

Over de grenzen: een vernieuwd paspoortregime voor banken in het Single Supervisory Mechanism

mr. B. Bierman¹

Het Europees paspoortregime voor banken is als gevolg van het Single Supervisory Mechanism aangepast. Kan een Nederlandse bank nu eenvoudiger activiteiten ontplooiën over de grenzen? Dit artikel begint met een bespreking van de systematiek van het Europees paspoort en het SSM. Daarna bekijken we hoe de SSM-regelgeving het Europees paspoortregime heeft veranderd. Ten slotte geeft dit artikel enkele praktische handvatten mee voor het gebruik van het Europees paspoort.

1. Inleiding

'De integratie (...) in de Unie lijkt tot stilstand te komen.'

Dit is geen uitspraak van minister Dijsselbloem over een 'mini Schengen'. Dit zou, met het oog op de aanpak van de vluchtelingenproblematiek, een kleiner EU-verband zijn met enkel vrijheden van verkeer en open grenzen voor lidstaten die elkaar écht vertrouwen.² Het citaat komt uit een heel andere hoek waarin het vertrouwen tussen EU-lidstaten eveneens ernstig was afgenomen. Op de puntjes van het citaat ontbreekt namelijk: 'van de bankmarkten'.³ Ruim een jaar geleden, op 4 november 2014, is het toezicht door de Europese Centrale Bank (hierna: de ECB) op grond van het Single Supervisory Mechanism (hierna: het SSM) van kracht geworden. Dit nieuwe gemeenschappelijk toezichtmechanisme vormt één van de pijlers van de Europese Bankenu-nie. Kort gezegd is binnen het SSM de ECB eindverantwoordelijk voor het toezicht op alle banken in lidstaten met de euro (hierna: de SSM-lidstaten).⁴ Dit is met recht een historisch moment te noemen.

Een van de belangrijkste redenen van het ontstaan van de Europese Bankenu-nie in het algemeen, en het SSM in het bijzonder, is het feit dat banken zich in een geglobaliseerde wereld niet beperken tot het thuisland waar zij hun zetel hebben. Zij verrichten ook activiteiten in andere landen. Dit is binnen de EU relatief eenvoudig gelet op het systeem van Europese paspoorten. Zoals hieronder zal worden besproken, zorgden de geharmoniseerde financieel-rechtelijke toezichtregels in de achtereenvolgende EU bankenrichtlijnen ervoor dat banken – zonder voorafgaande vergunning in het gastland (de *host state*) – ook actief kunnen zijn in een andere EU-lidstaat.⁵ Deze richtlijnen gaan immers uit van de vrijheden van vestiging en van dienstverlening binnen de EU. In deze richtlijnen staan ook de principes van *single license* en *home state control*. Niet alleen hoeft een bank geen separate vergunning in de *host* lidstaat te verkrijgen, maar zij staat ook onder exclusief prudentieel toezicht van de *home state* toezicht-houder.

Dit vergt een groot vertrouwen onder de toezicht-houders van de diverse lidstaten in elkaars toezicht op banken. Dit vertrouwen was na de kredietcrisis in 2008 ver te zoeken. Denk daarbij aan het omval-len van de IJslandse bank Icesave, de reddingen van banken in Cyprus en het (dreigende) faillissement van bijvoorbeeld Griekse en Spaanse banken. Als die banken geïsoleerd in hun thuisland zouden opereren zou dat in beginsel geen probleem hoeven op te leveren voor de overige lidstaten. Het wordt voor

1. Bart Bierman is advocaat in Amsterdam. Hij is tevens verbonden als *guest lecturer* aan het Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden.
2. Zie minister Dijsselbloem op het NOS journaal van 27 november 2015 (<http://nos.nl/artikel/2071630-dijsselbloem-houdt-rekening-met-mini-schengen.html>), en alle discussie die daarna over dit onderwerp losbarstte.
3. Zie Overweging 3 van de SSM Verordening (verordening (EU) nr. 1024/2013).
4. Zie voor een uitgebreide beschouwing van het SSM: B. Bierman & L. Silverentand, 'De juridische en praktische gevolgen van het SSM: van het Frederiksplein naar de Kaiserstrasse', *FR* 2014, nr. 11, p. 441-452. Zie voor een terugblik op één jaar SSM: B. Bierman, 'ECB

en DNB worstelen nog met nieuwe rol', *Het Financieele Dagblad*, 5 november 2015, p. 11 en R.E.W. Mikulski, Symposiumverslag 'Europees banktoezicht: de eerste ervaringen', *FR* 2015, nr. 11, p. 415-420.

5. En EEA lidstaten. De EU/EEA lidstaten worden hierna aangeduid als 'lidstaten'.

die overige landen wel een probleem zodra ook hun inwoners door die banken worden bediend. Overwegingen 1-3 van de SSM Verordening⁶ vatten de noodzaak voor het SSM in die grensoverschrijdende context goed samen:

'In de afgelopen decennia heeft de Unie aanzienlijke vooruitgang geboekt bij de vorming van een interne markt voor bankdiensten. Bijgevolg hebben bankgroepen waarvan het hoofdkantoor in een andere lidstaat is gevestigd, in tal van lidstaten een significant marktaandeel en hebben kredietinstellingen hun werkzaamheden geografisch gediversifieerd, zowel binnen als buiten de eurozone.' 'De huidige financiële en economische crisis heeft aangetoond dat de integriteit van de eenheidsmunt en de interne markt kan worden aangetast door de versnippering van de financiële sector. Het is dan ook van essentieel belang dat de integratie van het banktoezicht geïntensiveerd wordt om de Unie te versterken, de financiële stabiliteit te herstellen en de basis voor economisch herstel te leggen.' 'Om de economische groei in de Unie en een adequate financiering van de reële economie te bevorderen is het van essentieel belang dat de interne markt voor bankdiensten intact blijft en verder wordt uitgebouwd. Dit blijkt echter steeds moeilijker te worden. De integratie van de bankmarkten in de Unie lijkt tot stilstand te komen [onderstreping, BB].'

De vraag is of met het SSM de integratie van de bankmarkten in de EU is versterkt. Met andere woorden: kan een Nederlandse bank eenvoudiger activiteiten ontplooiën over de grenzen? De opbouw van dit artikel is als volgt. Ten eerste bespreekt dit artikel het systeem van het Europees paspoort (paragraaf 2). Vervolgens wordt in meer detail ingegaan op het SSM (paragraaf 3). Daarna wordt bekeken hoe de SSM-regelgeving het Europees paspoortstelsel heeft veranderd (paragraaf 4). Ten slotte geeft dit artikel enkele praktische handvatten mee voor het gebruik maken van het Europees paspoort (paragraaf 5), en wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6).

