

TITEL

WP 2025-1

Noor Mendonck

Financial Law Institute

Working Paper Series





WP 2025-1

Noor Mendonck

**Grenzen van procedurele flexibiliteit in de afwikkeling van banken:
over de vereiste operationele onafhankelijkheid bij het uitoefenen van
afwikkelingsfuncties**

Deze zaak betreft de afwikkeling van een Poolse bank en werpt licht op diverse institutionele en juridische vraagstukken rond de rol van de afwikkelingsautoriteit. Die vervulde in deze zaak namelijk meerdere functies tegelijk: als afwikkelingsinstantie, bewindvoerder en garantiefonds. Centraal staat de vraag of er voldoende procedurele waarborgen bestonden om de operationele onafhankelijkheid te verzekeren en belangenconflicten te voorkomen. Omdat zulke waarborgen ontbraken, werd bovendien onderzocht of zij alsnog via feitelijke of organisatorische maatregelen konden worden gewaarborgd.

The author welcomes your comments at noor.mendonck@ugent.be.

The entire working paper series can be consulted at www.fli.ugent.be.



Grenzen van procedurele flexibiliteit in de afwikkeling van banken: over de vereiste operationele onafhankelijkheid bij het uitoefenen van afwikkelingsfuncties

Noot bij HJEU 12 december 2024

1. Introductie

1. De onderhavige zaak betreft de afwikkeling van een Poolse bank, waarbij diverse institutionele en juridische vraagstukken aan de orde komen met betrekking tot de verschillende functies die de afwikkelingsautoriteit vervulde. De afwikkelingsautoriteit trad namelijk eveneens op als bewindvoerder en als garantiefonds. De kern van het arrest gaat over de vraag of voldoende procedurele waarborgen werden getroffen om de operationele onafhankelijkheid te garanderen en om belangenconflicten te vermijden. Aangezien deze waarborgen in de onderliggende zaak niet voorhanden waren, werd tevens onderzocht of deze alsnog kunnen worden gerealiseerd door middel van feitelijke en organisatorische maatregelen.

2. De noot hanteert volgende structuur: als eerste worden de feiten, de prejudiciële vragen, en de beslissing van het Hof van Justitie besproken. Nadien volgt het institutioneel kader voor toezicht en afwikkeling in de Europese Unie en in België. Na een korte bespreking van de rechterlijke toetsing van afwikkelingsbesluiten, wordt de operationele onafhankelijkheid, zoals vereist in de BRRD, vergeleken met de toepassing hiervan in de betreffende zaak. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

2. Feiten en prejudiciële vragen

3. Getin Noble Bank S.A. (GN Bank), een Poolse bank, verkeerde al een tijdje in slechte papieren. Toen de bank in 2021 niet langer kon voldoen aan de eigenvermogensvereisten van verordening 575/2013 (CRR)¹, heeft de financiële toezichthouder ingegrepen door de aanstelling van een “curator” (volgens het Poolse recht), die in feite fungeerde als een tijdelijk bewindvoerder in de zin van richtlijn 2014/59 (BRRD).² Deze functie werd toevertrouwd aan

¹ Artikel 92-98 Verordening 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, *Pb.L.* 26 juni 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex:32013R0575> (CRR).

² Artikel 29 Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, *Pb.L.* 12 juni 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex%3A32014L0059> (BRRD).



het Pools Garantiefonds voor Banken (BGF) in het kader van een vroegtijdige interventie.³ De Poolse Commissie financieel toezicht (de *Komisja Nadzoru Finansowego* (KNF)), droeg het BGF op om verslagen op te stellen, toezicht te houden op de activiteiten van GN Bank en alle wettelijke bevoegdheden van de functie uit te oefenen.⁴ Het BGF is in Polen verantwoordelijk voor het garanderen van bankdeposito's en het uitvoeren van afwikkelingsprocedures.⁵ Daarmee fungeert het BGF als de Nationale Afwikkelingsautoriteit (NAA) van Polen.

4. Op 18 augustus 2022 brengt de financiële toezichthouder het BGF op de hoogte van het feit dat GN Bank zal falen en voldoet aan de gekende “*failing or likely to fail*”-voorwaarde (FOLTF) van artikel 32 (1) BRRD.⁶ Daarnaast werd vastgesteld dat er geen redelijke verwachtingen waren dat alternatieve maatregelen het falen van de instelling binnen een redelijk tijdsbestek zouden kunnen voorkomen.⁷

Vervolgens heeft het BGF, in haar hoedanigheid van NAA, besloten een afwikkelingsprocedure voor GN Bank in gang te zetten. Hierbij werd gebruik gemaakt van het afwikkelingsinstrument van de overbruggingsinstelling (*bridge institution tool*).⁸

5. Verschillende natuurlijke personen en rechtspersonen (waaronder aandeelhouders, houders van door de bank uitgegeven obligaties, schuldeisers, en tegenpartijen van specifieke kredietovereenkomsten) tekenden beroep aan tegen het afwikkelingsbesluit van het BGF. Ook de raad van commissarissen van de bank heeft hiertegen beroep aangetekend bij de verwijzende rechter (bestuursrechter in eerste aanleg Warschau, Polen). Volgens hen was het besluit onregelmatig, omdat het BGF conflicterende belangen had. Het Fonds vervulde tegelijkertijd de rol van depositogarantiestelsel, tijdelijk bewindvoerder, en afwikkelingsautoriteit. Daarbij werd volgens de verzoekers niet voorzien in de vereiste procedurele waarborgen voor onafhankelijkheid.⁹

6. Als eerste vraagt de verwijzende rechter zich af of het recht op toegang tot de bestuursrechter voor degenen wiens rechtsbelang is geschaad door het besluit in het hoofdgeding, een doeltreffende rechtsbescherming biedt overeenkomstig artikel 85, leden 2

³ Artikel 27-30 BRRD. Specifiek voor de functie van tijdelijk bewindvoerder, zie artikel 29 BRRD. Vroegtijdige interventie vindt plaats vooraleer sprake is van effectieve afwikkeling en behoort daarom tot de bevoegdheden van de toezichthouder.

