

Gedragstoezicht en het SSM: op weg naar een nieuwe balans

mr. A.A. van Gelder en mr. P. Teule*

Het Europees toezicht op banken zal de nodige veranderingen met zich meebrengen voor het Nederlandse toezichtmodel. Vanwege het nationale Twin Peaks-systeem zal niet alleen de nationale prudentiële toezichthouder, De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB), maar ook de nationale gedragstoezichthouder, de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM), te maken krijgen met de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) in Frankfurt. Zoals Merel van Vroonhoven, bestuursvoorzitter van de AFM, aangaf in haar speech ter ere van het tweehonderdjarig bestaan van DNB, is de inbreng van het gedragstoezicht essentieel voor de bankenunie. Zij verwoordde dit als volgt: 'To reestablish and sustain trust in the financial sector as a whole for the coming decades, I believe there is a strong case to not only intensify prudential supervision but to also foster conduct-of-business supervision. Both on a national and a European level. I strongly believe that the relevance of conduct-of-business supervision should not be underestimated within the context of the banking union.'

In deze bijdrage zullen de auteurs stilstaan bij de gevolgen van het 'Single Supervisory Mechanism' (hierna: SSM) voor het gedragstoezicht door de AFM en op de samenwerking door de AFM met zowel de ECB als DNB in het kader van het Twin Peaks-systeem. De auteurs doen dit in twee paragrafen, waarbij in de eerste paragraaf het SSM in relatie tot het gedragstoezicht wordt geschetst en in de tweede paragraaf een aantal mogelijke praktische consequenties voor het gedragstoezicht door de AFM wordt besproken. Daarbij wordt een selectie van de meest opvallende punten belicht. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

1. Het SSM in relatie tot het gedrags- toezicht van de AFM

Hoewel daarover al het nodige geschreven is, zal eerst een korte beschrijving gegeven worden van de werking van het SSM (1.1), zodat vervolgens de impact van het SSM op het gedragstoezicht en daarmee de positie van de AFM in het juiste perspectief geplaatst kan worden (1.2). Afgesloten wordt met een tussenconclusie (1.3).

1.1 Korte introductie van het SSM

Het SSM zal uitgevoerd worden door de ECB, in samenwerking met nationale bevoegde autoriteiten (*national competent authorities*) en nationale aangewezen autoriteiten. In Nederland is uitsluitend DNB aangewezen als nationale bevoegde autoriteit en nationale aangewezen autoriteit¹ (hierna wordt daarom alleen nog gesproken van nationale bevoegde autoriteit). De SSM-Verordening² kent de ECB bepaalde bevoegdheden toe en legt de verantwoordelijkheden vast tussen de ECB en nationale bevoegde toezichthouders binnen het SSM. Een nadere uitwerking van de wijze waarop

de ECB en de nationale bevoegde toezichthouders zullen samenwerken wordt gegeven in de SSM-Kaderverordening.³ In de praktijk zullen de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten samenwerken in zogenoemde *Joint Supervisory Teams*.⁴

Het SSM richt zich primair op het prudentiële toezicht op banken in de eurozone. Uit art. 4, derde lid, van de SSM-Verordening volgt dat de ECB alle toepasselijke Uniewetgeving voor het vervullen van haar taken toepast. Voor het prudentieel toezicht op banken gaat het daarbij om de nieuwe Richtlijn kapitaalvereisten of *Capital Requirements Directive* (hierna: CRD IV)⁵, die ziet op banken en bepaalde beleggingsondernemingen, de bijbehorende Verordening kapitaalvereisten of *Capital Requirements Regulation* (hierna: CRR)⁶ en de daaronder hangende bindende technische standaarden en richtsnoeren van de Europese Banken Autoriteit (hierna: EBA). Daarnaast past de ECB, wanneer het gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving toe waarbij die richtlijnen zijn omgezet.⁷ De Implementatiewet richtlijn en veror-

* Annick van Gelder en Pepijn Teule zijn beiden werkzaam bij de afdeling Juridische Zaken van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel en is afgerond voorafgaand aan de datum van inwerkingtreding van het SSM op 4 november 2014.

1. Zie art. 2, onderdeel 1, van het Besluit uitvoering EU Verordeningen financiële markten.
2. 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, *PbEU* 2013, L 287/63-89 (SSM-Verordening).
3. Verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten.
4. In de door de ECB gepubliceerde 'Guide to Banking Supervision' is de samenwerking binnen het SSM nader geconcretiseerd.
5. 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.
6. 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.
7. Zie art. 4, derde lid, SSM-Verordening.

dening kapitaalvereisten⁸, heeft de nationale Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) verder in lijn gebracht met de CRD IV-vereisten.

Ten behoeve van de uitvoering van haar taken kan de ECB gebruik maken van bevoegdheden die aan haar zijn toegekend in de SSM-Verordening⁹ en bevoegdheden die de nationale bevoegde autoriteit van de deelnemende lidstaat heeft krachtens het toepasselijke Unierecht.¹⁰ Ingeval de ECB geen eigen bevoegdheden heeft en evenmin bevoegdheden van de nationale bevoegde toezichthouder kan uitoefenen, terwijl de nationale bevoegde autoriteit wel bevoegdheden heeft op grond van nationale wetgeving, kan de ECB de nationale bevoegde autoriteit instrueren om haar nationale bevoegdheden uit te oefenen.¹¹

In art. 4 van de SSM-Verordening is bepaald welke taken aan de ECB zijn opgedragen. Het gaat daarbij onder meer om het verlenen van vergunningen, het intrekken van vergunningen, het beoordelen van kennisgevingen, verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen, het toezien op de naleving van toepasselijke Uniewetgeving en in de nationale wetgeving geïmplementeerde richtlijnen met betrekking tot prudentiële eisen¹², solide governanceregelingen (waaronder betrouwbaarheids- en geschiktheidseisen aan beleidsbepalers), risicobeheerprocessen, mechanismen voor interne controle, beloningsbeleid en beloningspraktijk en een doeltreffend intern beoordelingsproces van kapitaal-toereikendheid.

