CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 30 november 2023 [1]

Zaak C-181/22 P

Nemea Bank plc
tegen

Europese Centrale Bank (ECB)

„Hogere voorziening – Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme – Verordening (EU) nr. 1024/2013 – Aan de ECB opgedragen specifieke toezichttaken – Besluit tot intrekking van de vergunning van Nemea Bank plc voor het uitoefenen van de werkzaamheden van een kredietinstelling – Artikel 24 – Procedure voor interne administratieve toetsing – Vervanging door een besluit met dezelfde inhoud – Beroep tot nietigverklaring – Geding zonder voorwerp geraakt en verlies van procesbelang – Afdoening zonder beslissing – Beroep tot schadevergoeding – Kennelijke niet-ontvankelijkheid – Doeltreffende voorziening in rechte – Artikel 47 van het Handvest”

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt de in Malta gevestigde kredietinstelling Nemea Bank plc om vernietiging van de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie van 20 december 2021, Niemelä e.a./ECB (T-321/17, EU:T:2021:942; hierna: „bestreden beschikking”). Bij die bestreden beschikking heeft het Gerecht om te beginnen beslist om het door Nemea Bank ingestelde beroep tot nietigverklaring van het besluit [2] van de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”) van 23 maart 2017 (hierna: „litigieus besluit van de ECB” of „oorspronkelijk besluit”) zonder beslissing af te doen. Voorts heeft het Gerecht het door Nemea Bank ingestelde beroep tot schadevergoeding kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. Bij het litigieuze besluit had de ECB besloten de vergunning van Nemea Bank voor het uitoefenen van de werkzaamheden van een kredietinstelling (hierna: „intrekking van de vergunning”) in te trekken.

2. De in het tweede en het derde middel opgeworpen rechtsvragen heb ik reeds beantwoord in mijn conclusie in de nog aanhangige zaken Pilatus Bank/ECB (C-750/21 P en C-256/22 P), die eveneens betrekking hebben op de Maltese banksector. Die vragen hielden verband met de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging en met het recht op doeltreffende rechtsbescherming van de betrokken kredietinstelling door de door haar aangewezen advocaat. [3] In die conclusie ben ik tot de slotsom gekomen dat uitsluitend deze advocaat bevoegd is om de

[1] Oorspronkelijke taal: Duits.

[2] ECB/SSM/2017 – 213800JENPXTUY75VSO/1 WHD-2017-0003.

[3] Conclusie in de zaken Pilatus Bank/ECB (C-750/21 P en C-256/22 P, EU:C:2023:431, punten 59 e.v.).

rechten en belangen van deze kredietinstelling te verdedigen in de administratieve procedure tot intrekking van de vergunning en in het daaropvolgende beroep bij de Unierechter, en niet de door de nationale toezichthoudende autoriteiten benoemde beheerder van de bank.

3. De aan het eerste middel ten grondslag liggende rechtsvraag blijft tot dusver onbeantwoord: onder welke voorwaarden moet de betrokken kredietinstelling een beroep tot nietigverklaring instellen bij het Gerecht bij gebruikmaking van het haar door artikel 24, lid 5, van verordening (EU) nr. 1024/2013[4] toegekende recht te verzoeken dat het besluit tot intrekking van de vergunning door de administratieve raad voor toetsing van de ECB wordt onderworpen aan een interne administratieve toetsing. In het onderhavige geval had Nemea Bank immers, kort voor het instellen van haar beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit van de ECB, een daartoe strekkend verzoek ingediend. Vervolgens heeft zij echter nagelaten om eveneens in de voorgeschreven vorm en binnen de gestelde termijn bij het Gerecht op te komen tegen het door de ECB op 30 juni 2017 en op advies van de administratieve raad voor toetsing genomen besluit[5] met dezelfde inhoud en ter vervanging van het oorspronkelijke besluit (hierna: „tweede besluit"). Dit besluit is daardoor (mogelijkerwijs) definitief en niet meer voor beroep vatbaar geworden. Volgens het Gerecht heeft deze omstandigheid tot gevolg gehad dat het procesbelang van Nemea Bank was weggevallen en dat haar beroep tot nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit moest worden afgedaan zonder beslissing, aangezien het tweede besluit met terugwerkende kracht daarvan in de plaats was getreden. Indien het Gerecht blijk heeft gegeven van een juiste rechtsopvatting, dan kan de intrekking van de vergunning in dit geval niet langer worden getoetst op haar wettigheid, althans niet in het kader van een beroep tot nietigverklaring.

4. De onderhavige zaak werpt dan ook fundamentele vragen op met betrekking tot de doeltreffende rechterlijke bescherming tegen handelingen van de organen, instellingen of instanties van de Unie, ten aanzien waarvan het afgeleide recht voorafgaand of parallel aan het beroep voor de rechter voorziet in een administratieve toetsings- of beroepsprocedure. De Unierechter heeft zich al meermaals uitgesproken over dergelijke regelingen van afgeleid recht en de verhouding daarvan tot artikel 263 VWEU.[6] Die verhouding is tot op heden echter niet op coherente en systeemoverschrijdende wijze verduidelijkt voor alle interne administratieve toetsings- of beroepsprocedures. In het bijzonder moet worden voorkomen dat dergelijke procedures, in plaats van de rechtsbescherming te verbeteren, leemten in de rechtsbescherming doen ontstaan. Dat zou niet verenigbaar zijn met het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte overeenkomstig artikel 47, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en met artikel 263 VWEU.

5. Deze conclusie spitst zich vooral toe op de met het eerste middel aangevochten afdoening zonder beslissing van het beroep tot nietigverklaring wegens het vermeende verlies van procesbelang van Nemea Bank. Mocht het Hof mijn voorstel van antwoord op dit middel volgen en de bestreden beschikking vernietigen op grond van het voortbestaan van het procesbelang van Nemea Bank, dan hoeven het tweede en het derde middel betreffende de daadwerkelijke

[4] Verordening van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de ECB specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63).

[5] ECB/SSM/2017 – 213800JENPXTUY75VS 07/2.

[6] De in deze zaak aan de orde zijnde rechtsvragen zijn deels ook opgeworpen in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 september 2023, Versobank/ECB (C-803/21 P, niet gepubliceerd, EU:C:2023:630). In die zaak had de betrokken kredietinstelling echter ook het tweede besluit volgens de voorschriften en binnen de gestelde termijn voor het Gerecht aangevochten. Zie voor een vergelijkbare situatie het eindarrest van het Gerecht van 7 september 2022, BNetzA/ACER (T-631/19, EU:T:2022:509, punten 16-18). Zie ook arresten van 25 juni 2020, SatCen/KF (C-14/19 P, EU:C:2020:492, punten 58 e.v.), en 27 april 2016, European Dynamics Luxembourg e.a./EUIPO (T-556/11, EU:T:2016:248) (eveneens definitief geworden).

uitoefening van de rechten van de verdediging[7] niet meer te worden onderzocht, aangezien deze ook zijn gericht tegen de door het Gerecht gedane vaststelling dat er geen uitspraak hoefde te worden gedaan.

II. Toepasselijke bepalingen

6. In overweging 64 van verordening nr. 1024/2013 staat onder meer te lezen:

„De ECB moet natuurlijke en rechtspersonen de mogelijkheid bieden een toetsing te vragen van besluiten die zij op grond van de bij deze verordening aan haar verleende bevoegdheden heeft genomen en die tot hen zijn gericht of die hen rechtstreeks en individueel raken. De toetsing moet betrekking hebben op de procedurele en materiële conformiteit van die besluiten met deze verordening, met inachtneming van de discretionaire bevoegdheid van de ECB om te beslissen over het nut van die besluiten. Daartoe, en om redenen van proceseconomie, dient de ECB een administratieve raad voor toetsing in te stellen die een dergelijke interne toetsing uitvoert. […] De toetsingsprocedure moet inhouden dat de raad van toezicht zijn oorspronkelijk ontwerpbesluit zo nodig heroverweegt."

