

Proportionaliteit in het Europese financieel toezichtrecht

Ondernemingsrecht 2019/93

In dit artikel wordt het beginsel van proportionaliteit behandeld zoals dat in het Europese financieel toezichtrecht door de Europese instellingen wordt gehanteerd.² Het onderwerp staat momenteel volop in de belangstelling. Dat heeft ermee te maken dat er wat over de totstandkoming van regels voor de financiële sector en de uitoefening van bevoegdheden door Europese instellingen geen discussie meer is of de Europese instellingen daarbij acht dienden of dienen te slaan op het in het Europese verdrag verankerde subsidiariteitsbeginsel. Met name als gevolg van de financiële crisis van 2007/2008 lijkt op dit vlak de vraag eerder te zijn in welke mate het beginsel van proportionaliteit de uitoefening van die bevoegdheden door Europese instellingen begrenst of dient te begrenzen.

1. Inleiding

“We hebben genoeg Europa” en “We hebben genoeg van Europa”. Het zijn min of meer identieke zinnen, maar met een volstrekt andere lading. In het eerste geval worden de in artikel 5 VEU³ neergelegde principes van subsidiariteit en proportionaliteit⁴ aangesneden. Wellicht meer subsidiariteit dan proportionaliteit, waarop ik later terugkom. De tweede zin heeft een veel politieke lading die overigens wel in het huidige debat over de EU geregeld de kop op steekt. Eurosceptici, waar er in Nederland naar mijn smaak tegenwoordig veel te veel van zijn, zullen de doorontwikkeling van de EU, haar uitbreiding en de overdracht van bevoegdheden naar Brussel het liefste in de weg zitten. Voor hen is

er sprake van dat zij genoeg van Europa hebben. Over die gekleurde opvatting wil ik het niet hebben. Wel over de eerste zin, de vraag waar de grenzen liggen van de toepassing van Europese politiek, beleid en regels, vanuit het perspectief van het nut en de noodzaak van die toepassing.

Proportionaliteit is in het Europese recht een complex beginsel en leerstuk dat vele facetten kent.⁵ Proportionaliteit wordt in het discours over regelgeving en toezicht in de financiële sector ook wel gebruikt in de betekenis: “het is teveel”, “het is te complex”, “we kunnen de lasten niet dragen” en dergelijke meer. Proportionaliteit is dan een uitdrukking van een positie dat de regelgeving en het toezicht te ver zijn doorgesloten en in de praktijk onwerkbaar blijken te zijn. In haar aard is proportionaliteit dan niet gerelateerd aan Europese constitutionele vraagstukken, maar houdt het verband met gepercipieerde regelgeving druk, onjuist gedefinieerde reikwijdte van de regels en te strenge toezichthouders. Ook dit facet van proportionaliteit komt in dit betoog aan bod.

2. Proportionaliteit in Europa

2.1 Eenmaal de brug van subsidiariteit over,...

Het beginsel van subsidiariteit begrenst de uitoefening van de bevoegdheden van de Europese instellingen door ervan uit te gaan dat indien het niet noodzakelijk is om een onderwerp op Europees niveau te regelen, dit onderwerp aan de bevoegdheden van de Lidstaten wordt overgelaten. Het beginsel van proportionaliteit in art. 5 lid 4 VEU is alleen van toepassing als een Europese instelling bevoegd is te handelen. Daarbij kan dat alle gevallen van bevoegdheidstoekenning betreffen, zowel de exclusieve, de gedeelde, de complementaire en de concurrerende bevoegdheidstoedeling.⁶ De brug van het subsidiariteit is inmiddels overgestoken: vaststaat dat het noodzakelijk is om een onderwerp op Europees niveau te regelen. Het gaat er bij dit beginsel dan om dat die

1 Bart Joosen is Bijzonder Hoogleraar Financieel Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). Hij is daarnaast werkzaam als advocaat te Amsterdam.

2 Dit artikel is een bewerking van de op 6 juni 2018 door mij uitgesproken oratie bij de gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Financieel Toezichtrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit te Amsterdam. Ik ben mr. drs. Byron Valkenburg die aan mijn kantoor was verbonden als medewerker kennismangement veel dank verschuldigd voor zijn assistentie bij het onderzoek dat voorafging aan de totstandkoming van de oratie en de bewerking van de oratie-tekst tot dit artikel. De oratie zal integraal worden gepubliceerd in de reeks van het Zuidas Instituut voor Financieel Recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

3 Verdrag betreffende de Europese Unie, te raadplegen via: Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU*, C 115 van 9 mei 2008.

4 De Nederlandstalige verdragstekst gebruikt het woord ‘evenredigheid’ voor de aanduiding van het proportionaliteitsbeginsel. Taalkundig sluit het begrip ‘evenredigheid’ mijns inziens minder goed aan bij de verwoording van dit aspect van het proportionaliteitsbeginsel zoals bedoeld in artikel 5, vierde lid VEU. Hierop kom ik in paragraaf 2 nader op terug. Ik gebruik in dit artikel liever het begrip proportionaliteit, wat aanleunt tegen het Engelstalige ‘proportionality’ of Franstalige ‘proportionalité’. In het Duitse recht wordt dit aangeduid met het ‘Verhältnismäßigkeitsprinzip’.

5 J.H. Jans, ‘Proportionality Revisited’, *Legal Issues of Economic Integration* 27(3) (2000), p. 263 (Jans): “In the first place I would like to say that the proportionality principle does not have just one specific form, but is, on the contrary, flexible”. Op p. 264 concludeert Jans dat proportionaliteit een maatstaf van constitutionele aard kan opleveren om het evenwicht tussen de bevoegdheden van de wetgever enerzijds en de rechterlijke macht anderzijds te bewaken, maar ook dat tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten.

6 Zie artt. 2, 3, 4 en 6 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie voor de indeling van de bevoegdheden van de Europese instellingen. Zie voorts de publicatie van één van de rechtsgeleerden die aan de wieg stond van deze staatsrechtelijke inrichting: W. Van Gerven, ‘De beginselen “subsidiariteit, evenredigheid en samenwerking” in het Europees Gemeenschapsrecht’, *Rechtskundig Weekblad* 1991-1992, nr. 36, 9 mei 1992, p. 1244 (Van Gerven (1992)). De ‘concurrerende bevoegdheid’ lijkt als thema aan belang te hebben ingeboet en zal buiten de behandeling vallen in dit artikel. Er is op dit vlak, zeker na het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, een evolutie in de verduidelijking van de verdeling van bevoegdheden.

bevoegdheden vervolgens op proportionele wijze worden uitgeoefend.⁷

In het geval van *exclusieve bevoegdheid* zoals bepaald in artikel 2(1) en 3 VWEU⁸ (bijvoorbeeld op het vlak van de mededingingsregels voor de interne markt of het monetair beleid voor de Lidstaten die de euro als munt hebben), is reeds op verdragsniveau een keuze gemaakt voor toekenning van de bevoegdheden aan de EU en de instellingen. In dat geval zal een toets op het subsidiariteitsbeginsel niet aan de orde zijn; wat resteert is een begrenzing van het handelen van de EU aan de hand van de proportionaliteit.

De *gedeelde* bevoegdheid op grond van artikel 4 VWEU veronderstelt samenwerking tussen de Lidstaten en de Europese instellingen. Bij de gedeelde bevoegdheid van artikel 4 VWEU zal er van geval tot geval moeten worden beoordeeld in hoeverre bevoegdheden op Unie niveau niet, nog niet of niet meer worden uitgeoefend. Bij deze bevoegdhedenverdeling zal het in artikel 5 VEU genoemde subsidiariteitsbeginsel het scherpst tot uitdrukking komen.

De tot de Europese instellingen gerichte norm van proportionaliteit in artikel 5(4) VEU zal in het kader van de toekenning van gedeelde bevoegdheid pas aan bod komen indien bevoegdheden door de Europese instellingen worden uitgeoefend in de wetgevende of uitvoerende sfeer. Het zal derhalve om een toetsing *ex post* gaan. Het is op dit vlak dat de meeste jurisprudentie van het HvJ is ontstaan betreffende de afbakening van institutionele bevoegdheden op grond van het beginsel van proportionaliteit. Hoewel deze jurisprudentie essentieel is voor een volledig begrip van het beginsel valt een omvangrijke bespreking van deze jurisprudentie buiten de behandeling van dit artikel.⁹

De toekenning van *complementaire* bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 6 VWEU betekent dat Lidstaten de uitoefening van bevoegdheden behouden en zelfstandig regels kunnen stellen, en dat de Europese instellingen daaromtrent uitsluitend ondersteunende, coördinerende of aanvullende werkzaamheden kunnen verrichten, bijvoorbeeld door het uitbrengen van aanbevelingen of richtsnoeren. Er is geen sprake van overheveling van bevoegdheden naar het

Europese niveau, hooguit kunnen de Europese instellingen ondersteunende werkzaamheden verrichten. Het heeft geen betekenis om deze werkzaamheden tegen de lat van proportionaliteit te leggen.

