ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

21 december 2021 *

„Hogere voorziening – Economische en Monetaire Unie – Bankenunie – Herstel en afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen – Gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme voor kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen (GAM) – Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) – Afwikkelingsprocedure die van toepassing is indien een entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen – Vaststelling van een afwikkelingsregeling voor Banco Popular Español SA – Instrument van verkoop van de onderneming – Afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten – Verordening (EU) nr. 806/2014 – Artikel 20 – Begrip ‚definitieve waardering' – Gevolgen – Weigeren of nalaten van een definitieve waardering ex post – Beroepsmogelijkheden – Beroep tot nietigverklaring"

In zaak C-874/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 28 november 2019,

Aeris Invest Sàrl, gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), aanvankelijk vertegenwoordigd door R. Vallina Hoset en A. Sellés Marco, abogados, vervolgens door R. Vallina Hoset, E. Galán Burgos en M. Varela Suárez, abogados,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR), vertegenwoordigd door J. King, L. Pogarcic Mataija en E. Muratori als gemachtigden, bijgestaan door F. Louis en G. Barthet, avocats, en door H.-G. Kamann en L. Hesse, Rechtsanwälte,

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Prechal, president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, J. Passer, F. Biltgen, L. S. Rossi en N. Wahl (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

* Procestaal: Frans.

griffier: M. Krausenböck, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 april 2021,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 juli 2021,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt Aeris Invest Sàrl om vernietiging van de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie van 10 oktober 2019, Aeris Invest/GAR (T-599/18, EU:T:2019:740, niet gepubliceerd; hierna: „bestreden beschikking"), houdende niet-ontvankelijkverklaring van haar beroep tot nietigverklaring van de vermeende weigering van de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) om een definitieve waardering ex post van Banco Popular Español SA (hierna: „Banco Popular") te verrichten, waarover rekwirante per brief van 14 september 2018 was geïnformeerd.

Toepasselijke bepalingen

2 Overweging 64 van 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) luidt:

„Het is belangrijk dat de verliezen bij het falen van de entiteit worden onderkend. De waardering van de activa en passiva van falende entiteiten moet berusten op eerlijke, prudente en realistische aannamen op het moment dat de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast. De financiële toestand van de entiteit mag echter geen gevolgen hebben voor de waardering van de passiva. In spoedeisende situaties moet het mogelijk zijn dat de afwikkelingsraad een snelle waardering uitvoert van de activa of passiva van een falende entiteit. Deze waardering dient voorlopig te zijn en te gelden totdat er een onafhankelijke waardering is uitgevoerd."

3 Artikel 20 van verordening nr. 806/2014 draagt het opschrift „Waardering ten behoeve van de afwikkeling" en bepaalt het volgende:

„1. Alvorens een besluit te nemen over afwikkelingsmaatregelen of over het uitoefenen van de bevoegdheid om relevante kapitaalinstrumenten af te schrijven of om te zetten, draagt de afwikkelingsraad er zorg voor dat een eerlijke, prudente en realistische waardering van de activa en passiva van een in artikel 2 bedoelde entiteit wordt verricht door een persoon die onafhankelijk is van een overheidsinstantie, daaronder begrepen de afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteit, alsook van de betrokken entiteit.

2. Behoudens lid 15 wordt de waardering als definitief beschouwd, mits aan alle vereisten van de leden 1 en 4 tot en met 9 is voldaan.

3. Indien onafhankelijke waardering overeenkomstig lid 1 onmogelijk is, mag de afwikkelingsraad overeenkomstig lid 10 van dit artikel een voorlopige waardering van de activa en passiva van de in artikel 2 bedoelde entiteit verrichten.

4. De waardering heeft tot doel de waarde te bepalen van de activa en passiva van een in artikel 2 bedoelde entiteit die voldoet aan de in de artikelen 16 en 18 genoemde voorwaarden voor afwikkeling.

5. De waardering heeft 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;

[...]

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.

6. Onverminderd de staatssteunregels van de [Europese] Unie is, in voorkomend geval, de waardering gebaseerd op prudente aannamen, onder meer met betrekking tot wanbetalingspercentages en de ernst van de verliezen. Bij de waardering wordt niet uitgegaan van een eventuele toekomstige toekenning van buitengewone openbare financiële steun, noodliquiditeitssteun van een centrale bank of liquiditeitssteun van een centrale bank onder niet-standaardvoorwaarden inzake zekerheidstelling, looptijd en rentevoet aan een in artikel 2 bedoelde entiteit vanaf het ogenblik waarop een afwikkelingsmaatregel is genomen of de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend. [...]

[...]

7. De waardering wordt aangevuld met de volgende informatie zoals deze voorkomt in de boeken en bescheiden van een in artikel 2 bedoelde entiteit:

a) een geactualiseerde balans en een verslag over de financiële positie van een in artikel 2 bedoelde entiteit;

b) een analyse en een raming van de boekwaarde van de activa;

c) de lijst van de uitstaande buitenbalans- en balansverplichtingen zoals die [voorkomen] in de boeken en bescheiden van een in artikel 2 bedoelde entiteit, met vermelding van de respectieve kredieten en de in artikel 17 bedoelde rangorde van vorderingen.

[...]

9. Bij de waardering wordt de onderverdeling van de crediteuren in categorieën overeenkomstig de in artikel 17 bedoelde rangorde van vorderingen aangegeven, samen met een inschatting van de behandeling die elke categorie van aandeelhouders en crediteuren naar verwachting had gekregen indien een in artikel 2 bedoelde entiteit volgens een normale insolventieprocedure zou zijn geliquideerd. Die raming laat de toepassing van het beginsel van ‚geen schuldeiser in een slechtere positie' bedoeld in artikel 15, lid 1, [onder] g), onverlet.

10. Indien wegens de spoedeisende omstandigheden van de zaak ofwel onmogelijk aan de in leden 7 en 9 opgenomen vereisten kan worden voldaan, ofwel lid 3 van toepassing is, wordt een voorlopige waardering verricht. 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.

De in de eerste alinea bedoelde voorlopige waardering omvat een buffer voor bijkomende verliezen, die passend wordt gemotiveerd.

11. Een waardering die niet aan alle vereisten van lid 1 en de leden 4 tot en met 9 voldoet, wordt als voorlopig beschouwd totdat een onafhankelijk persoon als bedoeld in lid 1 een waardering heeft verricht die ten volle aan alle vereisten van die leden voldoet. Deze definitieve waardering ex post wordt zo spoedig mogelijk verricht. Zij kan hetzij afzonderlijk van de in de leden 16, 17 en 18 bedoelde waardering, hetzij tegelijk met en door dezelfde onafhankelijke persoon als die waardering worden verricht, maar staat los van die waardering.