7. Artikel 4 van deze verordening, met als opschrift „Aan de ECB opgedragen taken", bepaalt in lid 1, onder a):

„Binnen het kader van artikel 6 heeft de ECB overeenkomstig lid 3 van dit artikel de exclusieve bevoegdheid om met het oog op het prudentieel toezicht ten aanzien van alle in de deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen de volgende taken uit te voeren:

a) vergunningen aan kredietinstellingen verlenen en die vergunningen intrekken, volgens artikel 14;

[…]"

8. Artikel 14, lid 5, tweede alinea, van deze verordening luidt:

„Indien de nationale bevoegde autoriteit die overeenkomstig lid 1 de vergunning heeft voorgesteld, van oordeel is dat die vergunning overeenkomstig de toepasselijke nationale wetgeving moet worden ingetrokken, dient zij daartoe bij de ECB een voorstel in. In dat geval neemt de ECB een besluit over het voorstel tot intrekking, terdege rekening houdend met de door de nationale bevoegde autoriteit aangevoerde motivering voor de intrekking."

9. Artikel 24 van verordening nr. 1024/2013 heeft als opschrift „Administratieve raad voor toetsing" en bepaalt onder meer:

„1. De ECB richt een administratieve raad voor toetsing op die, op verzoek overeenkomstig lid 5, een interne administratieve toetsing verricht van de besluiten die de ECB krachtens de haar bij deze verordening verleende bevoegdheden heeft genomen. De interne administratieve toetsing behelst toetsing van de procedurele en materiële conformiteit van die besluiten met deze verordening.

[…]

[7] Zie in dat verband mijn conclusie in de zaken Pilatus Bank/ECB (C-750/21 P en C-256/22 P, EU:C:2023:431, punten 59 e.v.).

5. Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan in de in lid 1 vermelde gevallen een verzoek om toetsing indienen met betrekking tot een besluit van de ECB uit hoofde van deze verordening dat tot deze persoon is gericht of dat deze persoon rechtstreeks en individueel raakt. Een verzoek om toetsing met betrekking tot een besluit van de raad van bestuur als bedoeld in lid 7 is niet ontvankelijk.

6. Een verzoek om toetsing wordt, samen met de motivering ervan, schriftelijk bij de ECB ingediend binnen één maand te rekenen van de datum van kennisgeving van het besluit aan de betrokkene die om de toetsing verzoekt, dan wel, bij ontstentenis van zulke kennisgeving, van de dag waarop het besluit de betrokkene ter kennis is gekomen.

7. Na het nemen van een besluit over de ontvankelijkheid van het verzoek om toetsing, brengt de administratieve raad voor toetsing advies uit binnen een termijn die gelet op de urgentie van de zaak als passend wordt aangemerkt, doch uiterlijk binnen een termijn van twee maanden vanaf de ontvangst van het verzoek om toetsing, en verwijst hij de zaak terug naar de raad van toezicht met het oog op de opstelling van een nieuw ontwerpbesluit. De raad van toezicht houdt rekening met het advies van de administratieve raad voor toetsing en legt de raad van bestuur onverwijld een nieuw ontwerpbesluit voor. Het nieuwe ontwerpbesluit kan het oorspronkelijke besluit opheffen, vervangen door een besluit waarvan de inhoud identiek is aan die van het oorspronkelijke besluit, of vervangen door een besluit waarvan de inhoud gewijzigd is ten opzichte van het oorspronkelijke besluit. Het nieuwe ontwerpbesluit wordt geacht te zijn aangenomen tenzij de raad van bestuur binnen een termijn van ten hoogste tien werkdagen bezwaar aantekent.

8. Een overeenkomstig lid 5 ingediend verzoek om toetsing heeft geen schorsende werking. De raad van bestuur kan echter, op voorstel van de administratieve raad voor toetsing, de toepassing van het bestreden besluit schorsen indien hij van oordeel is dat de omstandigheden dit vereisen.

9. Het advies van de administratieve raad voor toetsing, het nieuwe ontwerpbesluit van de raad van toezicht en het besluit van de raad van bestuur krachtens dit artikel worden gemotiveerd en worden ter kennis van de partijen gebracht.

[…]

11. Dit artikel laat het recht om overeenkomstig de Verdragen beroep in te stellen bij het HvJ, onverlet.”

III. Feiten en litigieus besluit van de ECB

10. De feiten en het litigieuze besluit van de ECB zijn weergegeven in de punten 1 tot en met 8 van de bestreden beschikking en kunnen als volgt worden samengevat.

11. Nemea Bank, de vijfde verzoeker in eerste aanleg en rekwirante, is een in Malta gevestigde kleinere kredietinstelling die onder rechtstreeks prudentieel toezicht staat van de Malta Financial Services Authority (Maltese autoriteit voor financiële diensten; hierna: „MFSA”). Nemea plc en Nevestor SA, de derde en vierde verzoeker in eerste aanleg, zijn directe aandeelhouders van Nemea Bank. H. Niemelä en M. Lehto, de eerste respectievelijk de tweede verzoeker in eerste aanleg, zijn vanwege hun aandelenbezit in de derde en de vierde verzoeker slechts indirecte aandeelhouders alsook leden van de raad van bestuur van Nemea Bank.

12. Na advies te hebben ingewonnen bij de nationale afwikkelingsautoriteit heeft de MFSA op 25 januari 2017 een voorstel bij de ECB ingediend tot intrekking van de vergunning van Nemea Bank.

13. Op 13 maart 2017 heeft de raad van bestuur van de ECB een ontwerpbesluit tot intrekking van de vergunning goedgekeurd en Nemea Bank verzocht om binnen drie dagen haar opmerkingen kenbaar te maken. Op 15 maart 2017 heeft zij aan dat verzoek gevolg gegeven.

14. Op 23 maart 2017 heeft de ECB haar litigieuze besluit genomen op grond van artikel 4, lid 1, onder a), en artikel 14, lid 5, van verordening nr. 1024/2013.

15. Op 22 april 2022 hebben Nemea Bank en de overige verzoekers in eerste aanleg bij de administratieve raad voor toetsing van de ECB een verzoek ingediend om interne administratieve toetsing van het litigieuze besluit van de ECB overeenkomstig artikel 24, lid 5, eerste volzin, van verordening nr. 1024/2013.

16. Op 22 mei 2017 hebben verzoekers in eerste aanleg bij het Gerecht beroep ingesteld tegen het litigieuze besluit van de ECB.

17. Op 19 juni 2017 heeft de administratieve raad voor toetsing een advies uitgebracht waarin werd voorgesteld om het litigieuze besluit van de ECB te vervangen door een besluit met dezelfde inhoud.

18. Op 30 juni 2017 heeft de raad van bestuur van de ECB, op advies van de administratieve raad voor toetsing en op basis van een voorstel van de raad van toezicht, het tweede besluit vastgesteld dat volgens het dispositief ervan het oorspronkelijke besluit overeenkomstig artikel 24, lid 7, van verordening nr. 1024/2013 vervangt.

19. Verzoekers in eerste aanleg hebben nagelaten om volgens de voorschriften en binnen de gestelde termijn beroep tot nietigverklaring van het tweede besluit in te stellen.

IV. Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikking

20. Nog tijdens de interne administratieve toetsing hebben verzoekers in eerste aanleg bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 22 mei 2017, beroep ingesteld tegen het litigieuze besluit van de ECB (zie punt 16 hierboven). Dit beroep strekte enerzijds tot nietigverklaring van dat besluit en anderzijds tot vergoeding van de schade die verzoekers in eerste aanleg daardoor zouden hebben geleden.

21. Nadat de ECB een exceptie van niet-ontvankelijkheid had opgeworpen, heeft het Gerecht bij beschikking van 13 juli 2018 besloten om deze exceptie overeenkomstig artikel 130, lid 7, van zijn Reglement voor de procesvoering te voegen met de zaak ten gronde.

