

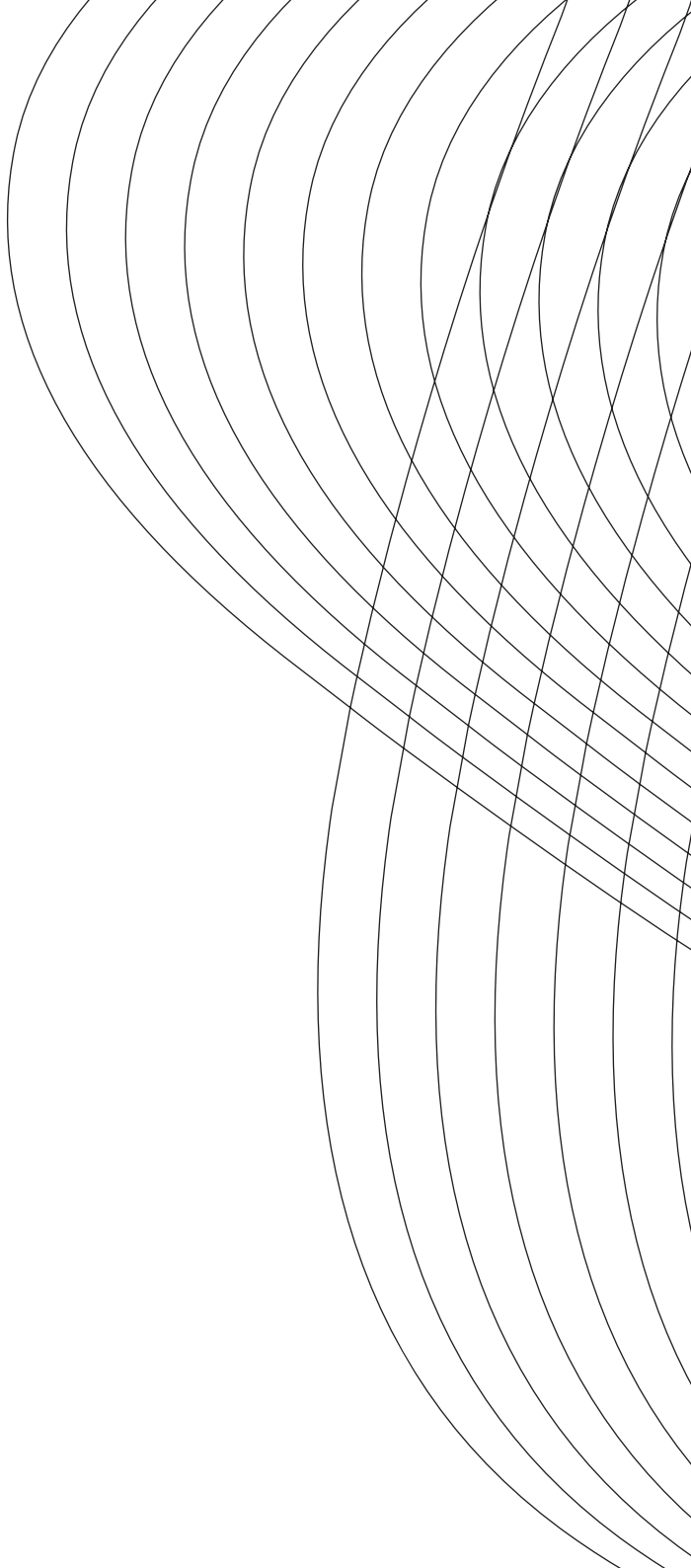


Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement

# Netspar DESIGN PAPERS

*Ivor Witte*

EIOPA: bevoegdheden  
en rechtsbescherming



The background of the page is composed of numerous thin, black, curved lines that sweep across the page from the top left towards the bottom right. These lines vary in curvature and density, creating a sense of movement and depth. The lines are most concentrated on the left side and become more sparse towards the right.

Ivor Witte

# EIOPA: bevoegdheden en rechtsbescherming

DESIGN PAPER 28



**Netspar**

Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement

### **Colofon**

Design Papers is een uitgave van Netspar  
februari 2014

### **Editorial Board**

Roel Beetsma (Voorzitter) – Universiteit van Amsterdam  
Iwan van den Berg – AEGON Nederland  
Eddy van Doorslaer – Erasmus Universiteit Rotterdam  
Thomas van Galen – Cardano Risk Management  
Kees Goudswaard – Universiteit Leiden  
Winfried Hallerbach – Robeco Nederland  
Martijn Hoogeweegen – Nationale Nederlanden  
Arjen Hussem – PGGM  
Frank de Jong – Tilburg University  
Alwin Oerlemans – APG  
Maarten van Rooij – De Nederlandsche Bank  
Peter Schotman – Universiteit Maastricht  
Lou Spoor – Achmea  
Peter Wijn – APG  
Sieuwerd van der Zwaag – Ministerie van Financiën

### **Design**

B-more Design  
Bladvulling, Tilburg

### **Printing**

Prisma Print, Tilburg University

### **Editorial address**

Netspar, Tilburg University  
PO Box 90153, 5000 LE Tilburg  
info@netspar.nl

No reproduction of any part of this publication may take place without permission of the authors.

# INHOUD

<i>Voorwoord</i>	7
<i>Samenvatting</i>	11
<i>Inleiding</i>	14
<i>1. Beknopte historie</i>	16
<i>2. Europees financieel toezicht vanaf 2011</i>	18
<i>3. Grondslag EIOPA: Verordening 1094/2010</i>	21
<i>4. Rechtsbescherming I: nietigverklaring</i>	26
<i>5. Bereik EIOPA</i>	33
<i>6. Bevoegdheden EIOPA</i>	35
<i>7. Rechtsbescherming II: eigen rechtsgang Verordening</i>	47
<i>8. Rechtsbescherming III: Nederlands recht</i>	50
<i>9. Conclusies</i>	56
<i>Geraadpleegde literatuur</i>	58



# VOORWOORD

Netspar stimuleert debat over de gevolgen van vergrijzing voor het (spaar-)gedrag van mensen, de houdbaarheid van hun pensioenen en het overheidsbeleid. Doordat veel van de babyboomers met pensioen gaan, zal het aantal 65-plussers in de komende decennia snel toenemen. Meer in het algemeen leven mensen gezonder en langer en krijgen gezinnen steeds minder kinderen. Vergrijzing staat vaak in een negatief daglicht, want het aantal 65-plussers zou wel eens kunnen verdubbelen ten opzichte van de bevolking tussen 20 en 65 jaar. Kan de werkende beroepsbevolking dan nog wel het geld opbrengen voor een groeiend aantal gepensioneerden? Moeten mensen meer uren maken tijdens hun werkzame periode en later met pensioen gaan? Of moeten de pensioenen worden gekort of de premies worden verhoogd om het collectieve pensioen betaalbaar te houden? Moeten mensen worden aangemoedigd zelf veel meer verantwoordelijkheid te nemen voor het eigen pensioen? En wat is dan nog de rol van de sociale partners in het organiseren van een collectief pensioen? Kunnen en willen mensen eigenlijk wel zelf gaan beleggen voor hun pensioen of zijn ze graag bereid dat aan pensioenfondsen over te laten? Van wie zijn de pensioengelden eigenlijk? En hoe kan een helder en eerlijk speelveld voor pensioenfondsen en verzekeraars worden gedefinieerd? Hoe kunnen collectieve doelstellingen als solidariteit en meer individuele wensen worden verzoend? Maar vooral: hoe kunnen de voordelen van langer en gezonder leven worden benut voor een meer gelukkige en welvarende samenleving?

Om allerlei redenen is er behoefte aan debat over de gevolgen van vergrijzing. We weten niet altijd precies wat de gevolgen van vergrijzing zijn. En de gevolgen die wel goed kunnen inschatten, verdienen het om bekend te worden bij een groter publiek. Belangrijker is natuurlijk dat veel van de keuzen die moeten worden gemaakt een politieke dimensie hebben en daarover is debat hard nodig. Het gaat immers om maatschappelijk zeer relevante en actuele vraagstukken waar, in de meest letterlijke zin, jong en oud mee worden geconfronteerd.

Om die redenen heeft Netspar de Design Papers ingesteld. Een Netspar Design Paper analyseert een component van pensioenproduct of een aspect van een pensioenstelsel. Te denken valt bijvoorbeeld aan het beleggingsbeleid, aan de vormgeving van de uitbetalingsfase, aan het omgaan met onzekere levensverwachting, het gebruik van de eigen woning voor de pensioenvoorziening, de communicatie met de deelnemers, het keuzemenu voor de deelnemer, governance modellen, toezichtmodellen, evenwicht tussen kapitaaldekking en omslag, een flexibele arbeidsmarkt voor ouderen en de pensioenvraag in heterogene populaties. Een Netspar Design Paper analyseert de doelstelling van een product of een aspect van het pensioenstelsel en onderzoekt mogelijkheden om de werking ervan te verbeteren. Een Netspar Design Paper richt zich vooral op specialisten in de sector die verantwoordelijk zijn voor het ontwerp van de component.

Roel Beetsma

Voorzitter van de Netspar Editorial Board



**Affiliatie**

Ivor Witte – aio Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

# EIOPA: BEVOEGDHEDEN EN RECHTSBESCHERMING

## Samenvatting

Per 1 januari 2011 is het Europese toezicht op financiële instellingen gewijzigd. Deze wijziging behelst onder meer de oprichting van een Europese toezichthouder op verzekeringen, herverzekeringen en aanvullende pensioenregelingen, de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

EIOPA heeft zowel bevoegdheden die al bestonden voor de wijziging van het Europese toezicht op financiële instellingen als een aantal nieuwe bevoegdheden. Nieuw is bijvoorbeeld dat EIOPA onder omstandigheden rechtstreekse bevoegdheden heeft ten aanzien van nationale toezichthouders als AFM en DNB – hoewel het dagelijks toezicht op nationaal niveau is gebleven – en nationale pensioenuitvoerders, zoals een Nederlandse verzekeraar of een Nederlands pensioenfonds.

De nieuwe bevoegdheden, van een nieuwe toezichthouder, vormden de aanleiding voor deze Netspar-paper. De paper is een studie naar een component van een pensioenstelsel; centraal staat de analyse van de doelstelling van de component en de mogelijkheden om de werking ervan te verbeteren. Vanuit die doelstelling is de onderzoeksvraag van deze paper als volgt:

Wat zijn de bevoegdheden van EIOPA op het gebied van aanvullende pensioenen en welke rechtsbescherming bestaat er als EIOPA die bevoegdheden uitoefent?

De bevindingen zijn de volgende:

1. De rechtsgrondslag van EIOPA is een restbepaling over de interne markt. Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is onder omstandigheden twijfel mogelijk over de houdbaarheid van die rechtsgrondslag bij het uitoefenen van bevoegdheden door EIOPA.
2. EIOPA heeft drie groepen van bevoegdheden, te weten:
  - adviseren en coördineren;
  - opstellen van ontwerpen van technische normen;
  - zelfstandige toezichtbevoegdheden.
3. De reikwijdte van deze bevoegdheden is niet uitputtend geregeld. Uitbreiding hiervan is niet alleen mogelijk bij verordening of richtlijn, met de bijbehorende procedurele waarborgen, maar ook op grond van (uitvoerings)besluiten. De normering van de uitoefening van de bevoegdheden is evenmin uitputtend geregeld. Dat kan leiden tot onduidelijkheden over de juridische status van bepaalde handelingen en daardoor tot hiaten in de rechtsbescherming.
4. De rechtsbescherming bij de uitoefening van bevoegdheden door EIOPA is te onderscheiden in rechtsbescherming naar Europees recht en rechtsbescherming naar Nederlands recht. Langs deze weg is er op zichzelf adequate rechtsbescherming, maar dan moet er wel sprake zijn van een rechtens relevant besluit van EIOPA.

Deze bevindingen leiden tot de volgende tentatieve aanbevelingen:

- Ad 1) Het is aan te bevelen om de houdbaarheid van de rechtsgrondslag van EIOPA preventief te verbeteren door bij een aanpassing van de verordening een andere rechtsbasis te kiezen. Ook is het aan te bevelen dat de nationale

toezichthouder een proefprocedure aanspant om zekerheid te krijgen over de rechtmatigheid van zijn handelen op grond van beslissingen van EIOPA.

