

Het ESFS Package: Naar een versterking van de rol van de Europese Toezichthoudende Autoriteiten (ESA's)

mr. drs. S.M.C. Nuijten en prof. dr. E.P.M. Joosen¹

Op 1 januari 2011 is het Europees Systeem van Financieel Toezicht van start gegaan. De drie Level 3 Lamfalussy comités (CESR, CEBS en CEIOPS) die begin jaren 2000 waren ingesteld zijn daarbij omgevormd naar de drie autoriteiten EBA, ESMA en EIOPA (hierna: ESA's). Deze autoriteiten geven adviezen aan de Europese wetgever over de inrichting van microprudentiële wet- en regelgeving voor de financiële markten en zij bereiden 'binding technical standards' voor (de 'regulation-rol'). De ESA's zijn daarnaast belast met het bewaken van de uniformiteit van het op financiële ondernemingen en financiële markten uitgeoefende toezicht (de 'supervision-rol'). In 2011 is ook de ESRB van start gegaan die met name een belangrijke rol speelt op 'macroprudentieel niveau' als waakhond ten behoeve van de bredere economie en het systeem van de financiële sector. Thans liggen er voorstellen ter tafel die moeten leiden tot versterking van de rollen van zowel de ESA's als de ESRB. Die versterking vindt plaats door hen meer bevoegdheden toe te kennen, de governance-regelingen binnen de ESA's en ESRB te hervormen en zorg te dragen voor betere voorwaarden voor de professionalisering van de organisaties van de ESA's en ESRB. In dit artikel wordt met name ingegaan op de taken van de ESA's op het vlak van de uniformering van wetgeving en de toezichtpraktijk. Daarbij wordt ook ingegaan op de wijzigingen van het voorstel die bedoeld zijn om EBA een prominenter rol te geven in het AML-toezicht.

1. De instelling van het Europees Systeem van Financieel Toezicht (ESFS)

In februari 2009 deed De Larosière-groep² klemmende aanbevelingen het Europees Systeem van Financieel Toezicht (hierna: ESFS) grondig te herzien vanwege het gebrek aan coördinatie en onduidelijkheid over de rol van de Level 3

1. Saskia Nuijten is advocaat te Amsterdam en lid van de redactie het Tijdschrift voor Financieel Recht en Bart Joosen is bijzonder hoogleraar financieel recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, verbonden aan het ZIFO instituut, advocaat te Amsterdam en lid van de redactie het Tijdschrift voor Financieel Recht.
2. De Larosière Groep is The High Level Group on Financial Supervision in the EU onder voorzitterschap van Jacques De Larosière welke adviescommissie is ingesteld door de Europese Commissie in het najaar van 2008 te midden van de financiële crisis die werd veroorzaakt door het faillissement van Lehman Brothers. Het De Larosière Rapport werd reeds in februari 2009 gepresenteerd en bevatte een blauwdruk voor alle hervormingen van de regulering van en het toezicht op de Europese en wereldwijde financiële markten. Veel, zo niet alle, aanbevelingen van De Larosière hebben geleid tot concrete stappen door de Europese wetgever.

Lamfalussy Comités³ in het Europese wetgevend proces.⁴ De Larosière concludeerde:

3. De drie Level 3 Comités die werden geïnstalleerd naar aanleiding van de aanbevelingen van Lamfalussy betreffen het Committee of European Securities Regulators (hierna: CESR), het Committee of European Banking Supervisors (hierna: CEBS) en het Committee of Insurance and Occupational Pension Supervisors (hierna: CEIOPS).
4. Het Lamfalussy-wetgevingsproces werd gelanceerd in 2001 naar aanleiding van de aanbevelingen in het rapport van het Committee onder voorzitterschap van Alexandre Lamfalussy: 'Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets', 15 februari 2001, zie: ec.europa.eu/internal_markets. Het was bedoeld om te bevorderen dat de in Lissabon in 2000 overeengekomen voornemens van de Europese Raad voor de verdere harmonisatie van de regulering van de financiële markten in het Financial Services Action Plan werden gerealiseerd en om te komen tot een gemeenschappelijke en uniforme toezichtspraktijk in de Europese effectenmarkten. Het Lamfalussy-wetgevingsproces adresseert de totstandkoming van geharmoniseerde Europese wet- en regelgeving op vier niveaus (Levels): (1) Kaderwetgeving van het Europese Parlement en de Raad op voordracht van de Commissie; (2) uitvoeringswetgeving door de Europese Commissie ('binding technical standards'); (3) aanbevelingen, richtsnoeren en common standards van de Level 3

'After having examined the present arrangements and in particular the cooperation within the level 3 committees, the Group considers that the structure and the role bestowed on the existing committees are not sufficient to ensure financial stability in the EU and all its Member States. Although the level 3 committees have contributed significantly to the process of European financial integration, there are a number of inefficiencies which can no longer be dealt with within their present legal structure (i.e. as advisory bodies to the Commission). This is why the Group proposes the establishment of a European System of Financial Supervision (ESFS).'

Het De Larosière rapport adviseerde de oprichting van het ESFS en de hervorming van de bestaande Level 3-Comités tot 'autoriteiten'. De rollen en bevoegdheden van deze autoriteiten zouden ten opzichte van de Lamfalussy comités (CESR, CEBS en CEIOPS) moeten worden versterkt, zowel op het vlak van de totstandkoming van Europese wet- en regelgeving als op het vlak van de coördinatie van het toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten ('National Competent Authorities', hierna: NCA). Deze aanbeveling leidde tot oprichting van de European Banking Authority (hierna: EBA)⁵, de European Insurance and Occupational Pensions Authority (hierna: EIOPA)⁶ en de European Securities and Markets Authority (hierna: ESMA)⁷. EBA, EIOPA en ESMA worden hierna aangeduid als de ESA's. De drie oprichtingsverordeningen worden hierna aangeduid als de 'ESA-Verordeningen'. Het De Larosière rapport bevatte voorts een aanbeveling tot oprichting van een autoriteit die wordt belast met het monitoren van de economie in de Europese Unie en de zich daarin ontwikkelende systeemrisico's. Deze aanbeveling leidde tot oprichting in 2010 van de European Systemic Risk Board ('ESRB') als macroprudentieel toezichthouder door de ESRB-Verordening.⁸

comités; en (4) beoordeling naleving door de Europese Commissie.

5. Verordening (EU) nr. 1093/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie, *PbEU*, L. 331, p. 12 e.v. (hierna: EBA-verordening).
6. Verordening (EU) nr. 1094/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/79/EG van de Commissie, *PbEU* L 331, p. 48 e.v. (hierna: EIOPA-Verordening).
7. Verordening (EU) nr. 1095/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/77/EG van de Commissie, *PbEU*, L. 331, p. 84 e.v. (hierna: ESMA-Verordening).
8. Verordening (EU) nr. 1092/2010 betreffende macroprudentieel toezicht van de Europese Unie

Het stelsel kan als volgt grafisch worden weergegeven:

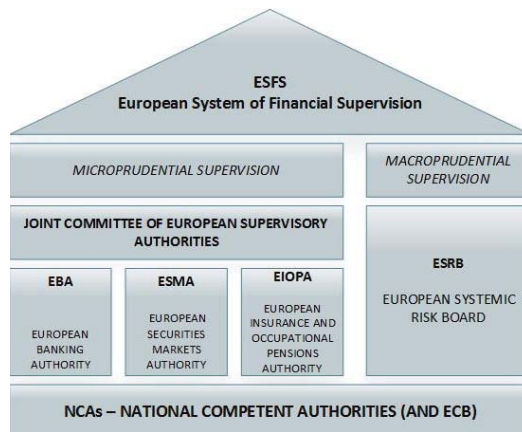


Diagram overgenomen door auteurs van vergelijkbaar diagram gepubliceerd door de Europese Raad.

2. De taken en bevoegdheden van de Europese Toezichhoudende Autoriteiten (ESA's)

Uit het De Larosière-rapport volgden drie fundamentele van het ESFS:

- i) *Het wetgevingsinstrument van een Europese verordening verdient voorkeur.* Europese wetgeving voor de financiële markten wordt bij voorkeur in de vorm van een direct in de rechtssfeer van de Europese lidstaten werkende verordening gegeven;
- ii) *Richtlijnen op basis van maximum harmonisatie.* Indien Europese wetgeving in de vorm van een richtlijn wordt gegeven, moet deze altijd uitgaan van het principe van maximum harmonisatie, waarbij zo min mogelijk lidstaat opties en zo min mogelijk 'gold plating' kan voorkomen; en
- iii) *De rol van de ESA's bij de totstandkoming van de Level 2-regels wordt aanmerkelijk versterkt.* Zij krijgen ten aanzien van de Level 2-regels⁹ mede-

op het financiële stelsel en tot oprichting van een Europees Comité voor systeemrisico's, *PbEU* L 331, p. 1 e.v.