Wat er ook van zij, de financiële crisis van 2008 en van 2011 hebben geleid tot een sterke overdracht van bevoegdheden naar het niveau van de Europese instellingen. Er is sprake van Europeanisering van het financiële toezichtrecht en de uitoefening van toezichtbevoegdheden. In vier golven van initiatieven heeft Europa deze Europeanisering tot stand gebracht of is van toekomstige totstandbrenging sprake: het in 2011 in werking getreden European System of Financial Supervision (ESFS), het met ingang van 1 januari 2014 inwerking getreden Single Rule Book voor banken en beleggingsondernemingen¹⁰ de op 4 november 2014 gestarte eerste pijler van de Bankenunie in de vorm van het Single Supervisory Mechanism (SSM), de op 1 januari 2016 gestarte tweede pijler van de Bankenunie, het Single Resolution Mechanism (SRM) en de in september 2015 gelanceerde Capital Markets Union (CMU).

Al deze initiatieven hebben tot gevolg (gehad) dat bevoegdheden van de Lidstaten of van de bevoegde autoriteiten aan de Europese instellingen zijn of zullen worden overgedragen. Dat ging in sommige gevallen niet zonder slag of stoot, maar eenmaal dat de politieke discussies waren afgerond, is die bevoegdheidsoverdracht een feit geworden of zal die dat op kortere termijn worden. De brug is overgestoken, en de vraag is of er aanleiding is, gezien die overdracht van de bevoegdheid, het handelen van de Europese instellingen te toetsen aan de hand van het tweede beginsel, dat van de proportionaliteit.

2.2 De keuze voor het wetgevingsinstrument

Terwijl het niet zo heel lang geleden is dat als een verwezenlijking van het proportionaliteitsbeginsel werd gezien dat de Europese wetgever in beginsel kiest voor het richtlijn-wetgevingsinstrument en niet het verordening instrument,¹¹ is dat wat de financiële sector in de recente jaren volledig omgeslagen. Men kan gerust zeggen dat tegenwoordig het overgrote deel van de toezichtregels voor de financiële sector zijn gebaseerd op rechtstreeks werkende en bindende verordeningen. De knop is hierin omgezet door de acceptatie van de aanbevelingen van Adviescommissie

7 Over de samenhang van beide beginselen wordt in de literatuur veel gepubliceerd. Zie onder meer: Van Gerven (1992), p. 1241 en A. De Moor-Van Vugt, *Maten en Gewichten; Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, (dissertatie), uitgegeven in de serie van het Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, pp. 6 en 70.

8 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, te raadplegen via: Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU*, C 115 van 9 mei 2008.

9 In de te verschijnen volledige tekst van de oratie in de ZIFO-Reeks is een uitvoerig hoofdstuk opgenomen waarin de recente uitspraken van het Europese Hof van Justitie in gevallen van de uitoefening van bevoegdheden door de Europese Centrale Bank worden besproken.

10 In het hiernavolgende zal ik met de aanduiding 'Single Rule Book' vooral de in 2013 vastgestelde Verordening kapitaalvereisten (Verordening (EU) nr. 575/2013, 'CRR') en de Richtlijn kapitaalvereisten (Richtlijn 2013/36/EU, 'CRD IV') behandelen. Met het Single Rule Book wordt door wetgever en praktijk ook bedoeld op andere delen van de regelgeving van de financiële markten. Zo worden Verordening (EU) nr. 600/2014 ('MiFIR') en Richtlijn 2014/65/EU ('MiFID II') ook wel met het Single Rule Book voor de markten in financiële instrumenten aangeduid.

11 Zie Jans, t.a.p., p. 243.

onder leiding van Jacques De Larosière die in 2009 bij de Europese Commissie zijn ingebracht.¹²

Uit die aanbeveling van de Commissie De Larosière blijkt, in elk geval wat de financiële markten betreft, een uitgesproken voorkeur voor het verordeninginstrument. Deze voorkeur heeft een nieuwe dimensie toegevoegd aan het debat over de toepassing van het beginsel van proportionaliteit. De toets aan dit beginsel vindt plaats in het kader van de op grond van artikel 5 VEU verplichte verantwoording die wordt afgelegd door de Europese Commissie over de gemaakte keuze van het wetgevingsinstrument.

Als wordt gekozen voor een richtlijn, vindt dat vaak plaats door een toelichting dat het VEU of VWEU geen toereikend mandaat geeft voor de toepassing van het verordeninginstrument.¹³ Het gebruik van het richtlijn-wetgevingsinstrument wordt tegenwoordig dan vaak als een 'second best' oplossing gepresenteerd. Dat geluid komt niet alleen van de Europese Commissie. Er is in toenemende mate kritiek van de ECB dat het gebrek aan uniformering van de regels voor banken op het niveau van een verordening en de té grote ruimte die nog steeds bestaat voor de Lidstaten en de nationale bevoegde autoriteiten, belemmerend werkt voor de uitvoering van het SSM.¹⁴

2.3 De differentiatie van regels

Wie de lijvige tekst van de CRR¹⁵ doorbladert zoals deze verordening nu luidt, zal daarin nergens een verantwoording van de wetgever vinden of de regels van de verordening zijn gelegd langs de maatstaf van het proportionaliteitsbeginsel als bedoeld in artikel 5 VEU. De materieelrechtelijke regels van CRR gelden in beginsel voor alle banken ongeacht hun omvang en ongeacht de grotere of kleinere complexiteit van de organisatie. De wetgever is oorspronkelijk niet toegekomen aan veel differentiatie van de toepassing van de regels voor verschillende typen ondernemingen of voor verschillende omstandigheden. Noch in de overwegingen van

de wetgever, noch in de bepalingen van de oorspronkelijke tekst van CRR zelf is derhalve rekening gehouden met het proportionaliteitsbeginsel.¹⁶

In CRD IV¹⁷ is wel sprake van een toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in de zin van artikel 5 VEU. In een expliciete verwijzing naar deze bepaling in overweging 104, wordt ten eerste geconstateerd dat volgens de wetgever, na vast te stellen dat de richtlijn noodzakelijk is om doelstellingen op het niveau van de EU te bereiken, de richtlijn niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is. Concrete uitvoering van het proportionaliteitsbeginsel wordt gegeven in de regels voor het opstellen van herstelplannen, toepassen van de regels voor afwikkelingsplannen, de inrichting van de risicobeheerfunctie, de vorming van het Supervisory Review and Evaluation Process ('SREP') en het beloningsbeleid. Het gaat derhalve om een beperkt aantal onderwerpen in het oorspronkelijke Single Rule Book voor banken dat expliciet verwijst naar het proportionaliteitsbeginsel.¹⁸

2.4 De toepassing van regels

In het ESFS, waarin sinds 2011 nieuw leven is geblazen in de modus operandi van de zogenaamde Level 3 Comités, is nauwelijks sprake van toekenning van bevoegdheden aan de desbetreffende Europese agentschappen, zoals de EBA en de ESMA, tot het uitoefenen van direct toezicht op (onderdelen van) de financiële sector. Voor zover daarvan sprake is, gaat het daarbij dan vooral om ESMA die de exclusieve bevoegdheid heeft om aan zogenaamde 'trade en securitisation repositories' en aan 'credit rating agencies' een vergunning te verlenen. Tot dusverre is de toekenning van dergelijke bevoegdheden derhalve beperkt tot een klein deel van de financiële markten.

12 The High Level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière, Report 25 februari 2009. Deze aanbeveling is terug te lezen in punt 109 van het rapport: "Future legislation should be based, wherever possible, on regulations (which are of direct application). When directives are used, the co-legislator should strive to achieve maximum harmonisation of the core issues. Furthermore, a process should be launched to remove key-differences stemming from the derogations, exceptions and vague provisions currently contained in some directives [...]".

13 Zie bijvoorbeeld het bepaalde in artikel 50, eerste lid VWEU waarin is geregeld dat indien wetgeving dient te worden vastgesteld omtrent het beginsel van vrijheid van vestiging, een en ander door middel van een richtlijn dient te geschieden. Het is deze bepaling die er aan de weg heeft gestaan dat het Single Rule Book voor banken geheel in een verordening was opgenomen, hetgeen een grote wens is geweest van de Europese Commissie. De duale regeling in een verordening (CRR) en een richtlijn (CRD IV) komt ook voor in andere onderdelen van de regelgeving voor de financiële sector, zoals de regels voor de markten in financiële instrumenten in de vorm van de MiFID richtlijn en de MiFIR verordening.

