CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
T. ĆAPETA
van 14 maart 2024[1]

Zaak C-541/22 P

Araceli García Fernández,
Faustino González Parra,
Fernando Luis Treviño de Las Cuevas,
Juan Antonio Galán Alcázar,
Lucía Palazuelo Vallejo-Nágera,
Macon, SA,
Marta Espejel García,
Memphis Investments Ltd,
Pedro Alcántara de la Herrán Matorras,
Pedro José de Jesús Benito Trebbau López,
Pedro Regalado Cuadrado Martínez,
María Rosario Mari Juan Domingo
tegen
Eleveté Invest Group, SL,
Antonio Bail Cajal,
Carlos Sobrini Marín,
Edificios 1326 de l'Hospitalet, SL,
Juan José Homs Tapias,
Anna María Torras Giro,
Marbore 2000, SL,
Trístan González del Valle,
Europese Commissie,
Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR),
Koninkrijk Spanje,

Banco Santander, SA

„Hogere voorziening – Economisch en monetair beleid – Bankenunie – Gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme – Verordening (EU) nr. 806/2014 – Artikel 18 – Afwikkelingsvoorwaarden – Artikel 20 – Waardering ten behoeve van de afwikkeling – Artikel 296 VWEU – Motiveringsplicht – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

de Europese Unie – Beroep tot nietigverklaring en beroep tot schadevergoeding – Afwikkeling van Banco Popular”

I. Inleiding

1. Het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (hierna: „GAM”) is ingevoerd in 2014.[2] Op 6 juni 2017 werd er voor het eerst gebruik van gemaakt ten aanzien van Banco Popular Español, SA (hierna: „Banco Popular”).

2. Rekwiranten zijn natuurlijke personen en rechtspersonen die vóór de vaststelling van een afwikkelingsregeling[3] voor Banco Popular aandeelhouder of houder van aanvullende tier 1- of tier 2-kapitaalinstrumenten van deze vennootschap waren.

3. Met hun beroep bij het Gerecht zijn verzoekers in eerste aanleg (rekwiranten in deze zaak) opgekomen tegen de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit, inclusief de bijbehorende documenten, en hebben zij schadevergoeding en compensatie gevorderd. Dat beroep is samen met vijf andere beroepen gekozen als proefzaak voor het Gerecht[4] en is ongegrond verklaard bij arrest van 1 juni 2022, Eleveté Invest Group e.a./Commissie en GAR (T- 523/17, EU:T:2022:313; hierna: „bestreden arrest”).

4. Parallel aan de onderhavige hogere voorziening is er nog een andere hogere voorziening aanhangig in het kader van de afwikkeling van Banco Popular, namelijk zaak C-535/22 P, Aeris Invest/Commissie en GAR[5], waarin de aangevoerde argumenten aanzienlijk overlappen (hierna: „parallelle hogere voorziening”). Mijn conclusie in die hogere voorziening wordt op dezelfde dag genomen (hierna: „parallelle conclusie”) en die twee conclusies moeten tezamen worden gelezen.

5. In het kader van de onderhavige hogere voorziening is de taak van het Hof niet het toetsen van de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit (en andere in eerste aanleg aangevochten documenten), maar wel van de manier waarop het Gerecht zijn toetsingsbevoegdheid heeft uitgeoefend.[6] Dat betekent voor de twee hogere voorzieningen dat het Hof ten eerste zal nagaan

[2] Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014, L 225, blz. 1; hierna: „GAM-verordening”).

[3] Besluit SRB/EES/2017/08 van de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR), vastgesteld tijdens zijn bestuursvergadering van 7 juni 2017, betreffende de vaststelling van een afwikkelingsregeling met betrekking tot Banco Popular Español, S.A. (hierna: „afwikkelingsregeling”). De afwikkelingsregeling werd goedgekeurd bij besluit (EU) 2017/1246 van de Commissie van 7 juni 2017 tot goedkeuring van de afwikkelingsregeling voor Banco Popular Español S.A. (PB 2017, L 178, blz. 15; hierna: „goedkeuringsbesluit”).

[4] De andere proefzaken zijn: (1) Arrest van 1 juni 2022, Del Valle Ruíz e.a./Commissie en GAR (T-510/17, EU:T:2022:312). De hogere voorziening daartegen in zaak C-539/22 P, Del Valle Ruíz e.a./Commissie en GAR was wel ingesteld, maar is ingetrokken op 22 juli 2023. (2) Arrest van 1 juni 2022, Aeris Invest/Commissie en GAR (T-628/17, EU:T:2022:315). De hogere voorziening tegen dat arrest is aanhangig in zaak C-535/22 P, Aeris Invest/Commissie en GAR. (3) Arrest van 1 juni 2022, Algebris (UK) en Anchorage Capital Group/Commissie (T-570/17, EU:T:2022:314). Tegen dat arrest is geen hogere voorziening ingesteld. (4) Arrest van 1 juni 2022, Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno en SFL/GAR (T-481/17, EU:T:2022:311). Tegen dat arrest zijn momenteel twee hogere voorzieningen aanhangig. Ten eerste in zaak C-551/22 P, Commissie/GAR. Zie conclusie van advocaat-generaal Ćapeta in zaak Commissie/GAR (C-551/22 P, EU:C:2023:846). Ten tweede in zaak C-448/22 P, SFL/GAR. (5) Beschikking van 24 oktober 2019, Liaño Reig/GAR (T-557/17, EU:T:2019:771). Die beschikking is in hogere voorziening bevestigd door het Hof, dat bij arrest van 4 maart 2021, Liaño Reig/GAR (C-947/19 P, EU:C:2021:172), heeft geoordeeld dat het Gerecht geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat de litigieuze bepaling niet scheidbaar was van de afwikkelingsregeling van de GAR.