9. De verwijzing naar 'Level 2' is een verwijzing naar de verschillende niveaus van het Lamfalussy proces. De medeverantwoordelijkheid voor het wetgevingsproces betreft derhalve uitdrukkelijk niet de kaderwetgeving in de vorm van richtlijnen en verordeningen van het Europees Parlement en de Raad nadat de Europese Commissie daartoe voorstellen doet. De verwijzing naar Level 2-regels moet tevens worden geplaatst in het perspectief van de daarvoor noodzakelijke mandaten in de 'Level 1-regels'. Pas nadat de Europese wetgever (dus Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, of, uitzonderlijk, de Raad zelfstandig handelend) een mandaat voor de betrokkenheid van de ESA's in de Level 1-regels opneemt, is er betrokkenheid van de ESA's. De Europese wetgever kan er ook voor kiezen, om een dergelijk mandaat niet op te nemen in de Level 1-regels, maar wel een mandaat te geven aan de

verantwoordelijkheid in het wetgevingsproces. Voorts wordt hun rol ten opzichte van de NCA's versterkt.¹⁰

De oprichting van de ESA's gaf nadere invulling aan het derde fundament. De taken van de ESA's zijn uitgewerkt in artikel 8(1)(a) (de zogenoemde 'regulation rol') en (b) (de zogenoemde 'supervision rol') van de ESA-Verordeningen. Op beide wordt hierna ingegaan.

De betrokkenheid van de ESA's bij de totstandkoming van Level 2 regels is vastgelegd in artikel 8(1)(a) van de ESA-Verordeningen: 'bijdragen tot de invoering van kwalitatief hoogstaande gemeenschappelijke regulerings- en toezichtnormen en -praktijken' (de 'regulation rol'). Deze taak wordt ingevuld door het uitbrengen van adviezen aan de Europese wetgever omtrent de door de Commissie vast te stellen gedelegeerde verordeningen (technische uitvoeringsnormen en technische reguleringsnormen). Sinds de totstandkoming van het ESFS is deze fundamentele rol van de ESA's geschraagd in vele mandaten die in de Level 1 kaderwetgeving zijn neergelegd. Deze mandaten richten zich tot de ESA's met het oog op het vaststellen van zogenaamde 'binding technical standards'. Het begrip 'binding' richt zich niet zozeer tot de ondernemingen en de burgers ten aanzien waarvan de regels gelden. De 'binding' moet in deze uitdrukking worden geïnterpreteerd als de inperking van de bewegingsvrijheid van de Europese Commissie om af te wijken van de concept technische uitvoeringsnormen (de zogenaamde Implementing Technical Standards, hierna: ITS) en de technische reguleringsnormen (de zogenaamde Regulatory Technical Standards, hierna: RTS) die door de ESA's worden voorbereid.

De procedure voor vaststelling van technische reguleringsnormen is geregeld in artikel 10 ESA-Verordeningen en houdt in dat de Commissie binnen drie maanden na ontvangst van de concept technische reguleringsnorm aan de desbetreffende ESA moet laten weten of het concept 'wordt bevestigd'. Indien de Commissie besluit om het concept van de technische reguleringsnorm geheel of gedeeltelijk te verwerpen, stuurt de Commissie het concept terug aan de desbetreffende ESA en motiveert de Commissie waarom het concept niet is bevestigd. De ESA dient dan het concept te heroverwegen en brengt hetzij een herzien concept

in bij de Commissie, hetzij verwerpt het bezwaar van de Commissie tegen het oorspronkelijke concept. Indien de Commissie geen gewijzigd concept van de desbetreffende ESA heeft ontvangen, mag de Commissie de technische reguleringsnorm 'aannemen met de wijzigingen die zij relevant acht, dan wel de norm verwerpen'. Zie hiervoor artikel 10(1) van de ESA-Verordeningen. In artikel 15 van de ESA-Verordeningen is een vergelijkbare procedure opgenomen voor technische uitvoeringsnormen. In dat geval mag de Commissie niet zelfstandig wijzigingen aanbrengen in de door de desbetreffende ESA aangereikte concept voor de technische uitvoeringsnormen, zonder dit af te stemmen met de desbetreffende ESA. Met name ten aanzien van de technische uitvoeringsnormen geldt dat de ESA's een medeverantwoordelijkheid dragen voor de totstandkoming van Europese wetgeving.

Het is eerder uitzondering dan regel dat de Europese Commissie afwijkt van de door de ESA's voorbereide 'binding technical standards'. Een belangrijk voorbeeld van de moeizame situatie die kan ontstaan indien de ESA's en de Commissie het niet eens kunnen worden over de inhoud van de normen, betrof de totstandkoming van de technische reguleringsnorm betreffende de risicobeheersingsmaatregelen voor OTC-derivaten. Door de (openbaar uitgevochten) stevige discussie tussen de Europese Commissie en de gezamenlijke ESA's heeft de inwerkingtreding van de thans geldende regeling van Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/2251 van 4 oktober 2016¹¹ meer dan anderhalf jaar vertraging opgelopen. De toepassing van artikelen 10 en 15 van de ESA-Verordeningen is een van de belangrijkste knelpunten voor de praktijk geweest in het functioneren van het ESFS, omdat hierdoor wetgevingsprocessen grote vertraging oplopen en de praktijk vaak ook niet meer weet welke richting het opgaat met de toekomstige regelgeving. Toch worden de artikelen 10 en 15 ESA-Verordeningen niet aangepast in het 'ESFS-Package' (zie hierna paragraaf 3 wat dat pakket aan maatregelen behelst).

Een tweede belangrijke taak van de ESA's in de 'regulation rol' betreft het vaststellen van richtsnoeren en aanbevelingen (bijvoorbeeld in de vorm van 'opinions'). Daarnaast is artikel 8(1) (a) van de ESA-Verordeningen de grondslag voor de Question and Answer ('Q&A') praktijk die in de afgelopen jaren steeds belangrijker is geworden. De adviezen, richtsnoeren, aanbevelingen en

Europese Commissie om zogenaamde 'delegated acts' vast te stellen, of 'technische reguleringsnormen' of 'technische uitvoeringsnormen'. Deze regels stelt de Commissie dan vast, zonder betrokkenheid van de ESA's, althans deze hoeft de Commissie dan niet bij het wetgevingsproces te betrekken.

10. Zie voor een verdere uitwerking van deze materie: E.P.M. Joosen en R.P. Raas, 'Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, *Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht, Deel 118 in de Serie van het Van der Heijden Instituut*, Wolters Kluwer (2013), met name het tweede deel van het preadvies: *De Wft Voor en Na het Europese Single Rule Book*, en de daarin opgenomen literatuurverwijzingen.

11. Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/2251 van de Commissie van 4 oktober 2016 tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters ten aanzien van technische reguleringsnormen met betrekking tot risicolimiteringstechnieken voor niet door een centrale tegenpartij geclearde otc-derivatencontracten, PbEU L 340.

Q&As vormen samen het geheel aan Level 3 regels vanwege de ESA's.

Artikel 8(1)(b) ESA-Verordeningen¹² geeft de ESA's naast de 'regulation rol' een tweede belangrijke rol: de ESA's worden geacht de samenwerking tussen de NCA's op het vlak van de uitoefening van hun toezichtbevoegdheden te coördineren en te bewaken dat binnen de Europese Unie sprake is van een eenvormige praktijk van toezicht op financiële ondernemingen en financiële markten (de 'supervision rol'). Bovendien zijn de ESA's gepositioneerd als arbiter in geval van geschillen tussen meerdere NCA's bij de uitoefening van toezicht, met name in gevallen waarin sprake is van een groep van financiële ondernemingen ten aanzien waarvan twee of meer NCA's bevoegdheden kunnen uitoefenen. Zie artikelen 8(1)(i) en 19 van de ESA-Verordeningen.

De ESA's kregen met deze bevoegdheden een belangrijke rol in het proces van totstandkoming van de Europese wetgeving voor de financiële markten en de uniformering van het op die financiële markten en de daarin werkzame ondernemingen uitgeoefende toezicht.

Naast deze twee belangrijke rollen van de ESA's die gemeenschappelijk zijn voor EBA, EIOPA en ESMA, is een gemeenschappelijke en belangrijke bevoegdheid de regeling van artikel 17 in de ESA-Verordeningen, de 'Inbreuk op het Unierecht' procedure. Deze regeling geeft de ESA's de bevoegdheid om NCA's aan te spreken op inbreuken in de toepassing van de 'Level 1' wetgeving of de op grond daarvan vastgestelde (technische) uitvoeringsregelingen¹³. Deze inbreukprocedure moet worden geplaatst in het verlengde van de 'supervision rol'; deze procedure heeft met name het oogmerk te bevorderen dat de NCA's erop toezien dat 'financiële marktdeelnemers' Uniewetgeving naleven. Met deze procedure wordt, met andere woorden, een *level playing field* nagestreefd. Uniewetgeving moet in alle lidstaten op dezelfde wijze worden toegepast en gehandhaafd.

