

Voorwoord

Het is beter om ‘ja’ te zeggen tegen een project als je het niet goed kunt overzien – als je weet hoeveel werk ermee gemoeid is, wordt nooit iets neergezet. Hiermee doel ik niet op de Europese Bankenuïie, maar op het verzoek van de redactie om een deel te schrijven in deze Financieel Juridische Reeks, over het ‘single supervisory mechanism’. Ik was vanaf het begin betrokken bij het SSM. Mijn toenmalige baas bij De Nederlandsche Bank legde in de zomer van 2012 een dossiertje op mijn bureau omdat er ‘iets’ was besloten over de ECB en banktoezicht. Dat dossiertje is voor mij uitgegroeid tot een voltijds baan in het SSM, een verhuizing naar Frankfurt am Main, en uiteindelijk dit boek dat u in handen houdt. Ik ben blij dat ik ‘ja’ zei op al deze projecten.

In november 2014 begon de ECB met haar toezichttaak en dit boek bouwt daarmee voort op de ervaringen van de eerste vijf jaren SSM. Ik probeer antwoord te geven op de vragen waarom er Europees banktoezicht is en hoe het in de praktijk werkt. Hopelijk geef ik inzicht in de complexiteit van de besluitvorming en hoe de ECB deze probeert te vereenvoudigen, en inzicht in de samenwerking tussen nationale banktoezichthouders en de ECB in dit nieuwe mechanisme. Ik poog te verduidelijken wat een toezichtbesluit is, hoe dit kan worden gehandhaafd en welke rechtsbescherming er bestaat. Maar voor het materiële bankenrecht van CRR/CRR-II, CRD-IV/CRD-V, BRRD en FicoR, waarop een toezichtbesluit kan worden gegrond, zult u een andere auteur moeten raadplegen. Dit boek geeft zo ook een inkijk in mijn dagelijkse werkzaamheden als principal legal counsel bij het Secretariaat van de Toezichtsraad (Supervisory Board) van de ECB.

Bij het schrijven heb ik mijn voordeel gedaan met het commentaar van Eva Dieben, Georg Gruber en Sander Timmerman. Onvolkomenheden en omissies zijn mijn verantwoordelijkheid.

Rond dezelfde tijd dat ik ‘ja’ zei tegen het schrijven, zei ik ‘ja’ om te proberen vader te worden. Het gevoel van geluk om (tegen verwachting in) vader te zijn, is niet te beschrijven. Aan mijn zoon draag ik dit boek op.

Dit boek is geschreven op persoonlijke titel en mijn opvattingen kunnen niet aan de ECB of het SSM worden toegeschreven.

Het geeft de stand van de praktijk weer op 5 november 2019. (Een enkele keer wordt verwezen naar de ‘SRB-arresten’ van december 2019, maar deze blijven onbesproken.)

Gijsbert ter Kuile
Frankfurt am Main, 3 oktober 2019

Hoofdstuk 1

SSM en de Bankenunie

1.1 Inleiding

Ruim tien jaar geleden in 2007/2008 brak de bankencrisis uit, die leidde tot structurele hervormingen in het Europese banktoezicht. Hervormingen die gezien kunnen worden als een mijlpaal van Europese eenwording – vergelijkbaar met het *Van Gend en Loos*-arrest¹ en het Verdrag van Maastricht.² De Europese Centrale Bank (ECB) werd de banktoezichthouder in de Eurozone, waarbij het gaat om grofweg 3.300 banken in 19 lidstaten. De ECB houdt direct toezicht op rond de 120 grote banken en bankgroepen, die ruim 80% van het bankenlandschap in de Eurozone vertegenwoordigen, terwijl de nationale banktoezichthouders – onder toezicht van de ECB – direct toezicht houden op de zogenoemde ‘minder significante banken’. Het bankenlandschap in de Eurozone vertegenwoordigt ruim EUR 24.000.000.000.000 – dat is ruim 24 biljoen³ euro.⁴ Met haar nieuwe taak heeft de ECB dus direct toezicht op het goede beheer van zo’n kleine 20 biljoen euro, en indirect op nog eens 5 biljoen euro.

Het is niet alleen dit onvoorstelbare kapitaal en de duizenden banken die dit kapitaal beheren die dit Europese banktoezicht tot een mijlpaal maken. Banken vormen een ‘essential facility’ voor de wijze waarop de economie in de Europese Unie is georganiseerd. Burgers houden hun gelden aan bij banken; hun dagelijkse inkomsten en uitgaven lopen via banken. Dit is niet anders voor bedrijven, organisaties en overheden. En dankzij de kredietverlening die essentieel is voor banken – formeel ‘kredietinstellingen’ genoemd in het Unierecht⁵ – kunnen burgers en bedrijven investeren in hun toekomst. Zelfs de Occupy Beweging, de protestbewe-