14 Zie bijvoorbeeld de volgende speech van Sabine Lautenschläger, de vicevoorzitter van de Supervisory Board, het hoogste uitvoerend orgaan van het SSM: 'Banking regulation and supervision – you can't have one without the other', 9th Annual EFR Stakeholder Round Table on 'Financial Fragmentation or Integration', Brussel, 22 maart 2018.

15 Verordening (EU) Nr. 575/2013.

16 Het begrip 'proportionaliteit' wordt wel gebruikt in de oorspronkelijke tekst van CRR in de navolgende gevallen (maar naar mijn mening dus niet in de in artikel 5 VEU bedoelde betekenis), namelijk in artikel 21, tweede lid betreffende de regelingen van samenwerking tussen verschillende bevoegde autoriteiten die toezicht houden op onderdelen van instellingen die in een groep verbonden en waarvan de instellingen in verschillende Lidstaten zijn gevestigd. Proportionaliteit wordt hier gebruikt ter aanduiding van een 'redelijkheidsmaatstaf' bij de besluitvorming door toezichthouders die onderling een geschil hebben dat niet door middel van mediation vanwege EBA kon worden opgelost. Mede naar aanleiding van de kritiek die is gekomen uit de sector, waarbij de complexe en zware regels van CRR als een te grote belasting werd gezien voor de kleinere en uitsluitend in hun thuismarkt opererende banken, is in de recent vastgestelde herziening van de CRR een aantal maatregelen getroffen die proportionele toepassing van een aantal regels mogelijk zal maken. Zie de wijzigingen in Verordening (EU) 2019/876 van 20 mei 2019, *PbEU*, L 150, van 7 juni 2019. Ook in CRD IV is een aantal nieuwe regels gekomen, mede ter introductie van meer proportionaliteit, bijvoorbeeld op het vlak van beloningsbeleid, zie: Richtlijn (EU) 2019/878, *PbEU*, L 150 van 7 juni 2019. Zie voor een uitgebreide bespreking van de concrete wijzigingen die een en ander heeft gebracht: Bart Joosen en Matthias Lehmann, 'Proportionality in the Single Rule Book', in M. P. Chiti, V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, E-Book te verkrijgen via Springer Nature Switzerland AG.

17 Richtlijn 2013/36/EU.

18 Zoals in het voorgaande is besproken, is daar met de komst van de nieuwe in mei 2019 vastgestelde teksten van CRR en CRD IV wel enige verandering in gekomen.

Zonder het belang van de rollen van dergelijke ondernemingen te willen onderschatten, meen ik dat nauwelijks discussie bestaat over de vraag of de centrale rol van ESMA bij het toezicht op trade repositories en credit rating agencies wel spoort met het beginsel van subsidiariteit. Voorts is in de verdere uitoefening van bevoegdheden door ESMA geen sprake geweest van discussies over de proportionaliteit van die bevoegdheidsuitoefening. Dat zal in de toekomst anders worden bij de introductie van uitgebreidere bevoegdheden van, in het bijzonder, ESMA in het kader van de in september 2017 door de Europese Commissie voorgestelde herziening van het ESFS.¹⁹

Met de invoering van het SSM in 2013 en de overdracht van bevoegdheden van de nationale bevoegde autoriteiten aan de ECB met ingang van 4 november 2014 is sprake van een meest verregaande centralisatie van bevoegdheden op Europees niveau. Deze overdracht van bevoegdheden is gebaseerd op artikel 127(6) VWEU en volgens de daarin vastgelegde bijzondere wetgevingsprocedure. Er is veel debat geweest over de vraag of die grondslag toereikend is.²⁰ Mijn inziens is dit een gepasseerd station en is het niet zinvol op dit punt de discussie voort te zetten.

3. Proportionaliteit in het Europees financieel toezichtrecht

3.1 De verordening als voorkeur-wetgevingsinstrument

Het vierde lid van artikel 5 VEU bepaalt uitdrukkelijk dat het optreden van de Europese instellingen wat betreft vorm en inhoud niet verder gaat dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de verdragen te verwezenlijken. Dit is de uitdrukking van het proportionaliteitsbeginsel ter afbakening van de bevoegdheden van de Europese instellingen ten opzichte van de Lidstaten. Wat betreft de inhoudelijke kant van deze regel zal de maatstaf vooral een toets betekenen over de grenzen van de regels, de reikwijdte, de wenselijkheid van de regels en een afweging of de doelstellingen niet ook met andere en minder ingrijpende regels kunnen worden bereikt. Eerst wilde ik stilstaan bij het aspect van de grenzen aan de 'vorm' van het optreden van de Europese instellingen.

Grenzen aan de keuze voor bepaalde wetgevingsinstrumenten worden ten eerste getrokken door de teksten van de

beide Europese Verdragen. Indien in de Verdragen een expliciete keuze staat voor een wetgevingsinstrument (of een richtlijn, of een verordening), dan zal de Europese wetgever gebonden zijn aan deze door de Verdragen omkaderde keuze. De regel van artikel 5 VEU is ook nader uitgewerkt in artikel 296, eerste alinea, VWEU. Deze bepaling luidt als volgt:

“Wanneer de Verdragen niet bepalen welk soort van handeling moet worden vastgesteld, maken de instellingen zelf per afzonderlijk geval een keuze, met inachtneming van de toepasselijke procedures en van het evenredigheidsbeginsel.”

Ten eerste is hierin, derhalve, geregeld dat het de teksten van de Verdragen zijn die bepalen welke soort van handeling moet worden vastgesteld. Ten tweede geeft deze bepaling aan de Europese wetgever de beoordelingsvrijheid, voor zover geen regels zijn gegeven in de Verdragen over het soort wetgevingshandeling, hier zelf te kiezen. In dat geval heeft de Europese wetgever een beoordelingsvrijheid om te kiezen voor het type wetgevingsinstrument, hetzij een richtlijn, hetzij een verordening hetzij zelfs een besluit. De laatste variant komt in de regulering van de financiële sector nauwelijks voor. Eerder is in die sector de keuze tussen de alternatieven van de richtlijn of verordening.

In het algemeen kan worden vastgesteld, dat verordeningen het grootste deel betreffen van de door de Europese wetgever gekozen vorm voor regelgeving. Deze algemene trend heeft zich ook afgetekend in de financiële sector, waarbij regels van de EU in sterk toenemende mate worden vastgesteld in de vorm van verordeningen. In de afgelopen twintig jaar is sprake van een radicale omslag van de wetgevende kaders in een trend die ik in 2013 aanduidde als de Europeanisering van het financieel toezichtrecht.²¹

Indien gekozen wordt voor een richtlijn als vorm van de toepassing van de bevoegdheden van de Europese instellingen, zal hierdoor aan de Lidstaten een ruimere bevoegdheid worden overgelaten. Het is immers aan de Lidstaten te kiezen over de wijze waarop de richtlijn zal worden geïmplementeerd in de nationale rechtsorde. Richtlijnen leiden tot binding van de Lidstaten, zij zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Hierin kan de Europese wetgever ook kiezen voor een ruimere of beperktere vrijheid van de Lidstaten om regels om te zetten in eigen nationale regelgeving. Wordt, bijvoorbeeld, gekozen voor het systeem van maximumharmonisatie, dan perkt dat de vrijheid van de Lidstaten in om regels vast te stellen die inbreuk maken op de door de Europese wetgever vastgestelde kaders van de uniformering van de regels in de EU.²²

19 Zie S.M.C. Nuijten & E.P.M. Joosen, 'Het ESFS Package: Naar een versterking van de rol van de Europese Toezichthoudende Autoriteiten (ESA's)', *TFR* 2019/4, pp. 183-196 voor een uitgebreide bespreking van dit Commissievoorstel en de verdere wetgevingsonderhandelingen, die in mei 2019 zijn afgerond met de vaststelling van de definitieve teksten.

20 Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *PbEU* L 287 van 29 oktober 2013, ('SSM-Verordening') is gebaseerd op de bepaling van artikel 127(6) VWEU en deze verdragsbepaling wordt in de literatuur vaak beschouwd als een ontoereikende grondslag voor de verregaande bevoegdheden overdracht van de Lidstaten en de bevoegde autoriteiten aan de ECB. Zie hierover onder meer: N. Moloney, 'European Banking Union: Assessing its Risks and Resilience', *Common Market Law Review* 51, pp. 1609-1670 (2014), pp. 1653 e.v. en G. Ter Kuile, L. Wissink & W. Bovenschen, 'Tailor-Made Accountability within the Single Supervisory Mechanism', *Common Market Law Review* 52 (2015), p. 162.

21 Zie hierover uitgebreid: E.P.M. Joosen & R.P. Raas, 'Vijf jaar Wet op het financieel toezicht', Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 118, Deventer: Kluwer 2013 en B.J. Drijber & C. de Rond, 'De Europeanisering van de Wft', *Ondernemingsrecht* 2017/142, paragraaf 2.2 e.v.

22 Zie artikel 288, derde alinea, VWEU dat hieromtrent bepaalt: "Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen."