De artikel 17-procedure is, voor zover we dat hebben kunnen nagaan, slechts een enkele keer door EBA toegepast.¹⁴ Verzoeken om deze

procedure te starten zijn meestal juist afgewezen. De mogelijkheden om een rechtsmiddel in te stellen tegen zo'n afwijzing zijn zeer beperkt.¹⁵ Een opvallende ontwikkeling, waarover hierna nog zal worden uitgebreid, betreft de toepassing van de artikel 17-procedure door EBA ten aanzien van de naleving van wetgeving gericht op het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering ('AML-CFT'). Zo heeft EBA recent aangekondigd een artikel 17-procedure te starten ten aanzien van de naleving door de autoriteiten in Denemarken en Estland van de AML-CFT-wetgeving, een en ander in het kader van het schandaal bij Danske Bank¹⁶. Eerder gaf EBA aan de Maltese autoriteiten al een aanbeveling ten aanzien van de naleving van AML-CFT-wetgeving op basis van een onderzoek naar de ontwikkelingen bij Pilatus Bank Ltd.¹⁷

De artikel 17-procedure geeft ook invulling aan het gebruik van de benaming 'autoriteit' in de benamingen van EBA, EIOPA en ESMA. Deze benaming veronderstelt dat zij ook zijn gepositioneerd als toezichthoudende autoriteiten, waarbij aan hen rechtstreekse toezichthoudende bevoegdheden op de financiële markten en de deelnemers aan die markten zijn toegekend, ter vervanging van de bevoegdheden van de NCA's. Die invulling is voor het overige (tot dusverre) beperkt. Hoewel de ECB in het banktoezicht op Europees niveau in het kader van het Single Supervisory Mechanism (SSM) brede en rechtstreeks inzetbare bevoegdheden heeft, is daarvan in het geval van de ESA's slechts in een beperkte mate sprake:

1. aan ESMA zijn rechtstreekse en exclusieve¹⁸ toezichtbevoegdheden toegekend, ten aanzien van markttoegang en het permanente toezicht

12. De tekst van dit artikellid luidt volledig: 'bijdragen tot de consistente toepassing van de juridisch bindende handelingen van de Unie, met name door tot een gemeenschappelijke toezichtpraktijk bij te dragen, de consistente, efficiënte en effectieve toepassing van de in artikel 1, lid 2, genoemde handelingen te verzekeren, reguleringsarbitrage te voorkomen, bij meningsverschillen tussen de bevoegde autoriteiten te bemiddelen en een schikking te treffen, een doeltreffend en consistent toezicht op financiële instellingen en een coherente werking van de colleges van toezichthouders te waarborgen en maatregelen te nemen in onder meer noodsituaties'. Hierna wordt nog een enkele beschouwing gegeven over het laatste zinsdeel van deze tekst, de interventiebevoegdheden bij noodsituaties.
13. De technische reguleringsnormen en de technische uitvoeringsnormen.
14. In het verslag van de eerste evaluatie van de ESA-

Verordeningen (COM(2014) 509) van 8 augustus 2014 wordt opgemerkt dat de ESA's geen aanbevelingen hebben gedaan of bindende besluiten hebben genomen uit hoofde van de artikelen 17 tot en met 19 van de ESA-verordeningen, maar dat zij wel gebruik hebben gemaakt van hun niet-bindende bemiddelingsbevoegdheden en morele overreding.

15. Zie Hof van Justitie 9 september 2015, ECLI:EU:T:2015:608.
16. Deze artikel 17-procedure is ingeleid door een brief van de Europese Commissie van 21 september 2018 aan EBA (Ref. Ares(2018)4866024) en de brief is opgevolgd door EBA door zijn brief van 18 februari 2019 (EBA-2019-D-2288) aan de Europese Commissie waarin is aangekondigd dat EBA de artikel 17-EBA-Verordening procedure zal inleiden.
17. Deze artikel 17-procedure is ingeleid door een brief van de Europese Commissie van 23 oktober 2017 aan EBA (een verzoek dat op 14 februari 2018 door het Parlement werd herhaald) waarna EBA op 23 mei 2018 een onderzoek is gestart en op 11 juli 2018 een aanbeveling heeft gedaan (Ref. EBA/REC/2018/02).
18. Dat wil zeggen dat ESMA deze bevoegdheden rechtstreeks en, in beginsel, zonder betrokkenheid van de NCA's uitoefent.

op credit rating agencies¹⁹, trade repositories²⁰ en securitisation repositories²¹;

2. aan zowel ESMA (op grond van regelingen in MiFIR²²) als EIOPA (op grond van regelingen in de PRIIPs-verordening²³) is ten aanzien van product-interventie de bevoegdheid toegekend tot het rechtstreeks interveniëren bij de aanbidding van bepaalde financiële producten in de Europese Unie. Deze interventiebevoegdheden sorteren direct effect ten aanzien van de ondernemingen die deze producten beogen aan te bieden of aanbieden. In zoverre functioneren ESMA en EIOPA dan als toezichhouder op de financiële markten en de daarin aangeboden financiële producten.
3. ten slotte kunnen de ESA's in uitzonderlijke gevallen ook rechtstreekse interveniërende bevoegdheden uitoefenen ten aanzien van situaties waarin door NCA's toezicht wordt uitgeoefend op financiële ondernemingen of ten aanzien van product- of dienstenaanbod. Uitgaande van de tekst van artikel 18 van de EBA-Verordening, kan EBA 'Ingeval van ongunstige ontwikkelingen die de ordelijke werking en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het financiële stelsel in de Unie geheel of gedeeltelijk ernstig in gevaar kunnen brengen' specifieke bevoegdheden uitoefenen, die uiteindelijk kunnen uitmonden in door EBA aan één of meer individuele NCA's te verstrekken instructies die dienen te worden opgevolgd en die leiden tot concrete toezicht

maatregelen.²⁴

3. De evaluatie van het functioneren van de ESA's en ESRB en het ESFS-Package

Op basis van evaluatiebepalingen in de ESA-Verordeningen en de ESRB-Verordening diende de Europese Commissie drie jaar na de oprichting van de ESA's en de ESRB (en vervolgens om de drie jaar) een evaluatierapport uit te brengen aan het Europees Parlement en de Raad. Dit rapport is in augustus 2014, na een publieke consultatie²⁵, gepubliceerd.²⁶ Hierin constateert de Commissie dat het ESFS in zijn aard adequaat heeft gefunctioneerd, maar dat verbeteringen noodzakelijk zijn om de effectiviteit van het werk van deze instanties te verbeteren. De voorgestelde verbeteringen luiden als volgt:

- Verbetering van de procedures rondom de voorbereiding van de Level 2 regels, bijvoorbeeld door de consultatietermijnen die de ESA's vaststellen te verlengen, zodat marktparticipanten meer gelegenheid krijgen hun consultatie-inbreng voor te bereiden. En verbetering van de transparantie bijvoorbeeld door meer gedetailleerde feedback te geven op de ontvangen consultaties;
- De ESA's zouden een belangrijker rol moeten spelen in de consumenten- en beleggersbescherming en op dit vlak moet het werk van de ESA's ook prominenter bekend worden gemaakt aan de markt. Een van de constatering is bijvoorbeeld dat de waarschuwingen van de ESA's betreffende handel in vreemde valuta, online beleggingen, contracts for difference en cryptocurrencies nauwelijks bekend waren bij het publiek;
- Er moet een verdere professionalisering komen van de organisaties van de ESA's zodat de deskundigheid op bepaalde technische terreinen toeneemt, en de bezetting van de organisaties ook wordt opgeschaald naar de toegenomen omvang van de taken van de ESA's. De rol en invloed van het personeel van de ESA's in werkgroepen, vaste commissies, taskforces et cetera dienen ook te worden verbeterd en versterkt;
- Versterking van de focus op een gemeenschappelijke toezichtcultuur en de convergentie van toezicht om te zorgen voor de consistente tenuitvoerlegging en toepassing

19. Zie Titel III (Toezicht op de ratingactiviteiten) artikelen 14 e.v. Verordening (EG) nr. 1060/2009 van het Europees Parlement en de Raad inzake ratingbureaus *PbEU* L 302 van 17 november 2009, p. 1 e.v.

20. Zie Titel IV (Registratie van en toezicht op transactieregisters), artikelen 55 e.v. Verordening (EU) nr. 648/2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, *PbEU* L 201 van 27 juli 2012, p. 1 e.v.

21. Zie Hoofdstuk 3 (Voorwaarden en procedures voor de registratie van een securitisatieregister), artikelen 10 e.v. van Verordening (EU) 2017/2402 tot vaststelling van een algemeen kader voor securitisatie en tot instelling van een specifiek kader voor eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde securitisatie, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/65/EG, 2009/138/EG en 2011/61/EU en de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 648/2012, *PbEU* L 347 van 28 december 2017, p. 35 e.v.

22. Zie Titel VII (Toezichtmaatregelen voor productinterventie en posities) van Verordening (EU) nr. 600/2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2014, *PbEU* L 173, p. 84 e.v.

23. Zie Hoofdstuk III (Bevoegdheden voor markttoezicht en productinterventie), artikelen 15 e.v. van Verordening (EU) nr. 1286/2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's), *PbEU* L 352 van 9 december 2014, p. 1 e.v.

24. Zie hiervoor het bepaalde in artikel 18(3) EBA-Verordening. De andere twee ESA-Verordeningen kennen nagenoeg geluidluidende bepalingen.

25. http://ec.europa.eu/finance/consultations/2013/esfs/index_en.htm.

26. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de werking van de Europese toezichhoudende autoriteiten (ETA's) en het Europees Systeem voor financieel toezicht (ESFS) COM(2014) 509 van 8 augustus 2014. Onder COM(2014)508 werd tegelijkertijd een verslag uitgebracht over de werking van het ESRB.

van de EU-wetgeving. Dit zou moeten worden gerealiseerd door meer en beter gebruik te maken van collegiale toetsingen van de werkzaamheden van de NCA's en een meer systematische follow-up te waarborgen in geval van tekortkomingen, onder meer door in voorkomende gevallen vaker gebruik te maken van het instrument van de eerder besproken Inbreuk op Unierecht procedure. Bindende bemiddeling zou blijken het rapport van de Commissie tot dat moment door ESA's niet zijn ingezet vanwege de bestuurlijke structuur van de ESA's, het afschrikkende effect en onduidelijkheid over werkingssfeer en triggers.

De verbetervoorstellen van augustus 2014 zijn onderverdeeld in voorstellen voor de korte en voorstellen voor de middellange termijn. In de verbetervoorstellen voor de korte termijn, wordt door de Europese Commissie gesuggereerd dat de ESA's op grond van de ESA-Verordeningen over voldoende bevoegdheden beschikken om een aantal van de voorgestelde verbeteringen door te voeren. Daarnaast zegt de Commissie toe enkele verbeteringen voor de korte termijn door te voeren. Naar ons inzicht is ook daadwerkelijk opvolging gegeven aan deze voorstellen, bijvoorbeeld door de merkbare uitbreiding van de bevoegdheden van de ESA's ten aanzien van productinterventie (hierover hebben we hiervoor reeds opmerkingen gemaakt), de uitbreiding van de rol van ESMA als rechtstreekse en exclusieve toezichthouder (bijvoorbeeld de securitisation repositories) en de frequentere toepassing de laatste jaren van de procedure van artikel 17 ESA-Verordeningen.

Voor de middellange termijn diende de Commissie te komen met voorstellen voor de herziening van de ESA-Verordeningen en de ESRB-Verordening. In 2016 en 2017 zijn consultaties georganiseerd voor de voorgenomen herziening van de regels voor het ESFS. De consultatie in de herfst van 2016 zag met name op de ESRB, de consultatie in het voorjaar van 2017 op de activiteiten van de ESA's. Mede gebaseerd op deze consultaties heeft de Commissie op 20 september 2017 herzieningsvoorstellen gepubliceerd ter versterking van het ESFS, bestaande uit een mededeling²⁷ en voorstellen voor wijziging van onder meer de ESA-verordeningen.²⁸ (het 'ESFS Package') De herziening van het ESFS wordt in de voorstellen daarnaast ook gebruikt voor een aantal andere doelstellingen:

- a. verwezenlijking van de ambities van de Capital Markets Union, zoals in 2015 gelanceerd.²⁹ Deze doelstelling is verweven met de versterking van

27. Mededeling van de Europese Commissie 'Reinforcing integrated supervision to strengthen Capital Markets Union and financial integration in a changing environment', COM (2017) 542 final.

28. Zie hierna.

29. Mededeling van de Europese Commissie, Actieplan voor de opbouw van een kapitaalmarktunie, COM(2015) 468, final van 30 september 2015.

de rol van ESMA, die wat de Commissie betreft moet uitgroeien tot een Europese SEC;

- b. de agenda voor het realiseren van de Klimaatdoelstellingen na de totstandkoming van het Verdrag van Parijs. Deze doelstelling komt terug in de omvangrijke voorstellen tot aanpassing van de bevoegdheden van de ESA's en de rol van de ESRB;
- c. de ESA-herziening is ook aangegrepen om te komen tot regelingen in het kader van Brexit.³⁰

De herziening van het ESFS is daarmee verworpen tot een zeer omvangrijk en zeer ambitieus project waarin de Commissie ook op zoek gaat naar de grenzen die in de Europese verdragen zijn getrokken ten aanzien van de verdeling van de bevoegdheden tussen de Europese instellingen en de lidstaten van de Europese Unie. In veel lidstaten werden de voorstellen van de Commissie beschouwd als een tèt verregaande uitholling van de soevereiniteit van de lidstaten.

De reactie van Nederland is verwoord in de Brief van de Regering aan de Tweede Kamer van 27 oktober 2017.³¹ Kort gezegd heeft Nederland een positieve houding ten aanzien van de versterking van de rol van ESMA op het vlak van directe toezichtbevoegdheden, bijvoorbeeld ten aanzien van het prospectustoezicht ook al leidt dat tot een overheveling van bevoegdheden van de AFM naar ESMA. Ten aanzien van de versterking van de rollen van EBA en EIOPA ziet Nederland een minder dringende noodzaak. Ten aanzien van de voorstellen voor de financiering van de ESA's pleit Nederland voor een stelsel dat meer overeenstemming vertoont met het Nederlandse stelsel, waarbij de sector het toezicht min of meer volledig bekostigt. Tenslotte meent Nederland dat de versterking van de rol van de ESRB dient

30. De voorstellen in het kader van Brexit komen met name tot uitdrukking in de herziening van Verordening (EU) nr. 648/2012 (EMIR) waarin ESMA zou worden gepositioneerd als een exclusieve toezichthouder ten aanzien van Centrale Tegenpartijen (CCPs). Dit voorstel komt er op neer dat ESMA zou worden belast met taken en bevoegdheden van een prudentiële toezichthouder op dergelijke financiële ondernemingen. Met name dit verregaande voorstel van de Commissie kon rekenen op veel weerstand bij de lidstaten. De teksten van het voorstel zijn opgenomen in Amendment of pending proposal for a Regulation amending Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) and amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the procedures and authorities involved for the authorisation of CCPs and requirements for the recognition of third-country CCPs (EMIR II Commission's proposal), COM(2017) 539 van 20 september 2017.

31. Zie Brief van de Regering aan de Tweede Kamer van 27 oktober 2017, Brief regering; Fiche: Voorstellen tot aanpassing van de Europese Toezichthoudende Autoriteiten en het Europees Comité voor Systemrisico's (ESFS-review package) - Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie, *Kamerstukken II* 22 112, nr. 2415.

te worden uitgebreid met een rol ten aanzien van systeemrisico's in de verzekeringssector. De verdere onderhandelingen over de in september 2017 gepubliceerde wijzigingsvoorstellen van de Commissie hebben geleid tot een aanmerkelijke afzwakking van de oorspronkelijke plannen in het op 4 februari 2019 door de Europese Raad gepubliceerde 'Presidency compromise'. Hierin zijn veel van de oorspronkelijke ESFS-voorstellen verwijderd en beoogt de Raad te komen tot een acceptabel compromis voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de ESA's, en de ESRB enerzijds en de lidstaten en de NCA's anderzijds. Het door de Raad gepubliceerde ESFS Package bestaat uit een viertal voorstellen tot wijziging van Europese regelgeving. De meest omvangrijke wijziging betreft de verordening tot wijziging van de ESA-Verordeningen³² ('Omnibusverordening')³³. Voorts is er een voorstel tot wijziging van de ESRB-Verordening³⁴, van de Solvency II en MiFID II richtlijnen³⁵ en van EMIR³⁶. Het zijn deze Presidency Compromise teksten van 4 februari 2019 die we in het vervolg van dit artikel bespreken. We hebben geen zicht op of informatie over de verdere resultaten van de lopende triloog onderhandelingen

over het ESFS Package bij het afsluiten van de kopij van dit artikel medio maart 2019.

4. Wijzigingen ten aanzien van werkgebied, taken en bevoegdheidstoedeling ESA's

De voorstellen van het ESFS-Package raken zowel aan het werkgebied van de ESA's als aan hun taken en bevoegdheden. Onder werkgebied wordt verstaan de definiëring van de onderdelen van de Europese materieelrechtelijke wetgeving waarop de ESA's hun taken en bevoegdheden uitoefenen. De taken van de ESA's zijn, zoals hiervoor besproken, samen te vatten in hun rol bij de totstandkoming van Europese wetgeving en hun rol een uniforme toezichtpraktijk te bevorderen. Voor de uitoefening van die taken kennen de ESA-Verordeningen bevoegdheden aan de ESA's toe. De ESA's zijn niet gerechtigd om zelfstandig wetgeving vast te stellen, hun rol is in dat verband beperkt tot voorbereidende handelingen. Op andere fronten worden wel rechtstreekse bevoegdheden aan de ESA's toegekend, zoals bijvoorbeeld het geven van richtsnoeren en aanbevelingen, of de bevoegdheid tot geschilbeslechting bij eventuele conflicten tussen NCA's.

Artikel 1(2) van de ESA-Verordeningen beschrijft het werkgebied en de reikwijdte van de taken en bevoegdheden van de ESA's, door te verwijzen naar de materieelrechtelijke (Europese) regelingen ten aanzien waarvan de ESA's bevoegdheden uitoefenen. Sinds de vaststelling in 2010 van de ESA-Verordeningen is er een grote reeks nieuw vastgestelde verordeningen en richtlijnen in werking getreden. Om die reden wordt in de Omnibusverordening voorgesteld artikel 1 in de ESA-Verordeningen aan te passen door bij de verwijzing oorspronkelijke regelingen door nieuwe te vervangen en daarnaast materieelrechtelijke regelingen toe te voegen.

De toevoegingen zijn niet alle uitbreidingen van de bevoegdheden, maar soms ook verduidelijking van reeds eerder aan ESA's toegekende mandaten. Er was gaandeweg een discrepantie ontstaan in de in materieelrechtelijke Level 1 regelingen opgenomen mandaten (bijvoorbeeld tot het vaststellen van richtsnoeren of technische regels), en de afdekking daarvan in de ESA-Verordeningen. Als voorbeeld kan worden gewezen op de Richtlijn betaaldiensten³⁷ die voorziet in een aantal belangrijke rollen van EBA³⁸. In de EBA-Verordening werd verwezen

32. Zie: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority); Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority); Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority); Regulation (EU) No 345/2013 on European venture capital funds; Regulation (EU) No 346/2013 on European social entrepreneurship funds; Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments; Regulation (EU) 2015/760 on European long-term investment funds; Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds; and Regulation (EU) 2017/1129 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market, Presidency Compromise Proposal, 4 februari 2019, Interinstitutional File: 2017/0230(COD).