1. Het *Van Gend & Loos*-arrest, zaak C-26/62 van 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1, introduceerde het beginsel van ‘rechtstreekse werking’ (‘direct effect’) van artikelen uit de Europese verdragen, zodat rechten en verplichtingen uit de verdragen door burgers konden worden afgedwongen in hun nationale rechtbanken. Het maakte het Europese recht tot een nieuwe rechtsorde (‘sui generis’) waarbij de rechten en verplichtingen uit de verschillende Europese verdragen niet langer slechts een rol speelden tussen de lidstaten (als een vorm van volkenrecht, of internationaal publiekrecht), maar waarbij nu ook de burger werd betrokken. Bovendien stelde het Europese Hof dat de lidstaten op bepaalde gebieden hun soevereiniteit hadden beperkt doordat zij soevereine bevoegdheden hadden overgedragen aan de (toen nog) Europese Gemeenschappen.
2. Bij het Verdrag van Maastricht van 1992 werd de Europese Unie opgericht met als onderdeel de Economische en Monetaire Unie (EMU). De EMU werd voorzien van een eenheidsmunt, de euro, en van (een voorloper van) de Europese Centrale Bank. Daarnaast werden de convergentiecriteria opgesteld aan de hand waarvan dwingend wordt vastgesteld of een lidstaat de euro moet invoeren. Deze criteria staan thans in art. 140(1) VEU en Protocol 13 van de Europese verdragen.
3. In het Engels is dat een ‘trillion’.
4. ECB, Report on Financial Structures, October 2017, p. 3, 24: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/reportonfinancialstructures201710.en.pdf>.
5. Art. 4(1)(1) Verordening (EU) Nr. 575/2013 geeft de definitie van kredietinstelling: ‘eene onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito’s of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening’.

ging die ontstond als reactie op de financiële crisis⁶, ziet het belang in dat burgers toegang hebben tot een financiële instelling voor de organisatie van hun dagelijks leven en heeft daarom zelf een coöperatieve bank opgericht.⁷ Dat deze essentiële faciliteit van de bankenindustrie invloed heeft op het dagelijks leven blijkt wel uit de effecten van de bankencrisis: minder spaargeld, lagere lonen, minder huizenbezit en zelfs een lager geboortecijfer.⁸ Ook een verminderd vertrouwen in de mensheid en overheidsinstellingen, en verrassende electorale ontwikkelingen worden toegeschreven aan de bankencrisis.⁹ De bankenindustrie is ook essentieel voor de Europese Unie omdat het daarmee enkele van haar doelstellingen kan waarmaken, zoals verwoord in het Unieverdrag: 'De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.'¹⁰ De ECB houdt dus toezicht op de financiële dienstindustrie waar de interne markt, de Europese economieën en samenlevingen niet zonder mee kunnen leven.

Het waren de dramatische ontwikkelingen van 2007/2008 en de daaropvolgende vijf jaren die leidden tot de centralisering van het Europese banktoezicht en het invoeren van nationale en Europese resolutiemechanismen. In september 2007 ontstond bij de Britse bank Northern Rock een ware 'bank run' nadat de BBC berichtte dat de bank in problemen verkeerde; een 'bank run' was sinds 1866 niet voorgekomen in het VK.¹¹ (Schrijver dezes woonde destijds in Londen en kan zich de lange rijen en de paniek bij de spaarders goed herinneren.) In maart 2008 kreeg de Amerikaanse investeringsbank Bear Stearns een bail-out en werd verkocht aan de bank JP Morgan Chase om een faillissement te voorkomen. Bear Stearns had zichzelf te veel blootgesteld aan 'subprime mortgages' en kwam in liquiditeitsproblemen. Een faillissement zou het financiële systeem ongekende schade hebben berokkend, verklaarde de president van de Federal Reserve Ben Bernanke destijds, en een bail-out was daarom gerechtvaardigd.¹² In september 2008 viel vervolgens Lehman Brothers om, de Amerikaanse zakenbank, en vormde daarmee het grootste faillissement in de Amerikaanse geschiedenis. In interviews ter gelegenheid van het 10-jarige 'jubileum' van de val van Lehman verklaarde een accountant in Londen dat op dat moment niet duidelijk was wat de juridische structuur van de Lehman-groep was, en wat de verplichtingen waren van welke kredietinstellingen binnen de groep.¹³ Ook in Nederland ontstond een bankencrisis waar de Staat der

6. https://en.wikipedia.org/wiki/Occupy_movement.

7. Shin 2013, <https://www.forbes.com/sites/laurashin/2013/07/23/the-occupy-movement-is-launching-a-money-cooperative/#34942de45ff0>.

8. 'Lehman anniversary: the five most surprising consequences', BBC 13 september 2018, <https://www.bbc.com/news/business-45478670> (geraadpleegd op 16 september 2018).

9. Cox 2017, p. 14-16.

10. Art. 3(3) VEU.

11. 'Northern Rock's Bank of England bail-out "should have been secret"', BBC 11 september 2017, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-england-tyne-41172945> (geraadpleegd op 15 september 2018).

12. 'Bernanke defends Bear Stearns bail-out', CBS 3 april 2008, <https://www.cbsnews.com/news/bernanke-defends-bear-stearns-bailout/> (geraadpleegd op 15 september 2018).

13. Tony Lomas van accountantskantoor Price Waterhouse Coopers vertelde aan de BBC: 'Well, we went in on the Sunday morning and started to interact with the various accounting staff there to

Nederlanden in 2008 moest inspringen met de redding van Fortis Nederland/ABN AMRO¹⁴ voor bijna EUR 22 miljard¹⁵; met een deposito-garantie van EUR 1,3 miljard voor Nederlandse rekeninghouders bij de gefailleerde IJslandse bank Landsbanki (IceSave); met kapitaalinjecties van EUR 10 miljard in ING¹⁶, van EUR 3 miljard in verzekeraar AEGON, en van EUR 750 miljoen in SNS Reaal; en ten slotte met een nationalisatie van SNS Reaal in 2013.¹⁷ Ook in België gaf de overheid kapitaalinjecties in KBC Bank, Ethias en Dexia.