Indien de Europese wetgever kiest voor het wetgevingsinstrument van een rechtstreeks werkende en direct verbindende verordening²³ wordt daarmee nadrukkelijk gekozen voor een vorm van optreden die een overdracht van de wetgevende bevoegdheden van de Lidstaten naar het Europese niveau. Daarbij kan de Europese wetgever ook rechtstreeks normen opleggen aan de bevoegde autoriteiten in de Lidstaten en de instellingen in de sector. De Europese wetgever kiest dan voor een vorm van optreden die dient te worden verantwoord vanuit het perspectief van het proportionaliteitsbeginsel.

De toename van het gebruik van het verordeninginstrument voor de regulering van de financiële sector vindt, zoals hiervoor is aangestipt, zijn oorsprong in het gedachtengoed van de Commissie De Larosière die op dit vlak in 2009 verschillende aanbevelingen deed. Deze aanbevelingen zijn omarmd door de Commissie en een en ander kwam onder meer tot uitdrukking in de Mededeling van de Commissie van maart 2009 'Op weg naar Europees herstel'.²⁴

Naar de desbetreffende conclusies van de Commissie, kort na het zich voltrekken van de financiële crisis in Europa in 2008 en 2009, wordt vervolgens met grote regelmaat verwezen in de diverse regelingen die als antwoord op die financiële crisis zijn vastgesteld.²⁵ Maar een heldere verantwoording over de keuze van het verordeninginstrument in plaats van een richtlijn *in het perspectief van de proportionaliteit* ziet men niet terugkomen. De kenner van het financiële recht zal mij er op willen wijzen dat in de meeste (zo niet alle) Europese verordeningen van de laatste jaren wel degelijk een verantwoording wordt afgelegd over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel van artikel 5 VEU. Het gaat daarbij dan bijvoorbeeld om de volgende overweging (40) uit de belangrijke PRIIPS-verordening:

“Daar de doelstellingen van deze verordening, te weten een betere bescherming van de retailbeleggers en een groter vertrouwen van deze beleggers in PRIIP's, met inbegrip van de grensoverschrijdende verhandeling van deze producten, niet voldoende door de onafhankelijk van elkaar optredende lidstaten kunnen worden verwezenlijkt maar vanwege de gevolgen van het optreden beter door de Unie kunnen worden verwezenlijkt, kan de Unie overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde subsidiariteits-

beginsel maatregelen nemen. *Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze verordening niet verder dan nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken* (cursivering, BJO).²⁶

De rechtvaardiging voor de keuze van het instrument van een verordening vindt, zoals hieruit blijkt, zijn grond in de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel. Er is aanleiding om de kwestie op het niveau van de EU te regelen omdat een zelfstandige regeling door de Lidstaten niet aan de doelstelling zal beantwoorden. Het verordeninginstrument is proportioneel, omdat het niet verder gaat dan nodig is om de doelstellingen te verwezenlijken. De keuze voor een verordening als zodanig wordt niet verantwoord aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel. Dat speelt alleen een rol bij de toets van de reikwijdte van de regels van de verordening zelf.

Nu ben ik de laatste die me schuldig zou willen maken aan juridische haarkloverij. Ik stel echter vast dat de op grond van artikel 296 VWEU aan te leggen toets in de praktijk niet *ex ante*, namelijk bij de keuze voor het type wetgevingsinstrument, wordt gedaan. Mogelijk komt er in latere instantie een *ex post* beoordeling door het HvJ, naarmate de kwestie van bevoegdheidsverdeling tussen Europese instellingen en Lidstaten mogelijkerwijs in de toekomst opvlamt. Ik zie namelijk op dit vlak een risico.

3.2 Proportionaliteit in het Europese Single Rule Book

De grootschalige overheveling van de bepalingen van de richtlijnen voor het prudentiële toezicht op banken en beleggingsondernemingen²⁷ naar de CRR vormen de funderingswerkzaamheden aan het Single Rule Book. Dat bestaat uit een verordening, de CRR en een richtlijn, CRD IV.

Het beginsel van proportionaliteit is in feite op tweeërlei wijzen in de teksten van het Single Rule Book verwerkt. Enerzijds is zowel in CRR als in CRD IV een grote reeks nationale opties en discreties opgenomen voor de Lidstaten en voor de bevoegde autoriteiten in de Lidstaten, welke kunnen leiden tot een toepassing van de regels op grond van de proportionaliteits idee. Anderzijds is in een reeks bepalingen in CRD IV een expliciete verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel in het kader van, met name, de uitoefening van de toezichtbevoegdheden. Beide methoden verdienen nadere bespreking.

Een optie betreft de bevoegdheid van de Lidstaat of de (nationale) bevoegde toezichtautoriteit om te kiezen uit verschillende alternatieven om een bepaalde regel toe te passen.²⁸ Discreties zijn aan de Lidstaten of bevoegde autoriteiten gegeven bevoegdheden om regels van het Single Rule Book al dan niet op individueel niveau van de desbetreffende onderneming of in het algemeen voor soortgelijke ondernemingen toe te passen.²⁹

23 Zie artikel 288, tweede alinea, VWEU: “Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.”

24 Commissie Mededeling aan de Europese Voorjaarsraad, 'Op weg naar Europees herstel', COM(2009) 114 definitief.

25 Zie bijvoorbeeld de voor de praktijk buitengewoon belangrijke Verordening (EU) nr. 648/2012 van 4 juli 2012 betreffende OTC-derivaten (EMIR) waar in overweging (2) naar deze Commissie Mededeling van 2009 wordt verwezen. In CRR wordt eveneens in overweging (2) naar de aanbevelingen van De Larosière verwezen, maar de Commissie kon wat betreft de regels voor banken en beleggingsondernemingen inmiddels verwijzen naar de op het niveau van de Europese Raad uitgesproken wens om te komen tot een geharmoniseerd 'European Single Rule Book' voor banken en beleggingsondernemingen zoals besloten in de vergadering van de Raad van 18 en 19 juni 2009.

26 Verordening (EU) Nr. 1286/2014.

27 Het gaat om Richtlijn 2006/48/EG en Richtlijn 2006/49/EG.

28 Zie bijvoorbeeld artikel 12(4) CRD IV.

29 Zie bijvoorbeeld artikel 129(2) CRD IV.

Zowel opties als discreties geven naar mijn mening invulling aan het beginsel van proportionaliteit zoals dat is ontwikkeld in de Europese jurisprudentie. Een door een Lidstaat of bevoegde autoriteit uitgeoefende optie geeft, daarbij, uitdrukking aan de keuzemogelijkheid tussen verschillende geschikte maatregelen, waarbij gekozen wordt voor de maatregel die de minste belasting met zich meebrengt. De Lidstaat die een optie wenst toe te passen, zal na dienen te gaan of het uitoefenen van de optie, geschikt is voor het desbetreffende doel. Een discretie is naar mijn mening met name een uitdrukking van de toets aan de noodzakelijkheid om een bepaalde maatregel op te leggen, gezien het te bereiken doel.

Als men de grote aantallen opties en discreties in het Single Rule Book in ogenschouw neemt, dan kan daaraan in elk geval de conclusie worden verbonden dat het principiële uitgangspunt van die regelgeving voldoende recht doet aan het beginsel van proportionaliteit. Het gebruik van opties en discreties levert een interessante juridische kronkel op. De mate waarin een Lidstaat gebruik maakt van opties of discreties is niet toetsbaar aan de hand van het Unierecht, mede omdat het voorschrift van artikel 5 VWEU zich in beginsel richt tot de Europese instellingen. Lidstaten hoeven zich niet te verantwoorden over de toepassing van artikel 5 VWEU noch is er, voor zover ik dat heb kunnen nagaan, aanknopingspunt bij de jurisprudentie van het HvJ waarbij Lidstaten op basis van het proportionaliteitsbeginsel worden aangesproken op de wijze waarop zij aan hen toegekende bevoegdheden uitoefenen. De enige toets die het HvJ aanlegt, is in welke mate de uitoefening van die bevoegdheden zich verdraagt tot het Unierecht voor zover dat recht zich richt tot de Lidstaten, waarbij de Lidstaten zich voor het overige uiteraard dienen te richten tot de regels van het desbetreffende Unierecht indien daarin geen opties of discreties zijn opgenomen.

Wat betreft de uitoefening van opties en discreties door de bevoegde toezichthouder is het interessante dat, na de invoering van het SSM, het de ECB is die bevoegd is deze opties en discreties toe te passen. In november 2015 heeft de ECB daartoe een initiatief genomen, wat heeft geleid tot het harmoniseren van de door de verschillende nationale toezichthouders in de Eurozone tot aan de inwerkingtreding van het SSM uitgeoefende opties en discreties.³⁰ Deze harmonisatie-

slag was noodzakelijk, vanwege de grote verschillen in de toepassing van regels die waren ontstaan door de uitoefening van de bevoegdheden door de nationale toezichthouders. In zijn aard is de uitoefening van opties en discreties van het Single Rule Book door de ECB wel toetsbaar aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel van artikel 5 VEU, omdat de ECB als Europese instelling aan dat beginsel is gebonden.