- Ad 2) De groepen van bevoegdheden van EIOPA staan niet in een duidelijk verband met elkaar. Dat komt door de huidige positie van EIOPA die deels tussen en deels boven het nationale toezicht ligt. De aanbeveling is om de positie van EIOPA eenduidiger te maken en vervolgens de bevoegdheden hierop aan te passen.
- Ad 3) De reikwijdte van de bevoegdheden van EIOPA kan in de huidige situatie op meerdere manieren toenemen. De aanbeveling is om nader te onderzoeken hoe het ongecontroleerd toenemen van de reikwijdte te voorkomen is. Verder is een aanbeveling om de normering van het uitoefenen van de bevoegdheden aan te vullen en te verbeteren, bijvoorbeeld door expliciete aandacht hiervoor bij een aanpassing van de EIOPA-verordening.
- Ad 4) Om te komen tot een sluitend systeem van rechtsbescherming, zowel naar Europees recht als naar Nederlands recht, verdient het aanbeveling om, bijvoorbeeld in het kader van de genoemde nadere normering van de bevoegdheden van EIOPA, grondig na te gaan wanneer er hiaten in de rechtsbescherming kunnen optreden (door het ontbreken van een rechtens relevant besluit) en vervolgens die hiaten te dichten.

## Inleiding

Per 1 januari 2011 is het Europese toezicht op financiële instellingen gewijzigd. Deze wijziging behelst onder meer de oprichting van een Europese toezichthouder op verzekeringen, herverzekeringen en aanvullende pensioenregelingen, de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

EIOPA heeft zowel bevoegdheden die al bestonden voor de wijziging van het Europese toezicht op financiële instellingen als een aantal nieuwe bevoegdheden. Nieuw is bijvoorbeeld dat EIOPA onder omstandigheden rechtstreekse bevoegdheden heeft ten aanzien van nationale toezichthouders zoals AFM en DNB – hoewel het dagelijks toezicht op nationaal niveau is gebleven – en nationale pensioenuitvoerders, zoals een Nederlandse verzekeraar of een Nederlands pensioenfonds.

De nieuwe bevoegdheden, van een nieuwe toezichthouder, vormden de aanleiding voor deze Netspar-paper. De paper is een studie naar een component van een pensioenstelsel; centraal staat de analyse van de doelstelling van deze component en de mogelijkheden om de werking ervan te verbeteren. Vanuit die doelstelling is de onderzoeksvraag van deze paper als volgt:

Wat zijn de bevoegdheden van EIOPA op het gebied van aanvullende pensioenen en welke rechtsbescherming bestaat er als EIOPA die bevoegdheden uitoefent?

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag is gekeken vanuit het Nederlands perspectief. Meer precies vanuit het perspectief van de voornaamste Nederlandse partijen die betrokken zijn bij aanvullende pensioenen die met het uitoefenen van

bevoegdheden door EIOPA te maken kunnen krijgen, te weten de toezichthouders en de pensioenuitvoerders.

Voor het onderzoek is een analyse gemaakt van de Europese wetgeving die EIOPA regelt. Vervolgens is een literatuur- en jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Op basis van deze twee stappen is een overzicht van de bevoegdheden van EIOPA en het relevante toetsingskader bij de uitoefening van die bevoegdheden gemaakt. Vervolgens heeft een beoordeling van de rechtsbescherming plaatsgevonden. De bevindingen zijn afgewogen, waarna een conclusie is getrokken en de onderzoeksvraag is beantwoord.

## 1. Beknopte historie

Toezicht op financiële instellingen is als zodanig geen taak van de Europese Unie<sup>1</sup>. Toezicht op financiële instellingen is in wezen een bijproduct van de taak van de Europese Unie om te zorgen voor een vrije interne markt<sup>2</sup>. De spanning tussen de taak van de Unie om te zorgen voor een vrije interne markt en de nationale bevoegdheden tot het houden van toezicht leidde volgens de Unie tot onvolkomenheden die opgelost moesten worden door meer uniformering binnen de Unie. Het sleuteldocument hierbij was het rapport van de commissie-Lamfalussy<sup>3</sup>. In dat rapport werd aanbevolen om meer uniformering ten aanzien van financiële dienstverlening te bereiken niet via de gewone, complexe en trage, wetgevingsprocedure binnen de Unie maar via de zogeheten comitologie-procedure<sup>4</sup>. Deze procedure staat sindsdien bekend als de Lamfalussy-procedure, getrapte besluitvorming op vier niveaus:

Niveau 1: De Raad ofwel de betrokken (vak)ministers stellen de beginselen van wetgeving vast;

Niveau 2: De Commissie ofwel de uitvoerende macht van de Unie werkt die beginselen uit in lagere regelgeving;

1 In deze paper wordt omwille van de leesbaarheid steeds gesproken van Europese Unie en gerefereerd aan de huidige Europese Verdragen, ook als het gaat om situaties van voor de komst van de Unie. Uiteraard is dit anders als er wezenlijke verschillen zijn tussen de situatie toen en nu.

2 Artikel 26 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), Pb C 83.

3 Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets van 15 februari 2000, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf)

4 Zie meer in detail R. ten Wolde, *De Lamfalussy-procedure en de aanvullende pensioenen*, SMA 2003/4, p. 152-153.

Niveau 3: Coördinatie en convergentie vindt plaats door nationale organen respectievelijk nationale toezichthouders, en door adviescomités;

Niveau 4: De Commissie ziet toe op de (uniforme) naleving van de Europese regels.

Het gaat bij de Lamfalussy-procedure dus om zowel een hiërarchische structuur als, op niveau 3, een netwerkstructuur<sup>5</sup>. De netwerkstructuur bestond uit de samenwerking tussen nationale toezichthouders en Europese adviescomités. Voor de aanvullende pensioenen fungeerde het Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS) als adviescomité<sup>6</sup>. CEIOPS was belast met adviseren, concipiëren en convergeren, gericht op een meer gemeenschappelijk toezicht op (her)verzekeringen en bedrijfspensioenen (artikel 2 tot en met 6 CEIOPS-besluit). CEIOPS had geen regelgevende bevoegdheden en liet de bevoegdheden van de nationale toezichthouders onverlet<sup>7</sup>. Ook hield CEIOPS, net als EIOPA in de nieuwe situatie, zich niet bezig met de organisatie van aanvullende pensioenen, verplichte deelneming aan een pensioenregeling of de resultaten van collectieve arbeidsovereenkomsten<sup>8</sup>.

5 P. Van Cleynenbreugel, *Individuele rechtsbescherming – Europese netwerken van toezichthouders en Lamfalussy-convergentie*, SEW 2010/1, p. 15.

6 Ingesteld bij Besluit van de Commissie van 5 november 2003, 2004/61/EG, Pb L 003, gewijzigd bij Besluit van de Commissie van 23 januari 2009, 2009/79/EG, Pb L 025, verder: CEIOPS-Besluit.

7 A. Lefterov, *How Feasible Is the Proposal for Establishing a New European System of Financial Supervisors?*, Legal Issues of Economic Integration, 38, no. 1 (2011), p. 36–37.

8 Overweging 7 en artikel 6 lid 5 Besluit. Merk op dat de rol van de sociale partners ontbreekt in de Lamfalussy-procedure, evenals een positie voor de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, in Nederland primair verantwoordelijk voor de aanvullende pensioenen, zie nader R. ten Wolde, *De Lamfalussy-procedure en de aanvullende pensioenen*, SMA 2003/4, p. 158.

## 2. Europees financieel toezicht vanaf 2011

Naar aanleiding van de financiële crisis sinds 2007 is het Europees financieel toezicht gewijzigd. De leidende gedachte hierbij was dat er een verband zou bestaan tussen de genoemde crisis en de organisatie van het financiële toezicht, te weten primair op nationaal niveau<sup>9</sup>. Daarom is besloten een Europees systeem van financiële toezichthouders in te stellen. Dit systeem is gericht op het verbeteren van de kwaliteit en consistentie van het nationale toezicht, op het versterken van de controle van grensoverschrijdende groepen (van financiële instellingen) en op het opstellen van een (1) Europees *rule book* dat op alle financiële instellingen van toepassing is<sup>10</sup>.

Het nieuwe Europese systeem van financieel toezicht is het European System of Financial Supervision (ESFS). Dit systeem bestaat vanaf 1 januari 2011 in de eerste plaats uit een geïntegreerd netwerk van nationale toezichthouders en Europese toezichthouders<sup>11</sup>. Hiertoe zijn drie Europese toezichthouders opgericht, te weten een toezichthouder op de banken, European Banking Authority (EBA)<sup>12</sup>, op effecten en markten, European Securities and Markets Authority (ESMA)<sup>13</sup>, en op verzekeringen en aanvullende pensioenen, European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)<sup>14</sup>.

9 Zie Overwegingen 1 tot en met 3 van Verordening 1094/2010, met verwijzingen naar achterliggende documenten, en de nadere bespreking in de aangehaalde literatuur.

10 Overweging 5 van Verordening 1094/2010.

11 Verordening 1094/2010, overweging 8.

12 Verordening 1093/2010/EU van 24 november 2010, Pb L 331/1.

13 Verordening 1095/2010/EU van 24 november 2010, Pb L 331/84.

14 Verordening 1094/2010/EU van 24 november 2010, Pb L 331/48.

Naast de nationale toezichthouders en de EBA, ESMA en EIOPA bestaat het ESFS verder uit een Gemengd Comité van Europese toezichthoudende autoriteiten, Joint Committee of European Supervisory Authorities (JCSA)<sup>15</sup>, bestaande uit de voorzitters van de drie Europese toezichthouders dat zorgt voor de intersectorale samenhang<sup>16</sup>, en een orgaan voor systeemtoezicht, het European Systemic Risk Board (ESRB)<sup>17</sup>.

Binnen dit systeem is het ESRB belast met het macro prudentieel toezicht. Het moet systeemrisico's voor de financiële stabiliteit in de Unie voorkomen dan wel verminderen. De nationale toezichthouders, de EBA, ESMA, EIOPA en het JCSA zijn belast met het micro prudentieel toezicht. Concreet gaat het daarbij om:

- het verbeteren van de kwaliteit en consistentie van het nationale toezicht;
- het versterken van de controle op grensoverschrijdende groepen, en
- het opstellen van een Europees *rule book* dat op alle financiële instellingen op de interne markt van toepassing is<sup>18</sup>.

Hierna zal de inbedding van EIOPA in het nieuwe Europese stelsel van financieel toezicht alleen aan de orde komen als dat vereist is voor het onderwerp van deze paper – de bevoegdheden van EIOPA en de rechtsbescherming daartegen bezien vanuit de Nederlandse

15 Verordening 1092/2010/EU van 24 november 2010, Pb L 331/1.

16 Artikel 54 lid 2 en artikel 55 lid 2 Verordening 1094/2010.

17 Overweging 8 van Verordening 1094/2010.

18 Verordening 1094/2010, overweging 5.

rechtsorde. De institutionele aspecten van het nieuwe stelsel als zodanig zijn elders in detail beschreven<sup>19</sup>.

Voor deze paper is wel van belang dat de verordeningen die de EBA, de ESMA en EIOPA regelen, nagenoeg gelijklopend zijn en dezelfde rechtsgrondslag hebben. Die verbondenheid onderstreept het integrale karakter van het nieuwe Europese stelsel van financiële toezicht. Het is daardoor van belang de ontwikkeling van het nieuwe Europese stelsel integraal te volgen, en niet uitsluitend de ontwikkeling van EIOPA te bezien. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het voornemen om een verdergaand Europees toezicht op banken op te dragen aan de Europese Centrale Bank (ECB) in plaats van aan de EBA; het verdient aanbeveling dergelijke verschuivingen steeds ook nader te onderzoeken op mogelijk (indirecte) gevolgen voor EIOPA<sup>20</sup>.