De bankencrisis veranderde daarna in een crisis van de euro en van overheidsfinanciën. Het leidde tot de befaamde speech van toenmalige ECB President Mario Draghi in 2012, waarin hij zei dat in de euro ontzettend veel politiek kapitaal was geïnvesteerd, dat deze eenheidsmunt daarom onomkeerbaar is en dat de ECB binnen haar mandaat alles eraan zou doen om de euro te behouden – ‘whatever it takes’. In zijn woorden:

‘But the third point I want to make is in a sense more political. When people talk about the fragility of the euro and the increasing fragility of the euro, and perhaps the crisis of the euro, very often non-euro area member states or leaders, underestimate the amount of political capital that is being invested in the euro. And so we view this, and I do not think we are unbiased observers, we think the euro is irreversible. And it’s not an empty word now, because I preceded saying exactly what actions have been made, are being made to make it irreversible. But there is another message I want to tell you. Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough.’¹⁸

Naast de fragiliteit van de euro (Draghi vergeleek de munt met een hommeltje, een ‘bumblebee’, die volgens de wetten van de natuur niet kan vliegen, maar dat toch met succes doet) kwam de ontwikkeling dat sommige EU-lidstaten rentes moesten betalen op hun staatsschuldpapier van meer dan 7% een onhoudbaar hoge rente. Er bestond financiële fragmentatie: de interbancaire markt haperde, er bestond een risico-aversie ten aanzien van partijen waar banken zaken mee deden (‘counterparty credit risk’), en toezichhouders zagen liever dat banken zich binnen na-

try and establish what the organisational structure was there, what the legal entities were, which legal entities would be in financial difficulty if the parent company filed for bankruptcy. So, it’s a big forensic exercise that day.’ Op vrijdagavond faillieerde Lehman Brothers en Lomas refereert aan de daaropvolgende zondag. Lomas vertelde ook dat de Britse dochtermaatschappij na het voldoen van alle schulden (zo’n 37 miljard pond) en het afronden van het faillissement nog 8 miljard pond in kas had – er was dus sprake van een liquiditeitscrisis, maar solvabel bleek de Britse dochter dus wel. ‘The day Lehman Brothers went under’, BBC News 14 september 2018, <https://www.bbc.com/news/business-45515092> (geraadpleegd op 15 september 2018).

14. <https://www.abnamro.com/nl/newsroom/persberichten/2010/juridische-fusie-abn-amro-bank-en-fortis-bank-nederland-een-feit.html>.
15. Maar volgens de Algemene Rekenkamer is het bijna EUR 28 miljard. Zie: <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/05/26/hoeveel-heeft-abn-amro-de-staat-nou-echt-gekost-a1496362> (geraadpleegd op 21 januari 2019).
16. <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/11/07/staatssteun-ing-volledig-afgelost>.
17. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kredietcrisis/aanpak-kredietcrisis-nederland-financieel-sector/nationalisering-fortis-abn-amro-en-sns-reaal>.
18. Draghi 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

tionale grenzen terugtrokken.¹⁹ Binnen haar mandaat²⁰ van het handhaven van prijsstabiliteit en het ondersteunen van het algemeen economische beleid van de Unie (artikel 127(1) VWEU), lanceerde de ECB programma's voor het opkopen van staatsschuldpapier²¹ op de secundaire markten²², nadat het al eerder leningen aan banken had verstrekt (de 'long term refinancing operations' – LTRO's²³) tegen lage rentes en met staatspapier als onderpand.²⁴ De ECB kocht overigens niet op de primaire markt de staatsschuldpapieren omdat er dan sprake zou zijn geweest van verboden monetaire financiering (artikel 123 VWEU). De opkoopprogramma's werden gerechtvaardigd omdat lidstaten onterecht tegen hoge rentes moesten lenen omdat er angst bestond over de houdbaarheid van de euro en over het uittreden van bepaalde landen uit de Eurozone. Deze angst belemmerde het 'transmissiekanaal van monetair beleid', namelijk het bepalen van de rente door de ECB, en daartoe de ECB wat aan te doen.²⁵ Draghi zei het zo:

'Then there's another dimension to this that has to do with the premia that are being charged on sovereign states borrowings. These premia have to do, as I said, with default, with liquidity, but they also have to do more and more with convertibility, with the risk of convertibility. Now to the extent that these premia do not have to do with factors inherent to my counterparty – they come into our mandate. They come within our remit. To the extent that the size of these sovereign premia hampers the functioning of the monetary policy transmission channel, they come within our mandate. So we have to cope with this financial fragmentation addressing these issues. I think I will stop here; I think my assessment was candid and frank enough. Thank you.'²⁶

Met de opkoopprogramma's en de LTRO's werd geprobeerd om de 'dodelijke omhelzing' van lidstaten en hun eigen banken te doorbreken.²⁷ De bankencrisis leidde immers tot een crisis bij overheden die door bail-outs banken probeerden te redden, zeker wanneer deze relevant voor het financiële systeem waren, of 'too big to fail'. Vervolgens verminderden staatsobligaties (sovereign bonds) in waarde, terwijl nationale banken doorgaans dit nationale papier op hun balans hebben.²⁸ Dit heeft dan als mogelijk gevolg dat het vertrouwen in een bank wegvalt, waarmee overhe-

19. Draghi 2012.

20. Zie de arresten HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler e.a./Deutsche Bundestag*) en HvJ EU 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (*Weiss e.a.*).