22. Op verzoek van de Europese Commissie heeft de president van de bevoegde kamer van het Gerecht bij beslissing van 23 juli 2018 de Commissie toegestaan om te interveniëren aan de zijde van de ECB.

23. Bij beslissing van de president van de bevoegde kamer van het Gerecht van 29 maart 2019 is de procedure geschorst tot de uitspraak van het arrest van 5 november 2019, ECB e.a./Trasta Komercbanka e.a. (C-663/17 P, C-665/17 P en C-669/17 P, EU:C:2019:923). Na de hervatting van de procedure heeft het Gerecht afgezien van een aanvankelijk geplande, maar naderhand uitgestelde mondelinge behandeling. In plaats daarvan heeft het partijen bij maatregel tot organisatie van de procesgang van 2 juli 2021 onder meer uitgenodigd zich uit te spreken over de vraag of het beroep tot nietigverklaring zonder voorwerp was geraakt in de zin van artikel 131, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en dat er dus niet meer op hoefde te worden beslist, gelet op de vervanging van het litigieuze besluit van de ECB door het tweede besluit.

24. Bij de bestreden beschikking heeft het Gerecht verklaard dat niet meer hoefde te worden beslist op het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit van de ECB wegens het wegvallen van het voorwerp ervan en het verlies van verzoekers' procesbelang (punt 1 van het dictum), en heeft het beroep tot schadevergoeding kennelijk niet-ontvankelijk verklaard (punt 2 van het dictum). Voorts heeft het verzoekers en de ECB verwezen in hun eigen kosten in verband met het beroep tot nietigverklaring (punt 3 van het dictum), verzoekers verwezen in hun eigen kosten en in die van de ECB in verband met het beroep tot schadevergoeding (punt 4 van het dictum) en de Commissie verwezen in haar eigen kosten (punt 5 van het dictum).

25. Ter motivering van zijn vaststelling dat er geen uitspraak hoefde te worden gedaan heeft het Gerecht in wezen gesteld dat het – niet door verzoekers aangevochten – tweede besluit het litigieuze besluit van de ECB met terugwerkende kracht heeft vervangen op het tijdstip van inwerkingtreding ervan en laatstgenoemd besluit bijgevolg volledig en ex tunc uit de rechtsorde van de Unie heeft verwijderd, zodat de rechterlijke nietigverklaring ervan geen enkel bijkomend rechtsgevolg kan teweegbrengen. [8]

V. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

26. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 7 april 2022, heeft Nemea Bank de onderhavige hogere voorziening ingesteld.

27. Rekwirante verzoekt het Hof:

– de bestreden beschikking te vernietigen;

– de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht opdat het deze beslecht in een geheel andere samenstelling;

– de ECB te verwijzen in de kosten.

28. De ECB verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen;

[8] Zie de punten 45 en 51 van de bestreden beschikking. Zie ook de overeenkomstige motivering van het Gerecht in zijn arrest van 6 oktober 2021, Ukrselhosprom PCF en Versobank/ECB (T-351/18 en T-584/18, EU:T:2021:669, punten 80-92). Deze motivering is wegens gebrek aan relevantie voor de beslechting van het geschil niet door het Hof ter discussie gesteld in het arrest van 7 september 2023, Versobank/ECB (C-803/21 P, niet gepubliceerd, EU:C:2023:630, punten 159 e.v.).

– rekwirante te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten van de ECB.

29. De Commissie verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– rekwirante te verwijzen in de kosten.

30. Overeenkomstig artikel 76, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering heeft het Hof beslist om geen pleitzitting te houden, aangezien het zich voldoende voorgelicht acht om uitspraak te doen.

VI. Beoordeling

A. Voorwerp van het eerste middel

31. Met haar eerste middel voert rekwirante schending aan van artikel 263, eerste alinea, VWEU. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het beroep tot schadevergoeding zonder beslissing af te doen, in plaats van te voldoen aan zijn verplichting om het litigieuze besluit van de ECB te toetsen. Krachtens artikel 263 VWEU is alleen de Unierechter bevoegd om uitspraak te doen over de wettigheid van handelingen van andere instellingen van de Unie. De door het Gerecht aanvaarde ex-tuncwerking, waarbij het tweede besluit het oorspronkelijke besluit zou hebben vervangen, is daarmee onverenigbaar. Volgens rekwirante kan de werking van een dergelijke vervanging zonder rechterlijke wettigheidstoetsing niet worden gelijkgesteld aan die van een nietigverklaringsarrest van de Unierechter. Sinds de vaststelling ervan brengt het oorspronkelijke besluit voor Nemea Bank onveranderd nadelige rechtsgevolgen mee, zodat zij nog steeds belang heeft bij de nietigverklaring ervan.

32. De ECB voert daartegen onder meer aan dat verzoekers in eerste aanleg ook het tweede besluit voor het Gerecht hadden moeten aanvechten. In het dispositief van dat thans definitief geworden besluit wordt intrekking van de vergunning van Nemea Bank gelast. Bovendien hadden verzoekers ook een beroep tot schadevergoeding kunnen instellen zonder dat er tevoren een beroep tot nietigverklaring was ingesteld.

33. De Commissie komt niet op tegen het eerste middel.

34. In het kader van het eerste middel moet ten eerste worden onderzocht of de betrokken kredietinstelling, na afloop van een (facultatieve) interne administratieve toetsing naar aanleiding waarvan ter vervanging van het oorspronkelijke besluit een tweede besluit met dezelfde inhoud wordt genomen, ervan kan afzien om dit tweede besluit voor het Gerecht aan te vechten wanneer zij het oorspronkelijke besluit tevoren reeds heeft aangevochten (daarover onder B). Ten tweede moet worden uitgemaakt of de vaststelling van het tweede besluit en de niet-aanvechting daarvan het voortbestaan van het procesbelang van die kredietinstelling met betrekking tot het oorspronkelijke besluit op losse schroeven kunnen zetten. In dit verband moet vooral worden onderzocht of het tweede besluit het oorspronkelijke besluit met terugwerkende kracht heeft vervangen, zoals het Gerecht in de bestreden beschikking heeft verklaard, dan wel alleen met werking voor de toekomst (daarover onder C).

B. Verplichting om een aanvullend beroep tot nietigverklaring van het tweede besluit in te stellen?

35. In de bestreden beschikking kon het Gerecht alleen dan aannemen dat verzoekers in eerste aanleg niet langer procesbelang hadden met betrekking tot het litigieuze besluit van de ECB wanneer op hen de verplichting rustte om het tweede besluit met dezelfde inhoud eveneens aan te vechten. Dit tweede besluit zou echter kunnen worden aangemerkt als een louter herhalende of bevestigende handeling zonder autonome rechtsgevolgen, zodat zij helemaal niet op ontvankelijke wijze kon worden aangevochten.

36. De bepalingen van artikel 24 van verordening nr. 1024/2013 moeten derhalve worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen, doelstellingen en systematiek ervan, in het bijzonder in verhouding tot het recht tot instelling van een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU.

1. Facultatieve interne administratieve toetsing en mogelijkheid om het oorspronkelijke dan wel tweede besluit aan te vechten

37. De interne administratieve toetsing door de administratieve raad voor toetsing van de ECB kan volgens artikel 24, leden 1 en 5, van verordening nr. 1024/2013 alleen worden verricht op verzoek van een natuurlijke of rechtspersoon die adressaat is van een besluit van de ECB of die door dat besluit rechtstreeks en individueel wordt geraakt.[9] Bijgevolg kan een kredietinstelling een tot haar gericht besluit tot intrekking van haar vergunning laten toetsen door de administratieve raad voor toetsing, zoals in casu is geschied. Die toetsing behelst de procedurele en materiële conformiteit van dat besluit met voornoemde verordening.

38. Hieruit volgt dat de interne administratieve toetsing enerzijds *facultatief* van aard is en anderzijds strekt tot rechtsbescherming van de betrokken kredietinstelling.

39. Anders dan bij interne toetsings- of beroepsprocedures met betrekking tot besluiten van tal van organen of instanties van de Unie is deze interne administratieve toetsingsprocedure dus geen ontvankelijkheidsvoorwaarde voor het instellen van een rechtstreeks beroep bij de Unierechter in de zin van artikel 263, vijfde alinea, VWEU.[10]

40. In dit opzicht verschilt de in artikel 24 van verordening nr. 1024/2013 gekozen wetgevingstechniek met name van die van de artikelen 28 en 29 van verordening (EU) 2019/942 tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER)[11], die eveneens is gebaseerd op artikel 263, vijfde alinea, VWEU. Artikel 28 van deze verordening bepaalt weliswaar dat rechtstreeks en individueel geraakte natuurlijke en rechtspersonen het recht hebben om beroep in te stellen bij de raad van beroep van ACER, maar volgens artikel 29 van die verordening kan „[e]en beroep tot nietigverklaring van een

[9] Zie ook de vergelijkbare bewoordingen van overweging 64 van verordening nr. 1024/2013.

[10] Zie met name de beroepsprocedures van de in artikel 58 bis van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie genoemde autonome organen of instanties van de Unie die over een onafhankelijke kamer van beroep beschikken (Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie, Communautair Bureau voor plantenrassen, Europees Agentschap voor chemische stoffen en Agentschap van de Europese Unie voor de veiligheid van de luchtvaart).

[11] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (PB 2019, L 158, blz. 22).

besluit dat ACER uit hoofde van deze verordening heeft genomen […] pas bij het Hof van Justitie van de Europese Unie worden ingeleid nadat de in artikel 28 [ervan] bedoelde beroepsprocedure is uitgeput”. [12]

41. Voor de ECB, een autonome instelling van de Unie in de zin van artikel 13, lid 1, VEU, heeft de Uniewetgever in artikel 24 van verordening nr. 1024/2013 geen overeenkomstige bepaling vastgesteld. Artikel 24, lid 11, van verordening nr. 1024/2013 bepaalt daarentegen uitdrukkelijk dat „[d]it artikel […] het recht om overeenkomstig de Verdragen beroep in te stellen bij het HvJ, onverlet [laat]”, dus met name het recht om beroep krachtens artikel 263 VWEU in te stellen.

42. Een kredietinstelling waarvan de vergunning bij besluit van de ECB is ingetrokken, heeft bijgevolg *in beginsel de keuze* om ofwel dit besluit rechtstreeks voor de rechter aan te vechten, ofwel daarvan af te zien en in plaats daarvan de ECB te verzoeken om uitvoering van de interne administratieve toetsingsprocedure en vervolgens het tweede besluit van de ECB voor de rechter aan te vechten, ofwel beide te doen.

43. Dat het mogelijk is af te zien van een beroep tegen het oorspronkelijke besluit indien een verzoek om interne administratieve toetsing is ingediend, wordt bevestigd in artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013. Een dergelijk verzoek heeft overeenkomstig artikel 24, lid 8, eerste volzin, van die verordening weliswaar geen schorsende werking [13], noch kan het beletten dat de in artikel 263, zesde alinea, VWEU gestelde beroepstermijn verstrijkt, maar aan het einde van de toetsingsprocedure *moet* de ECB een tweede besluit vaststellen dat het oorspronkelijke besluit *opheft* dan wel *vervangt*. Dus zelfs als het oorspronkelijke besluit intussen niet meer voor beroep vatbaar is, is de ECB verplicht om dat besluit in te trekken of te vervangen. De kredietinstelling waarvan de vergunning is ingetrokken, kan er dus mee volstaan het tweede besluit aan te vechten. Tegen dat besluit kan namelijk op zijn beurt beroep tot nietigverklaring worden ingesteld voor zover het autonome rechtsgevolgen teweegbrengt (zie de punten 47 e.v. hieronder).

44. Het is echter onduidelijk of de betrokken kredietinstelling ook na een verzoek om interne administratieve toetsing het vervolgens genomen tweede besluit voor de rechter *moet* aanvechten teneinde de rechtsgevolgen van de intrekking van de vergunning teniet te doen, wanneer de inhoud van dat tweede besluit identiek is aan die van het oorspronkelijke besluit en zij tegen laatstgenoemd besluit reeds een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld, zoals in casu.

45. Noch artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013, dat bepaalt dat het oorspronkelijke besluit na afloop van een interne administratieve toetsingsprocedure wordt „vervangen” door een tweede besluit „waarvan de inhoud identiek is”, noch andere bepalingen van deze verordening geven daarover uitsluitsel. Bijgevolg moeten de mogelijke rechtsgevolgen van dit tweede besluit nader worden onderzocht.

[12] Zie in dat verband eindarrest van het Gerecht van 7 september 2022, BNetzA/ACER (T-631/19, EU:T:2022:509, punten 16-28).

[13] Een beroep tot nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit zou volgens artikel 278, eerste volzin, VWEU evenmin schorsende werking hebben. Bijgevolg brengt het oorspronkelijke besluit na kennisgeving aan de adressaat ervan in beginsel onmiddellijk rechtsgevolgen teweeg, ongeacht of het voor de rechter wordt aangevochten, tenzij verzoekers met succes een verzoek om opschorting van die rechtsgevolgen overeenkomstig artikel 278, tweede volzin, VWEU of artikel 24, lid 8, tweede volzin, van verordening nr. 1024/2013 indienen.

2. Verplichting om op te komen tegen het tweede besluit ondanks beroep tegen het oorspronkelijke besluit?

46. In beginsel voldoet het tweede besluit – net als het oorspronkelijke besluit – weliswaar aan de voorwaarden van een voor de adressaat ervan verbindend besluit in de zin van artikel 288, vierde alinea, VWEU, maar het is de vraag of dat besluit vanwege de louter herhalende of bevestigende aard ervan ook bindende autonome rechtsgevolgen kan teweegbrengen ten aanzien van de betrokken kredietinstelling wanneer haar vergunning reeds is ingetrokken bij het oorspronkelijke besluit met dezelfde inhoud [daarover onder a)]. Mocht dit het geval zijn, dan hebben verzoekers in eerste aanleg mogelijkerwijs nagelaten om het tweede besluit binnen de gestelde termijn aan te vechten [daarover onder b)]. Moet het tweede besluit daarentegen worden aangemerkt als een louter bevestigende rechtshandeling, dan had het helemaal niet op ontvankelijke wijze kunnen worden aangevochten met een beroep tot nietigverklaring [daarover onder c)].

a) Is het tweede besluit een in beginsel aanvechtbare handeling?

47. Alleen een handeling die bindende rechtsgevolgen in het leven roept en de belangen van de verzoeker aantast doordat diens rechtspositie aanmerkelijk wordt gewijzigd, is vatbaar voor beroep. Of een handeling dergelijke rechtsgevolgen in het leven roept en er dus een beroep tot nietigverklaring tegen kan worden ingesteld, moet worden beoordeeld aan de hand van objectieve criteria, zoals de inhoud van die handeling, waarbij in voorkomend geval rekening wordt gehouden met de bevoegdheden van de instelling die de betreffende handeling heeft vastgesteld en de context waarin die vaststelling plaatsvond. [14]

48. In het licht van de in artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 bedoelde vervangende werking van het tweede besluit bestaat er mijns inziens geen twijfel over dat dit besluit autonome rechtsgevolgen in het leven roept. De uitdrukkelijk door de Uniewetgever voorgeschreven vervanging – ongeacht of die met terugwerkende kracht dan wel ex nunc plaatsvindt (zie de punten 66 e.v. hieronder) – heeft namelijk tot gevolg dat de rechtsgevolgen van de bij het (vervangen) oorspronkelijke besluit gelaste intrekking van de vergunning blijven bestaan. Het oorspronkelijke besluit kan deze rechtsgevolgen ingevolge de vervanging ervan ten hoogste sorteren totdat het tweede besluit in werking treedt, maar niet langer voor de toekomst. Dat brengt mee dat de rechtspositie van de betrokken kredietinstelling aanmerkelijk wordt gewijzigd, zelfs al zijn het oorspronkelijke en het tweede besluit inhoudelijk identiek.

