ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid)

8 juli 2020 *

„Economisch en monetair beleid – Prudentieel toezicht op kredietinstellingen – Artikel 18, lid 1, van verordening (EU) nr. 1024/2013 – Administratieve geldelijke sanctie die door de ECB is opgelegd aan een kredietinstelling – Artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening (EU) nr. 575/2013 – Voortdurende schending van de eigenvermogensvereisten – Inbreuk uit onachtzaamheid – Retroactieve toepassing van een minder strenge repressieve wettelijke regeling – Geen – Rechten van de verdediging – Hoogte van de sanctie – Motiveringsplicht”

In zaak T-576/18,

Crédit agricole SA, gevestigd te Montrouge (Frankrijk), vertegenwoordigd door A. Champsaur en A. Delors, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Centrale Bank (ECB), vertegenwoordigd door C. Hernández Saseta, A. Pizzolla en D. Segoin als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU strekkende tot nietigverklaring van besluit ECB/SSM/2018-FRCAG-75 van de ECB van 16 juli 2018, dat is vastgesteld op grond van artikel 18, lid 1, van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de ECB specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63), en waarbij aan verzoekster een administratieve geldelijke sanctie is opgelegd van 4 300 000 EUR wegens voortdurende schending van de eigenvermogensvereisten die zijn opgenomen in artikel 26, lid 3, van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2013, L 176, blz. 1, met rectificaties in PB 2013, L 208, blz. 68, en PB 2013, L 321, blz. 6),

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: S. Papasavvas, president, V. Tomljenović, F. Schalin, P. Škvařilová-Pelzl en I. Nõmm (rapporteur), rechters,

griffier: M. Marescaux, administratreur,

* Procestaal: Frans.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 januari 2020,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Verzoekster, Crédit agricole SA, is een Franse kredietinstelling die onder rechtstreeks prudentieel toezicht van de Europese Centrale Bank (ECB) staat.

2 Op 22 december 2016 heeft de onderzoekseenheid van de ECB verzoekster een mededeling van punten van bezwaar toegezonden als bedoeld in artikel 126, leden 1 en 2, van verordening (EU) nr. 468/2014 van de ECB van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de ECB en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (GTM-kaderverordening) (PB 2014, L 141, blz. 1). De ECB verweet verzoekster kapitaalinstrumenten onder haar tier 1-kernkapitaalinstrumenten (hierna: „tier 1-instrumenten") te hebben ingedeeld zonder daarvoor vooraf toestemming te hebben verkregen van de bevoegde autoriteit, wat in strijd is met artikel 26, lid 3, van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2013, L 176, blz. 1, met rectificaties in PB 2013, L 208, blz. 68, en PB 2013, L 321, blz. 6).

3 Op 18 januari 2017 heeft verzoekster schriftelijk haar oordeel over de mededeling van de punten van bezwaar kenbaar gemaakt.

4 Op 2 augustus 2017 heeft de onderzoekseenheid van de ECB verzoekster een ontwerpbesluit toegezonden zodat zij schriftelijk haar oordeel kenbaar kon maken.

5 Op 4 augustus 2017 heeft verzoekster de ECB verzocht de termijn om haar oordeel kenbaar te maken, te verlengen. Op 7 augustus 2017 heeft de ECB dat verzoek gedeeltelijk ingewilligd door die termijn te verlengen tot en met 30 augustus 2017.

6 Op 30 augustus 2017 heeft verzoekster haar schriftelijke oordeel over het aan haar meegedeelde ontwerpbesluit kenbaar gemaakt.

7 Op 16 juli 2018 heeft de ECB op grond van artikel 18, lid 1, van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de ECB specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63), besluit ECB/SSM/2018-FRCAG-75 vastgesteld, waarbij aan verzoekster een administratieve geldelijke sanctie van 4 300 000 EUR is opgelegd wegens voortdurende schending van de in artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 vastgelegde eigenvermogensvereisten (hierna: „bestreden besluit").

8 In de eerste plaats heeft de ECB vastgesteld dat verzoekster inbreuken had gepleegd. Zij was van mening dat kredietinstellingen volgens artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 hun kapitaalinstrumenten slechts als tier 1-instrumenten konden aanmerken na daarvoor vooraf toestemming van de bevoegde autoriteit te hebben verkregen.

9 Dienaangaande heeft de ECB verzoeksters betoog verworpen dat erop was gebaseerd dat de gewone aandelen waren opgenomen in de lijst die de Europese Bankautoriteit (EBA) op grond van artikel 26, lid 3, derde alinea, van verordening nr. 575/2013 had gepubliceerd (hierna: „door de EBA gepubliceerde

lijst"). De ECB was in essentie van mening dat het feit dat een instrument op die lijst stond, een kredietinstelling niet ontsloeg van de verplichting om vooraf toestemming van de bevoegde autoriteit te verkrijgen uit hoofde van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013.

10 De ECB heeft erop gewezen dat verzoekster op 23 juni 2015, 12 november 2015 en 21 juni 2016 was overgegaan tot drie uitgiften van gewone aandelen met een „loyaliteitsclausule" op grond waarvan aan de aandeelhouders een verhoogd dividend werd toegekend voor elk aandeel waarvan zij gedurende aan ononderbroken periode van minstens twee jaar houder waren. De ECB verweet verzoekster die kapitaalinstrumenten zonder toestemming van de ECB onder verzoeksters tier 1-instrumenten te hebben ingedeeld in haar geconsolideerde trimestriële rapportage over het eigen vermogen en de eigenvermogensvereisten tussen het tweede trimester van 2015 en het tweede trimester van 2016, alsook in haar openbaarmakingen van informatie uit hoofde van de derde pijler tussen 30 juni 2015 en 30 juni 2016.

11 De ECB heeft er tevens op gewezen dat het gezamenlijk toezichthoudend team verzoekster op 18 april 2016 in kennis had gesteld van haar verplichting om alvorens kapitaalinstrumenten onder haar tier 1-instrumenten in te delen de toestemming van de ECB te vragen en te verkrijgen, en dat verzoekster vervolgens op 30 mei en 22 juni 2016 met betrekking tot respectievelijk de uitgiften van 23 juni en 12 november 2015 en die van 21 juni 2016 verzoeken om toestemming had ingediend. De ECB heeft de toestemmingen gegeven op respectievelijk 26 juli en 29 augustus 2016.

12 De ECB heeft daaruit afgeleid dat verzoekster van 30 juni 2015 tot en met 30 juni 2016 niet aan artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 had voldaan door zonder toestemming van de bevoegde autoriteit kapitaalinstrumenten onder haar tier 1-instrumenten in te delen en dat die inbreuk minstens uit onachtzaamheid was gepleegd.

13 Voorts heeft de ECB er in het bestreden besluit op gewezen dat de EBA haar, nadat zij haar toestemming had gegeven, in kennis had gesteld van het feit dat gewone aandelen met een „loyaliteitsclausule" niet aan de in artikel 28, lid 4, van verordening nr. 575/2013 opgenomen voorwaarden voldeden en niet als tier 1-instrumenten konden worden ingedeeld. Als gevolg daarvan heeft zij verzoekster op 1 augustus 2017 verzocht passende maatregelen te treffen om haar gewone aandelen volledig met verordening nr. 575/2013 in overeenstemming te brengen.

14 In de tweede plaats heeft de ECB verzoekster wegens de door haar gepleegde inbreuken een administratieve geldelijke sanctie opgelegd van 4 300 000 EUR. Zij beklemtoonde dat zij op grond van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 een administratieve geldelijke sanctie mag opleggen voor een inbreuk op een krachtens relevante rechtstreeks toepasselijke handelingen van het recht van de Europese Unie geldend voorschrift waarvoor administratieve geldelijke sancties aan de bevoegde autoriteiten beschikbaar gesteld moesten worden krachtens het toepasselijke Unierecht. Zij heeft daaraan toegevoegd dat de opgelegde sancties op grond van artikel 18, lid 3, van verordening nr. 1024/2013 „doeltreffend, evenredig en afschrikkend" moesten zijn.

15 Wat de ernst van de inbreuk betreft, heeft de ECB rekening gehouden met het feit dat de betrokken kapitaalinstrumenten 67 basispunten vertegenwoordigden van verzoeksters tier 1-ratio op 30 juni 2016 en dat er in 2015 en 2016 in het kader van vijf opeenvolgende trimestriële rapportageperioden en drie openbaarmakingen van informatie uit hoofde van de derde pijler niet aan artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 was voldaan. De ECB was van mening dat de inbreuk minstens uit onachtzaamheid was gepleegd en heeft erop gewezen dat verzoekster haar uitgiften van gewone aandelen als tier 1-instrumenten was blijven aanmerken na de waarschuwing door het gezamenlijk toezichthoudend team dat de voorafgaande toestemming van de ECB moest worden verkregen.

16 Als verzachtende omstandigheid heeft de ECB in aanmerking genomen dat verzoekster, na de door haar daartoe ingediende verzoeken, toestemming van de ECB had verkregen om haar uitgiften van gewone aandelen onder haar tier 1-instrumenten in te delen.

17 De ECB was van mening dat een administratieve geldelijke sanctie van een bedrag van 4 300 000 EUR, wat volgens haar overeenkwam met 0,0015 % van de jaaromzet van de groep waartoe verzoekster behoorde, een evenredige sanctie vormde.