[5] Tegen het arrest van 1 juni 2022, Aeris Invest/Commissie en GAR (T-628/17, EU:T:2022:315; hierna: „parallel bestreden arrest”).

[6] Volgens het Hof heeft „het toezicht van het Hof in het kader van een hogere voorziening met name tot doel […] na te gaan of het Gerecht rechtens genoegzaam heeft geantwoord op alle door de verzoeker aangevoerde argumenten”. Arrest van 11 november 2021, Autostrada Wielkopolska/Commissie en Polen (C-933/19 P, EU:C:2021:905, punt 50).

of het Gerecht de relevante bepalingen van de GAM-verordening juist heeft uitgelegd en, ten tweede, of het de afwikkelingsregeling, zoals opgesteld door de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) en goedgekeurd door de Commissie, toereikend heeft getoetst.

6. De relevante toetsingsmaatstaf is recentelijk door het Hof bevestigd in de zaak Crédit lyonnais [7]. In die zaak heeft het Hof vastgesteld dat de Unierechter zijn eigen beoordeling niet in de plaats mag stellen van die van een autoriteit van de Unie. Hij moet daarentegen nagaan of het besluit op feitelijk juiste gegevens berust en geen blijk geeft van kennelijk onjuiste beoordelingen of misbruik van bevoegdheid. [8]

7. Die maatstaf vindt steun in de vereisten van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"). Rechterlijke toetsing die doeltreffend is en de rechten van de verdediging waarborgt, „vereist dat de belanghebbende kennis kan nemen van de gronden waarop het tegen hem genomen besluit is gebaseerd, hetzij door lezing van het besluit zelf, hetzij doordat de redenen hem op zijn verzoek worden meegedeeld, onverminderd het recht van de bevoegde rechter om te eisen dat de betrokken autoriteit hem die redenen meedeelt, teneinde die belanghebbende de mogelijkheid te bieden zijn rechten onder zo goed mogelijke omstandigheden te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of hij er baat bij heeft om zich tot de bevoegde rechter te wenden". [9]

8. Uitgaande van bovenstaande overwegingen zal ik het Hof in overweging geven om de twee bestreden arresten te bevestigen.

II. Feitelijke achtergrond van de procedure bij het Gerecht

9. De voor de onderhavige hogere voorziening relevante feiten, die in de punten 25 tot en met 83 van het bestreden arrest nader zijn uiteengezet, kunnen als volgt worden samengevat.

10. De financiële situatie van Banco Popular begon te verslechteren in 2016. Op 5 december 2016 heeft de GAR tijdens zijn bestuursvergadering een afwikkelingsplan voor de groep Banco Popular vastgesteld. Het afwikkelingsinstrument waaraan in het afwikkelingsplan 2016 de voorkeur werd gegeven, was het in artikel 27 van de GAM-verordening vermelde instrument van bail-in. Bij de afwikkeling die uiteindelijk heeft plaatsgevonden is van dat plan evenwel geen gebruikgemaakt.

11. In april 2017 heeft Banco Popular een onderhandse verkoopprocedure gelanceerd met het oog op verkoop aan een sterke concurrent, waardoor haar financiële positie zou worden hersteld. De uiterste datum voor het uitbrengen van een bod door mogelijkerwijs in de overname van Banco Popular geïnteresseerde kopers werd vastgesteld op 10 juni 2017 en vervolgens uitgesteld tot eind juni 2017. Bij brief van 16 mei 2017 heeft Banco Santander SA aan Banco Popular meegedeeld dat zij niet in staat was een bindend bod uit te brengen in het kader van de onderhandse verkoopprocedure.

[7] Arrest van 4 mei 2023, ECB/Crédit lyonnais (C-389/21 P, EU:C:2023:368). Het Gerecht heeft deze benadering ook gevolgd in het bestreden arrest, punten 110-115, en in het parallelle bestreden arrest, punten 115-119.

[8] Arrest van 4 mei 2023, ECB/Crédit lyonnais (C-389/21 P, EU:C:2023:368, punt 55).

[9] Arrest van 24 november 2020, minister van Buitenlandse Zaken (C-225/19 en C-226/19, EU:C:2020:951, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12. Op 23 mei 2017 heeft de voorzitter van de GAR, Elke König, een interview gegeven aan de televisiezender Bloomberg, waarin haar onder meer werd gevraagd naar de situatie van Banco Popular.

13. In mei 2017 werd door verschillende nieuwsmedia, waaronder Reuters, bericht over de problemen van Banco Popular. In het door Reuters gepubliceerde artikel stond onder meer dat volgens een niet bij name genoemde ambtenaar van de Unie een van Europa's belangrijkste waakhonden voor banken de ambtenaren van de Unie had gewaarschuwd dat Banco Popular mogelijkerwijs zou moeten worden afgewikkeld indien zij er niet in zou slagen een koper te vinden. Volgens dat artikel zei die ambtenaar ook dat de voorzitter van de GAR kort voordien een „vroegtijdige waarschuwing" had afgegeven en had verklaard dat de GAR de procedure (Banco Popular) nauwlettend monitorde met het oog op een eventuele interventie. Op dezelfde dag heeft de GAR een perscommuniqué gepubliceerd waarin de inhoud van dat artikel werd tegengesproken.