- 19 N. Moloney, *EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: "more Europe" or more Risks?*, CMLR 47: 1317–1383, 2010, E. Ferran, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, Cambridge Legal Studies Research Paper Series, nr. 29/2011, C. Grundmann–Van de Krol, *Een nieuw Europees toezichtkader*, Effectenrecht 2010,131, H. van Meerten en A.T. Ottow, *The proposals for the European Supervisory Authorities (ESAs): the right (legal) way forward?*, TFR 2010/1–2, J.C. van Haersolte en H. van Meerten, *Zelfrijzend Europees bakmeel: de voorstellen voor een nieuw toezicht op de financiële sector*, NtEr 2010/2, J.C. van Haersolte, *The proof of the pudding...: het nieuwe EU-toezichtstelsel voor de financiële sector*, NtEr 2011/6.
- 20 Het voornemen tot verdergaand toezicht op banken door de ECB in plaats van door EBA zou gefundeerd worden op artikel 127 lid 6 VWEU, EUCO van 29 juni 2012, 76/12, p. 3 (waar lid 6 overigens niet expliciet wordt genoemd, slechts artikel 127). Weliswaar ziet artikel 127 lid 6 in elk geval niet op verzekeraars, maar een verandering van de positie van de EBA ten gunste van de ECB kan vanwege de samenhang binnen het stelsel van toezicht direct of indirect van invloed zijn op de positie van EIOPA.

### 3. Grondslag EIOPA: Verordening 1094/2010

De Europese Unie is een eigen rechtsorde met voorrang op het nationale recht<sup>21</sup>. Deze eigen rechtsorde kan alleen handelen binnen de bevoegdheden die de lidstaten bij Verdrag hebben overgedragen<sup>22</sup>. Er moet anders gezegd altijd een rechtsgrondslag in een Verdrag zijn.

De rechtsgrondslag van EIOPA is een verordening gebaseerd op artikel 114 VW EU<sup>23</sup>. Artikel 114 lid 1 VWEU voorziet in bijzondere ('tenzij anders is bepaald') maatregelen voor de onderlinge aanpassing van nationale wetgeving die de instelling en werking van de interne markt betreft. Voor het vaststellen van deze bijzondere maatregelen volstaat een gekwalificeerde meerderheid, ofwel: unanimité is niet vereist (artikel 294 VWEU).

Artikel 114 lid 1 VWEU luidt voluit:

"1. Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing van de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26 (het tot stand brengen van de interne markt, *IV*). Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen."

21 HvJ 5 februari 1963, C-26/62 (Van Gend & Loos), Jur. p. 5, HvJ 5 juli 1964, C-6/64 (Costa/E.N.E.I.), Jur. p. 1199 en HvJ 9 maart 1978, C-106/77 (Simmenthal), Jur. p. 629.

22 Artikel 5 VEU.

23 Aanhef Verordening.

De keuze voor artikel 114 VW EU als rechtsbasis is gebaseerd op het arrest-Agentschap Netwerkveiligheid<sup>24</sup> <sup>25</sup>. Het arrest-Agentschap Netwerkveiligheid draaide kort samengevat om het volgende: het Agentschap Netwerkveiligheid was opgericht bij een verordening met als rechtsbasis artikel 95 EG (het huidige artikel 114 VWEU). Het Agentschap had onder meer tot taak bij te dragen aan een gemeenschappelijk toezichtkader voor elektronische communicatienetwerken en diensten. Volgens het Hof biedt artikel 95 voldoende basis voor het oprichten van een agentschap dat niet-bindende begeleidende en ondersteunende maatregelen tot harmonisatie vaststelt<sup>26</sup>. Artikel 95 kan echter alleen als rechtsgrondslag worden gebruikt als uit de rechtshandeling tot oprichting van het agentschap *objectief en daadwerkelijk* blijkt dat die tot doel heeft de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren<sup>27</sup>. Verder moeten de taken die aan het agentschap zijn toegekend, *nauw aanknopen* bij de materies die voorwerp zijn van handelingen van onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten<sup>28</sup>.

Met dit arrest is echter nog niet het hele toetsingskader geschetst. Een analyse van de jurisprudentie die in de – niet overgenomen – conclusie van de AG bij het arrest-Agentschap Netwerkveiligheid<sup>29</sup> en in de literatuur is aangehaald, met name

24 Overweging 16 Verordening.

25 HvJ 2 mei 2006, C-217/04 (Agentschap Netwerkveiligheid), Jur. I-03771.

26 R.o. 44.

27 R.o. 42.

28 R.o. 45.

29 Conclusie AG, punt 18, met verwijzing naar HvJ 5 oktober 2000, C-376/98 (Tabaksreclame), Jur. 2000 I-08419, HvJ 10 december 2002, C-491/01 (BAT), Jur. 2002 I-11453, en HvJ 6 december 2005, C-66/04 (Rookaroma's), Jur. 2005 I-10553.

de arresten Tabaksreclame<sup>30</sup>, BAT<sup>31</sup>, Rookaroma's<sup>32</sup>, ECV<sup>33</sup> en Vodafone<sup>34</sup>, levert kort samengevat<sup>35</sup> het volgende toetsingskader voor het gebruik van artikel 114 VWEU op:

1. Artikel 114 kan voldoende basis bieden voor het oprichten van een agentschap dat *niet-bindende en ondersteunende maatregelen* tot harmonisatie vaststelt. Doel van het agentschap moet *objectief en daadwerkelijk* zijn: verbetering van instelling en werking van de interne markt. Bovendien moeten de taken van het agentschap *nauw aanknopen* bij handelingen van onderlinge aanpassing (arrest-Agentschap Netwerkveiligheid, 2006);
2. Een handeling met artikel 114 als rechtsbasis moet *metterdaad tot doel* hebben de voorwaarden tot instelling en werking van de interne markt te verbeteren. Het louter bestaan van verschillen tussen nationale regelingen en het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen, is onvoldoende voor het gebruik van artikel 114 (arrest-Tabaksreclame), evenals het uitsluitend plaatsen van een Europese regeling naast bestaande nationale regelingen (arrest-ECV). Harmonisatie in geval van (gebleken) tekortschietende nationale regelgeving

30 Arrest van 5 oktober 2000, C-376/98, Jur. 2000 I-08419,

31 Arrest van 10 december 2002, C-491/01, Jur. 2002 I-11453.

32 Arrest van 6 december 2005, C-66/04, J 2005 I-10553.

33 HvJ 2 mei 2006, C-436/03 (ECV), Jur. 2006 I-03733, aangehaald door A. Lefterov, *How Feasible Is the Proposal for Establishing a New European System of Financial Supervisors?*, Legal Issues of Economic Integration, 38, no. 1 (2011), p. 42, H. van Meerten en A.T. Ottow, *The proposals for the European Supervisory Authorities (ESAs): the right (legal) way forward?*, TFR 2010/1-2, p. 10,

34 HvJ 8 juni 2010, C-58-108 (Vodafone), Jur. 2010 I-04999, aangehaald door P. Schammo, *The European Securities and Markets Authority: lifting the veil on the allocation of powers*, CMLR 48:1879-1914, 2011, p. 1906.

35 Vanwege de omvang is hier geen gedetailleerde analyse van de arresten opgenomen.

- voldoet wel aan het criterium 'metterdaad tot doel hebben' (arrest-Vodafone);
3. Het gebruik van artikel 114 ter voorkoming van *toekomstige belemmeringen* is mogelijk, maar dan moet het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk zijn en moet de betrokken maatregel er toe strekken die belemmeringen te voorkomen (arrest-BAT);
  4. Ingrijpen op grond van artikel 114 is mogelijk bij bestaande of toekomstige belemmeringen, als maatregelen van lidstaten *geen gelijk beschermingsniveau* verzekeren en daardoor het vrije verkeer beletten. Daarbij moet het doel van verbetering van de interne markt *objectief en daadwerkelijk* blijken (arrest-Rookaroma's, 2005).

Uit deze rechtspraak volgt geen glashelder toetsingskader. Enerzijds is voor het gebruik van artikel 114 VWEU als rechtsbasis vereist dat de betrokken maatregel de verbetering van de interne markt tot doel heeft. Anderzijds kan dit doel ook zijdelings aanwezig zijn en is niet duidelijk hoe concreet de aanwezigheid van belemmeringen van de interne markt moet zijn. Daarom is de interpretatie van de Commissie, dat artikel 114 VWEU moet worden gebruikt<sup>36</sup> als rechtsbasis, wat kort door de bocht. Uit de rechtspraak volgt eerder dat artikel 114 VW EU *zou kunnen* worden gebruikt.

In dit verband verdient de conclusie van de advocaat-generaal HvJ EU van 12 september 2013 over de Short Selling-Verordening aandacht<sup>37 38</sup>. Deze verordening was net als de EIOPA-Verordening

<sup>36</sup> Zie de eerder aangehaalde overweging 16 van de Verordening.

<sup>37</sup> Conclusie AG HvJ 12 september 2013, C-270/12, Verenigd Koninkrijk tegen Raad en Parlement (short selling verordening), [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>38</sup> Verordening van 14 maart 2012 betreffende short selling en bepaalde aspecten van credit default swaps, 236/2012/EU, *Pb L* 86.

gebaseerd op artikel 114 VWEU. Artikel 28 van de short selling-verordening gaf aan ESMA een interventiebevoegdheid op grond van artikel 9 lid 5 van de ESMA-verordening, net zoals artikel 9 lid 5 van de EIOPA-verordening een dergelijke bevoegdheid geeft aan EIOPA. Volgens de advocaat-generaal kan een dergelijke bevoegdheid, waarbij kort samengevat het oordeel van een Europese toezichthouder in de plaats komt van dat van nationale autoriteiten, echter niet worden aangemerkt als maatregel „inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen” in de zin van artikel 114 VWEU<sup>39</sup>. Volgens de advocaat-generaal zou dan artikel 352 VWEU een passende rechtsgrondslag kunnen zijn, in plaats van artikel 114 VWEU<sup>40</sup>. Anders dan artikel 114 VWEU vereist artikel 352 VWEU besluitvorming bij unanimititeit.

39 Punt 37-40, 45 en 52 Conclusie AG.

40 Punt 54 e.v. Conclusie AG.

## 4. Rechtsbescherming I: nietigverklaring

De beoordeling door het HvJ EU van de vraag of artikel 114 als rechtsbasis kan dienen kan aan de orde komen bij een vordering tot nietigverklaring<sup>41</sup>. Een vordering tot nietigverklaring kan slagen bij onbevoegdheid ofwel bij het gebruik van een tekortschietende of onjuiste rechtsbasis<sup>42</sup>.

### 4.1 Nietigverklaring wegens onjuiste rechtsbasis

Het toepassen van het toetsingskader voor het gebruik van artikel 114 uit de jurisprudentie op de bevoegdheden van EIOPA levert het volgende resultaat op:

#### 1) *Adviserende en coördinerende bevoegdheden*

EIOPA heeft allereerst als bevoegdheid het adviseren over gemeenschappelijk normen, het bevorderen van delegatie tussen nationale toezichthouders en van collegiale toetsing, het volgen van marktontwikkelingen, zelfevaluatie en het bijdragen aan een consistente werking van de colleges van toezichthouders. Die bevoegdheden kunnen voldoen aan het criterium 'niet-bindende en ondersteunende maatregelen die objectief en daadwerkelijk bijdragen aan de werking van de interne markt' (Agentschap Netwerkveiligheid).

Minder eenduidig is het antwoord op de vraag of voldaan kan worden aan het criterium 'metterdaad tot doel hebben de

<sup>41</sup> De Unie heeft als eigen rechtsorde ook een eigen stelsel van rechtsbescherming. Rechtsbescherming naar Unierecht omvat een drietal middelen: een vordering tot nietigverklaring, artikel 263 VWEU, een actie wegens nalaten, artikel 265 VWEU, en een vordering op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid, artikel 340 VWEU.

<sup>42</sup> Een recent voorbeeld van vernietiging van een verordening wegens een onjuiste rechtsbasis biedt HvJ 6 september 2012, C-490/10 (vernietiging verordening 617/2010, Euratom), nog niet gepubliceerd, [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

werking van de interne markt te verbeteren' (arrest-Tabaks-reclame). Daarbij speelt een rol dat EIOPA niet alleen het verbeteren van de interne markt tot taak heeft. EIOPA heeft ook tot taak het garanderen van de stabiliteit van het financiële stelsel, de transparantie van markten en financiële producten en de bescherming van verzekeringnemers, deelnemers aan pensioenregelingen en begunstigen. Verder moet EIOPA toezichtarbitrage voorkomen, gelijke marktvoorwaarden garanderen en de internationale coördinatie van het toezicht versterken. Ook heeft EIOPA tot taak toezichtconvergentie te bevorderen, te adviseren over het toezicht en daarmee verband houdende kwesties van *governance*, *accountancy* en verslaglegging, en is het belast met verantwoordelijkheden voor bestaande en nieuwe financiële activiteiten<sup>43</sup>.

