Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. RICHARD DE LA TOUR
fremsat den 27. april 2021 [1] [i]

Forenede sager C-584/20 P og C-621/20 P

Europa-Kommissionen
mod
Landesbank Baden-Württemberg,
Den Fælles Afviklingsinstans (SRB) (sag C-584/20 P)
og
Den Fælles Afviklingsinstans (SRB)
mod

Landesbank Baden-Württemberg (sag C-621/20 P)

»Appel – Den Økonomiske og Monetære Union – bankunionen – den fælles afviklingsmekanisme for kreditinstitutter og visse investeringsselskaber – Den Fælles Bankafviklingsfond – retfærdig rettergang – kontradiktionsprincippet – anbringende, der tages under påkendelse af egen drift – bekræftelse af, at den omtvistede afgørelse er autentisk – beregning af ex ante-bidrag for 2017 – begrundelsespligt – forretningshemmeligheden – lovligheden af delegeret forordning (EU) 2015/63«

I. Indledning

1. Hovedformålet med den fælles afviklingsmekanisme (herefter »Afviklingsmekanismen«) [2], der udgør den anden søjle i bankunionen, er at sikre, at nødlidende banker inden for denne union forvaltes effektivt og medfører færrest mulige omkostninger for skatteyderne og realøkonomien. Den Fælles Afviklingsinstans (herefter »Afviklingsinstansen«), der er Den Europæiske Unions instans for overvågning af en effektiv og sammenhængende funktion af afviklingsmekanismen, træffer afgørelse om at indlede en bankafviklingsprocedure, mens denne afgørelse på det operationelle plan gennemføres i samarbejde med de nationale afviklingsmyndigheder.

[1] Originalsprog: fransk.

[2] Oprettelsen af denne mekanisme er et af de mål, som G20-landegruppen fastsatte efter Lehman Brothers' konkurs i 2008: Medlemmerne af G20-landegruppen forpligter sig til at »udvikle værktøjer og rammer for effektiv sanering af finansielle koncerner for at afdæmpe de forstyrrelser, der opstår ved finansielle institutioners konkurs og for at reducere omfanget af moralsk hasard i fremtiden« (sluterklæringen fra G20-topmødet i Pittsburgh den 25.9.2009).

2. Afviklingsinstansen har en fælles afviklingsfond (herefter »Afviklingsfonden«), der har til opgave at finansiere afviklingsforanstaltningerne. Kreditinstitutter og visse investeringsselskaber i euroområdet [3] betaler bidrag til Afviklingsfonden. En mellemstatslig aftale regulerer overførslen af bidrag inden for Unionen [4].

3. Gensidiggørelsen af finansieringen fuldføres ved udgangen af 2023, eftersom bidragene på dette tidspunkt udelukkende vil gå til Afviklingsfonden og ikke længere delvist med et lavere beløb hvert år til de nationale afviklingsmyndigheder. Metoderne til beregning af disse bidrag har været genstand for talrige debatter og langvarige forhandlinger mellem medlemsstaterne [5].

4. Bidragene beregnes årligt, således at Afviklingsfonden efter en indledende periode på otte år råder over midler svarende til mindst 1% af de dækkede indskud i alle de kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i alle de deltagende medlemsstater. Ikke desto mindre bør disse årlige bidrag ikke overstige 12,5% af målniveauet.

5. Institutternes bidrag beregnes som et fast beløb i forhold til instituttets størrelse og/eller afpasset efter det pågældende instituts risikoprofil [6].

6. Bankafvikling gør det således ikke blot muligt at nedbringe de økonomiske og budgetmæssige omkostninger ved eventuelle kommende bankkonkurser, men har ligeledes til formål at afdæmpe visse former for risikoadfærd i institutterne, hvoraf de største havde garanti for, at de ville blive reddet af de offentlige myndigheder, samt i sidste ende skatteyderne, og følgelig at nedbringe sandsynligheden for, at det vil ske, ved at reducere omfanget af denne moralske hasard.