18 In de derde plaats heeft de ECB besloten om de opgelegde administratieve geldelijke sanctie op haar website te publiceren zonder verzoeksters naam te anonimiseren. Volgens haar waren de door verzoekster aangevoerde omstandigheden voor haar betoog dat een dergelijke publicatie haar reputatie en marktpositie ernstig in gevaar zou brengen louter hypothetisch, vaag en algemeen en kon daarmee dus niet worden aangetoond dat die publicatie haar disproportionele schade in de zin van artikel 132, lid 1, onder b), van de GTM-kaderverordening zou toebrengen.

Procedure en conclusies van partijen

19 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 september 2018, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

20 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de zaak toegewezen aan een nieuwe rechter-rapporteur, die is toegevoegd aan de Tweede kamer, waaraan de onderhavige zaak dan ook is toegewezen.

21 Op voorstel van de Tweede kamer van het Gerecht heeft het Gerecht op grond van artikel 28 van zijn Reglement voor de procesvoering beslist om de zaak te verwijzen naar een uitgebreide rechtsprekende formatie.

22 Op voorstel van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer – uitgebreid) op 13 december 2019 beslist om de mondelinge behandeling te openen en in het kader van de in artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering opgenomen maatregelen tot organisatie van de procesgang aan de partijen schriftelijke vragen te stellen. Elk van de partijen heeft op de vragen van het Gerecht geantwoord en vervolgens opmerkingen ingediend over de antwoorden van de andere partij.

23 Bij beslissing van 6 januari 2020 heeft de president van de Tweede kamer – uitgebreid, na partijen te hebben gehoord, beslist om de onderhavige zaak voor de mondelinge behandeling te voegen met de zaken T-577/18 en T-578/18.

24 Ter terechtzitting van 21 januari 2020 zijn partijen in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord. Tijdens die zitting is de ECB verzocht om schriftelijk te antwoorden op een vraag van het Gerecht en is verzoekster verzocht om opmerkingen over dat antwoord in te dienen. Partijen hebben binnen de gestelde termijnen aan die verzoeken voldaan.

25 Bij beslissing van 2 maart 2020 heeft het Gerecht (Tweede kamer – uitgebreid) de mondelinge behandeling gesloten.

26 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– het bestreden besluit nietig te verklaren;

– de ECB te verwijzen in de kosten.

27 De ECB verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

28 Ter ondersteuning van het beroep brengt verzoekster twee middelen naar voren.

29 Met het eerste middel wordt gesteld dat het bestreden besluit berust op bevoegdheidsoverschrijding. Dat middel bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel is gebaseerd op schending van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013. Het tweede onderdeel is ontleend aan schending van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 en het rechtszekerheidsbeginsel. Het derde onderdeel betreft de evenredigheid van de aan verzoekster opgelegde administratieve geldelijke boete.

30 Met haar tweede middel verwijt verzoekster de ECB haar recht om te worden gehoord te hebben geschonden op grond dat de ECB het bestreden besluit heeft gebaseerd op punten van bezwaar die tijdens de administratieve procedure niet uitdrukkelijk aan bod zijn gekomen.

31 Zoals in de punten 8 tot en met 18 hierboven is benadrukt, heeft de ECB in het bestreden besluit ten eerste vastgesteld dat verzoekster een inbreuk had gepleegd, ten tweede haar een administratieve geldelijke boete opgelegd om die inbreuk te sanctioneren, en ten derde bepaald dat die administratieve geldelijke sanctie op haar website zou worden gepubliceerd.

32 Volgens het Gerecht is het wenselijk onderscheid te maken naargelang verzoeksters kritiek ziet op de vaststelling dat zij een inbreuk heeft gepleegd, dan wel op het feit dat haar een administratieve geldelijke sanctie is opgelegd.

Rechtmatigheid van het bestreden besluit met betrekking tot de vaststelling dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd

33 Met het eerste onderdeel van het eerste middel voert verzoekster in essentie aan dat de ECB door de vaststelling dat zij een inbreuk heeft gepleegd artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 heeft geschonden. In het kader van de eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel is zij voorts van mening dat de ECB artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 heeft geschonden door aan te nemen dat zij de inbreuk minstens uit onachtzaamheid had gepleegd. Ten slotte betoogt verzoekster met haar tweede, subsidiair aangevoerde middel in essentie dat de vaststelling van een inbreuk in het bestreden besluit is gebaseerd op elementen waarover zij haar standpunt tijdens de administratieve procedure niet kenbaar heeft kunnen maken, wat een schending inhoudt van haar recht om te worden gehoord.

Eerste onderdeel van het eerste middel: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en de toepassing van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013

34 In het kader van het eerste onderdeel van het eerste middel voert verzoekster in essentie twee grieven aan.

35 Met de eerste grief stelt verzoekster dat de ECB artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013, in de versie die ten tijde van de haar verweten feiten toepasselijk was, onjuist heeft uitgelegd en toegepast.

36 Met de tweede, in het stadium van de repliek aangevoerde grief betoogt verzoekster dat de feiten die haar worden verweten, hoe dan ook niet langer een inbreuk vormen wegens de wijziging die in artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 is aangebracht bij verordening (EU) 2019/876 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van verordening nr. 575/2013 wat betreft de hefboomratio, de nettostabielefinancieringsratio, vereisten inzake eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, tegenpartijkredietrisico, marktrisico, blootstellingen aan centrale

tegenpartijen, blootstellingen aan instellingen voor collectieve belegging, grote blootstellingen, rapportage- en openbaarmakingsvereisten, en van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2019, L 150, blz. 1). Zij stelt dat het Gerecht rekening moet houden met die wijziging op grond dat die kan worden gelijkgesteld met een minder strenge repressieve wet.

– Eerste grief: onjuiste uitlegging en toepassing van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 in de versie die ten tijde van de verzoekster verweten feiten van toepassing was

37 In punt 3 van het bestreden besluit heeft de ECB aangenomen dat verzoekster op grond van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 vóór de indeling van haar uitgifte van gewone aandelen als tier 1-instrumenten eerst toestemming van de bevoegde autoriteit moest verkrijgen, ook al was die categorie kapitaalinstrumenten opgenomen in de lijst die de EBA op grond van de derde alinea van die bepaling had gepubliceerd.

38 Opgemerkt zij dat artikel 26 van verordening nr. 575/2013 ziet op de tier 1-instrumenten. Meer in het bijzonder betreft lid 3 ervan de beoordeling door de bevoegde autoriteiten van de vraag of de instrumenten die de kredietinstellingen als tier 1-instrumenten aanmerken, aan de criteria in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van verordening nr. 575/2013 voldoen. Bij die bepaling wordt een bijzondere regeling voor kapitaalinstrumenten vastgesteld.

39 Aldus luidt artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013, in de op het geding toepasselijke versie, als volgt:

„De bevoegde autoriteiten gaan na of uitgiften van [tier 1-instrumenten] voldoen aan de criteria in artikel 28 of, naargelang het geval, van artikel 29. Met betrekking tot uitgiften na 28 juni 2013 worden kapitaalinstrumenten door de instellingen slechts als [tier 1-instrumenten] aangemerkt nadat daarvoor toestemming is gegeven door de bevoegde autoriteiten, die de EBA kunnen raadplegen.

Voor de kapitaalinstrumenten, uitgezonderd staatssteun, die door de bevoegde autoriteiten zijn goedgekeurd als in aanmerking komend voor indeling als [tier 1-instrumenten], maar waarvoor het naar het oordeel van de EBA wezenlijk moeilijk is om na te gaan of de criteria in artikel 28 of, naargelang het geval, van artikel 29, zijn vervuld, doen de bevoegde autoriteiten een motivering aan de EBA toekomen.

Op basis van de door iedere bevoegde autoriteit verstrekte informatie wordt door de EBA een lijst opgesteld, geactualiseerd en gepubliceerd van alle vormen van kapitaalinstrumenten in elke lidstaat die als [tier 1-instrumenten] worden aangemerkt. Deze lijst wordt door de EBA voor het eerst opgesteld en gepubliceerd uiterlijk 28 juli 2013.

De EBA kan, na het in artikel 80 bedoelde proces van toetsing, indien er significante bewijzen bestaan dat deze instrumenten niet aan de criteria van artikel 28 of, naargelang het geval, van artikel 29 voldoen, beslissen om na 28 juni 2013 uitgegeven kapitaalinstrumenten die geen staatssteun zijn, te schrappen van de lijst en daarvan mededeling te doen."

40 In de artikelen 28 en 29 van verordening nr. 575/2013, waarnaar artikel 26, lid 3, van die verordening verwijst, zijn de voorwaarden vermeld waaraan de tier 1-instrumenten dienen te voldoen. Artikel 28 van verordening nr. 575/2013 bevat de voorwaarden die van toepassing zijn op door kredietinstellingen uitgegeven kapitaalinstrumenten, terwijl artikel 29 van die verordening betrekking heeft op de specifieke voorwaarden voor kapitaalinstrumenten die zijn uitgegeven door onderlinge maatschappijen, coöperaties, spaarinstellingen en soortgelijke instellingen.

41 Partijen zijn het niet eens over de uitlegging van de uitdrukking „toestemming [...] door de bevoegde autoriteiten" in artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013.

42 Dienaangaande voert verzoekster aan dat de toestemming door de bevoegde autoriteiten wordt gegeven per categorie kapitaalinstrumenten en dat dit geschiedt door toevoeging van het betrokken soort instrumenten aan de door de EBA op grond van artikel 26, lid 3, derde alinea, van verordening nr. 575/2013 gepubliceerde lijst. Aangezien de gewone aandelen op die lijst stonden op het tijdstip waarop zij deze onder haar tier 1-instrumenten heeft ingedeeld, heeft de ECB haars inziens ten onrechte aangenomen dat zij artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 had geschonden.