De definitieve waardering ex post heeft tot doel:

a) er zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen;

b) als onderbouwing te dienen voor het besluit om overeenkomstig lid 12 van dit artikel de vorderingen van de crediteuren terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen.

12. Indien de geschatte definitieve waardering ex post van de nettowaarde van de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit hoger is dan de geschatte voorlopige waardering van de nettowaarde van de activa van die entiteit, kan de afwikkelingsraad de nationale afwikkelingsautoriteit verzoeken:

a) haar bevoegdheid uit te oefenen om de waarde te verhogen van de vorderingen van de crediteuren of [eigenaren] van relevante kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven uit hoofde van het instrument van bail-in;

b) een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer de opdracht te geven een verdere betaling te verrichten van de vergoeding met betrekking tot de activa, de rechten of passiva aan een instelling in afwikkeling of, in voorkomend geval, van de vergoeding met betrekking tot de eigendomsinstrumenten aan de eigenaren van deze eigendomsinstrumenten.

13. Niettegenstaande lid 1 vormt een overeenkomstig de leden 10 en 11 verrichte voorlopige waardering voor de afwikkelingsraad een geldige basis om tot afwikkelingsmaatregelen te besluiten, met inbegrip van instructies aan de nationale afwikkelingsautoriteiten om de zeggenschap over een falende instelling over te nemen, of tot uitoefening van de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van de relevante kapitaalinstrumenten.

14. De afwikkelingsraad stelt regelingen vast en houdt deze in stand om ervoor te zorgen dat de beoordeling met het oog op de toepassing van het instrument van bail-in overeenkomstig artikel 27 en de in de leden 1 tot en met 15 bedoelde waardering gebaseerd zijn op informatie over de activa en passiva van de instelling in afwikkeling die zo actueel en compleet is als redelijkerwijs mogelijk is.

15. 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 afwikkelingsraad.

16. Om te beoordelen of aandeelhouders en crediteuren beter zouden zijn behandeld als er een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling in afwikkeling was geopend, draagt de afwikkelingsraad er zorg voor dat er zo spoedig mogelijk na de uitvoering van de afwikkelingsmaatregel of -maatregelen een waardering door een onafhankelijke persoon als bedoeld in lid 1 wordt verricht. Deze waardering staat los van de waardering die uit hoofde van de leden 1 tot en met 15 wordt verricht.

17. Bij de in lid 16 bedoelde waardering wordt het volgende bepaald:

a) de behandeling die aandeelhouders en crediteuren, of de desbetreffende depositogarantiestelsels, zouden hebben genoten, mocht op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen, een normale insolventieprocedure zijn geopend ten aanzien van een instelling in afwikkeling waarop de afwikkelingsmaatregel of afwikkelingsmaatregelen betrekking had respectievelijk hadden;

b) de daadwerkelijke behandeling die aandeelhouders en crediteuren hebben genoten bij de afwikkeling van een instelling in afwikkeling; en

c) of er sprake is van een verschil tussen de [onder] punt a) van dit lid bedoelde behandeling en de [onder] punt b) van dit lid bedoelde behandeling.

[…]”

Voorgeschiedenis van het geding

4 De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 23 van de bestreden beschikking en kan ten behoeve van de onderhavige procedure als volgt worden samengevat.

5 Rekwirante, Aeris Invest, was aandeelhouder van Banco Popular op het moment dat voor die bank op grond van verordening nr. 806/2014 een afwikkelingsregeling werd getroffen.

6 Met het oog op een afwikkelingsbesluit is Banco Popular overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 806/2014 gewaardeerd. Met dat doel zijn in eerste instantie twee verslagen opgesteld.

7 Het eerste verslag (hierna: „eerste waarderingsverslag"), gedateerd 5 juni 2017, is opgesteld door de GAR op grond van artikel 20, lid 5, onder a), van die verordening en diende als onderbouwing voor de vaststelling of was voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling.

8 Het tweede verslag (hierna: „tweede waarderingsverslag"), gedateerd 6 juni 2017, is overeenkomstig artikel 20, lid 10, van verordening nr. 806/2014 opgesteld door een onafhankelijke deskundige. Deze waardering had tot doel de waarde van de activa en de passiva van Banco Popular te bepalen, een prognose te geven van de behandeling die aandeelhouders en crediteuren zouden genieten als Banco Popular aan een normale insolventieprocedure zou worden onderworpen en als onderbouwing te dienen voor het besluit met betrekking tot de over te dragen aandelen en eigendomsinstrumenten en voor de opvatting van de GAR over wat commerciële voorwaarden waren voor de toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming.

9 Op 7 juni 2017 heeft de GAR besluit SRB/EES/2017/08 betreffende een afwikkelingsregeling voor Banco Popular (hierna: „afwikkelingsbesluit") vastgesteld. Op diezelfde dag heeft de Europese Commissie besluit (EU) 2017/1246 tot goedkeuring van de afwikkelingsregeling voor Banco Popular Español S.A. (PB 2017, L 178, blz. 15) vastgesteld. Eveneens op die dag heeft de Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (fonds voor ordelijke herstructurering van banken; hierna: „FROB") de nodige maatregelen genomen om het afwikkelingsbesluit uit te voeren.

10 Artikel 5, lid 1, van het afwikkelingsbesluit bepaalt:

„De regeling voor de afwikkeling van Banco Popular bestaat in de verkoop van de onderneming krachtens artikel 24 van verordening nr. 806/2014, door overdracht van de aandelen aan een koper. De kapitaalinstrumenten worden onmiddellijk afgeschreven en omgezet, voordat het instrument van verkoop van de onderneming wordt toegepast."

11 Artikel 6 van het afwikkelingsbesluit, over de afschrijving van de kapitaalinstrumenten en het instrument van verkoop van de onderneming, bevat een lid 1, waarin de GAR in wezen besluit:

a) het nominale bedrag van het maatschappelijk kapitaal van Banco Popular af te schrijven met een bedrag van 2 098 429 046 EUR, waardoor 100 % van de aandelen van Banco Popular wordt ingetrokken;

b) de volledige hoofdsom van de door Banco Popular uitgegeven en op de datum van het afwikkelingsbesluit in omloop zijnde aanvullende tier 1-instrumenten om te zetten in nieuw uitgegeven aandelen van Banco Popular, „nieuwe aandelen I" genaamd;

c) de nominale waarde van de „nieuwe aandelen I” tot nul af te schrijven, waardoor 100 % van deze „nieuwe aandelen I” wordt ingetrokken;

d) de volledige hoofdsom van de door Banco Popular uitgegeven en op de datum van het afwikkelingsbesluit in omloop zijnde tier 2-instrumenten om te zetten in nieuw uitgegeven aandelen van Banco Popular, „nieuwe aandelen II” genaamd.