Eerder in deze paragraaf refereerde ik eraan dat proportionaliteit in het Single Rule Book in twee gedaanten voorkomt, namelijk de hiervoor besproken opties en discreties en de expliciete regeling ervan in de bepalingen van de CRD IV. Deze bepalingen betreffen met name de uitvoeringshandelingen van de bevoegde toezichthouder. Het gaat om de bepalingen van de samenwerking tussen toezichthouders voor banken en beleggingsondernemingen met activiteiten in verscheidene Lidstaten, het beloningsbeleid, de bepalingen betreffende het SREP en de aanwijzingen aan de Lidstaten voor het scheppen van een systeem van bestuursrechtelijke sancties.

Ter uitvoering van het bepaalde in artikel 296 VWEU heeft de Europese wetgever de gebruikelijke verantwoording afgelegd over de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zoals bedoeld in artikel 5 VEU.³¹ Hiermee legt de Europese wetgever getuigenis af over de gemaakte keuzen in de vaststelling van de bepalingen van de richtlijn, ervan uitgaande dat een regeling op het niveau van de EU noodzakelijk is. Een dergelijke verantwoording kan als een holle frase worden gelezen, het is een in veel regelgevende instrumenten van de Europese instellingen terugkomende 'template' tekst. Niettemin, meen ik dat in de bepalingen van het Single Rule Book wel degelijk ook concrete invulling is gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel, niet alleen door middel van de bepalingen die opties en discreties regelen, maar ook ten aanzien van de hiervoor vermelde belangrijke onderwerpen waarin het beginsel van proportionaliteit in concreto wordt geadresseerd. Ik wil dit punt verder toelichten aan de hand van de regels voor het SREP, waarbij ik de andere hiervoor genoemde onderwerpen onbesproken laat.

3.3 *Het Supervisory Review and Evaluation Process*

Het 'SREP' is een uit de Drie Pijlers van Bazel II³² voortvloeiende methodologie voor het inrichten van de relatie tussen een onder toezicht staande bank en de voor deze bank bevoegde toezichthouder.

Het SREP beoogt een interactie op gang te brengen tussen de bank en de toezichthouder in een toetsingsproces dat primair uitgaat van een door de bank zelf gedragen verantwoordelijkheid om kapitaaltoereikendheid te meten aan de hand van de interne analyse van risico's waaraan de bank is blootgesteld. Deze interne analyse wordt in het SREP ingebracht en wordt vervolgens getoetst door de toezichthouder.

30 Harmonisatie vond twee fasen plaats. In de eerste fase door middel van de vaststelling van Verordening (EU) 2016/445 van de Europese Centrale Bank van 14 maart 2016 betreffende de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de keuzemogelijkheden en manoeuvreerruimte die het Unierecht biedt, *PbEU* L 78, pp. 60 e.v. en ECB Guide on options and discretions available in Union law, Consolidated version, november 2016. In de tweede fase door de Richtsnoer (EU) 2017/697 van de Europese Centrale Bank van 4 april 2017 betreffende de wijze waarop nationale bevoegde autoriteiten met betrekking tot minder belangrijke instellingen gebruikmaken van de keuzemogelijkheden en manoeuvreerruimte die het Unierecht biedt, *PbEU* L 101 van 13 april 2017, pp. 156 e.v. en Aanbeveling van de Europese Centrale Bank van 4 april 2017 betreffende gemeenschappelijke specificaties voor de wijze waarop nationaal bevoegde autoriteiten ten overstaan van minder belangrijke instellingen gebruikmaken van enkele keuzemogelijkheden en manoeuvreerruimte die het Unierecht biedt, *PbEU* C 120 van 13 april 2017, p. 2 e.v.

31 Zie overweging (104) CRD IV.

32 Basel Committee on Banking Supervision, 'International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards; A Revised Framework; Comprehensive Version', juni 2006, te raadplegen via www.bis.org.

Deze dient aan de hand van de interne analyse een beeld te vormen omtrent de mate waarin de bank zich voldoende rekenschap heeft gegeven van alle aanwezige en potentiële risico's en daarop haar beleid omtrent het aanleggen van kapitaalbuffers heeft afgestemd. Indien de toezichthouder deze interne analyse niet adequaat vindt, wordt er geïntervenieerd, nadat eerst omtrent de bevindingen van de toezichthouder een dialoog met de bank heeft plaatsgevonden.

Er is door het Bazels Comité ook rekenschap gegeven van de proportionaliteit van de toepassing van het SREP.³³ Deze procedure dient risico-georiënteerd te worden toegepast, waarbij de toezichthouders zich richten op de gevallen die de grootste risico's vertegenwoordigen. Het Bazels Comité bepleit een gedoseerde toepassing van het SREP, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de aanpak van de toezichthouder naargelang het risico van de bank groter of minder groot is. Met dit uitgangspunt geeft het Bazels Comité ook invulling aan de proportionaliteitsgedachte die één van de dragende fundamenten is van de Beginselen voor het Toezicht op Banken die het Comité sinds jaar en dag hanteert.

In de evolutie van de Core Principles for Banking Supervision van 2012 ('Core Principles') van het Bazels Comité door de jaren heen, is door het Bazels Comité het onderwerp van proportionaliteit ook verder getoetst aan de moderne inzichten voor effectief toezicht op de banksector, door daarin met name aandacht te vragen voor het belang van preventie van risico's voor de stabiliteit van het financiële stelsel.

Ook het SREP-proces dient door de bevoegde autoriteiten te worden gericht naar de uitgangspunten van het proportionaliteitsbeginsel. De bepaling van artikel 97(4) CRD IV is een bevestiging dat binnen de EU ook uitvoering wordt gegeven aan de Core Principles en het gedachtegoed van het Bazels Comité omtrent de risicogeoriënteerde aanpak van het toezicht op de bankensector. Naar mijn mening, is deze aanpak een verwezenlijking van het beginsel van proportionaliteit.

De risicogeoriënteerde aanpak en toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zoals CRD IV voorschrijft voor de inrichting van het SREP heeft ook in de verdere implementatie van deze bepaling concrete handen en voeten gekregen. Hiervoor zijn door EBA op grond van het in artikel 107(3) CRD IV gegeven mandaat in 2014 Richtsnoeren vastgesteld waarin een uitvoerige methodologie is ontwikkeld voor de toepassing van de risicogeoriënteerde aanpak van de SREP.³⁴

In deze EBA Richtsnoeren wordt een methodologie beschreven voor de categorisering van banken naargelang het door deze banken vertegenwoordigde risicoprofiel. Afhankelijk van dat profiel dient de intensiteit van het toezicht op de bank hoger te zijn (voor de grootste en systeemrelevante banken) of lager (voor banken zonder ingewikkelde bedrijfsvoering die slechts binnen één Lidstaat activiteiten uitvoeren).³⁵ EBA verdedigt deze aanpak met een uitvoerige beschouwing over proportionaliteit van de uitoefening van bevoegdheden door toezichthouders. In de Engelstalige weergave³⁶ van de Richtsnoeren luidt deze onderbouwing als volgt:

"Competent authorities should apply the principle of proportionality in the scope, frequency and intensity of supervisory engagement and dialogue with an institution, and supervisory expectations of the standards the institution should meet, in accordance with the category of the institution."³⁷

Het blijft niet bij deze uitdrukking van het algemene uitgangspunt. EBA ontwikkelt in de Richtsnoeren ook een reeks concrete handvatten die door toezichthouders kunnen worden toegepast en die invulling geven aan die reikwijdte, frequentie en intensiteit van het toezicht. Voor de vier categorieën van banken, worden hieromtrent verschillende richtsnoeren gegeven. Zo zullen de grootste en systeemrelevante banken in die methodologie kunnen rekenen op een grotere regelmaat van de contacten met de toezichthouder dan de kleinste minder gecompliceerde banken.

In Nederland is naar dit punt recent onderzoek uitgevoerd door de Algemene Rekenkamer.³⁸ In het onderzoek naar de uitvoering van toezicht naar kleine en middelgrote banken wordt de volgende constatering gedaan:

"Het overzicht laat zien dat DNB dezelfde werkwijze voor alle middelgrote en kleine banken hanteert. Er is dus sprake van een zekere disproportionaliteit in het toezicht op deze banken."³⁹

Blijkens dit onderzoek wordt door DNB aangegeven de Richtsnoeren van EBA wat betreft de categorisering (van-

33 Zie bijvoorbeeld Overwegingen 720-722 van: Basel Committee on Banking Supervision, 'International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards', t.a.p., p. 204.

34 EBA, Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process EBA/GL/2014/13 van 19 december 2014. Deze richtsnoeren van EBA zijn herzien ter introductie van een methodologie voor het uitvoeren en incorporeren van 'stress-tests' in de beoordeling door toezichthouder van de door banken gemaakte analyses van kapitaaltoereikendheid. Zie hiervoor: Guidelines on the revised common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP) and supervisory stress testing, EBA/GL/2018/03, 19 juli 2018.

35 Zie voor een uitvoerige beschrijving hiervan: Joosen, Bart, Lamandini, Marco, Lehmann, Matthias, Lieverse, Kitty en Tirado, Ignacio, 'Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a Two-Tiered European Banking Law?', Working Paper for the Third Annual Conference of the European Banking Institute, gepubliceerd in de EBI Working Paper Series 2018 - no. 20, www.ebi-europa.eu, pp. 9 e.v. (Joosen, Lamandini, Lehmann, Lieverse en Tirado (2018)).

36 Zoals ik wel eens eerder heb aangegeven kan ik slecht uit de voeten met de vertalingen naar het Nederlands van de oorspronkelijk Engelstalige teksten van Europese wet- en regelgeving en documenten van EBA, ECB enzovoort. Ik vind die vertalingen naar het Nederlands vaak gebrekkig, niet accuraat en de omzetting vindt niet altijd plaats in het mooiste Nederlands.

37 Ik geef de tekst weer uit het recente consultatiedocument, EBA/CP/2017/18 van 31 oktober 2017, p. 37 zodat daarmee ook vaststaat dat EBA op dit vlak niet op de schreden is teruggekeerd. Zie ook de finale tekst in EBA/GL/2018/03, 19 juli 2018.

38 Algemene Rekenkamer, 'Toezicht op banken in Nederland; Uitvoering prudentieel toezicht op middelgrote en kleine banken door DNB', 2017.

39 Algemene Rekenkamer, t.a.p., p. 44.

wege het vermeende onverplichte karakter ervan⁴⁰) niet te volgen, maar eerder uit te gaan van de categorisering van de ECB in de voor het SSM ontwikkelde Supervision Manual. Omdat dat document niet openbaar is, is niet na te gaan op welke wijze de ECB proportionaliteit toepast in de categorisering van banken en van de daarop af te stemmen reikwijdte, frequentie en intensiteit van het toezicht.⁴¹ Anderzijds bevestigt de ECB wel de Richtsnoeren van EBA te volgen.⁴²

3.4 Proportionaliteit en de 'Better Regulation' Agenda

In 2016 kwam de Commissie met de 'Mededeling Betere Regelgeving – Betere Resultaten voor een Sterkere Unie'.⁴³ In de openingszin van de Commissie Mededeling wordt een uitgebreide motivatie gegeven over het belang van betere regelgeving. Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel vormt onderdeel uit van dit inspirerende betoog. Ook na 2016 heeft de Europese Commissie op vele fronten initiatieven genomen om de Better Regulation Agenda verder uit te voeren. Een belangrijk aandeel in die initiatieven betreft de regulering van de financiële markten. Wel moet worden aangegeven dat Brexit ervoor heeft gezorgd dat het uitvoeren van de Better Regulation Agenda niet tot volle bloei is gekomen, niet allen wat betreft de financiële sector maar op vele andere terreinen.

Na de wetgevingsgolf die ontstond om de gevolgen van de grote financiële crisis te adresseren, is door de Europese Commissie uitgebreid stilgestaan bij het vraagstuk van proportionaliteit en de impact die deze nieuwe regelgeving heeft voor de actoren op de financiële markten. De Call for Evidence van 30 september 2015⁴⁴ vooruitlopend op de uiteenzetting van de Better Regulation Agenda nodigde, naast een veertiental andere onderwerpen, uit om bewijs te leveren van mogelijke disproportionele effecten van die nieuwe regelgeving.⁴⁵ Hierover wordt door de Commissie de navolgende vraagstelling geformuleerd:

“Proportionality / preserving diversity in the EU financial sector: are EU rules adequately suited to the diversity of

financial institutions in the EU? Are these rules adapted to the emergence of new business models and the participation of non-financial actors in the market place? Is further adaptation needed and justified from a risk perspective? If so, which, and how?”

In de 288 reacties op de Call for Evidence is door de markt, maar ook door de Lidstaten, veel aandacht geschonken aan de opvatting dat de nieuwe regelgeving na de financiële crisis inderdaad de proportionaliteit onder druk heeft gezet. Uit de door de Commissie na het verstrijken van de consultatietermijn gemaakte samenvatting van de inbreng naar aanleiding van de Call for Advice⁴⁶ kunnen in het kader van deze studie naar het beginsel van proportionaliteit een paar interessante observaties worden gehaald. Al deze inzichten zijn door de Commissie niet onbeantwoord gebleven en een grote reeks voorstellen tot verbetering zijn inmiddels ingevoerd in de nieuwe teksten van CRR en CRD IV. Er is een ontwikkeling op dit vlak die eveneens de moeite van het bespreken waard is in de context van mijn betoog betreffende toepassing van proportionaliteit in de Better Regulation Agenda.

Het gaat om het voorstel van de Commissie van 4 mei 2017 tot aanpassing van EMIR.⁴⁷ Het voorstel gaat in op de bij de Call for Evidence ingebrachte bezwaren over de disproportionele effecten van EMIR voor de niet onder financieel toezicht staande ondernemingen en de problematiek voor pensioenfondsen.

Het introduceren van wijzigingen ten aanzien van EMIR zodanig dat die zouden leiden tot meer proportionaliteit was een van de kerndoelstellingen van de Europese Commissie in het kader van deze aanpassing van EMIR. Met deze herijking van de regels van EMIR, waar met name voor de niet als financiële ondernemingen gereguleerde entiteiten en pensioenfondsen een lichtere nalevingslast zullen krijgen, wordt door de Europese Commissie beoogd de té ver doorgeschoten regulering van de derivaten-markten af te zwakken. Het is daarbij van belang te bedenken dat deze herziening is gebaseerd op een nadere analyse van de mogelijke risico's die zich in de derivaten-markten kunnen opbouwen, aan de hand van de zeer gedetailleerde informatie die is verkregen als een van de consequenties van de oorspronkelijke regelingen van EMIR.

De in 2012 vastgestelde EMIR-verordening had onder meer tot doel tot verregaande transparantie te komen van de omvang en risico's in de markten voor OTC-derivaten alsmede om bloot te leggen op welke wijze sprake was van verknoppingen van risico's tussen de verschillende spelers. Dat heeft geleid tot rapportageverplichtingen die de toezichthouders

40 Algemene Rekenkamer, t.a.p., punt 84, p. 99. Dit is een stelling die de Algemene Rekenkamer opschrijft en die niet is af te leiden van een directe bron van DNB. Maar als dit de opvatting van DNB zou zijn, meen ik dat er een ernstig conflict is met de wijze waarop in het ESFS Level 3 richtsnoeren van de ESA's ten uitvoering moeten worden gebracht. Kijkt men naar de 'comply or explain' notities van de EBA ter zake van de SREP Richtsnoeren, dan ziet men bij de positie van DNB geen enkele uitleg over een eventuele afwijking van de naleving van de Richtsnoeren. Met andere woorden, DNB heeft indertijd bevestigd de Richtsnoeren te zullen naleven. Zie EBA Compliance Table - Guidelines, EBA/GL/2014/13 Appendix 1, 19 december 2014, updated 14 september 2015.

41 Algemene Rekenkamer, t.a.p., punt 84 p. 99.

42 ECB, Supervisory Review and Evaluation Process, SSM SREP Methodology Booklet – 2017 edition to be applied in 2018 –, p. 2, te raadplegen via www.bankingsupervision.europa.eu/ecb.

43 Commissie Mededeling van 14 september 2016, COM(2016) 615 definitief.

44 Europese Commissie, Call for Evidence – EU Regulatory Framework for Financial Services, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review>.

45 Zie hierover: N. Moloney, 'Brexit and financial services: (Yet) another re-ordering of institutional governance for the EU System?', *Common Market Law Review* 55 (2018), p. 188.

46 Europese Commissie, 'Summary of contributions to the 'Call for Evidence'', te raadplegen via <https://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review>.

47 Verordening (EU) Nr. 648/2012, zoals gewijzigd wat betreft het in dit artikel besproken punt van proportionele toepassing door Verordening (EU) 2019/834 van 20 mei 2019, *PbEU*, L. 141 van 28 mei 2019.

veel informatie hebben gegeven over alle punten waarop betere transparantie diende te ontstaan.

Met dit 'trial and error' proces is ook een duidelijker beeld gekomen over de noodzaak en wenselijkheid om bepaalde sectoren in de economie te betrekken bij de toepassing van de regels van EMIR. Waar deze verordening met name was gericht op de beheersing van risico's voor de stabiliteit van de financiële markten, heeft de 'fact finding' die plaatsvond na inwerkingtreding van de regelgeving opgeleverd dat op sommige punten de strenge regels wat kunnen worden afgezwakt.

