

Rechtsbescherming bij toezicht onder het SSM

mr. S.M.C. Nuijten*

1. Inleiding

Op 29 juni 2012 werd tijdens de Eurozone-top overeenstemming bereikt over de wenselijkheid van een 'single supervisory mechanism' (hierna: SSM). Nog geen drie maanden later stelde de Commissie voor een deel van de toezichttaken van de nationale banktoezichthouders aan de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) toe te delen¹ en nauwelijks twee jaar later, op 4 november 2014, is de voorgestelde overdracht ten aanzien van significante banken een feit. Verordening 1024/2013 (hierna: Verordening)² draagt het prudentieel toezicht op banken van de Eurozone (en op vrijwillige basis andere lidstaten) op aan de ECB. De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) vormt samen met de ECB en de overige nationale toezichthouders het SSM en is gehouden tot samenwerking met en bijstandverlening aan de ECB.

De Verordening bevat diverse bepalingen ter bescherming van de rechten van natuurlijke en rechtspersonen tegen het optreden van de ECB. In overweging 60 van de Verordening wordt verwezen naar art. 263 VWEU dat bepaalt dat het Hof van Justitie zich dient uit te spreken over de wettigheid van handelingen van onder meer de ECB, die bedoeld zijn om rechtsgevolgen tegenover derden te creëren. In aanvulling daarop bepaalt overweging 64 van de Verordening:

'De ECB moet natuurlijke en rechtspersonen de mogelijkheid bieden een toetsing te vragen van besluiten die zij op grond van de bij deze verordening aan haar verleende bevoegdheden heeft genomen en die tot hen zijn gericht of die hen rechtstreeks en individueel raken. De toetsing moet betrekking hebben op de procedurele en materiële conformiteit van die besluiten met deze verordening, met inachtneming van de discretionaire bevoegdheid van de ECB om te beslissen over het nut van die besluiten. Daartoe, en om redenen van proceseconomie, dient de ECB een administratieve raad voor toetsing in te stellen die een dergelijke interne toetsing uitvoert.'

Conform dit uitgangspunt krijgt de ECB in art. 24 Verordening de opdracht een administratieve raad voor procedurele en materiële toetsing op te richten die, op verzoek van een betrokkene, een interne administratieve toetsing verricht van besluiten van de ECB op grond van de Verordening. Diverse bepalingen ter zake van rechtsbescherming zijn verder uitgewerkt in Verordening 468/2014 van de ECB (hierna: Kaderverordening)³.

Is daarmee helder tegen welke handelingen betrokkenen worden beschermd en op welke wijze? Mijns inziens niet⁴, vooral vanwege enerzijds de samenloop van en anderzijds de aansluitingsproblemen tussen nationale en Europese bepalingen. In dit artikel zal worden verkend op welke wijze rechtsbescherming wordt geboden tegen toezichts- en hand-

havingshandelingen onder het SSM. Daartoe worden eerst de algemene uitgangspunten besproken. Die algemene bespreking wordt vervolgens toegepast op enkele van de belangrijkste activiteiten van de toezichthouder. Het strekt te ver om de rechtsbescherming tegen alle afzonderlijke (rechts)handelingen onder het SSM te bespreken. Het algemene kader is bedoeld om conclusies over de rechtsbescherming ten aanzien van die andere handelingen te kunnen trekken.

De handelingen of besluiten kunnen worden verricht door de ECB of de nationale toezichthouder (hierna: NTA) en zowel de ECB als de NTA kan handelen ter uitvoering van Europees recht of nationaal recht. De Verordening introduceert voorts de mogelijkheid dat de ECB de NTA een instructie geeft. In een tabel kan dit als volgt worden weergegeven:

	ECB	DNB	DNB in opdracht ECB
Bevoegdheid Verordening	A	B	C
Nationale bevoegdheid obv richtlijn	D	E	F
Nationale bevoegdheid	G	H	I

Bij de bespreking wordt duidelijk dat op veel punten niet zeker is wie op welke wijze rechtsbescherming zal bieden. Voor de praktijk is het van groot belang dat die zekerheid zo spoedig mogelijk wordt geboden door een nadere toelichting van de betrokken bestuursorganen of, als die daartoe niet bereid zijn, door een rechter.

* Saskia Nuijten is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. COM(2012)511 final en COM(2012)512 final, 12 september 2012.
2. In werking getreden op 4 november 2013.
3. *Pb L* 144 van 14.5.2014, p. 1.
4. Zie bijvoorbeeld ook N.B. Spoor en B.M.H. Fleuren, 'De Bankenuie - rechtsbescherming bij het Single Supervisory Mechanism', *FR* 2013, nr. 7/8, p. 233 e.v.; W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissink, 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven', *NiEr* 2013, nr. 10, p. 364 e.v.; B. Bierens, 'De Bankenuie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht', *OR* 2014/59.

2. Algemene uitgangspunten rechtsbescherming

De rechtsbescherming tegen handelingen van bestuursorganen bestaat uit twee delen: de procedurele waarborgen die erop zijn gericht vooraf zeker te stellen dat de belangen van betrokken personen in de besluitvorming worden betrokken en de rechtsbescherming achteraf die ervoor zorgt dat een eenmaal tot stand gekomen besluit of handeling ter toetsing kan worden voorgelegd.

2.1 Algemene waarborgen bij handelen DNB

De waarborgen die DNB binden bij haar handelen, zijn in de wet opgenomen of volgen uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo moet DNB besluiten zorgvuldig voorbereiden en uitvoeren, alle relevante kennis over feiten en belangen vergaren, de rechtstreeks betrokken belangen bij het besluit betrekken en een evenredig besluit nemen en besluiten kenbaar motiveren. DNB mag een bevoegdheid niet gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven en niet handelen in strijd met het verbod van willekeur of het gelijkheidsbeginsel.

DNB is meestal gehouden belanghebbenden vooraf in staat te stellen een zienswijze te geven tegen een voorgenomen besluit.⁵ Voorts kan een ieder zich in alle verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.⁶ Indien sprake is van een boeteprocedure, heeft de betrokkene het recht het dossier in te zien en kopieën te maken.⁷ In andere gevallen is inzage in het eigen dossier vaak niet mogelijk omdat DNB van de werking van de Wet openbaarheid van bestuur is uitgesloten. Voor zover het gaat om persoonsgegevens kan een verzoek tot inzage worden gebaseerd op de Wet bescherming persoonsgegevens.⁸

2.2 Algemene waarborgen bij handelen ECB

De Verordening en de Kaderverordening geven een aantal procedurele waarborgen bij handelingen van de ECB. Die waarborgen worden geboden aan 'partijen'. Als partij worden aangemerkt de aanvrager en degene tot wie een ECB-besluit is gericht of gericht zal worden. Derdebelanghebbenden of NTA's hebben deze waarborgen aldus niet.

Art. 22 Verordening bepaalt dat de ECB in beginsel een zienswijzemoogelijkheid moet bieden aan personen tegen wie procedures zijn gericht alvorens besluiten inzake toezicht te nemen. Die hoorplicht is beperkter dan de Awb-hoorplicht, nu deze niet geldt voor alle belanghebbenden. Op grond van de Kaderverordening mag een partij zich in een toezichtprocedure laten vertegenwoordigen. Voorts hebben partijen bij een toezichtprocedure toegang tot het ECB-toezichtdossier met uitzondering van vertrouwelijke informatie en met uitzondering van bedrijfsvertrouwelijke informatie van anderen. Onder toezichtprocedure wordt verstaan iedere ECB-activiteit die is gericht op het voorbereiden van de afgifte van een toezichtbesluit en het voorbereiden van sanctiebesluiten. Daarmee is het recht op vertegenwoordiging beperkter dan in Nederland, maar is het recht op inzage in het eigen dossier ruimer. ECB-toezichtbesluiten moeten op grond van art. 33 Kaderverordening worden gemotiveerd. Art. 37 Kaderverordening bepaalt expliciet dat meldingen van vermeende schendingen vertrouwelijk worden behandeld. Een dergelijke bepaling kent de Awb of de Wft niet.