12 Deze afschrijvings- en omzettingsmaatregelen waren volgens artikel 6, lid 3, van het afwikkelingsbesluit gebaseerd op het tweede waarderingsverslag, dat werd bevestigd door de resultaten van een transparant en open verkoopproces door de FROB.

13 In artikel 6, lid 5, van het afwikkelingsbesluit heeft de GAR eveneens gelast om de „nieuwe aandelen II” onbezwaard en zonder enig recht of voorrecht voor een derde voor 1 EUR over te dragen aan Banco Santander SA, en daarbij aangegeven dat de koper reeds had ingestemd met de overdracht.

14 Op 18 september 2017 heeft rekwirante beroep tot nietigverklaring van het afwikkelingsbesluit en van besluit 2017/1246 ingesteld bij het Gerecht. Het beroep is geregistreerd onder nummer T-628/17.

15 Op 4 mei 2018 heeft rekwirante bij de GAR een verzoek ingediend krachtens verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43) om toegang tot het in artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 bedoelde tweede, definitieve waarderingsverslag (hierna: „definitieve waardering ex post”) en het in artikel 20, leden 16 en 17, van die verordening bedoelde eindverslag over de waardering door de onafhankelijke deskundige, om te beoordelen of de aandeelhouders en crediteuren die waren getroffen door het besluit om Banco Popular af te wikkelen, een betere behandeling zouden hebben genoten als ten aanzien van die instelling een normale insolventieprocedure was geopend (hierna: „derde waarderingsverslag”).

16 Op 14 juni 2018 heeft de GAR het derde waarderingsverslag ontvangen.

17 Op 19 juni 2018 heeft de GAR op het in punt 15 van dit arrest genoemde verzoek geantwoord dat hij het derde waarderingsverslag had ontvangen en dat voorafgaand aan bekendmaking een niet-vertrouwelijke versie ervan zou worden opgesteld, alsook dat hij niet beschikte over de definitieve waardering ex post.

18 Op 30 juli 2018 heeft de GAR in het kader van de procedure in zaak T-628/17 als reactie op een maatregel tot organisatie van de procesgang met redenen omkleed aangegeven dat hij geen versie ex post van het eerste waarderingsverslag zou opstellen en dat het tweede waarderingsverslag evenmin gevolgd zou worden door een definitieve waardering ex post.

19 De GAR heeft verduidelijkt dat hij „vanwege de bijzonderheden van de onderhavige zaak tot de conclusie [was] gekomen dat een [definitieve] waardering ex post geen praktisch nut heeft in het kader van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 en evenmin kan leiden tot een besluit tot vergoeding zoals bepaald in artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014”. De GAR heeft verduidelijkt dat een definitieve waardering ex post niet kon worden geëist als de doelstellingen ervan niet konden worden behaald en heeft toegelicht waarom dat het geval was. Het Gerecht heeft dit antwoord op 2 augustus 2018 aan rekwirante betekend.

20 Op diezelfde dag heeft de GAR een schrijven aan de onafhankelijke deskundige gericht, waarin het volgende staat te lezen:

„Na aandachtige bestudering van het rechtskader is de GAR van mening dat het, gezien de omstandigheden waarin Banco Popular wordt afgewikkeld, niet nodig is om een definitieve waardering ex post op te stellen zoals bedoeld in artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, met name omdat een dergelijke waardering geen gevolgen zou hebben voor de verkoop van Banco Popular aan Banco Santander, waarbij de marktprijs van Banco Popular als entiteit is bepaald in een open, eerlijke en transparante procedure."

21 De volgende dag heeft rekwirante de GAR krachtens artikel 265 VWEU aangemaand om een onafhankelijke persoon een definitieve waardering ex post overeenkomstig artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 te doen verrichten.

22 Op 7 augustus 2018 heeft de GAR een mededeling gepubliceerd betreffende de „aankondiging [...] van 2 augustus 2018 betreffende zijn voorlopige besluit over het al dan niet toekennen van een vergoeding aan de aandeelhouders en crediteuren ten aanzien van wie de afwikkelingsmaatregelen aangaande Banco Popular Español [waren] genomen en betreffende de inleiding van de procedure om te worden gehoord (SRB/EES/2018/132)" (PB 2018, C 277 I, blz. 1), vergezeld van het derde waarderingsverslag. De GAR verklaarde daarin het volgende:

„Uit het [derde] waarderingsverslag [...] volgt dat er geen verschil bestaat tussen de feitelijke behandeling van de getroffen aandeelhouders en crediteuren en de behandeling die zij zouden hebben genoten als er op het tijdstip van afwikkeling een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling was geopend. Gezien het voorgaande stelt de GAR in zijn aankondiging voorlopig vast dat hij geen schadevergoeding hoeft te betalen aan de getroffen aandeelhouders en crediteuren [...].

Om definitief te kunnen besluiten of het nodig is een schadevergoeding toe te kennen, verzoekt de GAR de getroffen aandeelhouders en crediteuren met deze aankondiging om gebruik te maken van hun recht om volgens de consultatieprocedure gehoord te worden over bovengenoemd voorlopig besluit van de GAR [...]."

23 Op 10 september 2018 heeft rekwirante op grond van verordening nr. 1049/2001 bij de GAR een verzoek om toegang tot documenten ingediend betreffende alle communicatie tussen de GAR en de Commissie over de definitieve waardering ex post, met name de mededeling waarmee de Commissie in kennis is gesteld van de beslissing van de GAR om die waardering niet te verrichten en, in voorkomend geval, die waarmee om toestemming van de Commissie is verzocht, evenals de antwoorden van de Commissie met, in voorkomend geval, de vermelding of die toestemming was verleend.

24 Bij brief van 14 september 2018 (hierna: „litigieuze brief") heeft de GAR op de in punt 21 van dit arrest genoemde aanmaning van rekwirante geantwoord dat een waardering ex post in het kader van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, gelet op de bijzonderheden van het geval – de inzet van het instrument van verkoop van de onderneming om de aandelen te verkopen – volgens hem geen enkel praktisch doel nut diende en evenmin zou leiden tot een besluit tot vergoeding zoals bedoeld in artikel 20, lid 12, van die verordening, zodat er geen definitieve waardering ex post zou worden verricht. De GAR heeft eraan herinnerd dat hij dat standpunt al had ingenomen in zaak T-628/17 en dat rekwirante er dus al van op de hoogte was gebracht.