7. Ved denne afgørelse af 11. april 2017 om beregning af ex ante-bidragene for 2017 til Afviklingsfonden (SRB/ES/SRF/2017/05) [7] fastsatte Afviklingsinstansen størrelsen af de ex ante-bidrag til Afviklingsfonden, som de enkelte institutter, herunder navnlig Landesbank Baden-Württemberg (herefter »LBBW«), skulle betale for 2017.

8. LBBW indbragte sagen for Retten, som ved dom af 23. september 2020, Landesbank Baden-Württemberg mod Den Fælles Afviklingsinstans (Afviklingsinstansen) [8], annullerede den omtvistede afgørelse, for så vidt som den vedrørte denne bank.

9. Europa-Kommissionen, der var intervenient i første instans, og Afviklingsinstansen har hver især iværksat appel af denne dom.

[3] Herefter »institutterne«.

[4] Den mellemstatslige aftale om overførsel og gensidiggørelse af bidrag til [Afviklingsfonden], som blev undertegnet i Bruxelles den 21.5.2014.

[5] Jf. f.eks. vedrørende den franske regerings holdning til forskellene mellem det franske og det tyske banksystem, rapport af 4.3.2015, udarbejdet på vegne af senatets finansudvalg om lovforslaget om tilladelse til at ratificere aftalen om overførsel og gensidiggørelse af bidrag til [Afviklingsfonden], der findes på følgende internetadresse: http://www.senat.fr/rap/l14-307/l14-3071.pdf (første del, III, B).

[6] Bidraget afpasset efter risikoprofilen er baseret på de kriterier, der er fastsat i artikel 103, stk. 7, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU af 15.5.2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (EUT 2014, L 173, s. 190), og præciseret i artikel 5-9 i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/63 af 21.10.2014 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU for så vidt angår ex ante-bidrag til afviklingsfinansieringsordninger (EUT 2015, L 11, s. 44).

[7] Herefter »den omtvistede afgørelse«.

[8] T-411/17, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2020:435.

10. Domstolen har, når den træffer afgørelse om disse appeller mulighed for at udtale sig dels om retningslinjerne for bekræftelse af, at bilaget til en afgørelse fra Afviklingsinstansen er autentisk, dels om de metoder til beregning af ex ante-bidrag, som Afviklingsinstansen skal anvende inden for rammerne af Afviklingsmekanismen.

11. Appellanterne har navnlig anmodet Domstolen om under alle omstændigheder at udtale sig om lovligheden af bestemmelserne i delegeret forordning 2015/63 om beregning af ex ante-bidrag. Retten har konkluderet, at disse bestemmelser er ulovlige på grund af disse beregningsmetoders iboende uigennemsigtighed, som skyldes overholdelse af forretningshemmeligheder, der følger af, at der tages hensyn til tal i tilknytning til andre institutter, idet denne uigennemsigtighed skader den i artikel 296 TEUF omhandlede begrundelsespligt.

12. Jeg foreslår Domstolen for det første, at den ophæver den appellerede dom, for så vidt som Retten dels har tilsidesat kontradiktionsprincippet ved vurderingen af bekræftelsen af, at bilaget til den omtvistede afgørelse er autentisk, dels har begået en retlig fejl angående begrundelsespligtens omfang og angående lovligheden af delegeret forordning 2015/63. For det andet foreslår jeg Domstolen, at den træffer afgørelse i sagen med hensyn til disse to spørgsmål og på grundlag af en ny afgørelse annullerer den omtvistede afgørelse, for så vidt som den vedrører LBBW, eftersom det ikke er blevet bekræftet i tilstrækkelig grad, at bilaget til denne afgørelse er autentisk, og på grund af en utilstrækkelig begrundelse for denne afgørelse. Jeg foreslår ligeledes Domstolen, at den forkaster ulovlighedsindsigelsen mod de anfægtede bestemmelser i delegeret forordning 2015/63, under forudsætning af, at Afviklingsinstansen sikrer en øget gennemsigtighed af visse tredjeparters fortrolige data.