43 De ECB stelt zich daarentegen op het standpunt dat een kredietinstelling volgens artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 alvorens een kapitaalinstrument als tier 1-instrument aan te merken moet verzoeken om voorafgaande toestemming van de bevoegde autoriteit, zelfs indien het instrument op de door de EBA gepubliceerde lijst staat. Dat betekent volgens haar dat zij in het bestreden besluit terecht heeft aangenomen dat verzoekster die bepaling had geschonden door drie uitgiften van gewone aandelen zonder de voorafgaande toestemming van de ECB onder haar tier 1-instrumenten in te delen.

44 Aangezien de in artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 gebruikte uitdrukking „toestemming [...] door de bevoegde autoriteiten" in die verordening niet wordt omschreven, dient zij te worden uitgelegd.

45 Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar eveneens met de context ervan en met de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt (zie arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, EU:C:2005:362, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 In de eerste plaats blijkt uit de bewoordingen van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 dat de kredietinstelling de toestemming van de bevoegde autoriteit dient te verkrijgen alvorens haar kapitaalinstrumenten als tier 1-instrumenten aan te merken.

47 Opgemerkt zij dat de wijze waarop die toestemming van de bevoegde autoriteit tot uiting komt, niet louter uit de bewoordingen van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 kan worden afgeleid, aangezien het begrip „toestemming" zowel kan verwijzen naar een voorafgaande toestemming die geldt voor kapitaalinstrumenten op individuele basis als naar een toestemming die globaal wordt gegeven per categorie kapitaalinstrumenten.

48 Anders dan verzoekster stelt, houdt de omstandigheid dat andere bepalingen van verordening nr. 575/2013 uitdrukkelijk naar het verkrijgen van een „voorafgaande toestemming" (*autorisation préalable*) van de bevoegde autoriteit verwijzen, niet noodzakelijkerwijs in dat het gebruik van het begrip „toestemming" (*accord*) in artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 doelt op een ander mechanisme dan dat van de voorafgaande toestemming.

49 Uit de lezing van alle bepalingen in verordening nr. 575/2013 die naar het geven van „toestemming" of van „voorafgaande toestemming" van de bevoegde autoriteit verwijzen, blijkt immers niet dat de wijze van goedkeuring door de bevoegde autoriteit verschilt naargelang van de terminologie die in die bepalingen wordt gebruikt. Voorts moet erop worden gewezen dat het niet om een systematisch onderscheid gaat, aangezien het in de Franse taalversie van verordening nr. 575/2013 gemaakte onderscheid tussen *accord* en *autorisation préalable* niet noodzakelijkerwijs in de andere taalversies van die verordening is terug te vinden.

50 Voorts voert de ECB ten onrechte aan dat het begrip „categorie instrumenten" niet in artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 is opgenomen. Aangezien de derde alinea van die bepaling verwijst naar een door de EBA gepubliceerde „lijst [...] van alle vormen van kapitaalinstrumenten in elke lidstaat die als [tier 1-instrumenten] worden aangemerkt", voorziet artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 met name in een onderzoek naar kapitaalinstrumenten die per categorie in aanmerking komen.

Derhalve kan niet worden aangenomen dat de verwijzing naar „kapitaalinstrumenten” in de eerste alinea van die bepaling noodzakelijkerwijs inhoudt dat elk kapitaalinstrument op individuele basis dient te worden onderzocht.

51 Wat in de tweede plaats de contextuele uitlegging van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 betreft, verwijst verzoekster naar de tweede en de derde alinea van die bepaling. Aldus doelt de tweede alinea van dat artikel haars inziens op een onderzoek naar in aanmerking komende vormen van kapitaalinstrumenten dat door de bevoegde autoriteit tezamen met de EBA wordt uitgevoerd en resulteert in de opname van die vormen van kapitaalinstrumenten in de door de EBA krachtens de derde alinea van dat artikel gepubliceerde lijst. Die publicatie geeft een concrete vorm aan de in artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 bedoelde toestemming van de bevoegde autoriteit. Een dergelijke publicatie betekent dus dat het instrument voldoet aan de in artikel 28 van verordening nr. 575/2013 opgenomen algemene voorwaarden en dat de betrokken kredietinstellingen dienen na te gaan of het kapitaalinstrument in kwestie voldoet aan de in dat artikel opgenomen individuele voorwaarden, waarbij de bevoegde autoriteit naderhand kan controleren of die beoordeling juist is.

52 Een dergelijke uitlegging kan niet worden onderschreven.

53 Ten eerste strookt die uitlegging niet met het feit dat de raadpleging van de EBA verschilt naargelang zij in het kader van de eerste alinea dan wel de tweede alinea van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 plaatsvindt. Terwijl die raadpleging in het kader van de eerste alinea, gelet op het feit dat de bevoegde autoriteiten „de EBA kunnen raadplegen”, immers een loutere mogelijkheid voor die autoriteiten vormt, houdt de tweede alinea van die bepaling daarentegen in dat de EBA door de bevoegde autoriteiten systematisch wordt geraadpleegd.

54 Ten tweede zou de bevoegde autoriteit volgens verzoeksters benadering, alvorens een kapitaalinstrument als tier 1-instrument aan te merken, enkel controleren of aan de algemene voorwaarden van artikel 28 of, naargelang het geval, van artikel 29 van verordening nr. 575/2013 is voldaan. Zoals verzoekster zelf erkent, zou de kredietinstelling dienen na te gaan of de uitgifte van een kapitaalinstrument in overeenstemming is met de individuele voorwaarden die in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van die verordening zijn opgenomen.

55 Opgemerkt dient te worden dat een dergelijke beperking van de controle door de bevoegde autoriteiten in strijd zou zijn met artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013. Uit die bepaling vloeit immers voort dat een kapitaalinstrument slechts als tier 1-instrument kan worden aangemerkt nadat daarvoor toestemming is gegeven door de bevoegde autoriteiten en dat de beoordeling door die autoriteiten ziet op de naleving van de in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van die verordening opgenomen voorwaarden, zonder dat het uitmaakt of die voorwaarden algemeen of individueel van aard zijn.

56 Derhalve dient te worden geoordeeld dat artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 in die zin dient te worden uitgelegd dat daarin twee onderscheiden beslissingen worden beoogd: ten eerste een beslissing die voortvloeit uit de in artikel 26, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 575/2013 bedoelde samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten en de EBA, die ziet op in aanmerking komende vormen van kapitaalinstrumenten en die een concrete vorm krijgt door de inschrijving daarvan op de door de EBA gepubliceerde lijst als bedoeld in de derde alinea van die bepaling, en ten tweede een beslissing van de bevoegde autoriteit waarvoor de raadpleging van de EBA louter een mogelijkheid vormt en waarmee wordt beoogd na te gaan of een kapitaalinstrument aan alle in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van verordening nr. 575/2013 opgenomen voorwaarden voldoet zonder dat het uitmaakt of die voorwaarden algemeen of individueel van aard zijn.

57 Hieruit volgt dat de opname van een kapitaalinstrument in de door de EBA gepubliceerde lijst weliswaar behelst dat het in beginsel als tier 1-instrument kan worden aangemerkt op grond dat het voldoet aan de in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van verordening nr. 575/2013 opgenomen algemene voorwaarden, maar dat een kredietinstelling het louter op grond daarvan niet onder haar tier 1-instrumenten kan indelen. Voorafgaand dient zij de bevoegde autoriteit in kennis te stellen van dat instrument, opdat deze specifiek nagaat of aan voornoemde voorwaarden, en met name aan de voorwaarden die individueel van aard zijn, is voldaan.

58 In de derde plaats ten slotte dient rekening te worden gehouden met de bedoeling van de wetgever om bij de vaststelling van verordening nr. 575/2013 het kapitaal in de bankensector kwantitatief en kwalitatief te verbeteren, zoals in overweging 1 van verordening nr. 575/2013 in herinnering wordt gebracht en in overweging 72 van diezelfde verordening wordt herhaald. In overweging 72 wordt met name benadrukt dat het noodzakelijk is de kwaliteit en de harmonisering van het eigen vermogen dat instellingen moeten aanhouden, verder te verbeteren en wordt in dat verband verwezen naar een „reeks strenge criteria voor de kernbestanddelen van de kapitaalinstrumenten”.

59 Het strookt derhalve met de bedoeling van de wetgever om de voorkeur te geven aan de uitlegging van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 die de bevoegde autoriteit het best in staat stelt zich ervan te vergewissen dat een instrument voldoet aan de voorwaarden voor de kwalificatie als kapitaal van de hoogste kwaliteit, te weten als onderdeel van de tier 1-instrumenten.

60 Vastgesteld dient te worden dat de controle op de naleving van de in artikel 28 of, in voorkomend geval, in artikel 29 van verordening nr. 575/2013 gestelde voorwaarden beter wordt bereikt door een procedure van voorafgaande toestemming dan door een systeem waarbij het in eerste instantie aan de kredietinstelling zelf staat om de naleving van een aantal van die voorwaarden na te gaan en de controle door de bevoegde autoriteit pas nadien en niet noodzakelijk systematisch plaatsvindt.

61 Aan de juistheid van die slotsom wordt niet afgedaan door de andere door verzoekster naar voren gebrachte argumenten.

62 Dat is met name in de eerste plaats het geval voor de verwijzing naar de uitlegging van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 die de voorkeur zou wegdragen van de EBA of de Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (Franse prudentiële toezichthouder). Dienaangaande dient in herinnering te worden gebracht dat de uitlegging van de relevante wetgeving door een administratieve instantie de Unierechter, die ingevolge artikel 19 VEU bij uitsluiting bevoegd blijft om het Unierecht uit te leggen, niet kan binden (arrest van 13 december 2017, Crédit mutuel Arkéa/ECB, T-712/15, EU:T:2017:900, punt 75).