Voor administratieve geldelijke sancties als bedoeld in art. 18, eerste lid, Verordening en boetes op grond van art. 18, zevende lid, Verordening, is nog een extra waarborg gecre-

eerd door de verplichte oprichting van een onafhankelijke onderzoekseenheid.⁹ De ECB moet een zaak - onder meer - naar deze eenheid verwijzen indien wordt vermoed dat een belangrijke onder toezicht staande entiteit een verordening of besluit van de ECB schendt. De eenheid doet onderzoek en bereidt een voorstel voor een volledig ontwerpbesluit voor de RvT voor en overlegt dit met een onderzoeksdossier.

2.3 Rechtsbescherming tegen handelingen ECB en DNB op grond van Nederlands recht

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming staat in Nederland pas open indien sprake is van een besluit als bedoeld in art. 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb): een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Uit deze definitie volgt een aantal eisen: (i) de beslissing moet op papier staan; (ii) de beslissing moet zijn genomen door een bestuursorgaan; (iii) de beslissing moet een rechtshandeling zijn en derhalve gericht zijn op rechtsgevolg; en (iv) die rechtshandeling moet gebaseerd zijn op publiekrecht. De schriftelijkheidseis (i) is meestal geen probleem. De vraag of sprake is van een bestuursorgaan (ii) blijkt in de praktijk vaak lastiger. De Awb kent (art. 1:1 Awb) twee soorten bestuursorganen: (a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, zoals de raad of het college van Burgemeester & Wethouders van een gemeente; (b) een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. DNB valt onder de tweede groep (vaak aangeduid als 'b-orgaan') omdat DNB een Naamloze Venootschap is en daarmee een rechtspersoon krachtens privaatrecht.¹⁰ DNB is dan ook slechts een bestuursorgaan voor zover zij handelt ter uitvoering van een wettelijke bevoegdheid of taak. De ECB is krachtens publiekrecht ingesteld. De ECB is op 1 juni 1998 opgericht en wordt voor het eerst als een instelling van de EU genoemd in art. 13, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Op grond van art. 282, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) bezit de ECB rechtspersoonlijkheid. Is de ECB dan bestuursorgaan als bedoeld sub a (een 'a-orgaan')? Dat was nadrukkelijk niet de bedoeling van de Nederlandse wetgever. In de Memorie van Toelichting bij de Eerste Tranche van de Awb¹¹ staat:

'Volledigheidshalve wordt hier nog opgemerkt dat het bereik van de Awb zich niet uitstrekt — en zich ook niet kan uitstrekken — tot colleges die bij of krachtens verdrag zijn ingesteld en zijn bekleed met openbaar gezag dat zij (mede) binnen Nederland uitoefenen (met name de organen van de Europese Gemeenschappen die krachtens communautair recht besluiten ne-

5. Art. 4:7 en 4:8 Awb en voor bestuurlijke boetes art. 5:50 en 5:53 Awb.
6. Art. 2:1 Awb.
7. Art. 5:49 Awb.
8. Voor zover het gaat om persoonsgegevens kan een verzoek tot inzage worden gebaseerd op art. 35 van de Wet bescherming persoonsgegevens.
9. Art. 123 Kaderverordening.
10. ABRvS 26 oktober 2005, *LJN* AU4987.
11. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 29. De Awb is in - tot nu toe - vier tranches ingevoerd.

men die direct hier te lande gelden). De hiërarchische verhouding tussen supranationaal en nationaal recht staat er immers aan in de weg dat de Nederlandse wetgever voorschriften vaststelt voor de uitoefening van bevoegdheden door organen die zijn ingesteld in internationale regelingen.'

Bij uitoefening van Europeesrechtelijke bevoegdheden die direct aan de ECB zijn toegekend, zal de ECB aldus niet onder het Nederlandse bestuursrecht vallen.

De laatste twee eisen van het besluit-begrip zien op de aard van de verrichte handeling. Voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming moet het gaan om een rechtshandeling (iii) naar publiekrecht (iv). Feitelijke handelingen, zoals het doen van een mededeling of het vragen van inlichtingen, kunnen daardoor niet worden beoordeeld door de bestuursrechter. Dat geldt ook voor rechtshandelingen naar privaatrecht, zoals het oprichten van een rechtspersoon of het sluiten van een koopovereenkomst.

De vraag of sprake is van een rechtshandeling naar publiekrecht is niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Zo is een advies is geen besluit¹², tenzij bijvoorbeeld het advies een noodzakelijke voorwaarde is voor handelen van een burger.¹³ Dat is anders als dat advies een vaststelling inhoudt die andere organen bindt bij de aanwending van hun bevoegdheden.¹⁴ In een uitspraak van 20 juli 2011¹⁵ heeft de bestuursrechter een bindend advies op grond van de Leerplichtwet 1969 aangemerkt als appellabel omdat Burgemeester en Wethouders verplicht zijn zo'n advies te volgen. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming houdt in dat bij besluiten met negatieve effecten meestal vooraf een zienswijze gevraagd zal moeten worden aan de betrokken belanghebbenden. Indien - ondanks de zienswijze - het besluit tot stand komt, kan daartegen binnen zes weken bezwaar worden gemaakt en vervolgens beroep en hoger beroep¹⁶ worden ingesteld. Het bezwaar en beroep hebben geen schorsende werking, maar indien nodig kan een voorlopige voorziening worden gevraagd, die zou kunnen inhouden dat het besluit gedurende de procedure wordt geschorst. Een procedure met bezwaar, beroep en hoger beroep blijkt in de praktijk al snel een jaar of drie te duren.

Indien niet aan alle hiervoor besproken vier eisen wordt voldaan, staat in beginsel geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. In dat geval kan de burgerlijke rechter als restrechter uitkomst bieden. Deze kan over andere handelingen oordelen, in kort geding en/of in een bodemprocedure. Zo zal de rechtmatigheid van een inlichtingenvordering of inzagevordering bijvoorbeeld in kort geding aan de orde gesteld kunnen worden. In de praktijk blijkt echter dat de burgerlijke rechter meestal met terughoudendheid toetst en een vordering veelal pas toewijst als buiten redelijke twijfel staat dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁷

Op grond van dit overzicht blijkt dat de handelingen van DNB uit de categorieën E en H van de tabel door de Nederlandse bestuursrechter beoordeeld kunnen worden als het besluiten zijn in de zin van de Awb en door de Nederlandse burgerlijke rechter als dat niet het geval is. Handelingen van de ECB uit categorie A vallen in geen geval onder het Nederlandse bestuursrecht. Over handelingen uit categorieën D en G heeft de wetgever geen expliciete opmerkingen gemaakt. Van belang is echter dat in het SSM bij Verordening aan de ECB de bevoegdheid wordt gegeven de nationaalrechtelijke bevoegdheden te gebruiken. De be-

voegdheidstoedeling ligt daarmee in de Verordening, zodat feitelijk sprake is van categorie A. Om die reden zal daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan. Handelingen van DNB op instructie van de ECB (C, F en I) worden getoetst door de Nederlandse bestuursrechter indien ze als besluiten worden aangemerkt en door de Nederlandse burgerlijke rechter indien dat niet het geval is. Dat is slechts anders als de instructie geen enkele discretionaire bevoegdheid meer over laat voor de nationale toezichthouder. In dat geval is namelijk de Europese rechter bevoegd.¹⁸ De instructie van de ECB zou onder omstandigheden geacht kunnen worden op rechtsgevolg te zijn gericht, maar valt ook dan niet onder de bescherming van de Nederlandse bestuursrechter omdat het een handeling uit categorie A is.