De verantwoordelijkheid voor de *uitvoering* van deze taken zal verdeeld worden tussen de ECB en de nationale bevoegde toezichthouders. Daarbij geldt het volgende: ten aanzien van significante banken neemt de ECB alle eindbesluiten, al dan niet voorbereid door de nationale bevoegde autoriteit, terwijl het toezicht op minder significante banken zal worden uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de nationale bevoegde autoriteiten.¹³ Op deze onderverdeling gelden twee uitzonderingen: ten aanzien van het verlenen en intrekken van vergunningen en ten aanzien van het beoordelen van kennisgevingen, verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen zal de ECB ook beslissingsbevoegd worden als het gaat om minder significante banken.¹⁴ Uiteindelijk is het echter de ECB die(eind)verantwoordelijk is voor zowel het toezicht op significante banken als het toezicht op minder significante banken.

In de SSM-Verordening zijn criteria opgenomen aan de hand waarvan moet worden bepaald welke banken significant of minder significant zijn.¹⁵ Deze criteria zijn nader uitgewerkt in de SSM-Kaderverordening. Significante banken zijn doorgaans de grotere banken met een bepaalde omvang en omzet. Daarnaast kan de ECB op eigen initiatief bepalen dat een bank als significant moet worden beschouwd en hiermee rechtstreeks onder haar toezicht komt te vallen.¹⁶ Voorts kan de ECB onder bepaalde voorwaarden bepalen dat een minder significante bank onder haar toezicht komt te staan.¹⁷

De ECB is verantwoordelijk voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van het SSM.¹⁸ Ten behoeve van de uitvoering van haar taken en verantwoordelijkheden, zullen de nationale bevoegde autoriteiten bijstand verlenen aan de ECB.¹⁹ Dit geldt in het bijzonder voor het toezicht op significante banken, voor het toezicht op het verlenen en intrekken van vergunningen en ten aanzien van het beoordelen van kennisgevingen, verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen. Deze bijstand kan in voorko-

mende gevallen bestaan uit het voorbereiden van besluiten voor de ECB, in de vorm van ontwerpbesluiten.²⁰

1.2 Gedragtoezicht en de positie van de AFM ten opzichte van het SSM

De Raad van Ministers heeft op grond van art. 127, zesde lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) bij verordening (de SSM-Verordening) besloten om aan de ECB specifieke taken op te dragen betreffende het beleid (en de uitvoering van dat beleid)²¹ op het gebied van het *bedrijfseconomisch toezicht* (oftewel het prudentiële toezicht) op banken. Ten gevolge van het gekozen *sectorale* toezichtstelsel binnen de eurozone is de ECB (exclusief) bevoegd geworden ten aanzien van een aantal onderwerpen die binnen het Nederlandse toezichtstelsel onder de verantwoordelijkheid van twee toezichthouders vallen: DNB en de AFM. Om na te gaan wat de positie van de AFM is ten opzichte van het SSM, zal de reikwijdte van de aan de ECB opgedragen taken beoordeeld moeten worden. Om deze beoordeling te maken wordt ten behoeve van de leesbaarheid eerst kort ingegaan op de afbakening van taken tussen de AFM en DNB. Vervolgens wordt een vergelijking gemaakt met de taken die binnen het SSM aan de ECB zijn opgedragen.

1.2.1 Banktoezicht in Nederland: prudentieel toezicht en gedragtoezicht

Ingevolge het nationale Twin Peaks-systeem zijn in de Wft omschrijvingen gegeven van wat in Nederland wordt verstaan onder prudentieel toezicht en gedragtoezicht. Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële on-

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. 1-3.

9. Zie de art. 10 tot en met 12 SSM-Verordening.

10. Zie art. 9, eerste lid, eerste alinea, SSM-Verordening.

11. Voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van de aan de ECB opgedragen taken. Zie art. 9, eerste lid, derde alinea, SSM-Verordening.

12. Als omschreven in art. 4, eerste lid, onder d, SSM-Verordening.

13. Zie art. 6, vierde lid, SSM-Verordening.

14. Zie art. 6, vierde lid, SSM-Verordening. Voor Nederland zijn aangemerkt als significante bank: ING Bank, ABN Amro, Rabobank, SNS Bank, de Nederlandse Waterschapsbank (NWB), BNG Bank en RBS. De ECB heeft op 4 september jl. een definitieve lijst van significante en minder significante instellingen en groepen gepubliceerd, zie: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssm-listofsupervisedentities1409en.pdf?59d76de0c5663687f594250ebf228c6b>.

15. Zie art. 6, vierde lid, SSM-Verordening.

16. Zie art. 6, vierde lid, SSM-Verordening.

17. Zie art. 6, vijfde lid, onder b, SSM-Verordening.

18. Zie art. 6, eerste lid, SSM-Verordening.

19. Zie art. 6, derde lid, SSM-Verordening.

20. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van vergunningverlening art. 14, tweede lid, SSM-Verordening.

