CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 14 januari 2021 [1]

Gevoegde zaken C-551/19 P en C-552/19 P

ABLV Bank AS (C-551/19 P)
Ernests Bernis,
Oļegs Fiļs,
OF Holding SIA,
Cassandra Holding Company SIA (C-552/19 P)
tegen

Europese Centrale Bank (ECB)

„Hogere voorziening – Bankenunie – Gemeenschappelijk Afwikkelingsmechanisme voor kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen (GAM) – Verordening (EU) nr. 806/2014 – Afwikkelingsprocedure die wordt toegepast op een instelling die faalt of waarschijnlijk zal falen – Moedermaatschappij en dochteronderneming – Verklaring van de ECB inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen van een instelling – Voorbereidende handelingen – Handelingen die niet vatbaar zijn voor beroep – Niet-ontvankelijkheid”

1. Op 23 februari 2018 heeft de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”), die verantwoordelijk is voor het toezicht op ABLV Bank AS (hierna: „ABLV Bank”) omdat die als „belangrijke” financiële instelling wordt beschouwd, verklaard dat die instelling en ABLV Luxembourg SA (hierna: „ABLV Luxembourg”) „moesten worden geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen” in de zin van artikel 18, lid 1, van verordening (EU) nr. 806/2014. [2]

2. ABLV Bank en enkele van haar directe en indirecte aandeelhouders zijn tegen deze verklaring van de ECB opgekomen bij het Gerecht, dat de respectieve vorderingen tot nietigverklaring bij twee beschikkingen [3] in de zaken T-281/18 [4] en T-283/18 [5] niet-ontvankelijk heeft verklaard.

3. Verzoeksters voor het Gerecht hebben tegen deze twee beschikkingen hogere voorziening ingesteld.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] Verordening 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] Hierna: „bestreden beschikkingen”.

[4] Beschikking van 6 mei 2019, ABLV Bank/ECB (T-281/18, EU:T:2019:296).

[5] Beschikking van 6 mei 2019, Bernis e.a./ECB (T-283/18, niet gepubliceerd, EU:T:2019:295).

4. Dat biedt het Hof de gelegenheid om zich – indien ik mij niet vergis voor het eerst – uit te spreken over de procedure voor de vaststelling van „afwikkelingsregelingen" voor financiële instellingen die zijn onderworpen aan het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme (hierna: „GTM"), waarvoor de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (hierna: „GAR") bevoegd is in het kader van het Gemeenschappelijk Afwikkelingsmechanisme (hierna: „GAM").

5. In een van de stappen in die procedure komt de ECB in actie, die moet beoordelen of een kredietinstelling „faalt of waarschijnlijk zal falen".

6. Centraal in dit geding staat de vraag of tegen deze beoordeling van de ECB beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld. Partijen stellen vanuit tegengestelde invalshoeken:

– dat het gaat om een bindende, inhoudelijk op zichzelf staande handeling waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld aangezien zij rechtsgevolgen sorteert (standpunt van rekwiranten);

– dat de beoordeling, als een handeling die het door de GAR te nemen eindbesluit louter voorbereidt, niet kan worden aangevochten. Alleen tegen het besluit van de GAR kan bij het Gerecht beroep worden ingesteld (standpunt van de ECB, gesteund door de Europese Commissie).

I. Toepasselijk recht: GAM-verordening

7. In de overwegingen 24 en 26 staat het volgende te lezen:

„(24) Aangezien alleen de instellingen van de Unie het afwikkelingsbeleid van de Unie mogen bepalen en aangezien er bij de vaststelling van elke specifieke afwikkelingsregeling een zekere beoordelingsmarge blijft bestaan, moeten de Raad en de Commissie naar behoren worden betrokken als de instellingen die ter zake uitvoeringsbevoegdheden mogen uitoefenen overeenkomstig artikel 291 VWEU. De beoordeling van de discretionaire elementen van de door de afwikkelingsraad genomen besluiten dient te worden uitgevoerd door de Commissie. Gezien de aanzienlijke impact van afwikkelingsbesluiten op de financiële stabiliteit van de lidstaten en van de Unie als zodanig, alsook op de budgettaire soevereiniteit van de lidstaten, is het van groot belang dat de uitvoeringsbevoegdheid om bepaalde besluiten met betrekking tot de afwikkeling te nemen, aan de Raad wordt toegekend. Het moet derhalve aan de Raad worden overgelaten om op voorstel van de Commissie effectief toezicht uit te oefenen op de evaluatie van de afwikkelingsraad omtrent het al dan niet bestaan van een openbaar belang en om een oordeel uit te spreken over wezenlijke verandering in het bedrag van het [gemeenschappelijk afwikkelingsfonds] dat aan een specifieke afwikkelingsmaatregel dient te worden besteed. Voorts moet de Commissie de bevoegdheid krijgen om gedelegeerde handelingen vast te stellen ter bepaling van de nadere criteria en voorwaarden die de afwikkelingsraad bij de uitoefening van zijn diverse bevoegdheden in acht moet nemen. De aldus toegekende afwikkelingstaken mogen op generlei wijze de werking van de interne markt voor financiële diensten belemmeren. De EBA [Europese Bankautoriteit] moet derhalve haar rol blijven vervullen en haar al bestaande bevoegdheden en taken behouden: de EBA moet meewerken aan en bijdragen tot de consistente toepassing van de op alle lidstaten toepasselijke wetgeving van de Unie en de convergentie van afwikkelingspraktijken in de gehele Unie helpen vergroten.

[...]

(26) De ECB, als toezichthouder binnen het GTM, en de afwikkelingsraad dienen de mogelijkheid te hebben om te beoordelen of een kredietinstelling faalt of waarschijnlijk falende is en of er redelijkerwijs niet te verwachten valt dat alternatieve maatregelen van de particuliere sector of van toezichthouders het falen ervan binnen een redelijk tijdsbestek zouden voorkomen. De afwikkelingsraad moet de afwikkelingsregeling vaststellen, indien hij van oordeel is dat aan alle criteria voor de activering van afwikkelingen is voldaan. De procedure inzake de vaststelling van de afwikkelingsregeling, waarbij de Commissie en de Raad zijn betrokken, zet de noodzakelijke operationele onafhankelijkheid van de afwikkelingsraad meer kracht bij, onder inachtneming van het beginsel van de delegatie van bevoegdheden aan agentschappen, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (‚het Hof van Justitie'). In deze verordening is derhalve bepaald dat de door de afwikkelingsraad vastgestelde afwikkelingsregeling enkel in werking treedt als noch de Raad, noch de Commissie daartegen binnen 24 uur na de vaststelling door de afwikkelingsraad bezwaar maakt dan wel indien zij wordt goedgekeurd door de Commissie. De redenen waarom het de Raad, op voorstel van de Commissie, is toegestaan bezwaar te maken tegen de door de afwikkelingsraad vastgestelde afwikkelingsregeling, dienen strikt beperkt te blijven tot het bestaan van een openbaar belang en tot wezenlijke aanpassingen die de Commissie heeft aangebracht aan het uit het [gemeenschappelijk afwikkelingsfonds] afkomstige, in te zetten bedrag zoals voorgesteld door de afwikkelingsraad.

[...]"

8. In artikel 18 („Afwikkelingsprocedure") wordt bepaald:

„1. De afwikkelingsraad stelt overeenkomstig lid 6 een afwikkelingsregeling vast met betrekking tot de in artikel 7, lid 2, bedoelde entiteiten en groepen en met betrekking tot de in artikel 7, lid 4, punt b), en lid 5, bedoelde entiteiten en groepen, indien aan de voorwaarden voor de toepassing van deze leden is voldaan maar enkel indien hij op zijn bestuursvergadering, na ontvangst van een mededeling als bedoeld in de vierde alinea of op eigen initiatief, vaststelt dat aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de entiteit faalt of zal waarschijnlijk falen;

b) het valt, rekening houdend met het tijdsbestek en andere ter zake doende omstandigheden, redelijkerwijze niet te verwachten dat met betrekking tot de entiteit te nemen alternatieve maatregelen van de particuliere sector, waaronder ook maatregelen van een IPS, of zodanige maatregelen van een toezichthouder, met inbegrip van vroegtijdige-interventiemaatregelen of de afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten overeenkomstig artikel 21, binnen een redelijk tijdsbestek het falen van de entiteit zouden voorkomen;

c) een afwikkelingsmaatregel is noodzakelijk in het algemeen belang als bedoeld in lid 5.

Of aan de in de eerste alinea, punt a), bedoelde voorwaarde is voldaan, wordt beoordeeld door de ECB na raadpleging van de afwikkelingsraad. De afwikkelingsraad kan, op zijn bestuursvergadering, een beoordeling in die zin vaststellen maar enkel nadat hij de ECB van zijn voornemen op de hoogte heeft gesteld en de ECB niet zelf binnen drie kalenderdagen na ontvangst van die informatie een beoordeling in die zin vaststelt. De ECB verstrekt de

afwikkelingsraad onverwijld alle relevante informatie die door de afwikkelingsraad wordt opgevraagd teneinde zijn beoordeling te kunnen maken.