25 Op 28 september 2018 is Banco Santander na een fusie door overname rechtsopvolgster onder algemene titel van Banco Popular geworden. In het kader daarvan heeft de FROB ermee ingestemd dat de nieuwe aandelen van Banco Popular uit de omzetting van de tier 2-instrumenten aan Banco Santander zouden worden overgedragen.

26 Op 4 oktober 2018 heeft de GAR geantwoord op het in punt 23 van dit arrest genoemde verzoek en op een verzoek om toegang tot de documenten van 16 augustus 2018 betreffende de interne of voorbereidende documenten van de GAR over de definitieve waardering ex post en tot de communicatie tussen de GAR en de onafhankelijke deskundige over die waardering. De GAR heeft krachtens artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 geweigerd om toegang te verlenen tot de interne documenten, zijn communicatie met de Commissie en de antwoorden van de Commissie over de definitieve waardering ex post. Wel heeft de GAR zijn brief van 2 augustus 2018 aan de genoemde deskundige aan rekwirante doen toekomen.

Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikking

27 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 oktober 2018, heeft rekwirante beroep tot nietigverklaring van de litigieuze brief ingesteld.

28 Bij de bestreden beschikking heeft het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond dat de litigieuze brief geen voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 263 VWEU was.

29 Het Gerecht heeft daartoe om te beginnen geoordeeld dat, om vast te stellen of de litigieuze brief een dergelijke handeling was op grond dat deze een besluit van de GAR inhield om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten, zoals rekwirante betoogde, onderzocht moest worden of dat besluit bindende rechtsgevolgen had gehad waardoor de rechtspositie van rekwirante kon worden aangetast.

30 Nadat het Gerecht de inhoud van artikel 20, leden 11 en 12, van verordening nr. 806/2014 had uiteengezet, heeft het erop gewezen dat de definitieve waardering ex post twee doelen heeft.

31 Wat het eerste doel betreft, dat is neergelegd in artikel 20, lid 11, onder a), van verordening nr. 806/2014, namelijk dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 van die verordening bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen, heeft het Gerecht aangegeven dat, ter uitvoering van het afwikkelingsbesluit, na het uitoefenen van de bevoegdheid om de relevante kapitaalinstrumenten van Banco Popular af te schrijven en om te zetten, alle aandelen van Banco Popular ter uitvoering van het instrument van verkoop van de onderneming aan Banco Santander waren overgedragen. Het heeft daaruit afgeleid dat Banco Santander moest waarborgen dat ieder eventueel verlies bij de consolidatie van de activa en passiva van Banco Popular in de boekhouding werd opgenomen.

32 Wat het tweede doel betreft, dat is neergelegd in artikel 20, lid 11, onder b), van verordening nr. 806/2014, namelijk om als onderbouwing te dienen voor het besluit om de vorderingen terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen, heeft het Gerecht benadrukt dat die bepaling moet worden gelezen in het licht van artikel 20, lid 12, van die verordening. Volgens die bepaling kan de GAR, indien de geschatte definitieve waardering ex post hoger is dan de geschatte voorlopige waardering, de nationale afwikkelingsautoriteit verzoeken om een hogere waardering van de vorderingen van de crediteuren of eigenaren van relevante

kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven uit hoofde van het instrument van bail-in, of een overbruggingsinstelling dan wel een vehikel voor activabeheer de opdracht kan geven een verdere betaling te verrichten aan een instelling in afwikkeling.

33 Deze laatste bepaling geeft uitdrukkelijk aan in welke situaties een vergoeding kan worden betaald – door de waarde van de vorderingen te verhogen of een verdere betaling te verrichten – nadat een definitieve waardering ex post is verricht, namelijk uitsluitend wanneer de afwikkelingsregeling voor de entiteit gebruikmaakt van het instrument van bail-in neergelegd in artikel 27 van verordening nr. 806/2014, de overbruggingsinstelling genoemd in artikel 25 van die verordening, of het instrument van afsplitsing van activa waarnaar artikel 26 van die verordening verwijst. Het Gerecht heeft opgemerkt dat deze afwikkelingsinstrumenten in casu niet waren toegepast omdat ten aanzien van Banco Popular tot verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014 was besloten, en de toepassing van dat instrument ertoe had geleid dat Banco Popular in haar geheel was verkocht aan Banco Santander.

34 Het Gerecht heeft dus vastgesteld dat het instrument van verkoop van de onderneming, dat op Banco Popular was toegepast, niet een van de gevallen in artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014 is waarin na een definitieve waardering ex post een vergoeding kan worden betaald, en bovendien dat die bepaling niet toestaat dat voormalige aandeelhouders en crediteuren van een entiteit waarvan de kapitaalinstrumenten in hun geheel zijn omgezet, afgeschreven en aan een derde overgedragen, schadeloos worden gesteld.

35 Het Gerecht heeft vervolgens het argument van rekwirante afgewezen dat de definitieve waardering ex post rechtstreeks van invloed was op de rechtspositie van de voormalige aandeelhouders van Banco Popular en dat die aandeelhouders, als de schatting van de marktwaarde van die bank hoger was dan de schatting in het tweede waarderingsverslag, krachtens artikel 20 van verordening nr. 806/2014 recht hadden op een vergoeding.

36 Naar het oordeel van het Gerecht betoogde rekwirante met dat argument in wezen dat zij, indien er een definitieve waardering ex post van Banco Popular was uitgevoerd, aanspraak had kunnen maken op een terugname van haar vorderingen of een verhoging van de waarde van de door Banco Santander betaalde vergoeding. Volgens het Gerecht kon dat argument niet slagen omdat de aanvullende tier 1-instrumenten bij de afwikkeling van Banco Popular waren omgezet in aandelen, volledig afgeschreven en ingetrokken, en de tier 2-instrumenten daarbij waren omgezet, afgeschreven en in hun geheel overgedragen aan Banco Santander. Die rechter heeft daaruit geconcludeerd dat de voormalige aandeelhouders van Banco Popular door de vaststelling van het afwikkelingsbesluit hun hoedanigheid van aandeelhouder hadden verloren.