33. Zie ook Kamerstukken II 2017/18, 22 112, nr. 2415, p. 14 en verder naar aanleiding van het Commissievoorstel van 2017.

34. Zie: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1092/2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, Interinstitutional File: 2017/0232(COD).

35. Zie: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments and Directive 2009/138/EC on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), Presidency Compromise Proposal, 4 februari 2019, Interinstitutional File: 2017/0231(COD).

36. Zie voetnoot 32.

37. Richtlijn (EU) 2015/2366, PbEU L 337 van 23 december 2015, p. 35 e.v. ('PSD2')

38. Bijvoorbeeld artikel 5(4) PSD2 inzake de criteria voor de vaststelling van het minimumgeldbedrag, artikel 5(5) PSD2 inzake de gegevens die bij een vergunningaanvraag moeten worden verstrekt, artikel 15 PSD2 inzake een centraal door EBA te beheren register, artikel 28(5) PSD2 betreffende de samenwerking en informatie-uitwisseling

naar de oude Richtlijn 2007/64/EG waarin geen enkel mandaat voor EBA was opgenomen. Het aantal uitbreidingen vanwege regelingen die sinds de vaststelling van de ESA-Verordeningen zijn ingevoerd is beperkt. Daarvan belichten we slechts een enkele opvallende aanvulling die voortvloeit uit de Omnibusverordening en in paragraaf 7 gaan we afzonderlijk in op het toezicht op de naleving van AML-CFT-regelgeving. De uitbreiding van de bevoegdheden van ESMA met betrekking tot direct toezicht op cruciale benchmarks en de zogeheten 'verstrekkers van een consolidated tape' wordt hier niet nader besproken.

Ten aanzien van EBA is opvallend dat het werkterrein wordt uitgebreid naar de Richtlijn Consumentenkrediet³⁹ zonder dat EBA tevens bevoegdheden krijgt ten aanzien van de Richtlijn hypotheekkrediet.⁴⁰ De achtergrond van de uitbreiding van het werkterrein van EBA ten aanzien van consumentenkrediet is dat de Commissie beoogt om de ESA's een grotere rol te laten spelen ten aanzien van het toezicht op productaanbiedingen in de Europese Unie en consumenten- en beleggersbescherming. In het kader van consumentenkrediet ziet de Commissie met name een rol voor EBA en ESMA weggelegd. Hoewel in de Omnibusverordening artikel 1(2) EBA-Verordening niet wordt uitgebreid met een mandaat voor EBA op het terrein van de Richtlijn hypotheekkrediet, wordt er dan weer wel aan EBA opgelegd om nauwe samenwerking te zoeken met de NCA's die verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de regels van deze richtlijn.

Bij het lezen van de teksten voor aanpassing van ieder artikel 1(2) van de drie ESA-Verordeningen, bekruipt het gevoel dat de redactie onzorgvuldig is en op vele punten tekortschiet. Bij de wijziging van artikel 1(2) van de ESMA-Verordening wordt nog verwezen naar MiFID I van 2004⁴¹, terwijl (uiteraard) een verwijzing naar de recentere MiFID II⁴² op zijn plaats was geweest. Een belangrijker gebrek is dat er regelingen ontbreken in de opsomming waarbij de ESA's in de Level 1 materieelrechtelijke regelingen belangrijke taken toebedeeld hebben gekregen. Zo ontbreekt in de te wijzigen bepaling van de EBA-Verordening en in de ESMA-Verordening een verwijzing naar Verordening (EU) 2017/2402 (Securitisatieverordening), terwijl in die verordening belangrijke rollen zijn weggelegd voor beide ESA's. Er zouden nog diverse andere voorbeelden van dergelijke lacunes kunnen worden gegeven. Hopelijk zal op dit vlak nog gewerkt worden aan een betere redactie. Het is belangrijk dat de tekst van artikel 1(2) ESA-Verordeningen goed is geconcipieerd, omdat er in de ESA-Verordeningen vaak zelf intern naar dit artikel wordt verwezen

in het kader van de reikwijdte van de taken en bevoegdheden van de ESA's. Wordt dit niet opgelost dan zal opnieuw onduidelijkheid ontstaan over de reikwijdte van het mandaat van de ESA's, zoals de hierboven beschreven onduidelijkheid ten aanzien van de Richtlijn Betaaldiensten, die de Omnibusverordening nu juist beoogt weg te nemen.

Naast deze uitbreidingen van het werkgebied van de ESA's is er ook sprake van een uitbreiding van taken van deze instanties. Artikel 8 van de ESA-Verordeningen beschrijft de taken (en bevoegdheden) van de ESA's. In alle drie de ESA-Verordeningen wordt artikel 8 aangevuld met nieuwe taken en wordt de redactie van enkele bestaande taken aangescherpt en gewijzigd. We belichten een aantal opvallende wijzigingen.

Ten eerste is bij alle ESA's sprake van een aanvulling van de bevoegdheden om adviezen te verstrekken en om de werkzaamheden van NCA's betreffende technologische innovatie in de financiële markten en innovatieve en duurzame bedrijfsmodellen te coördineren. Met innovatie wordt onder meer bedoeld op de ontwikkelingen op het vlak van FinTech maar ook op het terrein van cryptocurrencies en andere 'nieuwe' financiële producten. Deze wijzigingen in de ESA-Verordeningen vormen de grondslag voor de bevoegdheid voor de ESA's om initiatieven op dit vlak te ontplooien. De ESA's hebben de aanpassing van de ESA-Verordeningen niet afgewacht en publiceerden onlangs een advies over de organisatie in de lidstaten van 'innovatie-hubs' en 'regulatory sandboxes'. In dat advies worden de verschillende benaderingen in kaart gebracht die in de lidstaten zijn gevolgd. Als het ware worden de best practices gepresenteerd, zodat andere lidstaten zich kunnen richten op die best practices.⁴³ Het werken met openbaar gemaakte 'best practices' van een of meerdere NCA's is een methode om binnen de Europese Unie te komen tot convergentie van toezichtpraktijken door andere NCA's die nog niet waren overgegaan tot het ontplooien van initiatieven op dit vlak.

Ten tweede is sprake van een zekere kanteling van de verhoudingen tussen de ESA's en de NCA's, waarbij de oorspronkelijke filosofie van de ESA's als verzameling van samenwerkende NCA's lijkt te worden verlaten. In een aantal opzichten wordt de 'bottom up' benadering die ten grondslag lag aan de omvorming van de Level 3 Comités naar de ESA's, gewijzigd naar een 'top-down' benadering. Veel meer dan het geval was bij de inrichting van de procedures en regelingen tussen de NCA's en de ESA's in de teksten van de ESA-Verordeningen, wordt nu aan de ESA's het recht van initiatief gegeven om op het terrein van toezichtbeleid sturend op te treden ten aanzien van de werkzaamheden van de NCA's.

door de NCA's en artikel 95 PSD2 inzake beveiligingsmaatregelen.

39. Richtlijn 2008/28/EG.

40. Richtlijn 2014/17/EU.

41. Richtlijn 2004/39/EG.

42. Richtlijn 2014/65/EU.

43. Joint Report ESMA, EBA en EIOPA, 'FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs', JC 2018 74.

Een duidelijk voorbeeld hiervan is de nieuwe regeling van artikel 29a (Common Supervisory Priorities). In deze regeling zal de 'Board of Supervisors' van de ESA's, die bestaat uit alle vertegenwoordigers van de NCA's, jaarlijks twee onderwerpen kunnen definiëren die relevant zijn voor de gehele Europese Unie en die opgenomen dienen te worden in de 'werkprogramma's' van de NCA's. Deze nieuwe procedure van de vaststelling van toezichtprioriteiten die vanuit de ESA's aan de NCA's worden opgelegd, leidt tot een wijziging in de autonome bevoegdheden van de NCA's die voorheen op dit vlak bestonden. Het komt er derhalve op neer, dat de ESA's een grotere regiefunctie krijgen op het vlak van het stellen van toezichtprioriteiten. Daarnaast wordt de rol van de ESA's in de peer reviews die zij op de NCA's verrichten ook versterkt. Ze zullen door commissies worden verricht waar ook de staf van de ESA's deel van uitmaakt, er zal een rapport worden opgesteld, twee jaar later wordt over de follow up gerapporteerd en deze rapporten worden in beginsel gepubliceerd.

Als we het huidige voorstel vergelijken met het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, dan is echter duidelijk dat juist op dit punt het voorstel sterk is afgezwakt. Het betekent dat, met name in het verband van EBA en EIOPA, de rol van de NCA's sterker blijft en, met andere woorden, de soevereiniteit van de lidstaten wordt behouden. Ten aanzien van ESMA is er wel een verschuiving van de soevereiniteit waar te nemen, ook al is dat eveneens minder dan het geval was in de oorspronkelijke voorstellen van de Commissie.