2. Europees paspoort

2.1. Europees Paspoort – algemeen

In diverse EU richtlijnen worden toezichtregels met betrekking tot een specifieke financiële onderneming of dienst geharmoniseerd.⁷ Als gevolg van deze

geharmoniseerde regels zouden EU lidstaten erop moeten kunnen vertrouwen dat ook in de andere lidstaat adequaat toezicht wordt gehouden. Daardoor erkennen EU lidstaten elkaars gereguleerde entiteiten en diensten. Deze wederzijdse erkenning en de vrijheden van vestiging en van dienstverlening binnen de EU, resulteren in een systeem van EU paspoorten.⁸

Op basis van de vrijheid van vestiging kan een in op grond van het EU recht gereguleerde financiële onderneming met een vergunning in een lidstaat (de *home* lidstaat) in een andere lidstaat (de *host* lidstaat) een bijkantoor (of '*branch*') openen. Op grond van de vrijheid van dienstverlening kan een dergelijke financiële onderneming eveneens op grensoverschrijdende wijze diensten aanbieden in de *host* lidstaat (ook wel '*cross-border*' dienstverlening genoemd).⁹

De bancaire activiteiten kunnen in de *host* lidstaat verricht worden zonder separate vergunning in die lidstaat. Overigens, het EU paspoort ziet niet op het verrichten van activiteiten in een andere lidstaat door middel van het oprichten van een aparte dochtervennootschap in die *host* lidstaat.¹⁰ Deze dochtervennootschap heeft haar zetel immers in de *host* lidstaat en heeft als gevolg daarvan in die lidstaat een eigen vergunning nodig. Het EU paspoort ziet evenmin op het verrichten van activiteiten buiten de EU. Een Nederlandse bank die in een derde land activiteiten wil ontplooiën dient aldaar – afhankelijk van het recht van dat land – een vergunning te hebben.¹¹

Ten aanzien van banken bevat de huidige bankenrichtlijn, de Capital Requirements Directive IV (hierna: CRD IV)¹², evenals de vorige bankenrichtlijnen vanaf 1977¹³, een paspoortregime.¹⁴ Een lidstaat

struments Directive II (2014/65/EU), de Payment Services Directive (2007/64/EG), Solvency II (2009/138/EG), de Hypotheekrichtlijn (2014/17/EU) en de Alternative Investment Fund Managers Directive (2011/61/EU).

8. L.J. Silverentand en F.W.J. van der Eerden (red.), *Hoofdlijnen Wft*, Kluwer 2015, p. 19.
9. De begrippen bijkantoor en grensoverschrijdende dienstverlening worden in de paragrafen 2.3 en 2.4 uitgewerkt.
10. Dochterbanken in een andere lidstaat kunnen worden opgericht, maar natuurlijk ook worden overgenomen. Daarvoor is een verklaring van geen bezwaar nodig (zie ten aanzien van Nederlandse banken art. 3:95 (implementatie van art. 22 CRD IV e.v.) en 3:96 Wft).
11. Ook omgekeerd is dat het geval: een bank met zetel buiten de EU/EER die voornemens is activiteiten in Nederland te gaan verrichten vanuit een Nederlands bijkantoor, kan geen gebruik kan maken van het EU paspoort en dient derhalve over een vergunning van DNB te beschikken (art. 2:20 Wft).
12. Richtlijn 2013/36/EG. Zie voor een uitgebreide beschrijving van CRD IV: B. Bierman, 'CRD IV', *FR* 2013, nr. 9, p. 203-207 en E.P.M. Joosen, 'Nieuwe kapitaal-eisen voor banken als gevolg van Bazel III/CRD IV', *FR* 2012, nr. 6, p. 201-215.
13. Richtlijn 77/780/EG.
14. Zie art. 33 CRD IV.

6. Verordening (EU) nr. 1024/2013. In de Wft wordt de SSM Verordening de 'verordening banktoezicht' genoemd.

7. Denk hierbij aan de Capital Requirements Directive (2013/36/EU), de Markets in Financial Instruments Directive (2004/39/EG) en de Markets in Financial In-

dient te bepalen dat iedere bank waaraan in een andere lidstaat een vergunning is verleend, en waarop toezicht wordt gehouden, de bancaire werkzaamheden (genoemd in de lijst in Bijlage I van CRD IV, zie hieronder) op zijn grondgebied kan uitoefenen. Dit kan hetzij door een bijkantoor te vestigen hetzij door grensoverschrijdend diensten te verrichten.¹⁵

Art. 35 CRD IV e.v. bepalen de notificatieprocedure op basis waarvan een bank van haar paspoort gebruik kan maken. In Nederland zijn deze artikelen geïmplementeerd in art. 2:14-2:18 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) voor inkomende paspoorten (een bank gevestigd in een andere lidstaat die Nederland als *host* lidstaat kiest) en in art. 2:108-2:110 Wft voor uitgaande paspoorten (een Nederlandse bank die een andere lidstaat als *host* lidstaat kiest). Deze bepalingen zijn als gevolg van de implementatie van de SSM-regelgeving ingrijpend gewijzigd, waarover hieronder later meer.

2.2. Bancaire activiteiten

Een bank is – per definitie – een entiteit die (i) deposito's en andere terugbetaalbare gelden (opvorderbare gelden) aantrekt en (ii) kredieten verstrekt.¹⁶ Daarmee zijn de twee primaire bancaire diensten (sparen en lenen) beschreven. Daar houdt het scala aan bancaire activiteiten echter niet op. Op grond van de achtereenvolgende bankenrichtlijnen is het een bank met een vergunning toegestaan om een aantal bancaire werkzaamheden te verrichten in de lidstaat waarin zij gevestigd is, tenzij in de vergunning expliciet anders staat vermeld (zie ook art. 3:32 Wft). Deze activiteiten worden telkens expliciet in Bijlage I bij de bankenrichtlijn, CRD IV, genoemd (hierna: de Bijlage). Deze activiteiten zijn op dit moment:

1. Het aantrekken van deposito's en andere terugbetaalbare gelden.
2. Verstrekken van leningen, waaronder consumentenkrediet, kredietovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, factoring (met of zonder regres), financiering van commerciële transacties (met inbegrip van voorschotten).
3. *Financial leasing*.¹⁷

15. Dit artikel gaat niet in op het paspoortregime voor zogenaamde 'financiële instellingen' op grond van art. 34 CRD IV. Deze financiële instellingen zijn partijen die strikt genomen geen bank zijn (omdat ze geen gelden aantrekken en in de vorm van kredieten uitzetten), maar wel andere bancaire activiteiten verrichten.

16. Zie de definitie van bank in art. 1:1 Wft in combinatie met de definitie van kredietinstelling in art. 4(1) Capital Requirements Regulation. Hieruit blijkt dat een bank in het toezichtrecht wordt gedefinieerd naar haar primaire functie: de transformatiefunctie. Dat betreft het transformeren van kortlopend spaargeld naar langlopende kredieten.

17. Zie in het kader van leasing ook de Single Rulebook Q&A van de European Banking Authority (Q&A 2014_1644). Daaruit volgt uitdrukkelijk dat *operational leasing* niet één van de bancaire activiteiten is, nu deze niet met zoveel woorden in de lijst is opgenomen.