2.4 Rechtsbescherming bij handelingen DNB op grond van Verordening

Het vorenstaande beantwoordt nog niet de vraag naar rechtsbescherming indien een Nederlands bestuursorgaan handelt ter uitvoering van bij Verordening opgedragen taken en bevoegdheden. Daarover bestaan wel diverse uitspraken die zien op (onterecht uitgekeerde) subsidies uit het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF)¹⁹ en waarin is gewezen op de parlementaire geschiedenis van de Awb²⁰ waarin is vermeld dat een beslissing op basis van een verordening een besluit in de zin van de Awb kan vormen: wanneer een Nederlands bestuursorgaan subsidie verstrekt op grond van een Europese verordening 'is voldaan aan het vereiste van een grondslag in een wettelijk voorschrift, nu aan een verordening evenzeer rechtstreeks bindende werking binnen de nationale rechtsorde toekomt als aan een nationaal wettelijk voorschrift'. Uit deze passage is af te leiden dat de publiekrechtelijke bevoegdheden die nationale organen uitoefenen rechtstreeks kunnen voortvloeien uit geschreven Europees recht.

De interpretatie van die bevoegdheden kan verstrekkend zijn, zoals bleek bij de ESF-subsidies. Hoewel in de toepasselijke verordening geen bevoegdheid aan Nederland was toegekend om onterecht uitgekeerde subsidies terug te vorderen en Nederlands recht geen basis bood voor terugvordering, heeft de bestuursrechter geoordeeld dat de terug-

12. Zie bijv. ABRvS 12 januari 2004, AB 2004, 61.

13. Zie bijv. CRvB 19 december 2000, JB 2001, 39.

14. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 120 en verder en met name p. 129; ABRvS 27 oktober 2004, JB 2004, 392.

15. ABRvS 20 juli 2011, LJV BR2291. In Vz Rb Utrecht 30 september 2008 (LJV BF3819) was reeds een zelfde oordeel gegeven over de typering van het bindend advies op grond van de Leerplichtwet.

16. Bij besluiten op grond van de Wft is dat meestal beroep bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

17. Zie bijv. Vz Rechter Rb Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199.

18. HvJ 5 mei 1998, Dreyfus/Commissie, C-386/96 P, *Jurispr.* p. I-2309 en Gerecht van Eerste Aanleg 6 mei 2003, Zaak T-45/02. DOW Agrosociences/Parlement en Raad.

19. Bijvoorbeeld CBB 28 augustus 2008, AB 2008, 344, m.nt. R. Ortlep.

20. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 41.

vorderingsbevoegdheid besloten lag in de aan de lidstaten toebedeelde taak in de verordening.²¹

Uit het voorgaande blijkt dat ook handelingen van DNB uit categorie B van de tabel door de Nederlandse rechter beoordeeld kunnen worden. Nu de Verordening niet is genoemd in de bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak²², zal in beginsel de woonplaats van degene die beroep instelt bepalend zijn voor het bepalen van de bevoegde rechtbank²³ en zal hoger beroep moeten worden ingesteld bij de ABRvS.²⁴

2.5 Rechtsbescherming tegen handelingen ECB bij het Hof van Justitie

Op grond van art. 263 VWEU kunnen handelingen van de ECB die rechtsgevolgen beogen door de Unierechter op wettigheid worden beoordeeld. Wanneer een handeling rechtsgevolgen beoogt is niet altijd eenvoudig te duiden. Zo was een door de Commissie gedaan inlichtingenverzoek niet vatbaar voor beroep en een beschikking waarbij inlichtingen werden gevraagd wel. Het relevante verschil was gelegen in de verplichting medewerking te verlenen.²⁵

Een beroep tot nietigverklaring op basis van art. 263 VWEU kan zowel door een lidstaat als door een belanghebbende particulier worden ingesteld. Gaat het om het nalaten van een handeling, dan biedt art. 265 VWEU lidstaten en belanghebbende particulieren de mogelijkheid te laten vaststellen dat dat nalaten in strijd is met de verdragen. Op grond van de art. 278 en 279 VWEU kan hangende het beroep in de hoofdzaak verzocht worden om voorlopige maatregelen. Komt de onrechtmatigheid van de handeling van de ECB vast te staan, dan bieden de art. 268 en 340, derde lid, VWEU de basis om te laten oordelen over geschillen inzake de daardoor veroorzaakte schade.

Voor elk van deze procedures bepaalt art. 256 VWEU de bevoegde Unierechter: het Gerecht²⁶ is bevoegd van deze geschillen kennis te nemen indien deze worden aangespannen door een particulier. Blijkens art. 51 van het Statuut van het Hof van Justitie (hierna: Statuut) is het Gerecht voorts bevoegd kennis te nemen van deze geschillen indien deze door een lidstaat worden aangespannen.²⁷ Tegen de beslissingen van het Gerecht kan een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening worden ingesteld bij het Hof van Justitie. Wordt het beroep bij de verkeerde instantie ingesteld, dan zal deze instantie beslissen dat de andere instantie bevoegd is en moet de zaak worden verwezen.²⁸ Een normale procedure bij één instantie duurt gemiddeld anderhalf tot twee jaar. Op verzoek kan - indien de zaak daarvoor geschikt is - gekozen worden voor een versnelde procedure.²⁹ Als het gaat om handelingen van de lidstaten, bieden art. 258 en 259 VWEU de mogelijkheid aan de Commissie of een lidstaat om te laten vaststellen dat een (andere) lidstaat zijn verplichtingen uit het Unierecht niet is nagekomen. Deze procedure is exclusief aan het Hof toebedeeld en kan derhalve niet (eerst) aan het Gerecht worden voorgelegd.

De Unierechter is bij de toetsing op een aantal wijzen beperkt. Zo kan hij niet oordelen over andere aspecten of onderwerpen dan degene die expliciet bij Verdrag aan hem ter beoordeling zijn opgedragen, is hij niet bevoegd zich over nationaal recht uit te spreken en verricht hij in de praktijk veelal een marginale toetsing.³⁰ Is de Unierechter niet bevoegd op grond van deze beperkingen, dan kan het geschil worden voorgelegd aan de rechter van de betrokken lidstaat. Naast deze algemene rechtsbescherming geeft Verordening 2532/98³¹ specifieke bescherming voor door de ECB op te

leggen sancties wegens niet-naleving van ECB-verordeningen en -besluiten. Zo heeft het Hof van Justitie volledige rechtsmacht en is voorzien in een bezwaarprocedure. Deze verordening bevat ook enkele bepalingen inzake de maximale boete- en dwangsombedragen en verjaringstermijnen, maar die zijn weer niet van toepassing bij sancties op grond van art. 18, eerste lid, Verordening.³²

Uit het voorgaande blijkt dat de Unierechter bevoegd is bij handelingen uit de categorieën A, D en G, voor zover deze handelingen rechtsgevolgen beogen. Zoals beschreven, is de vraag of de Unierechter ook zal oordelen over de conformiteit met nationaalrechtelijke bepalingen. Zijn de handelingen niet op rechtsgevolg gericht, dan is de rechter van de lidstaat bevoegd. Zoals hiervoor uiteengezet, zou de bestuursrechter zich onbevoegd kunnen verklaren te oordelen over het handelen van de ECB op grond van aangehaald parlementaire geschiedenis van de Awb. In dat geval resteert in Nederland de burgerlijke rechter als restrechter. Uitgangspunt is immers dat er altijd een rechter bevoegd moet zijn. In de meeste gevallen is het Gerecht bevoegd en kan een hogere voorziening worden verzocht aan het Hof van Justitie.

Uit het voorgaande kunnen de uitgangspunten voor de verdeling tussen de Nederlandse en Europese rechter bij de rechtsbescherming worden afgeleid:

	ECB	DNB	DNB in opdracht ECB
Bevoegdheid Verordening	Eur***	NI	NI*
Nationale bevoegdheid obv richtlijn	Eur**, ***	NI	NI*
Nationale bevoegdheid	Eur**, ***	NI	NI*

* tenzij de instructie geen enkele beoordelingsvrijheid aan DNB geeft.

** onjuiste aanduiding: de basis voor uitoefening van de nationale bevoegdheid ligt in de Verordening

*** voor zover gericht op rechtsgevolg

- ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96, m.nt. W. den Ouden.
- Bijlage 2 bij de Awb.
- Art. 8:7, tweede lid Awb.
- Art. 8:105 Awb.
- R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 120.
- Het Hof van Justitie van de Europese Unie als instelling van de Unie bestaat uit drie rechtsprekende instanties: het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken.
- R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 70.
- R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 72.
- In 2013 werden 7 van de 33 verzoeken tot een versnelde procedure goedgekeurd.
- Zie R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 86-88.
- Pb* L 318 van 27.11.1998, p.4. De ECB heeft een wijzigingsvoorstel voor deze verordening ingediend.
- Zie de toelichting op het wijzigingsvoorstel van de ECB *Pb* C 144 van 14.5. 2014, p. 2.

2.6 Administratieve raad voor toetsing van de ECB

Op grond van het bij amendement ingevoegde art. 24 Verordening kan iedere (rechts)persoon de administratieve raad voor toetsing van de ECB (hierna: ART) verzoeken de procedurele en materiële conformiteit³³ te beoordelen van besluiten van de ECB krachtens bij de Verordening toegekende bevoegdheden die aan hem zijn gericht of waardoor hij rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Deze bescherming ziet aldus niet op alle handelingen van de ECB, maar op besluiten. Bij besluit van 14 april 2014³⁴ (hierna: Besluit) heeft de ECB de ART opgericht.

Het verzoek aan de ART moet binnen een maand na kennisgeving van het besluit worden ingediend. Uiterlijk binnen twee maanden brengt de ART advies uit en verwijst de zaak terug naar de raad van toezicht (hierna: RvT). Daaraan voorafgaand kan de ART een hoorzitting in de ECB-gebouwen plannen, maar dat is niet verplicht.³⁵ De RvT is het interne orgaan binnen de ECB dat de aan de ECB bij de Verordening opgedragen taken volledig plant en uitvoert. De RvT stelt met inachtneming van het advies van de ART een nieuw ontwerpbesluit op en legt dit voor aan de raad van bestuur van de ECB (hierna: RvB). Het nieuwe besluit wordt geacht te zijn genomen tenzij de RvB binnen tien werkdagen bezwaar aantekent.

Een verzoek om toetsing heeft geen schorsende werking, maar de werking van het bestreden besluit kan door de ECB worden geschorst tijdens de procedure indien dat nodig wordt geacht. Zowel het advies van de ART, het ontwerpbesluit van de RvT als het besluit van de RvB worden gemotiveerd en ter kennis gebracht van partijen. In het Besluit zijn enkele procedurele waarborgen uitgewerkt. Zo heeft een verzoeker recht op toegang tot alle documenten die de ECB tijdens de ECB-toezichtprocedure heeft verkregen, geproduceerd of samengesteld, ongeacht het opslagmedium, met uitzondering van vertrouwelijke informatie en met inachtneming van het legitieme belang van andere (rechts)personen ter bescherming van hun bedrijfsgeheimen. De redelijke kosten van een verzoek om toetsing worden door de ECB voldaan indien naar aanleiding van het verzoek het oorspronkelijke besluit wordt gewijzigd of opgeheven.

Art. 24, elfde lid, Verordening bepaalt dat deze administratieve procedure het recht om overeenkomstig de Verdragen beroep bij het Hof van Justitie in te stellen, onverlet laat. Deze bepaling wordt herhaald in art. 19 Besluit en in de derde overweging van het Besluit. Het optionele karakter van de bezwaarprocedure wordt benadrukt in de vierde overweging van het Besluit:

‘Een toetsing door de administratieve raad voor toetsing is een optionele toetsing voor personen tot wie een ECB-besluit uit hoofde van Verordening (EU) nr. 1024/2013 is gericht of dat deze persoon rechtstreeks en individueel raakt, vooraleer beroep in te stellen bij het Hof van Justitie’ [onderstreping toegevoegd].

Wat betekent nu dit optionele karakter? Voor toetsing van besluiten van de Europese Bankautoriteit (hierna: EBA) is eveneens de mogelijkheid van bezwaar geopend. Art. 58 van Verordening 1093/2010 bepaalt dat er een gemeenschappelijke bezwaarcommissie is voor de Europese financiële toezichthouders. Op grond van art. 60 van deze verordening kan iedere (rechts)persoon, met inbegrip van een bevoegde autoriteit, bezwaar aantekenen tegen besluiten van de EBA. En op grond van art. 61 staat beroep bij het Hof van Justi-

tie open tegen beslissingen van de bezwaarcommissie of, bij ontbreken van recht op bezwaar bij de bezwaarcommissie, tegen beslissingen van de Autoriteit.

Een dergelijke voorrangregeling is ten aanzien van de bezwaarprocedure bij de ECB niet gegeven, niet in de Verordening en ook niet in ‘de handeling tot oprichting’ van de ECB.³⁶ Als daaruit kan worden afgeleid dat de bezwaarprocedure bij de ECB geen verplichte voorprocedure is, maar een vrijwillige, zal bij beroep bij het Hof van Justitie de termijn van twee maanden na bekendmaking van de handeling³⁷ in acht moeten worden genomen en kan de uitkomst van de bezwaarprocedure niet worden afgewacht. Dat zou tot de vreemde en onwenselijke consequentie leiden dat het Hof van Justitie zich wellicht al over het betrokken besluit buigt, terwijl nog mogelijk is dat het besluit wordt ingetrokken en opnieuw genomen naar aanleiding van de beoordeling van het bezwaar. Blijkens de hiervoor geciteerde vierde overweging is dat ook niet de bedoeling: de administratieve procedure wordt gevolgd *vooraleer* beroep wordt ingesteld. Het is van belang dat zo snel mogelijk duidelijkheid wordt gegeven over de verhouding tussen deze procedures.

3. Toepassing uitgangspunten rechtsbescherming op enkele concrete Handelingen van toezichthouders

3.1 Verlening vergunning en verklaring van geen bezwaar (vvgb)

De bevoegdheid vergunningen en vvgb's aan banken met zetel in Nederland te verlenen is geheel aan de ECB toebedeeld.³⁸ Toch heeft DNB daarbij wel taken.

Op grond van art. 14 en 15 Verordening moeten aanvragen voor een bankvergunning of vvgb worden ingediend bij DNB overeenkomstig de nationaalrechtelijke voorschriften. DNB stelt de ECB van de aanvraag op de hoogte.³⁹ Als de vvgb-aanvraag niet aan de vereisten voldoet stelt DNB een negatief ontwerpbesluit op voor de ECB. De ECB neemt het besluit. Als de vergunningaanvraag niet aan alle nationaalrechtelijke vergunningvoorwaarden voldoet, moet DNB de aanvraag op grond van art. 14, tweede lid, Verordening zelf bij besluit afwijzen. Die rechtstreeks werkende bepaling wordt door het voorstel voor de Uitvoeringswet verordening banktoezicht (hierna: Uitvoeringswet)⁴⁰ ook opgenomen in art. 2:12, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft).⁴¹ De afwijzingsbevoegdheid van DNB bij vergunningen zal dus straks zowel op de Verordening als op de Wft gebaseerd zijn.

33. De mate waarin is voldaan aan de bij wet gestelde materiële en procedurele eisen.

34. ECB/2014/16, *Pb* L 175 van 14.6.2014, p. 47.

35. Art. 14 Besluit.

36. Art. 263, vijfde lid VWEU biedt de basis voor een verplichte beroep- of bezwaarprocedure, maar beperkt de instellingsmogelijkheid daarvan tot de handelingen tot oprichting van organen en instanties.

37. Zie art. 263 VWEU.

38. Zie art. 4, sub a en sub c, Verordening.

39. Binnen 15 dan wel 5 werkdagen (zie art. 73 en 85 Kaderverordening).

40. Op 6 oktober 2014 bij de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken II* 34 049).

41. De vraag kan worden gesteld of Nederland daarmee in strijd handelt met het ‘overschrijfverbod’.

Voldoet de aanvraag wel aan alle nationaalrechtelijke vergunningvoorwaarden, dan moet DNB in beginsel uiterlijk na 22 weken⁴² aan de ECB een ontwerpbesluit voorleggen waarin de ECB de vergunning verleent. Op grond van art. 76, derde lid, Kaderverordening kan DNB in het ontwerpbesluit voorwaarden en/of beperkingen aan de vergunning voorstellen.