21. Zie uitvoeriger hierover: W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissing, 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische perspectieven', *Nederlands tijdschrift voor Economisch recht*, december 2013, nr. 10.

ondernemingen en de stabiliteit van het financiële stelsel.²² Gedragtoezicht is, mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel, gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.²³ Zoals bekend is DNB prudentieel toezichthouder en de AFM gedragtoezichthouder. Beide toezichthouders hebben tot taak te beslissen over de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten (deel 2 van de Wft).²⁴ Omdat er onderwerpen zijn die zowel het gedragtoezicht als het prudentiële toezicht raken, is er een aparte afdeling opgenomen in deel 1 van de Wft²⁵, waarin is bepaald dat de AFM en DNB op bepaalde onderwerpen *moeten* samenwerken. Hiertoe behoren bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen, het intrekken van vergunningen, het beoordelen van de betrouwbaarheid en geschiktheid van bestuurders en commissarissen²⁶ en het nemen van bepaalde handhavingmaatregelen (zie verder par. 2 van deze bijdrage).

1.2.2 Banktoezicht binnen het SSM: prudentieel toezicht

Zoals hiervoor aangegeven ziet het SSM in beginsel (uitsluitend) op het prudentieel toezicht op banken. Ingevolge de sectorale benadering van het toezicht binnen het SSM heeft de Europese wetgever geen rekening gehouden met het in de Nederlandse wetgeving aangebrachte onderscheid tussen prudentieel en gedragtoezicht. In de SSM-Verordening is dan ook geen aparte afdeling opgenomen die de samenwerking tussen prudentiële toezichthouders en gedragtoezichthouders regelt ten aanzien van onderwerpen die in Nederland als een gedeelde verantwoordelijkheid van DNB en de AFM worden beschouwd. Daardoor sluit ons nationale Twin Peaks-systeem niet volledig aan bij het SSM. Dit staat de werkbaarheid van beide systemen ten dele in de weg, door onduidelijkheden die in de praktijk ontstaan (zie hierina in par. 2).

Binnen het SSM werkt de ECB samen met nationale bevoegde autoriteiten. Zoals hiervoor aangegeven, is in Nederland uitsluitend DNB aangewezen als nationale bevoegde autoriteit. Dat betekent dat uitsluitend DNB onderdeel is van het SSM en gehouden is tot samenwerking met de ECB. Wat dit in de praktijk betekent voor de AFM als gedragtoezichthouder is nog niet helemaal duidelijk. Dat het primaat zal komen te liggen bij het prudentiële toezicht blijkt bijvoorbeeld uit overweging 12 van de SSM Verordening:

‘Als eerste stap op weg naar een bankenunie moet één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme ervoor zorgen dat het Uniebeleid inzake het prudentiële toezicht op kredietinstellingen op coherente en doeltreffende wijze ten uitvoer wordt gelegd, dat het rulebook voor financiële diensten op gelijke wijze wordt toegepast op kredietinstellingen in alle betrokken lidstaten, en dat die kredietinstellingen worden onderworpen aan een zo hoogwaardig mogelijk toezicht dat niet wordt doorkruist door andere, niet-prudentiële overwegingen (onderstreping auteurs).[...]²⁷

Uit voornoemde passage kan afgeleid worden dat binnen het SSM overwegingen van prudentiële aard leidend zijn. Of hieruit ook de conclusie kan worden getrokken dat overwegingen van andere aard van *ondergeschikt* belang zijn, lijkt te ver te gaan. Getuige overweging 28 en 29 van de SSM-Verordening wordt benadrukt dat het de bedoeling is dat na-

tionale autoriteiten (niet per definitie nationale *bevoegde* autoriteiten) het toezicht op banken blijven uitoefenen dat ziet op markten in financiële instrumenten en consumentenbescherming. Overweging 28 luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘De nationale autoriteiten moeten belast blijven met de toezichttaken die niet aan de ECB worden opgedragen. Zo moeten zij de bevoegdheid behouden om [...] de functie van bevoegde autoriteiten voor kredietinstellingen uit te oefenen met betrekking tot de markten voor financiële instrumenten, met betrekking tot de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, en met betrekking tot consumentenbescherming.’

En in overweging 29 staat het volgende:

‘De ECB moet in voorkomend geval ten volle samenwerken met de nationale autoriteiten die bevoegd zijn voor het verzekeren van een hoog niveau van consumentenbescherming en voor de bestrijding van het witwassen van geld.’

Uit deze passages lijkt te volgen dat een groot deel van het gedragtoezicht en het toezicht op het voorkomen van witwassen en van het financieren van terrorisme, zoals wij dat in Nederland kennen, niet door het ECB-toezicht geraakt wordt.

Het SSM heeft echter wel invloed op de onderwerpen ten aanzien waarvan overlap ontstaat met het gedragtoezicht en waarbij de AFM en DNB met elkaar (ingevolge het Nederlandse Twin Peaks-systeem) moeten samenwerken. Voorbeelden hiervan zijn onder meer het verlenen en intrekken van vergunningen en het beoordelen van de betrouwbaarheid en geschiktheid van bestuurders en commissarissen. Daarnaast heeft het SSM impact op onderwerpen ten aanzien waarvan zowel DNB als de AFM toezicht houden, maar ten aanzien waarvan op grond van de Wft geen samenwer-

22. Art. 1:24, eerste lid, Wft. Per 1 januari 2014 zijn de taakomschrijvingen gewijzigd. Bepaald is dat het toezicht van DNB niet alleen tot doel heeft de stabiliteit van de financiële sector te bevorderen, maar die van het financiële stelsel als geheel. Aan de taakomschrijving van de AFM is toegevoegd dat de AFM haar toezicht mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel uitvoert.