14. Tijdens de eerste dagen van juni 2017 werd Banco Popular geconfronteerd met massale geldopnamen.

15. Op 3 juni 2017 heeft de GAR tijdens zijn bestuursvergadering het tot het Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (fonds voor de ordelijke herstructurering van bankinstellingen; hierna: „FROB") gerichte besluit SRB/EES/2017/06 vastgesteld, dat de verkoop van Banco Popular betreft. De GAR heeft zijn goedkeuring gehecht aan de onmiddellijke lancering van de verkoop van Banco Popular door het FROB en het FROB gewezen op de voorwaarden voor de verkoop overeenkomstig artikel 39 van richtlijn 2014/59[10]. De GAR heeft er met name op gewezen dat het FROB contact moest opnemen met de vijf potentiële kopers die waren uitgenodigd om in het kader van de eerdere onderhandse verkoopprocedure, die in handen was van Banco Popular, een bod uit te brengen. Van de vijf potentiële kopers hebben er twee besloten om niet aan de verkoopprocedure deel te nemen en is er één door de Europese Centrale Bank (ECB) uitgesloten om prudentiële redenen.

16. Op 5 juni 2017 heeft de GAR overeenkomstig artikel 20, lid 5, onder a), van de GAM-verordening een eerste waardering opgesteld (hierna: „eerste waardering"), die tot doel had vast te stellen of aan de afwikkelingsvoorwaarden was voldaan. Die waardering werd uitgevoerd door Deloitte, die door de GAR op 23 mei 2017 was aangesteld als onafhankelijke deskundige.

17. Op 5 juni 2017 heeft Banco Popular wegens aanzienlijke liquiditeitsbewegingen 's ochtends een eerste verzoek om noodliquiditeitssteun (hierna: „NLS") ingediend bij de Banco de España (centrale bank van Spanje), gevolgd door een tweede verzoek in de namiddag, waarin het gevraagde bedrag werd verhoogd. Op verzoek van de Banco de España heeft de Raad van bestuur van de ECB, na de op diezelfde dag door de ECB verrichte beoordeling van het verzoek van Banco Popular om NLS, geen bezwaar gemaakt tegen het verstrekken van NLS aan Banco Popular voor de periode tot en met 8 juni 2017. Banco Popular heeft een deel van deze NLS ontvangen, maar de Banco de España kon Banco Popular het resterende bedrag van de NLS niet geven.[11]

[10] Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PB 2014, L 173, blz. 190; hierna: „richtlijn 2014/59").

[11] Uit de feiten in deze zaak kan op geen enkele manier worden opgemaakt waarom de Banco de España niet het volledige bedrag van de NLS kon verschaffen aan Banco Popular.

18. Op 6 juni 2017 heeft de ECB vastgesteld dat Banco Popular zou falen of waarschijnlijk zou falen in de zin van artikel 18, lid 4, onder c), van de GAM-verordening en heeft zij die beoordeling overeenkomstig artikel 18, lid 1, derde alinea, van de GAM-verordening meegedeeld aan de GAR. [12]

19. Op dezelfde dag heeft Deloitte de GAR een tweede waardering (hierna: „tweede waardering") doen toekomen overeenkomstig artikel 20, lid 10, van de GAM-verordening. De tweede waardering had tot doel de waarde van de activa en passiva van Banco Popular te bepalen, een inschatting te geven van de behandeling die de aandeelhouders en crediteuren zouden hebben genoten indien er een normale insolventieprocedure ten aanzien van Banco Popular was geopend, en als onderbouwing te dienen voor het besluit over de aandelen en eigendomsinstrumenten die moeten worden overgedragen. [13]

20. Op 7 juni 2017 heeft het FROB de GAR meegedeeld dat het op diezelfde dag om 3.12 uur een bindend bod had ontvangen van Banco Santander om de aandelen van Banco Popular te kopen voor 1 EUR. Het FROB heeft de GAR gesuggereerd om dat bod te aanvaarden.

21. Op 7 juni 2017 heeft de GAR tijdens zijn bestuursvergadering het bod van Banco Santander aanvaard en de afwikkelingsregeling vastgesteld. Het instrument van verkoop van de onderneming werd toegepast [14], op grond waarvan alle bestaande aandelen (tier 1-kernkapitaalinstrumenten) en de aanvullende tier 1-kapitaalinstrumenten van Banco Popular werden afgeschreven. De tier 2-kapitaalinstrumenten werden omgezet in nieuwe aandelen en vervolgens overgedragen aan Banco Santander voor de prijs van 1 EUR.

22. Die regeling werd om 5.13 uur ter goedkeuring voorgelegd aan de Commissie. Om 6.30 uur heeft de Commissie de afwikkelingsregeling bij een tot de GAR gericht besluit goedgekeurd.

23. Op 14 juni 2018 heeft Deloitte de GAR de in artikel 20, leden 16 tot en met 18, van de GAM-verordening geregelde waardering van het verschil in behandeling doen toekomen die zij had uitgevoerd om vast te stellen of aandeelhouders en crediteuren beter zouden zijn behandeld indien er een normale insolventieprocedure ten aanzien van Banco Popular was geopend (hierna: „derde waardering").