II. Retsforskrifter

A. Direktiv 2014/59

13. Artikel 102, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/59 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at deres finansieringsordninger senest pr. 31. december 2024 råder over finansielle midler svarende til mindst 1% af de dækkede indskud i alle de institutter, der er meddelt tilladelse på deres område. Medlemsstaterne kan fastsætte målniveauer, der er højere end dette beløb.

2. I den i stk. 1 omhandlede indledende periode fordeles de bidrag til finansieringsordningerne, der opkræves i overensstemmelse med artikel 103, så jævnt som muligt over perioden, indtil målniveauet er nået […]«

14. Direktivets artikel 103 fastsætter:

»1. For at nå det i artikel 102 fastsatte målniveau sikrer medlemsstaterne, at der mindst en gang om året opkræves bidrag hos de institutter, der er meddelt tilladelse på deres område, herunder EU-filialer.

2. De enkelte institutters bidrag skal være pro rata af deres samlede passiver (ekskl. kapitalgrundlag) minus dækkede indskud i forhold til de samlede passiver (ekskl.

kapitalgrundlag) minus dækkede indskud for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på medlemsstatens område.

Disse bidrag afpasses forholdsmæssigt efter institutternes risikoprofil, i overensstemmelse med de kriterier, der vedtages efter stk. 7.

[…]

7. Kommissionen har beføjelse til at vedtage delegerede retsakter i overensstemmelse med artikel 115 for at præcisere, hvordan bidrag afpasses forholdsmæssigt efter institutternes risikoprofil, jf. nærværende artikels stk. 2, under hensyntagen til alle af følgende:

a) instituttets risikoeksponering, herunder omfanget af dets handelsaktiviteter, dets ikke-balanceførte eksponeringer og gearingsgrad

b) stabiliteten og mangfoldigheden af selskabets finansieringskilder samt ubehæftede, meget likvide aktiver

c) instituttets finansielle situation

d) sandsynligheden for, at instituttet skal afvikles

e) i hvilket omfang instituttet tidligere har fået ekstraordinær finansiel støtte fra det offentlige

f) kompleksiteten af instituttets opbygning og mulighederne for at afvikle det

g) instituttets betydning for stabiliteten i det finansielle system eller i økonomien eller i en eller flere medlemsstater eller i Unionen

h) den omstændighed, at instituttet er omfattet af en institutsikringsordning.

[…]«

B. Forordning (EU) nr. 806/2014

15. Artikel 67 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 af 15. juli 2014 om ensartede regler og en ensartet procedure for afvikling af kreditinstitutter og visse investeringsselskaber inden for rammerne af en fælles afviklingsmekanisme og en fælles afviklingsfond og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010[9] bestemmer:

»1. Hermed oprettes [Afviklingsfonden]. Den skal finansieres i overensstemmelse med reglerne om overførsel af de midler, der er opkrævet på nationalt plan, til Afviklingsfonden som fastlagt i aftalen [om overførsel og gensidiggørelse af bidrag til Afviklingsfonden].

2. Afviklingsinstansen anvender udelukkende Afviklingsfonden til at sikre en effektiv anvendelse af afviklingsværktøjerne og udøvelsen af afviklingsbeføjelserne som omhandlet i del II, afsnit I, i overensstemmelse med afviklingsmålene og de overordnede afviklingsprincipper som omhandlet i

[9] EUT 2014, L 225, s. 1.

artikel 14 og 15. Afviklingsfondens udgifter eller tab kan under ingen omstændigheder ligge Unionens budget eller de nationale budgetter til last.

3. Afviklingsinstansen ejer Afviklingsfonden.

4. Bidrag som omhandlet i artikel 69, 70 og 71 opkræves fra enhederne jf. artikel 2 af de nationale afviklingsmyndigheder og overføres til Afviklingsfonden i overensstemmelse med aftalen [om overførsel og gensidiggørelse af bidrag til Afviklingsfonden].«

16. Forordningens artikel 69, stk. 1 og 2, bestemmer er affattet således:

»1. Ved udgangen af en indledende periode på otte år fra den 1. januar 2016 […] skal Afviklingsfondens disponible finansielle midler svare til mindst 1% af de dækkede indskud i alle de kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i alle de deltagende medlemsstater.