23. Art. 1:25, eerste lid, Wft.

24. Art. 1:24, tweede lid, Wft. In deel 2 van de Wft is bepaald ten aanzien van welke soort financiële onderneming welke toezichthouder bevoegd is te beslissen omtrent de toelating op de financiële markten.

25. Afdeling 1.3.1. Wft.

26. Voor de leesbaarheid zal in deze bijdrage de termen ‘bestuurder’ en ‘commissaris’ worden gebruikt in plaats van de wettelijke termen van ‘(mede)beleidsbepaler’ en ‘lid van een orgaan dat belast is met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken’. Daarbij wordt opgemerkt dat de reikwijdte van de wettelijke bepaling zich niet alleen beperkt tot bestuurders en commissarissen. Zo vallen bijvoorbeeld ook leden van een Raad van Toezicht onder de reikwijdte van de toets.

27. Overweging 12 SSM-Verordening.

kingsbepaling geldt. Voorbeelden hiervan zijn het toezicht op het voeren van een beheerst beloningsbeleid en het toezicht op de samenstelling en het functioneren van het bestuur.²⁸

1.3 Tussenconclusie

Uit het voorgaande volgt dat de aan de ECB opgedragen taken binnen het SSM deels zien op onderwerpen die binnen Nederland onder de verantwoordelijkheid van zowel DNB als de AFM vallen. Dit is het gevolg van het verschil in inrichting van het toezicht: het banktoezicht binnen de eurozone is sectoraal ingericht, terwijl in Nederland een Twin Peaks-systeem geldt, dat een cross sectorale benadering kent. Hierdoor is overlap ontstaan tussen taken die vallen onder de verantwoordelijkheid van de ECB en taken die (in Nederland) onder de verantwoordelijkheid van zowel DNB als de AFM vallen. Dit geldt niet alleen voor onderwerpen waarbij de AFM en DNB op grond van de Wft moeten samenwerken, maar ook voor onderwerpen waarbij de samenwerking niet wettelijk is geregeld. Welke praktische gevolgen dit zal hebben voor het gedragstoezicht van de AFM en in het bijzonder voor de samenwerking van de AFM met zowel DNB als de ECB wordt hierna besproken.

2. Mogelijke praktische gevolgen voor het gedragstoezicht

In deze paragraaf zal een onderverdeling worden gemaakt tussen de gevolgen voor het gedragstoezicht op onderwerpen ten aanzien waarvan wettelijk is geregeld dat de AFM en DNB met elkaar samenwerken (2.1) en de gevolgen voor het gedragstoezicht op onderwerpen ten aanzien waarvan zowel DNB als de AFM toezicht houden, maar ten aanzien waarvan op grond van de Wft geen samenwerkingsbepaling geldt (2.2). Voorts zal worden ingegaan op de informatie-uitwisseling tussen de AFM, DNB en de ECB (2.3).

2.1 Gevolgen voor het gedragstoezicht op onderwerpen ten aanzien waarvan samenwerking tussen de AFM en DNB wettelijk geregeld is

Op grond van afdeling 1.3.1. van de Wft moeten DNB en de AFM samenwerken bij:

- het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (art. 1:46 Wft);
- het treffen van bepaalde handhavingsmaatregelen (1:47 Wft);
- het verlenen van vergunningen en verklaringen van geen bezwaar aan bepaalde financiële ondernemingen (art. 1:47a, 1:47b en 1:48, eerste en tweede lid, Wft);
- het verlenen van instemming aan bepaalde een in het buitenland gevestigde financiële ondernemingen tot het verlenen van bepaalde financiële diensten in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor (art. 1:48, vierde lid, Wft); en
- geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsingen van bestuurders en commissarissen (art. 1:47c en 1:49 Wft).

Afhankelijk van het te nemen besluit bestaat de samenwerking uit het elkaar raadplegen, het geven van een zienswijze, het geven van een advies of het geven van een bindende aanbeveling.

Met het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening bankentoezicht²⁹ heeft de nationale wetgever beoogd deze samenwerkingsbepalingen zoveel mogelijk intact te laten. Het

SSM laat immers onverlet dat nationale toezichthouders bij het toezicht op banken blijven samenwerken.³⁰ In een aantal gevallen is het echter de ECB die de eindbesluiten neemt, ofwel ter uitvoering van haar toezicht op significante banken, ofwel ter uitvoering van aan haar opgedragen exclusieve taken, ongeacht of het een significante bank of een minder significante bank betreft (zie het voorgaande). Dat betekent dat in die gevallen DNB en de AFM samen zullen samenwerken in het kader van de voorbereiding van ECB-besluiten, die betrekking hebben op onderwerpen die binnen de Wft tot zowel het prudentieel als het gedragstoezicht behoren. Het is ook mogelijk dat de AFM rechtstreeks met de ECB zal samenwerken. Deze samenwerking kan worden geregeld in een memorandum van overeenstemming.³¹ In het navolgende zal een selectie van de meest opvallende praktische gevolgen van het voorgaande worden besproken.