21. Het programma van Outright Monetary Transactions werd overigens nooit in werking gesteld.

22. Asset purchase programs, of 'quantitative easing', <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implementation/html/index.en.html>.

23. Draghi 2012 zei daarover in zijn 'whatever it takes/bumblebee speech': 'And then there is a risk aversion factor. Risk aversion has to do with counterparty risk. Now to the extent that I think my counterparty is going to default, I am not going to lend to this counterparty. But it can be because it is short of funding. And I think we took care of that with the two big LTROs where we injected half a trillion of net liquidity into the euro area banks. We took care of that.'

24. <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implementation/omo/html/index.en.html>.

25. https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/key_ecb_interest_rates/html/index.en.html.

26. Draghi 2012.

27. Zie ook: De Gregorio Merino 2016, p. 154-155.

28. In 2013 waren in EU-landen de staatsobligaties voor 68% in handen van de eigen nationale banken; in Griekenland was dit zelfs 99%. Zie De Gregorio Merino 2016, p. 155.

den voor nieuwe bail-out-problemen worden gesteld.²⁹ Deze vicieuze cirkel wordt ook wel – met gevoel voor drama – de ‘doom loop’ genoemd. De European Systemic Risk Board heeft voorstellen gedaan om nationale staatsobligaties om te vormen tot Europese, om deze nationale cirkel te doorbreken.³⁰ Maar bij lidstaten lijkt weinig bereidheid te bestaan om zulke risico’s van staatsobligaties op Europees niveau te delen. De ‘doom loop’ werd nog versterkt doordat nationale toezichthouders de neiging kunnen hebben om ‘nationale kampioenen’ te beschermen in plaats van efficiëntie en stabiliteit na te streven. Dit is door Draghi een ‘fault line’ genoemd van fragmentatie in toezicht en resolutie.³¹

Maar niet alleen de ECB bracht – zoals het destijds werd genoemd – een ‘bazooka’ in stelling met opkoopprogramma’s en LTRO’s. De regeringsleiders van de EU besloten tijdens hun top in de zomer van 2012 om het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) toe te staan om banken direct te kapitaliseren, in plaats van over de boeg van lidstaten. Tot dan toe kon het ESM slechts geld uitlenen aan lidstaten. Maar wanneer een lidstaat (in dit specifieke geval Spanje³²) geld moest lenen bij het ESM om het vervolgens door te lenen aan de eigen banken, dan zou de staatsschuld toenemen. Door de ‘middle man’ te schrappen, namelijk de lidstaat, zou dan geld kunnen worden geleend aan de banken zonder dat de staatsschuld dan toenam. Deze mogelijkheid werd echter wel van een klemmende voorwaarde voorzien: eerst moest er effectief Europees banktoezicht tot stand worden gebracht. In de verklaring van de Eurotop stond het aldus:

‘Wij bevestigen dat de vicieuze cirkel tussen de banken en de overheden absoluut moet worden doorbroken. De Commissie zal binnenkort op basis van artikel 127, lid 6, voorstellen formuleren voor één enkel toezichtmechanisme. Wij vragen de Raad om die voorstellen met spoed, nog voor eind 2012, te behandelen. Wanneer er een doelmatig enkelvoudig toezichtmechanisme, waarbij ook de ECB is betrokken, voor de banken in de eurozone wordt ingevoerd, zou het ESM op grond van een reguliere beslissing de mogelijkheid kunnen hebben banken rechtstreeks te herkapitaliseren.’³³

Met deze verklaring werd volgens De Gregorio Merino aan twee wensen tegemoetgekomen. Enerzijds werd het mogelijk om gezamenlijk in de Unie risico’s te dragen van de banksector, ook om de euro stabiel te houden en te voorkomen dat één land te sterk moet bezuinigen (‘austerity’). Anderzijds diende door goed toezicht ‘moral hazard’ te worden voorkomen, zodat belastingbetalers uit derde (Unie)landen niet zonder meer opdraaien voor de problemen in een ander land.³⁴

29. Boccuzzi 2016, p. 21.

30. ESRB, januari 2018, https://www.esrb.europa.eu/pub/task_force_safe_assets/html/index.en.html (geraadpleegd op 16 september 2018).