Het is een mooi voorbeeld van toepassing van het proportionaliteitsbeginsel op de inrichting van de regelgeving voor de financiële markten. Het laat zien dat dit beginsel ook op Europees niveau een functie heeft om als gevolg van bepaalde oorzaken (namelijk de financiële crisis van 2007/2008) tot stand gekomen regels opnieuw tegen het licht te houden en te komen tot een toets van de proportionaliteit ervan. Het laat ook zien dat de Europese instellingen bereid zijn om bij gebleken gebrek aan proportionaliteit te komen tot voorstellen tot wijziging. Proportionaliteit is, met andere woorden, niet alleen een verplichte toets bij de totstandkoming van de wetgeving, maar geldt ook als een grond voor permanente evaluatie van die wetgeving nadat deze is vastgesteld en in de praktijk wordt toegepast.

3.5 Proportionaliteit in het SSM

De invoering van het SSM leidde tot toekenning van bevoegdheden aan de ECB voor het toezicht op alle banken in de Eurozone, zowel de grote als kleine banken. De ECB is een Europese instelling en dit heeft gevolgen voor een reeks kwesties in het kader van het SSM. Zo is de ECB als Europese instelling gebonden aan het bepaalde in artikel 5 VEU, zowel als het gaat om subsidiariteit als proportionaliteit. Dit betreft niet alleen de uitvoeringshandelingen in het kader van het SSM, maar ook bijvoorbeeld de wetgevende bevoegdheid die de ECB heeft.

In de eerste jaren na de start van het SSM is hier en daar de balans opgemaakt van de wijze van opereren van het SSM en de rol van de ECB daarin. De algemene indruk die men krijgt bij het lezen van deze rapportages is dat het toezicht van ECB als streng wordt ervaren en, luistert men goed, als disproportioneel. De ECB gaat echter over dit punt ook regelmatig in discussie waarbij hij zich rekenschap geeft van de ter zake geldende verplichtingen en dat al het handelen van de ECB wordt beoordeeld door de bril van, onder meer, het proportionaliteitsbeginsel. En, zoals ik hierna zal laten zien, de ECB is daarin niet zelfgenoegzaam. Het brengt wat mij betreft een nieuwe en verfrissende dimensie aan en verrijking van de toezichtcultuur in Europa.

Het begint ermee dat de ECB vanaf het begin van het SSM in haar 'Mission Statement' uitdraagt dat respect voor het beginsel van proportionaliteit voorop dient te staan bij al haar handelen. Hierover verklaart de ECB het navolgende als

Principle 7 in de Guide for Banking Supervision van november 2014:

"The supervisory practices of the SSM are commensurate with the systemic importance and risk profile of the credit institutions under supervision. The implementation of this principle facilitates an efficient allocation of finite supervisory resources. Accordingly, the intensity of the SSM's supervision varies across credit institutions, with a stronger focus on the largest and more complex systemic groups and on the more relevant subsidiaries within a significant banking group. This is consistent with the SSM's risk-based and consolidated supervisory approach."⁴⁸

Hierbij komt derhalve tot uitdrukking dat de ECB bij het uit te oefenen toezicht geen 'one size fits all' benadering voorstaat. Naarmate de systeemrelevantie van een bank toeneemt, zal het toezicht ook intensiever en indringender zijn. Hierbij speelt bijvoorbeeld een rol dat de ECB de Richtsnoeren van de EBA volgt ten aanzien van het SREP. Deze Richtsnoeren bieden ruimte om te komen tot differentiatie in het uit te oefenen toezicht, welke ruimte ECB proclameert te zullen gebruiken. Maar tussen de proclamatie van een bepaald beginsel en de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van die beginsel zit mogelijkweliswaar ruimte. Om die reden moeten we op zoek naar verdere aanwijzingen over de wijze hoe de ECB in het kader van het SSM omspringt met het proportionaliteitsbeginsel.

Een van de eerste opvallende confrontaties op dit vlak betreft de door het Europees Parlement aan de ECB gestelde vragen over de toepassing van het beginsel van proportionaliteit. In de ECON⁴⁹ vergadering van 25 juni 2015 wordt de ECB uitgenodigd om over dit punt verslag uit te brengen. In oktober 2015 wordt door de ECB bij het Europees Parlement een uitvoerige rapportage ingebracht⁵⁰ waarin ingegaan wordt over de wijze van toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het SSM.

In de uiteenzetting van de ECB wordt gerefereerd aan artikel 5 VEU en het Protocol 2 en bevestigt de ECB dat het Europese instelling ten volle aan deze verdragsbepalingen is verbonden. De ECB verwijst ook naar het gegeven dat op grond van de SSM-Verordening de ECB gehouden is haar bevoegdheden wat betreft het toezicht op een proportionele wijze uit te oefenen.⁵¹ Een en ander is gebaseerd op artikel 1 en overweging (17) SSM-Verordening, waarin de belangrijke zinsnede staat dat de ECB zich ten volle rekenschap dient te geven van:

48 ECB, 'Guide to Banking Supervision', Europees catalogus nummer: QB-02-14-914-EN-N, te raadplegen via www.bankingsupervision.europa.eu/ecb.

49 Economic and Monetary Affairs comité van het Europees Parlement.

50 Brief van Mw. Danièle Nouy, voorzitter van de Toezichtsraad van het SSM, van 2 oktober 2015 aan Sven Giegold, lid van het Europees Parlement met Bijlage 'The principle of proportionality: application in the Single Supervisory Mechanism' te raadplegen via www.bankingsupervision.europa.eu/ecb.

51 Zie p. 1 van de Bijlage bij de ECB brief van 2 oktober 2015.

“[...] the diversity of credit institutions, their size and business models, as well as the systemic benefits of diversity in the banking industry of the EU.”⁵²

Door de verdeling van de toezichttaken die in het SSM is gemaakt, de significante instellingen staan onder direct toezicht van de ECB, de niet-significante instellingen onder toezicht van de nationale bevoegde autoriteiten als ‘opdrachtnemers’ van de ECB, is volgens de ECB reeds uitvoering gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel.

Verder betoogt de ECB dat vanwege het ingrijpende karakter van de uitoefening van de (verregaande) bevoegdheden van de ECB, de ECB zich voortdurend moet laten leiden door het proportionaliteitsbeginsel. Dat betekent, ook ten aanzien van de oplegging van aanvullende kapitaaleisen in het zogenaamde Pillar 2-proces, dat de maatregelen steeds:

“[...] must be (i) necessary to achieve a legitimate aim and (ii) pursued in a suitable and reasonable manner”.

De ECB verwijst daarbij naar de proportionaliteitsbepalingen uit het Single Rule Book waarbij de hier geciteerde tekst uit de brief aan het Europese Parlement met name lijkt te stelen op de omschrijving van het proportionaliteitsbeginsel zoals dat is verwoord in artikel 65, eerste lid CRD IV betreffende sancties en handhaving. Buiten het gebied van het dagelijkse toezicht meent de ECB ook mogelijkheden te zien tot het leveren van bijdragen aan beleid over (i) toezichtrapportages; en (ii) toezicht kosten. Wat betreft het onderwerp genoemd onder (ii) is het de ECB geweest die concrete stappen heeft gezet in de vorm van een ECB verordening betreffende toezichthouderrapportages⁵³ en daarbij een regime heeft voorgesteld dat op zeer gedetailleerde wijze uiteenzet welke rapportageverplichtingen zouden moeten gelden voor verschillende typen banken. Daarbij wordt ook gedefinieerd dat de kleinere en middelgrote banken (derhalve gaat dat ook over de niet-significante banken) grotendeels zou moeten worden vrijgesteld van de uitvoerige rapportage eisen die voor de grote (systeemrelevante) banken gelden. De ECB heeft hiermee de Europese wetgever (en EBA) de weg gewezen naar wat een proportionele toepassing van de voorschriften voor toezichthouderrapportage zou kunnen betekenen. Waar de verordening van de ECB in 2015 is vastgesteld, is pas eerst in november 2016 door de Europese Commissie voorgesteld om op dit vlak het Single Rule Book aan te passen.⁵⁴

De ECB gaat vervolgens in op de concrete gebieden van het toezicht waar hij proportionele toepassing van de regels mogelijk acht. In een lange lijst van onderwerpen wordt er in concreto invulling gegeven aan de wijze waarop de ECB het beginsel van proportionaliteit respecteert.