63 Dat geldt in de tweede plaats eveneens voor de omstandigheid dat de tekst van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 nadien is gewijzigd bij verordening 2019/876. Dienaangaande volstaat het te benadrukken dat hoewel uit overweging 23 van verordening 2019/876 blijkt dat die wijziging bedoeld is om een nieuwe duidelijke en transparante goedkeuringsprocedure in te voeren voor de indeling van instrumenten als tier 1-instrumenten, daaruit geen enkele aanwijzing kan worden afgeleid met betrekking tot de betekenis van die bepaling vóór de wijziging ervan.

64 Verzoeksters eerste grief dient derhalve te worden afgewezen.

– Tweede grief, die in essentie de retroactieve toepassing van de nieuwe versie van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 betreft

65 In haar repliek benadrukt verzoekster in essentie dat de bewoordingen van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 bij artikel 1, punt 15, van verordening 2019/876 zijn gewijzigd met ingang van 27 juni 2019. Zij meent dat haar handelwijze in het licht van die nieuwe versie van artikel 26,

lid 3, van verordening nr. 575/2013 niet langer een inbreuk vormt en dat het beginsel van de retroactieve toepassing van een minder strenge repressieve wet derhalve inhoudt dat die nieuwe versie van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 op haar moet worden toegepast.

66 De ECB stelt zich op het standpunt dat de onderhavige grief dient te worden afgewezen.

67 Wat om te beginnen de ontvankelijkheid van die grief betreft, gelet op het feit dat zij in het stadium van de repliek is ingediend, dient te worden opgemerkt dat ofschoon nieuwe middelen volgens artikel 84, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering in beginsel niet in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, een dergelijk verbod niet geldt wanneer die middelen steunen op juridische of feitelijke gegevens waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Aangezien de onderhavige grief is gebaseerd op een juridisch gegeven waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken, te weten de inwerkingtreding op 27 juni 2019 van artikel 1, punt 15, van verordening 2019/876, is zij derhalve ontvankelijk.

68 In de omstandigheden van de onderhavige zaak kan een dergelijke grief evenwel niet leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit.

69 Het klopt dat het beginsel van de retroactieve toepassing van de minder strenge repressieve wet (lex mitior-beginsel) een algemeen beginsel van het Unierecht vormt (arrest van 11 maart 2008, Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, punt 59; zie ook in die zin arresten van 3 mei 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 en C-403/02, EU:C:2005:270, punten 67-69, en 27 juni 2017, NC/Commissie, T-151/16, EU:T:2017:437, punten 53 en 54), dat thans is verankerd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

70 Artikel 49, lid 1, van het Handvest van de grondrechten luidt:

„Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde van het handelen of nalaten. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een lichtere straf voorziet, is die van toepassing."

71 Voorts kan het beginsel van de retroactieve toepassing van de minder strenge repressieve wet niet alleen worden ingeroepen ten aanzien van beslissingen waarbij strafsancties in de strikte zin worden opgelegd, maar ook ten aanzien van die waarbij administratieve sancties worden opgelegd (zie in die zin arresten van 8 maart 2007, Campina, C-45/06, EU:C:2007:154, punten 32 en 33; 11 maart 2008, Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, punt 60, en 27 juni 2017, NC/Commissie, T-151/16, EU:T:2017:437, punt 54).

72 Evenwel dient erop te worden gewezen dat het beginsel van de retroactieve toepassing van de minder strenge repressieve wet weliswaar tot nietigverklaring van het bestreden besluit kan leiden ingeval het rechtskader na de feiten van het concrete geval, maar vóór dat besluit is gewijzigd (zie in die zin arrest van 27 juni 2017, NC/Commissie, T-151/16, EU:T:2017:437, punt 63), maar dat dit niet relevant kan zijn voor de rechtmatigheidstoetsing van een besluit dat vóór die wijziging van het rechtskader is vastgesteld, aangezien de verwerende instelling niet kan worden verweten rechtsregels te hebben geschonden die nog niet van toepassing waren.

73 Bovendien kan een verandering van het rechtskader na het bestreden besluit door het Gerecht alleen in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheid tot wijziging van de hoogte van de opgelegde sanctie eventueel in aanmerking worden genomen, ingeval het krachtens artikel 261 VWEU over een dergelijke bevoegdheid beschikt ten aanzien van de door de ECB uit hoofde van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 opgelegde administratieve sancties. Indien het Gerecht daartoe wordt aangezocht, zal het immers moeten beoordelen of het op de datum van de vaststelling van zijn beslissing zijn eigen oordeel

in de plaats moet stellen van dat van de ECB zodat de hoogte van de sanctie passend is (zie in die zin arrest van 17 december 2015, Orange Polska/Commissie, T-486/11, EU:T:2015:1002, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 Het Gerecht is evenwel geenszins verzocht om het bedrag van de opgelegde sanctie te wijzigen, hetgeen verzoekster ter terechtzitting uitdrukkelijk heeft bevestigd.

75 Derhalve dient de tweede grief, en dientengevolge het eerste onderdeel van het eerste middel, te worden afgewezen.

Eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013

76 De ECB heeft in het bestreden besluit aangenomen dat verzoekster minstens uit onachtzaamheid in de zin van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 een inbreuk had gepleegd op artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013.

77 Verzoekster stelt zich op het standpunt dat de ECB, door uit te gaan van een uit onachtzaamheid gepleegde inbreuk, artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 heeft geschonden aangezien niet kon worden aangenomen dat zij wist of had moeten weten dat haar handelwijze een inbreuk vormde. Zij wijst er met name op dat zij de door de EBA en de ACPR geprefereerde uitlegging heeft gevolgd terwijl de ECB geen enkel richtsnoer met betrekking tot artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 had aangereikt, en dat bijna alle kredietinstellingen van dezelfde uitlegging zijn uitgegaan. Tevens meent zij dat een louter verschil in uitlegging geen fout oplevert en dat zij zich niet bewust kon zijn van het feit dat haar handelwijze een inbreuk vormde.

78 De ECB stelt dat de onderhavige grief dient te worden afgewezen.

79 Volgens artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 kan de ECB „[m]et het oog op de uitoefening van de haar bij deze verordening opgedragen taken [...], indien kredietinstellingen, financiële holdings of gemengde financiële holdings opzettelijk of uit onachtzaamheid een inbreuk plegen [...], administratieve geldelijke sancties opleggen".

80 Zoals het Hof reeds heeft beklemtoond, betreft het begrip „onachtzaamheid" een onopzettelijk handelen of nalaten waardoor de aansprakelijke persoon zijn zorgvuldigheidsplicht schendt (arrest van 3 juni 2008, Intertanko e.a., C-308/06, EU:C:2008:312, punt 75). Voorts dient bij de beoordeling van de vraag of er van dergelijke onachtzaamheid sprake is met name rekening te worden gehouden met de complexiteit van de betrokken bepalingen, en met de beroepservaring en de zorgvuldigheid van de onderneming in kwestie (zie naar analogie arrest van 11 november 1999, Söhl & Söhlke, C-48/98, EU:C:1999:548, punt 56).

81 Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat verzoekster in haar hoedanigheid van kredietinstelling heel zorgvuldig te werk moest gaan in het kader van de uitvoering van de bepalingen van verordening nr. 575/2013, door bijzondere aandacht te besteden aan de omvang van haar verplichtingen uit hoofde van die bepalingen.

82 Daarbij komt nog dat hoewel door de Unierechter, tot het onderhavige arrest, geen uitlegging van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 was gegeven, de precieze omvang van de op kredietinstellingen rustende verplichtingen uit een nauwkeurige analyse van die bepaling kon worden afgeleid, waarvan de redenering in de punten 53 tot en met 60 hierboven getuigt.

83 Een dergelijke analyse zou verzoekster immers tot de slotsom hebben gebracht dat de door de EBA uit hoofde van artikel 26, lid 3, derde alinea, van verordening nr. 575/2013 verrichte publicatie en de in de eerste alinea van die bepaling bedoelde toestemming van de bevoegde autoriteit twee weliswaar verwante maar verschillende vragen betreffen: enerzijds de vraag of een kapitaalinstrument in aanmerking komt om als tier 1-instrument te worden ingedeeld en anderzijds de concrete beoordeling van de naleving van de in artikel 28 of, naargelang het geval, in artikel 29 van die verordening opgesomde voorwaarden – met name de voorwaarden van individuele aard.

84 Derhalve is de ECB er terecht van uitgegaan dat verzoekster uit onachtzaamheid had gehandeld en heeft de ECB terecht geconcludeerd dat verzoekster een inbreuk uit hoofde van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 had gepleegd.

85 Aan die slotsom wordt niet afgedaan door verzoeksters betoog waarmee zij in essentie aanvoert de uitlegging in de inleidende bepalingen bij de door de EBA gepubliceerde lijst te hebben gevolgd, volgens welke zij voor de indeling onder haar tier 1-instrumenten van een op die lijst opgenomen categorie instrumenten niet om voorafgaande toestemming van de bevoegde autoriteit hoefde te verzoeken.

86 Dienaangaande is in punt 62 hierboven reeds beklemtoond dat de door de EBA gegeven uitlegging niet kan prevaleren boven de bewoordingen van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013.