4. Betalingsdiensten als gedefinieerd in art. 4(3) van de Payment Services Directive (2007/64/EG).
5. Uitgifte en beheer van andere betaalmiddelen (bijvoorbeeld reischeques en kredietbrieven) voor zover dergelijke werkzaamheid niet wordt bestreken door punt 4.
6. Verlenen van garanties en stellen van borgtochten.
7. Handelen voor eigen rekening van de instelling of voor rekening van cliënten in:
 - a. geldmarktinstrumenten (cheques, wissels, depositocertificaten enz.);
 - b. deviezen;
 - c. financiële *futures* en opties;
 - d. swaps en soortgelijke financieringsinstrumenten;
 - e. effecten;
8. Deelneming aan effectenemissies en dienstverrichting in verband daarmee.
9. Advisering aan ondernemingen inzake kapitaalstructuur, bedrijfsstrategie en daarmee samenhangende aangelegenheden, alsmede advisering en dienstverrichtingen op het gebied van fusie en overname van ondernemingen.
10. Bemiddeling op interbankenmarkten.
11. Vermogensbeheer en -adviesing.
12. Bewaarneming en beheer van effecten.
13. Commerciële inlichtingen.
14. Verhuur van *safes*.
15. Uitgifte van elektronisch geld.

Over de activiteiten in deze lijst zijn nog twee relevante opmerkingen te maken. De eerste ziet op de beleggingsdiensten die op deze lijst staan. De tweede op het toezichtregime met betrekking tot de afzonderlijke activiteiten op de Bijlage.

Ten eerste kwalificeert een aantal bancaire diensten onder de Bijlage ook als een beleggingsdienst (of nevendienst) op grond van de Markets in Financial Instruments Directive (hierna: MiFID).¹⁸ Denk bijvoorbeeld aan het handelen voor rekening van een cliënt in futures, opties en effecten (activiteit 7), het deelnemen aan effectenemissies (activiteit 8) en vermogensbeheer en -adviesing (activiteit 11). De lijst geeft in dat kader aan dat als wordt verwezen naar de financiële instrumenten zoals genoemd in MiFID, ook de beleggingsdiensten en -activiteiten genoemd MiFID (de delen A en B van bijlage I) onder de wederzijdse erkenning op grond van CRD IV vallen.

Ten tweede staan niet alle in de Bijlage genoemde bancaire activiteiten op zichzelf onder toezicht. Denk in dit kader in Nederland bijvoorbeeld aan het verstrekken van kredieten aan bedrijven (*corporate lending*, activiteit 2), factoring (activiteit 2), verlenen van garanties (activiteit 8), *corporate advice* (activiteit 9) of het verhuren van kluisjes (activiteit 14). Voor het verrichten van deze activiteiten is *an sich* in Nederland geen vergunning nodig. Dat brengt de

18. Richtlijn 2004/39/EG.

situatie met zich dat indien een bank uit een andere lidstaat een dergelijke niet-gereguleerde dienst wil verstrekken in Nederland, zij de paspoortprocedure dient te volgen. Elke willekeurige andere partij (niet zijnde een bank) heeft voor het verrichten van een dergelijke activiteiten in Nederland echter geen toezichtrechtelijk akkoord nodig. Het feit dat deze activiteiten in Nederland niet onder toezicht staan, zegt overigens niets over de vraag of dat in andere lidstaten – op grond van nationale regelgeving – al dan niet onder toezicht staan.

Een bank die in een andere lidstaat bancaire activiteiten uit de lijst van de Bijlage wil verrichten, dient in de paspoortnotificatieprocedure aan te geven welke dat zijn. Nu duidelijk is welke activiteiten onder het paspoort kunnen vallen, is het van belang te bekijken wanneer activiteiten van een bank zijn aan te merken als een bijkantoor of als grensoverschrijdende diensten.

2.3. Bijkantoor

De Wft bevat een definitie van bijkantoor (art. 1:1 Wft). Voor zover relevant luidt die:

‘duurzaam in een andere staat dan de staat van de zetel aanwezig onderdeel zonder rechtspersoonlijkheid van een financiële onderneming (...)’

Op grond van de Wft is een bijkantoor dus (i) een duurzaam aanwezig onderdeel van een financiële onderneming (ii) in een ander land (iii) dat onderdeel is van dezelfde rechtspersoon als die financiële onderneming. Vanuit dit bedrijfs onderdeel worden de bancaire activiteiten verricht.

Echter, zoals bij een groot aantal begrippen ten aanzien van banken, staat de definitie van bijkantoor in de bij de CRD IV behorende verordening, de Capital Requirements Regulation (hierna: CRR).¹⁹ Doordat een EU verordening rechtstreekse werking heeft, is de Wft-definitie van bijkantoor strikt genomen niet langer relevant voor Nederlandse banken. De CRR bevat de volgende definitie van bijkantoor:

‘Een bedrijfszetel welke een deel zonder juridische zelfstandigheid vormt van een instelling en welke rechtstreeks, geheel of gedeeltelijk de handelingen verricht die eigen zijn aan de werkzaamheden van een instelling.’

De Wft-definitie van bijkantoor is inhoudelijk dus niet helemaal gelijk aan die uit de CRR. Het duurzaamheids criterium dat in de Wft-definitie staat, ontbreekt in de CRR-definitie. Het is niet duidelijk of het vereiste van duurzaamheid toch gelezen moet worden in het begrip ‘bedrijfszetel’ (in de oorspronkelijke Engelse tekst van CRR ‘place of business’).

Aangezien de definitie van bijkantoor in de CRR staat, moet voortaan worden aangeknoopt bij de EU-definitie. Een eenduidige EU-uitleg ontbreekt nog op dit moment. De nationale wetgever heeft bij

de implementatie van CRD IV in de Wft echter aangegeven dat zolang er nog geen nadere invulling op Europees niveau van bepaalde CRR begrippen (zoals ‘publiek’ en ‘deposito’s of andere terugbetaalbare gelden’) is, het in de rede ligt dat de voorafgaand aan de inwerkingtreding van de CRR geldende nationale invulling van deze begrippen relevant zal blijven voor de toepassing en uitleg ervan.²⁰ Daarnaast is in de wetsgeschiedenis bij de definitie van bijkantoor in art. 1:1 Wft aangegeven dat aansluiting is gezocht bij de definitie die wordt gehanteerd in Europese richtlijnen, waaronder de – destijds geldende – bankenrichtlijn.²¹ De definitie van bijkantoor luidt onder de CRR nog hetzelfde als onder de bankenrichtlijn. Hierom dient naar mijn mening, totdat er een EU-uitleg is, aangesloten te worden bij de Wft-interpretatie van bijkantoor.²²

Overigens is voor een goed begrip van wanneer De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) een kantoor in Nederland van een bank uit een ander land aanmerkt als bijkantoor, de interpretatie van DNB van *representative offices* (‘vertegenwoordigende kantoren’) relevant. Een *representative office* is kort gezegd een kantoor van een bank in een ander land van waaruit geen bancaire of andere financiële diensten worden aangeboden. Deze kantoren dienen met name voor marktonderzoek en het onderhouden van contacten met andere banken. Een *representative office* staat niet onder toezicht. Het gevaar voor het verrichten van teveel activiteiten vanuit een dergelijk kantoor, en daarmee een notificatieplicht, ligt echter op de loer. DNB merkt in dat kader het volgende op:

‘(...) [Z]odra een vertegenwoordigend kantoor activiteiten verricht waaraan in de toezichtwetgeving wel eisen worden gesteld, zal DNB binnen haar bevoegdheden als toezichthouder toezien op de naleving van de wet en waar nodig handhaven. Dat is het geval wanneer een vertegenwoordigend kantoor in Nederland activiteiten verricht die zijn voorbehouden aan een bank of een bijkantoor van een bank. DNB hanteert daarbij het uitgangspunt dat bij het publiek in Nederland niet ten onrechte de indruk mag ontstaan dat het vertegenwoordigend kantoor een in Nederland (toegelaten bijkantoor van een) vergunninghoudende bank is die in Nederland onder toezicht staat. Verwarring bij het Nederlandse publiek over de status van een vertegenwoordigend kantoor moet worden voorkómen.’²³

Daaruit blijkt dat DNB – voor de kwalificatie van een bijkantoor – erg hecht aan de indruk die het Nederlandse publiek kan krijgen van de verschijningsvorm van een kantoor. Overigens zal deze interpretatie van DNB aan relevantie verliezen naarmate er

20. Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3, p. 31.

21. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 364.

22. Zo ook L.J. Silverentand en F.W.J. van der Eerden (red.), *Hoofdlijnen Wft*, Kluwer 2015, p. 50.

23. <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-201920.jsp>.

19. Art. 4(1)(17) CRR.

meer definitieve uitleg is op Europees niveau van het bijkantoorbegrip en het snijvlak met *representative offices*. Zolang een dergelijke uitleg er nog niet is, is deze DNB interpretatie nog een nuttig handvat van de wijze waarop DNB naar inkomende en uitgaande diensten kijkt.

2.4. Cross-border

Naast een fysieke aanwezigheid in de *host state*, kan een bank ook vanuit zijn eigen *home state* bancaire grensoverschrijdende diensten verlenen naar een andere lidstaat. Dit kan bijvoorbeeld door diensten aan te bieden (te marketen) of daadwerkelijk te verlenen (doormiddel van het aangaan van een overeenkomst) aan inwoners van de andere lidstaat. Overigens, als het initiatief voor het verlenen van een bancaire dienst aan een klant in het buitenland volledig van die klant komt, kan het zijn dat de toezichthouders van mening zijn dat aan die klant geen diensten worden aangeboden door de bank. De toezichthouder past dan de zogenoemde *initiative test* of *reverse solicitation test* toe. In de praktijk bekijken toezichthouders dit van geval tot geval en zijn zij niet snel van mening dat het initiatief uitsluitend van de cliënt komt.

2.5. Toepasselijk toezicht

Het EU paspoortregime voor banken gaat uit van *home state control*. Het prudentiële toezicht op een bijkantoor van een bank wordt dus volledig gehouden door de toezichthouder uit de *home* lidstaat. Dit geldt voor alle CRD IV en CRR gerelateerde regels. Tot 1 oktober 2015 kon de *host state* toezichthouder nog liquiditeitsregels stellen aan een bijkantoor.²⁴ Liquiditeitsregels waren tot dat moment nog niet op EU niveau geharmoniseerd. Met de inwerkingtreding van de geharmoniseerde liquiditeitsregels op grond van de CRR kan dat echter niet meer.²⁵ Dat betekent dat Nederlandse regels gericht op het liquiditeitstoezicht door DNB op bijkantoren in Nederland van EU banken zijn komen te vervallen.

Er zijn natuurlijk wel bepaalde regels uit de *host* lidstaat van toepassing op de in dat land verrichte diensten. Hierbij valt ten eerste te denken aan toezichtrechtelijke gedragsregels uit geharmoniseerde regelgeving die aan de *host state* toezichthouder zijn gelaten. Denk daarbij bijvoorbeeld aan bepaalde regels uit MiFID die specifieke verplichtingen aan klanten betreffen.²⁶ De *host state* toezichthouder wordt namelijk beter in staat geacht te controleren of informatieverplichtingen worden nageleefd. Ten tweede valt te denken aan nationale toezichtrechtelijke gedragsregels ten aanzien van een specifieke dienst die wel verleend wordt maar niet op

EU-niveau geharmoniseerd is. Denk bijvoorbeeld aan regels voor het verstrekken van kredieten aan bedrijven. En ten derde dient rekening te worden gehouden met bijvoorbeeld het civiele recht, privacy-, sanctie- en anti-witwasregels, en het belastingregime van de host lidstaat.

2.6. Notificatieprocedure

Indien een bank met een zetel in een lidstaat een bijkantoor wil openen of *cross-border* diensten wil verlenen in een andere lidstaat heeft zij daar als gezegd geen aparte vergunning voor nodig. Een bank die gebruik wil maken van zijn Europees paspoort hoeft daartoe alleen een notificatieprocedure te doorlopen.

Bij het verlenen van diensten op cross-border basis volstaat een melding aan de *home state* toezichthouder. Echter, bij het openen van een bijkantoor was tot vóór de inwerkingtreding van het SSM ook voor alle lidstaten een bevoegdheid van de *host state* toezichthouder opgenomen. De *host state* toezichthouder kon om redenen van algemeen belang voorwaarden stellen aan het uitoefenen van het bankbedrijf.

De SSM regelgeving heeft daar, ten aanzien van SSM-lidstaten, verandering in gebracht. Daarover in paragraaf 4 meer. Eerst staat dit artikel kort stil bij het SSM en de werking daarvan.

3. Het SSM

3.1. Algemeen

Vanaf de inwerkingtreding van het ECB-bankentoezicht is de ECB de prudentiële toezichthouder van alle banken met een zetel in een Eurozone lidstaat.²⁷ De ECB oefent het directe prudentiële toezicht uit ten aanzien van 'significante' Nederlandse banken. Hierbij is DNB volledig vervangen als hoofdtoezichthouder. Voor de 'minder significante' Nederlandse banken is DNB de directe prudentiële toezichthouder, en is de ECB de indirecte toezichthouder. DNB moet zich houden aan ECB besluiten en verordeningen.

Een van de belangrijkste redenen voor het SSM is, zoals hierboven al besproken, de wens tot verre-gaande harmonisatie van bancaire toezichtpraktijken binnen de Eurozone.²⁸ De gedachte daarbij was

24. Uit art. 41 herziene Bankenrichtlijn (2006/48/EG) volgde nog dat de lidstaat van ontvangst toezicht hield op de liquiditeit van bijkantoren. Zie ook art. 156 CRD IV.

25. Zie art. 151 CRD IV.

26. Zie art. 4:1(2) Wft en art. 13(9) en 32(7) MiFID.

27. Dat wil dus zeggen de EU lidstaten met de Euro als officiële munteenheid. Dit zijn: België, Cyprus, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Slovenië, Slowakije, Spanje. Overigens kunnen ook andere EU lidstaten ervoor kiezen om met het SSM mee te doen. Dat gebeurt door middel van een procedure van 'close cooperation' (zie ECB/2014/5). Tot op heden heeft nog geen lidstaat deze procedure doorlopen.

28. Denk bij deze harmonisatie van regels bijvoorbeeld aan het huidige streven van de ECB om alle opties en nationale discreties binnen de CRD IV en CRR regelgeving weg te nemen. Zie in dat kader de consul-

dat de interpretaties en methoden van de toezichthouder in de ene lidstaat gelijk moesten zijn aan die van de toezichthouder in een andere lidstaat. Zie in dat kader Overweging 12 van de SSM Verordening:

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

De ultieme consequentie van een dermate vergaande harmonisatie zou zijn dat een *host state* toezichthouder binnen het SSM niet langer kan komen tot een andere juridische conclusie over het toelaten van een bijkantoor op haar grondgebied dan de *home state* toezichthouder.