⁴ HvJ 12 december 2024, C-118/23, ECLI:EU:C:2024:1013, ‘Getin Noble Bank t. Bankowy Fundusz Gwarancyjny’, paragraaf 36 (*Arrest GN Bank*).

⁵ Artikel 5 van de Wet op het bankgarantiefonds, het depositogarantiestelsel, en afwikkelingen, van 10 juni 2016 (Poolse BGF-wet).

⁶ Zie artikel 32 (4) BRRD voor de omstandigheden waarin een bank als FOLTF kan worden aangemerkt.

⁷ *Arrest GN Bank*, paragraaf 37. Samen met ‘noodzakelijk in het algemeen belang’ vormen dit de drie afwikkelingsvoorwaarden. Indien aan één van deze voorwaarden niet wordt voldaan, dient het nationale insolventierecht te worden toegepast. Zie art. 32 BRRD; in België omgezet naar art. 244, §1 wet op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen van 25 april 2014, *BS* 7 mei 2014.

⁸ Artikel 40-41 BRRD. *Arrest GN Bank*, paragraaf 38.

⁹ *Arrest GN Bank*, paragraaf 40-41. De onafhankelijkheidsvereisten zijn te vinden in artikel 3 (3) BRRD.



en 3, van de BRRD, in samenhang met artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en artikel 47 van het Handvest.¹⁰ Deze vraag komt voort uit de meer dan 7 000 beroepen die tegen het besluit van de BGF waren ingesteld op de datum van de verwijzingsbeslissing. Hoewel hij al deze beroepen heeft samen gevoegd met het oog op een gezamenlijke beslechting,¹¹ is de verwijzende rechter van oordeel dat het uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen.¹²

7. Het Hof beslist op dit punt dat de verwijzende rechter zich niet kan beroepen op de *erga omnes* werking van een uitspraak om elke andere getroffen persoon de redelijke mogelijkheid te ontnemen om zijn zaak te bepleiten.¹³ Over dit deel van het arrest zal deze noot echter niet verder uitweiden. De focus ligt op de specifieke vraagstukken rond de rol van de afwikkelingsautoriteit bij bankinsolventie.

8. Veder stelt de verwijzende rechter dat moet worden onderzocht of het BGF bij de vaststelling van het afwikkelingsbesluit voldeed aan de vereisten van operationele onafhankelijkheid en of er geen sprake was van een belangenconflict. Hoewel de toezichtfunctie strikt genomen door de financiële toezichthouder wordt uitgevoerd, voert de tijdelijk bewindvoerder de taken uit die door de toezichthouder aan hem zijn toevertrouwd. Daarom kan niet op voorhand worden uitgesloten dat het BGF passende maatregelen had moeten treffen om belangenconflicten te voorkomen bij de uitoefening van de functie van tijdelijk bewindvoerder.¹⁴

Bovendien brengt het combineren van de afwikkelingsfunctie en de functie van depositogarant volgens de verwijzende rechter het risico met zich mee dat de autoriteit maatregelen neemt ten aanzien van een bank die waarschijnlijk zal falen, met als doel de inzet van haar garantiemiddelen te beperken. Deze middelen zouden anders, bij het daadwerkelijk falen van de bank, uit hoofde van de depositogarantie moeten worden vrijgegeven.¹⁵

9. Hoewel de BGF-wet geen bepalingen bevat die een structurele scheiding waarborgen tussen de afwikkelingsfunctie en de andere functies van het BGF, vraagt de verwijzende rechter of het toch mogelijk is te concluderen dat de doelstelling van operationele

¹⁰ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, C 364/1, *Pb. L.* 18 december 2000 (Handvest van de Grondrechten).

¹¹ Deze samenvoeging is gebeurd op grond van artikel 111, lid 1 van de wet inzake bestuursrechtelijke procedures van 30 augustus 2022. Dit artikel luidt als volgt: “Wanneer meerdere afzonderlijke zaken die bij de rechter aanhangig zijn het voorwerp kunnen zijn van één enkel beroep, beveelt hij de voeging ervan voor gezamenlijke behandeling en beslechting”. (Pools recht)

¹² *Arrest GN Bank*, paragraaf 42-44.

¹³ *Arrest GN Bank*, paragraaf 99-100.

¹⁴ *Arrest GN Bank*, paragraaf 57-58.

¹⁵ *Arrest GN Bank*, paragraaf 59.



onafhankelijkheid en het voorkomen van belangenconflicten is bereikt, mits er andere maatregelen zijn getroffen die als voldoende worden beschouwd.¹⁶

10. De prejudiciële vragen die in deze noot van naderbij worden bekeken, luiden daarom als volgt:

- i. Kan artikel 3, lid 3, van de BRRD zo worden uitgelegd dat het een lidstaat toestaat om geen structurele scheiding ter waarborging van operationele onafhankelijkheid en ter voorkoming van belangenconflicten aan te brengen tussen de afwikkelingsfuncties en andere functies van de autoriteit als wettelijke depositogarantiestelsel of tijdelijk bewindvoerder?
- ii. Kan de voorwaarde van operationele onafhankelijkheid en belangenconflictvrijheid toch als vervuld worden beschouwd, wanneer een lidstaat niet voldoet aan de verplichting om passende structurele regelingen te treffen voor het waarborgen van operationele onafhankelijkheid en het voorkomen van belangenconflicten tussen de toezichtfuncties, mits de nationale bestuursrechter die het afwikkelingsbesluit toetst, overtuigd is dat de andere organisatorische en feitelijke maatregelen van de afwikkelingsautoriteit voldoende zijn om dit doel te bereiken?¹⁷

3. Beslissing van het Hof

a. Combineren van toezichts-, afwikkelings-, en garantiefuncties

11. Afwikkelingsfuncties moeten worden uitgevoerd door een overheidsorgaan of een autoriteit met openbaar gezag.¹⁸ Deze autoriteiten mogen andere functies vervullen, waaronder toezicht, mits er passende structurele regelingen zijn om operationele onafhankelijkheid te waarborgen en belangenconflicten te vermijden. Het is derhalve belangrijk de besluitvorming te beschermen tegen elke interne invloed die geen verband houdt met de afwikkelingsfuncties, zodat die entiteit bij de vervulling van die taak uitsluitend de doelstellingen van het afwikkelingsmechanisme nastreeft.¹⁹

12. Het Hof oordeelt dat een combinatie van de functies van tijdelijk bewindvoerder en van depositogarantiestelsel een risico op belangenconflict met zich meebrengen, aangezien een tijdelijk bewindvoerder wordt aangesteld met het oog op het voorkomen van een afwikkelingsprocedure, en een depositogarantiestelsel kan worden gebruikt in het kader van de effectieve afwikkeling. Daaruit besluit het Hof dat artikel 3(3) BRRD vereist dat wanneer de nationale afwikkelingsautoriteit tevens de functie uitoefent van tijdelijk bewindvoerder of de functie van depositogarantiestelsel, structurele maatregelen moeten worden getroffen om

¹⁶ Arrest *GN Bank*, paragraaf 60.

¹⁷ Arrest *GN Bank*, paragraaf 61.

¹⁸ Art. 3, lid 2 BRRD.

¹⁹ Arrest *GN Bank*, paragraaf 107-108.



de operationele onafhankelijkheid van deze autoriteit te waarborgen en elk belangenconflict met betrekking tot die functies te voorkomen.²⁰ Het toevertrouwen van deze functies aan dezelfde instantie vormt echter op zichzelf geen probleem.

b. Organisatorische en feitelijke maatregelen als oplossing

13. Het Hof werd ook gevraagd te verduidelijken of, bij gebreke van geschreven (interne) regels, de naleving van de vereisten van operationele onafhankelijkheid kan voortvloeien uit de vaststelling van organisatorische en andere maatregelen die daartoe toereikend zijn. De BRRD bepaalt dat de noodzakelijke interne regels niet alleen door de lidstaat zelf, maar ook door de nationale afwikkelingsautoriteit kunnen worden vastgesteld.²¹ In beide gevallen moeten deze regels openbaar worden gemaakt. De BRRD geeft echter geen voorschriften over de vorm die deze interne regels moeten aannemen. Bijgevolg besluit het Hof dat organisatorische maatregelen en andere passende maatregelen ook onder het begrip “interne regels” in de zin van de BRRD vallen, mits zij voldoende nauwkeurig worden beschreven. Deze interne regels kunnen met elk nuttig middel worden bekendgemaakt, op voorwaarde dat alle belanghebbenden er te allen tijde kennis van kunnen nemen.²²

Personeelsleden die betrokken zijn bij de uitvoering van de afwikkelingsfuncties, moeten structureel gescheiden worden van het personeel dat andere functies van die autoriteit vervult.²³ Het Hof benadrukt echter dat dit niet inhoudt dat een administratieve autoriteit, die naast andere functies ook afwikkelingsfuncties vervult, verplicht is een afzonderlijk besluitvormingsorgaan in te stellen voor haar rol als afwikkelingsautoriteit. Evenmin sluiten deze vereisten uit dat een administratieve autoriteit die naast andere functies ook afwikkelingsfuncties vervult, zodanig wordt georganiseerd dat interne afdelingen ondersteunende diensten²⁴ verlenen aan zowel het personeel dat met afwikkelingsfuncties is belast als aan personeel dat andere functies vervult.²⁵

14. Het Hof stelt verder dat de openbaarmakingsverplichting geen rechten creëert voor particulieren. Het ontbreken van een bekendmaking maakt de besluiten van de afwikkelingsautoriteit bijgevolg niet automatisch ongeldig. De openbaarmaking vervult volgens het Hof een loutere transparantiefunctie, met als doel zoveel mogelijk betrokkenen te informeren, zonder daarbij enige invloed te hebben op de toepasselijkheid van de regels. Bij een beroep tegen een dergelijk besluit moet de autoriteit wel kunnen aantonen dat de interne regels zijn nageleefd ondanks de niet-openbaarmaking en dat het besluit uitsluitend

²⁰ Arrest *GN Bank*, paragraaf 110-111.

²¹ Art. 3, lid 3, 3^e alinea BRRD.

²² Arrest *GN Bank*, paragraaf 121-124.

²³ Art. 3, lid 3, 2^e alinea BRRD.

²⁴ Zoals de juridische dienst, de afdeling personeelszaken of technische afdelingen; Arrest *GN Bank*, paragraaf 129.

²⁵ Arrest *GN Bank*, paragraaf 126-129.



is genomen om een of meer afwikkelingsdoelstellingen te realiseren.²⁶ Dit is geen voor de hand liggende beslissing van het Hof.

15. De advocaat-generaal is in zijn conclusie voorzichtiger op dit punt. Hij wijst erop dat de BRRD geen sanctie voorziet voor de niet-openbaarmaking. Wanneer het Unierecht geen specifieke procedurele regeling bevat inzake handhaving, is het volgens vaste rechtspraak van het Hof een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de procedurele voorschriften vast te stellen. Daarom stelt de advocaat-generaal dat de verwijzende rechter zijn nationale recht moet toepassen om de gevolgen van de niet-openbaarmaking te beoordelen.²⁷ Het Hof heeft deze zienswijze niet gevolgd. Algemeen besluit het Hof dat wanneer een NAA tevens “toezichtfuncties” of “andere functies” in de zin van artikel 3 BRRD uitoefent, bij gebreke van geschreven interne regels die beogen de operationele onafhankelijkheid van die autoriteit te garanderen, die vereisten niettemin kunnen worden nageleefd door het vaststellen van organisatorische en andere maatregelen die daartoe toereikend zijn.²⁸

16. Het Hof van Justitie lijkt opvallend mild in haar beoordeling. Hoewel de situatie die zich voordeed in Polen toch als eerder ongewoon kan worden beschouwd, heeft het Hof hier geen bezwaren tegen geformuleerd. Zelfs wat betreft de niet-bekendmaking is het Hof zeer inschikkelijk en vereist het enkel dat achteraf aantoonbaar is dat voldoende maatregelen zijn getroffen. In omstandigheden zoals deze waarin veel verschillende stakeholders betrokken zijn met uiteenlopende belangen en waarin bepaalde beslissingen niet meer terug te draaien zijn, is dat opmerkelijk.

4. Bespreking

a. Institutioneel kader voor toezicht en afwikkeling

i. Op Europees niveau

17. Artikel 3 van de BRRD wijst de voor afwikkeling verantwoordelijke autoriteiten aan. Dit dient een overheidsorgaan of een met bevoegdheden van openbaar bestuur belaste autoriteit te zijn. In het derde lid worden enkele voorbeelden gegeven: nationale centrale banken, bevoegde ministeries of andere overheidsorganen, of autoriteiten waaraan bevoegdheden van openbaar bestuur zijn verleend. “Bij wijze van uitzondering” kunnen de lidstaten bepalen dat de bevoegde toezichthouder ook de afwikkelingsautoriteit is. In dat geval worden passende structurele regelingen getroffen om operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten te voorkomen tussen de toezichtfuncties en de functies van

²⁶ Arrest *GN Bank*, paragraaf 130-131.

²⁷ RICHARD DE LA TOUR, ‘Conclusie bij HvJ 12 december 2024, C-118/23’, ECLI:EU:C:2024:1013 (Conclusie advocaat-generaal), paragraaf 61-62.

²⁸ Arrest *GN Bank*, paragraaf 132.



afwikkelingsautoriteiten.²⁹ De BRRD benadrukt ook dat het personeel dat afwikkelingstaken uitoefent structureel gescheiden moet worden van het personeel dat toezichtstaken uitvoert en dat zij onder aparte rapportagelijnen moet vallen.³⁰

18. Bovenstaande wettelijke uitzondering is in de praktijk de standaard geworden. In heel wat Europese lidstaten is de NAA ondergebracht bij de toezichthoudende autoriteit. Het is in zulke gevallen essentieel om de operationele onafhankelijkheid en gescheiden rapportagelijnen tussen de resolutiefunctie en andere functies te garanderen. Dit kan bijvoorbeeld worden bereikt door het personeel dat verantwoordelijk is voor resolutietaken structureel te scheiden van andere afdelingen. Tegelijkertijd mag deze scheiding de nauwe samenwerking en de uitwisseling van informatie tussen de verschillende autoriteiten en functies niet in de weg staan.³¹

ii. Op nationaal niveau

19. In België is de Nationale Bank van België (NBB) zowel de nationale toezichthouder als de afwikkelingsautoriteit.³² Beide functies zijn dus ondergebracht binnen dezelfde entiteit. De NBB bestaat uit verschillende organen, waaronder de Gouverneur, het Directiecomité, de Regentenraad en het Afwikkelingscollege. Het directiecomité is het bevoegde orgaan voor het prudentieel toezicht, terwijl het Afwikkelingscollege verantwoordelijk is voor de afwikkelingsfunctie.

20. Hoewel er op het eerste gezicht een strikte scheiding lijkt te zijn tussen de toezicht- en afwikkelingsfuncties, vervaagt deze bij het bekijken van de samenstelling van het college. In het Afwikkelingscollege zetelen ten eerste drie leden die ook deel uitmaken van het Directiecomité: de Gouverneur, de directeur verantwoordelijk voor het departement belast met prudentieel beleid en financiële stabiliteit, en de directeur verantwoordelijk voor het departement belast met de afwikkeling van kredietinstellingen. Daarnaast krijgen enkele leden hun mandaat op basis van hun functie: de leidend ambtenaar van het Afwikkelingsfonds en de voorzitter van het directiecomité van de FOD financiën. Vier andere leden worden benoemd door de Koning op basis van hun competenties en expertise. Het laatste stemgerechtigd lid is een magistraat aangewezen door de Koning. De voorzitter van de FSMA zetelt in het afwikkelingscollege met een raadgevende stem. Deze samenstelling impliceert dat bijzondere waarborgen noodzakelijk zullen zijn om belangenconflicten te voorkomen en de onafhankelijkheid van beide functies te waarborgen.³³ Het is op dit punt belangrijk te

²⁹ Art. 3 (3), lid 1 en art. 3 (4) BRRD.

³⁰ Art. 3 (3), lid 2 BRRD.

³¹ WORLD BANK GROUP, *Understanding Bank Recovery and Resolution in the EU: A Guidebook to the BRRD*, 2017, 45.

³² Art. 21ter, §1 wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de nationale bank van België (Wet organiek statuut NBB).

³³ Cf. *infra* randnummer 29.



benadrukken dat, hoewel de gouverneur en de verantwoordelijke directeurs eveneens deel uitmaken van het Directiecomité, zij geen meerderheid van stemrechten hebben in het afwikkelingscollege.

21. Opmerkelijk is dat in het geannoteerde arrest de toezichthouder en de afwikkelingsautoriteit niet binnen dezelfde instantie zijn ondergebracht. De toezichthouder in Polen is het KNF, terwijl het BGF in eerste instantie de depositogarant en de afwikkelingsautoriteit is.³⁴ Het BGF werd pas nadien door het KNF aangewezen als tijdelijk bewindvoerder. Juist omwille van het feit dat het BGF initieel geen functie als tijdelijk bewindvoerder had, waren er in deze zaak geen adequate structurele regelingen getroffen om de operationele onafhankelijkheid te waarborgen, waardoor de kwestie van conflicterende belangen zich hier voordeed. De BRRD verduidelijkt niet wie exact als tijdelijk bewindvoerder kan worden aangesteld. Artikel 29 BRRD bepaalt enkel dat de aanstelling niet langer dan één jaar mag duren, met uitzonderlijke mogelijkheden tot verlenging.³⁵

Overigens is het interessant om op te merken dat, hoewel de verwijzende rechter de functie van tijdelijk bewindvoerder aanmerkt als een toezichtfunctie, het Hof hierover geen uitspraak doet.³⁶ Omdat de vereisten van onafhankelijkheid en voorkoming van belangenconflicten dezelfde zijn ten aanzien van toezichtfuncties als ten aanzien van andere door de afwikkelingsautoriteit uitgeoefende functies, hoeft volgens het Hof niet te worden onderzocht of de functie van tijdelijk bewindvoerder een toezichthoudende of een andere functie betreft.³⁷

22. Anderzijds bevestigt het Hof in deze zaak dat ook de rol van depositogarant moet worden beschouwd als een “andere functie” in de zin van artikel 3 BRRD. Hierdoor vervulde het BGF reeds twee functies waartussen belangenconflicten konden ontstaan, waardoor passende structurele regelingen ter bescherming van de onafhankelijkheid in feite toch *a priori* al vereist waren. Hoe dan ook is het belangrijk om te onthouden dat wanneer een entiteit die verantwoordelijk is voor afwikkeling door bepaalde omstandigheden ook specifieke toezichtsbevoegdheden krijgt, de verplichte eisen voor operationele onafhankelijkheid moeten worden gewaarborgd, zelfs wanneer de entiteit in principe geen toezichthoudend orgaan is.

b. Rechterlijke toetsing van afwikkelingsbesluiten

23. Rechterlijke toetsing in het kader van afwikkeling is vaak complex. Afwikkelingsbesluiten hebben vaak ingrijpende gevolgen voor actoren met erg uiteenlopende

³⁴ Art. 5 wet op het bankgarantiefonds, het depositogarantiestelsel en afwikkelingen van 10 juni 2016. (Pools recht)

³⁵ Art. 29 (7) BRRD.

³⁶ Arrest *GN Bank*, paragraaf 58.

³⁷ Arrest *GN Bank*, paragraaf 113.



belangen, in het bijzonder aandeelhouders en schuldeisers. Bovendien is de toepasselijke regelgeving sterk versnipperd tussen het Europese en nationale niveau, en zijn er maar weinig precedentes die duidelijkheid kunnen verschaffen.³⁸

24. In de context van de rechterlijke toetsing van afwikkelingsbesluiten in EU-lidstaten bestaat aanzienlijke onduidelijkheid rond de reikwijdte van deze toetsing door nationale rechtbanken. De Single Resolution Mechanism Regulation (SRMR)³⁹ biedt een beperkte houvast en suggereert dat de rol van nationale rechtbanken beperkt is tot het beoordelen van de rechtmatigheid van de uitvoering van resolutiebesluiten, zonder de inhoudelijke beslissingen zelf ter discussie te stellen.⁴⁰ Het Hof van Justitie bevestigde deze interpretatie in verschillende uitspraken.⁴¹ Volgens deze interpretatie kunnen nationale rechtbanken enkel toetsen of de nationale wetten en regels correct zijn toegepast bij de implementatie van de afwikkelingsregeling, zonder zich te bemoeien met de kerninhoud of opportuniteit van het besluit.⁴²

25. Het geannoteerde arrest lijkt op dit punt geen problemen op te leveren. De belangenconflict-kwestie blijft beperkt tot een toetsing van de rechtmatigheid van het resolutiebesluit. De verwijzende rechter onthoudt zich van een inhoudelijke interpretatie van het afwikkelingsbesluit. Daarnaast heeft hij prejudiciële vragen gesteld om te voorkomen dat er tegenstrijdige uitspraken zouden ontstaan.⁴³

c. Operationele onafhankelijkheid en belangenconflicten

i. Cumul met functie als tijdelijk bewindvoerder en/of depositogarantiestelsel

26. De kern van de vraag is of aan de vereisten van artikel 3 (3) BRRD moet worden voldaan wanneer de afwikkelingsautoriteit ook optreedt als depositogarantiestelsel en tevens in een vroegtijdige-interventiefase is aangesteld als tijdelijk bewindvoerder.⁴⁴

³⁸ ZILIOLI C. en WOJCIK K. (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar Publishing, 2021, 367-372.

³⁹ Verordening Nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening nr. 1093/2010, *Pb.L.* 30 juli 2014.

⁴⁰ Overweging 120 *juncto* art. 86 SRMR. “De nationale rechterlijke instanties dienen overeenkomstig hun nationale recht bevoegd te zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de besluiten die door de afwikkelingsautoriteiten [...] worden genomen, alsook voor het bepalen van hun niet-contractuele aansprakelijkheid.”

⁴¹ HvJ 19 december 2018, C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023, *Berlusconi/FinInvest*; HvJ 3 december 2019, C-414/18, ECLI:EU:C:2019:1036, *Iccrea Banca v Banca d'Italia*.

⁴² ZILIOLI C. en WOJCIK K. (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar Publishing, 2021, 386-389. Voor meer informatie over deze gelaagde rechtsbescherming, zie ook: PAUWELS, S., “Hoofdstuk VIII - Rechtsbescherming tegen de afwikkelingsmaatregelen”, *Bancair insolventierecht*, 1^e editie, Brussel, Intersentia, 2015, 377.

⁴³ Zoals vereist overeenkomstig art. 267 (3) VWEU.

⁴⁴ Conclusie advocaat-generaal.



27. Het Hof merkt op dat de vereisten inzake operationele onafhankelijkheid en de voorkoming van belangenconflicten betrekking hebben op het risico dat de besluitvorming van de entiteit, die optreedt als afwikkelingsautoriteit, wordt verstoord.⁴⁵ De advocaat-generaal gaat in zijn conclusie uitgebreider op dit punt in. Hij onderzoekt in eerste instantie welk type belangenconflict hier vermeden dient te worden. Zijn conclusie is dat het gaat om een objectief, stroomafwaarts belangenconflict binnen de afwikkelingsautoriteit zelf. Dit betreft een functioneel risico dat ontstaat wanneer dezelfde entiteit verschillende functies uitoefent, wat kan leiden tot verstoorde besluitvorming.⁴⁶ Op basis hiervan concludeert de advocaat-generaal dat het begrip “andere functies” in artikel 3 BRRD ruim moet worden uitgelegd. Dit impliceert dat dezelfde interpretatie van artikel 3 ook van toepassing kan zijn wanneer een afwikkelingsautoriteit andere functies uitoefent dan in deze specifieke casus.