Deze catalogus van taken in samenhang met de aangehaalde bevoegdheden en de weinig prominente plaats die de interne markt overigens in de Verordening is toebedeeld, leidt tot twijfel of voldaan is aan het criterium 'metterdaad tot doel hebben de werking van de interne markt te verbeteren'.

Voor het criterium 'voorkomen van toekomstige belemmeringen die waarschijnlijk zullen ontstaan door maatregelen die strekken tot het voorkomen daarvan'(arrest-BAT) geldt in wezen hetzelfde. Tot slot zal aan het criterium 'geen gelijk beschermingsniveau' (arrest-rookaroma's) waarschijnlijk geheel niet worden voldaan. Zo laat bijvoorbeeld de IORP-richtlijn expliciet ruimte voor verschillende beschermingsniveaus<sup>44</sup>. Belangrijker is wellicht dat eventuele verschillende beschermingsniveaus het resultaat kunnen (zullen) zijn van de vrijheid van lidstaten bij het inrichten van hun sociale en fiscale stelsel.

<sup>43</sup> Overweging 10 Verordening.

<sup>44</sup> Zie onder meer I. Witte, *Richtlijn en rekenrente*, Pensioen & Praktijk 2012/3.

### *2) Ontwikkelen van ontwerp van technische normen*

Bij de bevoegdheid tot het ontwikkelen van ontwerpen van technische normen, zie hieronder, spelen dezelfde twijfels als genoemd bij de adviserende en coördinerende bevoegdheden.

### *3) Zelfstandige toezichtbevoegdheden*

EIOPA kan door het gebruiken van zijn zelfstandige toezichtbevoegdheden onder meer aanbevelingen doen en individuele besluiten nemen in specifieke gevallen, en bepaalde activiteiten tijdelijk verbieden of beperken. Het uitoefenen van dergelijke bevoegdheden is in voorkomende gevallen wellicht moeilijk te plaatsen onder het criterium "maatregelen [...] inzake de onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en werking van de interne markt betreffen" van artikel 114 lid 1 VWEU. Dat kan er toe leiden dat onder omstandigheden bij het uitoefenen van de zelfstandige toezichtbevoegdheden een vordering tot nietigverklaring wegens een onjuiste rechtsgrondslag kans van slagen zou kunnen hebben.

## **4.2 Nietigverklaring wegens onjuiste delegatie**

Volgens het systeem van het Unierecht kunnen bevoegdheden alleen aan instellingen worden toegekend. EIOPA is geen instelling van de Unie maar een orgaan (een agentschap)<sup>45</sup>. De bevoegdheden van EIOPA moeten dus gebaseerd zijn op delegatie. Delegatie van bevoegdheden is mogelijk binnen een toetsingskader dat wordt beheerst door het arrest-Meroni<sup>46</sup>. Dit arrest bevat twee fundamentele uitspraken: ten eerste dat delegatie van

<sup>45</sup> Artikel 5 lid 1 Verordening.

<sup>46</sup> Arrest van 13 juni 1956, C-9/56, J 1958 00011.

meer dan de oorspronkelijke bevoegdheid niet mogelijk is<sup>47</sup> <sup>48</sup> en ten tweede dat delegatie is toegestaan tenzij het gaat om delegatie van discretionaire bevoegdheden aan niet-instellingen vanwege het fundamentele belang van het institutionele evenwicht tussen de instellingen<sup>49</sup>.

In de literatuur over het arrest-Meroni is onder meer gewezen op de specifieke context die gold ten tijde van het arrest, te weten een (EGKS-)stelsel met sterk verdragsgebonden bevoegdheden. In een stelsel met ruimere bevoegdheden zou het mogelijk zijn om het beheersen van het gebruik van gedelegeerde bevoegdheden centraal te stellen, en niet het inperken van de mogelijkheid van delegatie<sup>50</sup>. Deze zienswijze laat echter de kern van het arrest-Meroni, het belang van de fundamentele waarborg die is gelegen in het institutionele evenwicht, onverlet<sup>51</sup>. Bevestiging hiervan is te vinden in het arrest-Romano<sup>52</sup>. Het arrest-Romano draaide om de delegatie door de Raad aan een agentschap van de bevoegdheid tot het vaststellen van normatieve besluiten. Directe rechterlijke controle op deze besluiten was niet mogelijk. Een dergelijke delegatie is niet toegestaan<sup>53</sup>. Het arrest-Romano maakt verder duidelijk dat het niet relevant is of delegatie plaatsvindt aan een publiek- dan wel een privaatrechtelijke

47 Jur. 1958, 00011, p. 45.

48 Vergelijk artikel 10:13 Awb.

49 Jur 1958, 00011, p. 45-46

50 Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschap*, vijfde druk, Deventer: Kluwer, 1995, p. 154. Evenzo Van Meerten en Ottow, *a.w.*, p. 13, met verdere verwijzing.

51 In dezelfde lijn S. Grilller en A. Orator, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, ELR 2010, p. 9.

52 Arrest van 14 mei 1981, C-98/80, J 1981 01241.

53 Arrest-Romano, r.o. 20.

rechtspersoon<sup>54</sup>. Evenmin is van belang door welke instelling de delegatie plaatsvindt, of onder welk verdrag<sup>55</sup>.

Er is kortom geen reden om te twifelen aan de toepasselijkheid van het toetsingskader van het arrest-Meroni op delegatie. Anders gezegd, "*Meroni remains good law*"<sup>56 57</sup>. Het toetsingskader bij delegatie is dan ook: is er al dan niet sprake van delegatie van een discretionaire bevoegdheid met een grote vrijheid van waardering?

Het toepassen van het toetsingskader voor delegatie op EIOPA leidt tot de volgende resultaten:

*a) Adviserende en coördinerende bevoegdheden*

Delegatie en het toetsen daarvan bij de adviserende en coördinerende bevoegdheden komt pas in beeld als EIOPA besluiten zou nemen met rechtsgevolg voor nationale autoriteiten dan wel financiële instellingen. De Verordening voorziet echter niet in dergelijke besluiten. Dat neemt natuurlijk niet weg dat afhankelijk van een bepaalde invulling die EIOPA zou kunnen hanteren, er wel discussie kan ontstaan over de grens tussen, zeg, feitelijk handelen in het kader van adviserende en coördinerende werkzaamheden en rechtens relevante besluiten.

54 Vergelijk met het publiekrechtelijke besluit van het bestuur van een stichting-bedrijfstakpensioenfonds op een vrijstellingsverzoek. Andersom is de Awb niet van toepassing op, zeg, de overeenkomst van opdracht van de Minister van SZW aan een pensioenvoorzetsbureau inzake het Bpf ABP dan wel het Bpf PCN.

55 Deze drie punten zijn naar voren gebracht door Van Meerten en Ottow, *a.w.*, p. 13, met nadere literatuurverwijzingen. Nauwgezette weerlegging door P. Schammo, *The European Securities and Markets Authority: lifting the veil on the allocation of powers*, CMLR 48:1879-1914, 2011, p. 1892-1895.

56 Griller en Orator, *a.w.*, p. 10, met aldaar ook aanvullende jurisprudentie in dezelfde lijn.

57 Tot diezelfde conclusie komt M. Chamon, *EU Agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea*, CMLR 48: 1055-1075, 2011.

*b) Ontwikkelen ontwerp van technische normen*

Bij het ontwikkelen van ontwerpen van technische normen is als uitgangspunt evenmin sprake van delegatie. Vereist is dan wel dat de besluitvorming daadwerkelijk door de Commissie plaatsvindt. Zoals aangegeven is de Verordening niet waterdicht op dit punt. Het is dan zaak om in concrete gevallen de exacte gang van zaken tussen EIOPA en de Commissie nauwgezet te analyseren om te kunnen beoordelen of er al dan niet sprake is van delegatie. Dit verdient des te meer aandacht vanwege de hoofdrol van EIOPA bij de voorbereiding van de besluiten in combinatie met de concentratie van kennis bij EIOPA – en dus niet bij de Commissie.

*c) Zelfstandige toezichtbevoegdheden*

Het uitoefenen van de zelfstandige toezichtbevoegdheden kwalificeert logischerwijs als delegatie, aangezien EIOPA immers geen instelling van de Unie is. Verder is sprake van discretionaire bevoegdheid met een grote vrijheid van waardering. Zo beslist EIOPA bij het geven van richtsnoeren en aanbevelingen zelfstandig binnen een ruim omschreven kader<sup>58</sup>. Hetzelfde geldt bij het nemen van individuele besluiten (artikel 18 Verordening). Bij het tijdelijk verbieden of beperken van bepaalde financiële activiteiten bestaat echter onduidelijkheid. De letterlijke tekst van de Verordening maakt het moeilijk de exacte positie van EIOPA te

58 Artikel 16 lid 1 Verordening luidt: "Met het oog op het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken binnen het ESFS en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht richt de Autoriteit richtsnoeren en aanbevelingen tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen".

bepalen<sup>59</sup>, zie nader bij de behandeling van deze bevoegdheid hieronder.

De conclusie wat betreft delegatie is dan dat de feitelijke uitoefening van de bevoegdheden tot adviseren en coördineren en van het opstellen van ontwerpen van technische normen zou kunnen leiden tot een delegatie die dan nader getoetst kan worden aan het relevante Unierecht. Duidelijker is dat er bij de zelfstandige toezichtbevoegdheden sprake is van delegatie die op gespannen voet kan staan met het Unierecht.

<sup>59</sup> Artikel 9 lid 5 Verordening luidt: "De Autoriteit kan ook beoordelen of het nodig is bepaalde soorten financiële activiteiten te verbieden of te beperken en, wanneer die noodzaak bestaat, de Commissie daarvan in kennis te stellen om de vastlegging van een dergelijk verbod of een dergelijke beperking te vergemakkelijken".

## 5. Bereik EIOPA

EIOPA heeft op grond van de Verordening een aantal bevoegdheden. Deze bevoegdheden komen hierna aan de orde. Eerst is van belang vast te stellen wat het bereik van de bevoegdheden is. Anders gezegd, op welk terrein de bevoegdheden van EIOPA zien.

Het bereik van EIOPA is omschreven in artikel 1 lid 2 van de Verordening. Artikel 1 lid 2 bepaalt ten eerste dat EIOPA handelt binnen het toepassingsgebied van een aantal richtlijnen. Het gaat om de richtlijnen Solvency-II, Verzekeringsbemiddeling, IORP, aanvullend toezicht op kredietinstellingen, herverzekering, directe verzekeringsbedrijf, co-assurantie, rechtsbijstandverzekering, verzekeringsgroepen, sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, witwassen en financiering terrorisme, en verkoop op afstand van financiële diensten<sup>60</sup>.

Ten tweede breidt artikel 1 lid 2 van de Verordening het toepassingsbereik uit tot

“alle op deze [de genoemde verordeningen] gebaseerde richtlijnen, verordeningen en besluiten en alle andere juridisch bindende handelingen van de Unie die taken aan [EIOPA] toewijzen.”

