden naar een jaar. Deze verlengde termijnen vloeien niet noodzakelijkerwijs voort uit het SSM of de regelgeving daaromtrent, maar zijn een product van de Nederlandse wetgever. Volgens de Memorie van Toelichting bij het voorstel van de Uitvoeringswet is dit noodzakelijk met het oog op een zorgvuldige beoordeling van de aanvraag door DNB en afweging door de ECB. Verder geeft de Memorie van Toelichting aan dat is gekeken naar de termijnen in andere lidstaten, en dat bleek dat de meeste lidstaten een termijn tussen de zes en twaalf maanden hanteren. Om die reden is gekozen voor een maximumtermijn van twaalf maanden (wat ook het maximum is op grond van CRD IV).⁸⁰

De keuze voor de verlenging van de termijnen van een vergunningaanvraag staat haaks op het rapport van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) uit juni 2014 genaamd 'Barrières voor toetreding tot de Nederlandse bancaire retailsector'.⁸¹ Een van de conclusies van het rapport is dat het

71. Zie onder andere: 'Focus! De vernieuwde toezichtaanpak van DNB', DNB april 2012. Jaarlijks publiceert DNB ook haar toezichtthema's van dat jaar.
72. Overigens - naar onze mening - niet te verwarren met het toezicht op governance. Zie voor meer over DNB's toezicht op gedrag en cultuur ook: R.A.M. Houben, 'Toezicht op cultuur en gedrag; op de grens van het toezicht?', *FR* 2014/9.
73. Dit onderzoek mondde uit in het rapport 'Leading by example' (DNB, maart 2013). http://www.dnb.nl/binaries/286975_Leading%20by%20example.pdf. In dit rapport staan de belangrijkste bevindingen van het DNB-onderzoek naar gedrag in de bestuurskamers van financiële instellingen.
74. Zie Joanne Kellermann in een interview in *DNB Magazine* nr. 3, 2013, p. 11.
75. Recente speech van Ignazio Angeloni, 26 september 2014, 'Ethics in finance: a banking supervisory perspective', Conference on 'The New Financial Regulatory System: Challenges and Consequences for the Financial Sector', Venetië. https://www.ecb.europa.eu/ssm/pdf/sp/sp140926_en.pdf?47536d5d1f10d4c84433e4c70e1b800e. Angeloni wijst er in dat kader ook op dat degene die het opstellen van het FSB-rapport 'Guidance on supervisory interactions with financial institutions on risk culture.' (april 2014) heeft geleid, Julie Dickson, ook ECB-lid van de Supervisory Board is.
76. Art. 74 Framework Regulation.
77. Art. 76 Framework Regulation.
78. Art. 75 Framework Regulation.
79. Voorgesteld art. 1:102(6) Wft.
80. *Kamerstukken II* 2014/15, 34049, nr.3.
81. Rapport 'Barrières voor toetreding tot de Nederlandse bancaire retailsector' (ACM 12 juni 2014) <https://www.acm.nl/publicaties/publicatie/13038/Barrieres-voor-toetreding-tot-de-Nederlandse-bancaire-retailsector/>

‘vergunningstelsel als ‘onnodig’ streng wordt beoordeeld door marktpartijen’, en dat dit stelsel evaluatie verdient. Een van de aanbevelingen van de ACM in dat kader is de volgende:

‘ACM doet daarom de aanbeveling het vergunningstelsel – zowel de wet- en regelgeving als de invulling van DNB hiervan – te evalueren. Deze evaluatie kan door het Ministerie van Financiën geïnitieerd worden. Hierbij dient onder andere gekeken te worden of en hoe de duur van het vergunningstraject verkort/gemaximeerd kan worden en wat de mogelijkheden zijn de ex ante guidance m.b.t. het vergunningstraject te vergroten.’⁸²

In de kabinetsreactie van september 2014 op het rapport geeft de minister van Financiën aan dat er ‘goede redenen’ zijn voor een streng vergunningstelsel, ‘zoals het borgen van financiële stabiliteit en consumentenbescherming’. Dat laat echter ‘onverlet dat het kabinet belang hecht aan een goede balans tussen prudentiële en overige eisen en een toegankelijke, concurrerende markt’. Daarom zal Actal in een vervolgonderzoek naar de toetredingsbarrières ook de praktijk van vergunningverlening meenemen.⁸³ De voorgestelde verdubbeling van de beoordelingstermijnen druist echter in tegen de aanbeveling van de ACM deze juist in te korten.