Het Hof bevestigt deze beoordeling en besluit dat er “zeker” een dergelijk objectief risico bestaat voor de functie van tijdelijk bewindvoerder en van depositogarant.⁴⁷ Hoewel de middelen van het depositogarantiestelsel ook bedoeld zijn voor gebruik in het kader van een afwikkelingsmaatregel, kunnen er ook daar tegenstrijdige belangen ontstaan.⁴⁸

28. In zijn conclusie trekt de advocaat-generaal nog een parallel met de belangenconflicteregeling die geldt voor de ECB in het kader van haar monetaire beleidstaken enerzijds en haar taken van prudentieel toezicht anderzijds.⁴⁹ Concreet houdt deze regeling in dat het niet vereist is om twee afzonderlijke raden van bestuur te hebben, maar dat een gescheiden organisatiestructuur en aparte rapportagelijnen wel noodzakelijk zijn.

29. Interessant op dit punt is dat de IRRD (de Insurance Recovery and Resolution Directive die een op de BRRD geïnspireerd afwikkelingskader invoert voor (her)verzekeringsondernemingen)⁵⁰ op dit vlak voorziet in een helderdere omschrijving van de vereisten. Zo stelt de richtlijn dat regelingen moeten worden getroffen om te zorgen voor een daadwerkelijke operationele onafhankelijkheid, onder meer door middel van afzonderlijke personeelsleden, rapportagelijnen en besluitvormingsprocessen, maar dat dit niet belet dat rapportagelijnen convergeren op het hoogste niveau en dat personeel onder bepaalde voorwaarden wordt gedeeld tussen de aan de afwikkelingsautoriteit toevertrouwde

⁴⁵ Arrest *GN Bank*, paragraaf 108.

⁴⁶ Conclusie advocaat-generaal, paragraaf 32-37.

⁴⁷ Arrest *GN Bank*, paragraaf 108-110.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld art. 75 BRRD, waaruit volgt dat wanneer het depositogarantiestelsel grotere verliezen heeft geleden dan het in het kader van een normale insolventieprocedure zou hebben geleden, het recht heeft op betaling van het verschil uit de financieringsregeling voor de afwikkeling.

⁴⁹ Verordening 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *Pb.L.* 29 oktober 2013.

⁵⁰ Directive 2025/1 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2024 establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings, *Pb.L.* 8 januari 2025; dient tegen 2027 in Belgisch recht te worden omgezet.



functies.⁵¹ Dit komt overeen met de bestaande ECB-regeling, die in het geannoteerd arrest ook door het Hof wordt aangehaald om te verduidelijken dat een afzonderlijk besluitvormingsorgaan niet noodzakelijk is.⁵²

30. In België bepaalt de Wet over het organiek statuut van de NBB dat bij Koninklijk Besluit maatregelen moeten worden genomen om belangenconflicten in hoofde van de leden van het Afwikkelingscollege of tussen het Afwikkelingscollege en de andere organen en diensten van de Bank te vermijden.⁵³ De wet wijst dus specifiek op het belangenconflict dat kan ontstaan omdat de Nationale Bank meerdere functies uitoefent.

Het KB van 22 februari 2015 gaat dieper in op de samenwerking tussen het Afwikkelingscollege en de toezichthouder (dat kan zowel de nationale als de Europese toezichthouder zijn).⁵⁴ De commentaar bij het KB wijst specifiek op het essentieel belang van de onderkenning en aanpak van de bevoegdheidsconflicten die zouden kunnen ontstaan tussen de taken die tot het domein van het prudentieel toezicht behoren en deze die tot het domein van de afwikkeling behoren. Zowel het probleem van de '*regulatory forbearance*',⁵⁵ als het belangenconflict inzake het noodzakelijke evenwicht dat moet worden gevonden tussen het vermogen van een kredietinstelling om weerstand te bieden aan schokken en de moeilijkheid voor de afwikkelingsautoriteit om een bankcrisis op te lossen die een instelling treft, worden aangehaald.

Om dit evenwicht te vinden moeten volgens de commentaar coördinatiestructuren worden opgezet om de belangen af te wegen binnen de bevoegdheden van elk orgaan. Dit is gebeurd in artikel 9 van het KB, waarin staat dat wanneer vertrouwelijke informatie tussen de organen wordt uitgewisseld, bepaalde procedures moeten gevolgd worden. Het huishoudelijk reglement van het Afwikkelingscollege⁵⁶ legt deze procedures vast, evenals de kanalen waarlangs dit gebeurt.

31. Op het niveau van de individuele personen bepaalt artikels 13 van het KB dat de leden van het Afwikkelingscollege volledig onafhankelijk en objectief in het algemeen belang

⁵¹ Art. 3 (3) en (4) IRRD.

⁵² Arrest *GN Bank*, paragraaf 127.

⁵³ Art. 21ter, §4, 3° Wet organiek statuut NBB. Zie ook: Art. 33bis, §4, 3° Statuten van de Nationale Bank van België, goedgekeurd bij KB van 18 september 2022.

⁵⁴ KB van 22 februari 2015 tot vaststelling van de regels voor de organisatie en de werking van het Afwikkelingscollege, de voorwaarden voor de uitwisseling van informatie tussen het Afwikkelingscollege en derden en de maatregelen die moeten worden genomen om belangenconflicten te voorkomen, BS 6 maart 2015.

⁵⁵ Commentaar bij KB van 22 februari 2015: "Deze handelwijze houdt in dat de toezichthouder de uitoefening van zijn afwikkelingsbevoegdheden op niet-optimale wijze uitstelt, in de hoop dat de situatie van een kredietinstelling in moeilijkheden zich herstelt. De bankwet houdt rekening met dit risico door in artikel 244, § 1, 1°, in de mogelijkheid te voorzien voor de afwikkelingsautoriteit om na raadpleging van de toezichthouder, vast te stellen dat een kredietinstelling in gebreke blijft of dat dit in gebreke blijven nakend is."

⁵⁶ Helaas niet publiek beschikbaar.



handelen. Zij vragen noch ontvangen instructies van andere staatsorganen of entiteiten. Elk lid van het afwikkelingscollege moet bij het begin van elke vergadering de voorzitter op de hoogte brengen van eventuele belangenconflicten. Indien dit effectief aanwezig is, moet de persoon in kwestie zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en de stemming.⁵⁷

ii. Ontbreken van interne regelingen en/of openbaarmaking

32. Ten slotte is er de vraag of het ontbreken van passende structurele regelingen van de lidstaat om belangenconflicten te voorkomen en de operationele onafhankelijkheid te garanderen, kan worden verholpen door organisatorische oplossingen en feitelijke maatregelen van de afwikkelingsautoriteit.⁵⁸ De laatste alinea van artikel 3 (3) BRRD verduidelijkt alvast dat de nodige interne regels ter zake niet uitsluitend door de lidstaten, maar ook door de afwikkelingsautoriteit zelf kunnen worden vastgesteld en openbaar gemaakt. In de IRRD is het zelfs zo dat het uitsluitend de afwikkelingsautoriteiten zijn die verantwoordelijk zijn voor de vaststelling en openbaarmaking van de regels voor operationele onafhankelijkheid.⁵⁹ Het Hof merkt ook op dat de BRRD niets voorschrijft over de vorm die de interne regels naar nationaal recht moeten aannemen. Bijgevolg komt het tot het besluit dat, bij gebrek aan geschreven interne regelingen⁶⁰, organisatorische maatregelen en andere passende maatregelen, mits zij voldoende nauwkeurig worden beschreven, ook onder het begrip “interne regels” kunnen vallen, zodat de vereisten toch worden nageleefd.⁶¹ Artikel 3(3) BRRD wordt door het Hof dus niet strikt geïnterpreteerd. Feitelijke maatregelen kunnen al voldoende zijn om belangenconflicten te voorkomen en rechtmatige afwikkelingsbesluiten te nemen.

33. Of dit een goede zaak is, valt te betwijfelen. In afwikkelingszaken zijn de genomen maatregelen vaak onomkeerbaar en hebben ze ingrijpende gevolgen voor de betrokken partijen. In zulke gevallen is het cruciaal om elke schijn van partijdigheid te vermijden. Daarom zouden de interne regels toch op een of andere manier expliciet moeten worden vastgelegd. Het is dan ook opmerkelijk dat het Hof hier zo soepel over oordeelt.

Hoewel het Hof daarover niets heeft opgemerkt, zou het wellicht beter zijn om een onderscheid te maken tussen situaties waarin de combinatie van functies die tot een belangenconflict kunnen leiden, vooraf te voorzien was en situaties waarin dat niet het geval was. In het geannoteerde arrest kwamen beide voor: het BGF was al depositogarant (hiervoor had men dus reeds maatregelen kunnen nemen) en kreeg nadien ook een functie als tijdelijk bewindvoerder. In dat laatste geval is het begrijpelijk dat er geen structurele interne regels

⁵⁷ Art. 14 KB van 22 februari 2015.

⁵⁸ Conclusie advocaat-generaal, paragraaf 54.

⁵⁹ Art. 3 (5) IRRD.

⁶⁰ Zoals in België is gebeurd in het KB van 22 februari 2015.

⁶¹ Arrest *GN Bank*, paragraaf 121-124.



waren voorzien, waardoor het logischer is dat het Hof feitelijke maatregelen aanvaardt. In het eerste geval echter had het Hof strenger kunnen oordelen, aangezien al duidelijk was dat het BGF zowel een afwikkelingstaak als een ‘andere functie’ in de zin van artikel 3 (3) BRRD uitoefende.

34. Het is aan de nationale rechter om te onderzoeken welke regels door de afwikkelingsautoriteit zijn vastgesteld en openbaar gemaakt. De advocaat-generaal stelt dat de nationale rechter, om het gebrek aan openbaarmaking te verhelpen, kan nagaan of er op de website van de afwikkelingsautoriteit informatie beschikbaar is over de bevoegdheidsverdeling binnen de raad van bestuur en de onderliggende diensten. Volgens de advocaat-generaal moet de nationale rechter hier het nationale recht toepassen om de gevolgen van de niet-openbaarmaking te beoordelen.^{62, 63}

35. Het Hof benadrukt verder dat een gebrek aan bekendmaking niet automatisch leidt tot de ongeldigheid van een afwikkelingsbesluit.⁶⁴ Indien een nationale rechter tijdens het proces ontdekt dat de regels niet openbaar zijn gemaakt, moet de afwikkelingsautoriteit wel in staat zijn om aan te tonen dat zij de regels, ondanks dit verzuim, in acht heeft genomen.⁶⁵ Het Hof baseert zich voor deze welwillende interpretatie louter op de vaststelling dat de regels inzake openbaarmaking slechts werkingsregels zijn die als zodanig geen rechten toekennen aan particulieren buiten de besluitvormingsprocedure.

36. Het is onduidelijk waarom het Hof zich in deze zaak zo soepel opstelt. Er kan enig begrip voor worden opgebracht, aangezien het vaak gaat om afwikkelingsbeslissingen die snel en onder grote druk genomen moeten worden. Daarnaast zou de situatie waarin een afwikkelingsbesluit nietig wordt verklaard vanwege het niet publiceren van organisatorische maatregelen (die wel zijn gevolgd), aanzienlijke onzekerheden met zich meebrengen. Daar staat echter tegenover dat er vaak fundamentele belangen op het spel staan, die achteraf niet meer hersteld kunnen worden. Daarom mag toch een zekere mate van procedurele *fairness* en verantwoording worden verwacht.

d. Besluit

37. Ten eerste maakt het arrest GN Bank duidelijk dat de functies van tijdelijk bewindvoerder en depositogarant vallen onder de notie ‘andere functies’ in de zin van artikel 3 (3) BRRD.⁶⁶ De ruime uitlegging hiervan impliceert dat ook andere functies hier potentieel onder kunnen vallen. Wanneer deze functies samenvallen met een afwikkelingsfunctie, moet

⁶² Cf. *supra* randnr. 15.

⁶³ Conclusie advocaat-generaal, paragraaf 59-62.

⁶⁴ Cf. *supra* randnr. 14.

⁶⁵ Arrest GN Bank, paragraaf 130-132.

⁶⁶ Arrest GN Bank, paragraaf 110. Let wel: het Hof spreekt zich niet uit over de vraag of de functie van tijdelijk bewindvoerder een toezichthoudende of een andere functie betreft, cf. *supra* randnr. 21; In ieder geval moet voor beide functies aan de vereisten van artikel 3 (3) BRRD worden voldaan.



volgens de BRRD worden voorzien in passende structurele regelingen om de operationele onafhankelijkheid van deze autoriteit te waarborgen en elk belangenconflict met betrekking tot die functies te voorkomen.⁶⁷ Het Hof verduidelijkt echter dat de naleving van deze vereisten ook kan voortvloeien uit de vaststelling van organisatorische en andere feitelijke maatregelen die daartoe toereikend zijn. Deze maatregelen moeten nauwkeurig zijn en kunnen met elk nuttig middel bekend worden gemaakt.⁶⁸

Hoewel een structurele scheiding van de personeelsleden betrokken bij de afwikkelingsfuncties en andere rapportagelijnen noodzakelijk is, is er geen verplichting tot een afzonderlijk besluitvormingsorgaan binnen de instantie die als afwikkelingsautoriteit optreedt.⁶⁹ Wat betreft de gevolgen van een eventueel verzuim om de interne regels ter waarborging van de onafhankelijkheid bekend te maken, oordeelt het Hof dat het gaat om werkingsregels die niet tot gevolg hebben dat rechten worden toegekend aan particulieren buiten het besluitvormingsproces. De niet-openbaarmaking leidt dan ook niet automatisch tot de ongeldigheid van de betreffende afwikkelingsbesluiten. Indien de nationale rechter bij het onderzoek van een beroep tegen het besluit ontdekt dat de regels niet openbaar zijn gemaakt, moet de autoriteit wel in staat zijn aan te tonen dat de regels in acht genomen zijn (i.e. dat het besluit uitsluitend is genomen om een of meer van de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken).⁷⁰

38. Het Hof schijnt niet snel geneigd te zijn om afwikkelingsbesluiten in vraag te stellen gebaseerd op procedurele overwegingen. Zoals eerder gezegd is dat begrijpelijk in het kader van spoedeisende beslissingen. Anderzijds is het juist omwille van de ernst en ingrijpende gevolgen van zulke afwikkelingsbeslissingen dat procedurele waarborgen van belang zijn. De BRRD zelf merkt in haar overwegingen op dat de afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden mogelijks de rechten van aandeelhouders, schuldeisers, en andere *stakeholders* kunnen aantasten. Elke aantasting van hun rechten moet daarom zorgvuldig gebeuren en in overeenstemming zijn met het “no creditor worse off”-principe uit de BRRD⁷¹ en met het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.^{72,73} In deze context is het dan ook zeer belangrijk om procedurele laksheid te allen tijde te vermijden. Het geannoteerde arrest laat op dit punt niettemin heel wat ruimte open.

⁶⁷ Arrest *GN Bank*, paragraaf 114.

⁶⁸ Arrest *GN Bank*, paragraaf 121-124.

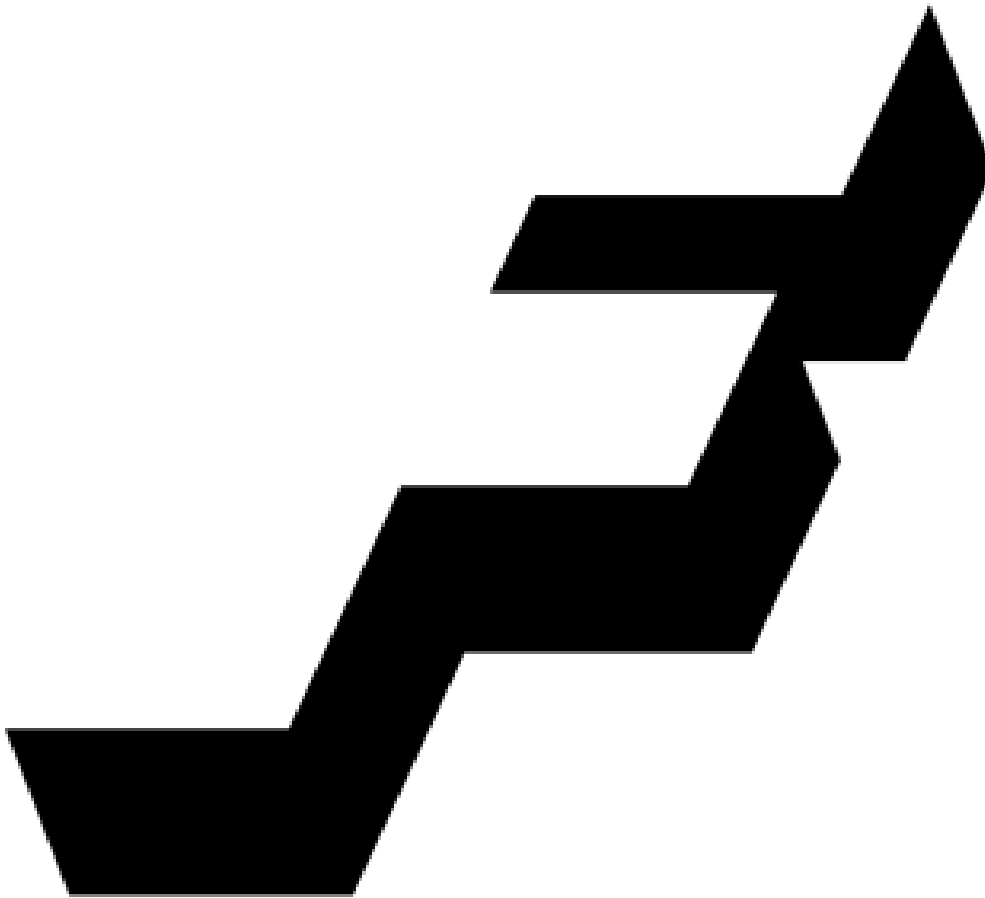
⁶⁹ Arrest *GN Bank*, paragraaf 126-127.

⁷⁰ Arrest *GN Bank*, paragraaf 129-131.

⁷¹ Artikel 34 (g) BRRD.

⁷² Overweging 13 BRRD.

⁷³ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 18 december 2000, C 364/1.



The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit in the Faculty of Law and Criminology of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic



community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. The working papers are provisional.