37 Op het betoog van rekwirante, in haar verzoekschrift, dat de litigieuze brief haar de toegang belemmerde tot de definitieve waardering ex post van een bank „waar zij aandeelhouder van is” en, in haar memorie van repliek, dat zij die waardering wenste om haar rechten „als aandeelhouder van Banco Popular” te doen gelden, heeft het Gerecht dus geantwoord dat zij na het uitoefenen van de bevoegdheid om kapitaalinstrumenten van Banco Popular af te schrijven en om te zetten, en na de daaropvolgende overdracht van alle uit die operatie voortvloeiende aandelen aan Banco Santander, geen kapitaalinstrumenten meer hield die het voorwerp van vergoeding krachtens artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014 konden vormen.

38 Ter afwijzing van het betoog van rekwirante heeft het Gerecht verduidelijkt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het derde waarderingsverslag in de zin van artikel 20, lid 16, van verordening nr. 806/2014 en de definitieve waardering ex post genoemd in artikel 20, lid 11, van

die verordening, omdat het doel van het derde waarderingsverslag is om te beoordelen of de aandeelhouders en de crediteuren beter zouden zijn behandeld als er een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling in afwikkeling was geopend en hen eventueel schadeloos te stellen. Het Gerecht heeft overwogen dat rekwirante potentieel aanspraak kon maken op een vergoeding op grond van het derde waarderingsverslag, maar zij daarop geen aanspraak kon maken op grond van de definitieve waardering ex post.

39 Het Gerecht heeft dus geoordeeld dat de rechtspositie van rekwirante niet was aangetast door de definitieve waardering ex post van Banco Popular en dat het besluit van de GAR om die waardering niet te verrichten derhalve geen bindende rechtsgevolgen sorteerde die die positie kon aantasten. Als gevolg daarvan kan de litigieuze brief volgens het Gerecht niet voor beroep vatbaar zijn in de zin van artikel 263 VWEU, aangezien rekwirante betoogt dat die brief die gevolgen sorteert omdat daarin dat besluit is opgenomen.

40 Tot slot heeft het Gerecht het argument van rekwirante verworpen dat haar recht op effectieve rechterlijke bescherming, gewaarborgd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), uitsluitend wordt gegarandeerd als zij een beroep tegen de litigieuze brief kon instellen, omdat de voorwaarde aangaande de bindende rechtsgevolgen die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, volgens de rechtspraak weliswaar moet worden uitgelegd in het licht van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, maar die uitlegging er niet toe kan leiden dat deze voorwaarde terzijde wordt geschoven zonder dat de bevoegdheden worden overschreden die het Verdrag aan de Unierechter verleent.

Conclusies van partijen

41 Rekwirante verzoekt het Hof:

– de bestreden beschikking te vernietigen voor zover het Gerecht haar beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard;

– de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht „voor afdoening, waarbij het gebonden is aan de beslissing van het Hof over de rechtsvragen, overeenkomstig de conclusies van [rekwirante] in eerste aanleg”, en

– de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

42 De GAR verzoekt het Hof:

– primair, de hogere voorziening niet-ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond te verklaren;

– subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;

– meer subsidiair, mocht het Hof de zaak zelf afdoen, het beroep in eerste aanleg te verwerpen, en

– rekwirante te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en de procedure voor het Gerecht alsook, subsidiair, de beslissing omtrent de kosten van de hogere voorziening aan te houden.

Verzoek om heropening van de mondelinge behandeling

43 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 oktober 2021, heeft rekwirante verzocht om de mondelinge behandeling te heropenen. Ter ondersteuning van dat verzoek heeft zij aangevoerd dat het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 14 september 2021, Pintar e.a. tegen Slovenië, nieuwe, nog niet door partijen besproken ontwikkelingen bevat, betreffende het recht op een doeltreffende voorziening in rechte bij de afwikkeling van banken en het recht op toegang tot informatie over de afwikkeling, die nauw samenhangen met de in de onderhavige hogere voorziening aangevoerde artikelen van het Handvest.

44 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof krachtens artikel 83 van zijn Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de opening of de heropening van de mondelinge behandeling kan gelasten, met name wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn voor de beslissing van het Hof (arrest van 26 oktober 2016, Orange/Commissie, C-211/15 P, EU:C:2016:798, punt 10 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Dit is in casu niet het geval. Na de advocaat-generaal te hebben gehoord is het Hof namelijk van oordeel dat het beschikt over alle informatie die nodig is om uitspraak te doen, en dat het genoemde arrest van het EHRM van 14 september 2021, Pintar e.a. tegen Slovenië, geen nieuw feit is dat zijn beslissing in de onderhavige zaak op beslissende wijze kan beïnvloeden.

46 Gelet op een en ander ziet het Hof geen aanleiding om de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

Hogere voorziening

47 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante vier middelen aan. Met het eerste middel betoogt zij dat het Gerecht bij de niet-ontvankelijkverklaring van haar beroep, artikel 47 van het Handvest en artikel 20 van verordening nr. 806/2014 heeft miskend, omdat de litigieuze brief bindende rechtsgevolgen heeft voor zover de definitieve waardering ex post zelf bindende rechtsgevolgen heeft die haar rechtspositie kunnen aantasten. Met het tweede middel betoogt zij dat de uitlegging die het Gerecht heeft gegeven aan dat artikel 20, onverenigbaar is met het eigendomsrecht en zodoende in strijd is met artikel 17 van het Handvest. Met het derde middel voert zij aan dat het Gerecht in strijd met artikel 20, lid 11, onder b), van die verordening heeft geoordeeld dat zij geen aanspraak zou hebben op een vergoeding als gevolg van een definitieve waardering ex post en dat de litigieuze brief daardoor geen bindende gevolgen had. Met het vierde middel betoogt rekwirante dat het Gerecht artikel 20, leden 11 en 14, van verordening nr. 806/2014 en artikel 41 van het Handvest heeft geschonden door aan de litigieuze brief geen bindende rechtsgevolgen jegens rekwirante toe te kennen, aangezien die brief rekwirante belet toegang te krijgen tot recente en volledige informatie over de boekhoudkundige situatie van een onderneming waarvan zij 3,45 % van de aandelen in handen had.

Ontvankelijkheid van de hogere voorziening

48 Volgens de GAR is de hogere voorziening niet-ontvankelijk vanuit het oogpunt van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, omdat zij niet nauwkeurig aangeeft tegen welke rechtsoverwegingen van de beslissing van het Gerecht waarvan de vernietiging wordt gevorderd zij is gericht, en evenmin nauwkeurig aangeeft met welke argumenten die vordering rechtens wordt ondersteund. De hogere voorziening is ook in strijd met artikel 170, lid 1, van dat Reglement, omdat zij gebaseerd is op nieuwe middelen in rechte.