87 Dat neemt niet weg dat op grond van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB 2010, L 331, blz. 12), een van de taken van de EBA erin bestaat „[bij te dragen] tot de consistente toepassing van de juridisch bindende handelingen van de Unie, met name door tot een gemeenschappelijke toezichtpraktijk bij te dragen”, zodat de uitlegging die zij aan verordening nr. 575/2013 geeft, met name wanneer een bepaling nog niet door de Unierechter is uitgelegd, van bijzonder belang is.

88 Daarnaast klopt het dat een zin uit punt 4 van de inleidende bepalingen bij de door de EBA gepubliceerde lijst, op zich beschouwd, de indruk zou kunnen wekken dat de opname van een kapitaalinstrument in de door de EBA gepubliceerde lijst volgens die instelling inhoudt dat het onder de tier 1-instrumenten kan worden ingedeeld, aangezien daarin wordt gepreciseerd dat „[d]e opname van een instrument op de lijst inhoudt dat het voldoet aan de in verordening [nr. 575/2013] opgenomen toelatingscriteria en door alle kredietinstellingen van de betrokken lidstaat aan de [tier 1-instrumenten] kan worden toegevoegd”.

89 Wanneer verzoekster die inleidende bepalingen in de meer algemene context ervan zou hebben geplaatst, had zij de betekenis van die zin evenwel moeten relativeren. Die mogelijkheid om de in de door de EBA gepubliceerde lijst opgenomen kapitaalinstrumenten onder de tier 1-instrumenten in te delen, wordt door die instelling immers niet als onvoorwaardelijk voorgesteld. Integendeel, er wordt verwezen naar het feit dat de voorschriften van de nationale wettelijke regeling moeten worden nageleefd en dat eventueel toestemming van de bevoegde autoriteiten uit hoofde van verordening nr. 575/2013 moet worden verkregen. Hoewel die inleidende bepalingen niet heel helder zijn geformuleerd, neemt dat niet weg dat verzoekster zich vanwege de verwijzing naar de eventuele naleving van andere voorwaarden of naar het verkrijgen van toestemming van de bevoegde autoriteiten had moeten afvragen wat de precieze omvang was van haar verplichtingen uit hoofde van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013.

90 Bovendien dient te worden opgemerkt dat verzoekster op 18 april 2016 een e-mail van de ECB heeft ontvangen ter verduidelijking van de omvang van haar verplichtingen uit hoofde van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013. In die e-mail heeft de ECB erop gewezen dat voorafgaande toestemming noodzakelijk was om kapitaalverhogingen als tier 1-instrumenten aan te merken en heeft zij de lijst van de over te leggen documenten nader toegelicht.

91 Anders dan verzoekster aanvoert, was de inhoud van de e-mail van de ECB van 18 april 2016 volkomen duidelijk met betrekking tot de door de ECB geprefereerde uitlegging van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013.

92 Ondanks die waarschuwing is verzoekster evenwel een andere en onjuiste uitlegging van haar verplichtingen uit hoofde van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 blijven volgen door op 30 juni 2016 in haar openbaarmaking van informatie uit hoofde van de derde pijler en in haar geconsolideerde trimestriële rapportage over het eigen vermogen en de eigenvermogensvereisten haar uitgiften 1 tot en met 3 onder haar tier 1-instrumenten op te nemen voordat de ECB haar daartoe haar toestemming had meegedeeld.

93 Verzoekster betoogt tevens, in essentie, dat bepaalde nationale autoriteiten en talrijke kredietinstellingen vanwege het gebrek aan duidelijkheid van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 dezelfde als de door haar geprefereerde uitlegging hebben gevolgd, wat verklaart waarom die bepaling bij verordening 2019/876 is gewijzigd.

94 Zelfs in de veronderstelling dat dit feit klopt, blijkt daaruit evenwel niet dat verzoekster niet onachtzaam is geweest.

95 Ofschoon dergelijke elementen blijk kunnen gegeven van het feit dat bepaalde ondernemingen moeilijkheden hebben ondervonden bij de uitlegging van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013, neemt dat niet weg dat verzoekster, gelet op de omzichtigheid en zorgvuldigheid die van een kredietinstelling van haar omvang kunnen worden verwacht, die bepaling nauwgezet had moeten lezen zodat zij de moeilijkheden bij de uitlegging van de omvang van haar verplichtingen had kunnen wegnemen.

96 In het licht van het voorgaande dient de eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen.

Tweede, subsidiair ingediende middel: schending van verzoeksters recht om te worden gehoord

97 Verzoekster voert in essentie aan dat de ECB haar recht om te worden gehoord heeft geschonden door het bestreden besluit te baseren op feitelijke of juridische gegevens waarover zij tijdens de administratieve procedure haar opmerkingen niet heeft kunnen maken en wijst erop dat de ECB besluiten op grond van artikel 22, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 slechts kan baseren op de punten van bezwaar waarover de betrokken partijen hun opmerkingen hebben kunnen maken, ongeacht of zij al dan niet een nadelige invloed op die partijen hebben gehad. Dienaangaande verwijt zij de ECB met name voor het eerst in het bestreden besluit haar eigen uitlegging van het door de EBA opgestelde rapport van 23 mei 2017 te hebben gegeven, te hebben verwezen naar het feit dat de EBA de aan verzoeksters gewone aandelen verbonden „loyaliteitsclausule” ter discussie had gesteld en te hebben beweerd dat zij onjuiste informatie over haar prudentiële situatie zou hebben verschaft aan de markt.

98 Meer in het bijzonder heeft de verwijzing in het bestreden besluit naar het feit dat de EBA de „loyaliteitsclausule” ter discussie heeft gesteld en naar een vermeende verstrekking van onjuiste informatie aan de markt volgens verzoekster een weerslag gehad op de hoogte van de sanctie die haar is opgelegd.

99 De ECB stelt dat geen enkel van de juridische of feitelijke gegevens die niet in het ontwerpbesluit tot sanctionering, maar wel in het bestreden besluit worden vermeld, een nadelige invloed heeft kunnen hebben op verzoeksters rechten van verdediging of beslissend is geweest voor de uitkomst van de procedure.

100 Volgens vaste rechtspraak vormt de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die tot een voor de belanghebbende bezwarend besluit kan leiden, een fundamenteel beginsel van het Unierecht, dat zelfs bij gebreke van enig voorschrift omtrent de betrokken procedure in acht moet worden genomen (zie beschikking van 12 mei 2010, CPEM/Commissie, C-350/09 P, niet gepubliceerd, EU:C:2010:267, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 Dat beginsel komt tot uiting in artikel 22, lid 1, van verordening nr. 1024/2013, aangezien daarin wordt bepaald dat de ECB de personen tegen wie de procedures gericht zijn de mogelijkheid biedt te worden gehoord en haar besluiten uitsluitend baseert op de punten van bezwaar waarover de betrokken partijen opmerkingen hebben kunnen maken.

102 Dat beginsel wordt verduidelijkt in zowel artikel 31, met als opschrift „Het recht om te worden gehoord" als artikel 126, met als opschrift „Procedurele rechten", van de GTM-kaderverordening.

103 Artikel 31 van de GTM-kaderverordening is volgens het eerste lid ervan van toepassing op elk „tot een partij gericht" toezichtbesluit „dat een nadelige invloed zou kunnen hebben op de rechten van die partij". Luidens dat artikel wordt die partij, voordat de ECB het toezichtbesluit vaststelt, in de gelegenheid gesteld zich bij haar schriftelijk uit te laten inzake feiten, punten van bezwaar en rechtsgronden die voor dat besluit relevant zijn.

104 Artikel 126 van de GTM-kaderverordening, dat specifiek ziet op besluiten waarbij administratieve sancties, niet zijnde dwangsommen, worden opgelegd, luidt als volgt:

„1. Bij afronding van een onderzoek en voordat een voorstel voor een volledig ontwerpbesluit wordt opgesteld en voorgelegd aan de Raad van toezicht, doet de onderzoekseenheid schriftelijk melding aan de betreffende onder toezicht staande entiteit inzake de bevindingen van het uitgevoerde onderzoek en eventuele daartegen gemaakte bezwaren.

2. In de in lid 1 vermelde kennisgeving informeert de onderzoekseenheid de onder toezicht staande entiteit omtrent het recht schriftelijk haar oordeel kenbaar te maken aan de onderzoekseenheid met betrekking tot de feitelijke resultaten en de daarin uiteengezette bezwaren die zijn gerezen tegen de entiteit, inclusief de individuele bepalingen waar beweerdelijk inbreuk op is gepleegd, waarbij een redelijke tijdslimiet wordt gegeven voor de ontvangst van een dergelijk oordeel. De ECB is niet verplicht rekening te houden met schriftelijke oordelen die na verstrijking van de door de onderzoekseenheid gestelde tijdslimiet zijn ontvangen."