Het voert te ver om in dit artikel het volledige SSM te bespreken.²⁹ Maar nu de SSM-regelgeving van grote invloed is op het EU paspoortstelsel, licht ik hieronder de meest relevante aspecten van het SSM eruit.

3.2. Bronnen

De juridische bronnen van het SSM zijn primair de SSM Verordening en de SSM Framework Regulation³⁰. De SSM Verordening is de basisverordening die onder meer bepaalt welke taken en bevoegdheden de ECB heeft en wanneer een bank als significant kwalificeert. De SSM Framework Regulation werkt een groot aantal van de bepalingen uit de SSM Verordening verder uit. Hierbij valt te denken aan de organisatie van het SSM, bepaalde procedures binnen het SSM, en de samenwerking tussen de ECB en de nationale toezichthouders van de deelnemende lidstaten.

tatiedocumentatie van de ECB met voorstellen in dat kader (https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/html/reporting_options.en.html).

29. Zie voor een meer volledige beschrijving van het SSM: B. Bierens, 'De Bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht', *OR* 2014/59; B. Bierman en L.J. Silverentand, 'De juridische en praktische gevolgen van het SSM: van het Frederiksplein naar de Kaiserstrasse', *FR* 2014, nr. 11, p. 441-452; K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissink, 'De taken van DNB in het SSM-tijdperk', *FR* 2014, nr. 11, p. 453-461 en Danny Busch and Guido Ferrarini, *European Banking Union*, Oxford University Press 2015, hoofdstukken 4 en 5. Verder biedt de 'Guide to banking supervision' van de ECB (november 2014) een goede beschrijving van het SSM.

30. Verordening (EU) nr. 468/2014 van de ECB (ECB/2014/17).

De SSM Verordening en de SSM Framework Regulation hebben rechtstreekse werking in Nederland. Toch is de Wft aangepast als gevolg van het SSM. Dat is logisch nu de ECB als toezichthouder een plek in de Wft diende te krijgen, en een groot aantal Wft-bepalingen over de bevoegdheid van DNB niet meer klopten. Deze aanpassingen zijn doorgevoerd via de Uitvoeringswet Verordening Banktoezicht³¹, die op 22 mei 2015 in werking trad. Omdat de SSM regels in een EU verordening staan, is het merendeel van de ECB bevoegdheden echter niet in de Wft opgenomen. Voor een goed begrip van bancaire toezichtbevoegdheden dient dus steeds ook naar de SSM Verordening en de SSM Framework Regulation te worden gekeken.

3.3. Significante banken

Het directe ECB-toezicht vindt plaats op 'significante instellingen'. Op 'minder significante instellingen' houdt de ECB indirect toezicht. Of een instelling al dan niet significant is wordt op groepsniveau vastgesteld.

Een bank (of diens financiële holding) uit een SSM-lidstaat die op het hoogste geconsolideerde niveau binnen de consolidatiegroep aan één van de volgende criteria voldoet, kwalificeert als significant:³²

- (i) De totale waarde van de activa is groter dan EUR 30 miljard.
- (ii) De totale activa bedraagt meer dan 20% van het BNP van de lidstaat van vestiging.
- (iii) De nationaal bevoegde autoriteit merkt een instelling op eigen initiatief aan als significant en de ECB accepteert deze aanwijzing.
- (iv) De ECB merkt een instelling op eigen initiatief aan als significant.³³
- (v) De instelling heeft Europese steun ontvangen.³⁴
- (vi) De instelling is een van de drie meest significante banken in de SSM-lidstaat.

Deze significante instellingen vertegenwoordigden op 4 november 2014 bijna 85% van de totale bancaire activa in de Eurozone. Daarmee is de ECB in één klap de grootste bancaire toezichthouder van de wereld. De significante instellingen in Nederland zijn op basis van de bovengenoemde criteria: (i) ABN AMRO Group N.V., (ii) ING Group N.V., (iii) Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A., (iv) SNS Bank N.V., (v) N.V. Bank Nederlandse Gemeenten, (vi) Nederlandse Waterschapsbank N.V. en (vii) RFS Holdings B.V. Ook alle in een SSM-lidstaat gevestigde

31. *Stb.* 2015, 184. *Kamerstukken* 34 049.

32. Zie art. 6(4) SSM Verordening en art. 53(1) SSM Framework Regulation.

33. Omdat die instelling meerdere bancaire dochterondernemingen in andere lidstaten heeft en die grensoverschrijdende activiteiten een significant deel vormen van de activa van de instelling.

34. Dat wil zeggen steun van het European Financial Stability Facility of van het European Stability Mechanism.

dochterondernemingen met een bankvergunning in een significante groep zijn een significante entiteit.³⁵ Deze vallen dan ook op solobasis geheel onder direct toezicht van de ECB.³⁶

3.4. ECB toezicht

De ECB heeft in de SSM Verordening specifieke taken en bevoegdheden toebedeeld gekregen ten aanzien van haar directe toezicht op significante banken.³⁷ Deze taken hebben betrekking op het toezicht op de naleving van de bancaire regelgeving uit CRD IV en de CRR en (deels) de Bank Recovery and Resolution Directive.³⁸ Deze taken omvatten onder meer (i) het verlenen en intrekken van bankvergunningen, (ii) het verlenen van verklaringen van geen bezwaar voor gekwalificeerde deelnemingen in banken, (iii) het toezicht op de naleving van kapitaalsvoorschriften uit de CRR en (iv) het toezicht op voorschriften met betrekking tot integere en beheerste bedrijfsvoering (zoals geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders en commissarissen en beloningsbeleid). De ECB is ook verantwoordelijk voor het uitoefenen van de *home state* bevoegdheden als banken uit een SSM-lidstaat een bijkantoor wensen te openen of grensoverschrijdende diensten wensen te verrichten in een niet SSM-lidstaat.

Het dagelijkse toezicht op significante banken ligt bij Joint Supervisory Teams. Die teams staan onder leiding van een ECB medewerker, maar bestaan – indien Nederlandse banken betrokken zijn – ook uit DNB-medewerkers. DNB is daarnaast ook nog *single point of entry* voor bepaalde rapportages en aanvragen (denk aan vergunningen, sommige verklaringen van geen bezwaar en toetsingen).

De minder significante banken staan als gezegd onder indirect toezicht van de ECB. Dit betekent dat het doorlopende toezicht in beginsel nog steeds door de nationale toezichthouders, in Nederland DNB, wordt uitgeoefend. De ECB is echter wel de eindverantwoordelijke toezichthouder. DNB dient op doorlopende basis te rapporteren aan de ECB over bepaalde besluiten met betrekking tot een minder significante bank.³⁹ De ECB kan verder op ieder moment besluiten om ook een bepaalde minder significante bank onder haar directe toezicht te plaatsen. Ook dient DNB zich te houden aan direct werkende regels van de ECB met betrekking tot toezichtmethodes.

Het SSM ziet op prudentieel toezicht. In Nederland blijft de Autoriteit Financiële Markten dan ook verantwoordelijk voor het gedragstoezicht op alle banken. DNB houdt op toezicht op alle Nederlandse banken ten aanzien van niet aan de ECB toebedeelde taken en bevoegdheden. Denk aan *oversight* op het betalingsverkeer, het toezicht op EMIR⁴⁰ en het integriteitstoezicht (zoals het toezicht op het voorkomen van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en het toezicht op bepaalde sanctieregelgeving).

4. Notificatieregime onder het SSM

4.1. Algemeen

Met het oog op de volledige harmonisatie van het toezicht binnen het SSM is ook het EU paspoort regime gewijzigd. Het *host state* toezicht is binnen het SSM vervallen. In de woorden van de Nederlandse wetgever:⁴¹

‘In artikel 17 van de verordening bankentoezicht [SSM Verordening, BB] en de artikelen 11 e.v. van de SSM-kaderverordening [SSM Framework Regulation, BB] is geregeld dat de procedures en bevoegdheden uit het Unierecht voor banken met zetel in een lidstaat die in een andere lidstaat een bijkantoor willen openen of diensten verlenen, alleen van toepassing zijn indien de betreffende taak in artikel 4 niet aan de ECB is opgedragen. Het belangrijkste gevolg van die bepalingen is dat het toezicht dat de nationale toezichthouder van het gastland uitoefent (waar het bijkantoor wordt gevestigd, «gasttoezicht») bij het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten binnen het SSM, compleet is vervallen.’

Kort gezegd leidt dit tot de volgende wijzigingen. De bevoegdheid voor de *host state* toezichthouder van een SSM-lidstaat om voorwaarden om redenen van algemeen belang te stellen aan een bijkantoor is geschrapt. Ook is de relevante *host state* toezichthouder voor significante banken gewijzigd en zijn de termijnen aangepast. Dit volgt uit de SSM Framework Regulation (art. 11), en Wft is hierop door middel van de Uitvoeringswet Verordening Bankentoezicht aangepast.⁴²

‘De eerste uitzondering waarvoor wel aanpassing van de Wft benodigd is, betreft het toezicht op de vestiging van bijkantoren en het verlenen van diensten binnen het SSM. In de verordening [SSM Verordening, BB] en de SSM-kaderverordening [SSM Framework Regulation, BB] is

35. Zie art. 40 SSM Framework Regulation.

36. In Nederland zijn bijvoorbeeld ook Bank Mendes Gans N.V., International Card Services B.V., ASN Bank N.V. en RegioBank N.V. significant vanwege een Nederlandse significante moederinstelling. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor Bank Insinger de Beaufort N.V., Deutsche Bank Nederland N.V., GarantiBank International N.V. en Theodoor Gilissen Bankiers N.V. vanwege een significante moederinstelling uit een andere SSM-lidstaat.

37. Zie art. 4 SSM Verordening.

38. Richtlijn 2014/59/EU.

39. Zie art. 96 e.v. SSM Framework Regulation.

40. Verordening (EU) nr. 648/2012, betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters.

41. Kamerstukken II 2014/15, 34 049, nr. 3, p. 20.

42. Kamerstukken II 2014/15, 34 049, nr. 3, p. 10. Zie over deze bepalingen ook p. 20 en 21.

namelijk geregeld dat (i) de toezichthouder van de lidstaat waar het bijkantoor wordt gevestigd geen nadere voorwaarden meer kan stellen aan de vestiging van een bijkantoor of dienstverlening binnen het SSM en (ii) dat het de bank is toegestaan een bijkantoor te vestigen, tenzij de toezichthouder van de lidstaat waar de bank zijn zetel heeft binnen twee maanden anders besluit. (...) De artikelen 2:108 en 2:109 Wft worden tevens gewijzigd om te verduidelijken dat bij significante banken de ECB, in plaats van DNB, de toezichthouder is die de mogelijkheid heeft om binnen twee maanden anders te besluiten over de vestiging van een bijkantoor.'

Hieronder wordt het nieuwe regime beschreven. Voor de relevante procedure moet telkens onderscheid worden gemaakt tussen diverse aspecten:

- (i) De wijze van actief zijn in de andere lidstaat: (a) door middel van een bijkantoor of (b) door middel van grensoverschrijdende dienstverlening.
- (ii) De lidstaat waar de bank actief wil zijn: (a) in een SSM-lidstaat of (b) in een niet SSM-lidstaat.
- (iii) Status van de relevante bank: (a) een significante bank of (b) een minder significante bank.

4.2. Bijkantoor

4.2.1. Niet SSM-lidstaat

Ten aanzien van een Nederlandse bank die een bijkantoor in een niet SSM-lidstaat wil openen, geldt voor het grootste deel de situatie van vóór het SSM. DNB dient door middel van een notificatie van het voornemen in kennis te worden gesteld. De bank gaat pas over tot het openen van het bijkantoor nadat de *home state* toezichthouder met het voornemen heeft ingestemd.⁴³ Voor significante banken is de ECB deze toezichthouder en voor minder significante banken is dat DNB.⁴⁴

De relevante *home state* toezichthouder neemt binnen drie maanden na ontvangst van de notificatie een instemmingsbesluit.⁴⁵ De toezichthouder stemt met het voornemen in, tenzij de bedrijfsvoering of de financiële positie van de bank, gelet op haar voornemen, niet toereikend is.⁴⁶

De relevante toezichthouder deelt het instemmingsbesluit mee aan de *host state* toezichthouder (met kopie aan de bank). De *host state* toezichthouder kan vervolgens binnen twee maanden na kennisgeving van het instemmingsbesluit voorwaarden verbinden aan het openen van het bijkantoor om redenen van algemeen belang. Het bijkantoor mag echter – gelet op de vrijheid van vestiging – niet worden geweigerd. De *home state* toezichthouder deelt deze voorwaarden mee aan de bank in kwestie.⁴⁷

43. Art. 2:108(2) Wft.

44. Art. 17 SSM Framework Regulation.

45. Art. 2:109(3) Wft.

46. Art. 2:109(2) Wft.

47. Art. 2:109(6) Wft.

Overigens geldt het bovenstaande in beginsel ook – maar dan omgekeerd – voor de situatie waarbij een bank uit een niet SSM-lidstaat een bijkantoor in Nederland of in een andere SSM lidstaat wil openen.⁴⁸

4.2.2. SSM-lidstaat

Voor het openen van een bijkantoor in een SSM-lidstaat is het recht voor de *host state* toezichthouder tot het stellen van voorwaarden afgeschaft. Verder heeft de *home state* toezichthouder geen instemmingsrecht meer, maar kan deze alleen nog een afwijzingsbesluit nemen. Tenslotte is de termijn waarin de *home state* toezichthouder het openen van het bijkantoor mag afwijzen verkort: van drie naar twee maanden.