49 Dit betoog kan niet slagen.

50 In de eerste plaats volgt uit artikel 256 VWEU en 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 dat een hogere voorziening nauwkeurig moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd zij is gericht en welke argumenten die vordering rechtens specifiek staven. Inzonderheid wordt in artikel 169, lid 2, van dat Reglement gepreciseerd dat de aangevoerde middelen en argumenten rechtens nauwkeurig moeten aangeven tegen welke rechtsoverwegingen van de beslissing van het Gerecht zij zijn gericht (arrest van 20 september 2016, Mallis e.a./Commissie en ECB, C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punten 33 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 In casu moet ten eerste worden vastgesteld dat in de hogere voorziening overeenkomstig artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering is aangegeven tegen welke rechtsoverwegingen van de bestreden beschikking zij is gericht, hetzij uitdrukkelijk, hetzij door aanhaling of herformulering van onderdelen daarvan, zodat zij kunnen worden geïdentificeerd. Ten tweede heeft rekwirante, zoals met name blijkt uit punt 47 van het onderhavige arrest, rechtens middelen en argumenten aangevoerd op grond waarvan het Hof in staat is zijn rechtmatigheidstoetsing te verrichten (zie in die zin arrest van 20 september 2016, Mallis e.a./Commissie en ECB, C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punt 38). Ten derde verzoekt rekwirante in de summiere uiteenzetting van de middelen en conclusies van de hogere voorziening het Hof uitdrukkelijk om toewijzing van de conclusies die zij in eerste aanleg heeft gepresenteerd, zoals artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering toestaat (zie in die zin arrest van 5 november 2019, ECB/Trasta Komercbanka e.a., C-663/17 P, C-665/17 P en C-669/17 P, EU:C:2019:923, punt 86).

52 Anders dan de GAR betoogt, voldoet de hogere voorziening derhalve aan de eisen van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

53 In de tweede plaats volgt uit artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de middelen van de hogere voorziening gebaseerd moeten zijn op argumenten die aan de procedure voor het Gerecht zijn ontleend. Bovendien mag volgens artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering in hogere voorziening het voorwerp van het geschil voor het Gerecht niet worden gewijzigd. De bevoegdheid van het Hof is in het kader van een hogere voorziening dus beperkt tot de beoordeling van de juridische oplossing die is gegeven aan de middelen en argumenten die voor de eerste rechter zijn behandeld (beschikking van 21 juli 2020, Abaco Energy e.a./Commissie, C-436/19 P, EU:C:2020:606, niet gepubliceerd, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Anders dan de GAR betoogt, betwist rekwirante met haar vier middelen de uitlegging of toepassing die het Gerecht aan het Unierecht heeft gegeven, in de zin dat de definitieve waardering ex post naar haar mening verplicht was en dat de weigering van de GAR om die uit te voeren rechtsgevolgen had waardoor haar rechtspositie als aandeelhouder van Banco Popular werd gewijzigd. De genoemde middelen zijn dus niet nieuw (zie in die zin arrest van 28 juli 2016, Tomana e.a./Raad en Commissie, C-330/15 P, EU:C:2016:601, niet gepubliceerd, punt 35).

55 De hogere voorziening is derhalve ontvankelijk.

Middelen van de hogere voorziening

56 De middelen van de hogere voorziening moeten worden onderzocht in de volgorde waarin rekwirante ze heeft gepresenteerd, dus te beginnen met het eerste middel.

Argumenten van partijen

57 Ter ondersteuning van het eerste middel geeft rekwirante ten eerste aan dat de definitieve waardering ex post een integrerend deel van het afwikkelingsbesluit vormt, zoals volgt uit artikel 20, lid 15, van verordening nr. 806/2014. Op grond daarvan sorteert zij rechtsgevolgen en tast zij de rechtspositie van rekwirante aan, omdat rekwirantes aandelen van Banco Popular bij dat besluit volledig zijn afgeschreven. Bovendien volgt uit artikel 20, lid 5, van die verordening dat iedere waardering, ook de definitieve waardering ex post, gegevens oplevert waarmee allereerst kan worden vastgesteld of is voldaan aan de voorwaarden om een afwikkelingsprocedure in te leiden, vervolgens kan worden geverifieerd of is voldaan aan de voorwaarden voor afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten en tot slot kan worden beslist welke passende afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van de betrokken entiteit moeten worden genomen. Rekwirante is dus van mening dat de definitieve waardering ex post, naast andere doeleinden, dient als grond voor dat besluit en dat dat besluit in het licht van de motivering daarvan moet worden uitgelegd en toegepast, hetgeen rekwirante ook voor het Gerecht heeft betoogd.

58 Ten tweede zou de GAR vanwege de consequenties van een arrest houdende nietigverklaring verplicht zijn om zorg te dragen voor een definitieve waardering ex post overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 806/2014 als het Gerecht de litigieuze brief nietig had verklaard, waarmee wordt bevestigd dat die brief bindende rechtsgevolgen sorteert.

59 Ten derde kan de definitieve waardering ex post niet los worden gezien van het afwikkelingsbesluit, omdat uit vaste rechtspraak volgt dat gedeeltelijke nietigverklaring slechts mogelijk is als de onderdelen waarvan nietigverklaring wordt gevorderd, los van de rest van de handeling kunnen worden gezien en omdat uit artikel 20, lid 15, van verordening nr. 806/2014 volgt dat tegen die waardering zelf niet afzonderlijk beroep kan worden ingesteld.

60 Ten vierde vermeldt artikel 20, lid 15, van verordening nr. 806/2014 echter niet het geval waarin er geen definitieve waardering ex post wordt uitgevoerd en is het niet duidelijk welk rechtsmiddel moet worden aangewend ten aanzien van de beslissing om die waardering niet uit te laten voeren. Het feit dat die waardering niet is uitgevoerd kon namelijk niet worden aangevoerd in het kader van een beroep tot nietigverklaring van het afwikkelingsbesluit, omdat een definitieve

waardering ex post of het nalaten daarvan noodzakelijkerwijze wordt opgesteld na vaststelling van een afwikkelingsbesluit en, in voorkomend geval, nadat een beroep tot nietigverklaring is ingesteld.

61 In casu heeft rekwirante aangevoerd dat het afwikkelingsbesluit van 7 juni 2017 in september 2017 voor het Gerecht is betwist, maar dat de GAR het Gerecht en de onafhankelijke deskundige pas in augustus 2018 heeft geïnformeerd dat er geen definitieve waardering ex post zou worden uitgevoerd. Het is vaste rechtspraak dat de gebeurtenissen die plaatsvinden nadat de bestreden handeling is vastgesteld niet kunnen worden aangevoerd in het kader van een beroep tot nietigverklaring, aangezien de rechtmatigheid van die handeling beoordeeld moet worden in het licht van de gegevens die op het moment van de vaststelling ervan beschikbaar waren.