5. Wijzigingen ten aanzien van de ESRB

De ESRB is in 2010 ingesteld als een onafhankelijk adviesorgaan op het vlak van het macroprudentiële toezicht. De belangrijkste taak van de ESRB betreft het monitoren of in de EU systeemrisico's kunnen worden onderkend. Zo ja, dan kan de ESRB zich wenden tot de Europese instellingen en de afzonderlijke lidstaten met aanbevelingen om de zich ontwikkelende systeemrisico's te bestrijden. In dit verband is de ESRB betrokken bij het bewaken van de stabiliteit van het financiële stelsel. Naast deze belangrijke monitoringsfunctie is de ESRB voorts belast met het geven van adviezen en het verrichten van studies ter voorbereiding van politieke besluitvorming ten aanzien van onderwerpen van macroprudentiële aard. Een belangrijk voorbeeld is de ontwikkeling van een raamwerk voor Sovereign Bond Backed Securities, welke door de ESRB zijn aanbevolen als een zogenaamde 'safe asset' waarin banken veilig kunnen beleggen en aldus hun weerbaarheid tegen externe (macroeconomische) schokken kunnen verbeteren.⁴⁴

44. ESRB High-Level Task Force on Safe Assets, 'Sovereign bond-backed securities: a feasibility study', januari 2018, te raadplegen via www.esrb-europa.eu.

Deze taken van de ESRB zijn een belangrijke toevoeging aan het ESFS. Met de oprichting van de ESRB is opvolging gegeven aan de aanbevelingen van de De Larosière Commissie die pleitte voor een verbreding van de tot de financiële crisis van 2008 vooral op microprudentiële (instellingspecifieke) problemen gerichte focus van het prudentiële toezicht. Macroprudentiële ontwikkelingen kunnen aldus tijdig worden opgespoord en waar nodig met concrete maatregelen worden opgelost. Zo speelt de ESRB een belangrijke rol bij de uitvoering van de procedures op het vlak van de instelling van de zogenaamde contracyclische kapitaalbuffer voor banken en beleggingsondernemingen zoals geregeld in artikel 130 van Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV).⁴⁵ Deze buffer heeft met name de functie om bij dreigende oververhitting van een economie, zorg te dragen voor een hogere kapitaalbuffer voor banken, zodanig dat deze zich beter kunnen verweren tegen een (logischerwijs na overhitting volgende) neergaande economie. In zijn aard is deze buffer gericht op het onderkennen van en bestrijden van macroprudentiële problematiek.⁴⁶

Anders dan de ESA's is de ESRB gepositioneerd als een adviesorgaan van de Europese instellingen en de lidstaten van de EU. De ESRB heeft geen taken op het vlak van de 'supervision-rol', en ten aanzien van de 'regulation-rol' blijft de betrokkenheid van de ESRB beperkt tot enkele in de Level 1 kaderregelingen opgenomen mandaten waarin de ESRB de bevoegdheid wordt gegeven adviezen te verstrekken aan de Europese instellingen, de lidstaten van de Europese Unie en de NCA's. Hiervoor gaven we met de regeling van de contracyclische buffer een voorbeeld van zo'n concreet mandaat. De rol van ESRB komt derhalve met name tot uitdrukking in de monitoring functie ten aanzien van systeemrisico's in de Europese Unie.

In het voorstel voor aanpassing van de ESRB-Verordening wordt de positie van de ESRB versterkt en wordt ook een andere invulling gegeven aan de rol van de voorzitter van de ESRB. Ten eerste beogen de wijzigingen een duidelijker rol weg te leggen voor de organen die zijn gecreëerd in het kader van de Bankenuie, namelijk de 'Supervisory Board' van de ECB in het kader van het SSM en de Single Resolution Board ('SRB') in het kader van het Single Resolution Mechanism ('SRM'). De voorzitters van de Supervisory Board en van de SRB krijgen voortaan een vaste plaats in de Algemene Bestuursraad van de ESRB, zij het dat zij daarin als toehoorder zonder stemrecht zullen deelnemen. Aldus wordt beoogd om deze nieuwe organen van de Bankenuie ook een wezenlijke inbreng te kunnen laten geven wat betreft macroprudentiële aangelegenheden.

45. In ons land is die regeling geïmplementeerd in artikelen 3:62a en 3:62b Wft en de bepalingen van artikelen 105 e.v. Besluit prudentiële regels Wft.

46. Zie hierover M.K.Z. Groot en E.P.M. Joosen, Hoofdstuk 4 in *Kapitaal- en Liquiditeitseisen voor banken*, *Financieel Juridische Reeks*, deel 7, Boom (2016).

Voorts wordt in de ESRB-Verordening geregeld dat de President van de ECB voortaan permanent zal worden aangewezen als de voorzitter van de Algemene Bestuursraad van de ECB. Momenteel vervult de President van de ECB deze functie op interim basis, omdat de ESRB-Verordening momenteel open laat op welke wijze deze functie dient te worden ingevuld. Met deze stap, tezamen met de versterking van de ondersteunende functie van de ECB in het kader van de werkzaamheden van de ESRB⁴⁷ zal de ESRB ook meer ingebed worden in de formele organisatie van de ECB.

Tegelijkertijd wordt meer flexibiliteit gecreëerd in de samenstelling van de Algemene Bestuursraad van de ESRB. Waar het momenteel de regel is dat de voorzitters van de centrale banken de lidstaten vertegenwoordigen in de Algemene Bestuursraad en ook stemrecht bezitten, is het na de wijziging van de ESRB-Verordening ook toegelaten dat lidstaten worden vertegenwoordigd door de voorzitters van de prudentiële toezichthouder (zijnde de NCA's die de bevoegde autoriteiten zijn op grond van Verordening (EU) nr. 575/2013 ('CRR') en de CRD IV). In ons land zou dat kunnen betekenen dat in plaats van de President van DNB, voortaan de voorzitter van de Toezichtraad van DNB de zetel in de Algemene Bestuursraad van de ESRB zal kunnen innemen.

Tenslotte komen er wijzigingen in de wijze waarop de ESRB verantwoording aflegt over de uitvoering van de werkzaamheden. Dat betreft met name de uitoefening van de bevoegdheden om aan NCA's of de ECB aanbevelingen te doen betreffende macroprudentiële onderwerpen of waarschuwingen uit te brengen over negatieve ontwikkelingen in nationale economieën en het ontwikkelen van systeemrisico's. Deze bevoegdheden zijn geregeld in artikelen 4(1), (4)(2) en 5(2) van de ESRB-Verordening. Om de democratische controle van het werk van de ESRB te verbeteren dienen deze aanbevelingen en waarschuwingen eveneens te worden ingebracht bij het Europese Parlement en bij de (desbetreffende) ESA's. Daarbij kan de ESRB verplicht worden om over de uitoefening van de bevoegdheden verantwoording af te leggen bij deze instituten.

6. Formalisering van de Q&A praktijk

De ESA's, met name ESMA en EBA, hebben de praktijk ontwikkeld van het publiceren van vragen en antwoorden ('Q&A'). Marktdeelnemers maar ook

47. De ESRB is gehuisvest in het gebouw van de ECB waar de functies van de ECB in het kader van het monetaire beleid worden uitgeoefend. De ESRB leunt als het gaat om de praktische organisatie van haar werkzaamheden (secretariaatsfunctie, human resources functie, automatisering en dergelijke meer) op de organisatie van de ECB en er is in de organisatie van het wetenschappelijk onderzoek ook veel samenwerking met de onderzoekers van de ECB.

NCA's kunnen vragen voorleggen over de uitleg van wet- en regelgeving en de praktische toepassing van regels. Deze vorm van 'Level 3' regels vult de praktijk van richtsnoeren en aanbevelingen (opinie) aan. Voor de laatstgenoemde vorm van het geven van een nadere richting bij de toepassing in de praktijk van regels wordt in veel gevallen voorzien in een mandaat in de Level 1 regelgeving. Met andere woorden, of de ESA's richtsnoeren of aanbevelingen mogen of dienen uit te brengen is bepaald door een expliciete regeling in de Level 1 regelgeving. Voor Q&A's was er tot dusverre geen referentie in de Europese regelingen.

In een nieuw artikel 16a van de ESA-Verordeningen wordt nu een formele regeling gegeven voor de Q&A praktijk van de ESA's. In die bepaling wordt eenieder, met inbegrip van de NCA's en de instellingen van de Europese Unie (bijvoorbeeld de Europese Commissie of de Europese Centrale Bank) het recht gegeven vragen voor te leggen aan de ESA's. Deze vragen dienen dan de praktische toepassing of implementatie van de regelgeving genoemd in artikel 1(2) ESA-Verordeningen⁴⁸, de daarmee verband houdende technische reguleringsregelingen of technische uitvoeringsregelingen en de richtsnoeren en aanbevelingen te betreffen. Hiermee zullen Q&A's nog steeds geen algemeen verbindende voorschriften worden, maar zij hebben in de praktijk wel veel gezag. In de toezichtpraktijk wordt ook vaak een beroep gedaan op de Q&A als ware het algemeen verbindende voorschriften. Dat dit op gespannen voet staat met de verdeling van (wetgevende) bevoegdheden in de Europese verdragen is opmerkelijk. Op basis van bestendige jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zal, wanneer er op dit vlak een knelpunt ontstaat (bijvoorbeeld een toezichthouder past een Q&A toe en een financiële onderneming is het daar niet mee eens), snel een beslissing komen dat aan de Q&A geen bindende werking toekomt.⁴⁹

Een belangrijke toevoeging aan het mandaat van de ESA's, is de regeling van artikel 16a(3) ESA-Verordeningen. Daarin wordt namelijk bepaald dat indien een kwestie wordt aangesneden in een

48. Dit is een voorbeeld van een verwijzing naar artikel 1(2) ESA-Verordeningen waar we eerder het punt maakten dat die bepalingen in de Omnibusverordening gebrekkig zijn opgesteld. Doordat in artikel 16a ESA-Verordeningen verwezen wordt naar de bepaling van 1(a), zou dat kunnen betekenen dat indien een vraag zou moeten worden gesteld over, bijvoorbeeld, de Securitatieverordening, je dan niet bij EBA of ESMA terecht zou kunnen.