49. Bijgevolg is het tweede besluit in beginsel vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263, eerste alinea, VWEU. Het kan dus na het verstrijken van de beroepstermijn van artikel 263, zesde alinea, VWEU onherroepelijk worden.

b) Verzuim om beroep in te stellen tegen het tweede besluit

50. Verzoekers in eerste aanleg hebben echter nagelaten om in de voorgeschreven vorm en binnen de gestelde termijn beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen het tweede besluit. [15] Hierdoor is dat besluit onherroepelijk en definitief geworden.

[14] Zie in die zin arresten van 3 juni 2021, Hongarije/Parlement (C-650/18, EU:C:2021:426, punten 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 12 juli 2022, Nord Stream 2/Parlement en Raad (C-348/20 P, EU:C:2022:548, punten 62 en 63). Zie ook mijn conclusie in de gevoegde zaken EIB/ClientEarth en Commissie/EIB (C-212/21 P en C-223/21 P, EU:C:2022:1003, punt 47).

[15] Zoals blijkt uit het antwoord van verzoekers in eerste aanleg op de in punt 23 van deze conclusie genoemde schriftelijke vraag van het Gerecht hadden zij door middel van een aan de griffie van het Gerecht gerichte informele e-mail, en dus niet conform de vormvereisten, een verzoek ingediend tot nietigverklaring van het tweede besluit. Die e-mail heeft het Gerecht echter niet beantwoord.

51. Noch uit de bepalingen van verordening nr. 1024/2013, noch uit de rechtspraak valt immers op te maken dat het beroep tot nietigverklaring tegen het oorspronkelijke besluit zich automatisch uitstrekt tot het vervangende tweede besluit met dezelfde inhoud. Daartoe zou veeleer een tijdige aanpassing van het verzoekschrift overeenkomstig artikel 86 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht of een hernieuwd verzoekschrift nodig zijn geweest. [16] De – volgens vaste rechtspraak dwingende en niet-verlengbare [17] – beroepstermijn is in het onderhavige geval echter verstreken. Bij gebrek aan toeval of overmacht in de zin van artikel 45, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie is er ook geen mogelijkheid tot herstel in de vorige toestand. [18]

52. In verband met de intrekking en vervanging van een handeling heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat het Gerecht, teneinde een goede rechtsbedeling te verzekeren, aan de verzoeker had kunnen vragen of deze zijn conclusies, gelet op de vervangende handeling, overeenkomstig artikel 86 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wilde aanpassen en ook tegen die handeling wilde richten. [19] Het Gerecht heeft dat in het onderhavige geval echter nagelaten en heeft pas na het verstrijken van de beroepstermijn met betrekking tot het tweede besluit aan partijen de vraag voorgelegd of verzoekers in eerste aanleg nog steeds procesbelang hadden met betrekking tot het oorspronkelijke besluit en er eventueel niet meer hoefde te worden beslist op het beroep tot nietigverklaring.

53. Een dergelijke handelwijze valt moeilijk te verenigen met het beginsel van goede rechtsbedeling en met de zorgvuldigheids- en informatieplicht van het Gerecht ten aanzien van partijen. [20] Desalniettemin is het verzuim om beroep in te stellen tegen het tweede besluit in de eerste plaats toe te rekenen aan de door advocaten vertegenwoordigde verzoekers in eerste aanleg. Zij hadden de interne administratieve toetsingsprocedure uit vrije keuze ingeleid, parallel aan hun beroep tot nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit. Van hen kon dus worden verlangd dat zij de nodige informatie over de rechtssituatie zouden inwinnen en de nodige stappen zouden nemen om te voorkomen dat het tweede besluit jegens hen definitief zou worden.

16 Dat is niet noodzakelijkerwijs het geval in rechtsordes zoals Duitsland, waarin het tweede besluit het oorspronkelijke besluit als het ware „opslorpt" (zie voetnoot 32 hieronder). Zeer veelzeggend in dit verband is het arrest van het Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter, Duitsland) van 11 november 2020 – 8 C 22/19, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2021, blz. 564, met commentaar van Alexander Milstein. Volgens dat arrest moet de beroepstermijn van § 74, lid 1, eerste volzin, van de Duitse Verwaltungsgerichtsordnung (wetboek bestuursprocesrecht) in beginsel ook in acht worden genomen in geval van aanpassing van een verzoekschrift met betrekking tot een wijzigingsbesluit waarbij het aangevochten oorspronkelijke besluit wordt vervangen. Afgezien van de bijzondere bepalingen van § 96, lid 1, van het Duitse Sozialgesetzbuch (sociaal wetboek) en § 68 van de Duitse Finanzgerichtsordnung (wet op de organisatie van de belastingrechtspraak) bestaat er namelijk geen wettelijke bepaling op grond waarvan een verzoekschrift kan worden aangepast in geval dat het oorspronkelijke besluit door een nieuw besluit wordt aangevuld of vervangen (punten 21-23 van het arrest). Dat geldt echter niet wanneer het voorwerp van het verzoekschrift wordt uitgebreid tot een besluit tot wijziging of vervanging van het bestreden besluit, als de na die wijziging of vervanging nog bestreden onderdelen van het besluit naar materieel recht *ondeelbaar* zijn. Bij overeenkomstige toepassing in de (onderhavige) situatie waarin een oorspronkelijk besluit is vervangen door een tweede besluit zou er naar Duits recht kunnen worden uitgegaan van een dergelijke ondeelbaarheid, zodat de naleving van de beroepstermijn niet vereist is bij een aanpassing van het verzoekschrift.

17 Zie artikel 61, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en artikel 52, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

18 Zie beschikkingen van 16 november 2010, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie (C-73/10 P, EU:C:2010:684, punt 41), en 20 oktober 2022, Mendes de Almeida/Raad (C-576/21 P, niet gepubliceerd, EU:C:2022:826, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Zie in die zin arrest van 31 mei 2017, DEI/Commissie (C-228/16 P, EU:C:2017:409, punt 42).

20 Zie reeds voetnoot 15 hierboven. In punt 32 van de bestreden beschikking wijst het Gerecht er zelf op dat deze verzoekers zich erover hadden beklaagd dat zij van het Gerecht geen informatie hadden ontvangen over het vereiste om op te komen tegen het tweede besluit. Zie voor een vergelijkbaar geval waarin een verzoek om aanpassing van het verzoekschrift tijdens de terechtzitting vermoedelijk niet voldeed aan de vormvoorschriften het arrest van 9 november 2017, HX/Raad (C-423/16 P, EU:C:2017:848, punten 18 e.v.).

54. Daarmee staat vast dat rekwirante de intrekking van haar vergunning niet meer ongedaan kan maken met een daartegen gericht beroep tot nietigverklaring, althans voor de periode vanaf de inwerkingtreding van het tweede besluit.

c) Is het tweede besluit een niet-aanvechtbare bevestigende handeling?

55. De rechtspraak over de niet-ontvankelijkheid van tegen louter bevestigende handelingen ingestelde beroepen kan mijns inziens niet leiden tot een andere slotsom.

56. Volgens die rechtspraak is een beroep tegen een bevestigende handeling weliswaar niet-ontvankelijk als die handeling vergeleken met de eerdere handeling geen nieuw feitelijk of juridisch element bevat [21], maar daartoe is vereist dat de bevestigde handeling voor de betrokkene onherroepelijk is geworden doordat er niet tijdig beroep tegen is ingesteld. Omwille van de rechtszekerheid moet immers worden voorkomen dat de verstreken beroepstermijn met betrekking tot een bevestigende handeling door het instellen van een beroep tegen deze bevestigende handeling wordt omzeild en de onherroepelijkheid van die handeling bijgevolg opzij wordt gezet. [22] In casu hadden verzoekers echter tijdig beroep ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit, zodat dit niet definitief is geworden.

57. Derhalve is een beroep tegen het tweede besluit met dezelfde inhoud ontvankelijk. In dergelijke omstandigheden kan een verzoeker immers de bevestigde handeling, de bevestigende handeling of ook beide handelingen voor de rechter aanvechten. [23]

58. Teneinde de rechtsgevolgen van de intrekking van de vergunning *volledig* ongedaan te maken konden verzoekers in eerste aanleg er dus niet mee volstaan om alleen het oorspronkelijke besluit voor het Gerecht aan te vechten.

59. Het argument van de ECB dat verzoekers het tweede besluit hadden moeten aanvechten om ook het voortbestaan van hun procesbelang met betrekking tot het oorspronkelijke besluit te rechtvaardigen, moet echter worden verworpen. Bij het thans definitief geworden tweede besluit wordt weliswaar intrekking gelast van rekwirantes vergunning, maar dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat zij geen procesbelang meer heeft bij de nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit. Het oorspronkelijke besluit had immers – anders dan het Gerecht meent – tot aan de inwerkingtreding van het tweede besluit nadelige gevolgen kunnen hebben voor rekwirante. Dat zou het geval zijn als het tweede besluit het oorspronkelijke besluit alleen ex nunc had vervangen. In het onderhavige geval heeft het Gerecht dit echter ontkend. [24]

[21] Arrest van 31 januari 2019, International Management Group/Commissie (C-183/17 P en C-184/17 P, EU:C:2019:78, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie ook arresten van 3 april 2014, Commissie/Nederland en ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, punt 69), en 31 mei 2017, DEI/Commissie (C-228/16 P, EU:C:2017:409, punt 33).

[22] Zie in die zin arrest van 20 mei 2021, Dickmanns/EUIPO (C-63/20 P, niet gepubliceerd, EU:C:2021:406, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[23] Arrest van 31 mei 2017, DEI/Commissie (C-228/16 P, EU:C:2017:409, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dat zou overigens ook gelden als het oorspronkelijke besluit onherroepelijk is geworden doordat er niet tijdig beroep tegen is ingesteld. Overeenkomstig artikel 24, lid 1, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 moet de administratieve raad voor toetsing, alvorens het tweede besluit te nemen, de situatie van de betrokken kredietinstelling namelijk opnieuw beoordelen. In die omstandigheden is een beroep tegen de bevestigende handeling ontvankelijk; zie arrest van 20 mei 2021, Dickmanns/EUIPO (C-63/20 P, niet gepubliceerd, EU:C:2021:406, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[24] Zie de punten 45 en 51 van de bestreden beschikking.

60. Bijgevolg zal ik hierna onderzoeken of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de voorwaarden voor het wegvallen van het procesbelang in het licht van de mogelijke rechtsgevolgen van het oorspronkelijke besluit.

C. Voortbestaan van het procesbelang met betrekking tot het oorspronkelijke besluit?

1. Criteria voor het voortbestaan van het procesbelang

61. Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien deze persoon belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling. Dat is het geval als de nietigverklaring hem een voordeel kan opleveren. Als essentiële ontvankelijkheidsvoorwaarde voor elk beroep in rechte dient dit procesbelang op straffe van afdoening zonder beslissing te blijven bestaan tot aan de rechterlijke beslissing. [25]

62. Het litigieuze besluit van de ECB is weliswaar overeenkomstig artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 vervangen door het tweede besluit met dezelfde inhoud, maar het procesbelang van een verzoeker verdwijnt niet noodzakelijkerwijs vanwege het feit dat de door hem aangevochten handeling gedurende de procedure heeft opgehouden effect te sorteren. Een verzoeker kan er juist belang bij houden een verklaring van onrechtmatigheid van die handeling te verkrijgen voor de periode dat deze toepasselijk was en effect sorteerde. Een dergelijk belang kan onder meer blijven bestaan met het oog op een eventuele aansprakelijkheidsvordering. [26]

63. Derhalve moet er worden onderzocht of het litigieuze besluit van de ECB voor rekwirante nadelige rechtsgevolgen heeft gesorteerd tot aan de inwerkingtreding van het tweede besluit (daarover onder 2). Tot slot zal ik onderzoeken of en in hoeverre een nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit haar een voordeel kan opleveren en zodoende het voortbestaan van haar procesbelang rechtvaardigt (daarover onder 3).

2. Heeft de vervanging van het oorspronkelijke besluit door het tweede besluit ex-tuncwerking?

64. Rekwirante kan slechts dan een procesbelang met betrekking tot het oorspronkelijke besluit houden wanneer dat besluit tot aan de vervanging ervan door het tweede besluit nadelige rechtsgevolgen voor haar heeft teweeggebracht.

65. Vast staat dat het litigieuze besluit van de ECB vanaf de kennisgeving ervan aan verzoekers in eerste aanleg tot gevolg heeft gehad dat de vergunning van Nemea Bank met onmiddellijke ingang is ingetrokken.

66. Of en in hoeverre het oorspronkelijke besluit rechtsgevolgen heeft gesorteerd tot aan de vaststelling van het vervangende tweede besluit met dezelfde inhoud overeenkomstig artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 hangt op zijn beurt af van de rechtsgevolgen van deze „vervanging”.

[25] Zie in die zin arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punten 55-58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[26] Zie in die zin arresten van 7 november 2018, BPC Lux 2 e.a./Commissie (C-544/17 P, EU:C:2018:880, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 mei 2021, Bayer CropScience en Bayer/Commissie (C-499/18 P, EU:C:2021:367, punt 40); zie ook reeds arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punten 69 en 70).

67. De beoordeling van het Gerecht dat de vervanging terugwerkende kracht heeft en het oorspronkelijke besluit op dezelfde wijze als een nietigverklaringsarrest in de zin van artikel 264, eerste alinea, VWEU ex tunc uit de rechtsorde van de Unie heeft verwijderd, vindt geen steun in de bewoordingen van de bepalingen van artikel 24 van verordening nr. 1024/2013, noch in de doelstellingen of de systematiek ervan.

68. In artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 wordt alleen bepaald dat „[h]et nieuwe ontwerpbesluit […] het oorspronkelijke besluit [kan] opheffen, vervangen door een besluit waarvan de inhoud identiek is aan die van het oorspronkelijke besluit, of vervangen door een besluit waarvan de inhoud gewijzigd is ten opzichte van het oorspronkelijke besluit". De bewoordingen duiden dus niet op een vervanging of wijziging *met terugwerkende kracht*.

69. Bovendien is het niet logisch dat een tweede besluit een andere werking in de tijd heeft naargelang het een oorspronkelijk besluit opheft dan wel vervangt door een besluit met dezelfde of gewijzigde inhoud. Want noch de opheffing van een besluit, noch de vervanging ervan door een inhoudelijk gewijzigd besluit kan de intrekking van de vergunning in haar oorspronkelijke vorm ongedaan maken, laat staan de nadelige gevolgen ervan voor de betrokken kredietinstelling, met name het verlies van vertrouwen van klanten en beleggers.

70. In het geval van terugwerkende kracht zou de betrokken kredietinstelling de voor haar in al deze situaties ontstane nadelige rechtsgevolgen van het oorspronkelijke besluit wegens gebrek aan procesbelang niet meer kunnen aanvechten met een beroep tot nietigverklaring. Zij zou hooguit nog een beroep tot schadevergoeding kunnen instellen in het kader waarvan strengere maatstaven gelden voor de rechtmatigheidstoetsing.[27] Een beroep tot nietigverklaring dat uitsluitend is gericht tegen het tweede besluit met gewijzigde inhoud zou namelijk niet kunnen slagen voor zover een kredietinstelling zou willen opkomen tegen de gewijzigde delen van het vervangen oorspronkelijke besluit. Deze leemte in de rechtsbescherming valt niet te rijmen met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte overeenkomstig artikel 47, eerste alinea, van het Handvest.

71. Bovendien bepaalt artikel 24, lid 11, van verordening nr. 1024/2013 dat „[d]it artikel […] het recht om overeenkomstig de Verdragen beroep in te stellen bij het HvJ, onverlet" laat. Zoals rekwirante aanvoert, is de uiteindelijke en bindende wettigheidstoetsing van een besluit van de ECB tot intrekking van de vergunning van een kredietinstelling op grond van artikel 263 VWEU voorbehouden aan de Unierechter. De terugwerkende kracht van het tweede besluit zou de ECB echter de mogelijkheid bieden om de rechterlijke toetsing van het oorspronkelijke besluit te beperken door het te vervangen. Dat zou indruisen tegen de basisgedachte dat de interne administratieve toetsingsprocedure strekt tot rechtsbescherming (zie de punten 37 e.v.

[27] Met name zou zij ten aanzien van het discretionaire besluit van de ECB tot intrekking van de vergunning (zie in dat verband mijn conclusie in de zaken Pilatus Bank/ECB, C-750/21 P en C-256/22 P, EU:C:2023:431, punten 106 e.v.) moeten bewijzen dat er sprake is van een „voldoende gekwalificeerde schending van een regel van het Unierecht die particulieren rechten beoogt te verlenen"; zie arresten van 4 april 2017, Bürgerbeauftragter/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, punten 31 e.v.); 27 april 2023, Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro e.a./Commissie (C-549/21 P, niet gepubliceerd, EU:C:2023:340, punt 113), en 6 juli 2023, RQ/Raad en Commissie (C-7/22 P, niet gepubliceerd, EU:C:2023:541, punten 55 e.v.).

hierboven). Bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling ter zake moet derhalve worden aangenomen [28] dat alleen de Unierechter bevoegd is om het oorspronkelijke besluit op grond van artikel 264, eerste alinea, VWEU *met terugwerkende kracht* nietig te verklaren. [29]

72. De in artikel 24, lid 7, derde volzin, van verordening nr. 1024/2013 geregelde vervanging kan dus alleen ex-nuncwerking hebben. Het oorspronkelijke besluit wordt door de vaststelling van het vervangende besluit met dezelfde inhoud niet met terugwerkende kracht uit de rechtsorde van de Unie verwijderd, maar door het vervangende besluit alleen bevestigd met werking voor de toekomst en als het ware „opgeslorpt".

73. Deze wetgevingstechniek komt overeen met de techniek die in het ambtenarenrecht van de Unie wordt gebruikt voor het afwijzen van een door een ambtenaar ingediende klacht tegen een voor hem nadelig besluit van de werkgever [30], en met de techniek die wordt gevolgd bij de behandeling van beroepen door de raad van beroep van ACER (zie punt 40 hierboven) [31], met dit verschil dat in deze beide gevallen de klachtenprocedure moet worden doorlopen alvorens beroep kan worden ingesteld, alsook met de techniek die gangbaar is in een aantal administratieve beroepswegen in de lidstaten. [32]

74. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het tweede besluit het oorspronkelijke besluit met terugwerkende kracht vervangt en uit de rechtsorde van de Unie heeft verwijderd, zodat een rechterlijke nietigverklaring ervan geen enkel bijkomend rechtsgevolg kan teweegbrengen.

3. Voortbestaan van het procesbelang met betrekking tot het oorspronkelijke besluit?

75. Tot slot onderzoek ik hierna of het Gerecht niettemin terecht tot de slotsom kon komen dat verzoekers in eerste aanleg geen procesbelang meer konden doen gelden met betrekking tot het oorspronkelijke besluit.

76. Mijns inziens is dat duidelijk niet het geval.

[28] Een dergelijke uitdrukkelijke bepaling is daarentegen wel opgenomen in artikel 27, lid 3, van het douanewetboek [verordening (EU) nr. 952/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie (PB 2013, L 269, blz. 1)]. Volgens die bepaling kunnen beschikkingen met terugwerkende kracht nietig worden verklaard, terwijl de intrekking ervan volgens artikel 28 van het douanewetboek alleen geldt voor de toekomst, zoals in de rechtsordes van de lidstaten. Zo wordt in artikel 240-1 van de Franse code des relations entre le public et l'administration (wetboek inzake de betrekkingen tussen het publiek en de overheid) een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de opheffing (*abrogation*) van een rechtshandeling voor de toekomst, en anderzijds de intrekking (*retrait*) ervan, ook met terugwerkende kracht. Volgens § 48, lid 1, en § 49, leden 1-3, van het Duitse Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (federale wet bestuursprocesrecht) kunnen zowel wettige als onwettige administratieve handelingen onder bepaalde voorwaarden zowel voor de toekomst als voor het verleden nietig worden verklaard dan wel ingetrokken.

[29] Ook in andere situaties, zoals in het staatssteunrecht, heeft het Hof tot op heden niet aanvaard dat de Commissie een door haar genomen besluit *met terugwerkende kracht* kan intrekken; zie arrest van 31 mei 2017, DEI/Commissie (C-228/16 P, EU:C:2017:409, punten 32 e.v.). De door het Gerecht in punt 50 van de bestreden beschikking aangehaalde rechtspraak van het Hof ter onderbouwing van zijn tegenovergestelde opvatting is in dit opzicht niet relevant.

[30] Zie bijvoorbeeld arresten van 20 mei 2021, Dickmanns/EUIPO (C-63/20 P, niet gepubliceerd, EU:C:2021:406, punten 29 e.v.), en 3 maart 2022, WV/EDEO (C-162/20 P, EU:C:2022:153).

[31] Zie de artikelen 28 en 29 van verordening 2019/942.

[32] Zie bijvoorbeeld § 79, lid 1, punt 1, van de Duitse Verwaltungsgerichtsordnung, waarin is bepaald dat de oorspronkelijke administratieve handeling in de vorm waarin deze in het besluit op bezwaar is weergegeven, het voorwerp is van het beroep tot nietigverklaring bij de bestuursrechter. Evenzo § 66, lid 4, van het Oostenrijkse Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet inzake administratieve rechtspleging van 1991), waarin is bepaald dat de beroepsinstantie zelf de zaak ten gronde afdoet en dat zij haar beslissing en haar motivering in de plaats van die van de lagere instantie mag stellen en dienovereenkomstig het aangevochten besluit in deze of gene zin mag wijzigen.

77. Ten eerste lijkt het niet uitgesloten dat een wettigheidstoetsing van het oorspronkelijke besluit in het kader van het door verzoekers in eerste aanleg ingestelde beroep tot de nietigverklaring ervan leidt. Dat zou niet alleen de nietigheid ex tunc van het oorspronkelijke besluit op grond van artikel 264, eerste alinea, VWEU meebrengen, maar ook tot gevolg hebben dat de ECB op grond van artikel 266, eerste alinea, VWEU gehouden is de „maatregelen te nemen" die nodig zijn ter uitvoering van het nietigverklaringsarrest. Aangezien het tweede besluit inhoudelijk identiek is aan het oorspronkelijke besluit ben ik de mening toegedaan dat de ECB ingevolge een dergelijke nietigverklaring op grond van artikel 266, eerste alinea, VWEU zelfs verplicht is om het tweede besluit – dat blijk geeft van dezelfde onjuiste rechtsopvattingen – in te trekken, hoewel het niet meer voor beroep vatbaar is en in weerwil van het ontbreken van een rechtsgrond ter zake in verordening nr. 1024/2013, en opnieuw te beslissen over de intrekking van de vergunning.[33] Bijgevolg kan de nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit wel degelijk rechtsgevolgen meebrengen en rekwirante een voordeel opleveren.