62 Tegen het ontbreken van een definitieve waardering ex post kan dus in beginsel niet worden opgekomen in het kader van een beroep tot nietigverklaring tegen het afwikkelingsbesluit. Derhalve is bij ontbreken van een definitieve waardering ex post het instellen van een beroep tegen de bestreden handeling, in casu de litigieuze brief, de enige oplossing die verenigbaar is met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals neergelegd in artikel 47 van het Handvest.

63 De GAR betwist de ontvankelijkheid van het eerste middel op grond van dezelfde argumenten die hij heeft aangevoerd voor de niet-ontvankelijkheid van de hogere voorziening in haar geheel, en hij betwist tevens de gegrondheid van dit middel.

Beoordeling door het Hof

64 Om te beginnen moet het betoog van de GAR dat het eerste middel niet ontvankelijk is, worden afgewezen om dezelfde redenen die in de punten 50 tot en met 54 van dit arrest zijn uiteengezet voor de hogere voorziening in haar geheel, namelijk dat aan de hand van het middel en de ondersteunende argumenten kan worden nagegaan tegen welke rechtsoverwegingen van de bestreden beschikking zij zijn gericht en welke bepalingen van artikel 20 van verordening nr. 806/2014 het Gerecht zou hebben miskend.

65 Ten gronde heeft het eerste middel in wezen twee onderdelen. Eerst moet het eerste onderdeel worden onderzocht, betreffende de veronderstelde miskenning van artikel 20 van die verordening. Daarna moet, in voorkomend geval, het tweede onderdeel, over de vermeende schending van artikel 47 van het Handvest, worden behandeld.

66 Vooraf zij eraan herinnerd dat de GAR in het onderhavige geval, gezien de snelle verslechtering van de financiële positie en met name de onvoldoende liquide middelen van Banco Popular, heeft beslist dat het passende afwikkelingsinstrument niet de bail-in zou zijn, dat volgens de GAR ontoereikend was, maar de verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014. Bij de inzet van dat afwikkelingsinstrument heeft de GAR gebruikgemaakt van zijn bevoegdheid om relevante kapitaalinstrumenten af te schrijven en om te zetten die is neergelegd in artikel 21 van verordening nr. 806/2014.

67 Zoals aangegeven in de punten 7 en 8 van dit arrest was het doel van het eerste waarderingsverslag – opgesteld door de GAR – om als onderbouwing te dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling, terwijl het tweede waarderingsverslag – opgesteld door een onafhankelijke, door de GAR aangewezen deskundige – tot doel had om de activa en de passiva van Banco Popular te waarderen, een inschatting te geven van de behandeling die

aandeelhouders en crediteuren zouden hebben genoten als Banco Popular aan een normale insolventieprocedure was onderworpen, en als onderbouwing te dienen voor het besluit met betrekking tot de over te dragen aandelen en eigendomsinstrumenten en voor de opvatting van de GAR over wat commerciële voorwaarden waren voor de toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming. Het derde waarderingsverslag – eveneens opgesteld door de onafhankelijke deskundige – had als doel vast te stellen of de door de afwikkelingsregeling van Banco Popular getroffen aandeelhouders en crediteuren een betere behandeling zouden hebben genoten als de instelling aan een normale insolventieprocedure was onderworpen.

68 Volgens de GAR hoefde er geen versie ex post van het eerste waarderingsverslag te worden opgesteld en was het ook niet nodig om een definitieve waardering ex post te laten volgen op het tweede waarderingsverslag. Nadat de GAR door rekwirante was aangemaand, heeft hij dit standpunt in de litigieuze brief herhaald.

69 Aangezien rekwirante eerst heeft aangevoerd dat het Gerecht en de GAR artikel 20 van verordening nr. 806/2014 hadden miskend, moet de inhoud van die bepaling worden uitgelegd in het licht van overweging 64 van deze verordening.

70 Uit deze overweging 64 volgt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de voorlopige waardering van de activa en de passiva van falende entiteiten door de GAR in spoedeisende situaties en anderzijds de onafhankelijke waardering, die in beginsel een einde maakt aan dat voorlopige karakter.

71 Artikel 20, leden 11 en 16, van verordening nr. 806/2014 voorziet uitdrukkelijk in twee typen waardering, namelijk de waardering „die uit hoofde van de leden 1 tot en met 15 wordt verricht” en de „in de leden 16, 17 en 18 bedoelde waardering”. Volgens artikel 20, leden 11 en 16, zijn en blijven deze waarderingen apart en worden zij door een onafhankelijke persoon verricht maar kunnen zij hetzij afzonderlijk, hetzij tegelijkertijd en door dezelfde onafhankelijke persoon worden verricht.

72 Hieruit volgt dat in casu zowel het eerste en het tweede waarderingsverslag als een eventuele definitieve waardering ex post onder het eerste type waardering vallen, omdat zij beheerst worden door artikel 20, leden 1 tot en met 15, van verordening nr. 806/2014, terwijl het derde waarderingsverslag, dat beheerst wordt door de leden 16, 17 en 18 van dat artikel, valt onder het tweede type waardering.

73 Het is waar dat het bestaan van een andere definitieve waardering dan de definitieve waardering ex post, hetgeen geïmpliceerd wordt door de toevoeging van de woorden „ex post” aan „definitieve waardering” in artikel 20, lid 11, in limine, van verordening nr. 806/2014, in tegenstelling tot een definitieve waardering „ex ante”, van invloed kan zijn op de mogelijkheid voor de GAR om een definitieve waardering ex post te weigeren, omdat een definitieve waardering reeds als grondslag zou dienen voor het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen of om een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen, of voor het besluit om de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten uit te oefenen, en dus overeenkomstig artikel 20, lid 15, van verordening nr. 806/2014 via die besluiten kan worden bestreden.

74 Deze uitlegging wordt eveneens ondersteund door artikel 20, lid 2, van die verordening, volgens welke „de waardering als definitief [wordt] beschouwd” mits „aan alle vereisten van de leden 1 en 4 tot en met 9 is voldaan”, behoudens lid 15 van dat artikel 20, dat wil zeggen de mogelijkheid om de waardering indirect te bestrijden via de in punt 73 van dit arrest genoemde besluiten. Een

van die vereisten is het vereiste in artikel 20, lid 1, van die verordening dat de waardering moet worden verricht door een persoon die onafhankelijk is van onder meer de GAR, de nationale afwikkelingsautoriteit en de betrokken entiteit.