31. Draghi 2018b.

32. De Gregorio Merino 2016, p. 156-157.

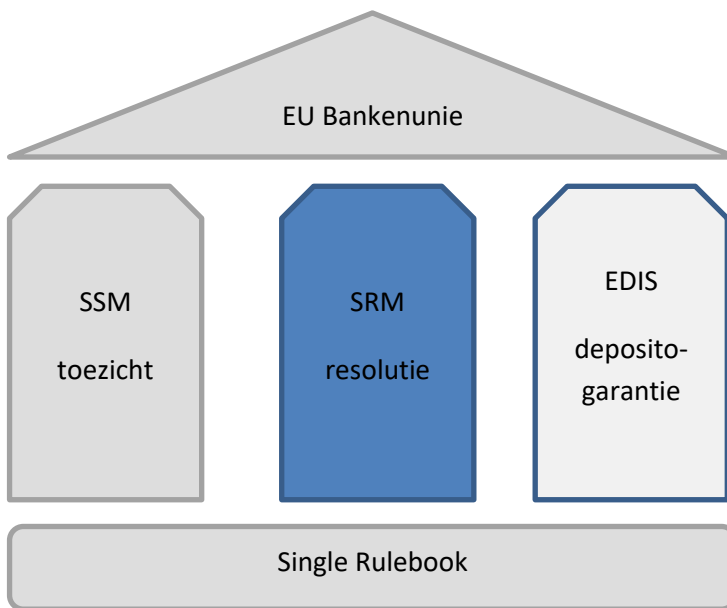
33. Verklaring Eurozone-top, die dezelfde dag werd bevestigd door de Europese Raad: http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-12-7_nl.htm.

34. De Gregorio Merino 2016, p. 157.

Het waren deze dramatische ontwikkelingen in vijf jaar tijd – van 2007 tot 2012 – die leidden tot het instellen van een Bankenunie, het centraliseren van prudentieel toezicht, het invoeren van een Europees resolutiemechanisme, het creëren van ‘bail-ins’ op kosten van aandeelhouders in banken in plaats van ‘bail-outs’ op kosten van de belastingbetaler, en het verplicht opstellen van herstelplannen en resolutieplannen waaruit blijkt wat de structuur is van een bankengroep en hoe deze zich zal wren in een crisis. In de volgende paragraaf zetten we uiteen wat de pijlers zijn van de Bankenunie, omdat het Europees toezicht alleen valt te begrijpen en zin heeft in dit kader.

1.2 Bankenunie: de drie pijlers

In deze paragraaf beschrijven we de drie pijlers van de Bankenunie. Twee daarvan zijn nu al enkele jaren operationeel, maar het depositogarantiestelsel op Europees niveau laat nog op zich wachten, ondanks aansporingen van de ECB. Het fundament van de Bankenunie is eenvormig recht, het ‘Single Rulebook’, waarbij voor kredietinstellingen dezelfde materiële regels gelden die idealiter (dankzij de centralisatie) ook eenvormig worden gehandhaafd. Dit Single Rulebook komt aan bod in hoofdstuk 2.



De Bankenunie werd in de 4-presidenten-rapporten van april en december 2012 een ‘geïntegreerd financieel kader’ genoemd.³⁵ President van de Europese Raad Van Rompuy stelde gezamenlijk met de voorzitters en presidenten van de Europese Commissie (Barroso), de Eurogroep (Juncker) en de ECB (Draghi) een rapport op dat moest leiden tot de voltooiing van de Europese en Monetaire Unie, die bij het

35. 4-Presidenten-rapport (juni 2012), p. 4.

Verdrag van Maastricht was opgericht. De Bankenunie was de eerste bouwsteen (building block) van vier: een geïntegreerd financieel kader, een geïntegreerd begrotingskader, een geïntegreerd economisch beleidskader, en de verzekering van democratische legitimiteit en ‘rekenschap’ (accountability). De Bankenunie zou drie pijlers moeten kennen: het Single Supervisory Mechanism (SSM), het Single Resolution Mechanism (SRM) en het European Deposit Insurance Scheme (EDIS). De Nederlandse termen zijn hiervoor het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme (GTM), het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (GAM) en het Europees Depositoverzekeringstelsel (EDVS). In de praktijk worden echter de Engelse termen gebruikt, en dit boek volgt die praktijk.

1.2.1 Single Supervisory Mechanism – SSM

Deze paragraaf schetst slechts de eerste pijler van de Bankenunie, omdat het volgende hoofdstuk uitgebreider ingaat op het samenwerkingsmechanisme van het SSM. De ECB is sinds 4 november 2014 de banktoezichthouder in de Eurozone.³⁶ Deze taak werd aan de ECB opgedragen in de SSM-Verordening³⁷ die weer werd gestoeld op artikel 127(6) VWEU (over de verdragsgrondslag gaat het volgende hoofdstuk). De toezichttaken van de ECB werden wel beperkt tot de kredietinstellingen die gevestigd zijn in de ‘deelnemende lidstaten’.³⁸ (Het begrip kredietinstelling wordt in par. 2.4 behandeld.) Deelnemende lidstaten zijn alle landen in de Eurozone en de EU-lidstaten die weliswaar de euro niet als munt hebben, maar wel een ‘nauwe samenwerking’ (‘close cooperation’) zijn aangegaan met de ECB voor het banktoezicht.³⁹ Op het moment van schrijven hadden alleen Bulgarije (op 18 juli 2018) en Kroatië (mei 2019) een verzoek ingediend tot een dergelijke nauwe samenwerking.⁴⁰ Na ontvangst van een verzoek tot nauwe samenwerking, voert de ECB eerst een ‘comprehensive assessment’ uit (van een selectie) van de kredietinstellingen in de lidstaat, waarbij een stresstest en ‘asset quality review’ horen.⁴¹ In het geval van Bulgarije zijn zes banken onderworpen aan deze ‘assessment’, die ongeveer een jaar duurde.⁴² De ‘assessment’ van vijf Kroatische banken moet in mei 2020 klaar zijn.