Welke rechtsbescherming bestaat nu tegen dit handelen van DNB bij een vergunning- of vvgb-aanvraag? De afwijzing van de vergunningaanvraag is een schriftelijke beslissing van DNB. Die beslissing is door een bestuursorgaan genomen, op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid. De enige vraag die voor de rechtsbescherming resteert is of sprake is van een rechtshandeling. De afwijzing van een vergunningaanvraag is niet gericht op rechtsgevolg. Om die reden is in art. 1:3, tweede lid, Awb bepaald dat de afwijzing van een aanvraag ook een beschikking is. En in het derde lid van dat artikel is bepaald dat een aanvraag een verzoek van een belanghebbende is om een besluit te nemen. Aan die eisen is in dit geval voldaan, hoewel twee verschillende bestuursorganen zijn betrokken. Het verzochte besluit - vergunningverlening - moet immers door de ECB worden genomen, zodat de aanvraag als bedoeld in art. 1:3 Awb aan de ECB is gericht, hoewel deze bij DNB wordt ingediend. De bevoegdheid positief te beslissen is toegekend aan de ECB, de bevoegdheid negatief te beslissen ligt zowel bij DNB als bij de ECB. Mijns inziens is dat geen belemmering voor bezwaar en beroep bij de Nederlandse bestuursrechter. In art. 1:3, tweede lid, Awb wordt immers niet vereist dat de aanvraag gericht moet zijn aan het orgaan dat de beschikking tot afwijzing van de aanvraag neemt en bevoegd is te nemen.

De vraag is echter welke Nederlandse bestuursrechter bevoegd is. Een afwijzing op grond van de Wft - zoals deze na inwerking van de Uitvoeringswet zal luiden - wordt getoetst door de rechtbank Rotterdam en het CBb, een afwijzing op grond van de Verordening door de rechtbank behorend bij de woonplaats van appellant en de ABRvS. Een pragmatistische invulling door de Nederlandse rechter zal waarschijnlijk leiden tot een keuze voor de rechtbank Rotterdam en het CBb, maar uit een oogpunt van rechtsbescherming zou een eenduidige regeling beter zijn.

Tegen het ontwerpbesluit inzake de vergunning of vvgb dat DNB aan de ECB voorlegt kan waarschijnlijk geen bezwaar en beroep worden ingesteld. Het ontwerp-vergunningbesluit van DNB bevat wel reeds het definitieve oordeel dat aan nationaalrechtelijke bepalingen is voldaan. De ECB kan de aanvraag immers alleen nog afwijzen op grond van voorwaarden gebaseerd op EU-recht. Maar het rechtsgevolg dat de activiteiten waarvoor een vergunning wordt aangevraagd, verricht mogen worden, treedt pas in na het besluit van de ECB. En het is niet onevenredig bezwarend om van de aanvrager te verlangen dat hij het besluit van de ECB afwacht om tegen eventuele voorwaarden of beperkingen op te komen. In de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet wordt die conclusie (ongemotiveerd) eveneens getrokken: *'Het uiteindelijke besluit wordt door de ECB genomen en is daarom onderwerp van Europese rechtsbescherming.'*⁴³ Ook het ontwerp-vvgb-besluit zal naar verwachting niet geacht worden op rechtsgevolg te zijn gericht omdat ook daarbij nog een besluit door de ECB moet worden genomen.

Dat bij een vergunningaanvraag een positief oordeel van DNB niet tot een besluit leidt, maar een negatief oordeel wel, maakt het lastig te bepalen of rechtsmiddelen ingezet kunnen worden indien DNB de haar gestelde termijnen overschrijdt of geen enkele beslissing neemt. De in de Awb⁴⁴ geformuleerde mogelijkheden zijn gekoppeld aan beschikkingen op aanvraag door een Nederlands bestuursorgaan. Als uiteindelijk een afwijzing door DNB van de aanvraag volgt, zijn deze bepalingen wel van toepassing. Als uiteindelijk een afwijzing door de ECB of een toewijzing van de aanvraag volgt, zijn de bepalingen naar verwachting niet van toepassing. Op dat onderscheid zijn de bepalingen in de Awb over dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen niet voorbereid. Biedt de bestuursrechter geen bescherming bij het niet of niet-tijdig besluiten door DNB, dan zou gesteld kunnen worden dat DNB het betrokken voorschrift uit de Verordening schendt. Die schending zal waarschijnlijk echter onvoldoende zijn voor een inbreukprocedure.⁴⁵ De enig resterende optie om tegen het niet of niet tijdig besluiten op te komen, is dan een beroep op de burgerlijke rechter wegens schending van zowel de Uitvoeringswet als de Verordening maar de slagingskansen daarvan zijn klein.

Na ontvangst van het ontwerpbesluit moet de ECB een besluit nemen op de vergunning- of vvgb-aanvraag. Bij vergunningaanvragen maakt DNB het besluit van de ECB aan de aanvrager bekend, bij vvgb-aanvragen doet de ECB dat. De bevoegdheid die de ECB uitoefent bij verlening van vergunningen en vvgb's is gebaseerd op de Verordening. Zelfs waar voorschriften uit de Wft worden gevolgd, is de bevoegdheid van de ECB gebaseerd op de Verordening waarin staat dat de nationaalrechtelijke regels moeten worden gevolgd door de ECB. Toch moeten enkele bepalingen uit de Verordening en Kaderverordening nader worden uitgewerkt in nationaal recht. Daartoe is de Uitvoeringswet opgesteld. Een onderdeel van de Uitvoeringswet is de wijziging van art. 1:2 Wft. Daarin is nu expliciet bepaald dat de Wft niet van toepassing is op de ECB maar die uitzondering wordt door de Uitvoeringswet beperkt: alleen als de ECB handelt in haar hoedanigheid van monetaire autoriteit is de Wft niet van toepassing. Op het handelen van de ECB als toezichthouder kan de Wft derhalve na deze wijziging wel van toepassing zijn.

De beslissingen van de ECB op een vergunning- of vvgb-aanvraag zullen aan de Unierechter voorgelegd kunnen worden. Zoals hiervoor uiteengezet zal het Gerecht daarover oordelen. Voorts kunnen deze handelingen aan de ART worden voorgelegd voordat toetsing aan het Gerecht wordt verzocht. Toch kan ook op dit niveau de rechtsbescherming problematisch zijn. De Unierechter oordeelt over het besluit van de ECB. Het moet dan gaan om het volledige besluit, want er is geen eerder toetsingsmoment om te oorde-

42. In (het voorstel voor) de Uitvoeringswet wordt deze termijn verlengd van 13 naar 26 weken op te schorten tot maximaal 12 maanden indien nadere informatie wordt opgevraagd door DNB. Art. 76 Kaderverordening bepaalt echter dat het ontwerpbesluit ten minste 20 werkdagen voor het aflopen van de maximale beoordelingstermijn aan de ECB en de aanvrager moet worden meegedeeld.

43. *Kamerstukken II* 34 049, nr. 3, p. 8.

44. Par. 4.1.3.2 en art. 8:55b Awb.

45. Art. 258 VWEU.

len over de nationaalrechtelijke beoordeling. Dat betekent dat de Unierechter niet alleen moet oordelen het besluit van de ECB in overeenstemming is met Europees recht, maar ook of deze in overeenstemming is met nationaal recht.⁴⁶ Omdat de Unierechter ook moet toetsen aan nationaal recht, is bij de beoordeling van een besluit op een vergunningaanvraag de vraag waartoe een geslaagd beroep kan leiden. Als een besluit van de ECB op een vergunningaanvraag wordt vernietigd omdat strijd met nationaal recht bestaat, dan ligt er nog steeds een ontwerpbesluit van DNB op grond waarvan de ECB moet aannemen dat aan nationaalrechtelijke regels is voldaan. Moet de ECB dan toch de aanvraag afwijzen, of krijgt DNB dan alsnog de plicht het ontwerpbesluit in te trekken en de vergunningaanvraag af te wijzen? Ook op dit punt is het van belang dat snel duidelijkheid wordt gecreëerd en wordt voorkomen dat voor de zekerheid allerlei proefprocedures tegen handelingen en besluiten worden gevoerd.