Indien de ECB oordeelt dat met betrekking tot een in de eerste alinea bedoelde instelling of groep aan de in de eerste alinea, punt a), genoemde voorwaarde is voldaan, deelt zij deze beoordeling onverwijld mede aan de Commissie en de afwikkelingsraad.

Of aan de in de eerste alinea, punt b), genoemde voorwaarde is voldaan, wordt beoordeeld door de afwikkelingsraad op zijn bestuursvergadering of, waar van toepassing, door de nationale afwikkelingsautoriteiten in nauwe samenwerking met de ECB. De ECB kan tevens de afwikkelingsraad of de relevante nationale afwikkelingsautoriteiten meedelen dat naar haar oordeel aan de punt b) genoemde voorwaarde is voldaan.

[...]

4. Voor de toepassing van lid 1, punt a), wordt een entiteit beschouwd als een falende of waarschijnlijk falende entiteit onder een of meer van de volgende omstandigheden:

a) de entiteit maakt op de voor het behouden van de vergunning in acht te nemen vereisten op een zodanige wijze inbreuk, of er zijn objectieve elementen aanwezig ter ondersteuning van de vaststelling dat de instelling in de nabije toekomst op zodanige wijze daarop inbreuk zal maken, dat intrekking van de vergunning door de ECB gerechtvaardigd zou zijn onder meer, doch niet uitsluitend, vanwege het feit [dat] de instelling verliezen heeft geleden of waarschijnlijk zal lijden die haar eigen vermogen geheel of aanmerkelijk uitputten;

b) de activa van de entiteit zijn geringer dan haar passiva, of er bestaan objectieve elementen ter ondersteuning van de vaststelling dat de activa van de entiteit in de nabije toekomst geringer zullen zijn dan haar passiva;

c) de entiteit is niet in staat of er bestaan objectieve elementen ter ondersteuning van de vaststelling dat de entiteit in de nabije toekomst niet in staat zal zijn haar schulden of andere passiva te betalen wanneer deze opeisbaar worden;

d) er is buitengewone openbare financiële steun nodig, [...]

5. Voor de toepassing van lid 1, punt c), van het onderhavig artikel wordt een afwikkelingsmaatregel behandeld als zijnde in het algemeen belang indien deze noodzakelijk is om een of meer van de in artikel 14 vermelde afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken en daarmee evenredig is, en indien deze doelstellingen met een liquidatie van de entiteit volgens een normale insolventieprocedure niet in dezelfde mate zouden worden bereikt.

6. Indien aan de in lid 1 opgenomen voorwaarden is voldaan, stelt de afwikkelingsraad een afwikkelingsregeling vast. De afwikkelingsregeling:

a) plaatst de entiteit in afwikkeling;

b) bepaalt de toepassing van de in artikel 22, lid 2, bedoelde afwikkelingsinstrumenten op de instelling in afwikkeling, met name eventuele uitsluitingen van de toepassing van de bail-in overeenkomstig artikel 27, leden 5 en 14;

c) bepaalt het gebruik van het [gemeenschappelijk afwikkelingsfonds] ter ondersteuning van de afwikkelingsmaatregel in overeenstemming met artikel 76 en met een overeenkomstig artikel 19 genomen besluit van de Commissie.

[...]"

9. Artikel 86 („Beroep bij het Hof van Justitie") luidt:

„1. Overeenkomstig artikel 263 VWEU kan bij het Hof van Justitie beroep worden ingesteld tegen beslissingen van het beroepspanel of, bij het ontbreken van een recht om bezwaar aan te tekenen bij het beroepspanel, tegen beslissingen van de afwikkelingsraad.

2. Overeenkomstig artikel 263 VWEU kunnen de lidstaten en de instellingen van de Unie, alsmede iedere natuurlijke of rechtspersoon, rechtstreeks beroep instellen bij het Hof van Justitie tegen besluiten van de afwikkelingsraad.

3. Ingeval de afwikkelingsraad verplicht is een besluit te nemen en dat nalaat, kan overeenkomstig artikel 265 VWEU bij het Hof van Justitie beroep wegens nalaten worden ingesteld.

4. De afwikkelingsraad treft de noodzakelijke maatregelen ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie."

II. Voorgeschiedenis van het geding

10. ABLV Bank is een in Letland gevestigde kredietinstelling en de moedermaatschappij van de ABLV-groep. [6]

11. ABLV Luxembourg is een in Luxemburg gevestigde kredietinstelling en een van de dochterondernemingen van de ABLV-groep. ABLV Bank is haar enige aandeelhouder.

12. Ernest Bernis, Oļegs Fiļs, OF Holding SIA en Cassandra Holding Company SIA [7] zijn directe en indirecte aandeelhouders van ABLV Bank.

13. ABLV Bank wordt beschouwd als een „belangrijke instelling" en is om die reden onderworpen aan het toezicht van de ECB in het kader van het GTM.

14. Op 13 februari 2018 heeft het United States Department of the Treasury (ministerie van Financiën, Verenigde Staten) bekendgemaakt dat het voornemens was bijzondere maatregelen vast te stellen om te voorkomen dat de groep ABLV zou toetreden tot het dollarsysteem van het financiële stelsel.

15. Op 22 februari 2018 heeft de ECB haar ontwerpbeoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen van ABLV Bank en ABLV Luxembourg doen toekomen aan de GAR teneinde deze hierover te raadplegen overeenkomstig artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening.

6 Het relaas van de voorgeschiedenis is gebaseerd op de beschikking van 6 mei 2019, ABLV Bank/ECB (T-281/18, EU:T:2019:296, punten 1 -9).

7 Hierna eenvoudigweg aangeduid als „directe en indirecte aandeelhouders".

16. Op 23 februari 2018 heeft de ECB verklaard dat ABLV Bank en ABLV Luxembourg moesten worden geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen in de zin van artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening. De beoordelingen van de situatie van ABLV Bank en die van ABLV Luxembourg zijn op diezelfde datum ter kennis gebracht van de GAR.

17. Eveneens op 23 februari 2018 heeft de GAR twee besluiten (SRB/EES/2018/09 en SRB/EES/2018/10) vastgesteld met betrekking tot respectievelijk ABLV Bank en ABLV Luxembourg. In beide besluiten onderschreef de GAR de beoordelingen inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen in de zin van artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening, maar stelde hij zich tevens op het standpunt dat de afwikkeling van die twee instellingen, gelet op zowel hun bijzondere kenmerken als hun financiële en economische situatie, niet geboden was in het algemeen belang.

18. Die besluiten van de GAR zijn diezelfde dag nog ter kennis gebracht van de nationale afwikkelingsautoriteiten (hierna: „NAA's") van Letland en Luxemburg, te weten de Finanšu un kapitāla tirgus komisija (commissie financiële en kapitaalmarkten, Letland) en de Commission de surveillance du secteur financier (commissie voor toezicht op de financiële sector, Luxemburg).

19. Tegen de verklaringen van de ECB van 23 februari 2018 is zowel door ABLV Bank als door de directe en indirecte aandeelhouders beroep ingesteld bij het Gerecht. Het beroep van ABLV Bank is ingeschreven onder nummer T-281/18 en dat van de directe en indirecte aandeelhouders onder nummer T-283/18.

20. Parallel daaraan hebben ABLV Bank en haar directe en indirecte aandeelhouders het Gerecht ieder van hun kant verzocht om nietigverklaring van de besluiten van de GAR van 23 februari 2018 (zaak T-280/18 en zaak T-282/18, respectievelijk). [8]

21. Op 26 februari 2018 hebben de aandeelhouders van ABLV Bank een procedure ingeleid om het die bank mogelijk te maken haar eigen liquidatie af te handelen en hebben zij bij de NAA van Letland een verzoek tot goedkeuring van een plan voor vrijwillige liquidatie ingediend.

22. Op 11 juli 2018 heeft de ECB op voorstel van de Letse NAA de vergunning van ABLV Bank ingetrokken.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikkingen

23. ABLV Bank (beroep T-281/18) en de directe en indirecte aandeelhouders (beroep T-283/18) hebben voor het Gerecht dezelfde tien gronden tot nietigverklaring aangevoerd.

24. In beide beroepsprocedures heeft de ECB verschillende excepties van niet-ontvankelijkheid opgeworpen op grond van artikel 130, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, dat de verwerende partij de mogelijkheid biedt het Gerecht te verzoeken om uitspraak te doen over de niet-ontvankelijkheid zonder in te gaan op de zaak ten gronde.

[8] De behandeling van beroep T-280/18, ABLV Bank/GAR, is door het Gerecht geschorst in afwachting van de uitspraak op deze hogere voorzieningen. Beroep T-282/18 is door het Gerecht niet-ontvankelijk verklaard bij beschikking van 14 mei 2020, Bernis e.a./GAR (T-282/18, niet gepubliceerd, EU:T:2020:209).

25. Samengevat heeft de ECB met haar eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid aangevoerd „dat de bestreden handelingen voorbereidende maatregelen zijn die een niet-bindende beoordeling van de feiten behelzen, dat die handelingen niet aan de betrokken instelling maar aan de GAR zijn meegedeeld, en dat tegen die handelingen geen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, maar dat zij ten grondslag liggen aan de vaststelling door de GAR van een afwikkelingsregeling of van een besluit waarbij wordt vastgesteld dat een afwikkeling niet in het algemeen belang is”. [9]

26. Het Gerecht heeft de eerste van de door de ECB opgeworpen excepties aanvaard, zonder dat het zich nog hoefde uit te spreken over de overige.

IV. Procedure bij het Hof en argumenten van partijen

27. De twee hogere voorzieningen, die zijn ingesteld door respectievelijk ABLV Bank (zaak C-551/19 P) en haar directe en indirecte aandeelhouders (zaak C-552/19 P), komen inhoudelijk in hoge mate met elkaar overeen en zijn om die reden gevoegd.

28. In beide hogere voorzieningen wordt het Hof verzocht om:

– de beschikkingen van het Gerecht waarbij het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is verklaard, te vernietigen;

– het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk te verklaren;

– de zaken naar het Gerecht terug te verwijzen voor een uitspraak ten gronde, en

– de ECB te verwijzen in de kosten.

29. De ECB verzoekt het Hof de hogere voorzieningen kennelijk niet-ontvankelijk dan wel deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond te verklaren. Daarnaast concludeert zij tot verwijzing van rekwiranten in de kosten.

30. Het Hof heeft de Commissie toegelaten tot interventie aan de zijde van de ECB. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening ongegrond te verklaren en de redenering in punt 34 van de bestreden beschikkingen te vervangen.

31. Ter terechtzitting van 22 oktober 2020 is geïntervenieerd door ABLV Bank, de directe en indirecte aandeelhouders, de ECB en de Commissie.

[9] Punt 17 van de bestreden beschikkingen.

V. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid

32. Volgens de ECB stoelen de middelen in hogere voorziening op het argument dat haar beoordeling dat een financiële instelling faalt of waarschijnlijk zal falen niet bindend is voor de GAR. Dat argument vormde echter niet de grondslag voor het oordeel van het Gerecht in de bestreden beschikkingen, met als gevolg dat de in hogere voorziening aangevoerde middelen niet kunnen slagen.

33. Het bezwaar van de ECB kan niet worden aanvaard.

34. Het is juist dat het Gerecht de beroepen tot nietigverklaring niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond dat de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen in het kader van de afwikkeling van financiële instellingen een voorbereidend karakter hebben.

35. Het Gerecht is tot deze slotsom gekomen na te hebben uiteengezet dat de beoordeling van de ECB volgens artikel 18 van de GAM-verordening „de GAR op geen enkele wijze bindt" en dat de ECB „geen enkele beslissingsbevoegdheid [heeft] in het kader voor de vaststelling van een afwikkelingsregeling". [10]

36. Op basis van deze redenering is het Gerecht tot het oordeel gekomen dat de beoordelingen van de ECB voorbereidende handelingen zijn die de rechtspositie van rekwiranten niet kunnen wijzigen omdat zij in het kader van de bankafwikkelingsprocedure geen bindende rechtskracht hebben.

37. Het Gerecht onderstreept aldus dat het niet-bindende karakter (voor de GAR) van de beoordelingen van de ECB naar zijn oordeel van essentiële betekenis is voor de redenering die heeft geleid tot de uitspraak in de bestreden beschikkingen. In zoverre kan die uitspraak door rekwiranten worden aangevochten.

38. Wat betreft het verzoek van de Commissie om punt 34 van de bestreden beschikkingen te vervangen, moet eraan worden herinnerd dat deze instelling aan de hogere voorzieningen deelneemt als interveniënt ter ondersteuning van de conclusies van de ECB. Daartoe behoort niet een conclusie die ertoe strekt dat de inhoud van punt 34 van die beschikkingen wordt vervangen.

39. In artikel 40 van het Statuut van het Hof en de artikelen 129 en 132 van zijn Reglement voor de procesvoering, die ingevolge artikel 190 van dat reglement van toepassing zijn op hogere voorzieningen, wordt bepaald dat de interventie geen ander doel mag dienen dan de conclusies van een der partijen geheel of ten dele te ondersteunen. Aangezien de ECB enkel vordert dat de hogere voorzieningen worden afgewezen (en rekwiranten in de kosten worden verwezen), gaat het verzoek van de Commissie verder dan wat zij in haar interventie kan vorderen, zodat dit verzoek niet kan worden aanvaard. [11]

[10] Punt 34 van de bestreden beschikkingen.

[11] De Commissie heeft het Hof verzocht om *opheldering* van twee aspecten van punt 34 van de bestreden beschikkingen: a) de mogelijke tussenkomst van de Commissie en de Raad in de afwikkelingsprocedure, en b) de mate waarin de GAR aan de beoordeling door de ECB is gebonden. Omtrent dit laatste punt zal het Hof zich in de hogere voorzieningen moeten uitspreken; over de mogelijke tussenkomst van de Commissie en de Raad, die in deze zaak uiteindelijk niet heeft plaatsgevonden, hoeft het Hof zich daarentegen niet te buigen.

B. Ten gronde

40. Rekwiranten voeren in hogere voorziening twee middelen aan:

– het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waarbij het artikel 263 VWEU heeft geschonden door de bestreden beschikkingen niet te baseren op het daadwerkelijk door de ECB genomen besluit,

– het Gerecht heeft artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening onjuist uitgelegd.

1. Eerste middel: schending van artikel 263 VWEU

a) Argumenten van partijen

41. Hoewel de argumenten van rekwiranten bij lezing van het eerste middel niet onmiddellijk duidelijk zijn, meen ik daaruit te kunnen distilleren van welke elementen van de bestreden beschikkingen precies de juistheid aan de orde wordt gesteld.

42. Als ik het goed heb begrepen, wordt met het eerste middel betoogd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de beroepen tot nietigverklaring niet-ontvankelijk te verklaren op basis van de besluiten die de ECB *had moeten* vaststellen (volgens de lezing van artikel 18 van de GAM-verordening door het Gerecht zelf) en niet op basis van de besluiten inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen van ABLV Bank die zij *daadwerkelijk* heeft *vastgesteld*.

43. Volgens rekwiranten is de opvatting van het Gerecht onjuist omdat de verklaring van de ECB dat ABLV Bank falende was of waarschijnlijk zou falen een handeling met bindende rechtsgevolgen is, die rechtstreekse gevolgen voor hun rechtspositie heeft.

44. Uitgaande van deze premisse stellen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en daarbij artikel 263 VWEU heeft geschonden door zijn beschikking niet te baseren op het daadwerkelijk door de ECB genomen besluit. Bijgevolg hadden de beroepen tot nietigverklaring ontvankelijk moeten worden verklaard en zal de rechtmatigheid van het handelen van de ECB ten gronde moeten worden beoordeeld.

45. Naast de uitlegging van artikel 18 van de GAM-verordening voeren rekwiranten diverse elementen aan ter staving van hun betoog. Concreet wijzen zij erop dat de beoordeling van het falen door de ECB is meegedeeld aan ABLV Bank en ABLV Luxembourg, dat de ECB de beoordelingen op haar website heeft bekendgemaakt met de vermelding dat het ging om beoordelingen van het falen of waarschijnlijk zullen falen in de zin van artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening, en dat de ECB zich er niet toe heeft beperkt zuiver feitelijke informatie over de financiële situatie van de banken mee te delen.

46. De ECB stelt dat rekwiranten niet helder hebben uiteengezet op basis van welke onjuiste rechtsopvatting het Gerecht artikel 263 VWEU zou hebben geschonden. Voor het overige betwisten de ECB en de Commissie de argumenten van rekwiranten.

b) Beoordeling

47. In mijn opvatting moet het Hof dit middel ontvankelijk verklaren, al blinkt het niet bepaald uit in duidelijkheid. Uit de – niet gemakkelijke – lezing ervan kan niettemin worden opgemaakt welke onjuiste rechtsopvatting het Gerecht wordt verweten, namelijk dat het zijn beschikkingen niet heeft gegrond op de daadwerkelijk door de ECB genomen besluiten.

48. Ten gronde moet dit middel naar mijn oordeel echter worden afgewezen.

49. Het Gerecht heeft zich niet in abstracto gebaseerd op de besluiten die de ECB *had moeten* nemen betreffende het al dan niet falen van ABLV Bank. Integendeel, het is uitgegaan van de *daadwerkelijk* door de ECB *vastgestelde* besluiten, waarop het de rechtspraak van het Hof over de ontvankelijkheid van beroepen tot nietigverklaring heeft toegepast zonder daarbij juridische fouten te maken.

50. Het Gerecht heeft zich zoals gezegd gebaseerd op de rechtspraak van het Hof over de ontvankelijkheid van de in artikel 263 VWEU bedoelde beroepen tot nietigverklaring.[12] Volgens die rechtspraak:

– kunnen natuurlijke of rechtspersonen krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU alleen beroep instellen tegen handelingen of maatregelen die bindende rechtsgevolgen sorteren welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen[13];

– staat tegen handelingen die tot stand komen in het kader van een uit meerdere fasen bestaande interne procedure, in beginsel alleen beroep open wanneer het maatregelen betreft die aan het einde van die procedure het standpunt van de instelling definitief vastleggen – hiertoe behoren dus niet tussenmaatregelen die tot doel hebben het eindbesluit voor te bereiden en waarvan de eventuele onrechtmatigheid op dienstige wijze kan worden aangevoerd in een beroep tegen dat eindbesluit[14];

– kan tegen een tussenhandeling geen beroep worden ingesteld indien vaststaat „dat de onrechtmatigheid daarvan kan worden aangevoerd tot staving van een beroep tegen de eindbeschikking ter voorbereiding waarvan deze handeling is genomen. In die omstandigheden waarborgt het beroep dat kan worden ingesteld tegen de beschikking waarmee de procedure wordt beëindigd, voldoende rechtsbescherming”[15], en

– zou de situatie slechts anders zijn indien handelingen of besluiten die in de loop van de voorbereidende procedure tot stand zijn gekomen, zelf het einde markeren van een bijzondere procedure die onderscheiden is van die welke de instelling in staat moet stellen ten gronde te beslissen.[16]

[12] Punten 29-32 van de bestreden beschikkingen.

[13] Arresten van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, EU:C:1981:264, punt 9), en 18 juni 2020, Commissie/RQ (C-831/18 P, EU:C:2020:481, punt 44): „[A]lleen handelingen of maatregelen die bindende rechtsgevolgen sorteren welke de belangen van de verzoeker rechtstreeks en onmiddellijk kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, [zijn] bezwarende handelingen”.

[14] Arrest van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 50).

[15] Arresten van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 53); 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, EU:C:1981:264, punt 12), en 24 juni 1986, AKZO Chemie en AKZO Chemie UK/Commissie (53/85, EU:C:1986:256, punt 19).

[16] Arrest van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, EU:C:1981:264, punt 11).

51. Na te hebben herinnerd aan deze rechtspraak, die door rekwiranten niet ter discussie wordt gesteld, is het Gerecht nagegaan of in casu de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen, wegens de wezenlijke inhoud ervan, gevolgen hadden voor de rechtspositie van rekwiranten dan wel handelingen waren die het eindbesluit van de GAR inzake de eventuele toepassing van een afwikkelingsregeling louter voorbereidden. [17]

52. Volgens het Gerecht moesten de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen worden beschouwd als voorbereidende maatregelen in een procedure die de GAR in staat moest stellen een besluit te nemen over de afwikkeling van de betrokken bankinstellingen, zodat tegen die handelingen niet een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring openstond.

53. Bij zijn uitlegging van artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening heeft het Gerecht geoordeeld dat het besluit over de relevantie van een afwikkelingsregeling een bevoegdheid van de GAR was en dat de ECB zich had beperkt tot het meedelen van haar beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen van de bankinstelling. Het Gerecht heeft er in dat verband op gewezen dat rekwiranten tevens beroepen tot nietigverklaring van de besluiten van de GAR hadden ingesteld (zaken T-280/18 en T-282/18).

54. Ik zie geen enkele tekortkoming in deze redenering van het Gerecht, die mijns inziens in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof.

55. Rekwiranten voeren in hogere voorziening diverse argumenten aan –waarvan de meeste door het Gerecht reeds zijn besproken en verworpen – om te bewijzen dat de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen feitelijk een bindend karakter hadden en ingrepen in hun belangen doordat zij hun rechtspositie aanmerkelijk wijzigden.

56. Sommige van die argumenten komen er min of meer op neer dat het Gerecht een onjuiste opvatting van de feiten [18] wordt verweten, ook al voeren rekwiranten dit niet uitdrukkelijk aan. [19] Hoe dan ook verdienen de in het kader van dit eerste middel uiteengezette argumenten een beoordeling in hogere voorziening [20], aangezien daarmee niet slechts, zonder meer, letterlijk wordt herhaald of gereproduceerd wat reeds naar voren is gebracht voor het Gerecht. [21]

57. In de eerste plaats beroepen rekwiranten zich op de presumptie dat elke beoordeling door een autoriteit bindend is, behoudens indien die autoriteit uitdrukkelijk anders verklaart.

[17] Punt 33 van de bestreden beschikkingen.

[18] Van een onjuiste opvatting van de feiten is sprake wanneer blijkt, zonder dat er nieuwe bewijzen worden overgelegd, dat de beoordeling van de in het dossier opgenomen bewijselementen kennelijk onjuist is. De onjuiste opvatting moet duidelijk kunnen worden afgeleid uit de stukken zonder dat er een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen hoeft te worden verricht. Wanneer een rekwirant een onjuiste opvatting van bewijselementen aanvoert, moet hij precies aangeven welke elementen volgens hem door het Gerecht onjuist zijn opgevat en moet hij aantonen welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze onjuiste opvatting hebben gebracht (arresten van 19 september 2019, Polen/Commissie, C-358/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:763, punt 45, en 3 december 2015, Italië/Commissie, C-280/14, EU:C:2015:792, punt 52).

[19] Zoals zij verklaren in punt 42 van hun repliek.

[20] Volgens vaste rechtspraak „[kunnen], [w]anneer een rekwirant [...] de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht betwist, [...] de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De procedure van hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen indien de rekwirant zijn hogere voorziening niet aldus kon baseren op middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd" (arresten van 18 juni 2020, Commissie/RQ, C-831/18 P, EU:C:2020:481, punt 42, en 20 september 2016, Mallis e.a./Commissie en ECB, C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[21] „De in eerste aanleg onderzochte rechtspunten kunnen in hogere voorziening evenwel opnieuw worden behandeld wanneer een rekwirant de uitlegging of toepassing van het Unierecht door het Gerecht betwist. De procedure van hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen indien de rekwirant zijn hogere voorziening niet aldus zou kunnen baseren op middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd" (zie arrest van 3 december 2015, Italië/Commissie, C-280/14, EU:C:2015:792, punt 43, en beschikking van 5 september 2019, Iceland Foods/EUIPO, C-162/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:686, punt 5).

58. Dit argument kan niet worden aanvaard. Indien een dergelijke presumptie zou bestaan, zou de rechtspraak van het Hof die de verplichting oplegt om de inhoud en de aard van een handeling van een instelling van de Unie te onderzoeken teneinde te bepalen of die al dan niet bindend is, van zijn zin worden ontdaan. Zou de redenering van rekwiranten worden gevolgd, dan zouden alle handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie bindend zijn, behalve als daarin uitdrukkelijk anders wordt bepaald, wat uitsluitend zou afhangen van de wil van de autoriteit die de handeling vaststelt. Dat is duidelijk niet het geval.

59. In de tweede plaats voeren rekwiranten aan dat de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen een analyse van de evenredigheid omvatten en daarom een bindend karakter hebben.

60. Toegegeven, veel bindende rechtshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie omvatten een analyse van de evenredigheid van de met de betreffende handeling vastgestelde maatregelen. Daar kan evenwel niet uit worden afgeleid dat elke handeling die in een analyse van de evenredigheid voorziet, bindend is. In ieder geval wordt in het middel niet uiteengezet waarom de evenredigheidsanalyse die de ECB in het kader van haar beoordelingen van het falen zou hebben verricht, ertoe zou leiden dat die beoordelingen bindende rechtsgevolgen sorteren die van invloed zijn op de rechtspositie van de betrokken banken.

61. In de derde plaats voeren rekwiranten aan dat de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen bindende handelingen zijn omdat de ECB deze publiekelijk bekend heeft gemaakt en ter kennis van de betrokken banken heeft gebracht.

62. Ook dit argument kan niet slagen. Om te beginnen steunt het argument op een beoordeling van de feiten die in hogere voorziening niet kan worden herzien: het Gerecht heeft verklaard dat „de bestreden handelingen niet openbaar zijn gemaakt, maar dat de ECB twee mededelingen heeft gepubliceerd die geenszins de bestreden handelingen zijn”. [22]

63. Voorts impliceert de publicatie van de twee persberichten over de beoordeling van het falen niet dat de ECB die beoordelingen bindende kracht wil verlenen of dat zij die vanzelf hebben. Op dit punt zal ik later terugkomen.

64. In de vierde plaats vloeit het zogezegd bindende karakter van de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen volgens rekwiranten voort uit het feit dat de ECB zelf en de GAR hebben verklaard dat de liquidatie van ABLV Bank en haar Luxemburgse dochteronderneming onvermijdelijk was.

65. Deze deductie mist grond. De beoordelingen van het falen hadden inhoudelijk niet tot doel om vast te stellen dat beide banken overeenkomstig respectievelijk het Letse en het Luxemburgse recht moesten worden afgewikkeld, en dat was ook niet de intentie van de ECB bij het opstellen ervan. Die mogelijkheid was het gevolg van het besluit van de GAR dat het niet in het algemeen belang was om beide financiële instellingen aan een afwikkelingsregeling te onderwerpen overeenkomstig de GAM-verordening.

[22] Punt 45 van de bestreden beschikkingen.

66. Tot slot plaatsen rekwiranten vraagtekens bij de aanhaling door het Gerecht van de passage in het vonnis van de tribunal d'arrondissement de Luxembourg (rechter in eerste aanleg Luxemburg, Luxemburg) van 9 maart 2018 volgens welke „partijen het erover eens zijn dat de rechtbank die zich over het onderhavige verzoek dient uit te spreken, niet gebonden is aan de beoordelingen en vaststellingen van de ECB en de GAR in het kader van de verordening".[23]

67. De vaststelling dat het Gerecht met die aanhaling niets anders heeft gedaan dan zijn hoofdargument staven, volstaat om die kritiek te ontkrachten. Aangezien de overname van die passage niet de ratio decidendi van de beschikking van het Gerecht belichaamde, treft het betrokken verwijt in het aangevoerde middel geen doel.

68. Mitsdien geef ik het Hof in overweging om het eerste middel in hogere voorziening af te wijzen.

2. Tweede middel: onjuiste uitlegging van artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening

69. Met het tweede middel in hogere voorziening wordt het Gerecht verweten blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door uit een strikte uitlegging van artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening af te leiden dat de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen geen aanvechtbare handelingen zijn.

70. Tevens voeren rekwiranten aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de situatie van ABLV Bank en ABLV Luxembourg ten gevolge van de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen niet was gewijzigd.

a) Eerste onderdeel van het tweede middel: onjuiste uitlegging van artikel 18 van de GAM-verordening

1) Argumenten van partijen

71. Volgens rekwiranten kan artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening niet worden uitgelegd op de wijze waarop het Gerecht dat heeft gedaan (namelijk in de zin dat die bepaling slechts voorziet in een niet-bindende mededeling van informatie door de ECB aan de GAR, die als enige bevoegd is om een afwikkelingsregeling vast te stellen).

72. In de optiek van rekwiranten vereist de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen een juridische analyse en een conclusie van diezelfde aard. Artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening verleent de ECB de bevoegdheid om een standpunt in te nemen dat bindend is voor de GAR.

73. Daarenboven heeft het Gerecht de samenhang van de verhoudingen tussen het stelsel van prudentieel toezicht en dat van de afwikkeling van kredietinstellingen in twijfel getrokken. Volgens dat stelsel bepaalt de toezichthoudende autoriteit (in dit geval de ECB) of een bank faalt of waarschijnlijk zal falen, en is haar beoordeling bindend voor de afwikkelingsautoriteit.

[23] Punt 48 van de bestreden beschikkingen.

74. Tot slot betogen rekwiranten dat het Gerecht de functionele gelijkwaardigheid tussen de beoordelingen van het falen of waarschijnlijk zullen falen en de intrekking van de bankvergunning niet naar behoren heeft onderzocht.

75. De ECB en de Commissie betwisten deze argumenten.

2) Beoordeling

76. Naar mijn oordeel, en dat van het Gerecht, moeten de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen of waarschijnlijk zullen falen worden gekwalificeerd als voorbereidende handelingen in de procedure voor afwikkeling van bankinstellingen. Hoewel bepaalde van de redeneringen die in de bestreden beschikkingen zijn gevolgd om tot die kwalificatie te komen zouden kunnen worden genuanceerd, ben ik van mening dat zij in essentie geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

77. Ter onderbouwing van deze conclusie zal ik eerst de complexe administratieve procedure voor de vaststelling van afwikkelingsregelingen aan een onderzoek onderwerpen. Vervolgens zal ik mij buigen over de samenhang tussen het GTM en het GAM, en tot slot zal ik ingaan op de mogelijke functionele gelijkwaardigheid tussen de beoordeling van het falen en de intrekking van de bankvergunning.

i) Complexe administratieve procedure voor de vaststelling van afwikkelingsregelingen in de zin van artikel 18 van de GAM-verordening

78. De vaststelling van een regeling voor de afwikkeling van een financiële instelling heeft enorme economische en juridische consequenties. Om die reden is in de GAM-verordening een procedure uitgewerkt waaraan verschillende instellingen en een agentschap van de Unie deelnemen of kunnen deelnemen.

79. De beslissingsbevoegdheid is geconcentreerd bij de GAR. De ECB beschikt over een initiatiefrecht – dat echter geen exclusief recht is – en de Commissie en de Raad van de Europese Unie hebben het recht om in laatste instantie bezwaar te maken, met name wanneer er middelen uit het Gemeenschappelijk Afwikkelingsfonds moeten worden vrijgemaakt. [24]

80. Bovenop de complexiteit van de procedure komt de snelheid waarmee deze instellingen en agentschappen van de Unie hun besluiten moeten nemen om te voorkomen dat de afwikkeling van de bankinstelling een negatieve impact heeft op de financiële markten. Deze snelheid dwingt hen de facto om het besluit „gereed" te hebben nog voordat de procedure wordt ingeleid, die doorgaans in één weekend wordt gestart en beëindigd om te profiteren van de sluiting van de effectenmarkten.

[24] De GAR doet de afwikkelingsregeling onmiddellijk na de vaststelling ervan toekomen aan de Commissie, die de regeling binnen 24 uur bevestigt of ertegen bezwaar maakt, rekening houdend met de discretionaire aspecten ervan. Indien de Commissie van mening is dat het besluit van de GAR niet voldoet aan het criterium van algemeen belang of een belangrijke wijziging van het uit het Gemeenschappelijk Afwikkelingsfonds te betalen bedrag met zich meebrengt, kan zij haar bezwaar binnen 12 uur kenbaar maken aan de Raad, die besluit met gewone meerderheid van stemmen. Als de Raad noch de Commissie binnen 24 uur bezwaar heeft gemaakt, treedt het besluit van de GAR in werking. Indien de Raad bezwaar maakt tegen de bijdrage van het Gemeenschappelijk Afwikkelingsfonds, of de Commissie bezwaar maakt tegen discretionaire aspecten van de afwikkelingsregeling, kan de GAR zijn voorstel binnen 8 uur wijzigen. Als de Raad bezwaar maakt tegen het in afwikkeling plaatsen van een instelling omdat niet is voldaan aan het criterium van algemeen belang, wordt de betrokken instelling krachtens artikel 18, lid 8, van de GAM-verordening naar behoren geliquideerd overeenkomstig het toepasselijke nationale recht.

81. Het complexe karakter van de besluitvormingsprocedure vloeit voort uit het feit dat daaraan wordt of kan worden meegewerkt door:

– de toezichthoudende autoriteit (ECB), die verantwoordelijk was voor het toezicht op de bank met solvabiliteitsproblemen;

– de afwikkelingsautoriteit (GAR), die moet besluiten of op de kredietinstelling een afwikkelingsregeling dient te worden toegepast, en

– de Commissie en de Raad, waarvan de medewerking verplicht is omdat de GAR een agentschap van de Unie is, waaraan beperkte bevoegdheden worden overgedragen, en er een Gemeenschappelijk Afwikkelingsfonds met een intergouvernementele component bestaat tot de definitieve unificatie ervan in 2024. [25]

82. Binnen deze complexe procedure moet worden gepreciseerd welke handelingen louter voorbereidend (niet voor herziening vatbaar) zijn, en welke andere handelingen eindbesluiten zijn waartegen bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

83. De afwikkelingsprocedure [26] wordt ingeleid door de verklaring dat de bankinstelling faalt of waarschijnlijk zal falen. [27] Deze verklaring beëindigt in zekere zin het toezicht en waarschuwt ervoor dat er wegens de insolvabiliteit van de instelling gevaar bestaat voor haar financiële stabiliteit, en dat het dus noodzakelijk kan zijn dat de afwikkelingsautoriteit wordt ingeschakeld.

84. De verantwoordelijkheid voor de beoordeling of een onder haar toezicht staande bank faalt of waarschijnlijk zal falen, rust in de eerste plaats op de ECB, al dient zij voorafgaandelijk de GAR te raadplegen. [28] Bij een bevestigende beoordeling deelt de ECB deze onverwijld mee aan de Commissie en de GAR. [29]

85. Het is logisch dat de hoofdverantwoordelijkheid voor de beoordeling van het falen berust bij de ECB, aangezien er een aantal elementen tegen elkaar moeten afgewogen waarvan zij als toezichthoudende autoriteit in het kader van het GTM rechtstreeks kennis kan nemen. [30]

[25] Zie overweging 24 van de GAM-verordening.

[26] Artikel 18 van de GAM-verordening reproduceert grotendeels de inhoud van artikel 32 van 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, 2004/25/7EG, 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).

[27] De inhoudelijke aspecten van de beoordeling van het falen, tezamen met enkele procedurele elementen, zijn verder ontwikkeld in de richtsnoeren (EBA/GL/2015/07) van de Europese Bankautoriteit van 6 augustus 2015 inzake de uitlegging van de verschillende omstandigheden waaronder een instelling beschouwd wordt als een instelling die faalt of waarschijnlijk gaat falen, overeenkomstig artikel 32, lid 6, van richtlijn 2014/59 (hierna: „EBA-richtsnoeren van 2015 inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen").