Het is opmerkelijk dat de SSM-Verordening in werking wordt beperkt tot een deel van de EU. Het idee van een verordening is dat deze een algemene strekking heeft en in elke lidstaat van toepassing is, terwijl een richtlijn zich tot slechts één, enkele of alle lidstaten kan richten (bijvoorbeeld landbouwrichtlijnen richten zich nog wel eens tot slechts enkele lidstaten).⁴³ Maar deze constructie doet recht aan de

36. Uitgebreid: Bovenschen e.a. 2013.

37. Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van de Raad.

38. Art. 4(1) SSM-Vo.

39. Art. 2(1) en 7 SSM-Vo.

40. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ssm.pr181112.en.html>. En: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ssm.pr190807~7d4af2bef0.en.html>.

41. Zie voor de procedure het ‘Close cooperation besluit’, Besluit ECB/2014/5.

42. Art. 2(b) SSM-Vo. En: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ssm.pr190726~1b474e3467.en.html>.

43. Vgl. art. 288 VWEU.

werkelijkheid van de ECB, die primair centrale bank is van de Eurozone⁴⁴ en nu ook toezichthouder in de Eurozone. En het lijkt enigszins op een vorm van nauwere samenwerking van lidstaten die ‘sneller’ willen gaan bij de integratie van de Unie.⁴⁵ Dit boek gaat er voorsnog van uit dat alleen Eurozonelanden deelnemen aan het SSM, maar de lezer zij er zich van bewust dat vanaf 2020 mogelijk ook andere EU-landen, die de euro niet als munt hebben, deel kunnen nemen in het SSM.

De SSM-Verordening geeft in artikel 1(1) aan wat de doelstelling is van het SSM, en waarom de ECB haar toezichtstaak kreeg opgedragen:

‘(...) om bij te dragen aan de veiligheid en soliditeit van kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel in de Unie en in elke Lidstaat, daarbij ten volle rekening houdend en zorg dragend voor de eenheid en de integriteit van de interne markt, die op gelijke behandeling van kredietinstellingen berust teneinde regelgevingsarbitrage te voorkomen.’

Dit is in een notendop het doel van het SSM: solide banken, een stabiel financieel stelsel en een ‘level playing field’, een gelijk speelveld voor de banken.

Het Hof van Justitie heeft in een arrest van oktober 2019 deze doelstellingen onderschreven.

HvJ EU 2 oktober 2019, gevoegde zaken C-152/18 P en C-153/18 P (*Crédit Mutuel Arkéa/ECB*)⁴⁶

‘r.o. 54: In dit verband zij opgemerkt dat artikel 127 VWEU is opgenomen in hoofdstuk 2, “Monetair beleid”, van titel VIII van het derde deel van het VWEU en dat in dit artikel de doelstellingen en fundamentele taken van het Europees Stelsel van centrale banken (ESCB) en de ECB zijn vastgelegd.

r.o. 55: Zoals de advocaat-generaal in de punten 55 en 56 van zijn conclusie heeft aangegeven, strekt de uitoefening van de in artikel 127, lid 6, VWEU bedoelde taken van prudentieel toezicht op banken ertoe de veiligheid en soliditeit van kredietinstellingen te garanderen, met name de veiligheid en soliditeit van grote kredietinstellingen en bankgroepen, om de stabiliteit van het financiële stelsel van de Unie in zijn geheel te waarborgen.

r.o. 56: Voorts is het nastreven van deze doelstellingen uitdrukkelijk vermeld in de overwegingen 16, 26, 30 en 65 van verordening nr. 1024/2013 [= SSM-Verordening] en in artikel 1, eerste alinea, van deze verordening.’

44. Het aandelenkapitaal van de ECB wordt wel door alle EU-landen gehouden en de ECB heeft een derde besluitvormend orgaan, de Algemene Raad, waarin alle EU-landen zijn vertegenwoordigd. Maar de Unie is slechts exclusief bevoegd voor het monetaire beleid van de Eurozonelanden, terwijl de andere EU-landen hun bevoegdheid behouden op monetair gebied: art. 3(1)(c); 127(2); 141(1) en 282(4) VWEU.