75 Incidenteel moet erop worden gewezen dat als gevolg daarvan niet alleen het door de GAR opgestelde eerste waarderingsverslag daadwerkelijk voorlopig was, maar dat ook een eventuele door de GAR opgestelde versie ex post van dat eerste verslag – waar rekwirante om had verzocht – geen definitieve waardering had gevormd, omdat zij niet door een onafhankelijke persoon was verricht. Zoals de advocaat-generaal in punt 70 van haar conclusie heeft aangegeven, staat buiten kijf dat het eerste waarderingsverslag in casu voorlopig was omdat het door de GAR is opgesteld. In casu kan alleen het tweede waarderingsverslag, dat aan die voorwaarde voldoet, worden beschouwd als „definitieve waardering" in de zin van artikel 20 van verordening nr. 806/2014.

76 Niettemin moet worden benadrukt, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over die laatste kwestie of over de ontwikkeling van het standpunt van de GAR daarover, dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat een waardering ex post in het onderhavige geval hoe dan ook geen gevolgen had gehad voor de rechtspositie van rekwirante, zodat de haar betekende weigering om een definitieve waardering ex post te verrichten niet kon worden beschouwd als een voor haar bezwarende handeling en dus niet voor beroep vatbaar was in de zin van artikel 263 VWEU.

77 Het antwoord van de GAR aan het Gerecht over de redenen waarom hij in casu geen definitieve waardering ex post wilde laten verrichten, is namelijk gegrond op de doeleinden van die waardering.

78 Hoewel rekwirante terecht betoogt dat een definitieve waardering ex post op grond van de bewoordingen van artikel 20, lid 11, in limine, van verordening nr. 806/2014 vereist is wanneer de GAR slechts over een voorlopige waardering beschikt, met name vanwege het gebruik van de tegenwoordige tijd van de aantonende wijs in de uitdrukking „worden verricht", hetgeen doorgaans een dwingend karakter aangeeft [zie in die zin arrest van 3 maart 2020, X (Europees aanhoudingsbevel – Dubbele strafbaarheid), C-717/18, EU:C:2020:142, punt 20], en vanwege de woorden „zo spoedig mogelijk", heeft het Gerecht niettemin op goede gronden benadrukt dat het nalaten van dat verslag niet van invloed was op de rechtspositie van rekwirante, met name gelet op de twee doelstellingen van de definitieve waardering ex post die zijn neergelegd in artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014.

79 Wat dat betreft volgt de bestaansreden van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, uitgedrukt in de tweede alinea van deze bepaling, uit de twee specifieke doelstellingen ervan, namelijk „er zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen" en „als onderbouwing te dienen voor het besluit om overeenkomstig lid 12 van [artikel 20] de vorderingen van de crediteuren terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen". Hoewel de tekst van deze tweede doelstelling een vrij brede omschrijving geeft van de voorwaarden waaronder een definitieve waardering ex post wordt verricht, moet worden vastgesteld dat deze uitdrukkelijk verwijst naar artikel 20, lid 12, van die verordening, zoals het Gerecht in de bestreden beschikking terecht heeft aangegeven, waaruit voortvloeit dat die tekst slechts op specifieke situaties van toepassing is, namelijk die waarin de GAR gebruik heeft gemaakt van het instrument van bail-in, een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer.

80 Gezien de bijzonderheden van de onderhavige zaak had een tweede definitieve waarderingsverslag ex post, zelfs als dat verplicht was, hoe dan ook aan geen van deze twee doelstellingen voldaan. Rekwirante voert dus geen gegevens aan op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de doelstelling in artikel 20, lid 11, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 806/2014 in casu van toepassing is. De doelstelling in punt b) van deze bepaling is evenmin van toepassing omdat het voor Banco Popular gebruikte afwikkelingsinstrument de verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014 is, zoals het Gerecht in de punten 46 en 47 van de bestreden beschikking terecht heeft benadrukt.

81 De toepassing van dat instrument van verkoop van de onderneming is niet een van de in artikel 20, lid 12, van die verordening bedoelde gevallen waarin na een definitieve waardering ex post een vergoeding kan worden betaald.

82 Tot slot wordt in een geval zoals het onderhavige, waarin het tweede waarderingsverslag wordt gevolgd door toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming, het in dat verslag genoemde resultaat hoe dan ook bevestigd of ontkracht door de verkoopprijs die wordt verkregen na een rechtmatig uitgevoerde aanbestedingsprocedure. De correcte prijs is dus eenvoudigweg de daadwerkelijk vastgestelde marktprijs. Door het instrument van verkoop van de onderneming kristalliseert aldus, de facto, ieder debat over de mogelijke economische waarde van de activa van de overgedragen instelling. Bijgevolg kan een definitieve waardering ex post, althans in casu, slechts die marktwaarde constateren, zodat het gevolg ervan ten aanzien van rekwirante gelijk zou zijn aan nul.

83 Rekwirante brengt daartegen in dat de definitieve waardering ex post niet alleen wordt verricht om de twee betreffende doelen te behalen maar ook, omdat zij net als iedere andere waardering integrerend deel uitmaakt van het besluit dat de GAR later zal nemen, de gegevens verschaft waarmee allereerst kan worden vastgesteld of aan de voorwaarden voor een afwikkelingsprocedure is voldaan, vervolgens kan worden geverifieerd of de voorwaarden voor afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten zijn vervuld en tot slot kan worden besloten tot passende afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van de betrokken entiteit.

84 Geen van deze argumenten kan evenwel, vanuit het oogpunt van de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring van de litigieuze brief, de vaststelling in punt 82 van dit arrest betreffende de marktprijs van de activa van Banco Popular ontkrachten. Die kan niet anders zijn dan de prijs die daadwerkelijk het resultaat was van het instrument van verkoop van de onderneming.

85 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel ter ondersteuning van de hogere voorziening van rekwirante, namelijk dat de GAR artikel 20 van verordening nr. 806/2014 heeft miskend, moet worden afgewezen. Aangezien de litigieuze brief hoe dan ook geen voor beroep vatbare handeling was, zoals het Gerecht terecht heeft geoordeeld, moet de hogere voorziening worden afgewezen zonder dat het tweede onderdeel van het eerste middel of de andere middelen van de hogere voorziening hoeven te worden onderzocht.

Kosten

86 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

87 Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de GAR worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de GAR.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Aeris Invest Sàrl wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen