

Recente ontwikkelingen financiële dienstverlening binnen de EU: arresten Caixa en Paul

Mr. J.C.M. van der Beek

In een recent arrest heeft het Hof geoordeeld dat een Frans verbod op het vergoeden van rente op rekening-couranttegoeden een beperking vormt op de vrijheid van vestiging omdat daardoor dochterondernemingen van in andere lidstaten gevestigde banken minder doeltreffend kunnen concurreren op de Franse markt. Het Hof geeft hiermee een ruime uitleg aan art. 43 EG. Het beroep op consumentenbescherming wordt niet gehonoreerd. Zijn hiermee alle nationale regelingen die de uitoefening van activiteiten betreffen, indien zij ook gelden voor buitenlandse dochterondernemingen, in strijd met de vrijheid van vestiging indien die regelingen tot gevolg hebben dat die ondernemingen minder effectief op de markt kunnen concurreren? In een ander recent arrest heeft het Hof bepaald dat de bankenrichtlijnen, met name de depositogarantierichtlijn, geen rechten toekennen aan bankencliënten wanneer hun deposito's niet beschikbaar worden door een gebrekkig toezicht van de bevoegde autoriteiten, bijvoorbeeld de centrale bank. De richtlijnen leiden in een dergelijk geval niet tot aansprakelijkheid van de nationale autoriteiten.

HvJ EG 5 oktober 2004, Zaak C-422/02, Caixa-Bank France tegen Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n.n.g.; HvJ EG 12 oktober 2004, Zaak C-222/02, Peter Paul, Cornelis Sonnen-Lütte en Christel Mörkens tegen Bundesrepublik Deutschland, n.n.g., AB 2005, 17 (m.nt. RW), zie <http://www.curia.eu.int>; Arrest Caixa-Bank France/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Feiten

Het Franse Conseil d'État stelde een prejudiciële vraag in een procedure tussen enerzijds de Société Caixa-Bank France, kortweg Caixa-Bank France en anderzijds het Franse ministerie van Economische zaken, Financiën en Industrie naar aanleiding van een besluit van 16 april 2002 van de Franse Commissie voor bancaire en financiële aangelegenheden. In dit besluit werd op basis van een wettelijk verbod om over tegoeden in rekeningcourant, die geopend zijn door

Franse ingezetenen, rente te vergoeden, aan Caixa-Bank France een verbod opgelegd om met Franse ingezetenen overeenkomsten te sluiten betreffende rentedragende rekeningen-courant in euro's. Tevens gelastte de Commissie Caixa-Bank France om de al gesloten overeenkomsten, welke een beding bevatten dat bepaalt dat de desbetreffende rekening-courant rentedragend is, op te zeggen.

Caixa-Bank France is een in Frankrijk gevestigde vennootschap naar Frans recht en een dochteronderneming van het in Spanje gevestigde en naar Spaans recht opgerichte Caixa-Holding. Deze holding houdt deelnemingen in kredietinstellingen die in verschillende lidstaten van de Europese Unie zijn gevestigd.

In 2002 stelt Caixa-Bank France de Commissie voor bancaire en financiële aangelegenheden in kennis van haar plan om rekeningen-courant op de Franse markt te willen brengen, die vanaf een uitstaand bedrag van 1500 euro een rente van 2% zullen genereren. In haar besluit van 16 april 2002 verbiedt de Commissie Caixa-Bank France om dergelijke financiële instrumenten op de markt te brengen.

Caixa-Bank France gaat vervolgens tegen dit besluit in beroep bij de Conseil d'État. Caixa-Bank France voert als hoofdargument aan dat zij het verbod om rentedragende rekeningen-courant af te sluiten in strijd acht met het recht van vrije vestiging, erkend in artikel 43 EG-Verdrag.

De Conseil d'État beslist, gezien het belang van het onderhavige geschil, de zaak te schorsen en het Europese Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te vragen over de vraag of artikel 43 EG zich verzet tegen een regeling van een lidstaat welke het een kredietinstelling, die een dochtervennootschap is van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, verbiedt om rente te vergoeden over rekeningen-courant in euro's welke zijn geopend door ingezetenen van eerstgenoemde lidstaat.