De ECB zal binnen tien werkdagen na ontvangst van het ontwerpbesluit van DNB bezwaar daartegen moeten aantekenen. Bezwaar kan alleen worden gemaakt indien niet aan de in het toepasselijke Unierecht gestelde vergunningsvoorwaarden is voldaan.⁸⁴

Het intrekken van een bankvergunning kan op voorstel van DNB, maar kan ook op eigen initiatief van de ECB. Indien de ECB op eigen initiatief wil overgaan tot intrekking, zal er wel overleg dienen plaats te vinden tussen de ECB en DNB. Daarnaast kan DNB bezwaar indienen tegen een voornemen tot intrekking zolang DNB bevoegd is voor de afwikkeling van banken.⁸⁵

Banken kunnen zich niet alleen in Nederland vestigen als (vergunningplichtige) bank met zetel in Nederland, maar ook als een bijkantoor van een bank met zetel in een ander land. De ECB zal host-toezichthouder zijn van banken uit een deelnemende lidstaat die een bijkantoor in Nederland willen openen.⁸⁶ Dat betekent dat DNB niet langer deze functie zal vervullen. Het zal interessant zijn om te zien of dit ertoe zal leiden dat het gemakkelijker wordt voor banken om een bijkantoor in Nederland te openen. Onder andere door de problemen rond Icesave in 2008, en de kritiek die DNB in dat kader kreeg te verduren, was DNB in de praktijk namelijk zeer terughoudend in haar acceptatie van bijkantoren uit andere lidstaten.

Verlenen van een verklaring van geen bezwaar

Ook bij het verlenen van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) op grond van art. 3:95 Wft voor het verwerven van een gekwalificeerde deelneming (een direct of indirect belang van meer dan 10%) in een Nederlandse bank (zowel significant als minder significant) neemt de ECB het uiteindelijke besluit. Zoals bij de vergunningaanvraag blijft DNB het ‘single point of entry’.⁸⁷ DNB geeft al op haar web-

site aan dat met het oog op een tijdige besluitvorming door de ECB van de aanvrager wordt verwacht dat deze de aanvraag, inclusief de gevraagde informatie, in het Engels indient.⁸⁸

DNB dient bij een vvgb-aanvraag de stukken binnen vijf werkdagen aan de ECB door te sturen.⁸⁹ Vervolgens beoordeelt DNB de aanvragen en brengt daarover een ontwerpbesluit uit aan de ECB, waarin zij aangeeft voor of tegen de vvgb-verlening te zijn. Dit ontwerpbesluit moet ten minste vijftien werkdagen voor het verstrijken van de beoordelingstermijn aan de ECB worden gezonden.⁹⁰ Dat betekent dat DNB 45 werkdagen heeft na de aanvang van de termijn (het moment waarop een complete aanvraag is ingediend) om een ontwerpbesluit te nemen. De ECB dient op haar beurt voor het einde van de beoordelingstermijn bezwaar te maken tegen de verwerving.⁹¹ De ECB zal in beide gevallen niet gebonden zijn aan de voorstellen van DNB.

Op basis van het voorstel van de Uitvoeringswet lijkt het alsof DNB wel volledig bevoegd zal blijven te beslissen over de vvgb’s die ten aanzien van Nederlandse instellingen dienen te worden gegeven, maar die geen verband houden met het nemen van een gekwalificeerde deelneming (zie art. 3:96 Wft). Dit is bijvoorbeeld het geval als een bank een financiële vennootschapsrechtelijke reorganisatie aangaat of als een bank fuseert met een entiteit waarvan het balanstotaal groter is dan 1% van het geconsolideerde balanstotaal van de bank. Naar onze mening ligt het ook in de rede dat deze taken bij DNB blijven, nu art. 4(1)(c) SSM Verordening de ECB enkel een bevoegdheid geeft met betrekking tot de verwerving en afstoting van gekwalificeerde deelnemingen. Tegelijkertijd past het verlenen van dergelijke vvgb’s wel binnen de overige taken van de ECB. Naar alle waarschijnlijkheid zal de ECB dan ook wel - via het JST - willen ‘meekijken’ bij de verlening van een dergelijke vvgb.

Betrouwbaarheid- en geschiktheidstoetsingen

Een van de taken die aan de ECB is toebedeeld is de goedkeuring van bestuurders en commissarissen van significante instellingen met het oog op hun betrouwbaarheid en geschiktheid (*fit and proper*).⁹² Het vereiste voor dagelijks beleidsbepalers en commissarissen om geschikt en betrouwbaar te zijn is geïmplementeerd in de art. 3:8 en 3:9 Wft.

Op grond van de Framework Regulation is het proces van goedkeuring als volgt geregeld. De significante instelling dient DNB op de hoogte te brengen van alle wijzigingen met betrekking tot dagelijks beleidsbepalers en commissarissen,

82. Zie noot 86, p. 6 en 7.

83. Brief van 5 september 2014 (FM/2014/1140 U), p. 4.

84. Art. 14(3) SSM Verordening en art. 78 Framework Regulation.

85. Art. 14(5) en (6) SSM Verordening.

86. Art. 11(3) Framework Regulation.

87. Art. 86 Framework Regulation.

88. <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202156.jsp>.

89. Art. 85 Framework Regulation.

90. Art. 86 Framework Regulation.

91. Art. 15(2) en (3) SSM Verordening.

92. Art. 4(1)(e) SSM Verordening.

waaronder bijvoorbeeld de verlenging van de termijn van de bestuurders of commissarissen.⁹³ Naar onze mening betekent dit dat DNB ook het 'single point of entry' is voor de aanvraag van een toetsing van de betrouwbaarheid en geschiktheid en de daarmee gepaard gaande documentatie. DNB brengt de ECB onverwijld op de hoogte van een dergelijke wijziging en geeft aan binnen welke tijdslimiet een besluit genomen en gemeld dient te worden op basis van de betreffende nationale wetgeving. In Nederland is dat (kort gezegd) zes weken na complete aanvraag, te verlengen tot maximaal dertien weken. De ECB zal op grond van het desbetreffende Unierecht en het nationale recht het besluit nemen. Zij beschikt hierbij over dezelfde toezichtbevoegdheden als die de bevoegde autoriteiten hebben.