49. Zie bijvoorbeeld: r.o. 75 Gerecht van de EU in de zaak T-712/15 (Crédit mutuel Arkea/ECB), JOR 2018/218, met noot E.P.M. Joosen over de toepassing van een richtsnoer door CEBS, de voorganger van EBA: 'Niettemin kan de uitlegging van de relevante wetgeving door een administratieve instantie de Unierechter niet binden, die ingevolge artikel 19 VEU nog steeds bij uitsluiting bevoegd is om het Unierecht uit te leggen.'

in aanmerking komende vraag die als Q&A is ingebracht, de Board of Supervisors (in elk geval op initiatief van drie stemgerechtigde leden van dat orgaan) kan besluiten om ten aanzien van die vraag een bredere richtsnoer of aanbeveling te ontwikkelen. De vraag en het antwoord, wordt dan als het ware gepromoveerd tot een formelere Level 3 regeling, en aannemelijk is dat hiermee dan ook een bredere en diepgaandere bestudering van de met een vraag gesignaleerde problematiek zal worden ondernomen. Op deze wijze krijgen marktparticipanten meer invloed om knelpunten in de praktijk te adresseren en op de agenda geplaatst te krijgen voor nadere en uitgebreidere richtsnoeren en aanbevelingen. Marktparticipanten kunnen weliswaar niet afdwingen dat de Board of Supervisors van de ESA's op dit vlak verdere stappen zet, het ligt ons inziens voor de hand dat er op dit punt wel een oor de praktijk positieve dynamiek kan ontstaan indien de Board of Supervisors deze taak actief gaat toepassen.

7. Toevoegen van nieuwe werkerreinen – AML-CFT regelgeving

Er is in Europa de afgelopen tijd veel te doen over de toepassing en naleving van AML-CFT-regelgeving. Enkele grote schandalen in binnen- en buitenland hebben geleid tot een verhoogde aandacht van de Europese politiek voor het onderwerp. Dit onderdeel van het toezicht op de financiële markten staat derhalve scherp op het netvlies van de Europese politiek en van de Europese wetgever. Bij de introductie van het SSM is het toezicht op de naleving van AML-CFT-regelgeving primair bij de NCA's gebleven en de ECB moet in voorkomend geval ten volle met de NCA's samenwerken.⁵⁰ Tegelijkertijd ontstaat er de laatste tijd steeds meer aandacht voor de mogelijke prudentiële gevolgen van overtredingen van AML-CFT-regelgeving. Zo merkt de ECB op dat overtredingen van AML-CFT-regelgeving duidelijke aanwijzingen kunnen zijn dat er een gebrek is in de beheerste en integere bedrijfsvoering.⁵¹ De link tussen het AML-CFT-toezicht en het prudentiële toezicht is daarmee nu ook door de ECB gelegd.

Ook de ESA's hebben een rol gekregen in het AML-CFT-toezicht: op grond van artikel 6(5) van richtlijn (EU) 2015/849 (AML IV) geven zij elke twee jaar een advies over de AML-CFT-risico's die van invloed zijn op de financiële sector van de Europese Unie. De Commissie betreft dit advies in de tweejaarlijkse beoordeling van AML-CFT-risico's die van invloed

zijn op de interne markt en die verband houden met grensoverschrijdende activiteiten. Op 4 januari 2018 hebben de ESA's voorts gezamenlijk richtsnoeren uitgebracht over risicofactoren uit AML IV.⁵²

Van oudsher staat ook in artikel 1(2) van de EBA-Verordening een reikwijdtebepaling die EBA bevoegd maakte om ten aanzien van de AML-CFT-regelgeving taken uit te oefenen. Maar tot dusverre heeft EBA zich op dit vlak vrijwel louter laten gelden ten aanzien van het geven van adviezen aan de Europese wetgever betreffende de inrichting van de regelgeving in samenwerking met ESMA en EIOPA in het verband van het Anti-Money Laundering Committee.⁵³ De Commissie heeft EBA wel eerder verzocht de artikel 17-procedure in te zetten om goed AML-CFT toezicht af te dwingen via formele aanbevelingen. En ook het Parlement heeft EBA verzocht een artikel 17-procedure om die reden te starten.⁵⁴ De aanleidingen daarvoor waren de berichten omtrent Pilatus Bank en Danske Bank.⁵⁵ Op het vlak van het sturen op convergentie in de toezichtpraktijk is er een minder duidelijke betrokkenheid van EBA. Hierin moet volgens de Europese politiek wijziging komen. De Commissie heeft op 12 september 2018 een belangrijke stap gezet met een reeks wetgevingsvoorstellen.⁵⁶ Deze voorstellen zijn gebaseerd op de bevindingen van de door de Commissie ingestelde Joint Working Group, waarin Commissie, de ECB in zijn rol in het kader van het SSM en ESA's samen naar het AML-CFT-kader hebben gekeken. De wetgevingsvoorstellen hebben deels betrekking op EBA, de overige voorstellen worden in dit artikel verder niet behandeld. Daarnaast stelt de Commissie actiepunten voor waarvoor geen wetswijziging nodig is. Ook deze komen hierna niet nader aan de orde.

52. Gemeenschappelijke richtsnoeren krachtens artikel 17 en artikel 18, lid 4, van Richtlijn (EU) 2015/849 betreffende vereenvoudigd en verscherpt cliëntenonderzoek en de factoren die kredietinstellingen en financiële instellingen in overweging dienen te nemen wanneer zij het aan afzonderlijke zakelijke relaties en occasionele transacties verbonden witwasrisico en risico van terrorismefinanciering beoordelen, Richtsnoeren betreffende risicofactoren, https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors_NL_04-01-2018.pdf.

53. Dit Comité is een sub-comité van het Joint Committee van de ESA's.

54. Zie brief van 24 september 2018 van EBA aan het Parlement (EBA-D-2018-2049).

55. Verzoeken van de Commissie van respectievelijk 23 oktober 2017 (zie aanbeveling 11 juli 2018, EBA/REC/2018/02) en 21 september 2018 (brief EBA aan Commissie van 18 februari 2019, EBA-2019-D-2288).

56. Mededeling van de Commissie, 'Strengthening the Union framework for prudential and anti-money laundering supervision for financial institutions', COM(2018) 645 final van 12 september 2018.

50. Zie overweging 28 Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (SSM-Verordening).

51. The ECB and anti-money laundering: what we can and cannot do, nieuwsbericht van 16 mei 2018.

De aanscherping van de rol van EBA op het vlak van de AML-CFT regelgeving is losgekoppeld van de behandeling van de voorstellen van het ESFS-Package en er is een 'fast-track-procedure' voor dit onderwerp geïnitieerd. Het desbetreffende wetgevingsvoorstel is gericht op het aanpassen van de EBA-Verordening en geldt als een verdere aanpassing van de ESA-Verordeningen in aanvulling op de hiervoor behandelde Omnibusverordening. Op 17 december 2018 heeft de Raad ten aanzien van dit onderdeel een 'Presidency Compromise' gepubliceerd⁵⁷, en daarmee nog voor het 'Presidency Compromise' ten aanzien van de overige onderdelen van het ESFS Package. Ook in dit Presidency Compromise is te zien dat er minder bevoegdheden aan de EBA worden toegekend dan in het Commissie voorstel.

De uitleg van artikel 127(6) VWEU heeft in de weg gestaan aan het toekennen van bevoegdheden aan de ECB op dit vlak. Dit is een mooi voorbeeld hoe de huidige tekst van de Europese verdragen in de weg staat aan een logische organisatie van dergelijke belangrijke onderwerpen. Het zou, zeker als het gaat om een significante bank die rechtstreeks onder toezicht staat van de ECB, uiteraard de voorkeur hebben gehad om de bevoegdheden betreffende het toezicht op naleving van de AML-CFT-regelgeving bij de ECB te beleggen.

Ten eerste wordt in het fast-track-voorstel de huidige organisatie van de werkzaamheden van de ESA's betreffende de AML-CFT-wetgeving gewijzigd, door de expertise en de andere ESA's in het Anti-Money Laundering Committee over te hevelen naar EBA, die een exclusieve rol krijgt op dit vlak. Alle NCA's die betrokken zijn bij de toepassing en handhaving van de AML-CFT-regelgeving ten aanzien van het financiële systeem zullen voortaan de krachten bundelen in een Standing Committee van EBA. Dat betekent in ons land bijvoorbeeld, dat de AFM wat

betreft haar aandeel in het toezicht op de naleving van de Wwft⁵⁸ en de advisering over richtsnoeren, aanbevelingen en technische uitvoeringsregels zal worden opgenomen in dit door EBA gecoördineerde overleg. In het Commissievoorstel zou EBA ook worden belast met het uitvoeren van periodieke beoordelingen van de wijze waarop NCA's hun toezichtwerkzaamheden verrichten betreffende de witwasregelgeving. In het Presidency Compromise is dat echter teruggebracht tot de peer reviews die hiervoor ook reeds werden besproken, maar dan specifiek ten aanzien van de taken op het gebied van AML-CFT.