2.1.1 Samenwerking bij het verlenen van een vergunning

Het verlenen van een vergunning tot het uitoefenen van het bedrijf van bank behoort tot de exclusieve taken van de ECB, of het nu een significante bank betreft of een minder significante bank.³² De procedure voor deze vergunningaanvraag luidt kort gezegd als volgt. De vergunningaanvraag moet worden ingediend bij de nationale bevoegde autoriteit.³³ Deze zal de vergunningaanvraag (zelf) afwijzen indien niet voldaan wordt aan de vergunningvereisten.³⁴ Indien wel wordt voldaan aan de vergunningvereisten, stelt de nationale bevoegde autoriteit een ontwerpbesluit op voor de ECB, waarin zij voorstelt om de vergunning te verlenen.³⁵ Het ontwerpbesluit wordt vervolgens geacht te zijn vastgesteld door de ECB, tenzij de ECB bezwaar aantekent binnen een bepaalde termijn.³⁶

In de Wft is bepaald dat DNB de AFM om advies moet vragen bij het verlenen van een dergelijke vergunningaanvraag, indien DNB in het kader van deze aanvraag dient te beoordelen of de aanvrager zal voldoen aan het bij of krachtens het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen (deel 4 van de Wft) bepaalde.³⁷ Dit is het geval als de vergunningaanvraag tevens ziet op het verlenen van beleggingsdiensten

-
28. Met uitzondering van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen, waar wel samenwerkingsbepalingen voor gelden.
 29. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met 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 (*PbEU* 2013, L 287). Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 049, nr. 2.
 30. Zie ook de toelichting bij het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening bankentoezicht, p. 12.
 31. Deze mogelijkheid wordt uitdrukkelijk genoemd in art. 3, derde lid, SSM-Verordening.
 32. Dit volgt uit art. 6, vierde lid, jo. art. 4, eerste lid, onder a, SSM-Verordening.
 33. Zie art. 14, eerste lid, SSM-Verordening.
 34. Zie art. 14, tweede lid, SSM-Verordening.
 35. Zie art. 14, tweede lid, SSM-Verordening.
 36. Deze termijn bedraagt tien werkdagen en kan eenmaal worden verlengd met tien werkdagen.
 37. Zie art. 1:48 Wft.

of beleggingsactiviteiten in Nederland. Door de systematiek van het SSM en de keuze van de nationale wetgever om de samenwerkingsbepalingen zoveel mogelijk intact te laten, zal – volgens het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht – DNB vanaf inwerkingtreding van het SSM de AFM om advies moeten vragen in het kader van het opstellen van een ontwerpbesluit aan de ECB.³⁸

Een situatie waarin de AFM de ECB zal moeten raadplegen bij het verlenen van een vergunning, is in het geval de AFM dient te beslissen op een vergunningaanvraag van een beleggingsonderneming die gelieerd is aan een significante bank. Deze verplichting is overigens – logischerwijs – niet opgenomen in de SSM-Verordening, maar in het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht.³⁹

2.1.2 Samenwerking bij handhavingsmaatregelen

Zoals aangegeven kan de ECB niet alleen gebruik maken van bevoegdheden die aan haar zijn toegekend in de SSM-Verordening, maar ook van bevoegdheden die nationale bevoegde toezichthouders hebben op grond van toepasselijke Uniewetgeving. Een voorbeeld van een handhavingsmaatregel die de ECB kan treffen op grond van een eigen bevoegdheid is het intrekken van de bankvergunning. De ECB kan de vergunning intrekken op eigen initiatief of op voorstel van de nationale bevoegde autoriteit.⁴⁰ In het laatste geval zal – volgens het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht – DNB de AFM moeten betrekken bij haar oordeel.⁴¹ De zienswijze van de AFM zal deel uitmaken van het ontwerpbesluit.⁴² Of de AFM ook betrokken zal worden ingeval de ECB *op eigen initiatief* de vergunning van een bank intrekt is nog af te wachten. In de SSM-Verordening is in ieder geval bepaald dat vooroverleg zal plaatsvinden met de nationale bevoegde autoriteit en dat nationale autoriteiten (niet: nationale *bevoegde* autoriteiten) voldoende tijd zal worden gegund om eventuele herstelmaatregelen te nemen, welke maatregelen door de ECB in aanmerking zullen worden genomen.⁴³ Een ander voorbeeld van een handhavingsmaatregel die de ECB kan treffen op grond van een eigen bevoegdheid is het opleggen van een administratieve sanctie.⁴⁴

Handhavingsmaatregelen zal de ECB in beginsel⁴⁵ slechts nemen als zij wil ingrijpen bij een significante bank (behalve de intrekking van de vergunning). Het treffen van handhavingsmaatregelen bij minder significante banken zal in de regel door DNB plaatsvinden.⁴⁶ In dat geval gelden de nationale samenwerkingsbepalingen, zoals neergelegd in art. 1:47 Wft en in het Convenant DNB/AFM, onverkort.⁴⁷ Vanzelfsprekend blijft de AFM zelfstandig bevoegd om handhavingsmaatregelen aan banken op te leggen, vanuit haar verantwoordelijkheid als gedragstoezichthouder en met toepassing van de wetgeving waarop zij toeziet. Het SSM belemmert dergelijk optreden van de AFM niet. Dit geldt eveneens voor DNB, als het gaat om minder significante banken. Omdat DNB deel uitmaakt van het SSM, is zij op grond van artikel 6, tweede lid, SSM-Verordening gehouden tot loyale samenwerking en informatie-uitwisseling met de ECB, is zij gehouden om de ECB in kennis te stellen van elke materiële toezichtprocedure en is zij gehouden om aan de ECB van materieel belang zijnde ontwerpbesluiten inzake toezicht voor te leggen.⁴⁸