Dit leidt tot de volgende situatie. Een bank met zetel in Nederland die een bijkantoor wil openen in een SSM-lidstaat, dient DNB daarvan in kennis te stellen. De bank kan twee maanden na deze kennisgeving het bijkantoor openen, tenzij de ECB (bij significante banken) of DNB (bij minder significante banken) vóór die tijd anders heeft besloten.⁴⁹ Dit besluit kan genomen worden als de bedrijfsvoering of financiële positie van de bank, gelet op haar voornemen, niet toereikend is.⁵⁰ Als DNB bij minder significante banken geen negatief besluit heeft genomen dient zij deze informatie door te sturen naar de ECB en naar de relevante *host state* toezichthouder.⁵¹

Deze notificatieregels zijn in een in alle lidstaten geldende verordening opgenomen. Het bovenstaande geldt dan in beginsel ook – wederom omgekeerd – voor de situatie waarbij een bank uit een andere SSM-lidstaat een bijkantoor in Nederland wil openen.⁵²

4.3. Grensoverschrijdende diensten

Een bank met zetel in Nederland die vanuit Nederland in een andere lidstaat grensoverschrijdende diensten wil aanbieden, mag daarmee beginnen nadat zij DNB daarvan in kennis heeft gesteld. DNB zal daarvan onverwijld de ECB en binnen een maand de *host state* toezichthouder op de hoogte stellen.⁵³ Voor zover een significante bank grensoverschrijdende diensten in een niet SSM-lidstaat wil beginnen zal de ECB de bevoegdheden van de *home state* toezichthouder hebben.⁵⁴ Voor zover een bank uit een niet

48. Zie art. 2:14 en 2:15 Wft en art. 13 SSM Framework Regulation. Daarbij zij opgemerkt dat de *host state* toezichthouder de ECB over de notificatie dient te informeren. Als het bijkantoor aan de significantiecriteria van art. 6 SSM Verordening voldoet kan de ECB voorwaarden aan het bijkantoor stellen. Als dat niet het geval is kan de *host state* toezichthouder dat.

49. Art. 11 SSM Framework Regulation en art. 2:108(1) Wft.

50. Art. 2:109(1) Wft.

51. Art. 11(5) SSM Framework Regulation

52. Zie art. 11 SSM Framework Regulation.

53. Art. 12 SSM Framework Regulation en art. 2:110 Wft.

54. Art. 17 SSM Framework Regulation.

SSM-lidstaat in een SSM-lidstaat grensoverschrijdende diensten wil verlenen, oefent de ECB de taken uit van de *host state* toezichthouder (zij dient dus door de *home state* toezichthouder geïnformeerd te worden).

4.4. Schematisch overzicht

Als samenvatting van de notificatieprocedure gaat onderaan deze pagina een schematisch overzicht.⁵⁵

5. Praktische aspecten

Op papier is het EU paspoortstelsel duidelijk. Maar hoe werkt dit in de praktijk? Hieronder wordt een aantal voor de praktijk relevante aandachtspunten besproken.⁵⁶

5.1. Kwalificatievraag dienstverlening

Een eerste aandachtspunt is dat niet alleen de interpretatie van de *home state* toezichthouder van een bank relevant is voor het bepalen of een bank in een ander land actief is (en daardoor de notificatieprocedure moet beginnen). De kwalificatie

van de voorgenomen activiteiten als óf bijkantoor óf grensoverschrijdende dienst, zal zowel door de *home state* toezichthouder als de *host state* toezichthouder gedaan worden.

Als het goed is, zal er tussen de lidstaten geen verschil zijn in de interpretatie van de relevante begrippen of de kwalificatie. De vraag is of dit in de praktijk niet *wishful thinking* is. Er blijkt wel eens licht te zitten tussen de interpretatie van de *home state* toezichthouder enerzijds en die van de *host state* toezichthouder anderzijds.⁵⁷ Dit kan bijvoorbeeld spelen bij de vraag wat de activiteiten van een *representative office* precies mogen zijn en hoe een eventuele *initiative test* wordt uitgelegd (zie paragrafen 2.3 en 2.4 hierboven).

Het is bij twijfel dan ook van belang na te gaan hoe de relevante voorgenomen activiteiten in beide jurisdicties geïnterpreteerd worden. Het is te hopen dat het SSM hier meer duidelijkheid in brengt.

	Bijkantoor binnen SSM	Bijkantoor buiten SSM	Grensoverschrijdend
Significante bank	<ul style="list-style-type: none"> Notificatie aan nationale <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: DNB). ECB beslist of het bijkantoor wordt afgewezen. Termijn is twee maanden. 	<ul style="list-style-type: none"> Notificatie aan nationale <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: DNB). De relevante <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: ECB) neemt een instemmingsbesluit. <i>Host state</i> toezichthouder kan nog voorwaarden verbinden aan het bijkantoor. Termijn is vijf maanden (drie plus twee maanden). 	Beginnen nadat de <i>home state</i> toezichthouder in kennis is gesteld
Minder-significante bank	<ul style="list-style-type: none"> Notificatie aan nationale <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: DNB). Nationale <i>home state</i> toezichthouder beslist of het bijkantoor wordt afgewezen. Termijn is twee maanden. 	<ul style="list-style-type: none"> Notificatie aan nationale <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: DNB). De relevante <i>home state</i> toezichthouder (in Nederland: DNB) neemt een instemmingsbesluit. <i>Host state</i> toezichthouder kan nog voorwaarden verbinden aan het bijkantoor. Termijn is vijf maanden (drie plus twee maanden). 	Beginnen nadat de <i>home state</i> toezichthouder in kennis is gesteld

55. Dit schema is in beginsel geschreven voor de uitgaande paspoortsituatie vanuit Nederland. Zoals aangegeven geldt voor de inkomende paspoorten in beginsel de spiegelbeeldige situatie.

56. Een aantal praktische punten met betrekking tot de doorlopende vereisten ten aanzien van een bijkantoor worden in dit artikel niet besproken. Denk daarbij aan de kwalificatie van een bijkantoor als significant bijkantoor, en de betekenis daarvan. Ook bespreekt dit artikel niet de doorlopende meldingsplichten aan de *home state* toezichthouder met betrekking tot een bijkantoor.

57. Zie in dat kader bijvoorbeeld het EBA rapport van 27 november 2014 over de interpretatie van het begrip kredietinstelling in de diverse lidstaten (Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States).

5.2. Praktische weigering

Een tweede aandachtspunt betreft het weigeren van bijkantoren. Zoals hierboven aangegeven heeft een *host state* toezichthouder niet het recht een bijkantoor te weigeren. Binnen het SSM is er zelfs niet de mogelijkheid voor de *host state* toezichthouder om aanvullende voorwaarden te stellen (maar zie hierover paragraaf 5.3). Toch is het in de praktijk in het recente verleden met enige regelmaat gebeurd dat bijkantoren in praktische zin door *host state* toezichthouders werden geweigerd. Zo was er in Nederland na de gebeurtenissen rondom Icesave een grote weerstand tegen bijkantoren.⁵⁸ Belangrijkste reden hiervoor is dat *host state* toezichthouders bijna geen grip hebben op het bijkantoor (of op de *home state* toezichthouder) noch op wat er met de in de *host* lidstaat opgehaalde gelden gebeurt. Toezichthouders probeerden ook regelmatig bijkantoren om te laten zetten naar dochterondernemingen, waar de *host state* toezichthouders immers wel volledige bevoegdheid over hadden.

De *host state* toezichthouders brachten hun weigering veelal in het kader van het liquiditeitstoezicht dat zij nog wel konden uitoefenen. Nu deze toezichthouders deze bevoegdheid na 1 oktober 2015 niet meer hebben, is de kans dat op dat vlak praktische drempels worden opgeworpen (in ieder geval in theorie) aanzienlijk afgenomen. Ook hier is het te hopen dat het SSM ervoor zorgt dat er daadwerkelijk vrijheid van vestiging is. Het gevaar bestaat wel dat een *host state* toezichthouder die bezwaren heeft tegen de toetreding van een bijkantoor, de *home state* toezichthouder verzoekt het voornemen tot het openen van het bijkantoor af te wijzen. Dit gevaar zal met name bestaan in gevallen waarbij de *home state* toezichthouder uit een kleiner land in de periferie van de EU komt, en de *host state* toezichthouder groter (en dus machtiger) is.