In een vervolgbrief die kort daarna door de ECB aan het Europese Parlement wordt verstuurd, wordt nog uitvoeriger ingegaan op nadere vragen die het Parlement had gesteld, met name:

- In hoeverre de ECB de toepassing van nationale jaarrekeningstandaarden zou blijven respecteren (dat werd door de ECB bevestigd);
- In welke mate thematische onderzoeken van de ECB bij niet-significante instellingen voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel. De ECB zegt hierover dat dergelijke onderzoeken noodzakelijk zijn voor de invulling van zijn rol als de eindverantwoordelijke instelling voor het prudentiële toezicht op alle in de Eurozone gevestigde banken; en
- Proportionaliteit van het SREP, met name de door de ECB gebruikte methodiek van vergelijkingen (‘benchmarks’ en ‘peer group analyses’) tussen banken onderling.

Op deze wijze vindt een permanent debat en discussie plaats over de toepassing van het beginsel van proportionaliteit tussen het Europese Parlement zijnde de instelling waaraan door de ECB verantwoording wordt afgelegd over de uitvoering van het SSM.⁵⁵

4. Conclusies

Tot welke conclusies kom ik in het verband met dit kleine onderzoek naar de toepassing van het beginsel van proportionaliteit in het Europese financieel toezichtrecht? Volgens mij gaat het om het volgende. Proportionaliteit betekent: het doel wettigt de middelen, mits het een gerechtvaardigd doel is. Het gekozen middel, voor zover er een keuzemogelijkheid bestaat, moet het minste nadeel berokkenen voor diegene waartegen het middel wordt ingezet. En het middel moet steeds in verhouding staan tot het te bereiken doel, wat betreft het berokkende nadeel. Als aan al deze criteria is voldaan, is sprake van een proportionele maatregel of uitvoeringsbesluit, en indien handhaving daarvan komt, van de opgelegde sanctie. Over het laatste is in dit artikel nauwelijks gesproken, hetgeen verband hield met het gekozen onderwerp, het Europese financieel toezichtrecht. In dit rechtsgebied zijn pas de eerste stappen gezet door de Europese instellingen (waaronder de ECB) tot handhaving

52 Over het punt van de relatie tussen ‘one size fits all’ benaderingen en de consequenties voor diversiteit, zie: uitvoerig: Joosen, Lamandini, Lehmann, Lieverse en Tirado (2018), t.a.p.

53 Verordening (EU) 2015/534 van de Europese Centrale Bank van 17 maart 2015 betreffende rapportage van financiële toezichtinformatie (ECB/2015/13), *PbEU*, L 86 van 31 maart 2015.

54 Joosen E.P.M. (Bart), ‘Voltooiing van de bankenunie: banken pakket voorstellen voor CRR2 en CRD5’, *TFR* 2017, nr. 7/8, juli/augustus 2017, pp. 306-314. Inmiddels is het voorstel aangenomen, zoals hiervoor reeds genoemd en zijn de desbetreffende bepalingen opgenomen in de op 20 mei 2019 vastgestelde teksten. Ik verwijs naar eerdere voetnoten voor verwijzing naar de desbetreffende wetgeving.

55 Zie verder de speeches van Sabine Lautenschläger ‘Is small beautiful? Supervision, regulation and the size of banks’, Washington, 14 oktober 2017 en Ignazio Angeloni, ‘Another look at proportionality in banking supervision’, Singapore 28 februari 2018 en de antwoordbrief van de ECB aan het Europese Parlement van 24 januari 2018 op vragen QZ115-116 betreffende de implementatie van vervoegde interventie maatregelen en de proportionaliteitsafwegingen die de ECB op dat vlak dient te maken. Al deze stukken zijn te raadplegen via www.bankingsupervision.europa.eu/ecb.

van de regels waarop zij toezicht dienen te houden. Toetsing door de rechter van concrete sanctiebesluiten, bijvoorbeeld in het kader van de uitvoering van het SSM, heeft nog niet plaatsgevonden, ook al komt een en ander steeds dichterbij.⁵⁶

Als een maatregel of een besluit niet disproportioneel is, wil dat nog niet zeggen dat geen verdere toetsing aan andere beginselen kan of moet plaatsvinden. Voorafgaand aan de toets aan het proportionaliteitsbeginsel moet ook worden gekeken naar de naleving van het legaliteitsbeginsel. En na de toetsing op proportionaliteit is er vaak noodzaak te bezien of sprake is van conformiteit aan het gelijkheidsbeginsel. Deze twee andere belangrijke beginselen zijn in dit artikel nauwelijks aan bod gekomen, zij het dat in de definiëring van de gerechtvaardigdheid van het doel wel enige verwantschap bestaat met de toets op het legaliteitsbeginsel. Indien het doel wat met een maatregel of besluit of sanctie wordt beoogd immers geen rechtvaardiging kent in de door de politieke verantwoordelijken bepaalde kaders en bevoegdheden, komt er al snel spanning op het criterium van de noodzakelijkheid dat onderdeel uitmaakt van het proportionaliteitsbeginsel.

Vanuit verschillende invalshoeken geeft het Single Rule Book invulling aan het beginsel van proportionaliteit. Ten eerste is door de Europese wetgever vastgesteld dat aan de uitgangspunten van artikel 5 VEU is voldaan, de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese instellingen en de Lidstaten wat betreft de vormgeving van het normatieve kader heeft op een correcte wijze plaatsgevonden. De met het Single Rule Book beoogde harmonisatie van de regels voor het prudentiële toezicht op banken en beleggingsondernemingen gaat niet verder dan noodzakelijk, en er blijft voldoende ruimte voor de Lidstaten en de bevoegde toezichthouders over om invulling te geven aan het normatieve kader naargelang specifieke omstandigheden in de Lidstaten dit vergen.

Ook bij de invulling van de geharmoniseerde normen van het prudentiële toezicht, is terdege rekening gehouden met het proportionaliteitsbeginsel. Naar mijn mening geeft de grote hoeveelheid opties en discreties aan dit rechtsbeginsel kleur en wordt daarmee bereikt dat, in beginsel, toepassing van de regels, handhaving daarvan en sanctionering kan geschieden rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de nationale markt en van de individuele instellingen waarop toezicht wordt gehouden. Daarnaast is de verwezenlijking van het beginsel te vinden in de explicitering in verschillende regelingen in CRD IV die vooral gaan over de uitvoering van de prudentiële normen.

Derhalve is het Europese regelgevend kader voldoende solide vormgegeven langs de lijn van het proportionaliteitsbeginsel, maar het is zeer de vraag of op dit vlak wel sprake is van toepassing ervan in de praktijk. In elk geval kan voor de Nederlandse situatie worden vastgesteld dat er mankementen zijn in de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Dat speelt zowel op het vlak van de wetgeving als in de toezichtpraktijk. Als voorbeeld van een lacune in de wetgeving noem ik het feit dat de Nederlandse wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de vrijstelling van artikel 129(2) CRD IV voor kleine en middelgrote beleggingsondernemingen toe te passen. Wat betreft de toezichtpraktijk gaat het om het hiervoor uitgewerkte voorbeeld van de toepassing van het SREP-proces.

Als ik de balans opmaak over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het Europese financieel toezichtrecht, dan kom ik tot de conclusie dat de weerstand die vaak kan worden genoteerd ten aanzien van de bevoegdhedenoverdracht naar Europese instellingen – de fundamentele vraag is er sprake van ‘teveel Europa’ – niet altijd is gebaseerd op een zuivere lezing van de toepasselijke kaders en een correcte beoordeling van de uitvoering daarvan door Europese instellingen. Eerder meen ik dat – gezien de robuuste en consistente toepassing van het proportionaliteitsbeginsel door het Europese Hof,⁵⁷ de wijze waarop de Europese instellingen bereid zijn om rekening en verantwoording af te leggen over de proportionaliteit van hun handelen en de concrete maatregelen die worden getroffen naar aanleiding van evaluatie van effecten – de conclusie getrokken kan worden dat we niet alleen genoeg Europa hebben, maar wellicht zelfs dat de risico's voor de burgers en de instellingen om te komen tot meer Europa niet zo groot zijn als vaak wordt beweerd en dat deze risico's in sterke mate beheersbaar zijn. Er is geen objectieve reden voor het innemen van een afwachtende houding of het verwerpen van de initiatieven van de Europese instellingen vanwege een vermeend disproportioneel effect – op het vlak van regelgeving en toezicht – van de verdere uitbouw van gecentraliseerde regelgeving en een gecentraliseerd toezicht.

56 Zo zal zeer binnenkort door het Gerecht van de Europese Unie een arrest worden gewezen in de zaak Fininvest/ECB in verband met de verregaande maatregelen die de ECB aan Fininvest heeft opgelegd. Zie voor de verwante zaak: HvJ EG, 19 december 2018, C-219/17, JOR 2019/61 met noot E.P.M. Joosen.

57 Voor een uitvoerige bespreking van de door mij onderzochte jurisprudentie verwijs ik naar de volledige tekst van mijn oratie die in de ZIFO-reeks wordt uitgegeven.