45. Zie art. 20 VEU.

46. ECLI:EU:C:2019:810.

De ECB is weliswaar *exclusief bevoegd* voor bepaalde toezichtstaken omdat artikel 127(6) VWEU (in samenhang met artikel 4(1) SSM-Verordening) dat zo bepaalt, maar de *verantwoordelijkheid voor de uitoefening* van deze specifieke toezichtstaken wordt gedeeld met de nationale competente autoriteiten, de NCA's. De woorden zijn precies gekozen en volgens het EU Hof van Justitie (in navolging van het Gerecht in de *L-Bank*-zaak) en de Commissie is zo gedecentraliseerd toezicht ontstaan in het SSM.⁴⁷ De ECB is verantwoordelijk voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van het SSM.⁴⁸ De toezichtstaken die aan de ECB werden opgedragen, staan opgesomd in artikel 4 SSM-Verordening en komen grofweg overeen met de bepalingen in de CRD-IV/CRD-V en CRR/CRR-II (zie hierover par. 4.2). Aan de hand van het zogenoemde significantiecriteria (zie hierover par. 2.3) is de *verantwoordelijkheid voor de uitoefening* van de toezichtstaken verdeeld tussen de ECB voor significante banken (SI's) en de NCA's voor minder significante banken (LSI's). De ECB heeft daarnaast een overzichtsrol⁴⁹ en is zo de spil van het SSM (zie par. 2.2), terwijl de NCA's de ECB ondersteunen in haar toezichtstaken.⁵⁰ Het zou onjuist zijn om de ECB los te zien van de NCA's; de ECB opereert voor haar toezicht namelijk via een nieuw ingestelde 'Supervisory Board', waarin vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders zitten (zie par. 3.2). De NCA's zijn zo betrokken bij alle toezichtbesluiten, ook die voor de SI's. Daar komt bij dat de NCA's deelnemen aan de joint supervisory teams (JST's) die toezicht houden op de SI's (zie hierover par. 4.5). Het SSM heeft zo een gelaagde vorm van toezicht houden gecreëerd⁵¹, waarin Europese en nationale toezichthouders nauw samenwerken en op die manier kunnen komen tot een eenvormige cultuur in toezicht.

Drie jaar na het instellen van het Europese banktoezicht heeft de Europese Commissie een evaluatierapport opgesteld, vereist op grond van artikel 32(1) SSM-Verordening (en eigenlijk twee jaar te laat). De Commissie was positief gestemd, al blijven er gebieden voor verbetering vatbaar. Zij schreef:

'The first Pillar of the Banking Union has now been fully implemented and is functional, with clear benefits in terms of level playing field and confidence emerging from the integrated supervision of credit institutions.'⁵²

1.2.2 Single Resolution Mechanism – SRM

De tweede pijler van de Bankenuie is het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (GAM), dat in dit boek met de gangbare verengelde afkorting wordt aange-

47. HvJ EU 8 mei 2019, C-450/17 P, ECLI:EU:C:2019:372 (*Landesbank Baden-Württemberg – Förderbank/Europese Centrale Bank*) (*L-Bank*-zaak), r.o. 38, 41, 49; Arrest van het Gerecht EU 16 mei 2017, T-122/15, ECLI:EU:T:2017:337 (*L-Bank*-zaak), par. 54 e.v.; Europese Commissie, SSM-rapport 2017, p. 7.

48. Art. 6(1) SSM-Verordening.

49. Art. 6(1) en 6(5)(c) SSM-Verordening.

50. Art. 6(3) SSM-Verordening.

51. Hetgeen ik ook betoogde bij de jaarvergadering van de Nederlandse vereniging voor financieel recht, 5 september 2019, gehouden bij De Nederlandsche Bank (Amsterdam).

52. Europese Commissie, SSM-rapport 2017, p. 3.

duid: SRM.⁵³ In plaats van ‘afwikkeling’ spreekt dit boek van ‘resolutie’. (‘Afwikkeling’ is namelijk een woord dat ook wordt gebruikt bij faillissement, en dat kan tot verwarring leiden.) Met het resolutierecht is een combinatie van faillissements- en onteigeningsrecht ingevoerd om de afwikkeling en eventuele gedeeltelijke doorstart van grote, complexe, grensoverschrijdende banken die niet meer levensvatbaar zijn, mogelijk te maken.⁵⁴ Resolutie moet daarmee voorkomen dat banken ‘too big to fail’ zijn waardoor overheden, en dus de belastingbetaler, voor financiële problemen moeten opdraaien via een ‘bail-out’. Daarbij moeten de kritische functies van een bank zo snel mogelijk veilig worden gesteld om de nadelige gevolgen voor de samenleving van een falende bank zoveel mogelijk te beperken.⁵⁵ Dit is ook de reden waarom gewoon faillissementsrecht mogelijk niet voldoet; daar dient een curator namelijk primair de private belangen van de schuldeisers te dienen, terwijl bij resolutie primair het publieke belang van de samenleving als geheel wordt gediend door de kritische functies van de bank te continueren.⁵⁶ Voorts moet besmetting van andere banken en het financiële systeem worden voorkomen en spaarders, beleggers en klanten van de bank worden beschermd.

Het materiële resolutierecht werd voor alle lidstaten vastgelegd in de richtlijn voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen, de BRRD (bank recovery and resolution directive). Daarnaast werd een SRM-Verordening aangenomen die alleen binnen de Eurozone wordt toegepast.⁵⁷ En er werd een intergouvernementele overeenkomst gesloten tussen de lidstaten om het resolutiefonds (Single Resolution Fund) mogelijk te maken. Hiermee werd binnen de verdragsgrenzen met juridische creativiteit een nieuw systeem gecreëerd. De twee rechtsinstrumenten vinden hun verdragsgrondslag in artikel 114 VWEU, dat ziet op de interne markt, omdat te langzaam handelen bij een falende bank gevolgen kan hebben voor het gehele financiële systeem van de Unie. De overeenkomst werd gesloten omdat volgens Duitsland de heffingen voor het Fonds een vorm van belastingbetaling zijn, waarin de Europese verdragen niet voorzien.⁵⁸