5.3. In andere landen geïmplementeerd

Een derde aandachtspunt ziet op de toepasselijkheid van het SSM paspoort-regime in de andere lidstaten. Zoals hierboven aangegeven is de notificatieprocedure binnen het SSM veranderd door het laten vervallen van de bevoegdheden van de *host state* toezichthouder en het invoeren van met kortere termijnen. Deze nieuwe regels zijn in een in alle SSM-lidstaten geldende verordening opgenomen en sinds 4 november 2014 voor alle SSM-lidstaten van kracht. De omzetting via de Uitvoeringswet Verordening Banktoezicht in de Wft was juri-

58. Als gevolg van de Icesave-affaire is de bankenrichtlijn gewijzigd om *host state* toezichthouders meer informatie te geven ten aanzien van significante bijkantoren op hun grondgebied. Op grond van art. 1:51c Wft kan DNB als *host state* toezichthouder de *home state* toezichthouder verzoeken om een bijkantoor als significant aan te merken. Het verzoek dient de redenen te vermelden waarom een bijkantoor als significant aangemerkt zou moeten worden.

disch bezien dan ook strikt genomen niet nodig. Maar het legt in ieder geval vast hoe de Nederlandse wetgever de nieuwe notificatieprocedure ziet. De ervaring leert echter dat in andere SSM-lidstaten de toezichthouders nog niet allemaal handelen conform de nieuwe regels.

Dat heeft mede te maken met het feit dat van sommige kanten de vraag wordt gesteld of het laten vervallen van het recht voor de *host state* toezichthouder om nadere voorwaarden (vanwege het algemeen belang) te stellen, niet in strijd is met de CRD IV richtlijn. CRD IV bepaalt immers dat voordat een bank haar bijkantoor begint de *host state* toezichthouder voorwaarden mag stellen.⁵⁹ De vraag is dan bijvoorbeeld of in een ECB verordening (de SSM Framework Regulation) wel kan worden afgeweken van de CRD IV richtlijn, die immers een richtlijn van de Raad en het Europees Parlement betreft. Het is dan ook voor een Nederlandse bank die in een andere SSM-lidstaat een bijkantoor wil openen van belang na te gaan wat de *host state* toezichthouder aldaar voor praktische termijnen hanteert, en of deze zich conformeert aan het geldende EU-recht op grond van de SSM Framework Regulation. In SSM-lidstaten die minder trouw zijn aan het principe van harmonisatie binnen de Bankunie, zou een *host state* toezichthouder kunnen menen dat die nog best voorwaarden om het algemeen belang kan stellen. Het is te hopen dat het een kwestie van (korte) tijd is voordat alle toezichthouders uit SSM-lidstaten zich rekenschap geven van de gewijzigde regels. Voor zover dit niet zo is, zou het de taak van de ECB zijn hierin bij te sturen. Als er twijfels worden geuit over de juridische geldigheid van de nieuwe procedure zou het aan de ECB (en eventueel de Europese Commissie of de Raad) zijn hierover duidelijkheid te scheppen.

5.4. Informatievereisten notificatie

Het vierde en laatste aandachtspunt ziet op de aan te leveren informatie bij de notificatie. Voordat de relevante *home state* toezichthouder op een voornemen van de bank om een bijkantoor te openen kan besluiten, dient de bank een behoorlijke hoeveelheid informatie te overleggen. Welke informatie dat betreft staat in twee gedelegeerde verordeningen, waarmee ook deze procedure EU-breed (dus ook in de niet SSM-lidstaten) geharmoniseerd is.⁶⁰ De notificatie moet (onder meer) tenminste de volgende informatie bevatten:⁶¹

1. Contactinformatie van de bank en het voorgenomen bijkantoor.
2. Programma van werkzaamheden:
 - 2.1. Soorten beoogde bedrijfsactiviteiten.
 - 2.2. Beschrijving van de voornaamste doelstellingen en bedrijfsstrategie van het bijkantoor.

59. Dezelfde bevoegdheid staat ook nog in art. 7 van Uitvoeringsverordening (EU) nr. 926/2014.

60. Zie Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 1151/2014, en Uitvoeringsverordening (EU) nr. 926/2014.

61. Zie Uitvoeringsverordening (EU) nr. 926/2014.

toor en een toelichting op de manier waarop het bijkantoor zal bijdragen tot de strategie van de instelling of van de groep.

- 2.3. Beschrijving van de cliënten en tegenpartijen waarop de activiteiten zijn gericht.
 - 2.4. Opgave van de bancaire activiteiten als bedoeld in bijlage I CRD IV die de bank voornemens is uit te voeren in de *host* lidstaat met overzicht van de kernactiviteiten en de voorgenomen begindatum daarvan.
 - 2.5. Overzicht de beleggingsdiensten en -activiteiten die de bank voornemens is uit te voeren in de *host* lidstaat zoals opgenomen in bijlage I bij MiFID.
3. Structurele organisatie van het bijkantoor:
 - 3.1. Beschrijving van de organisatiestructuur van het bijkantoor, inclusief functionele en juridische rapportagelijnen en de positie en rol van het bijkantoor binnen de ondernemingsstructuur van de instelling of de groep.
 - 3.2. Beschrijving van de governance-regelingen en internecontrolemechanismen van het bijkantoor.
 4. Als het bijkantoor voornemens is een of meer beleggingsdiensten en -activiteiten zoals gedefinieerd in art. 4(1)(2) MiFID te verrichten dient informatie te worden aangeleverd waaruit blijkt dat aan bepaalde MiFID verplichtingen wordt voldaan.
 5. Gegevens over de beroepservaring van de personen die verantwoordelijk zijn voor het (dagelijkse) beheer van het bijkantoor (de *branch managers*).
 6. Overige informatie zoals financiële prognoses voor de komende drie jaar en gegevens over de IT-regelingen van het bijkantoor.

Het is te hopen dat ook toezichthouders in andere SSM-lidstaten zich hier eveneens aan zullen houden. Dat komt de integratie binnen het SSM, en daarmee de banken en haar klanten, ten goede.

6. Conclusie

Banken moeten in de EU over de grenzen actief kunnen zijn. Dat verbreedt het bancaire aanbod en de concurrentie in de lidstaten, wat uiteindelijk voordelig zal zijn voor de klanten in de EU. Het paspoortregime voor banken is een goed en efficiënt middel voor het verrichten van activiteiten over de grens. Het merendeel van de Nederlandse banken heeft dan ook van het EU paspoort gebruik gemaakt en een notificatie gedaan voor een bijkantoor en/of grensoverschrijdende diensten.⁶²

In het SSM is, als gevolg van de SSM Verordening en de SSM Framework Regulation, de paspoortprocedure vereenvoudigd en eenduidiger gemaakt. Daarbij zijn (onder meer) de bevoegdheden van de host state toezichthouder tot het stellen van nadere voorwaarden afgeschaft. De Nederlandse wetgever heeft dit ook overgenomen.

62. Dit blijkt uit een onderzoek van de auteur in het DNB-register.