3.2 Toezichthandelingen

Toezicht bestaat veel meer dan het verlenen of intrekken van vergunningen. De meeste handelingen van de toezichthouder zijn gericht op het verzamelen van informatie over feiten en omstandigheden op basis waarvan de toezichthouder kan beoordelen of aan de toepasselijke regelgeving wordt voldaan. In de Awb is de term toezichthandelingen voor deze fase gereserveerd.

Toezichthandelingen kunnen worden verricht door de ECB of door DNB, al dan niet op instructie van de ECB. In de praktijk kan het gebeuren dat niet altijd direct duidelijk is door wie een toezichthandeling wordt verricht, omdat juist voor het toezicht 'joint supervisory teams' (hierna: JST) opgericht worden waarin beide samenwerken.⁴⁷

3.2.1 Toezicht door ECB

In art. 4 Verordening worden aan de ECB taken opgelegd. Voor de uitoefening van die taken beschikt de ECB over alle bevoegdheden die in het toepasselijke Unierecht zijn toegekend aan de NTA's en over de bevoegdheden die rechtstreeks zijn toegekend aan de ECB. Deze worden hierna kort besproken met de rechtsbeschermingsmogelijkheden daarbij. De ECB heeft deze bevoegdheden ten aanzien van de significante instellingen die onder haar toezicht vallen, maar op grond van art. 6, vijfde lid, sub d Verordening ook ten aanzien van niet-significante banken.

De ECB heeft de bevoegdheid inlichtingen te verlangen van onder toezicht staande ondernemingen, de personen die tot die ondernemingen behoren en derden aan wie door die ondernemingen functies of activiteiten zijn uitbesteed.⁴⁸ Uit art. 10, tweede lid, Verordening blijkt dat er een plicht bestaat aan het verzoek te voldoen en dat bepalingen inzake beroepsgeheim niet vrijwaren van die plicht. De Verordening beperkt deze mogelijkheid niet tot bestaande documenten.

Als de inlichtingenvordering kwalificeert als besluit kan deze worden voorgelegd aan de ART en het Gerecht. Hoewel een verplichting tot medewerking bestaat, is niet zeker of een inlichtingenvordering als besluit kwalificeert. In het voorstel van de Commissie voor de verordening⁴⁹ werd in overweging 31 nog expliciet bepaald dat de ECB informatie moet kunnen eisen met een eenvoudig verzoek, waaraan de aangezochte persoon echter geen gevolg hoeft te geven, of bij besluit. Die overweging is in de definitieve Verordening

niet meer terug te vinden. De Verordening bevat geen definitie van het in art. 24 gebruikte begrip 'besluit' en de inlichtingenvordering wordt niet als besluit aangeduid. Gezien het feit dat eerder is geoordeeld dat inlichtingenvragen met medewerkingsplicht wel aan het Hof van Justitie voorgelegd kunnen worden (zie par 2.5) maar zonder medewerkingsplicht niet, is te verwachten dat een inlichtingenvordering op grond van de Verordening ook aan het Gerecht voorgelegd kan worden.

De ECB kan onderzoek verrichten door documenten in te zien, kopieën te maken en toelichting op die documenten te verlangen.⁵⁰ Wordt niet meegewerkt, dan moet de nationale bevoegde autoriteit de benodigde bijstand verlenen overeenkomstig de nationale wetgeving. In art. 11, tweede lid, Verordening wordt benadrukt dat een algemeen onderzoek bij besluit wordt ingeluid en in de Kaderverordening wordt bepaald dat dat besluit de wettelijke basis en het doel vermeldt en erop wijst dat obstructie een schending inhoudt van een ECB-besluit, waarvoor sancties opgelegd kunnen worden op grond van verordening 2532/98. De Kaderverordening bepaalt ook (art. 145) dat dat besluit in beginsel ten minste vijf werkdagen voor de inspectie aan de onderneming moet worden gezonden, tenzij dat de juiste uitvoering van de inspectie belemmert. Tegen het onderzoekbesluit ex art. 11 Verordening kan bij de ART en het Gerecht worden opgekomen. De ECB heeft de bevoegdheid inspecties ter plaatse te verrichten.⁵¹ Art. 12, derde lid, Verordening bepaalt uitdrukkelijk dat een inspectie plaatsvindt op basis van een besluit van de ECB zodat toetsing door de ART en het Gerecht mogelijk is.

Ten slotte kan de ECB op grond van art. 9 Verordening bij de uitvoering van haar taken gebruik maken van de bevoegdheden die in het toepasselijke Unierecht aan de bevoegde autoriteit zijn toegekend. De bevoegdheidstoedeling ligt in zo'n geval in de Verordening, niet in de nationale wettelijke bepaling die wordt toegepast. Indien de grondslag voor een bevoegdheid bij richtlijn is gegeven, moet de ECB de nationaalrechtelijke waarborgen toepassen. Per geval zal beoordeeld moeten worden of sprake is van een handeling gericht op rechtsgevolg en van een besluit om te bepalen welke rechtsbescherming daartegen open staat. Is de handeling gericht op rechtsgevolg, dan kan en zal de Unierechter oordelen over de vraag of aan de relevante, nationaalrechtelijke verplichtingen is voldaan. Valt de betrokken toezichthandeling niet onder de rechtsbescherming van de Unierechter, dan kan de nationale rechter daarover oordelen. Dat zal de burgerlijke rechter zijn, die ook oordeelt over het gebruik van toezichtbevoegdheden door DNB omdat de toezichtbevoegdheden naar Nederlands recht niet worden geacht op rechtsgevolg te zijn gericht.

De ECB heeft naast deze specifieke 'onderzoeksbevoegdheden' ook een aantal bevoegdheden om materiële eisen op te leggen aan onder toezicht staande ondernemingen. Zo kan de ECB in een aantal omstandigheden verlangen dat een

46. Hetgeen in strijd lijkt te komen met de thans gehanteerde uitgangspunten, zie par. 2.5.

47. Zie Deel II, Titel 1 Kaderverordening.

48. Art. 10 Verordening.

49. COM(2012) 511 final.

50. Art. 11 Verordening.

51. Art. 12 Verordening.

hogere eigen vermogen wordt aangehouden, het leidend orgaan ontslaan, et cetera. Elk van deze bevoegdheden wordt blijkens art. 22 Verordening bij besluit uitgeoefend. Dergelijke besluiten kunnen aan de ART en het Gerecht worden voorgelegd. Op grond van de Awb kunnen deze bevoegdheden beter als handhavingsbevoegdheden worden aangemerkt.

3.2.2 Toezicht door DNB

Voor het reguliere toezicht door DNB op niet-significante banken op basis van eigen bevoegdheden verandert niets. De Verordening bepaalt expliciet dat NTA's overeenkomstig het nationale recht bevoegd blijven om informatie te verkrijgen en inspecties ter plaatse te verrichten. Helaas eigenlijk. Hoewel de Awb-wetgever ervan uitging dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou openstaan tegen bijvoorbeeld een inlichtingenvordering vanwege de medewerkingsplicht⁵², bleek de rechter daarover anders te denken.⁵³ Toezichthandelingen zoals een inlichtingenvordering, een inzagevordering of de aankondiging van een onderzoek ter plaatse, kunnen dan ook alleen direct worden beoordeeld door de burgerlijke rechter. En die toetst, zoals hiervoor reeds vermeld, met enige afstand. Het zou goed zijn geweest als de Europese eisen hadden geleid tot heroverweging van de wenselijkheid van deze situatie en wellicht tot de keuze deze toezichtbevoegdheden - evenals onder Europees recht - expliciet aan de rechtsbescherming van de bestuursrechter toe te delen. De enige manier die nu bestaat om een oordeel van de bestuursrechter te krijgen is door de medewerking te weigeren, af te wachten tot DNB een handhavingsbesluit neemt wegens het niet voldoen aan de medewerkingsplicht en vervolgens de rechtmatigheid van de toezichtvordering aan de orde stellen in de procedure tegen het handhavingsbesluit.