Deze veranderende rol van de ESA's en de toebedeling van taken en bevoegdheden aan EBA staat ook in nauw verband tot de recente consultatie van de ESA's ten aanzien van richtsnoeren voor de organisatie van de AML/CFT colleges. Kort samengevat komen deze concept richtsnoeren neer op een versteviging van de onderlinge samenwerking tussen de ESA's en verbetering van de afspraken over informatieuitwisseling.⁵⁹

EBA wordt ook een 'data-hub'. Daartoe moet EBA bij de bevoegde autoriteiten alle informatie verzamelen 'met betrekking tot zwakke punten die zijn geconstateerd in de processen en procedures, de governanceregelingen, deskundigheids- en betrouwbaarheidsbeoordelingen, bedrijfsmodellen en activiteiten van partijen uit de financiële sector voor zover deze informatie betrekking heeft op het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering en van de maatregelen genomen door de bevoegde autoriteiten.' En deze database heeft tot doel witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen. EBA moet deze informatie steeds analyseren om risico's op het vlak van witwassen en terrorismefinanciering te onderkennen. Met die analyse zou EBA bijvoorbeeld een patroon van transacties in een bepaalde lidstaat kunnen onderkennen dat kan wijzen op een verhoogd risico van witwas-praktijken in die lidstaat. EBA dient tot het verzamelen van deze informatie in staat te worden gesteld door alle NCA's die zijn belast met de uitvoering van de wetgeving. Dit zou een zeer omvangrijke prudentiële database kunnen worden, waarin veel informatie over onder toezicht staande instellingen wordt opgenomen.

57. Zie: Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority); Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority); Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority); Regulation (EU) No 345/2013 on European venture capital funds; Regulation (EU) No 346/2013 on European social entrepreneurship funds; Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments; Regulation (EU) 2015/760 on European long-term investment funds; Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds; Regulation (EU) 2017/1129 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market; and (EU) Directive 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money-laundering or terrorist financing, Presidency Compromise Proposal, 17 december 2018, Interinstitutional File: 2017/0230(COD).

58. Wet ter voorkoming witwassen en financiering terrorisme, Stb. 2008, 303 zoals laatstelijk gewijzigd bij Wet van 7 november 2018 (Stb 2018, 443).

59. Zie: Consultation Paper, Draft joint guidelines on the cooperation and information exchange for the purposes of Directive (EU) 2015/849 between competent authorities supervising credit and financial institutions ('the AML Colleges Guidelines'), 8 november 2018, JC/CP/2018/59 en de gezamenlijke reactie van de AFME, de European Banking Federation en het Institute for International Finance van 8 februari 2019 die geen voorstander zijn van de in het Consultation Paper voorgestelde inrichting van afzonderlijke 'AML-CFT-Colleges'. Zie voor laatstgenoemd document: www.ebf.eu.

Tenslotte zal EBA NCA's kunnen verzoeken onderzoeken te starten en maatregelen op te leggen, aan welk verzoek zij moeten voldoen. Zij moeten binnen 15 werkdagen laten weten welke stappen zij hebben genomen of gaan nemen om aan het verzoek te voldoen. Doen zij dat niet dan kan EBA de artikel 17 EBA-Verordening procedure starten ten aanzien van NCA's. Het voorstel van de Commissie, om een artikel 17 EBA-Verordening procedure reeds te kunnen starten indien en zodra niet aan het verzoek zou zijn voldaan, heeft het niet gehaald. Zoals we hiervoor hebben belicht, heeft EBA op dit vlak al de eerste stappen gezet door onder meer door op 18 februari 2019 met een openbaar gemaakte brief de Deense en Estse toezichthouders aan te spreken op grond van artikel 17 EBA-Verordening.

8. Slotbeschouwingen

Het ESFS-package is begonnen als een voorstel tot een verregaande versterking van de rol van de ESA's. Hoewel deze versterking inmiddels sterk is afgezwakt, is nog steeds een duidelijke ontwikkeling te zien naar een meer zelfstandige rol voor de ESA's in de uitoefening van het microprudentieel toezicht. In de besluitvorming begint het primaat van de NCA's te verschuiven naar de ESA's en de rol van de ESA's bij de beoordeling van en het toezicht op de NCA's neemt toe. Wij verwachten dat die ontwikkeling met deze voorstellen nog niet eindigt. Zo ligt voor de hand dat er in de (nabije) toekomst verder gediscussieerd zal worden over de belemmeringen die de huidige Europese Verdragen opwerpen om aan de ECB bredere bevoegdheden toe te kennen. Immers, het vorenstaande voorbeeld ten aanzien van het toezicht op de AML-CFT-regelgeving laat zien, in welke ingewikkelde bochten de Europese instellingen zich moeten wringen om te komen tot een beter en effectiever toezicht op Europees niveau. Het zou, zeker als het gaat om de significante banken die onder direct toezicht staan van de ECB veel meer voor de hand hebben gelegen om het toezicht op naleving van de AML-CFT-regelgeving te beleggen bij de prudentiële toezichthouder.

De nieuw (en hopelijk tijdelijk) voorgestelde rol voor de EBA op het gebied van AML-CFT-toezicht is daarbij een bijzondere: de verschuiving van bevoegdheden van de NCA's naar de EBA is op dit gebied verdergaand dan in het Presidency Compromise voorstel voor de overige voorstellen uit het ESFS package van 4 februari 2019, hoewel ook op dit terrein het Presidency Compromise tot een afzwakking van het voorstel van de Commissie heeft geleid. En, zoals hiervoor genoemd, wellicht is de verschuiving van bevoegdheden naar de EBA wellicht ook een zaak van tijdelijke aard.

Met deze stap waarbij de Europese toezichthouders een rol krijgen die langzaam steeds meer vergelijkbaar wordt met die van de nationale toezichthouders, wordt het onzes inziens wel tijd ook de rechtsbescherming te verbeteren.

De procedures bij het Hof van Justitie zijn niet toegesneden op partijen in de financiële sector die vaak op korte termijn duidelijkheid moeten verkrijgen. En hoewel afzonderlijke verordeningen specifieke uitgangspunten bevatten over rechtsbescherming, ontbreekt een algemeen kader, zoals in Nederland de Algemene wet bestuursrecht, die algemene uitgangspunten bevat over de eisen aan besluitvorming, bekendmaking, maximale termijnen etc.⁶⁰

Voorts is er ook aanleiding om een betere regeling te treffen voor het afleggen van rekening en verantwoording door de ESA's ten aanzien van de vervulling van hun taken en bevoegdheden. Immers, door de toenemende toedeling van bevoegdheden, worden de ESA's (uiteraard binnen de grenzen van de Meroni-doctrine⁶¹) steeds meer gepositioneerd als 'Europese instellingen'. Hier dreigt een zelfde lacune te ontstaan ten aanzien van de controle op de vervulling van taken en bevoegdheden als het geval is in de eerder door de Europese Rekenkamers de Algemene Rekenkamer geconstateerde 'controle-gap' ten aanzien van de vervulling van taken door de ECB in het kader van het SSM en de SRB in het kader van het SRM.⁶²

60. Anderzijds besloot het Parlement al in 2013 (Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INL)) dat zo'n Europese Awb wenselijk was. De Commissie kwam echter niet met een voorstel. Op 9 juni 2016 stelde het Europees Parlement een resolutie vast met een concept-voorstel voor een Verordening voor een open, efficiënte en onafhankelijke Europees bestuur (European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)). De Europese Commissie werd verzocht met een voorstel te komen. Het concept-voorstel van het Parlement ging veel verder dan artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. De Europese Commissie liet op 4 oktober 2016 echter weten nog steeds niet overtuigd te zijn van het nut van zo'n verordening. In reactie daarop is het Europees Parlement een consultatie gestart als onderdeel van een impact studie (Impact assessment: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621841/EPRS_STU\(2018\)621841_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621841/EPRS_STU(2018)621841_EN.pdf)). Dinsdag 10 juli 2018 werden de resultaten daarvan gepresenteerd tijdens een hoorzitting van de Committee on Legal Affairs van het Parlement, getiteld 'EU Administrative Law: towards an open, efficient and independent European Union administration'. Maar de reactie van de Commissie was ook toen niet positief te noemen (Zie de opnames op <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/en/committees/video?event=20180710-1430-COMMITTEE-JURI>). Naar onze overtuiging past die opstelling niet goed bij de hiervoor besproken voorstellen van de Commissie die de bevoegdheden van de ESA's, ook ten aanzien van individuele personen en ondernemingen, sterk wil laten groeien.

61. Zie hierover uitgebreid: Mr. M.P.M. van Rijsbergen en Mr. drs. M. Scholten, 'Zaak C-270/12 (ESMA-short selling) als opvolger van de Meroni- en Romano-nondelegatiedoctrine', NtEr april 2014, nr. 2/3.

62. Zie hierover nog de meest recente inbreng: de brief

Opvallend is dat in de herziening van de ESRB-Verordening op dit vlak wel duidelijker regelingen worden ingevoerd, die de verantwoordingsplicht van de ESRB verdiepen, waardoor de democratische controle op de belangrijke werkzaamheden van de ESRB zal verbeteren.

van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 5 februari 2019 'Verkenning mogelijkheden adresseren audit gap', (kenmerk 2019-00019206).