In de BRRD wordt voorgeschreven dat banken herstelplannen moeten opstellen en voorleggen aan hun toezichthouders, waaruit blijkt welke maatregelen een bank zal nemen om haar financiële positie te herstellen wanneer deze aanzienlijk is verslechterd.⁵⁹ Daarnaast krijgen toezichthouders instrumenten voor ‘vroegtijdige interventie’ wanneer de financiële situatie van een bank verslechtert.⁶⁰ Voorts worden de doelstellingen en instrumenten van resolutie vastgelegd, en worden regels gegeven over het opstellen van resolutieplannen door de nationale resolutieautoriteit.⁶¹ Kort na het aannemen van de BRRD werd voor de lidstaten in de

53. Zie uitgebreid: Ter Kuile 2015a.

54. Bretton Woods II-verklaring 2008, p. 6; 4-Presidenten-rapport (juni 2012), p. 5.

55. Overweging 4 BRRD.

56. Art. 10(3) en 14(2) SRM-Verordening.

57. Art. 2 SRM-Verordening.

58. *Kamerstukken II* 2013/14, 33732, 3, p. 15.

59. Art. 5 BRRD.

60. Art. 27 BRRD.

61. Art. 10 en 31 BRRD.

Eurozone de SRM-Verordening aangenomen.⁶² Materieel gezien kent de SRM-Verordening dezelfde resolutie-bepalingen als de BRRD, en de verordening verwijst ook expliciet naar de richtlijn. De resolutie-instrumenten uit de verordening moeten worden toegepast overeenkomstig de bepalingen van de BRRD.⁶³ Sterker nog: wordt de BRRD gewijzigd, dan gebeurt dat ook voor de SRM-Verordening.⁶⁴ Maar institutioneel werd het ‘resolutie-toezicht’ naar het Europese niveau gebracht door het instellen van het ‘single resolution mechanism’ en het oprichten van een agentschap van de Commissie, de Single Resolution Board (de Afwikkelingsraad, in de officiële Nederlandse benaming).⁶⁵ Dit mechanisme werkt in wezen hetzelfde als het mechanisme voor het SSM: de SRB wordt ondersteund en werkt samen met de nationale resolutie-autoriteiten (NRA’s). De SRB is verantwoordelijk voor de significante instellingen (SI’s) en de NRA’s voor de minder significante instellingen (LSI’s).⁶⁶ De SRB kent een plenaire vergadering, waarin vertegenwoordigers van de nationale resolutie-autoriteiten van de Eurozone deelnemen tezamen met vier permanente SRB-leden; hiermee lijkt de plenaire vergadering op de Supervisory Board van de ECB (zie par. 3.2). Voorts kent de SRB een kleinere bestuursvergadering, waarin de SRB-leden met de relevante NRA-leden resolutiebesluiten nemen. De SRB werd ook eigenaar en beheerder van het resolutiefonds dat wordt volgestort door de instellingen die onder de SRM-Verordening vallen.

Een sleutelbegrip bij resolutie is de vaststelling dat een bank ‘faalt of waarschijnlijk zal falen’; in het Engels: *failing or likely to fail*, of ‘FOLTF’. In de praktijk wordt de FOLTF-vaststelling voor significante instellingen (SI’s) door de ECB verricht, terwijl de NCA’s een dergelijke vaststelling doen voor minder significante instellingen (LSI’s). (Een letterlijke lezing van artikel 18(1) SSM-Verordening suggereert dat de ECB zowel voor SI’s als LSI’s de FOLTF-vaststelling doet, maar in de systematiek van SSM en SRM ligt het meer voor de hand dat de daadwerkelijke, of liever directe, toezichthouder deze vaststelling doet omdat deze volledig op de hoogte is van het reilen en zeilen van de bewuste bank. De ECB en Commissie betrokken ook deze stelling, maar een verduidelijking van de SRM-Verordening zou toch wenselijk zijn.⁶⁷) De SRB bepaalt vervolgens of alternatieve maatregelen van de particuliere sector op korte termijn het dreigende falen kunnen voorkomen. En zo nee, of een resolutiemaatregel in het publieke belang is.⁶⁸ Opmerking verdient dat de FOLTF-assessment niet een zelfstandig toezichtbesluit is dat kan worden aangevochten, maar slechts een voorbereidende stap voor het resolutiebesluit dat de SRB neemt; dit laatste besluit kan wel worden aangevochten, en daarmee indirect de FOLTF-assessment.⁶⁹

62. Er zat twee maanden tussen het aannemen van beide rechtsinstrumenten. Overigens ziet een verordening doorgaans op alle lidstaten, terwijl richtlijnen juist tot een of meer lidstaten kunnen worden beperkt; art. 288 VWEU.

63. Art. 23 SRM-Verordening.

64. Art. 12(18) SRM-Verordening.

65. Art. 1 SRM-Verordening.

66. Helaas is de reikwijdte van het SSM en de SRM niet geheel hetzelfde en is de SRB ook verantwoordelijk voor andere grensoverschrijdende groepen. Zie art. 7(2) en (3) SRM-Verordening.

67. Zie ook: Capolino 2019, p. 255.

68. Art. 18 SRM-Verordening.

69. Vgl. HvJ EG 11 november 1981, 60/81, ECLI:EU:C:1981:264 (IBM/Commissie).