105 Zoals in de rechtspraak reeds is beklemtoond ten aanzien van artikel 27, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), waarvan de betekenis in essentie identiek is aan die van artikel 22, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 en aan die van artikel 126 van de GTM-kaderverordening, wordt het aan de rechten van de verdediging verbonden vereiste nageleefd wanneer ten eerste aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden die duidelijk de belangrijkste feiten vermeldt waarop de Europese Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert, en ten tweede wanneer bij het besluit aan de betrokkenen geen andere inbreuken ten laste worden gelegd dan de tijdens de administratieve procedure aan hen meegedeelde punten van bezwaar en daarin slechts van feiten wordt uitgegaan waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken (zie arrest van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 266 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

106 Dienaangaande dient erop te worden gewezen dat dit volgens vaste rechtspraak betreffende de eerbiediging van de rechten van de verdediging tijdens procedures voor de bestraffing van inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU evenwel beknopt kan geschieden en dat het definitieve besluit niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend met de mededeling van punten van bezwaar behoeft te zijn, daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige feitelijke en juridische beoordelingen. Zo zijn toevoegingen aan de mededeling van punten van bezwaar, waarmee wordt gereageerd op het antwoord van de partijen en waaruit blijkt dat zij hun rechten van verdediging daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, toelaatbaar. In het licht van de administratieve procedure kan de Commissie ook de feitelijke of juridische argumenten die zij ter ondersteuning van haar bezwaren heeft aangevoerd, wijzigen of aanvullen (zie arrest van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 267 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 Uit diezelfde rechtspraak volgt dat de mededeling aan de belanghebbenden van een aanvulling op de mededeling van punten van bezwaar slechts noodzakelijk is wanneer de uitkomsten van de verificaties de Commissie aanleiding geven de ondernemingen nieuwe handelingen ten laste te leggen of de bewijselementen van de omstreden inbreuken aanmerkelijk te wijzigen (zie arrest van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 268 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108 Ten slotte, en nog steeds volgens de rechtspraak betreffende de bestraffing van inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU, zijn de rechten van de verdediging geschonden indien, zonder de door de Commissie begane onregelmatigheid, de door haar gevoerde administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Om een dergelijke schending te bewijzen, moet een verzoekende onderneming genoegzaam aantonen, niet dat het besluit van de Commissie anders zou hebben geluid, maar wel dat zij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen, bijvoorbeeld omdat zij voor haar verweer stukken had kunnen gebruiken waartoe haar tijdens de administratieve procedure geen toegang was verleend (zie arrest van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 269 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

109 Dezelfde beginselen gelden naar analogie voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging in het kader van een procedure die de ECB op grond van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 voert ten aanzien van een inbreuk op een krachtens relevante rechtstreeks toepasselijke handelingen van het Unierecht geldend voorschrift.

110 In de eerste plaats dient te worden benadrukt dat het enige punt van bezwaar van de ECB ten aanzien van verzoekster – te weten de met artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 strijdige indeling van bepaalde kapitaalinstrumenten onder haar tier 1-instrumenten zonder daarvoor toestemming te hebben – vanaf de tot haar gerichte mededeling van punten van bezwaar op 22 december 2016 op een duidelijke manier was geformuleerd.

111 In de tweede plaats heeft verzoekster zich niet alleen over dat punt van bezwaar kunnen uitspreken ter gelegenheid van haar antwoord op die mededeling, maar eveneens in haar opmerkingen over het ontwerpbesluit dat de ECB haar op 2 augustus 2017 had toegezonden.

112 In de derde plaats dient te worden geconstateerd dat de drie elementen waarop verzoekster kritiek heeft vanwege het feit dat zij voor het eerst in het bestreden besluit zijn vermeld, niet als nieuwe punten van bezwaar kunnen worden beschouwd.

113 Ten eerste dient immers te worden opgemerkt dat de ECB de verwijzing in punt 3.2.2.4 van het bestreden besluit naar het door de EBA opgestelde rapport van 23 mei 2017 heeft opgenomen om aan te tonen dat haar uitlegging van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 juist was. Die kwestie is door de partijen uitvoerig besproken tijdens de administratieve procedure. Meer in het bijzonder dient te worden benadrukt dat de ECB daarnaar heeft verwezen in antwoord op verzoeksters argument dat de EBA op diezelfde dag had aangegeven dat artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 op verschillende manieren kon worden uitgelegd.

114 Ten tweede kan met betrekking tot de vermelding in punt 3.2.2.4 van het bestreden besluit dat de aan verzoeksters gewone aandelen verbonden loyaliteitsclausule volgens de EBA een beletsel voor de indeling als tier 1-instrumenten vormde, ermee worden volstaan te benadrukken dat het daarbij gaat om de vraag of verzoeksters gewone aandelen voldoen aan de in artikel 28 van verordening nr. 575/2013 opgenomen voorwaarden en dat die kwestie niets te maken heeft met het door de ECB ten aanzien van verzoekster geformuleerde punt van bezwaar, dat uitsluitend ziet op het feit dat verzoekster artikel 26, lid 3, van die verordening heeft geschonden.

115 Ten derde kan de vermelding door de ECB in punt 3.2.4 van het bestreden besluit dat verzoekster, ingeval zij artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 zou hebben nageleefd, „geen onjuiste informatie met betrekking tot haar prudentiële situatie aan de bevoegde autoriteiten en de markt zou hebben verschaft" niet als een nieuw punt van bezwaar ten aanzien van verzoekster worden beschouwd. De ECB heeft dat commentaar immers opgenomen in het kader van de beoordeling van het feit dat verzoekster uit onachtzaamheid had gehandeld, waarbij zij heeft geantwoord op verzoeksters verklaring in haar opmerkingen van 30 augustus 2017 dat zij „omzichtig en zorgvuldig [had gehandeld] om te voorkomen dat onjuiste informatie over de werkelijke toestand van haar eigen vermogen zou worden meegedeeld".

116 Wat in de vierde plaats verzoeksters kritiek betreft op het feit dat de hierboven in de punten 114 en 115 vermelde elementen een weerslag zouden hebben gehad op de hoogte van de aan haar opgelegde geldelijke sanctie, dient te worden opgemerkt dat die kwestie niet de rechtmatigheid van de vaststelling van een door verzoekster gepleegde inbreuk, maar de rechtmatigheid van de hoogte van de aan haar opgelegde sanctie betreft.

117 Derhalve dient tot de slotsom te worden gekomen dat het tweede middel dient te worden afgewezen voor zover het betrekking heeft op de rechtmatigheid van de vaststelling dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd.

118 In het licht van het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat verzoekster niet heeft aangetoond dat het bestreden besluit onrechtmatig is met betrekking tot de vaststelling dat zij een inbreuk heeft gepleegd.

Rechtmatigheid van het bestreden besluit voor zover daarbij aan verzoekster een administratieve geldelijke sanctie is opgelegd

119 Met de tweede grief van het tweede onderdeel van het eerste middel voert verzoekster aan dat het opleggen van een administratieve geldelijke sanctie in de omstandigheden van de onderhavige zaak in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Voorts is zij in het kader van het derde onderdeel van het eerste middel van mening dat de aan haar opgelegde geldelijke sanctie het evenredigheidsbeginsel schendt. Ten slotte en zoals is aangegeven in de punten 98 en 116 hierboven betoogt verzoekster in het kader van het tweede middel dat bepaalde elementen in verband waarmee zij niet is gehoord, een weerslag hebben gehad op de hoogte van de sanctie die aan haar is opgelegd, zodat haar recht om te worden gehoord is geschonden.

120 In het kader van het derde onderdeel van het eerste middel betwist verzoekster meer bepaald niet alleen de evenredigheid van het feit als zodanig dat een sanctie is opgelegd, maar eveneens de hoogte ervan. Met betrekking tot dat aspect voert zij met name aan dat de sanctie geen 0,0015 % van de omzet van de groep Crédit Agricole vertegenwoordigt, zoals in het bestreden besluit is aangegeven, maar een bedrag dat tien keer hoger ligt. Zij verwijt de ECB tevens dat deze de werkwijze voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk, ten aanzien waarvan de ECB in haar schriftelijke stukken stelt die te hebben gevolgd, niet in acht heeft genomen. Voorts beklemtoont zij dat de ECB voor het eerst voor het Gerecht heeft aangevoerd dat zij voor de vaststelling van de hoogte van de sanctie rekening heeft gehouden met de omvang van de betrokken kredietinstelling, terwijl een dergelijke

motiveringsgrond niet was opgenomen in het bestreden besluit. Zij is van mening dat de ECB in dat kader ten onrechte verwijst naar een beoordeling van de omvang van kredietinstellingen die op de totale waarde van hun activa onder beheer en niet op hun omzet is gebaseerd, en betoogt dat het Gerecht hoe dan ook met dat element geen rekening mag houden gelet op het feit dat het niet is vermeld in het bestreden besluit. Zij voegt daaraan toe dat dit besluit zonder dat element ontoereikend is gemotiveerd, en daardoor onrechtmatig is.

121 Meteen dient te worden vastgesteld dat het voor het onderzoek door het Gerecht van verzoeksters kritiek noodzakelijk is dat in het bestreden besluit rechtens genoegzaam wordt verduidelijkt op welke gronden de aan verzoekster opgelegde sanctie is vastgesteld op een bedrag van 4 300 000 EUR, dat zou overeenkomen met 0,015 % van de omzet van de groep waartoe zij behoort.

122 Volgens het Gerecht dient vooraf te worden onderzocht of het bestreden besluit toereikend is gemotiveerd met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de opgelegde sanctie.

123 Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring een middel betreffende een ontbrekende of ontoereikende motivering van het besluit waarvan de rechtmatigheid wordt betwist, een middel van openbare orde is dat door de Unierechter ambtshalve moet worden opgeworpen, en derhalve door partijen in elke stand van het geding kan worden aangevoerd (arrest van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie, T-45/98 en T-47/98, EU:T:2001:288, punt 125).

124 Voorts dient de Unierechter aan die verplichting om een middel van openbare orde ambtshalve op te werpen, te voldoen in het licht van het beginsel van hoor en wederhoor (zie in die zin arrest van 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a., C-89/08 P, EU:C:2009:742, punten 59 en 60). In casu dient erop te worden gewezen dat de ECB zich ter terechtzitting heeft kunnen uitlaten over de vraag of het bestreden besluit al dan niet toereikend was gemotiveerd.