24. Op 17 maart 2020 heeft de GAR besluit SRB/EES/2020/52 [15] vastgesteld, waarbij hij heeft bepaald dat de door de afwikkeling van Banco Popular getroffen aandeelhouders en crediteuren krachtens artikel 76, lid 1, onder e), van de GAM-verordening geen recht hadden op compensatie uit het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (hierna: „GAF"). [16]

[12] Een niet-vertrouwelijke versie van die beoordeling kan worden geraadpleegd op https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.2017_FOLTF_ESPOP.en.pdf?ed492d2c6735d43ab422f25ed966d712.

[13] In die waardering is onder meer de economische waarde van Banco Popular geraamd op 1,3 miljard EUR in het beste scenario, op minus 8,2 miljard EUR in het slechtste scenario en op minus 2 miljard EUR voor de beste raming.

[14] Overeenkomstig artikel 24 van de GAM-verordening.

[15] Een samenvatting betreffende dat besluit is op 20 maart 2020 bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2020, C 91, blz. 2), te vinden op: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XX0320(01).

[16] Dat besluit is door een aantal voormalige aandeelhouders van Banco Popular aangevochten. Het Gerecht heeft dat beroep verworpen bij arrest van 22 november 2023, Del Valle Ruíz e.a./GAR (T-302/20, T-303/20 en T-307/20, EU:T:2023:735). Tegen dat arrest is geen hogere voorziening ingesteld.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

25. Met hun beroep, ingesteld bij het Gerecht op 7 augustus 2017, hebben verzoekers in eerste aanleg verzocht om nietigverklaring van de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit, alsmede schadevergoeding, nietigverklaring van de tweede waardering en toekenning van compensatie gevorderd.

26. Op 12 april 2019 zijn het Koninkrijk Spanje en Banco Santander toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie en de GAR.

27. Bij beschikking van 12 mei 2021 heeft het Gerecht de GAR gelast tot overlegging van de volledige versies van de afwikkelingsregeling, de tweede waardering, de door de ECB op 6 juni 2017 verrichte beoordeling van het falen of waarschijnlijke falen van Banco Popular en de brief van de ECB aan Banco Popular van 18 mei 2017. Bij beschikking van 9 juni 2021 heeft het Gerecht na onderzoek van die documenten geoordeeld dat ze voor de beslechting van het geding niet relevant waren en ze uit het dossier verwijderd.

28. Het Gerecht heeft het beroep in zijn geheel ongegrond verklaard.

IV. Procedure bij het Hof

29. Met hun hogere voorziening, ingesteld op 11 augustus 2022, verzoeken rekwiranten het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen;

– hun bij het Gerecht ingestelde vorderingen tot nietigverklaring van de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit toe te wijzen en dientengevolge de Commissie en de GAR te veroordelen tot terugbetaling van hun investeringen in Banco Popular of, subsidiair, hen te veroordelen tot betaling van een compensatie uit hoofde van niet-contractuele aansprakelijkheid;

– de Commissie en de GAR te veroordelen om hun een compensatie te betalen uit hoofde van niet-contractuele aansprakelijkheid;

– de tweede waardering nietig te verklaren en de Commissie en de GAR te veroordelen tot betaling van een compensatie aan hen;

– de Commissie en de GAR te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van de hogere voorziening;

– te gelasten dat de toegekende bedragen worden vermeerderd met compensatoire rente vanaf 23 mei 2017 of, subsidiair, vanaf 7 juni 2017, tot de uitspraak van het arrest, alsook met vertragingsrente vanaf de datum van het arrest, behalve wat betreft de kosten van de onderhavige procedure, die slechts vertragingsrente vanaf de datum van het arrest opleveren;

– hun elke aanvullende compensatie toe te kennen die het Hof passend acht.

30. De Commissie, de GAR, het Koninkrijk Spanje en Banco Santander verzoeken het Hof:

– de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

– rekwiranten te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en in die van de procedure in eerste aanleg.

31. Banco Santander verzoekt het Hof daarnaast om, indien het de hogere voorziening toewijst en het beroep tot nietigverklaring overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie zelf afdoet:

– de draagwijdte van zijn arrest overeenkomstig artikel 264, tweede alinea, VWEU te beperken door de gevolgen van de verkoop van Banco Popular aan Banco Santander te handhaven.

V. Analyse

32. Rekwiranten voeren ter ondersteuning van hun hogere voorziening vier middelen aan. Met het eerste middel wordt betoogd dat het bestreden arrest een onjuiste uitlegging en toepassing van artikel 18 van de GAM-verordening bevat. Volgens het tweede middel wordt artikel 20 van de GAM-verordening onjuist uitgelegd en toegepast in het bestreden arrest. Met hun derde middel vorderen rekwiranten schadevergoeding uit hoofde van de nietigverklaring krachtens artikel 264 VWEU van het in eerste aanleg aangevochten besluit. Met het vierde middel ten slotte wordt aangevoerd dat het bestreden arrest fouten bevat met betrekking tot de onafhankelijke vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie.

33. Zoals ik reeds heb gezegd, moet mijn conclusie in de onderhavige hogere voorziening worden gelezen in samenhang met de parallelle conclusie. Zo is het eerste middel van de onderhavige hogere voorziening geanalyseerd in de punten 20 tot en met 48 van de parallelle conclusie, terwijl het vijfde en het zesde onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening[17] worden behandeld in de punten 49 tot en met 86 van die conclusie.

34. De overige middelen in hogere voorziening hebben ten eerste betrekking op gestelde schendingen van artikel 20 van de GAM-verordening, die ik zal behandelen in deel A. Ten tweede hebben zij betrekking op een verzoek om schadevergoeding, dat ik zal onderzoeken in deel B. Ten slotte beroepen rekwiranten zich ook op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie, waarop ik zal ingaan in deel C.