78. Ten tweede kan het voortbestaan van procesbelang volgens vaste rechtspraak berusten op het feit dat een nietigverklaringsarrest als grondslag kan dienen voor een aansprakelijkheidsvordering.[34] Volgens die rechtspraak vormt de mogelijkheid om een schadevordering in te stellen reeds een voldoende grondslag voor een dergelijk procesbelang, mits het niet om een hypothetische vordering gaat.[35]

79. In het onderhavige geval hebben verzoekers in eerste aanleg parallel aan hun beroep tot nietigverklaring echter al een beroep tot schadevergoeding ingesteld. Het Gerecht heeft dit beroep tot schadevergoeding evenwel kennelijk niet-ontvankelijk verklaard op grond dat niet was voldaan aan de in de rechtspraak neergelegde vormvereisten. Los van de vraag of het Gerecht tot die slotsom had kunnen komen, die het voorwerp is van het vierde en het vijfde middel (zie de punten 87-89 hieronder), lijkt het echter niet uitgesloten dat rekwirante een nieuw beroep tot schadevergoeding bij het Gerecht instelt vanwege de vermeende onwettigheid van het litigieuze besluit van de ECB. Dat ligt temeer voor de hand daar zij de nadelige gevolgen hoofdzakelijk toeschrijft aan de vaststelling van het oorspronkelijke besluit waarbij haar vergunning met onmiddellijke ingang is ingetrokken en dat haar economische activiteit vanaf dat moment onmogelijk heeft gemaakt.

80. Bovendien is door de instelling van het beroep bij het Gerecht de verjaringstermijn gestuit voor het instellen van een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid, die in artikel 46, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie is vastgesteld op vijf jaar, oftewel minstens tot aan het einde van de onderhavige hogere voorziening. Een nieuw beroep tot schadevergoeding blijft dan ook mogelijk.

81. Hieruit volgt dat de nietigverklaring van het litigieuze besluit van de ECB rekwirante een voordeel zou opleveren.

[33] Zie over de algemene toelaatbaarheid van de intrekking van onrechtmatige rechtshandelingen in het Unierecht de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak Repower/EUIPO (C-281/18 P, EU:C:2019:426, punten 28 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak). In punt 32 wijst hij er onder meer op dat de tegenstrijdige beginselen van rechtszekerheid en wettigheid in overeenstemming moeten worden gebracht. In het onderhavige geval zijn er echter geen aanwijzingen waarom het tweede besluit omwille van de rechtszekerheid gehandhaafd zou moeten blijven na nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit met dezelfde inhoud. Zie over de mogelijkheid tot intrekking van niet voor beroep vatbare onrechtmatige administratieve besluiten bijvoorbeeld ook § 48 van het Duitse Bundesverwaltungsverfahrensgesetz.

[34] Arresten van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punten 69 en 70); 7 november 2018, BPC Lux 2 e.a./Commissie (C-544/17 P, EU:C:2018:880, punt 42), en 6 mei 2021, Bayer CropScience en Bayer/Commissie (C-499/18 P, EU:C:2021:367, punt 40).

[35] Zie arresten van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 79), en 7 november 2018, BPC Lux 2 e.a./Commissie (C-544/17 P, EU:C:2018:880, punt 43).

D. Voorlopige conclusie over het eerste middel

82. In het licht van het voorgaande kom ik tot de slotsom dat het procesbelang van rekwirante voortbestond met het oog op de opheffing van de onmiddellijk ingetreden nadelige rechtsgevolgen van het litigieuze besluit van de ECB, de door de ECB te nemen maatregelen na een nietigverklaring op grond van artikel 266, eerste alinea, VWEU en de voorbereiding van een beroep wegens aansprakelijkheid. Het Gerecht is hieraan voorbijgegaan. Hieruit volgt dat het beroep tot nietigverklaring van dat besluit niet zonder beslissing had mogen afdoen. Het feit dat verzoekers in eerste aanleg niet tijdig en in de voorgeschreven vormen beroep tot nietigverklaring van het tweede besluit hebben ingesteld, is daarvoor niet relevant.

83. Derhalve moet het eerste middel worden toegewezen, zonder dat het tweede en het derde middel, die eveneens zijn gericht tegen de vaststelling van het Gerecht in punt 1 van het dictum van de bestreden beschikking dat de zaak zonder beslissing moet worden afgedaan (zie de punten 2 en 5 hierboven), behoeven te worden onderzocht.

84. De zaak moet bijgevolg worden terugverwezen naar het Gerecht [36] voor een beslissing ten gronde over het beroep tot nietigverklaring en de ter onderbouwing daarvan aangevoerde middelen.

85. Rekwirantes verzoek tot terugverwijzing naar het Gerecht in een andere samenstelling kan bij gebrek aan aanwijzingen voor partijdigheid echter niet worden toegewezen. [37] De in de punten 52 en 53 hierboven genoemde schending van de zorgvuldigheids- en informatieplicht van het Gerecht ten aanzien van verzoekers in eerste aanleg is niet zwaarwegend genoeg om ernstige twijfel te doen rijzen over zijn onpartijdigheid en het daarin door de justitiabelen gestelde vertrouwen aan te tasten. [38]

86. Tot slot moet de in punt 3 van het dictum van de bestreden beschikking vastgestelde proceskostenveroordeling met betrekking tot het beroep tot schadevergoeding worden vernietigd. Aangezien de vraag naar de afdoening zonder beslissing van het beroep tot nietigverklaring een afscheidbaar en definitief te beslechten deel van het geding vormt, stel ik voor om de ECB dienaangaande in haar eigen kosten en in die van rekwirante te verwijzen.

E. Vierde en vijfde middel met betrekking tot het beroep tot schadevergoeding

87. Wat het vierde en het vijfde middel betreft, volstaat het erop te wijzen dat het Gerecht het beroep tot schadevergoeding van verzoekers in eerste aanleg terecht overeenkomstig artikel 126 van zijn Reglement voor de procesvoering kennelijk niet-ontvankelijk heeft verklaard. [39]

88. In het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift is namelijk aanvankelijk een schadevergoeding gevorderd ten bedrage van slechts 10 miljoen EUR, die verzoekers in repliek vervolgens zelfs tot 100 miljoen EUR hebben verhoogd, hetgeen in strijd is met de in vaste rechtspraak neergelegde vormvereisten. Zoals het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste

[36] Artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie.

[37] Zie arresten van 1 juli 2008, Chronopost/UFEX e.a. (C-341/06 P en C-342/06 P, EU:C:2008:375, punten 44 e.v.), en 19 februari 2009, Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement (C-308/07 P, EU:C:2009:103, punten 41 e.v.).

[38] Zie in die zin arrest van 26 maart 2020, Heroverweging Simpson/Raad en HG/Commissie (C-542/18 RX-II en C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[39] Punt 3 van het dictum en punten 59 e.v. van de bestreden beschikking.

rechtsopvatting heeft geconcludeerd [40], wordt daarin echter niet afdoende onderbouwd, laat staan bewezen, dat was voldaan aan de cumulatieve voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de ECB krachtens artikel 340, derde alinea, VWEU met betrekking tot haar discretionaire besluit tot intrekking van de vergunning van Nemea Bank – namelijk een onrechtmatigheid in de vorm van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die particulieren rechten toekent, de omvang van de gestelde schade en het bestaan van een voldoende rechtstreeks oorzakelijk verband tussen die onrechtmatigheid en die schade. [41]

89. Bijgevolg moeten het vierde en het vijfde middel kennelijk ongegrond worden verklaard.

VII. Conclusie

90. Ik geef het Hof in overweging het eerste middel toe te wijzen en de bestreden beschikking te vernietigen voor zover daarin wordt geoordeeld dat er geen uitspraak hoefde te worden gedaan op het beroep tot nietigverklaring en dat de daarmee verband houdende kosten over rekwirante en de ECB moesten worden verdeeld (punten 1 en 3 van het dictum), de zaak overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie naar het Gerecht terug te verwijzen en de ECB in elk geval te verwijzen in de kosten in verband met de door het Gerecht gedane vaststelling dat er geen uitspraak hoefde te worden gedaan op het beroep tot nietigverklaring.

[40] Punt 62 van de bestreden beschikking.

[41] Zie in die zin arrest van 3 mei 2018, EUIPO/European Dynamics Belgium e.a. (C-376/16 P, EU:C:2018:299, punten 91 en 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie ook de in voetnoot 27 aangehaalde rechtspraak.