Voor de AFM is een dergelijke samenwerkingsbepaling niet opgenomen. Omdat de AFM geen deel uitmaakt van het SSM, is zij immers niet gehouden tot het verlenen van bij-

stand aan de ECB. Dat betekent bijvoorbeeld dat de AFM op grond van de SSM-Verordening niet gehouden is om aan een (significante dan wel minder significante) bank op te leggen bestuurlijke boete voor te leggen aan de ECB. Dit geldt eveneens voor de publicatie van de boete. De AFM is evenmin gehouden om de ECB in kennis te stellen van andere materiële toezichtprocedures. Wel mag worden aangenomen dat ook de AFM ten opzichte van de ECB gehouden is tot loyale samenwerking.⁴⁹ Wat dit in concreto zal inhouden is nog niet bekend. Mogelijk worden hierover afspraken gemaakt in een memorandum van overeenstemming.⁵⁰

2.1.3 Samenwerking bij toetsingen op betrouwbaarheid en geschiktheid

Een ander voorbeeld van wettelijke samenwerking tussen de AFM en DNB is de bijzondere procedure voor geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsingen, de zogenaamde ‘dubbele poortjes’.⁵¹ Concreet houdt dit in dat de toezichthouders nauw samenwerken tijdens de toetsingsprocedure. Indien één van de toezichthouders een negatief oordeel heeft over de geschiktheid of betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een bank, dan is dat negatief oordeel doorslaggevend. Als de toezichthouders er samen niet uitkomen, wordt in het uiterste geval een ‘bindende aanbeveling’ tot afwijzing of heenzending aan de vergunningverlenende toezichthouder uitgebracht door de andere toezichthouder.

Binnen het SSM worden bestuurders en commissarissen van significante banken primair door de ECB getoetst. Echter, omdat er vanuit wordt gegaan dat de nationale bevoegde autoriteit meer kennis en ervaring heeft ten aanzien van de nationale markt waar de te toetsen bestuurder of commissaris

-
- 38. Zie onderdeel H van het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht.
 - 39. Zie wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht, onderdeel E.
 - 40. Zie art. 14, vijfde lid, SSM-Verordening.
 - 41. Zie wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht, onderdeel D.
 - 42. Zie wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht, onderdeel D.
 - 43. Zie art. 14, vijfde lid, SSM-Verordening.
 - 44. Zie art. 18, eerste lid, SSM-Verordening.
 - 45. In voorkomende gevallen kan de ECB het toezicht op een minder significante bank overnemen. Zie art. 6, vijfde lid, onder b, SSM-Verordening.
 - 46. Zie noot 48.
 - 47. Zie Convenant van 28 maart 2013 tussen de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank N.V. inzake samenwerking en coördinatie op het gebied van toezicht, regelgeving en beleid, (inter)nationaal overleg en andere taken met een gemeenschappelijk belang met betrekking tot de uitvoering van de Wta, Wft, Pw, Wvb en Verordening ratingbureaus, afspraak 1.3.1.
 - 48. Zie art. 6, zevende lid, onderdeel c, onder i), SSM-Verordening.
 - 49. Zie art. 4, derde lid, van het verdrag betreffende de Europese Unie. Zie ook het Zwartveld-arrest (zaak C-2/88), waarin het Hof heeft bepaald dat ook EU-instellingen loyaal moeten samenwerken met de lidstaten.
 - 50. Zie art. 3, eerste lid, SSM-Verordening en overweging 33 SSM-Verordening.
 - 51. Zie art. 1:47c Wft en 1:49 Wft.

opereert of gaat opereren, zal in ieder geval bij vergunningverlening de toetsing *de facto* uitgevoerd worden door de nationale bevoegde autoriteit.⁵² De aanvragen voor toetsingen komen daarom bij de nationale bevoegde autoriteit binnen. De ECB neemt uiteindelijk de eindbeslissing over de beoordeling van de te toetsen persoon. Daarbij is de ECB gehouden bestaand nationaal recht toe te passen, indien dit strekt tot implementatie van Europese richtlijnen. Als hiervoor opgemerkt zal de ECB over dezelfde toezichtbevoegdheden als DNB beschikken, op grond van het betreffende Unierecht en het nationale recht.⁵³

Het bestaand nationaal systeem van de dubbele poortjes in zijn huidige vorm is niet voorgeschreven door een Europese richtlijn. Dit laat onverlet dat lidstaten zelf mogen bepalen hoe zij uitvoering geven aan de verantwoordelijkheid tot het toezien op betrouwbaarheids- en geschiktheidseisen voor bestuurders en commissarissen. Zoals hiervoor opgemerkt blijkt uit het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht dat de Nederlandse wetgever de samenwerking tussen de AFM en DNB, ook na invoering van het SSM, zoveel mogelijk op dezelfde wijze wil laten plaatsvinden. Voor de samenwerking tussen de AFM en de ECB wordt ervan uitgegaan dat deze plaats zal vinden waar dat dienstig is aan het toezicht op banken, gelet op het beginsel van loyale samenwerking en het Nederlandse Twin Peaks-toezichtsmodel.

Voor toetsingen van bestuurders en commissarissen bij *significante banken* betekent dit concreet het volgende. Nu de ECB de primaire toezichthouder is op significante banken zal de AFM er voor kunnen kiezen om rechtstreeks een constatering aangaande de geschiktheid of betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris bij een significante bank aan de ECB voor te leggen.