35. In de analyse hieronder zal ik uiteenzetten waarom het Hof de hogere voorziening in haar geheel dient af te wijzen.

[17] Waarbij rekwirante in de parallelle hogere voorziening betoogt dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen en artikel 47 van het Handvest heeft geschonden.

A. Artikel 20 van de GAM-verordening

36. Met de eerste vier onderdelen van hun tweede middel betogen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting[18] bij zijn uitlegging van artikel 20 van de GAM-verordening en de toepassing ervan op de verschillende waarderingen van Banco Popular. Ter herinnering: de afwikkelingsprocedure van Banco Popular omvatte drie waarderingen.[19]

37. Zoals het Hof heeft bevestigd in de zaak Aeris Invest/GAR[20], verwijst artikel 20 van de GAM-verordening naar twee typen waarderingen. De eerste (voorlopige) waardering wordt geregeld door artikel 20, leden 1 tot en met 15, van de GAM-verordening. De tweede (definitieve) waardering wordt geregeld door artikel 20, leden 16 tot en met 18, van de GAM-verordening en moet worden uitgevoerd door een onafhankelijke persoon.

38. Het Hof heeft geoordeeld dat de eerste en de tweede waardering bij de afwikkeling van Banco Popular binnen de eerste categorie vallen terwijl de derde waardering binnen de tweede categorie valt.[21]

39. Ten eerste stellen rekwiranten dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de eerste en de tweede waardering eerlijk, prudent en realistisch waren in de zin van artikel 20, lid 1, van de GAM-verordening.

40. Het Gerecht heeft er mijns inziens terecht op gewezen[22] dat de eerste en de tweede waardering een voorlopig karakter hadden en daardoor noodzakelijkerwijs onzekere of benaderende informatie bevatten.

41. In werkelijkheid heeft het Gerecht de tweede waardering met betrekking tot elke categorie activa uitvoerig onderzocht en daarbij rekening gehouden met de spoedeisende situatie en de context waarin Deloitte de waardering had uitgevoerd.[23]

42. Ten slotte heeft het Gerecht mijns inziens terecht verwezen naar de verschillende doelstellingen van de eerste en de tweede waardering en naar de verschillende tijdstippen waarop zij werden opgesteld (en het verschil in beschikbare informatie), en is het dan ook op goede gronden tot de slotsom gekomen dat ze elkaar niet tegenspraken.[24]

43. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht artikel 20, lid 1, van de GAM-verordening juist heeft uitgelegd en toegepast.

[18] Bestreden arrest, punten 279-282 en punten 346-425.

[19] Zie punten 16, 19, 23 en 24 hierboven.

[20] Arrest van 21 december 2021, Aeris Invest/GAR (C-874/19 P, EU:C:2021:1040, punten 70 en 71).

[21] Ibidem, punt 72.

[22] Bestreden arrest, punten 294, 347 en 357.

[23] Het Hof heeft geoordeeld dat „[d]e mate van nauwkeurigheid waarmee een beschikking moet worden gemotiveerd, [afhangt] van de praktische mogelijkheden en de technische omstandigheden en van de termijn waarbinnen zij tot stand moet komen". Arrest van 6 november 2012, Éditions Odile Jacob/Commissie (C-551/10 P, EU:C:2012:681, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[24] Zie ook de analyse in de parallelle conclusie inzake waarderingen en de motiveringsplicht, punten 54-70.

44. Ten tweede stellen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting [25] door te oordelen dat de eerste en de tweede waardering niet in strijd waren met de vereisten van artikel 20, lid 5, van de GAM-verordening. [26]

45. Wat de in artikel 20, lid 5, onder a), van de GAM-verordening uiteengezette doelstelling betreft, heeft het Gerecht vastgesteld dat de GAR die doelstelling in de eerste waardering had onderzocht door na te gaan of aan de afwikkelingsvoorwaarden in de zin van artikel 18, lid 1, onder a), van die verordening was voldaan. [27] Het betoog van rekwiranten bevat geen elementen die de juistheid van de analyse van het Gerecht in twijfel kunnen trekken.

46. Het Gerecht heeft ook de overeenstemming van de tweede waardering met de doelstellingen van artikel 20, lid 5, onder b), f) en g), van de GAM-verordening juist geanalyseerd, aangezien Deloitte in die waardering wezenlijk dezelfde doelstellingen had genoemd onder verwijzing naar artikel 36, lid 4, onder b), f) en g), van richtlijn 2014/59. [28]

47. Rekwiranten hebben gelijk wanneer zij stellen dat het Gerecht in punt 298 van het bestreden arrest ten onrechte heeft verklaard dat met betrekking tot de doelstelling van artikel 20, lid 5, onder c), van de GAM-verordening geen enkel specifiek argument was aangevoerd. [29]

48. Het Gerecht heeft echter terecht verwezen naar artikel 20, lid 10, van de GAM-verordening, volgens hetwelk de voorlopige waardering „voldoet aan de in lid 4 opgenomen vereisten en, voor zover dit gezien de omstandigheden redelijkerwijze haalbaar is, aan de in de leden 1, 7 en 9 opgenomen vereisten". Die bepaling verwijst niet naar artikel 20, lid 5. Voorts heeft het Gerecht ook terecht aangegeven dat artikel 20, lid 11, van de GAM-verordening van belang was omdat daarin wordt bepaald dat waarderingen die niet aan de vereisten van artikel 20, lid 5, voldoen, zoals dat het geval was voor de eerste en de tweede waardering, als voorlopig moeten worden beschouwd.

49. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht artikel 20, lid 5, van de GAM-verordening juist heeft uitgelegd.

50. Ten derde stellen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de tweede waardering niet in strijd was met de vereisten van artikel 20, leden 7 en 9, van de GAM-verordening.

[25] Bestreden arrest, punten 286-304.

[26] De waardering heeft volgens artikel 20, lid 5, van de GAM-verordening tot doel: „(a) als onderbouwing te dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling of aan de voorwaarden voor de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten; (b) als aan de afwikkelingsvoorwaarden is voldaan, als onderbouwing te dienen voor het besluit welke de passende afwikkelingsmaatregel is die ten aanzien van een in artikel 2 bedoelde entiteit moet worden genomen; (c) wanneer de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend, als onderbouwing te dienen voor het besluit over de omvang van de intrekking of verwatering van eigendomsinstrumenten, en de omvang van de afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten; […] (f) wanneer het instrument van verkoop van de onderneming wordt toegepast, als onderbouwing te dienen voor het besluit over de activa, de rechten, de passiva, of eigendomsinstrumenten die moeten worden overgedragen, alsook mede vorm te geven aan de opvatting van de [GAR] over wat commerciële voorwaarden zijn voor de toepassing van artikel 24, lid 2, punt b); (g) er in alle gevallen zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig is erkend op het ogenblik waarop de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast of de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend".

[27] Bestreden arrest, punten 292 en 293.

[28] Bestreden arrest, punten 300 en 301.

[29] Zij verwijzen naar de punten 61-66 van hun repliek in eerste aanleg, waarin wel degelijk op die doelstelling is ingegaan.

51. Het Gerecht heeft vastgesteld dat in artikel 20, lid 10, van de GAM-verordening, dat betrekking heeft op voorlopige waarderingen, staat dat aan de leden 1, 7 en 9 van dat artikel moet worden voldaan „voor zover dit gezien de omstandigheden redelijkerwijze haalbaar is”. [30]

52. „Voor zover redelijkerwijze haalbaar” dekt mijns inziens dan ook effectief het feit dat de waardering op geconsolideerde basis werd verricht veeleer dan voor elke entiteit van de groep Banco Popular, hetgeen, zoals het Gerecht terecht verklaart, niet wordt vereist door artikel 20, lid 7, van de GAM-verordening. [31]

53. Het Gerecht heeft ook niet ten onrechte geoordeeld dat de tweede waardering, zonder dat daarin de onderverdeling van crediteuren in categorieën was opgenomen, voldeed aan artikel 20, lid 9, van de GAM-verordening, aangezien die informatie pas bij de derde waardering beschikbaar was. [32]

54. Ten vierde stellen rekwiranten dat het Gerecht artikel 20, leden 10 en 11, van de GAM-verordening onjuist heeft uitgelegd en toegepast ten aanzien van de tweede waardering. Zij betogen dat, aangezien er na de tweede waardering (die een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 20, lid 10, van de GAM-verordening) geen definitieve waardering ex post werd verricht (in strijd met artikel 20, lid 11, tweede zin, van de GAM-verordening), de afwikkelingsregeling, die op een dergelijke voorlopige waardering was gebaseerd, ongeldig is.

55. De GAR heeft in antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht bevestigd dat hij geen definitieve waardering ex post zou uitvoeren omdat dit geen praktisch doel diende in het kader van artikel 20, lid 11, van de GAM-verordening. [33]

56. Het Gerecht heeft zich gebaseerd op artikel 20, lid 13, van de GAM-verordening, waarin staat dat „een overeenkomstig de leden 10 en 11 verrichte voorlopige waardering voor de [GAR] een geldige basis [vormt] om tot afwikkelingsmaatregelen te besluiten”, om vast te stellen dat het ontbreken van een waardering ex post de wettigheid van de afwikkelingsregeling niet aantast. [34] Voorts heeft het Gerecht geoordeeld dat een waardering die *na* de vaststelling van de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit zou zijn uitgevoerd, geen afbreuk kan doen aan de wettigheid van die handelingen. [35]

57. Gelet op de vaststellingen van het Hof in de zaak Aeris Invest/GAR [36], ben ik van mening dat het Gerecht artikel 20, leden 10 en 11, van de GAM-verordening juist heeft uitgelegd en toegepast.

58. Concluderend geef ik het Hof in overweging om de eerste vier onderdelen van het tweede middel ongegrond te verklaren.

30 Bestreden arrest, punt 414.

31 Bestreden arrest, punt 415.

32 Bestreden arrest, punten 421 en 422.

33 De GAR heeft ook verklaard dat de in artikel 20, lid 12, van de GAM-verordening bedoelde compenserende functie van een dergelijke waardering ex post niet geldt voor de onderhavige afwikkelingsmaatregel. Het Hof heeft bij arrest van 21 december 2021, Aeris Invest/GAR (C-874/19 P, EU:C:2021:1040, punten 80-82), bevestigd dat artikel 20, lid 12, van de GAM-verordening niet van toepassing is op het instrument van verkoop van de onderneming.

34 Bestreden arrest, punt 280.

35 Onder verwijzing, in de punten 281 en 282 van het bestreden arrest, naar het arrest van 3 september 2015, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Commissie (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Arrest van 21 december 2021, Aeris Invest/GAR (C-874/19 P, EU:C:2021:1040).