Het gaat met andere woorden niet alleen om de regelgeving die in de Verordening zelf is genoemd maar ook om de (juridische bindende) omgang met die regelgeving. Ook kan nieuwe

<sup>60</sup> Respectievelijk Richtlijn 2009/138/EG, 2002/92/EG, 2003/41/EG, 2002/87/EG, 64/225/EEG, 73/239/EEG, 73/240/EEG, 76/580/EEG, 78/473/EEG, 84/641/EEG, 87/344/EEG, 88/357/EEG, 92/49/EEG, 98/78/EG, 2001/17/EG, 2002/83/EG, 2005/68/EG, 2005/60/EG en 2002/65/EG, zie artikel 1 lid 2 Verordening.

regelgeving leiden tot een uitbreiding van het bereik van EIOPA. Een voorbeeld van dergelijke nieuwe regelgeving die het bereik van EIOPA uitbreidt, is de Omnibus I-Richtlijn<sup>61</sup>. Door deze richtlijn heeft EIOPA bijvoorbeeld de bevoegdheid gekregen om ontwerpen van "formulieren en formaten" op te stellen voor de financiële- en beleggingsrapportages die een IORP aan zijn nationale toezichthouder moet verstrekken<sup>62</sup>. Merk op dat langs deze weg van de uitbreiding van het bereik van EIOPA invloed heeft op de wijze waarop Nederlandse pensioenfondsen aan DNB moeten rapporteren. Een ander voorbeeld is de wijziging van richtlijnen waardoor EIOPA de bevoegdheid gaat krijgen de hoogte van de Ultimate Forward Rate (UFR) voor verzekeraars vast te stellen<sup>63</sup>.

Voor het bereik van EIOPA is verder van belang welke materiële normen door artikel 1 lid 2 bestreken worden. Zo gelden bijvoorbeeld voor verzekeraars de gedetailleerde normen van de Levenrichtlijnen<sup>64</sup>, terwijl voor Nederlandse pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen de open normen van de IORP-richtlijn van toepassing zijn. Logischerwijs hebben de bevoegdheden van EIOPA dan een groter bereik onder verzekeraars dan pensioenfondsen.

61 Richtlijn van 24 november 2010, 2010/78/EU, Pb L 331.

62 Artikel 4 onder 2) Richtlijn 2010/78/EU, wijziging van artikel 13 IORP-richtlijn.

63 Antwoorden op vragen Hoofdlijnennota herziening FTK, bijlage bij AVI PB/2012/9692, p. 16.

64 Samengevoegd door de Richtlijn van 5 november 2002, 2002/83/EG, Pb L 345.

## 6. Bevoegdheden EIOPA

EIOPA heeft op grond van de Verordening een aantal bevoegdheden. Deze zijn naar hun aard en naar de rechtsbescherming bij het uitoefenen van de bevoegdheden in drie groepen te verdelen:

- 1) Adviseren en coördineren;
- 2) Ontwikkelen van ontwerp-normen, en
- 3) Zelfstandige toezichtbevoegdheden.

Hieronder worden de bevoegdheden steeds per groep nader onderzocht.

### 6.1 Adviseren en coördineren

Allereerst heeft EIOPA een aantal adviserende en coördinerende taken (artikel 8 lid 1 Verordening):

- het verstrekken van adviezen aan de instellingen van de Unie om bij te dragen aan de invoering van kwalitatief hoogstaande gemeenschappelijke regulerings- en toezichtnormen;
- bevorderen van delegatie van taken en verantwoordelijkheden tussen de bevoegde autoriteiten;
- collegiale toetsing van de bevoegde autoriteiten;
- volgen en beoordelen marktontwikkelingen;
- zelfevaluatie aan de hand van economische marktanalyses;
- bijdragen aan een consistente werking van de colleges van toezichthouders, volgen van systeemrisico's, en het ontwikkelen en coördineren van herstel- en afwikkelingsplannen.

Verder heeft EIOPA de taak nauw samen te werken met het Europees Comité voor systeemrisico's (ESRB), met name door het

verstrekken van de nodige informatie aan het ESRB en het gevolg geven aan waarschuwingen en aanbevelingen van het ESRB.

## **6.2 Opstellen van ontwerp van normen**

De tweede rol van EIOPA is het opstellen van ontwerpen van normen. Het gaat daarbij om zogeheten ontwerp technische reguleringsnormen en het ontwikkelen van ontwerp technische uitvoeringsnormen (artikel 8 lid 2 onder a) en onder b) Verordening). In beide gevallen gaat het om normen van technische aard die geen strategische beslissingen of beleidskeuzen inhouden. Deze normen handelen over uniforme voorwaarden gericht op gelijke marktvoorwaarden, het opstellen van een Europees *rule book*. Merk op dat EIOPA belast is met het opstellen van *ontwerp* normen; het is aan de Commissie deze ontwerpen al dan niet te bevestigen (artikel 10 lid 1, vijfde alinea, en artikel 15 lid 1, vierde alinea, Verordening).

De bevoegdheid technische normen te ontwikkelen verdient nadrukkelijk aandacht. Bij aanvullend pensioen zijn – gegeven een bepaalde loonruimte – technische normen (zoals overlevingskansen of rekenrente) immers van grote invloed op de inhoud van de pensioenovereenkomst. De inhoud van de pensioenovereenkomst wordt echter vastgesteld door de partijen bij die overeenkomst, de sociale partners (artikel 7 Pensioenwet, artikel 2 lid 1, artikel 2 lid 2 onder b en artikel 4 Wet Bpf 2000). De rol van het toezicht is dan ook om een positieve bijdrage te leveren aan het verwezenlijken van de pensioenovereenkomst, niet het meebepalen van de inhoud ervan (artikel 152, met name lid 2, Pensioenwet).

Het verschil tussen beide soorten technische normen is vooral dat aan technische reguleringsnormen artikel 290 lid 1 VWEU ten grondslag ligt (artikel 10 lid 1 Verordening), en aan technische

uitvoeringsnormen artikel 291 VWEU (artikel 15 lid 1 Verordening). Bij artikel 290 lid 1 VWEU gaat het om een delegatie door het EP en de Raad aan de Commissie. Deze delegatie betreft de overdracht van niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking ter aanvulling of wijziging van bepaalde essentiële onderdelen van de wetgevingshandelingen. Bij artikel 291 VWEU gaat het om het toekennen van uitvoeringsbevoegdheden aan de Commissie of aan de Raad, in de gevallen waarin het nodig is dat juridisch bindende handelingen van de Unie eenvormig worden uitgevoerd. EP en Raad leggen de (algemene) voorwaarden vast voor de controle door de lidstaten van de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie.

Over technische reguleringsnormen valt verder uit de Overwegingen bij de Verordening op te maken dat het gaat over uniforme voorwaarden die gericht zijn op gelijke marktvoorwaarden en adequate bescherming van verzekeringnemers, deelnemers aan pensioenregelingen en andere begunstigden<sup>65</sup>. Verder moeten technische reguleringsnormen verenigbaar zijn met het Unierecht, moeten ze het evenredigheidsbeginsel respecteren en niet indruisen tegen de fundamentele beginselen van de interne markt voor financiële diensten<sup>66</sup>. Eveneens moeten de gebieden waarvoor de normen worden opgesteld, echt technisch van aard zijn en is voor de ontwikkeling ervan de expertise van toezichtdeskundigen vereist. Daarbij moeten technische reguleringsnormen dienen om de voorwaarden voor een consequente harmonisatie van de regels de het EP en de Raad hebben vastgesteld verder te ontwikkelen, te specificeren en te bepalen, door het aanvullen of wijzigen van niet-essentiële onderdelen van regelgeving. Technische uitvoeringsnormen op

65 Overweging 21 Verordening.

66 Overweging 22 Verordening.

hun beurt moeten de voorwaarden voor eenvormige toepassing van Unierecht bepalen<sup>67</sup>.

Een concreet voorbeeld van een technische uitvoeringsnorm is de conceptstandaard over de verplichting van lidstaten om te rapporteren over de nationale prudentiële normen (artikel 20 lid 11 IORP-richtlijn). Over deze concept-standaard heeft een openbare consultatie plaatsgevonden, waarbij EIOPA een uitgebreid consultatiedocument beschikbaar heeft gesteld<sup>68</sup>.

Een voorbeeld van een technische reguleringsnorm is de (gedachtenvorming over een) conceptstandaard voor vrij verhandelbare derivaten (niet-geclearde OTC-derivaten)<sup>69</sup>.

### **6.3 Zelfstandige toezichtbevoegdheden**

Een aantal bevoegdheden oefent EIOPA zelfstandig uit (artikel 8 lid 2 en artikel 9 lid 5 Verordening). Het gaat hierbij om de bevoegdheid tot het geven van richtsnoeren en aanbevelingen, het nemen van individuele besluiten in specifieke gevallen en het tijdelijk verbieden of beperken van bepaalde financiële activiteiten.

#### *6.3.1 Nationale toezichthouders en financiële instellingen*

De zelfstandige toezichtbevoegdheden zijn gericht op nationale toezichthouders en financiële instellingen. Voor nationale toezichthouders hanteert de verordening de term "bevoegde autoriteiten". Ten aanzien van aanvullende pensioenen zijn de Nederlands bevoegde autoriteiten DNB en AFM (artikel 4 lid 2 Verordening). Onder "financiële instellingen" verstaat

<sup>67</sup> Omnibus-I Richtlijn van 24 november 2010, RI. 2010/78/EU, punt 12.

<sup>68</sup> Consultation Paper van 10 december 2012, kenmerk EIOPA-CP-12/005, [www.eiopa.europa.eu](http://www.eiopa.europa.eu)

<sup>69</sup> Joint Discussion paper (EBA, ESMA en EIOPA) van 6 maart 2012, (JC/DP/2012/1).

de Verordening: ondernemingen, entiteiten en natuurlijke en rechtspersonen die binnen het toepassingsbereik van EIOPA vallen.

### *6.3.2 Richtsnoeren en aanbevelingen*

Voor het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken en voor het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht richt EIOPA richtsnoeren en aanbevelingen tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen (artikel 16 lid 1 Verordening). Deze bevoegdheid betreft dus een nadere harmonisatie van het Europese toezicht.

Richtsnoeren en aanbevelingen moeten worden nageleefd. De bevoegde autoriteiten en de financiële instellingen hebben een medewerkingsplicht; zij zijn verplicht zich tot het uiterste in te spannen om aan de richtsnoeren en aanbevelingen te voldoen. Hiertoe bevestigt elke autoriteit binnen twee maanden of hij aan de richtsnoeren of de aanbeveling voldoet of voornemens is die op te volgen. Als de bevoegde autoriteit niet voldoet of niet voornemens is op te volgen moet hij dat onder opgaaf van redenen aan EIOPA melden. EIOPA maakt het niet voldoen of niet voornemens zijn te volgen bekend. EIOPA *kan* eveneens per geval besluiten om de redenen van de bevoegde autoriteit bekend te maken. Hiertoe is wel voorafgaande kennisgeving aan de betrokken autoriteit voorgeschreven (artikel 16 lid 3 Verordening). EIOPA stelt in zijn jaarverslag het EP, de Raad en de EC in kennis van de gegeven richtsnoeren en aanbevelingen. Ook vermeldt EIOPA daarbij welke bevoegde autoriteiten – de financiële instellingen zijn opmerkelijk genoeg niet genoemd – deze niet hebben opgevolgd en hoe EIOPA ervoor denkt te zorgen dat deze

bevoegde autoriteiten in de toekomst wel de aanbevelingen en richtsnoeren zal opvolgen (artikel 16 lid 4 Verordening).

De Verordening bevat geen regels over het bekendmaken van het niet voldoen of niet voornemens zijn een richtsnoer of aanbeveling te volgen door een bevoegde autoriteit. De Verordening bevat daarnaast ook geen regels over het rechtsgevolg van het niet voldoen of niet voornemens zijn te volgen dan wel over niet of niet tijdig melden door een bevoegde autoriteit aan EIOPA. Evenmin is duidelijk of en zo ja welke termijnen van toepassing zijn op het melden door financiële instellingen en wat de rechtsgevolgen zouden zijn van bijvoorbeeld een melding dat een financiële instelling niet van plan is zich aan een richtsnoer of aanbeveling te houden.

Vanwege deze onduidelijkheden en omdat bijvoorbeeld publicatie met naam en toenaam onder andere tot schade dan wel strijd met een wettelijk (geheimhoudings)plicht kan leiden, verdient de rechtsbescherming in geval van richtsnoeren en aanbevelingen bijzondere aandacht. Uit bovenstaande volgt immers niet zozeer de conclusie dat het EIOPA aan machtsmiddelen ontbreekt, maar eerder dat de machtsmiddelen van en procedurevoorschriften voor EIOPA in het verkeer met de bevoegde autoriteiten en de financiële instellingen nader geregeld moet worden.

### *6.3.3 Aanbevelingen*

Als een bevoegde autoriteit in strijd handelt met het Unierecht kan EIOPA onder omstandigheden een aanbeveling doen (artikel 17 Verordening). Deze aanbeveling is specifiek gericht tot een bepaalde autoriteit, bijvoorbeeld DNB, en kan de opmaat zijn tot een individueel besluit gericht tot een financiële instelling, bijvoorbeeld een Nederlands pensioenfonds. De bevoegdheid

van EIOPA om een aanbeveling te doen, kan dus leiden tot rechtstreeks Europees toezicht.

Om tot een aanbeveling te komen moet allereerst het Unierecht duidelijke en onvoorwaardelijke verplichtingen vaststellen<sup>70</sup>. Rechtstreeks toezicht kan dus zowel uit Unierecht voorkomen als het gevolg zijn van Nederlandse recht waar de Nederlandse financiële instelling zich gewoon aan houdt, namelijk als dat Nederlandse recht in strijd zou zijn met het Unierecht.

Verder moet sprake zijn van het niet-toepassen of het toepassen in strijd met het Unierecht van de handelingen genoemd in artikel 1 lid 2 van de Verordening, met name – dus niet: uitsluitend – “door niet te verzekeren dat een financiële instelling de in de handelingen vastgestelde eisen vervult” (artikel 17 lid 1 Verordening). Primair gaat het daarbij om het onjuist of op ontoereikende wijze toepassen van het Unierecht door de bevoegde autoriteiten<sup>71</sup>. Deze formulering laat toe dat het zowel handelen (bijvoorbeeld: handhaven door DNB) als niet-handelen (bijvoorbeeld: niet-hanhaven door DNB) betreft. Vervolgens verloopt het eventuele optreden van EIOPA – met inachtneming van de eis van evenredigheid<sup>72</sup> – als volgt (artikel 17 en artikel 35 Verordening). Het optreden start met een onderzoek, op verzoek dan wel op eigen initiatief van EIOPA. Het voorwerp van onderzoek (de nationale toezichthouder) heeft daarbij een vergaande informatieverplichting naar EIOPA toe, zij het dat de sanctie bij niet-voldoen aan deze verplichting juridisch gezien beperkt is tot een nader verzoek tot medewerking van EIOPA aan het Ministerie van Financiën.

70 Overweging 26, slot van de Verordening.

71 Overweging 27 van de Verordening.

72 Overweging 27 Verordening.

Buiten bereik van deze paper ligt de vraag of die informatieverplichting wel te verenigen is met bijvoorbeeld de eisen van *due process*. Ook buiten het bereik van deze paper is de vraag naar de positie van het Nederlandse ministerie van financiën bij een verzoek tot medewerking van EIOPA gericht op bijvoorbeeld DNB, gezien de medeverantwoordelijkheid van de Minister van SZW voor DNB. Die vraag illustreert overigens wel dat de Europese opzet waarbij alleen een rol aan de Ministers van Financiën is toebedacht niet goed aansluit op de Nederlandse situatie waarbij de Minister van SZW verantwoordelijk is voor aanvullende pensioenen.

EIOPA heeft de bevoegdheid ("kan") na het onderzoek een aanbeveling richten tot de bevoegde autoriteit. De Verordening is niet duidelijk over de verhouding tussen de bevoegdheid en het onderzoek. Na ontvangst van de aanbeveling is de bevoegde autoriteit verplicht om binnen tien werkdagen EIOPA op te hoogte te brengen van de stappen die zijn of zullen worden gezet om de inachtneming van het Unierecht te verzekeren. Deze stappen moeten er vervolgens toe leiden dat de betrokken autoriteit binnen een maand, gerekend vanaf de ontvangst van de aanbeveling, aan het Unierecht voldoet. Dat kan dus betekenen dat de bevoegde autoriteit bij het volledig benutten van de reactietermijn van tien werkdagen vervolgens binnen negen werkdagen aan het Unierecht moet voldoen. Als de betrokken bevoegde autoriteit niet binnen een maand na ontvangst van de aanbeveling aan het Unierecht heeft voldaan, kan de Commissie aan die autoriteit een formeel advies uitbrengen. De Commissie kan dit advies uitbrengen na door EIOPA op de hoogte te zijn gebracht of op eigen initiatief. De Commissie houdt in het advies rekening met de aanbevelingen van EIOPA. Op grond van het formele advies dient de bevoegde autoriteit de maatregelen te

nemen die nodig zijn om het Unierecht na te leven. De meest interessante fase breekt aan als de bevoegde autoriteit het formeel advies niet tijdig naleeft. Niet tijdig wil zeggen niet binnen de termijn die in het advies zelf is opgenomen. In dat geval en onder de voorwaarde dat het nodig is de niet-naleving tijdig te verhelpen om ofwel neutrale concurrentievoorwaarden op de markt te behouden ofwel de ordelijke werking van het financiële stelsel te verzekeren, kan EIOPA een individueel besluit nemen op grond waarvan een financiële instelling de nodige maatregelen moet nemen om te voldoen aan zijn verplichtingen volgens het Unierecht. Die maatregelen kunnen de stopzetting van activiteiten betreffen.

#### *6.3.4 Individuele besluiten: noodsituatie*

In een noodsituatie kan EIOPA nationale toezichthouders verplichten bepaalde maatregelen te nemen om die noodsituatie te verhelpen<sup>73</sup>. Het gaat daarbij om individuele besluiten op grond waarvan de bevoegde autoriteiten maatregelen moeten nemen (artikel 18 Verordening).

Voor het nemen van maatregelen moet eerst de Raad samen met<sup>74</sup> de Commissie en het ESRB en voor zover van toepassing EIOPA, EBA of ESMA besluiten dat er sprake is van een noodsituatie. Het besluit van de Raad is gericht tot EIOPA en in tijd beperkt. De Raad moet het besluit periodiek evalueren en het besluit verstrijkt ook automatisch, tenzij het steeds na een maand wordt verlengd. Ook kan de Raad op ieder moment de noodtoestand beëindigd verklaren. De Verordening bevat geen toetsingskader voor de evaluatie van het besluit.

<sup>73</sup> Overweging 30 van de Verordening.

<sup>74</sup> De tekst van de Verordening is "in overleg". Er is uitgegaan van de Nederlandse betekenis van deze term.

Het (blijven bestaan van het) besluit van de Raad dat er een noodsituatie bestaat, geeft EIOPA de mogelijkheid om individuele besluiten te nemen op grond waarvan de bevoegde autoriteiten de nodige maatregelen dienen te nemen om te verzekeren dat financiële instellingen en de bevoegde autoriteiten aan de eisen van de relevante regelgeving voldoen. Deze bevoegdheid bestaat overigens niet alleen bij de noodsituatie maar ook in andere “uitzonderlijke gevallen”<sup>75</sup>. De tekst van de Verordening laat daarbij de mogelijkheid open dat EIOPA zelfstandig of bijvoorbeeld op een informele wenk van de Raad dan wel de Commissie aanneemt dat de genoemde “uitzonderlijke gevallen” zich voordoen. Nadere normering ontbreekt.

Als de bevoegde autoriteit het besluit van EIOPA niet naleeft binnen de bij het besluit gestelde termijn *en* de eisen uit de relevante regelgeving rechtstreeks toepasselijk zijn op financiële instellingen, kan EIOPA een individueel besluit nemen dat tot een financiële instelling is gericht. Het rechtsgevolg van het individuele besluit is dat de financiële instelling de nodige maatregelen moet treffen om te voldoen aan de betreffende eisen. Die maatregelen kunnen het stopzetten van de activiteiten van de financiële instelling omvatten.

Voor het nemen van een besluit gericht tot een individuele instelling is vereist dat de bevoegde autoriteit de relevante regelgeving niet of niet juist toepast. Daarbij valt op dat de Verordening een uitgebreide normering bevat bij het niet juist toepassen en geen normering bij niet-toepassen.

<sup>75</sup> Artikel 18 lid 3 Verordening. *Anders* Maatman en Ter Braak; volgens hen gaat het bij de “uitzonderlijke gevallen” om een cumulatieve eis. In ieder geval biedt de tekst van de Verordening voor die zienswijze geen ruimte. Zie verder R. Maatman en M. ter Braak, *Financiële crisis en noodsituatie*, Ondernemingsrecht 2012/54, paragraaf 4.2.

### *6.3.5 Individuele besluiten: oplossen meningsverschil tussen bevoegde autoriteiten in grensoverschrijdende situaties*

EIOPA kan bemiddelen bij een meningsverschil tussen bevoegde autoriteiten uit verschillende lidstaten (artikel 19 lid 1, eerste alinea, Verordening). Als die bemiddeling niet leidt tot verzoening, kan EIOPA een bindend besluit nemen (artikel 19 Verordening). Leeft een bevoegde autoriteit het bindend besluit niet na, dan kan EIOPA onder voorwaarden een individueel besluit nemen gericht op een financiële instelling. Op grond van het individuele besluit moet de financiële instelling de nodige maatregelen nemen om te voldoen aan zijn verplichtingen volgens het Unierecht. Onder de nodige maatregelen kan vallen: stopzetting van activiteiten ofwel dezelfde verstreckende gevolgen als uiteindelijk bij een aanbeveling.

### *6.3.6 Tijdelijk verbieden of beperken van bepaalde financiële activiteiten*

EIOPA kan onder omstandigheden bepaalde financiële activiteiten of bepaalde soorten van financiële activiteiten verbieden of beperken. De letterlijke tekst van de Verordening maakt niet duidelijk hoe ver de bevoegdheid van EIOPA daarbij exact reikt:

“De Autoriteit kan ook beoordelen of het nodig is bepaalde soorten financiële activiteiten te verbieden of te beperken en, wanneer die noodzaak bestaat, de Commissie daarvan in kennis te stellen om de vastlegging van een dergelijk verbod of een dergelijke beperking te vergemakkelijken” (artikel 9 lid 5, slot, Verordening).

In elk geval suggereert deze tekst dat het verbieden of beperken van bepaalde soorten financiële activiteiten weliswaar

een zelfstandige bevoegdheid van EIOPA is, maar dat de mogelijkheden van EIOPA om deze bevoegdheid tot uitvoering te brengen tekort kunnen schieten. Het vaststellen door EIOPA dat er een *noodzaak* is tot het verbieden of beperken leidt immers slechts tot het *in kennis stellen* van de Commissie.

De voorwaarde voor het tijdelijk verbieden of beperken van financiële activiteiten is dat deze activiteiten een bedreiging vormen voor het ordelijk functioneren *en* voor de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan. Verder moet het gaan om gevallen die gespecificeerd zijn en onder de voorwaarden die zijn vastgelegd in de relevante regelgeving van het toepassingsbereik, of wanneer dit in een noodsituatie vereist is (artikel 9 lid 5 Verordening).

Het verbieden of beperken moet tijdelijk zijn. Tijdelijk betekent in dit verband voor een periode van drie maanden. EIOPA moet het besluit "met passende tussenpozen" en ten minste iedere drie maanden evalueren. Verlenging is mogelijk. Daarbij is het niet duidelijk of verlenging plaats vindt voor een periode die gelijk is aan de genoemde passende tussenpose, voor een periode van drie maanden of voor een periode die steeds bepaald moet worden op basis van de uitkomsten van de evaluatie.

## 7. Rechtsbescherming II: eigen rechtsgang Verordening

De Verordening zelf regelt beroep en bezwaar tegen besluiten van EIOPA (artikelen 60 en 61 Verordening). Bezwaar staat open voor elke natuurlijke of rechtspersoon. Hier valt ook een bevoegde autoriteit onder. Het bezwaar staat open tegen:

- een besluit van EIOPA als bedoeld in artikel 17, 18 en 19 van de Verordening, dan wel
- andere besluiten van EIOPA die zijn genomen overeenkomstig de handelingen bedoeld in artikel 1 lid 2 van de Verordening en gericht zijn tot degene die bezwaar aantekent, dan wel
- een besluit dat van rechtstreeks en individueel belang is voor de persoon die bezwaar aantekent, ook als het bestreden besluit tot een andere persoon is gericht (artikel 60 lid 1 Verordening).

Het bezwaar wordt behandeld door een bezwaarcommissie. Deze bezwaarcommissie is een gemeenschappelijk orgaan van alle drie de Europese toezichthouders (artikel 58 lid 1 Verordening). Bij het bezwaar gelden termijnen. Het startpunt voor de termijnen omtrent bezwaar is ofwel de kennisgeving aan de betrokken persoon ofwel de dag na publicatie van het besluit van EIOPA. Het bezwaar moet vervolgens binnen twee maanden schriftelijk bij EIOPA worden aangetekend, tezamen met een uiteenzetting van de gronden (artikel 60 lid 2 Verordening).

Het bezwaar heeft als hoofdregel geen schorsende werking. Wel *kan* de bezwaarcommissie de toepassing van het besluit opschorten. Daarvoor moet de bezwaarcommissie oordelen dat de omstandigheden opschorting vereisen (artikel 60 lid 3 Verordening).

Na bezwaar kunnen de lidstaten, de instellingen van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen (artikel 61 Verordening). Beroep, bij het HvJ EU, staat open tegen beslissingen van de bezwaarcommissie dan wel tegen beslissingen van EIOPA indien het recht op bezwaar ontbreekt. Eveneens, met toepassing van artikel 263 VWEU, staat rechtstreeks beroep open tegen besluiten van EIOPA. Rechtstreeks beroep staat open voor de lidstaten, de instellingen van de EU en ieder natuurlijke of rechtspersoon. Als EIOPA verplicht is een besluit te nemen en dat nalaat, kan beroep worden ingesteld wegens nalaten. Ook hier is artikel 263 VWEU van toepassing. EIOPA is expliciet verplicht de noodzakelijke maatregelen te treffen ter uitvoering van het betrokken arrest van het HvJ EU.

Inmiddels is een eerste uitspraak door de gemeenschappelijke bezwaarcommissie gedaan<sup>76</sup>. In deze zaak ging het om een klant van een bank die de EBA verzocht op te treden tegen nationale toezichthouders wegens schending van het Unierecht. EBA wees dit verzoek af. Voor zover relevant voor deze paper over bevoegdheden en rechtsbescherming is van belang dat naar oordeel van de bezwaarcommissie bij het beoordelen of er sprake was van schending van het Unierecht de EBA niet alleen had moeten kijken naar de bepalingen van de EBA-Verordening zelf. Volgens de bezwaarcommissie had de EBA ook zijn eigen '*Guidelines*', richtsnoeren en aanbevelingen zoals hierboven in paragraaf 6.3.2. behandeld, in aanmerking moeten nemen. Anders geformuleerd: volgens de bezwaarcommissie kan een Europese toezichthouder door zijn richtsnoeren en aanbevelingen Unierecht scheppen waaraan nationale toezichthouders gebonden zijn.

76 Board of Appeal of the European Supervisory Authorities, 24 juni 2013, EBA C 2013 002, JOR 2013/306 m.nt. B. Bierens

Hoewel de juistheid van dit oordeel ter discussie gesteld kan worden – het is reeds bestreden met de kracht van vooral het argument dat aanbevelingen zoals de *Guidelines* van een Europese toezichthouder ook volgens het HvJ EU geen Unierecht vormen<sup>77</sup> – is het wel op dit moment de enige en daardoor richtinggevende uitspraak van de bezwaarcommissie. Concreet levert de uitspraak van de bezwaarcommissie onduidelijkheid op over de rechtsbescherming tegen een handelen (waaronder begrepen nalaten) van een Nederlandse toezichthouder gebaseerd op *Guidelines* van EIOPA; vanwege de uitspraak van de bezwaarcommissie zou die rechtsbescherming primair in het Unierecht gevonden moeten worden en niet in het Nederlandse recht.

<sup>77</sup> E. van Praag, *Eerste beslissing van EBA Board of Appeal*, TFR 2013/10, p. 345.

## 8. Rechtsbescherming III: Nederlands recht

### 8.1 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Bij de rechtsbescherming bij de uitoefening van bevoegdheden door EIOPA naar Nederlands recht gaat het met name om de volgende situaties:

- a) Een Nederlandse toezichthouder handelt (met inbegrip van nalaten) in lijn met het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA, anders gezegd: de Nederlandse toezichthouder baseert zijn handelen (waaronder begrepen nalaten) op EIOPA, en
- b) Een Nederlandse toezichthouder handelt (waaronder begrepen nalaten) in strijd met het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA.

*Ad a) De Nederlandse toezichthouder neemt een besluit gebaseerd op het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA.*

De eerste vraag is in welke hoedanigheid de toezichthouder het besluit neemt. Ten aanzien van aanvullende pensioenen zal in de regel sprake zijn van optreden van de toezichthouder als bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een bestuursorgaan is immers onder meer een privaatrechtelijke (rechts)persoon "met enig openbaar gezag bekleed" (artikel 1:1 lid 1 onder b Awb). Voor aanvullende pensioen zijn DNB en AFM met dergelijk gezag bekleed (artikel 151 Pensioenwet).

De tweede vraag is wanneer er sprake is van een besluit. De Awb omschrijft besluit als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (artikel 1:3 lid 1 Awb). Schriftelijk wil zeggen kenbaar uit een schriftelijk stuk<sup>78</sup>, wat onder voorwaarden ook een elektro-

<sup>78</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *a.w.*, p. 153.

nische vorm kan hebben zoals een sms<sup>79</sup>. Een rechtshandeling vervolgens is een handeling gericht op rechtsgevolg ofwel een handeling die invloed heeft op een rechtstoestand<sup>80</sup>. Van groot belang hierbij is dat een handeling ook op rechtsgevolg gericht kan zijn als de handeling berust op een beleidsregel<sup>81</sup>. Met name het uitoefenen van de adviserende en coördinerende bevoegdheden door EIOPA zal namelijk aanleiding kunnen zijn voor de Nederlandse toezichthouder om een beleidsregel vast te stellen. Van een publiekrechtelijke rechtshandeling tot slot is sprake bij een rechtshandeling die wordt verricht krachtens een publiekrechtelijk bevoegdheid<sup>82</sup>. Bij het handelen van een Nederlandse toezichthouder ten opzichte van een Nederlandse pensioenuitvoerder zal er kortom in de regel sprake zijn van een beslissing in de zin van de Awb. Het belang hiervan ligt in de rechtsbescherming; alleen tegen besluiten staat beroep bij de bestuursrechter open (artikel 8:1 lid 1 Awb). Hiermee is er op zichzelf naar Nederlands recht voldoende rechtsbescherming tegen besluiten van een Nederlandse toezichthouder gebaseerd op het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA. Wel is essentieel dat er sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Zonder besluit is er geen toegang tot de rechter. Eventueel kan de pensioenuitvoerder een besluit afdwingen door als Nederlandse pensioenuitvoerder bij de toezichthouder een besluit aan te vragen. Wijst de toezichthouder de aanvraag af, dan levert die afwijzing een besluit op. Exacter: een beschikking, waartegen beroep mogelijk is (artikel 1:3 lid 2 Awb).

79 I. Witte, *Wijziging Regeling aanvragen Wet Bpf 2000 en Toetsingskader Wet Bpf 2000*, *Pensioen & Praktijk* 2012/5, p. 26, met verwijzing voor de Pensioenwet naar S. Kuijper, *Informatie en voorlichting*, in: *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, derde druk, Deventer: Kluwer 2010.

80 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 155.

81 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 162.

82 Van Wijk/Konijnenbelt, a.w., p. 166.

*Ad b) Een Nederlandse toezichthouder handelt (waaronder begrepen nalaten) in strijd met het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA.*

In deze situatie geldt in feite hetzelfde als hierboven aan de orde was bij het nemen van een besluit dat wel in lijn is met het uitoefenen van een bevoegdheid door EIOPA. Het voornaamste verschil is uiteraard dat bij de toetsing de strijdigheid met het Unierecht centraal zal staan. Eveneens ligt het voor de hand dat bij (beweerde) strijdigheid met het Unierecht de vraag naar aansprakelijkheid van de toezichthouder aan de orde zal komen.

## **8.2 Civielrechtelijke aansprakelijkheid**

De rechtsbescherming naar Nederlands recht ziet in de eerste plaats op aansprakelijkheid van de toezichthouder voor zijn handelen dan wel nalaten. Deze aansprakelijkheid kan een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke bron hebben.

Aansprakelijkheid met een publiekrechtelijk bron kan met name optreden bij omgekeerde formele rechtskracht. Omgekeerde formele rechtskracht houdt kortweg in dat een bestuursorgaan als uitgangspunt aansprakelijk is als het bestreden besluit is vernietigd<sup>83</sup>. Het privaatrechtelijke gevolg daarvan is dat de onrechtmatigheid in beginsel is gegeven en daarmee de aansprakelijkheid<sup>84</sup>.

Aansprakelijkheid met een privaatrechtelijke bron komt neer op aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Voor deze aansprakelijkheid is vereist dat de toezichthouder niet heeft gehandeld als behoorlijk en zorgvuldig toezichthouder.

<sup>83</sup> HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/Van de Akker), zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *a.w.* p. 731-732. Voor een recent voorbeeld in de pensioensfeer: CbB 10 september 2013, PJ 2013, 151 (DNB/Pensioenfondsvereenigde Glasfabrieken).

<sup>84</sup> HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, nt. CJHB (Van Gog/Nederweert).

Daarbij is er onder omstandigheden een verplichting om actief toezicht te houden en handhavend op te treden<sup>85</sup>. Wel heeft de toezichthouder een ruime mate van beoordelings- en beleidsvrijheid<sup>86</sup>. Om die reden komt aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad weinig voor. Verder moet ook voldaan worden aan de eis van causaliteit (verband tussen geleden schade en beweerdelijk onrechtmatige gedrag) en de eis van relativiteit (de geschonden norm moet strekken tot bescherming van degene die schade heeft geleden)<sup>87</sup>.

### 8.3 Beperking aansprakelijkheid DNB en AFM

Sinds 1 juli 2012 is de aansprakelijkheid van DNB en AFM bij wet beperkt<sup>88</sup>. Aansprakelijkheid van DNB en AFM is uitgesloten voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid<sup>89</sup>. Het toezicht op aanvullende pensioenregelingen op grond van de Pensioenwet valt onder deze beperking<sup>90</sup>. De beperking van de aansprakelijkheid geldt niet bij opzet of grove schuld. Opzet is onder meer een zodanig handelen dat de toezichthouder er zich bewust van moet zijn dat dit een onbehoorlijke vervulling van zijn taak meebrengt of naar alle waarschijnlijkheid zal meebrengen (opzet als zekerheidsbewustzijn dan wel voorwaardelijk opzet). Grove schuld komt neer op een zodanig laakbaar en onverschillig

85 HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert).

86 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 m.nt. C.C. van Dam (Vie d'Or).

87 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 15 juni 2010, JOR 2010/235 (Voute), ook aangehaald door Van Praag, *a.w.*, p. 10, nt. 80.

88 Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2012, 265.

89 Geregeld door een nieuw artikel 1:25d Wft.

90 De uitbreiding tot andere toezichtwetten dan alleen de Wft is tot stand gekomen door het amendement-Irrgang, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 058, nr. 13.

handelen dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aanmerkelijk is. Bewustzijn van de schade die het handelen kan meebrengen is niet vereist<sup>91</sup>. Praktisch zou uit deze criteria bijvoorbeeld kunnen volgen dat DNB en AFM niet zonder meer besluiten kunnen nemen op basis van het uitoefenen van bevoegdheden door EIOPA. Er is immers de nodige twijfel mogelijk aan de rechtmatigheid van de rechtsgrondslag van EIOPA. Zonder meer voorbijgaan aan die twijfel kan kwalificeren als grove schuld in bovengenoemde zin.

Van belang is tot slot hoe de beperking van de aansprakelijkheid van de toezichthouders zich verhoudt tot het recht op een eerlijk proces van artikel 6 van het Europees verdrag van de rechten van de Mens (EVRM). Artikel 6 van het EVRM vereist onder andere een effectieve toegang tot de rechter<sup>92</sup>. Beperking van dit recht is op zich toegestaan als wordt voldaan aan de voorwaarden van een legitiem doel, een proportioneel middel en het niet schenden van de kern van het toegangsrecht<sup>93</sup>. Bij de beperking van de aansprakelijkheid van DNB en AFM zijn vooral vraagtekens te plaatsen bij de legitimiteit van het doel en de proportionaliteit van het middel.

Deze vraagtekens vloeien voort uit de motivering van de wetgever voor de beperking van de aansprakelijkheid, namelijk:

- Omringende landen zouden een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking hebben;
- Aansprakelijkheid zou snel en doortastend reageren door de toezichthouders in de weg staan, en
- Beperking van aansprakelijkheid zou bijdragen aan het achteraf open en zelfkritisch afleggen van verantwoording<sup>94</sup>.

91 HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386 (Codam/Merwede).

92 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Kluwer, Deventer 2008, p. 31.

93 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Kluwer, Deventer 2008, p. 74

94 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 058, nr. 3, p. 2.

Bij deze argumenten valt voor de legitimiteit ten eerste op te merken dat snel en doortastend kunnen reageren uiteraard een legitiem doel is. Een toezichthouder zonder zo'n reactievermogen heeft eenvoudigweg geen bestaansrecht. Ten tweede geldt dat het achteraf "meer openlijk" zelfkritisch verantwoording afleggen geen wettelijke verplichting is; wettelijk zijn de toezichthouders uitsluitend verantwoording verschuldigd aan de Minister van Financiën en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Ten derde geldt voor het argument van het bestaan van een beperking van de aansprakelijkheid in omliggende landen dat er geen (internationaalrechtelijke) verplichting om een dergelijke beperking te importeren in het Nederlandse recht.

Op basis van een even beknopte toetsing aan de eis van proportionaliteit, dat wil zeggen de eis dat de beperking noodzakelijk moet zijn en dat er sprake is van een evenwichtige verhouding tussen het nagestreefde doel en de gebruikte middelen, valt op te merken dat het wetsvoorstel geen onderbouwing bevat van het argument dat aansprakelijkheid in de weg zou staan aan snel en doortastend reageren, noch van het argument dat aansprakelijkheid in de weg staat aan het achteraf openlijk zelfkritisch verantwoording afleggen. Wat betreft het bestaan van een aansprakelijkheidsbeperking in omliggende landen ontbreekt een onderbouwing van de aard en de portee daarvan en is de relevantie van het argument als zodanig niet aangetoond. Logischerwijs zijn de argumenten van de wetgever dan niet valide en kunnen zij niet dienen om proportionaliteit te onderbouwen. Nader onderzoek naar de verenigbaarheid van de beperking van de aansprakelijkheid met artikel 6 EVRM is dus vereist.

## 9. Conclusies

De rechtsgrondslag van EIOPA is een restbepaling over de interne markt. Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is onder omstandigheden twijfel mogelijk over de houdbaarheid van die rechtsgrondslag bij het uitoefenen van bevoegdheden door EIOPA.

EIOPA heeft drie groepen van bevoegdheden, te weten adviseren en coördineren, het opstellen van ontwerpen van technische normen, en zelfstandige toezichtbevoegdheden. De reikwijdte van deze bevoegdheden is niet uitputtend geregeld. Het zelfde geldt voor de normering van de uitoefening van de bevoegdheden.

De rechtsbescherming bij de uitoefening van bevoegdheden door EIOPA is te onderscheiden in rechtsbescherming naar Europees recht en rechtsbescherming naar Nederlands recht. Langs deze weg is er op zichzelf adequate rechtsbescherming, maar dan moet er wel sprake zijn van een rechtens relevant besluit van EIOPA.

Het uiteindelijke functioneren van EIOPA vindt plaats in de wisselwerking tussen de formele bevoegdheden die in deze paper zijn behandeld en het – dynamische – materiële bereik, ofwel de regelgeving waarop die bevoegdheden van toepassing zijn. De ontwikkeling van de jonge Europese toezichthouder moet in het licht van die wisselwerking gevolgd en beoordeeld worden. Vervolgonderzoek naar aanleiding van concrete daden van EIOPA kan daarbij mede gebruik maken van de beschouwingen over bevoegdheden en rechtsbescherming in deze paper. Daarbij verdient ook de samenwerking tussen de nationale toezichthouders – DNB en AFM – en EIOPA aandacht. Een relevante vervolgstap zou in dat kader onderzoek naar de rolverdeling,

bevoegdheden respectievelijk restricties en verbeterpunten bij de gegevensuitwisseling tussen EIOPA, de nationale toezichthouder en de onder toezicht staande instellingen kunnen zijn, mede aan de hand van de eerste ervaringen die inmiddels zijn opgedaan met de Quantitative Impact Studie (QIS).

## Geraadpleegde literatuur

- Chamon, M., 2011, *EU Agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea*, CMLR 48: 1055-1075, 2011.
- Den Doelder, R.J., Jansen, I.M., 2010, *Een nieuw Europees Toezichtraamwerk*, TFR 2010/1-2.
- Ferran, E., 2011, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, Cambridge Legal Studies Research Paper Series, nr. 29/2011.
- Grillier, S., Orator, A., 2010, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, ELR 2010
- Grundmann-Van de Krol, C., 2010, *Een nieuw Europees toezichtkader*, Effectenrecht 2010, 131.
- Gutman, K., 2011, *The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection*, CMLR 48: 695-750, 2011, p. 716-724.
- Kapteyn-Verloren van Themaat, 1995, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschap*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 1995
- Lefterov, A., 2011, *How Feasible Is the Proposal for Establishing a New European System of Financial Supervisors?*, Legal Issues of Economic Integration, 38, no. 1 (2011).
- Maatman, R., Ter Braak, M., 2012, *Financiële crisis en noodsituatie*, Ondernemingsrecht 2012/54.
- Moloney, N., 2010, *EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: "more Europe" or more Risks?*, CMLR 47: 1317-1383, 2010.
- Schammo, P., 2011, *The European Securities and Markets Authority: lifting the veil on the allocation of powers*, CMLR 48:1879-1914, 2011.
- Smits, P., 2008, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.
- Ten Wolde, R., 2003, *De Lamfalussy-procedure en de aanvullende pensioenen*, SMA 2003/4.
- Van Cleynenbreugel, P., 2010, *Individuele rechtsbescherming – Europese netwerken van toezichthouders en Lamfalussy-convergentie*, SEW 2010/1.
- Van der Burg, F.H., Voermans, W.J.M., 2012, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2012.
- Van Haersolte, J.C., 2011, *The proof of the pudding...: het nieuwe EU-toezichtstelsel voor de financiële sector*, NtEr 2011/6.
- Van Haersolte, J.C., Van Meerten, H., 2010, *Zelfrijzend Europees bakmeel: de voorstellen voor een nieuw toezicht op de financiële sector*, NtEr 2010/2.
- Van Meerten, H., Ottow, A.T., 2010, *The proposals for the European Supervisory Authorities (ESAs): the right (legal) way forward?*, TFR 2010/1-2.
- Van Praag, E.J., 2011, *Het grensoverschrijdend financieel toezicht loopt tegen grenzen aan*, TFR 2011/9

Van Praag, E.J., 2012, *Grensoverschrijdend financieel toezicht zonder grenzen*, TFR 2012/1-2.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, *Hoofdstukken van administratief recht*, vijftiende druk, Amsterdam: Reed Business 2011.

# OVERZICHT UITGAVEN IN DE DESIGN PAPER SERIE

- 1 Naar een nieuw pensioencontract (2011)  
Lans Bovenberg en Casper van Ewijk
- 2 Langlevenrisico in collectieve pensioencontracten (2011)  
Anja De Waegenaere, Alexander Paulis en Job Stigter
- 3 Bouwstenen voor nieuwe pensioencontracten en uitdagingen voor het toezicht daarop (2011)  
Theo Nijman en Lans Bovenberg
- 4 European supervision of pension funds: purpose, scope and design (2011)  
Niels Kortleve, Wilfried Mulder and Antoon Pelsser
- 5 Regulating pensions: Why the European Union matters (2011)  
Ton van den Brink, Hans van Meerten and Sybe de Vries
- 6 The design of European supervision of pension funds (2012)  
Dirk Broeders, Niels Kortleve, Antoon Pelsser and Jan-Willem Wijckmans
- 7 Hoe gevoelig is de uittredeleeftijd voor veranderingen in het pensioenstelsel? (2012)  
Didier Fouarge, Andries de Grip en Raymond Montizaan
- 8 De inkomensverdeling en levensverwachting van ouderen (2012)  
MARIKE KNOEF, ROB ALESSIE en ADRIAAN KALWIJ
- 9 Marktconsistente waardering van zachte pensioenrechten (2012)  
Theo Nijman en Bas Werker
- 10 De RAM in het nieuwe pensioenakkoord (2012)  
Frank de Jong en Peter Schotman
- 11 The longevity risk of the Dutch Actuarial Association's projection model (2012)  
Frederik Peters, Wilma Nusselder and Johan Mackenbach
- 12 Het koppelen van pensioenleeftijd en pensioenaanspraken aan de levensverwachting (2012)  
Anja De Waegenaere, Bertrand Melenberg en Tim Boonen
- 13 Impliciete en expliciete leeftijdsdifferentiatie in pensioencontracten (2013)  
Roel Mehlkopf, Jan Bonenkamp, Casper van Ewijk, Harry ter Rele en Ed Westerhout
- 14 Hoofdlijnen Pensioenakkoord, juridisch begrepen (2013)  
Mark Heemskerk, Bas de Jong en René Maatman
- 15 Different people, different choices: The influence of visual stimuli in communication on pension choice (2013)  
Elisabeth Brügger, Ingrid Rohde and Mijke van den Broeke
- 16 Herverdeling door pensioenregelingen (2013)  
Jan Bonenkamp, Wilma Nusselder, Johan Mackenbach, Frederik Peters en Harry ter Rele

- 17 Guarantees and habit formation in pension schemes: A critical analysis of the floor-leverage rule (2013)  
Frank de Jong and Yang Zhou
- 18 The holistic balance sheet as a building block in pension fund supervision (2013)  
Erwin Fransen, Niels Kortleve, Hans Schumacher, Hans Staring and Jan-Willem Wijckmans
- 19 Collective pension schemes and individual choice (2013)  
Jules van Binsbergen, Dirk Broeders, Myrthe de Jong and Ralph Koijen
- 20 Building a distribution builder: Design considerations for financial investment and pension decisions (2013)  
Bas Donkers, Carlos Lourenço, Daniel Goldstein and Benedict Dellaert
- 21 Escalerende garantietoezeggingen: een alternatief voor het StAr RAM-contract (2013)  
Servaas van Bilsen, Roger Laeven en Theo Nijman
- 22 A reporting standard for defined contribution pension plans (2013)  
Kees de Vaan, Daniele Fano, Herialt Mens and Giovanna Nicodano
- 23 Op naar actieve pensioenconsumenten: Inhoudelijke kenmerken en randvoorwaarden van effectieve pensioencommunicatie (2013)  
Niels Kortleve, Guido Verbaal en Charlotte Kuiper
- 24 Naar een nieuw deelnemergericht UPO (2013)  
Charlotte Kuiper, Arthur van Soest en Cees Dert
- 25 Measuring retirement savings adequacy; developing a multi-pillar approach in the Netherlands (2013)  
MARIKE Knoef, Jim Been, Rob Alessie, Koen Caminada, Kees Goudswaard, and Adriaan Kalwij
- 26 Illiquiditeit voor pensioenfondsen en verzekeraars: Rendement versus risico (2014)  
Joost Driessen
- 27 De doorsneesystematiek in aanvullende pensioenregelingen: effecten, alternatieven en transitiepaden (2014)  
Jan Bonenkamp, RYANNE COX en Marcel Lever
- 28 EIOPA: bevoegdheden en rechtsbescherming (2014)  
Ivor Witte

## EIOPA: bevoegdheden en rechtsbescherming

Per 1 januari 2011 is het Europese toezicht op financiële instellingen gewijzigd. Er is een Europese toezichthouder op verzekeringen, herverzekeringen en aanvullende pensioenregelingen opgericht, de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

EIOPA heeft zowel bevoegdheden die al bestonden voor de wijziging van het Europese toezicht op financiële instellingen als een aantal nieuwe bevoegdheden. De nieuwe bevoegdheden, van een nieuwe toezichthouder, vormden de aanleiding voor dit Netspar paper, geschreven door Ivor Witte (VU A).