Uitspraak

Recht van vestiging

Allereerst bevestigt het Hof van Justitie het materiële toepassingsgebied van artikel 43 EG. Artikel 43 EG regelt enerzijds de toegang

tot en de uitoefening van alle soorten werkzaamheden, anders dan in loondienst, op het grondgebied van elke andere lidstaat, zowel door natuurlijke personen als door rechtspersonen, en de oprichting en het beheer van ondernemingen en de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen. Het Hof meent dat de onderhavige situatie onder de werkingssfeer van artikel 43 EG valt. Artikel 43 EG heeft tot doel alle beperkingen ten aanzien van de vrijheid van vestiging op te heffen. Als beperkingen worden gekwalificeerd alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.¹

Belemmering

Volgens het Hof is door het verbod op rentevergoeding sprake van een ernstige belemmering van de vrijheid van vestiging van vennootschappen uit andere lidstaten om door middel van een dochteronderneming in Frankrijk activiteiten uit te oefenen. Het Hof gaat ervan uit dat het kunnen concurreren met de rentevergoeding een van de meest doeltreffende methoden is voor buitenlandse dochterondernemingen om met de van oudsher in de lidstaat gevestigde kredietinstellingen te kunnen concurreren en de mogelijkheid te krijgen om kapitaal van het publiek aan te trekken. Door een verbod op rentevergoeding wordt de mogelijkheid voor buitenlandse dochterondernemingen om kapitaal van het publiek aan te trekken beperkt, terwijl de al gevestigde kredietinstellingen, die over een uitgebreid kantorennetwerk beschikken, gemakkelijker kapitaal van het publiek kunnen aantrekken. De toegang tot de markt wordt daardoor volgens het Hof voor bedoelde dochterondernemingen ernstig bemoeilijkt, zeker ook gezien het feit dat het in ontvangst nemen van gelden van het publiek en kredietverlening de kernactiviteiten vormen van kredietinstellingen.² Dat er andere rekeningvormen bestaan,³ die enigszins met rekening-courant vergelijkbaar zijn, die Caixa zou kunnen aanbieden en waarvoor het verbod niet geldt, acht het Hof niet van belang.

Rechtvaardiging

Het Hof heeft al eerder uitgemaakt dat een niet-discriminatoire maatregel (die op alle (rechts)personen die in de lidstaat van ontvangst een activiteit uitoefenen van toepassing is) die de vrijheid van vestiging belemmert, toch gerechtvaardigd kan zijn indien de maatregel gebaseerd is op dwingende redenen van algemeen belang en noodzakelijk en proportioneel is in het licht van de verwezenlijking van het gestelde doel. Volgens het Hof is aan deze voorwaarden echter niet voldaan.

Frankrijk beriep zich ter rechtvaardiging op de noodzaak van het verbod met het oog op de bescherming van de consument en het stimuleren van het sparen op middenlange en lange termijn. Het belang van de consument zou door de maatregel worden beschermd vanwege het feit dat door de invoering van rente de kosten van de banken aanzienlijk worden verhoogd en als gevolg daarvan de banken ter compensatie meer kosten zouden gaan berekenen en bepaalde basisdiensten die nu gratis waren zouden gaan tarifieren. Het Hof erkent dat consumentenbescherming op zichzelf een belang is dat behoort tot de dwingende redenen van algemeen belang, maar meent dat de onderhavige maatregel verder gaat dan voor het bereiken van de eventuele voordelen voor de consument noodzakelijk is. Het was ook mogelijk geweest om de consument te laten kiezen voor ofwel een niet-rentedragende rekening-courant waarbij bepaalde basis-bankdiensten gratis blijven, ofwel voor een rentedragende rekening-courant met de mogelijkheid om voor dergelijke diensten

kosten in rekening te brengen. Ook voor het aanmoedigen van het sparen op de langere termijn werd het verbod door het Hof niet proportioneel geacht.

Conclusie van de advocaat-generaal en commentaar

Het arrest is interessant omdat een uitspraak wordt gedaan over de reikwijdte van de vrijheid van vestiging in de bancaire sector. Partijen verschilden van mening over deze reikwijdte en baseerden beiden hun stellingen op bestaande EG-jurisprudentie. Volgens Caixa-Bank en de Europese Commissie leidt het verbod op rentevergoeding tot een beperking van de mogelijkheid om op effectieve en rendabele wijze bancaire activiteiten in Frankrijk uit te oefenen en is het om die reden in strijd met artikel 43 EG. De consequentie van deze visie is dat een lidstaat de vrijheid van vestiging al beperkt indien zij een bepaalde regulering van activiteiten hanteert die strenger is dan de regulering in de lidstaat van herkomst van de desbetreffende (rechts)persoon. Volgens de Franse regering moet het verbod van artikel 43 EG volgens de EG-jurisprudentie veel beperkter worden opgevat en verplicht het de ontvangende lidstaat slechts om onderdanen van andere lidstaten op dezelfde wijze te behandelen als de eigen onderdanen wat betreft de mogelijkheid om activiteiten uit te (gaan) oefenen, waarbij alle vormen van discriminatie op grond van nationaliteit verboden zijn, zowel directe, als indirecte en verborgen discriminatie. In deze visie kunnen maatregelen zonder onderscheid alleen verboden zijn indien zij betrekking hebben op het gaan uitoefenen van activiteiten (de toegang tot de activiteiten), maar niet wanneer zij een regulering inhouden van de voorwaarden waaronder de activiteiten mogen worden uitgeoefend, zoals in het onderhavige geval.

De EG-jurisprudentie op het gebied van de vrijheid van vestiging, en meer in het algemeen op het gebied van het vrije verkeer van personen die economisch actief zijn, is niet eenduidig. In zijn conclusie geeft de advocaat-generaal een analyse van de belangrijkste recente rechtspraak op dit gebied en stelt hij voorop dat hij er moeite mee heeft om als een beperking te beschouwen een maatregel die zonder onderscheid van toepassing is en die niet direct de toegang tot een activiteit betreft, om de enige reden dat de maatregel de economische aantrekkelijkheid van het uitoefenen van een activiteit beperkt. Dit volgt ook niet uit de ratio van artikel 43 EG en artikel 47 EG; de EG heeft slechts beperkte bevoegdheid om nationale wetgevingen te harmoniseren en waar geen harmonisatie heeft plaatsgehad hebben de nationale autoriteiten de bevoegdheid om de uitoefening van activiteiten te reguleren door middel van niet-discriminatoire maatregelen. De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt dat, indien het principe van non-discriminatie wordt geëerbiedigd en derhalve de voorwaarden voor het ondernemen en uitoefenen van bepaalde economische activiteiten (the taking up and pursuit) in rechte en feitelijk gelijk zijn, een nationale maatregel niet als een beperking van

¹ HvJ EG 30 november 1995, Zaak C-55/94, Gerhard, *Jur. p. I-04165, Jur. p. I-08923*; HvJ EG 1 februari 2001, C-108/96, Mac Quen e.a., *Jur. p. I-00837*; HvJ EG 17 oktober 2002, C-79/01, Payroll, *Jur. p. I-08923*.

² Hierbij verwijst het Hof naar artikel 1, punt 1 en bijlage I van Richtlijn 2000/12 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (*Pb. EG* 2000, L 126/1).

³ Het ging daarbij echter volgens de Franse regering om rekeningen waarover, anders dan over rekening-courant, niet via betaalpassen of cheques kan worden beschikt.

het vrije verkeer van personen kan worden beschouwd, tenzij gezien in het licht van het doel en de effecten van de maatregel, de maatregel direct de markttoegang beïnvloedt.

Een dergelijke interpretatie is volgens de advocaat-generaal ook in lijn met de rechtspraak inzake het vrije verkeer van goederen, met name met de jurisprudentie vanaf de arresten Keck en Mithouard.⁴ In die jurisprudentie heeft het Hof uitgemaakt dat de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale regelgeving die bepaalde verkoopmodaliteiten verbiedt, geen beperking van het vrije verkeer van goederen vormt indien de regelgeving van toepassing is op alle handelaren binnen het grondgebied van de lidstaat en indien zij op dezelfde wijze de verkoop van producten afkomstig uit andere lidstaten, als die van nationale producten beïnvloedt. In dat geval wordt de toegang tot de markt van de buitenlandse producten niet meer belemmerd dan de toegang van nationale producten.

De advocaat-generaal stelt voor om voor de beoordeling van het Franse renteverbod de volgende test toe te passen. Allereerst moet nagegaan worden of de maatregel in rechte discriminerend is of dat het bedoeld is om de toegang tot bancaire activiteiten te reguleren. Indien van deze beide aspecten geen sprake is, hetgeen hij in het onderhavige geval aanneemt, dient te worden nagegaan of niet desalniettemin de buitenlandse dochterondernemingen de facto in een minder gunstige positie worden geplaatst dan de van oudsher in Frankrijk gevestigde concurrenten of dat de maatregel tot effect heeft dat er een directe beperking van de toegang tot de markt ontstaat. De advocaat-generaal is – anders dan kennelijk het Hof – van mening dat de test wat betreft de effecten van de maatregel door de Franse rechter moet worden uitgevoerd, en niet door het Hof. Daartoe moet de rechter zich de vraag stellen of het verbod de buitenlandse dochterondernemingen beperkt om effectief te concurreren met de nationale banken, of dat er andere wijzen van concurrentie bestaan waarbij gelden van het publiek kunnen worden aangetrokken. Indien dit laatste niet het geval is, zou geconcludeerd kunnen worden dat de buitenlandse dochterondernemingen in een minder gunstige positie verkeren door het verbod dan de Franse banken. Dit effect brengt dan met zich mee dat het verbod kan leiden tot een directe beperking van de toegang tot de markt en dus tot een inbreuk op de vrijheid van vestiging. In een voetnoot wijst de advocaat-generaal er terecht op dat het renteverbod in dat geval wat het effect betreft kan worden vergeleken met het effect van het verbod van 'cold-calling' in de Alpine Investmentszaak. In dat arrest oordeelde het Hof dat het verbod op 'cold-calling' een beperking van het vrij verkeer van diensten vormde omdat het de desbetreffende aanbieders een snelle en directe methode ontnam om diensten in andere lidstaten aan te bieden en aldaar in contact te treden met potentiële nieuwe cliënten. Het had het effect van een directe beperking van de toegang tot de activiteiten.⁵

De advocaat-generaal concludeert dat het renteverbod in strijd is met artikel 43 EG indien daardoor de buitenlandse dochterondernemingen de mogelijkheid wordt ontnomen om effectief te concurreren met de van oudsher in Frankrijk gevestigde banken wat betreft het aantrekken van gelden van het publiek. Zoals hiervoor vermeld, gaat het Hof een stap verder in de zin dat het Hof in het arrest ervan

uitgaat dat strijd met artikel 43 EG bestaat vanwege het feit dat concurrentie door de rentevoet een van de meest doeltreffende methoden is voor buitenlandse dochterondernemingen om met de Franse banken te concurreren en deze mogelijkheid hun door het verbod wordt ontnomen, waardoor de toegang tot de markt wordt bemoeilijkt. Men kan zich afvragen of het Hof door deze 'kort door de bocht'-formulering niet dicht in de buurt komt van de consequentie van het door de Caixa-bank aangehangen standpunt, namelijk dat een lidstaat de vrijheid van vestiging al zou beperken indien zij een bepaalde regulering van activiteiten hanteert die strenger is dan de regulering in de lidstaat van herkomst van de desbetreffende (rechts)persoon. Daardoor zal immers al snel sprake zijn van een beperking van de mogelijkheid om op doeltreffende wijze te concurreren met ondernemingen die van oudsher gevestigd zijn in de lidstaat van ontvangst. Men kan zich ook afvragen of deze ruime uitleg van artikel 43 EG nu juist niet afwijkt van de Keck- en Mithouardjurisprudentie waarin het verbod van bepaalde verkoopmodaliteiten (bijvoorbeeld het niet onder kostprijs mogen verkopen) juist niet werd gezien als een inbreuk op het vrije verkeer, omdat dat verbod slechts regulering van de wijze van verkopen betrof en evenzeer van toepassing was op nationale (rechts)personen, als op (rechts)personen uit andere lidstaten. De vraag is ook welke waarde dit arrest wat betreft de reikwijdte van artikel 43 EG heeft voor andere zaken. De beoordeling van het Hof dat sprake is van het ontnemen van de meest doeltreffende wijze van concurrentie aan buitenlandse dochterondernemingen waardoor er sprake is van een beperking van de toegang tot de markt is natuurlijk wel zeer verbonden aan de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval. De beoordeling hangt samen met de omstandigheid dat de van oudsher in Frankrijk gevestigde banken over een uitgebreid kantorennetwerk beschikken en daardoor gemakkelijk kapitaal van het publiek kunnen aantrekken. Ook hangt het samen met het feit dat er in de visie van het Hof geen andere rekeningvormen bestaan die voldoende met rekening-courant vergelijkbaar zijn, waarop wel rente vergoed mag worden en waarmee buitenlandse dochterondernemingen kapitaal van het publiek kunnen aantrekken. Bovendien is relevant dat juist het in ontvangst nemen van gelden en kredietverlening de kernactiviteiten zijn van kredietinstellingen en, zoals de advocaat-generaal opmerkte, het niet kunnen aantrekken van gelden van het publiek betekent dat de buitenlandse dochterondernemingen zich moeten wenden tot de interbancaire markt voor het financieren van hun activiteiten, hetgeen hogere kosten met zich meebrengt. Kan uit dit arrest worden afgeleid dat wanneer er in een lidstaat regels gelden die zonder onderscheid van toepassing zijn, maar die op welke wijze dan ook de concurrentie van nieuwkomers uit andere lidstaten bemoeilijkt op het gebied van hun kernactiviteiten, dat deze regels dan verboden zijn op grond van artikel 43 EG? De advocaat-generaal benadrukt dat dit niet het geval zou moeten zijn, maar dat de cruciale vraag is of de regeling direct de toegang tot de activiteit belemmert. Daarvan is geen sprake wanneer de effecten van de maatregel te onzeker en te indirect zijn. Het Hof legt deze beperking niet aan. De reikwijdte van artikel 43 EG is door dit arrest er helaas nog niet duidelijker op geworden.

Wel duidelijk is dat de poging van de Franse regering om met een beroep op consumentenbescherming een in feite protectionistische regeling te sauveren niet is gelukt. Ook in de hierna te bespreken zaak hechtte het Hof geen belang aan de ingeroepen consumentenbescherming, voorzover deze verder ging dan de expliciet in de Richtlijn geregelde bescherming van depositanten op grond van de verplichte depositogarantiestelsels.

⁴ HvJ EG C-267/91 en C-268/91 Keck en Mithouard, *Jur.* 1993, p. I-6097.

⁵ HvJ EG C-384/93 Alpine Investments, *Jur.* 1995 I-1141, zie *NTER* 1995, nr. 9, p. 255.

⁶ *Pb. EG* 1994, L 135/5.

Arrest Peter Paul e.a./ Bundesrepublik Deutschland

Feiten

Het Duitse Bundesgerichtshof heeft een prejudiciële vraag gesteld in een procedure tussen Peter Paul e.a. enerzijds en de Bondsrepubliek anderzijds naar aanleiding van de schade die eerstgenoemden hebben geleden, veroorzaakt door het gebrekkige toezicht op kredietinstellingen dat werd uitgeoefend door de nationale autoriteit, de Bundesaufsichtamt, belast met het toezicht op dergelijke instellingen.

Peter Paul e.a. waren cliënten bij de BVH Bank. In 1987 had deze bank van het Bundesaufsichtamt een vergunning verkregen, maar zij nam niet deel aan het depositogarantiestelsel, welke deelname later door Richtlijn 94/19 verplicht werd gesteld. Tussen 1991 en 1997 verrichtte het Bundesaufsichtamt onderzoek naar aanleiding van de ongezonde financiële situatie van de BVH Bank; in die periode hebben Paul e.a. hun depositorekeningen geopend. In 1997 werd de faillissementsprocedure tegen de bank ingeleid.

Bij het Landgericht Bonn hebben Peter Paul e.a. beroepen ingesteld tegen Duitsland tot verkrijging van schadeloosstelling voor het verlies dat zij als gevolg van het faillissement hebben geleden. Van belang is dat Duitsland richtlijn 94/19 inzake depositogaranties⁶ niet tijdig had geïmplementeerd, namelijk voor 1 juli 1995. Deze richtlijn bepaalt in artikel 7 dat lidstaten maximaal 20.000 euro per gedupeerde belegger moeten voorzien voor het geval dat het depot (bijvoorbeeld door faillissement) niet meer beschikbaar is.

De vordering van Paul e.a. werd door de rechter toegewezen voor een bedrag van deze 20.000 euro, vanwege het feit dat Duitsland onrechtmatig had gehandeld door de te late omzetting van de richtlijn. De vraag waar het echter in deze zaak om ging is of voor wat betreft het meerdere een schadevergoedingsplicht van de staat bestaat wegens het op ontoereikende wijze toezicht houden op kredietinstellingen. Artikel 3 van Richtlijn 94/19 heeft betrekking op de vaststelling van toezichtmaatregelen en op een verplichting om de aan een kredietinstelling verleende vergunning in te trekken indien niet aan de depositogarantie-voorwaarden wordt voldaan. In de Duitse wetgeving bestaat een bepaling waaruit volgt dat het Bundesaufsichtamt de krachtens de Duitse wet inzake het kredietwezen opgelegde taken uitsluitend in het openbaar belang uitoefent. Deze bepaling sluit uit dat particulieren een vergoeding kunnen vorderen van de door gebrekkig toezicht van de staat geleden schade. Op grond van deze bepaling bepaalden de lagere rechters in deze procedure dat er geen sprake was van een onrechtmatige daad jegens Paul e.a. en dat er derhalve geen recht op schadevergoeding bestond.

Het Bundesgerichtshof stelde prejudiciële vragen, met name de vraag of bovengenoemde bepaling van Duits recht op rechtmatige wijze de overheidsaansprakelijkheid van het Bundesaufsichtamt kan beperken, of dat deze bepaling vanwege de voorrang van het gemeenschapsrecht buiten toepassing moet worden gelaten. De vraag die met name aan de orde is, is of de Richtlijn (en de andere richtlijnen op het gebied van kredietinstellingen)⁷ aan deposanten het recht toekent om van de bevoegde autoriteiten te verlangen dat zij in hun belang zorg dragen voor toezichtmaatregelen. Paul e.a. stelden zich op het standpunt dat uit het samenstel van de bancaire richtlijnen voortvloeit dat bancaire toezichtmaatregelen tot doel hebben deposanten te beschermen, ondanks het feit dat in de richtlijnen geen enkele uitdrukkelijke vermelding over de bescherming van deposanten staat. Wat betreft de depositogarantierichtlijn is relevant dat behalve de duidelijke verplichting voor de lidstaten in artikel 7 van de Richtlijn terzake van de voorziening van 20.000 euro, in de overwegingen van de Richtlijn met zoveel woorden wordt bepaald dat de

richtlijn niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de lidstaten (of van de bevoegde autoriteiten) jegens de deposanten, voorzover zij zorg hebben gedragen voor de instelling van de depositogarantiestelsels.

Uitspraak

Volgens het Hof heeft richtlijn 94/19 tot doel de bescherming van de deposanten te regelen indien hun deposito's niet-beschikbaar worden bij een kredietinstelling die deel uitmaakt van het depositogarantiestelsel. Het recht op schadeloosstelling is geregeld in artikel 7 van de voormelde richtlijn. Lidstaten moeten ervoor zorgen dat deposanten hun recht op schadeloosstelling, middels een vordering tegen het depositogarantiestelsel, kunnen doen gelden. Artikel 3, lid 2 tot en met 5 van de richtlijn 94/19 op grond waarvan de lidstaten toezicht moeten houden, verleent volgens het Hof geenszins een recht aan de deposanten om te verlangen dat de toezichthouders in hun belang zorgdragen voor de toezichtmaatregelen. De richtlijn sluit zelfs uitdrukkelijk de aansprakelijkheid van de lidstaten en de bevoegde autoriteiten uit, indien zij de schadeloosstelling of bescherming, overeenkomstig de voorwaarden van de richtlijn, hebben gegarandeerd.

Ook de overige harmonisatierichtlijnen voor kredietinstellingen beogen volgens het Hof niet rechten toe te kennen aan deposanten in geval van gebrekkig toezicht; dit ondanks het feit dat de bescherming van deposanten is genoemd als een van de doelstellingen van die richtlijnen, naast de hoofddoelstelling van harmonisatie. Voor de harmonisatie in verband met de wederzijdse erkenning van vergunningen is het niet noodzakelijk dat er ook coördinatie is van de nationale voorschriften inzake de aansprakelijkheid van nationale autoriteiten jegens de deposanten in geval van gebrekkig toezicht. Het Hof vermeldt dat in een aantal lidstaten, net als in Duitsland, de aansprakelijkheid van de autoriteiten die toezicht houden op kredietinstellingen is uitgesloten in verband met de complexiteit van het toezicht op het bankwezen.

Het Hof oordeelt derhalve dat de richtlijnen niet kunnen worden geacht aan particulieren rechten te verlenen op grond waarvan de staat aansprakelijk kan worden gesteld op grond van het EG-recht en oordeelt ook dat de richtlijnen niet in de weg staan aan een nationale regeling waardoor naar nationaal recht een aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht wordt uitgesloten.

Commentaar

Dit arrest is met name van belang omdat het niet vaak is voorgekomen dat het Hof heeft aangenomen dat richtlijnen niet ertoe strekten om rechten aan particulieren toe te kennen.⁸

Wellicht dat dit niet zo opzienbarend is wat betreft Richtlijn 94/19, aangezien in de considerans uitdrukkelijk is opgenomen dat de richtlijn niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de lidstaten (of van de bevoegde autoriteiten) jegens de deposanten (voorzover zij zorg hebben gedragen voor de instelling van de depositogarantiestelsels). Maar voor de andere bancaire harmonisatierichtlijnen,

⁷ Richtlijnen 77/780 (Pb. EG 1977 L 322/30), 89/220 (Pb. EG 1989 L 124/16) en 89/646 (Pb. EG 1989 L 386/1) betreffende het toezicht op kredietinstellingen.

⁸ Zie bijv. HvJ EG C-6/90 en C-9/90, Francovich, *Jur.* 1991 I-5357 en de reeks arresten daarna over de aansprakelijkheid van schendingen van EG-recht. Zie ook J.M. Prinssen, 'Doorwerking van Europees recht, de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid', *Europese monografieën*, nr. 73, Kluwer, 2004.

waaraan door de Duitse rechter wordt gerefereerd, komt het Hof ook tot dit oordeel en dat is opmerkelijk. De drie harmonisatierichtlijnen waarnaar wordt verwezen en die voorschriften bevatten voor het toezicht op kredietinstellingen, Richtlijn 77/789, 89/299 en 89/646, zijn inmiddels in 2000 in een nieuwe richtlijn gecodificeerd, Richtlijn 2000/12.⁹ De oude en nieuwe richtlijnen hebben als doelstellingen om op het gebied van kredietinstellingen een wezenlijke noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van het toezicht op kredietinstellingen. In een aantal consideransen van de richtlijnen is in het algemeen gesteld dat de beoogde harmonisatie, naast andere doelstellingen, het oog heeft op de bescherming van deposanten. Het Hof meent echter desondanks dat dit niet betekent dat de richtlijnen rechten beogen te creëren ten gunste van deposanten. Het Hof acht met name van belang dat de richtlijnen geen uitdrukkelijke bepaling bevatten waarin aan deposanten bedoelde rechten worden verleend.

De vraag die zich naar aanleiding van dit arrest voordoet is of deze strikte benadering van het Hof wat betreft het niet verlenen van rechten aan particulieren ook door het Hof op andere gebieden waar

harmonisatierichtlijnen gelden gevolgd zal worden. Of is deze zaak niet representatief omdat het het ingewikkelde bancaire toezicht betreft?

Overigens heeft het Bundesgerichtshof naar aanleiding van en in overeenstemming met dit prejudiciële EG-arrest in een nieuw arrest beslist dat de Duitse uitsluiting van aansprakelijkheid niet in strijd is met het EG-recht en ook niet in strijd met de Duitse grondwet.¹⁰

Voorstel voor een richtlijn betreffende diensten op de interne markt¹¹

In verband met zaken als bovenstaande is nog van belang dat van het materiële toepassingsgebied van het nieuwe voorstel voor de richtlijn betreffende het vrije dienstenverkeer, het vrij verkeer van financiële diensten uitgesloten is. De reden hiervoor is dat die activiteiten al in een algemeen beleidskader zijn vastgesteld, namelijk het actieplan voor de financiële diensten.¹² Dit actieplan wordt momenteel ten uitvoer gelegd en heeft net als de voorgestelde richtlijn tot doel een ware interne markt voor financiële diensten tot stand te brengen.

⁹ Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (*Pb. EG* L 126/1).

¹⁰ Zie voor de perspublicatie: <http://tinyurl.com/6by43>.

¹¹ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt 25 februari 2004, Com(2004)2.

¹² Mededeling van de Commissie – Tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten een actieplan, COM (1999) 232 van 11 april 1999. Hierover zal door mr. J. C. van Haersolte in een later dit jaar in *NTER* te verschijnen artikel worden bericht.