B. Schadevordering

59. Met hun derde middel in hogere voorziening verklaren rekwiranten eenvoudigweg, in één enkele alinea, dat zij hun argumenten met betrekking tot het verzoek om schadevergoeding handhaven.

60. Ofschoon rekwiranten de relevante punten van het parallelle bestreden arrest vermelden, verwijzen zij slechts in het algemeen naar hun verzoek om schadevergoeding en naar artikel 264 VWEU, zonder dat zij aangeven welke fout het Gerecht zou hebben gemaakt. [37]

61. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt uit artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU, uit artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, alsook uit artikel 168, lid 1, onder d), en artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven. [38]

62. Ik geef het Hof dan ook in overweging om dit middel kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren.

C. Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie

63. Met hun vierde middel voeren rekwiranten twee argumenten aan. Ten eerste betogen zij dat het Gerecht heeft verzuimd vast te stellen dat de GAR inbreuk had gemaakt op de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 88 van de GAM-verordening en artikel 339 VWEU. De inbreuk ziet op het interview dat de voorzitter van de GAR, Elke König, op 23 mei 2017 had gegeven aan Bloomberg en op het vermeende lek waardoor informatie door verschillende media was gepubliceerd. [39] Zij stellen ook dat de GAR en de Commissie hun geheimhoudingsplicht niet zijn nagekomen door passief te blijven en geen intern onderzoek in te stellen naar de vermeende lekken die bleken uit een artikel van Reuters.

64. Ten tweede betogen zij dat het Gerecht hun betwisting van de tweede waardering en de daaruit voortvloeiende schadevordering ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.

65. Wat het eerste argument betreft, stellen rekwiranten, in tegenstelling tot hetgeen het Gerecht in punt 613 van het bestreden arrest heeft verklaard, dat de informatie dat Banco Popular onder toezicht stond, op zich vertrouwelijk was.

66. In overweging 116 van de GAM-verordening wordt uiteengezet welke informatie vertrouwelijk kan worden geacht: de inhoud en de details van afwikkelingsplannen en de resultaten van de evaluatie van die plannen, en alle informatie die met betrekking tot een besluit

[37] Wat leidt tot niet-ontvankelijkheid volgens de rechtspraak van het Hof in het arrest van 28 april 2022, Changmao Biochemical Engineering/Commissie (C-666/19 P, EU:C:2022:323, punten 187-189). Bovendien voldoet „[e]en hogere voorziening die geen argumenten naar voren brengt waarin specifiek wordt aangegeven op welk punt het arrest of de beschikking in kwestie op een onjuiste rechtsopvatting zou berusten, […] niet aan dat vereiste". Arrest van 14 oktober 2021, NRW. Bank/GAR (C-662/19 P, EU:C:2021:846, punt 36).

[38] Arrest van 21 oktober 2020, ECB/Estate of Espírito Santo Financial Group (C-396/19 P, EU:C:2020:845, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[39] Het Gerecht heeft zijn analyse beperkt tot het interview met Bloomberg en het door Reuters gepubliceerde artikel omdat verzoekers in eerste aanleg niet hadden aangegeven welke andere lekken van de GAR afkomstig waren. Bestreden arrest, punt 610.

wordt verstrekt voordat het besluit wordt genomen, bijvoorbeeld over de vraag of aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, over het gebruik van een bepaald afwikkelingsinstrument of over een maatregel in de loop van de procedure.

67. Het Gerecht heeft de informatie die de voorzitter van de GAR in het interview had gedeeld, onderzocht. Zij heeft met name het volgende verklaard: „Wel, ik spreek mij nooit uit over individuele banken. Op onze radar staat meer dan één bank en uiteraard is ook Banco Popular een geval dat we in de gaten houden, maar het is niet het enige.” [40]

68. Het Gerecht heeft vastgesteld dat die opmerkingen van algemene aard waren en dat de „informatie dat Banco Popular als kredietinstelling die onder het gemeenschappelijk toezichtmechanisme valt, ‚in de gaten gehouden' werd, […] niet vertrouwelijk” was. [41] Het Gerecht heeft daaraan toegevoegd dat de informatie dat de ECB bij Banco Popular een inspectie had uitgevoerd, reeds openbaar was. [42]

69. Mijns inziens heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de verklaringen van de voorzitter van de GAR ruim genoeg waren om niet te onthullen dat Banco Popular aan het bepalen was of aan de afwikkelingsvoorwaarden was voldaan, welke informatie vertrouwelijk zou zijn volgens overweging 116 van de GAM-verordening.

70. Wat het artikel van Reuters betreft, heeft het Gerecht in de punten 619 tot en met 643 van het bestreden arrest geoordeeld dat niet was aangetoond dat een medewerker van de GAR de bron van het lek was, en dat het stilzitten van de GAR door de gelekte informatie te negeren geen bewijs was dat de GAR verantwoordelijk was voor dat lek.

71. Verder heeft het Gerecht er in punt 623 van het bestreden arrest terecht op gewezen dat verzoekers in eerste aanleg „niet [preciseerden] welke informatie in voormeld artikel vertrouwelijk was, noch in hoeverre de openbaarmaking ervan een schending van de vereisten inzake beroepsgeheim van de GAR of de Commissie opleverde”.

72. In punt 625 van het bestreden arrest heeft het Gerecht bovendien verklaard dat de GAR een perscommuniqué had uitgebracht waarin de in het artikel van Reuters gegeven extensieve interpretatie van het interview met de voorzitter van de GAR werd tegengesproken.

73. Voorts heeft het Gerecht in de punten 628 tot en met 632 van het bestreden arrest verwezen naar andere publiekelijk beschikbare informatie waaruit bleek dat het artikel van Reuters geen vertrouwelijke informatie onthulde.

74. Ten slotte heeft het Gerecht in punt 637 van het bestreden arrest vastgesteld dat verzoekers in eerste aanleg niet hadden aangetoond dat een ambtenaar van de GAR of de Commissie de informatie naar Reuters had gelekt, aangezien zij voor die beschuldiging geen enkel bewijselement hadden aangedragen.

75. Rekwiranten betogen ook dat het Gerecht een aantal feiten onjuist heeft beoordeeld, zonder evenwel een onjuiste opvatting van die feiten aan te voeren. Dit betreft de vergelijking van de uit het interview met Bloomberg naar voren gekomen feiten met die in het artikel van Reuters, alsook de vermeende informatielekken naar de Spaanse administratieve autoriteiten.

[40] Bestreden arrest, punt 612.

[41] Ibidem, punt 613.

[42] Ibidem, punt 614.

76. Ik acht die argumenten niet-ontvankelijk, aangezien het Hof niet bevoegd is om de feiten vast te stellen, noch om de bewijzen te onderzoeken, tenzij rekwiranten betogen dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat en dat een dergelijke onjuiste opvatting duidelijk uit de processtukken blijkt. [43]

77. Bovendien moet de partij die aanvoert dat het Gerecht de bewijzen onjuist heeft opgevat, precies aangeven welke elementen volgens hem onjuist zijn opgevat en welke fouten in de analyse het Gerecht tot die onjuiste opvatting hebben gebracht. [44]

78. Rekwiranten beperken zich ertoe de reeds door het Gerecht beoordeelde feiten te kwalificeren, zonder aan te tonen dat die rechter de bewijzen onjuist heeft opgevat.

79. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat de GAR en de Commissie hun geheimhoudingsplicht uit hoofde van artikel 88 van de GAM-verordening en artikel 339 VWEU zijn nagekomen.

80. Voor het geval het Hof anders oordeelt, moet nog worden ingegaan op het gestelde causale verband tussen de niet-nakoming en de aan rekwiranten berokkende schade.

81. Rekwiranten stellen dat het Gerecht in de punten 653 tot en met 674 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat er tussen de niet-nakoming van de geheimhoudingsplicht en het feit dat Banco Popular in afwikkeling werd geplaatst, geen causaal verband bestond.

82. Mijns inziens heeft het Gerecht er terecht op gewezen dat de liquiditeitsproblemen van Banco Popular reeds ernstig waren voordat op 23 mei 2017 het interview plaatsvond en dat de liquiditeitscrisis bij Banco Popular werd veroorzaakt door meerdere factoren die hun oorsprong vonden in de in februari en april 2017 bekendgemaakte slechte resultaten van de bank.

83. Ik meen dat het Gerecht onder verwijzing naar de rechtspraak inzake het causale verband op goede gronden tot de slotsom is gekomen dat verzoekers in eerste aanleg geen voldoende rechtstreeks verband tussen de schade en het verweten gedrag hadden aangetoond, in die zin dat het de belangrijkste oorzaak van de schade moet zijn. [45]

84. Ik ben dan ook van mening dat het eerste onderdeel van het vierde middel in hogere voorziening moet worden afgewezen.

85. Wat het tweede argument betreft, heeft het Gerecht verwezen naar artikel 20, lid 15, van de GAM-verordening [46] en is het tot de slotsom gekomen dat de tweede waardering niet kon worden aangevochten met een zelfstandig beroep. [47]

[43] Arresten van 2 september 2010, Commissie/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, punt 63), en 29 oktober 2015, Commissie/ANKO (C-78/14 P, EU:C:2015:732, punt 54).

[44] Arrest van 10 november 2022, Commissie/Valencia Club de Fútbol (C-211/20 P, EU:C:2022:862, punt 55).

[45] Bestreden arrest, punt 655, waarin wordt verwezen naar het arrest van 11 juli 2019, BP/FRA (T-838/16, EU:T:2019:494, punt 217 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[46] „De waardering vormt een integrerend onderdeel van het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen of een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen of van het besluit om de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten uit te oefenen De waardering zelf is niet vatbaar voor een afzonderlijk beroep, maar kan vatbaar zijn voor een beroep samen met het besluit van de [GAR]."

[47] Bestreden arrest, punten 680-682.

86. Bovendien heeft het Gerecht hun schadevordering niet-ontvankelijk verklaard omdat de GAM-verordening niet voorziet in de mogelijkheid om schade te vorderen en verzoekers in eerste aanleg niet hadden gepreciseerd wat de precieze omvang van de schade of het precieze bedrag van de gevorderde schadevergoeding was. Het Gerecht heeft die vaststelling onderbouwd door erop te wijzen dat verzoekers in eerste aanleg hun vordering niet hadden gestructureerd met betrekking tot de voorwaarden voor vaststelling van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie in de zin van artikel 340 VWEU. [48]

87. Ik geef het Hof dan ook in overweging om de vaststellingen van het Gerecht te bevestigen wat het tweede onderdeel van het vierde middel in hogere voorziening betreft.

VI. Conclusie

88. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– rekwiranten te verwijzen in de kosten.

[48] Bestreden arrest, punten 685, 689 en 697.