Op grond van art. 94 Framework Regulation brengt de significante instelling DNB onverwijld op de hoogte van alle nieuwe feiten die een initiële beoordeling kunnen aantasten. De vertaling van de Framework Regulation heeft hier over het aantasten van de 'geschiktheid' (*suitability*). Naar onze mening wordt hier per ongeluk alleen de koppeling met geschiktheid en niet tevens met betrouwbaarheid gemaakt. Naar onze mening zal het begrip *suitability* in de Framework Regulation op beide aspecten zien. DNB brengt de ECB onverwijld op de hoogte van dergelijke nieuwe feiten of kwesties. De ECB kan vervolgens het initiatief nemen voor een nieuwe beoordeling. De ECB beslist vervolgens omtrent de juiste maatregelen op basis van het toepasselijke Unierecht en het nationale recht en brengt DNB daarvan onverwijld op de hoogte.

In het kader van de betrouwbaarheid- en geschiktheidstoets door de ECB rijst een interessante vraag. Vanaf begin 2015 zal de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets door middel van de Wijzigingswet financiële markten 2015 worden uitgebreid naar 'leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden'. De vraag is dan ook of de ECB ook bevoegd is deze toets te verrichten, nu deze, strikt genomen, niet voortvloeit uit CRD IV noch uit de taakstelling uit de SSM Verordening. Deze Europese regels lijken enkel te zien op 'management bodies in their managerial and supervisory functions'.⁹⁴ De laag onder het bestuur valt daar naar onze mening niet onder. Nu de EBA Guidelines on Suitability van 22 november 2012 wel aangeven dat het wenselijk is dat *key function holders* ook getoetst worden, biedt dat naar onze mening ruimte aan de ECB ook deze taak op zich te nemen.⁹⁵

Review van een beloningsbeleid

De ECB zal bevoegd zijn tot het beoordelen van het beloningsbeleid van een instelling. De prudentiële beloningsregels vinden hun oorsprong in CRD IV, zoals ook nader uitgewerkt in de EBA Guidelines on Remuneration Policies and Practices van 10 december 2010. De beoordeling door de ECB dient echter plaats te vinden met inachtneming van de prudentiële beloningsregels zoals geïmplementeerd in de Wft.⁹⁶ Daaronder vallen ook de nieuwe - typisch Nederlandse - beloningsregels op grond van het voorstel Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen.⁹⁷ Dit wetsvoorstel is momenteel bij de Eerste Kamer aangehangen en treedt naar verwachting per 1 januari 2015 in werking. In dit wets-

voorstel is onder andere de 20%-cap voor alle medewerkers opgenomen. CRD IV voorziet bijvoorbeeld in een cap van 100%, dan wel 200% (onder - kort gezegd - aandeelhoudersgoedkeuring), maar met de mogelijkheid voor lidstaten om een lagere cap in te stellen. De beloningsregels uit CRD IV zijn daarnaast in beginsel alleen van toepassing op 'identified staff': hogere of risiconemende medewerkers.

De ECB zal in de uitleg van de prudentiële beloningsregels uit de Wft de nadere toelichting in de EBA Guidelines on Remuneration Policies and Practices tot uitgangspunt nemen. Naar onze mening zal de ECB eventuele niet gecodificeerde interpretaties van DNB die afwijken van de EBA Guidelines on Remuneration Policies and Practices niet mogen volgen.

5. Conclusie

Het moge op basis van het bovenstaande duidelijk zijn dat de komende periode een interessante tijd zal worden voor het toezicht op banken. Niet alleen door alle nieuwe materiele regels, maar zeker ook door de verschuiving van het toezicht van DNB naar de ECB. Wij verwachten dat het toezicht op Nederlandse banken wezenlijk zal veranderen. De impact van deze verschuiving, zowel juridisch als praktisch, mag naar onze mening niet worden onderschat. In dit artikel hebben wij geprobeerd aan te tonen dat het SSM voor Nederlandse banken uitdagingen, maar zeker ook kansen, zal bieden.

Het feit dat in het Nederlandse bancaire landschap de komende tijd het nodige staat te gebeuren, zoals de privatiseringen van ABN AMRO Bank en SNS Bank, maakt dat velen nauwgezet de acties van de ECB de komende tijd in de gaten zullen (moeten) houden.

93. Art. 93 Framework Regulation.

94. Art. 93(1) Framework Regulation.

95. EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders (EBA/GL/2012/06).

96. De AFM blijft de relevante autoriteit met betrekking tot de beloningsregels die zien op de gedragsaspecten van de instelling.

97. Zie *Kamerstukken* 33 964.