125 Ter terechtzitting heeft de ECB aldus aangevoerd dat het bestreden besluit rechtens genoegzaam was gemotiveerd. Zij heeft in wezen verklaard voor de vaststelling van de hoogte van de sanctie een werkwijze in twee fasen te hebben gevolgd.

126 In de eerste fase wordt het basisbedrag van de sanctie vastgesteld. Voor dat basisbedrag wordt eerst de ernst van de betrokken inbreuk beoordeeld door te kijken naar de gevolgen ervan voor de prudentiële situatie van de kredietinstelling in kwestie en naar de handelwijze van die instelling. De ECB beklemtoont dat dit element in het bestreden besluit is opgenomen, aangezien daarin wordt verwezen naar de totale waarde van de instrumenten die onjuist zijn ingedeeld. Daarnaast is in het bestreden besluit gewezen op de onrechtmatige handelwijze van de kredietinstelling doordat de ECB benadrukt dat verzoekster op de hoogte had moeten zijn van de verplichtingen die uit hoofde van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 op haar rusten. Nadat de ernst van de inbreuk is vastgesteld, neemt de ECB de totale waarde van de door de kredietinstelling beheerde activa op in de berekening. Aldus wordt het basisbedrag berekend door in eerste instantie rekening te houden met de ernst van de inbreuk en de totale waarde van de activa onder beheer.

127 In de tweede fase wordt dat basisbedrag aangepast om rekening te houden met eventuele verzachtende of verzwarende omstandigheden. In casu bestond er ten aanzien van verzoekster een verzachtende omstandigheid.

128 Ter terechtzitting heeft de ECB tevens aangevoerd dat de werkwijze voor de vaststelling van de precieze hoogte van de sanctie in het bestreden besluit niet is verduidelijkt om het afschrikkende karakter ervan te behouden. Voorkomen dient te worden dat de kredietinstellingen in staat zijn de hoogte van sancties die kunnen worden uitgesproken, te voorspellen waardoor zij er minder toe zouden worden aangezet om de prudentiële regelingen na te leven. Zij heeft ook erkend dat in het

bestreden besluit niet wordt verwezen naar het feit dat de totale waarde van verzoeksters activa onder beheer in aanmerking was genomen, maar was van mening dat het besluit daardoor niet ontoereikend was gemotiveerd daar het om een puur objectief gegeven ging.

129 In herinnering dient te worden gebracht dat de motiveringsplicht van artikel 296, tweede alinea, VWEU volgens vaste rechtspraak een wezenlijk vormvoorschrift is dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de bestreden handeling betreft. Vanuit dat perspectief moet de vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en moet zij de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Wat meer in het bijzonder de motivering van individuele besluiten betreft, heeft de verplichting tot motivering van dergelijke besluiten tot doel om niet alleen de rechter in staat te stellen de rechtmatigheid van het besluit te toetsen, maar ook de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of het besluit eventueel een gebrek vertoont op grond waarvan de rechtmatigheid ervan kan worden betwist (zie arrest van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punten 146-148 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punten 114 en 115, en 13 december 2016, Printeos e.a./Commissie, T-95/15, EU:T:2016:722, punt 44).

130 De vereiste motivering moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de betrokken handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten van de handeling of andere personen die daardoor worden geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, bij een toelichting kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijk en juridische gegevens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punt 150; 11 juli 2013, Ziegler/Commissie, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 116, en 13 december 2016, Printeos e.a./Commissie, T-95/15, EU:T:2016:722, punt 45).

131 Uit de rechtspraak blijkt tevens dat de motivering in beginsel tegelijk met het bezwarende besluit aan de betrokkene moet worden meegedeeld. Het ontbreken van een motivering kan immers niet worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor de rechterlijke instanties van de Unie kennis krijgt van de redenen van het besluit (arresten van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punt 149; 19 juli 2012, Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie, C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:479, punt 74, en 13 december 2016, Printeos e.a./Commissie, T-95/15, EU:T:2016:722, punt 46).

132 Wat meer bepaald de motivering van uit hoofde van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 opgelegde administratieve geldelijke sancties betreft, dient in de eerste plaats in herinnering te worden gebracht dat de ECB een administratieve geldelijke sanctie mag opleggen van maximaal 10 % van de totale jaaromzet van de groep waartoe de betrokken rechtspersoon behoort.

133 Hieruit volgt dat de ECB over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de geldelijke sanctie. In een dergelijke situatie is de inachtneming van de waarborgen die door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures worden geboden, volgens vaste rechtspraak van des te fundamenteler belang. Tot die waarborgen behoren met name het recht van de belanghebbende op een rechtens genoegzaam gemotiveerd besluit. Enkel dan kunnen het Hof en het Gerecht nagaan of er voldaan is aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid afhangt (arresten van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punt 14, en 6 november 2008, Nederland/Commissie, C-405/07 P, EU:C:2008:613, punt 56).

134 In het licht van zowel de ruime beoordelingsbevoegdheid die door artikel 18, lid 1, van verordening 1024/2013 aan de ECB wordt toegekend als de aanzienlijke hoogte van de administratieve geldelijke sancties die worden opgelegd, is de motiveringsplicht ten aanzien van besluiten waarbij een dergelijke sanctie wordt opgelegd, derhalve van bijzonder belang.

135 In de tweede plaats dient erop te worden gewezen dat het Gerecht aan de hand van de motivering van een besluit waarbij een sanctie wordt opgelegd, moet kunnen beoordelen of dat besluit strookt met het Unierecht, en met name met het evenredigheidsbeginsel, en moet kunnen nagaan of de ECB de criteria in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 1024/2013, waarin naast de evenredigheid van de sanctie ook de doeltreffendheid en het afschrikkende karakter ervan worden benadrukt, juist heeft beoordeeld.

136 Om een dergelijk toezicht te kunnen uitoefenen, is het evenwel noodzakelijk dat uit de motivering van het bestreden besluit rechtens genoegzaam blijkt welke werkwijze de ECB heeft gevolgd om de hoogte van de sanctie vast te stellen (zie in die zin arrest van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, EU:T:2006:270, punt 91) en hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld (zie in die zin arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 61).

137 In de derde plaats, ten slotte, volgt uit de in punt 130 hierboven aangehaalde rechtspraak dat de beoordeling van de vraag of een besluit toereikend is gemotiveerd met name dient te worden onderzocht in het licht van de context waarin het is vastgesteld.

138 Aldus is geoordeeld dat wanneer een besluit van de ECB in het verlengde ligt van een advies van de administratieve raad voor toetsing, de in dit advies verstrekte uitleg in aanmerking kan worden genomen om uit te maken of het bestreden besluit toereikend is gemotiveerd (zie in die zin arrest van 8 mei 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB, C-450/17 P, EU:C:2019:372, punt 92). Nog steeds in verband met de context van een dergelijk besluit is meerdere keren geoordeeld dat een besluit dat in de lijn ligt van een vaste besluitvormingspraktijk summier mag worden gemotiveerd, met name door naar deze praktijk te verwijzen (arresten van 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, EU:C:1990:71, punt 15, en 8 november 2001, Silos, C-228/99, EU:C:2001:599, punt 28). Evenzo kan het feit dat de verwerende instelling de werkwijze die zij bij de uitoefening van haar beslissingsbevoegdheid wil toepassen openbaar maakt, haar plicht tot motivering van haar afzonderlijke besluiten verlichten voor zover zij die werkwijze daadwerkelijk toepast.

139 In casu is het bestreden besluit evenwel niet vastgesteld in het verlengde van een advies van de administratieve raad voor toetsing en is er geen sprake van een eerdere praktijk van de ECB met betrekking tot administratieve geldelijke sancties die op grond van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 worden opgelegd. Bovendien heeft de ECB de werkwijze die zij wilde toepassen voor de vaststelling van de hoogte van de uit hoofde van die bepaling opgelegde sancties niet openbaar gemaakt.

140 Derhalve dient de vraag of het bestreden besluit toereikend is gemotiveerd, uitsluitend te worden beoordeeld op basis van de redenen die in dat besluit zijn opgenomen.

141 Het is in het licht van deze overwegingen dat dient te worden nagegaan of de ECB in casu aan haar motiveringsplicht heeft voldaan.

142 Punt 4.1.2 van het bestreden besluit, met als opschrift „Hoogte van de sanctie", is als volgt geformuleerd:

„Voor de vaststelling van de op te leggen administratieve sanctie heeft de ECB rekening gehouden met de volgende omstandigheden:

4.1.2.1. Voor de ernst van de inbreuk houdt de ECB rekening met het feit dat de onder prudentieel toezicht staande entiteit kapitaalinstrumenten voor een totale geconsolideerde waarde van 2 088 miljoen [EUR] op 30 juni 2016, wat 67 basispunten van de [tier 1-ratio] van de onder prudentieel toezicht staande entiteit vertegenwoordigt, ten onrechte onder haar tier 1-instrumenten heeft opgenomen. Het feit dat het merendeel van de ten onrechte als tier 1-instrumenten ingedeelde kapitaalinstrumenten zijn uitgegeven ter gelegenheid van de dividenduitkering in aandelen aan de aandeelhouders en dus identiek waren aan de gewone aandelen die deze hebben opgeleverd, wordt eveneens voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk in aanmerking genomen.

4.1.2.2. Voorts houdt de ECB rekening met het feit dat de inbreuk betrekking heeft op vijf opeenvolgende trimestriële rapportageperioden en drie openbaarmakingen van informatie uit hoofde van de derde pijler in 2015 en 2016.