[28] Artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening.

[29] Artikel 18, lid 1, derde alinea, van de GAM-verordening.

[30] Die elementen, die worden vermeld in artikel 18, lid 4, van de GAM-verordening, zijn:
– De vraag of is voldaan aan de vereisten om de vergunning voor het uitoefenen van de bankactiviteiten te behouden dan wel of de intrekking van de vergunning door de ECB gerechtvaardigd is, onder meer – doch niet uitsluitend – omdat de instelling verliezen heeft geleden of waarschijnlijk zal lijden die haar eigen vermogen geheel of aanmerkelijk uitputten.
– De vaststelling dat de „activa van de entiteit [...] geringer [zijn] dan haar passiva, of er [...] objectieve elementen [bestaan] ter ondersteuning van de vaststelling dat de activa van de entiteit in de nabije toekomst geringer zullen zijn dan haar passiva".
– De vaststelling dat de „entiteit [...] niet in staat [is] of er [...] objectieve elementen [bestaan] ter ondersteuning van de vaststelling dat de entiteit in de nabije toekomst niet in staat zal zijn haar schulden of andere passiva te betalen wanneer deze opeisbaar worden".
– De noodzaak van buitengewone openbare financiële steun, behoudens enkele uitzonderingen.

86. De ECB heeft echter geen monopolie op de beoordeling van het falen.[31] De GAR heeft een subsidiaire rol, aangezien hij die beoordeling pas kan maken nadat hij de ECB van zijn voornemen op de hoogte heeft gesteld en de ECB niet zelf binnen drie kalenderdagen na ontvangst van die informatie een beoordeling in die zin verricht. In dat geval verstrekt de ECB de GAR onverwijld alle relevante informatie die deze laatste opvraagt teneinde zijn beoordeling te kunnen maken.[32]

87. Nadat de ECB (of subsidiair de GAR) de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen heeft verricht, staat het aan de GAR om te besluiten of er al dan niet een afwikkelingsregeling moet worden vastgesteld. Om een afwikkelingsregeling te kunnen vaststellen, moeten de drie in artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening gestelde voorwaarden zijn vervuld:

– het is zeker dat de entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen;

– het valt redelijkerwijs niet te verwachten dat alternatieve maatregelen van de particuliere sector het falen van de entiteit binnen een redelijk tijdsbestek kunnen voorkomen, rekening houdend met de tijdsdruk en andere relevante omstandigheden, en

– de afwikkeling is noodzakelijk in het algemeen belang.[33]

88. Indien de GAR vaststelt dat deze drie voorwaarden zijn vervuld, stelt hij ingevolge artikel 18, lid 6, van de GAM-verordening een afwikkelingsregeling vast die: a) de entiteit in afwikkeling plaatst, b) voorziet in de toepassing van de in artikel 22, lid 2, bedoelde afwikkelingsinstrumenten, en c) voorziet in „het gebruik van het [Gemeenschappelijk Afwikkelingsfonds] ter ondersteuning van de afwikkelingsmaatregel in overeenstemming met artikel 76 en met een overeenkomstig artikel 19 genomen besluit van de Commissie”.

89. Uit deze beschrijving kan worden opgemaakt dat het besluit van de GAR tot vaststelling van de afwikkelingsregeling (of het besluit om geen afwikkelingsregeling vast te stellen met het oog op de liquidatie van de bankinstelling overeenkomstig het nationale recht) het daadwerkelijke eindbesluit van de procedure is. Bij tussenkomst van de Commissie of de Raad zouden de besluiten van die instellingen datzelfde karakter hebben.[34]

90. Aangezien het besluit van de GAR het eindbesluit van de afwikkelingsprocedure is, heeft de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen, waarmee de ECB is belast, het karakter van een voorbereidende handeling in het kader van die procedure, zoals het Gerecht in zijn beschikkingen terecht heeft geoordeeld.[35]

[31] Artikel 21, lid 2, van de GAM-verordening voorziet in een andere methode voor het beoordelen van het falen of waarschijnlijk zullen falen, waarbij de GAR kan besluiten tot afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten. Die beoordeling vindt plaats overeenkomstig de procedure van artikel 18.

[32] Artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening.

[33] Volgens artikel 18, lid 5, van de GAM-verordening wordt „een afwikkelingsmaatregel behandeld als zijnde in het algemeen belang indien deze noodzakelijk is om een of meer van de in artikel 14 vermelde afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken en daarmee evenredig is, en indien deze doelstellingen met een liquidatie van de entiteit volgens een normale insolventieprocedure niet in dezelfde mate zouden worden bereikt”.

[34] In deze zaak liggen er alleen twee besluiten van de GAR, van 23 februari 2018 (SRB/EES/2018/09 en SRB/EES/2018/10), en geen van Commissie en de Raad. De GAR heeft besloten dat een afwikkelingsmaatregel niet passend was en heeft dat besluit ter kennis van de NAA's van Letland en Luxemburg gebracht.

[35] De nabijheid in de tijd tussen de ene handeling (de beoordeling van het falen) en de andere (het besluit van de GAR) mag geen verwarring teweegbrengen over de verschillende aard van die handelingen. In casu zijn de beoordelingen van het falen door de ECB en de besluiten van de GAR van dezelfde datum. Zie de informatie op https://srb.europa.eu/en/node/495.

91. Niettemin zou de vraag kunnen worden gesteld of de beoordeling door de ECB, hoewel het daarbij om een voorbereidende handeling gaat, specifieke rechtsgevolgen kan sorteren voor de betrokken banken (wijziging van hun rechtspositie), zodat zij of hun aandeelhouders daartegen rechtstreeks beroep tot nietigverklaring kunnen instellen.

92. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Het effect op de rechtspositie van de betrokken banken, dat in voorkomend geval zou kunnen rechtvaardigen dat een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht ontvankelijk wordt verklaard [36], zou eventueel kunnen worden teweeggebracht door de besluiten van de GAR, maar niet door de verklaringen van de ECB.

93. Ter terechtzitting hebben rekwiranten vastgehouden aan hun betoog dat elke rechterlijke bescherming zou ontbreken indien het door het Gerecht in de bestreden beschikkingen ingenomen standpunt zou worden gevolgd. In mijn ogen is er evenwel geen sprake van ontbrekende rechterlijke bescherming, aangezien de (vermeende) inhoudelijke onrechtmatigheid van de beoordelingen van de ECB kan worden ingeroepen ter onderbouwing van een beroep tegen besluiten van de GAR waarin die inhoud wordt overgenomen en waarbij de procedure wordt afgesloten.

94. Dat beroep tegen besluiten van de GAR waarborgt een voldoende rechterlijke bescherming van personen die de aandacht willen vestigen op eventuele tekortkomingen in de voorbereidende handelingen van de ECB, op de beoordelingen waarvan de GAR zich baseert bij het nemen van zijn eigen besluiten.

95. Het ontkennende antwoord wordt bevestigd door het besef dat afwikkelingsregelingen niet horen te worden bestreden middels „overbodige” beroepen tegen voorbereidende handelingen wanneer de mogelijke onrechtmatigheid daarvan zonder voorbehoud kan worden aangevochten in het kader van beroepen tot nietigverklaring van het eindbesluit van de GAR, waarmee de rechterlijke bescherming van de betrokkenen dus wordt gewaarborgd.

96. Aanvaarding van de mogelijkheid van twee parallelle reeksen van gelijktijdige beroepen (de ene reeks tegen de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen en de andere tegen de besluiten van de GAR van dezelfde datum) strekt niet tot een goede rechtsbedeling en lijkt ook vanuit proceseconomisch oogpunt weinig passend. Herhaald zij dat de rechtmatigheid van de beoordelingen van de ECB kan worden onderzocht in beroepen tegen besluiten van de GAR, zonder dat (daarbovenop) andere procedures aanhangig hoeven te worden gemaakt om de door de ECB afgegeven verklaringen inzake het falen aan te vechten.

97. De niet-ontvankelijkheid van de beroepen tegen de door de ECB afgegeven verklaringen inzake het falen is overigens in overeenstemming met de criteria die het Hof heeft vastgesteld in het arrest Berlusconi en Fininvest en heeft bekrachtigd in het arrest Iccrea Banca. [37]

98. Deze rechtspraak, die in beginsel van toepassing is op samengestelde administratieve procedures van verticale aard waaraan naast nationale autoriteiten ook instellingen, organen en instanties van de Unie (zoals de ECB en de GAR) deelnemen, kan worden geëxtrapoleerd naar een procedure van de Unie waarin meerdere van haar instellingen of organen optreden.

[36] Zoals ik reeds heb opgemerkt, hebben ABLV Bank en haar directe en indirecte aandeelhouders afzonderlijk beroepen tot nietigverklaring van de besluiten van de GAR ingesteld bij het Gerecht. Voor de stand van zaken daarin, zie voetnoot 8 van deze conclusie.

[37] Arresten van 19 december 2018, Berlusconi en Fininvest (C-219/17, EU:C:2018:1023), en 3 december 2019, Iccrea Banca (C-414/18, EU:C:2019:1036).

99. Volgens die arresten moet de rechterlijke toetsing worden uitgeoefend op het eindbesluit van de procedure. Eventuele verwijten betreffende de onrechtmatigheid van voorbereidende handelingen dienen te worden beoordeeld door de rechter die kennisneemt van het beroep tegen die eindbesluiten, tenzij die handelingen bindend zijn voor de instelling die bevoegd is om het eindbesluit vast te stellen.

100. In de procedure voor het vaststellen van afwikkelingsregelingen berust het eindbesluit bij de GAR. [38] Het enige wat nog moet worden opgehelderd is of de door de ECB verrichte beoordeling van het falen bindend is voor de GAR. Indien dat het geval is, kan men zich afvragen of een specifiek beroep tegen die handeling van de ECB mogelijk is, gelet op het feit zij inhoudelijk op zichzelf staat en ingrijpt in de rechten van particulieren.

101. De ECB kan de procedure voor de afwikkeling van een bank in gang zetten door de beoordeling van het falen te verrichten en die te doen toekomen aan de GAR. Indien de ECB tot de conclusie komt dat de bankinstelling niet falende is, hoeft zij de GAR niets mee te delen en heeft haar beoordeling geen enkel gevolg voor die bank. Omdat de procedure van artikel 18 van de GAM-verordening niet wordt ingeleid, zou er in dat geval geen beroep tot nietigverklaring tegen de ECB mogelijk zijn (en evenmin beroep wegens nalaten, aangezien de beoordeling is verricht, maar het resultaat ervan geen gevaar voor falen blootlegt).

102. Wanneer de ECB haar beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen daarentegen aan de GAR toestuurt, zal deze moeten besluiten of er een afwikkelingsregeling moet worden vastgesteld dan wel of de instelling overeenkomstig het nationale recht moet worden geliquideerd.

103. De rechtsgevolgen voor de bank treden pas in wanneer de GAR heeft vastgesteld dat is voldaan aan de drie eerder genoemde voorwaarden van artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening. De beoordeling van de ECB sorteert op zichzelf geen bindende rechtsgevolgen (onder voorbehoud van wat ik hierna zal uiteenzetten) aangezien de GAR, zoals gezegd, moet beoordelen of de drie voormelde voorwaarden voor de toepassing van een afwikkelingsregeling zijn vervuld.

104. Na ontvangst van een verklaring van de ECB inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen kan de GAR zich niet onthouden van het nemen van een besluit: indien de GAR, in tegenstelling tot wat de ECB verklaart, van oordeel is dat de instelling niet faalt of waarschijnlijk zal falen, zal hij de toepassing van een afwikkelingsregeling moeten afwijzen. Dit besluit zal dan het voor beroep vatbare eindbesluit zijn, en de beoordeling van de ECB zal het karakter van een voorbereidende handeling hebben waarvan de rechtmatigheid ter discussie kan worden gesteld in het kader van dat beroep tegen het eindbesluit van de GAR.

105. In diezelfde zin voorziet artikel 86, lid 1, van de GAM-verordening slechts in de mogelijkheid om beroep in te stellen tot nietigverklaring van besluiten van de GAR (of, in voorkomend geval, van het beroepspanel), maar noemt het niet de door de ECB verrichte beoordelingen van het falen of waarschijnlijk zullen falen.

[38] Volgens overweging 11 van de GAM-verordening wordt in het kader van het GAM „een gecentraliseerde afwikkelingsbevoegdheid [...] ingesteld en toegekend aan de bij deze verordening ingestelde gemeenschappelijke afwikkelingsraad [...] en aan de nationale afwikkelingsautoriteiten”.

106. De door de ECB verrichte beoordeling van het falen noopt de GAR tot het nemen van een eindbesluit over de vaststelling van een afwikkelingsregeling, maar is niet bepalend voor de inhoud daarvan: bij het nemen van een besluit kan de GAR ook zelf nog een beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen verrichten.

107. De bevoegdheid van de ECB is, kortom, beperkt tot het in gang zetten van de procedure. Hoewel het moeilijk voorstelbaar is dat de toezichthoudende autoriteit en de afwikkelingsautoriteit er een verschillende mening op na houden, wat het falen van een bank betreft (artikel 18 van de GAM-verordening zet aan tot samenwerking tussen beide autoriteiten), zijn hun respectieve taken en verantwoordelijkheden niet dezelfde. [39]

108. Volgens het Gerecht is de verklaring van de ECB inzake het falen van een instelling „slechts [...] een beoordeling die de GAR op geen enkele wijze bindt". Deze opvatting, hoe begrijpelijk en juist ook in het kader van punt 34 van de bestreden beschikkingen, behoeft enige nuancering.

109. De GAR is inderdaad het orgaan dat bevoegd is om in de afwikkelingsprocedure het eindbesluit vast te stellen, niet de ECB. Deze laatste beschikt echter over de bevoegdheid om die procedure in te leiden en de GAR, na deze het resultaat van haar beoordeling van het falen te hebben doen toekomen, aldus te „dwingen" een besluit te nemen. Enkel in deze zin heeft de verklaring van de ECB bindende gevolgen voor de GAR, die evenwel van procedurele aard zijn en niet raken aan de beoordeling ten gronde, waarvan de GAR kan afwijken.

110. Ter terechtzitting heeft de Commissie onderstreept dat de verklaring van de ECB inzake het falen van een instelling „gezaghebbend" is – de ECB is immers beter bekend met de situatie van de onder toezicht staande banken – zonder dat zij de inhoud van die verklaring echter op zodanige wijze bindend acht voor de GAR dat alle aspecten van diens latere besluit er al in zijn vastgelegd.

111. Ik aanvaard zonder probleem dat de beoordeling van de ECB auctoritas kan hebben, in de klassieke zin van het woord, en dat de GAR die beoordeling niet zonder meer terzijde kan schuiven of inhoudelijk kan verwerpen, maar dat betekent nog niet dat die beoordeling daarenboven de potestas geniet die inherent is aan juridische besluiten die worden opgelegd in de betrekkingen tussen instellingen in gevallen waarin een van die instellingen inhoudelijk gesproken niet kan afwijken van wat de andere heeft besloten of beschikt. [40] Juist daarin bestaat de gebondenheid.

ii) Samenhang van de verhoudingen tussen het stelsel van prudentieel toezicht op kredietinstellingen en het stelsel voor de afwikkeling van kredietinstellingen

112. Rekwiranten stellen in niet al te nauwkeurige bewoordingen dat het Gerecht met zijn benadering blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de verhoudingen tussen het GTM en het GAM daarin niet op passende wijze worden gereflecteerd.

113. Volgens rekwiranten moet de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen van een kredietinstelling altijd en met bindende kracht worden verricht door de toezichthoudende autoriteit (in dit geval de ECB) en zou het onlogisch zijn dat de GAR een afwikkelingsregeling vaststelt die ingaat tegen de zienswijze van de toezichthouder.

[39] De EBA-richtsnoeren van 2015 inzake het falen of waarschijnlijk zullen falen, schrijven in de punten 32-38 voor dat beide autoriteiten overleg met elkaar plegen en informatie uitwisselen.

[40] Artikel 266 VWEU bevat een typisch voorbeeld van dergelijke bindende besluiten.

114. Dit argument gaat eraan voorbij dat de GAR een subsidiaire bevoegdheid heeft om zelf te beoordelen of een instelling faalt of waarschijnlijk zal falen, wanneer de ECB die beoordeling niet heeft gemaakt.

115. In artikel 18, lid 1, tweede alinea, van de GAM-verordening wordt bepaald dat de GAR die beoordeling op een bestuursvergadering kan vaststellen, maar enkel nadat hij de ECB van zijn voornemen op de hoogte heeft gesteld en de ECB niet zelf binnen drie kalenderdagen na ontvangst van die informatie een beoordeling in die zin vaststelt. De ECB dient de GAR onverwijld alle relevante informatie te verstrekken die deze opvraagt om zijn beoordeling te kunnen maken.

116. Hoewel deze situatie zich gewoonlijk niet zal voordoen (de ECB, als toezichthouder, beheert de informatie die relevant is voor de beoordeling), staat de GAM-verordening de GAR toe om de afwikkelingsprocedure ook zonder beoordeling van de ECB te starten.

117. De redenering die rekwiranten in dit onderdeel van het tweede middel volgen, moet derhalve worden afgewezen.

iii) Mogelijke functionele gelijkwaardigheid tussen de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen en de intrekking van de bankvergunning

118. Rekwiranten stellen in hogere voorziening opnieuw aan de orde dat de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen neerkomt op intrekking van de bankvergunning.