In het geval DNB een rol heeft ter voorbereiding van een besluit van de ECB in het kader van bijstandverlening, kan de AFM een dergelijke constatering ook aan DNB mededelen, waarna zij – indien de betreffende persoon door DNB geschikt of betrouwbaar geacht wordt – eventueel een bindende aanbeveling kan doen aan DNB.⁵⁴ Net als bij de reeds bestaande bindende aanbeveling (voor inwerkingtreding van het SSM), zal deze integraal onderdeel vormen van het ontwerpbesluit.⁵⁵ DNB dient het ontwerpbesluit wel weer voor te leggen aan de ECB, ter bewaking van de consistentie binnen het SSM. Indien de ECB het niet eens is met het oordeel van DNB (en daarmee die van de AFM), zal de ECB DNB kunnen terugfluiten, waarbij de te toetsen persoon alsnog betrouwbaar dan wel geschikt wordt bevonden.

Gelet op het voorgaande lijkt een voorzichtige conclusie te zijn dat de oorspronkelijke bindende aanbeveling, waarbij het negatief oordeel prevaleert, in ieder geval voor de significante banken niet langer stand houdt, nu de ECB voortaan het laatste woord heeft en nationale regelgeving daaraan geen afbreuk mag doen. Daarbij lijkt het wel voor de hand te liggen dat de ECB een negatief oordeel van de AFM over de geschiktheid of betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris niet zomaar terzijde zal leggen. Denkbaar is dat hierover afspraken gemaakt worden in een te sluiten memorandum van overeenstemming met de ECB.

Toetsingen van bestuurders en commissarissen van *minder significante banken* blijft de verantwoordelijkheid van DNB. De dubbele poortjes gelden daarbij onverkort. Niettemin zal de ECB ook hier een rol spelen ter bewaking van de consistentie binnen het SSM. Uit de SSM-Kaderverordening

volgt immers dat alle belangrijke beslissingen ten aanzien van minder significante banken – waaronder ook alle besluiten inzake toetsingen – in concept aan de ECB moeten worden voorgelegd voor een zienswijze.⁵⁶ In het geval van een bindende aanbeveling van de AFM, die integraal is overgenomen in het conceptbesluit van DNB, wordt verwacht dat de ECB het nationale (negatieve) oordeel in haar zienswijze zal betrekken. Mocht de ECB toch een zienswijze willen geven die haaks staat op het conceptbesluit, dan wordt er volgens de toelichting op het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht vanuit gegaan dat de AFM en DNB hierover opnieuw in overleg treden. Evenwel blijft de AFM bevoegd vast te houden aan haar bindende aanbeveling waarbij DNB dienovereenkomstig moet beslissen, en daarmee moet afwijken van de zienswijze van de ECB. De toelichting op het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht geeft aan dat het dan in de rede ligt dat de AFM in haar overwegingen wel de zienswijze van de ECB betreft. In de praktijk lijkt voornoemd scenario vrij onwaarschijnlijk aangezien er gestreefd zal worden om gezamenlijk tot een bevredigend oordeel te komen, maar niettemin geeft dit wel aan dat de bindende aanbeveling inzake minder significante banken voor de AFM geen tandeloze tijger blijkt te zijn.

Uit het voorgaande volgt dat er bij toetsingen voortaan drie instellingen betrokken zullen zijn, met mogelijk uiteenlopende meningen over de betreffende bestuurder of commissaris: die van DNB, die van de AFM en uiteindelijk die van de ECB. Het meenemen en afwegen van deze meningen zal naar verwachting zorgen voor de nodige complexiteit en vertraging in het toetsingsproces.

2.2 Gevolgen voor het gedragstoezicht op onderwerpen ten aanzien waarvan geen wettelijke samenwerkingsbepaling geldt

Zoals hiervoor reeds opgemerkt volgt uit de bepalingen van CRD IV dat er onderwerpen zijn die zowel het gedragstoezicht als het prudentiële toezicht raken, maar ten aanzien waarvan geen wettelijke samenwerkingsbepalingen bestaan. Twee voorbeelden hiervan worden hierna toegelicht.

Ten aanzien van de samenstelling en het functioneren van het bestuur van een bank schrijft art. 91 CRD IV voor dat de leden van het bestuur als voldoende betrouwbaar bekend moeten staan en moeten beschikken over voldoende ken-

52. Zie hoofdstuk 4.2.5 van de Gids voor banktoezicht uitgegeven door de ECB: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.nl.pdf?8baf7398276f7479faabe1b679150e07>.

53. Zie art. 93 van de SSM-Kaderverordening. Opvallend is wel dat hier verwezen wordt naar het 'nationale recht', terwijl in art. 9, eerste lid, SSM-Verordening is bepaald dat de ECB over alle bevoegdheden beschikt die de nationale bevoegde autoriteit heeft 'krachtens het toepasselijke Unierecht'. Het is de vraag of dit betekent dat de ECB bij toetsingen meer bevoegdheden heeft dan zij heeft in het kader van haar andere toezichttaken of dat hier sprake is van een omissie.

54. Zie wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banken, onderdeel I en de artikelsgewijze toelichting bij onderdeel I.

55. Zie noot 54.

56. Zie art. 98 van de SSM-Kaderverordening.

nis, vaardigheden en ervaring voor de vervulling van hun taken. Ook het bestuur als geheel (het collectief) moet een 'voldoende brede waaier van ervaring' weerspiegelen en in zijn geheel over voldoende kennis, vaardigheden en ervaring beschikken om inzicht te hebben in de bedrijfsactiviteiten van de instelling, met inbegrip van de voornaamste risico's waaraan deze is blootgesteld.

Daarnaast wordt er een aantal eisen gesteld aan tijdsbesteding en het aantal (neven)functies dat een bestuurder of commissaris tegelijkertijd mag vervullen. In de Implementatiewet richtlijn kapitaalvereisten⁵⁷ wordt daarbij wel aangegeven dat de eisen betreffende het aantal functies alleen gelden voor significante banken.

Voorts worden er in CRD IV regels geïntroduceerd op het gebied van beloningsbeleid.⁵⁸ Zo wordt, ter voorkoming van prikkels die aanleiding kunnen geven tot het nemen van onverantwoorde risico's,

onder meer een maximaal variabel deel van de beloning (het bonusplafond) van in beginsel 100% van de vaste beloning geïntroduceerd. Dit plafond kan tot 200% verhoogd worden als aandeelhouders daarmee instemmen. In de Implementatiewet richtlijn kapitaalvereisten is er voor gekozen om bij de implementatie van de bepaling niet strenger te zijn dan CRD IV toelaat. De voorgestelde regeling heeft echter een tijdelijk karakter. In een separaat wetsvoorstel, de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen, wordt een maximale variabele beloning van 20% voorgesteld voor werknemers werkzaam in de gehele financiële sector, dus niet alleen voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen die onder CRD IV vallen.

Voornoemde onderwerpen raken bij uitstek zowel het prudentieel als het gedragtoezicht. Hiervoor zijn echter geen samenwerkingsbepalingen opgesteld, terwijl de AFM eveneens toezicht houdt op deze onderwerpen ten aanzien van de onder haar toezicht gestelde financiële ondernemingen (niet zijnde banken). Het mogelijke gevolg hiervan is dat de uitvoering van het toezicht door de ECB op deze onderwerpen zal afwijken van de uitvoering van het toezicht door de AFM. De AFM zal daarbij mogelijk rechtstreeks moeten schakelen met de ECB. Ook hierover zouden afspraken gemaakt kunnen worden in een te sluiten memorandum van overeenstemming met de ECB.

2.3 Informatie-uitwisseling tussen de AFM, DNB en de ECB

Omdat de AFM en DNB toezicht houden op dezelfde instellingen (cross sectoraal toezicht) en uit dien hoofde relevante informatie hebben over deze instellingen is het van cruciaal belang dat DNB en de AFM informatie met elkaar uitwisselen. De bevoegdheid tot informatie-uitwisseling tussen DNB en de AFM is neergelegd in art. 1:90 Wft en is nader uitgewerkt in het Convenant DNB/AFM. Vanzelfsprekend geldt hiertoe een aantal restricties, die terug te voeren zijn op het belang van geheimhouding van vertrouwelijke informatie.⁵⁹ Omdat de ECB het toezicht op banken voor een groot deel zal overnemen, is het van belang dat de AFM ook informatie kan uitwisselen met de ECB. Deze mogelijkheid is geschapen in art. 27, tweede lid, SSM-Verordening. Dit artikel bepaalt dat de ECB informatie kan uitwisselen met nationale autoriteiten (dus niet perse nationale *bevoegde* autoriteiten) in het geval DNB krachtens toepasselijk Unierecht informatie met de AFM kan uitwisselen. Daarmee is in ieder geval een wettelijke mogelijkheid gecreëerd voor de ECB om informatie te ontvangen en te verschaffen. Om het ook voor

de AFM mogelijk te maken om informatie aan de ECB te verschaffen wordt in het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht voorgesteld om art. 1:69 en art. 1:90 Wft aan te passen.⁶⁰

Gelet op het belang van informatie-uitwisseling ligt het in de rede dat in aanvulling op de hierboven genoemde wettelijke mogelijkheden een aantal praktische afspraken worden gemaakt tussen de AFM en de ECB, bijvoorbeeld in een memorandum van overeenstemming.

Conclusie

Het overgrote deel van het gedragtoezicht van de AFM wordt niet geraakt door het SSM. De SSM-Verordening heeft bijvoorbeeld geen betrekking op het toezicht op markten in financiële instrumenten en consumentenbescherming. Het SSM raakt wél het gedragtoezicht als het gaat om onderwerpen ten aanzien waarvan de AFM en DNB allebei toezicht houden. Dit is het gevolg van het verschil in inrichting van het toezicht: het banktoezicht binnen de eurozone is sectoraal ingericht, terwijl in Nederland een Twin Peaks-systeem geldt, dat een cross sectorale benadering kent. Omdat de AFM geen onderdeel uitmaakt van het SSM, is zij niet gehouden tot het verlenen van bijstand aan de ECB en is evenmin gehouden tot het voorleggen van ontwerpbesluiten. Echter, aangenomen mag worden dat de AFM wel degelijk zal samenwerken met de ECB. Deze samenwerking is van groot belang, met name als het gaat om onderwerpen ten aanzien waarvan zowel de AFM als de ECB toezicht houden. Het is voor de transparantie en efficiëntie van het toezicht wenselijk dat zoveel mogelijk sprake is van gelijklopende toezichthouderregels en gelijklopende toepassing hiervan. Daarbij is informatie-uitwisseling cruciaal. Met het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening banktoezicht is de eerste stap gezet op weg naar een nieuwe (nationale) balans tussen het gedragtoezicht van de AFM, het prudentiële toezicht van DNB en het toezicht van de ECB binnen de eurozone.

57. Zie het nieuwe art. 3:8, derde lid, Wft in de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. 2.

58. Art. 94, eerste lid, onderdeel g, CRD IV.

59. Zie uitvoerder hierover: A.L.J. de Wit en M. Harari, 'Het gesloten geheimhoudingssysteem van de Wft, een doorge-slagen waarborg?', *FR* 2014, nr. 5, p. 164-169.

60. Zie onderdelen M en P.