De toezichtvorderingen van DNB⁵⁴ kunnen worden gericht aan een ieder⁵⁵ en een ieder is verplicht tot medewerking voor zover de vordering evenredig kan worden geacht.⁵⁶ Daarmee hebben deze bevoegdheden een ruimer bereik dan de toezichtbevoegdheden op grond van de Verordening. Die kunnen immers slechts worden gericht aan een beperkte groep personen. Geheimhouders als bijvoorbeeld artsen, geestelijken, notarissen en advocaten hebben op grond van de Awb een verschoningsrecht.

Naast deze bevoegdheden is DNB op grond van de Verordening verplicht bijstand te verlenen aan de ECB in een aantal gevallen en in het algemeen op grond van art. 6, derde lid, Verordening. Om aan die verplichting te kunnen voldoen, zal de Uitvoeringswet een nieuw art. 1:72 aan de Wft toevoegen. In dat artikel worden de door DNB benoemde toezichthouders belast met het verlenen van bijstand. Daartoe krijgen zij de bevoegdheid van een ieder medewerking aan de onderzoeken en inspecties te vorderen. De Uitvoeringswet bevat geen sancties om voldoening aan de vordering af te dwingen. Op grond van art. 184 Wetboek van Strafrecht is het niet voldoen aan een toezichtvordering echter strafbaar gesteld.

Deze personen zijn niet bij of krachtens Nederlands wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig (Nederlands) wettelijk voorschrift en zijn derhalve strikt genomen geen toezichthouders als bedoeld in art. 5:11 Awb. Om die reden worden de toezichtbepalingen uit de Awb in de Uitvoeringswet van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond daarvan zou DNB kunnen stellen dat de sancties wegens

schending van de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb ook beschikbaar zijn bij het niet voldoen aan vorderingen op grond van art. 1:72 Wft. 'Van overeenkomstige toepassing' is echter niet hetzelfde als 'van toepassing' zodat daarover enige - onwenselijke - twijfel kan bestaan.

In de Uitvoeringswet wordt één specifieke bevoegdheid aan de in art. 1:72 Wft bedoelde personen toegekend, die de reguliere toezichthouders van DNB op grond van de Awb en Wft niet hebben: de bevoegdheid bedrijfsruimten, boeken of bescheiden te verzegelen. Daarmee wordt uitvoering gegeven aan de verplichting art. 12, vijfde lid, Verordening: de toezichthouders die bijstand aan de ECB moeten leveren, moeten bevoegd zijn te verzegelen.⁵⁷

Bij het doen van toezichtvorderingen door DNB is, zoals hiervoor gesteld, sprake van feitelijke handelingen, die slechts door de burgerlijke rechter getoetst kunnen worden. Of de bevoegdheid is gebaseerd op Nederlands of Europees recht is voor het bepalen van de ter beschikking staande rechtsbescherming van geen belang.

Bij het vervullen van de in art. 4 Verordening aan de ECB opgedragen taken, moet DNB eventueel door de ECB gegeven instructies volgen. Indien de toezichthandelingen als besluit aangemerkt zouden worden in Nederland, en de bestuursrechter daarover zou mogen oordelen, zou de vraag rijzen of in geval van een instructie geprocedeerd kan worden tegen de instructie dan wel tegen de vordering. Daartoe zou beoordeeld moeten worden of het rechtsgevolg reeds in treedt door de instructie of pas door de toezichthandeling. Maar deze handelingen worden in Nederland niet als besluit aangemerkt, maar als feitelijke handeling. Ze kunnen daardoor alleen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Die zal daarbij onder meer moeten beoordelen of voor DNB een plicht bestond om de instructie van de ECB te volgen en of de instructie rechtmatig was.

3.2.3 Instructie

Het geven van een instructie is ook een handeling. De vraag kan worden gesteld of en hoe tegen deze instructie kan worden opgekomen. In art. 9, eerste lid, Verordening wordt gesproken over 'bij wijze van instructie verzoeken'. Anderzijds wordt in de Kaderverordening juist een onderscheid gemaakt tussen verzoeken en instructies.⁵⁸ In art. 90, tweede lid, Kaderverordening is bepaald dat een NTA 'de instructies van de ECB [zal] opvolgen met betrekking tot belangrijke onder toezicht staande entiteiten'. Op grond daarvan kan worden betoogd dat dit soort instructies ten aanzien van significante banken op

52. *Handelingen II* 31 januari 1996, p. 3664.

53. CBb 21 juli 1998, AB 1998, 437.

54. Eigenlijk zijn het vorderingen van de door DNB als toezichthouder aangewezen natuurlijke personen. Voor de leesbaarheid wordt hier DNB als toezichthouder in het kader van de Awb aangeduid.

55. Zie Hof Den Haag 23 april 2013, JOR 2013, 209, m.nt. S.M.C. Nuijten.

56. Art. 5:13 en 5:20 Awb.

57. Deze bevoegdheid hebben de toezichthouders van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) ook voor het toezicht op naleving van nationale wetten, maar de toezichthouders van DNB en de AFM niet. Zie art. 12b Instellingswet ACM.

58. Zie bijvoorbeeld art. 22 Kaderverordening.

rechtsgevolg is gericht, zodat daartegen bij de Unierechter kan worden opgekomen, door de NTA, maar wellicht ook door de betrokken onderneming die door de instructie wordt geraakt. Overigens zal de NTA daartoe waarschijnlijk niet snel behoefte voelen, nu de ECB de mogelijkheid heeft het toezicht op een niet-significante bank aan zich te trekken. Uit art. 90 Kaderverordening zou a contrario kunnen worden afgeleid dat instructies ten aanzien van niet-significante banken niet aan de ART en/of de Unierechter voorgelegd kunnen worden. Ook ten aanzien van instructies is het van belang dat snel duidelijkheid bestaat over de mogelijke rechtsbescherming.

3.3 Handhaving

Handhavingshandelingen leveren bij het beoordelen van de wijze van rechtsbescherming relatief weinig problemen op. Over de kwalificatie als besluit bestaat bij deze handelen weinig discussie. De besluiten van de ECB kunnen worden getoetst door de ART en het Gerecht, de besluiten van DNB kunnen na bezwaar aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Ten aanzien van de toetsing door het Gerecht is van belang te benadrukken dat art. 5 van verordening 2532/98 bepaalt dat sprake is van een volle toetsing. De onderlinge verdeling van handhavingsbevoegdheden zou in concrete gevallen nog tot bevoegdheidsvragen kunnen leiden, die door de relevante rechter beoordeeld moeten worden. De ECB krijgt in de Verordening een aantal specifieke handhavingsbevoegdheden. Hiervoor is reeds gewezen op de bevoegdheden die in de Verordening worden vermeld als 'specifieke toezichtbevoegdheden'. Voorts kan de ECB op grond van art. 18, eerste lid, Verordening aan significante ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid een rechtstreeks op hen van toepassing zijnde Unierechtelijke bepaling overtreden een boete opleggen. Die boete bedraagt maximaal tweemaal de met de betrokken overtreding behaalde winsten of vermeden verliezen of maximaal 10% van de totale jaaromzet. Is de overtreding gepleegd door een dochteronderneming dan gaat het om de totale jaaromzet die blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening van de uiteindelijke moederonderneming in het voorafgaande boekjaar. In andere gevallen - bij niet-significante banken en bij schending van op richtlijnen gebaseerde voorschriften - kan de ECB DNB voorschrijven een procedure in te leiden om een passende sanctie op te leggen. DNB mag haar sanctiebevoegdheden ten aanzien van significante banken slechts gebruiken indien zij door de ECB is verzocht een procedure voor dit doel in te leiden.⁵⁹

Ten slotte kan de ECB op grond van art. 18, zevende lid, Verordening en verordening 2532/98 boetes of dwangsommen opleggen wanneer een inbreuk op verordeningen of besluiten van de ECB wordt gepleegd. Op grond van art. 122 Kaderverordening kan de ECB deze bevoegdheid gebruiken bij schendingen door significante banken. Bij niet-significante banken mag de ECB deze sanctiegrondslag alleen gebruiken als de geschonden besluiten of verordeningen van de ECB verplichtingen opleggen tegenover de ECB. Deze sancties moeten voldoen aan de eisen van verordening 2532/98. Boetes zijn derhalve maximaal EUR 500.000 en dwangsommen maximaal EUR 10.000 per dag⁶⁰ voor een periode van maximaal zes maanden.⁶¹

Bij de oplegging van sancties⁶² moet de ECB rekening houden met de omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtreding, de gevolgen ervan, de opstelling

van de betrokken onderneming, herhaling, frequentie, duur, eventuele winst, de omvang van de onderneming en eventuele eerdere sancties.⁶³ De betrokken onderneming heeft in beginsel het recht gehoord te worden voordat een besluit wordt genomen⁶⁴ en krijgt ten minste dertig dagen om verweer in te dienen⁶⁵. Ten behoeve van dat verweer wordt toegang tot het ECB-dossier gegeven, met uitzondering van vertrouwelijke informatie en bedrijfsvertrouwelijke informatie over derden⁶⁶. Het besluit wordt schriftelijk bekend gemaakt, gemotiveerd en vermeld de toetsingsmogelijkheden. De bijzondere situatie doet zich voor dat verordening 2532/98 toetsing door de RvB van de ECB voorschrijft en de Verordening toetsing door de ART. Sanctiebesluiten worden na bekendmaking aan de betrokken onderneming overwijd op de website van de ECB bekend gemaakt. De identiteit van de overtreder wordt niet bekend gemaakt indien dat leidt tot gevaar voor de stabiliteit van financiële markten, gevaar voor een aanhangig crimineel onderzoek of disproportionele schade.⁶⁷ Ten slotte is de ECB bij haar handelen gebonden aan respect voor de grondrechten en fundamentele vrijheden.⁶⁸

Indien DNB handhavend optreedt, al dan niet op verzoek of instructie van de ECB, is zij gehouden aan de voorschriften uit nationaal recht, zoals de Awb, de Wft en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo zal op grond van de Awb een zienswijzegelegenheid geboden moeten worden, moet het besluit gemotiveerd worden, moet bij boetes tijdig een cautie worden gegeven, moeten alle belangen worden afgewogen, moet een boete evenredig zijn, etc. De handhavingsinstrumenten zijn neergelegd in de Wft en de Awb. Daarin is onder meer bepaald in welke gevallen welk instrument kan worden ingezet. Voorts wordt de hoogte van op te leggen boetes bepaald. Sinds 1 augustus 2014 is voor banken en beleggingsondernemingen het boetemaximum bepaald op EUR 5 miljoen of 10% van de omzet in het voorafgaande jaar. Ook het Europese recht kan eisen stellen bij de toekenning van specifieke, toegepaste sanctiebevoegdheden aan DNB waaraan DNB moet voldoen. Ten slotte kan het optreden van DNB ook worden getoetst aan mensenrechtenverdragen als het EVRM en het IVBPR. Het strekt voor dit artikel te ver alle sanctie-instrumenten en bijbehorende waarborgen te bespreken.

59. Zie Aanbeveling voor een verordening van de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2532/98 met betrekking tot de bevoegdheid van de Europese Centrale Bank om sancties op te leggen (ECB/2014/19), *Pb C* 144 van 14.5. 2014, p. 2.

60. Er zijn meer verschillen tussen de sancties op grond van verordening 2532/98 en de Verordening, bijvoorbeeld ten aanzien van verjaringstermijnen.

61. Art. 129, vierde lid Kaderverordening.

62. De voorwaarden van verordening 2532/98 zijn rechtstreeks van toepassing bij boetes en dwangsommen als bedoeld in die verordening en via art. 121, eerste lid Kaderverordening bij sancties als bedoeld in art. 18, eerste lid Verordening.

63. Art. 2 verordening 2532/98.

64. Art. 22 Verordening.

65. Art. 3 verordening 2532/98.

66. Art. 22 Verordening.

67. Art. 132 Kaderverordening.

68. Art. 6 VEU.

Indien DNB handelt ter voorbereiding van een besluit van de ECB bestaat een hybride situatie. De bijstand die DNB levert bestaat uit feitelijke handelingen die hun grondslag hebben in de bijstandplicht uit de Verordening. Zoals hiervoor uiteengezet, blijkt uit de jurisprudentie over ESF-subsidies dat de Nederlandse bestuursrechter meent dat hij ook mag oordelen over besluiten van een Nederlands bestuursorgaan gebaseerd op een Verordening. In dit geval zal het echter niet om besluiten gaan, die worden immers door de ECB genomen. Het gaat aldus om feitelijk handelen, dat in beginsel slechts door de burgerlijke rechter kan worden getoetst. Het ligt voor de hand dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van zijn bevoegdheid zal aansluiten bij deze overwegingen van de bestuursrechter en zich derhalve bevoegd zal achten. Zijn beoordelingsruimte zal dan echter beperkt zijn, omdat het voorbereidende handelen uiteindelijk als onderdeel van het door de ECB te nemen besluit getoetst zal kunnen worden door de Unierechter.

4. Slot

Uit het voorgaande mag wel blijken dat nog op veel punten onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop rechtsbescherming wordt geboden tegen handelingen van de ECB en DNB onder het SSM. Met hetgeen bekend is uit de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie over andere toezichthandelingen en de Europese geschiedenis, kan ten aanzien van diverse handelingen worden bepaald welke rechter bevoegd zal zijn, maar niet ten aanzien van alle voor onder toezicht staande ondernemingen relevante handelingen. Wordt daarover niet tijdig duidelijkheid gegeven, dan is de kans groot dat gekozen zal worden voor proefprocedures om het oordeel van de rechter(s) daarover te verkrijgen. Juist bij afstemmingsproblemen ligt voor de hand dat de Nederlandse rechter het oordeel van de Unierechter leidend laat zijn door prejudiciële vragen te stellen. De kans dat tijdovende procedures met hoge kosten nodig zijn is dan ook aanzienlijk.

Daarnaast is tot nu toe vaak een aversie tegen formele procedures tegen de toezichthouder te zien. Zo lang onduidelijkheid over waarborgen en de afdwingbaarheid blijft bestaan, kiezen onder toezicht staande instellingen meestal voor de meest veilige interpretatie, waarin de bevoegdheden van de toezichthouder zo ruim mogelijk worden uitgelegd. Dat leidt tot afbrokkeling van de beoogde rechtsbescherming.

Overigens is de vraag welke rechtsregime wordt toegepast - het Europese of het nationale - ook van belang voor eventuele aansprakelijkheid wegens onrechtmatige besluiten. Op grond van art. 1:25d Wft is DNB niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzet of grove schuld. Op Europees niveau bestaat geen soortgelijke wettelijk vastgelegde aansprakelijkheidsbeperking.

De ECB heeft wel verzocht om een zelfde aansprakelijkheidsbeperking in Europees recht vast te leggen⁶⁹: *'De ECB is van oordeel dat de ECB, de nationale bevoegde autoriteiten en hun respectievelijke ambtenaren uitsluitend aansprakelijk mogen worden gesteld in gevallen van opzet of grove nalatigheid.'* Die beperking zou volgens de ECB consistent zou zijn met de case-law van het Hof waarin aansprakelijkheid uitsluitend wordt aanvaard in geval van

gekwalificeerde schending. Maar die case-law zou volgens de ECB onvoldoende zijn om speculatieve vorderingen te vermijden. Het verzoek van de ECB is in de in dit artikel besproken verordeningen echter niet gehonoreerd.

69. *Pb C* 30 van 1.2. 2013, p. 9, Advies van de ECB van 27 november 2012.