119. Het Gerecht heeft rekwiranten reeds van een adequaat antwoord voorzien in de bestreden beschikkingen. Daarin heeft het Gerecht verklaard dat „die twee handelingen geenszins op hetzelfde neerkomen, ook al kan een dergelijke beoordeling – op grond van artikel 18, lid 4, onder a), van [de GAM-verordening] – worden gebaseerd op de bevinding dat niet langer is voldaan aan de voorwaarden voor het behoud van de vergunning. In dit verband kan worden volstaan met de constatering dat de voorwaarden voor de intrekking van de vergunning die zijn vermeld in artikel 18 van richtlijn 2013/36/EU[41] kennelijk verschillen van de overwegingen die ten grondslag liggen aan de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen, zoals die zijn weergegeven in artikel 18, lid 4, van [de GAM-verordening]”.[42]

120. Rekwiranten herhalen in dit verband de argumenten die zij voor het Gerecht hebben aangevoerd zonder daar nieuwe relevante argumenten aan toe te voegen, zodat dit onderdeel van het middel niet kan worden aanvaard.

121. De redenering van het Gerecht is hoe dan ook juist: de beoordeling van het falen of waarschijnlijk zullen falen van een kredietinstelling is iets anders dan de vaststelling van een besluit tot intrekking van de vergunning om haar activiteit uit te oefenen.

122. Nog minder kan worden volgehouden, zoals rekwiranten doen, dat de vaststelling van het intrekkingsbesluit door de toezichthoudende autoriteit met zich meebrengt dat alleen deze autoriteit de beoordeling van het falen mag verrichten.

[41] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PB 2013, L 176, blz. 338).

[42] Punt 46 van de bestreden beschikkingen.

123. Ook dit onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening moet dus worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel van het tweede middel: wijziging van de rechtspositie van ABLV Bank en ABLV Luxembourg

1) Argumenten van partijen

124. Behalve een onjuiste uitlegging van artikel 18 van de GAM-verordening, verwijten rekwiranten het Gerecht ook wat zij kwalificeren als onjuiste argumenten betreffende de wijziging van hun rechtspositie ten gevolge van de door de ECB verrichte beoordeling van het falen.

125. In de eerste plaats stellen zij dat hun rechtspositie is gewijzigd doordat de ECB de beoordelingen van het falen of waarschijnlijk zullen falen heeft bekendgemaakt, waardoor die beoordelingen aanvechtbare handelingen zijn geworden.

126. In de tweede plaats voeren zij aan dat het Gerecht in punt 47 van zijn beschikkingen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de relevante tekst de intern door de ECB aan de GAR meegedeelde tekst was, onafhankelijk van de door de ECB verrichte publicatie.

127. In de derde plaats heeft het Gerecht volgens rekwiranten nogmaals blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich te baseren op de door hem aangehaalde rechtspraak[43] om tot de conclusie te komen dat de door de ECB verrichte beoordeling van het falen geen aanvechtbare handeling is.

128. De ECB en de Commissie betwisten deze argumenten.

2) Beoordeling

129. Voor zover door rekwiranten in dit onderdeel van het tweede middel eerder aangevoerde argumenten worden herhaald, geldt daarvoor wat ik al in andere punten van deze conclusie heb opgemerkt.

130. Daarnaast acht ik het dienstig erop te wijzen dat rekwiranten uitsluitend doelen op de rechtsgevolgen van de door de ECB afgegeven verklaringen inzake het falen (dat wil zeggen de gevolgen voor hun rechtspositie). De eventuele invloed van deze verklaringen op de economische situatie van de betrokken bankinstellingen blijft buiten het debat.

131. In antwoord op vragen van het Hof tijdens de mondelinge behandeling konden rekwiranten echter geen enkel voorschrift noemen waaruit zou blijken dat de door de ECB afgegeven verklaring inzake het falen op zichzelf hun rechtspositie kan wijzigen.

[43] Bestreden beschikkingen, punten 29-32.

i) Publicatie van de verklaring inzake het falen

132. De door de ECB verrichte beoordelingen van het falen en de besluiten van de GAR betreffende ABLV Bank en ABLV Luxembourg werden op dezelfde datum, 24 februari 2018, bekendgemaakt.

133. De besluiten van de GAR worden officieel bekendgemaakt omdat deze de eindbesluiten van de procedure zijn, die de rechtspositie van de instellingen waarop zij betrekking hebben onmiskenbaar beïnvloeden. De beoordeling van de ECB is daarentegen louter als persbericht naar buiten gebracht. [44]

134. De eventuele wijziging van de rechtspositie van de banken zou, in voorkomend geval, voortvloeien uit het eindbesluit van de GAR, dat officieel is bekendgemaakt. Het persbericht van de ECB over haar beoordeling van het falen van de twee kredietinstellingen werd uitgebracht omdat de GAR zijn definitieve besluit had vastgesteld en bekendgemaakt.

135. Zoals de ECB verklaart in haar dupliek [45], wordt de door de ECB verrichte beoordeling van het falen niet bekendgemaakt wanneer de GAR geen eindbesluit in de procedure vaststelt, om te voorkomen dat de beoordeelde kredietinstellingen daar nadelige economische gevolgen van zouden ondervinden.

136. Logischerwijs communiceert de ECB haar beoordeling evenmin voordat de GAR zijn eindbesluit bekendmaakt, juist om die nadelige economische gevolgen te voorkomen. In de tot op heden gevolgde praktijk, die in deze zaak is gerespecteerd, worden het besluit van de GAR en het persbericht van de ECB gelijktijdig gepubliceerd.

137. In theorie zou de ECB haar verklaring inzake het falen van een kredietinstelling bekend kunnen maken zonder dat de GAR het eindbesluit in de afwikkelingsprocedure van artikel 18 van de GAM-verordening heeft vastgesteld. Aangezien dat in casu niet is gebeurd, hoeven de gevolgen van een dergelijke gedraging voor de positie van de betrokken bankinstelling niet te worden onderzocht.

138. Gezien het voorgaande moet het eerste argument dat rekwiranten in het kader van dit tweede onderdeel van het tweede middel hebben aangevoerd, worden afgewezen.

ii) Verschillen tussen de verklaring inzake het falen en het door de ECB gepubliceerde persbericht

139. Ook het tweede argument ter ondersteuning van dit onderdeel van het middel moet worden verworpen, aangezien het is gebaseerd op een onjuist begrip van punt 47 van de bestreden beschikkingen.

140. In dat punt trekt het Gerecht op basis van de overwegingen in de punten 32 tot en met 36 ervan de conclusie dat „uit de inhoud van de bestreden handelingen [blijkt] dat het geenszins gaat om besluiten, maar om voorbereidende maatregelen”.

[44] Het persbericht is te vinden op de website van de ECB: https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ssm.pr180224.en.html.

[45] Dupliek van de ECB, punt 19.

141. Deze redenering (waarvan ik de juistheid ten gronde reeds heb geanalyseerd) ontzenuwt het door rekwiranten in hun beroep tot nietigverklaring geformuleerde verwijt dat de verklaring inzake het falen afweek van de publicatie op de website van de ECB.

142. Belangrijk was in ieder geval dat de handeling van de ECB die het voorwerp van het beroep was (de verklaring inzake het falen) niet afzonderlijk kon worden aangevochten bij het Gerecht.

iii) In de bestreden beschikkingen aangehaalde rechtspraak

143. Het derde en laatste argument binnen dit onderdeel van het middel betreft een cirkelredenering en moet eveneens worden afgewezen. Rekwiranten betogen dat de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak betrekking heeft op situaties waarin er vragen waren gerezen over de mogelijkheid om de handeling aan te vechten middels een beroep tot nietigverklaring, wat volgens hen in casu niet aan de orde is.

144. Zoals ik reeds heb uiteengezet, had het geding betrekking op de mogelijkheid om de nietigverklaring van een door de ECB vastgestelde beoordeling inzake falen rechtstreeks te vorderen, los van het beroep tegen het definitieve besluit van de GAR in een bankafwikkelingsprocedure.

145. De door het Gerecht aangehaalde rechtspraak was relevant voor het geven van een uitspraak over de ontvankelijkheid van die concrete, door rekwiranten ingestelde vordering. Die rechtspraak biedt aanknopingspunten om te bepalen wanneer kan worden opgekomen tegen de handelingen die achtereenvolgens door de instellingen van de Unie worden vastgesteld in complexe administratieve procedures, zoals die welke in casu aan de orde is.

146. Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het tweede middel eveneens worden afgewezen, zoals ook het beroep voor het overige.

VI. Kosten

147. Ingevolge artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat uit hoofde van artikel 184, lid 1, van datzelfde reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd.

148. Overeenkomstig artikel 184, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 140, lid 1, van voornoemd reglement moet de Commissie, als interveniërende partij in de gedingen, haar eigen kosten dragen.

VII. Conclusie

149. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

1) de hogere voorzieningen deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond te verklaren;

2) ABLV Bank AS te verwijzen in de kosten in zaak C-551/19 P, en Ernests Bernis, Oļegs Fiļs, OF Holding SIA en Cassandra Holding Company SIA in die in zaak C-552/19 P, en

3) te beslissen dat de Europese Commissie haar eigen kosten draagt.