[4.1.2.3.] Wat de ernst van de niet-nakoming betreft, is de ECB van mening dat de onder prudentieel toezicht staande entiteit die inbreuk minstens uit onachtzaamheid heeft gepleegd. Met name blijkt de onrechtmatigheid van de laakbare handelwijze uit de in afdeling 3.3 omschreven feiten. De onder toezicht staande entiteit heeft voldoende tijd gehad om haar verrichtingen aan de prudentiële eisen van [verordening nr. 575/2013] aan te passen en is door de ECB (het gezamenlijk toezichthoudend team) gewaarschuwd dat zij voorafgaande toestemming van de ECB moest verkrijgen om de kapitaalinstrumenten als [tier 1-instrumenten] te kunnen indelen. Niettegenstaande het feit dat de onder prudentieel toezicht staande entiteit van die eisen op de hoogte was, is zij de instrumenten evenwel blijven indelen zonder over de vereiste toestemming te beschikken.

4.1.2.4. Als verzachtende omstandigheid houdt de ECB tevens rekening met het feit dat zij in antwoord op het verzoek van de onder prudentieel toezicht staande entiteit toestemming heeft verleend om de uitgiften als tier 1-instrumenten aan te merken [...].

In het licht van een en ander, met inbegrip van de argumenten die de onder toezicht staande entiteit in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangevoerd, en gelet op het evenredigheidsbeginsel waardoor de ECB zich bij de uitoefening van haar sanctiebevoegdheden laat leiden, wordt de administratieve sanctie derhalve vastgesteld op 4 300 000 EUR, wat overeenkomt met ongeveer 0,0015 % van de totale jaaromzet voor het boekjaar 2017 van de onder prudentieel toezicht staande groep waartoe de onder prudentieel toezicht staande entiteit behoort, en een geloofwaardig en doeltreffend afschrikkend effect garandeert om te voorkomen dat een dergelijke inbreuk in de toekomst wordt gepleegd."

143 In punt 4.2.4 van het bestreden besluit heeft de ECB daaraan toegevoegd „dat de opgelegde administratieve sanctie niet hoger is dan 10 % van de totale jaaromzet die de onder toezicht staande groep waartoe [verzoekster] behoort heeft gerealiseerd in het boekjaar voorafgaand aan het [bestreden] besluit".

144 Vastgesteld dient te worden dat deze passage van het bestreden besluit geen nadere gegevens bevat over de werkwijze die door de ECB bij de vaststelling van de hoogte van de opgelegde sanctie is toegepast, maar uitsluitend enkele overwegingen geeft over de ernst van de inbreuk, de duur ervan, de ernst van de niet-nakoming die verzoekster wordt verweten en de bevestiging dat met een verzachtende omstandigheid rekening is gehouden.

145 De wijze waarop de punten 4.1.2.1 tot en met 4.1.2.4 van het bestreden besluit zijn geformuleerd, stelt verzoekster niet in staat om de door de ECB geprefereerde werkwijze te begrijpen en stelt evenmin het Gerecht in staat om de rechtmatigheid van de opgelegde sanctie te toetsen.

146 De omstandigheid dat de ECB de door haar in het onderhavige geval toegepaste werkwijze in haar verweerschrift en vervolgens ter terechtzitting heeft verduidelijkt, kan de ontoereikendheid van de motivering niet verhelpen, daar zij de ontoereikende motivering volgens de in punt 131 hierboven aangehaalde rechtspraak niet kon regulariseren door de redenen voor het besluit tijdens de procedure voor het Gerecht mee te delen. Bovendien had verzoekster het recht om de werkwijze voor de berekening van de hoogte van de aan haar opgelegde sanctie te kennen zonder daarvoor beroep bij het Gerecht te hoeven instellen.

147 Voorts bevatten de punten 4.1.2.1 tot en met 4.1.2.4 van het bestreden besluit niet de nodige minimale informatie om de relevantie en de weging van de elementen die de ECB bij de vaststelling van de hoogte van de sanctie in aanmerking heeft genomen, te kunnen begrijpen en verifiëren.

148 In punt 4.1.2.1 van het bestreden besluit, betreffende de ernst van de inbreuk, benadrukt de ECB weliswaar dat de zonder toestemming ingedeelde kapitaalinstrumenten 67 basispunten van verzoeksters tier 1-ratio vertegenwoordigden, maar verduidelijkt zij niet nader hoe ernstig een dergelijke niet-nakoming is vanuit het oogpunt van de inachtneming van de op verzoekster rustende prudentiële verplichtingen.

149 In hetzelfde punt van het bestreden besluit vestigt de ECB de aandacht op de omstandigheid dat het merendeel van de onjuist ingedeelde kapitaalinstrumenten zijn uitgegeven ter gelegenheid van de dividenduitkering in aandelen aan de aandeelhouders en benadrukt zij dat dit element bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk in aanmerking is genomen. Ook in dit verband wordt evenwel op geen enkele manier verduidelijkt wat de gevolgen van die constatering zijn voor de vaststelling van de hoogte van de aan verzoekster opgelegde sanctie.

150 Ten slotte heeft de ECB in punt 4.1.2.4 van het bestreden besluit weliswaar verzekerd dat zij, als verzachtende omstandigheid, in aanmerking heeft genomen dat zij verzoekster uiteindelijk toestemming had verleend om de betrokken instrumenten onder haar tier 1-instrumenten in te delen, maar wordt er in dat punt geen enkele aanwijzing gegeven over de manier waarop zij dat element bij de vaststelling van de uiteindelijke hoogte van de sanctie heeft meegewogen.

151 Voorts dient erop te worden gewezen dat de ECB uitsluitend de omvang van de groep waartoe verzoekster behoort heeft vermeld en niet die van verzoekster, ofschoon die inbreuk enkel aan haar is toegerekend.

152 Vastgesteld dient te worden dat de ECB, door de omvang van de kredietinstelling die de betrokken inbreuk heeft gepleegd niet in het bestreden besluit op te nemen, een element heeft weggelaten dat – volgens haar eigen verklaringen voor het Gerecht – bijzonder relevant was voor de vaststelling van de hoogte van de sanctie.

153 Zonder vermelding van de omvang van de betrokken kredietinstelling, kan het Gerecht zijn toezicht op de beoordeling door de ECB van de in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 1024/2013 opgenomen criteria inzake doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkend effect niet uitoefenen.

154 Voor het Gerecht heeft de ECB aangevoerd dat zij bij de vaststelling van de hoogte van de sanctie met de omvang van de betrokken instelling rekening heeft gehouden in de vorm van de totale waarde van haar activa onder beheer. Volgens de in punt 131 hierboven aangehaalde rechtspraak en om redenen die overeenkomen met die welke in punt 146 hierboven zijn uiteengezet, kan met een verduidelijking in dat stadium evenwel geen rekening worden gehouden om te beoordelen of de ECB aan de op haar rustende motiveringsplicht heeft voldaan.

155 Bovendien kan de door de ECB ter terechtzitting benadrukte omstandigheid dat het om een „objectief" element zou gaan, haar niet vrijstellen van de verplichting om die factor in het bestreden besluit te verduidelijken, al was het maar om toe te lichten op welke manier en volgens welke weging met die factor rekening is gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de aan de betrokken kredietinstelling opgelegde sanctie.

156 Uit het voorgaande vloeit voort dat de aan verzoekster opgelegde sanctie ontoereikend is gemotiveerd en derhalve nietig dient te worden verklaard, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de andere grieven die in dat verband zijn aangevoerd.

157 Aangezien de beoordeling door de ECB van de hoogte van de administratieve geldelijke sanctie los kan worden gezien van de rest van het bestreden besluit, dient dat besluit slechts nietig te worden verklaard voor zover verzoekster bij dat besluit een administratieve geldelijke sanctie van 4 300 000 EUR is opgelegd.

Kosten

158 Volgens artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvorming draagt elke partij haar eigen kosten indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

159 In casu is verzoekster gedeeltelijk in het ongelijk en gedeeltelijk in het gelijk gesteld, aangezien het bestreden besluit slechts nietig wordt verklaard voor zover haar daarbij een administratieve geldelijke sanctie is opgelegd van 4 300 000 EUR. In dat geval eist een billijke beoordeling van de omstandigheden van de zaak dat elke partij haar eigen kosten draagt.

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Besluit ECB/SSM/2018-FRCAG-75 van de Europese Centrale Bank (ECB) van 16 juli 2018 wordt nietig verklaard voor zover Crédit agricole SA daarbij een administratieve geldelijke sanctie van 4 300 000 EUR is opgelegd.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Crédit agricole wordt verwezen in haar eigen kosten.

4) De ECB wordt verwezen in haar eigen kosten.

Papasavvas Tomljenović Schalin

Škvařilová-Pelzl Nõmm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juli 2020.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 2

Procedure en conclusies van partijen 4

In rechte 5

Rechtmatigheid van het bestreden besluit met betrekking tot de vaststelling dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd 5

Eerste onderdeel van het eerste middel: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en de toepassing van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 5

– Eerste grief: onjuiste uitlegging en toepassing van artikel 26, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 575/2013 in de versie die ten tijde van de verzoekster verweten feiten van toepassing was ... 6

– Tweede grief, die in essentie de retroactieve toepassing van de nieuwe versie van artikel 26, lid 3, van verordening nr. 575/2013 betreft 9

Eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1024/2013 11

Tweede, subsidiair ingediende middel: schending van verzoeksters recht om te worden gehoord 13

Rechtmatigheid van het bestreden besluit voor zover daarbij aan verzoekster een administratieve geldelijke sanctie is opgelegd 16

Kosten 22