2. I den i stk. 1 omhandlede indledende periode fordeles de bidrag til Afviklingsfonden, der beregnes i overensstemmelse med artikel 70 og opkræves i overensstemmelse med artikel 67, stk. 4, så jævnt som muligt over perioden, indtil målniveauet er nået, men under behørig hensyntagen til konjunkturudviklingen og til den indvirkning, som procykliske bidrag kan have på de bidragydende institutters finansielle stilling.«

17. Nævnte forordnings artikel 70, stk. 1 og 2 bestemmer:

»1. De enkelte institutters individuelle bidrag opkræves mindst en gang om året og beregnes pro rata på grundlag af deres samlede passiver (eksklusive kapitalgrundlag) og [minus] dækkede indskud i forhold til de samlede passiver (eksklusive kapitalgrundlag) og [minus] dækkede indskud for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område.

2. Hvert år beregner Afviklingsinstansen efter høring af ECB eller den kompetente nationale myndighed og i tæt samarbejde med de nationale afviklingsmyndigheder de individuelle bidrag for at sikre, at de bidrag, der skal betales af alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område, ikke overstiger 12,5% af målniveauet.

Hvert år beregnes de enkelte institutters bidrag på grundlag af:

a) et fast bidrag, der baseres pro rata i forhold til et instituts passiver eksklusive kapitalgrundlag og dækkede indskud i forhold til de samlede passiver eksklusive kapitalgrundlag og dækkede indskud for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på de deltagende medlemsstaters område og

b) et risikoafpasset bidrag, der baseres på kriterierne i artikel 103, stk. 7, i direktiv 2014/59/EU, og tager hensyn til proportionalitetsprincippet uden at skabe forvridninger mellem medlemsstaternes banksektorstrukturer.

[…]«

C. Delegeret forordning 2015/63

18. Artikel 4 i delegeret forordning 2015/63 har følgende ordlyd:

»1. Afviklingsmyndighederne fastsætter de årlige bidrag, der skal betales af hvert institut, i forhold til dets risikoprofil på grundlag af de oplysninger, som instituttet har indgivet i overensstemmelse med artikel 14, og under anvendelse af den metodologi, der er fastsat i denne afdeling.

2. Afviklingsmyndighederne fastsætter det årlige bidrag omhandlet i stk. 1 på grundlag af det årlige målniveau for afviklingsfinansieringsordningen under hensyn til det målniveau, der skal nås senest den 31. december 2024 i overensstemmelse med artikel 102, stk. 1, i direktiv [2014/59], og på grundlag af gennemsnittet af dækkede indskud i det foregående år, beregnet kvartalsvis, for alle institutter, der er meddelt tilladelse på deres område.«

19. I den delegerede forordnings artikel 5 er opstillet principperne for risikojustering af det årlige basisbidrag.

20. I den delegerede forordnings artikel 6 defineres de risikosøjler og -indikatorer, hvis relative vægt er fastsat i samme delegerede forordnings artikel 7.

21. Artikel 9 i delegeret forordning 2015/63 bestemmer:

»1. Afviklingsmyndigheden fastsætter den supplerende risikojusteringsmultiplikator for hvert institut ved at kombinere de i artikel 6 omhandlede risikoindikatorer i overensstemmelse med de i bilag I angivne formler og procedurer.

2. Det årlige bidrag for hvert institut fastsættes af afviklingsmyndigheden for hver bidragsperiode ved at gange det årlige basisbidrag med den supplerende risikojusteringsmultiplikator i overensstemmelse med formlerne og procedurerne i bilag I, jf. dog artikel 10.

3. Risikojusteringsmultiplikatoren skal ligge i intervallet 0,8 til 1,5.«

D. Delegeret forordning (EU) 2017/747

22. Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/747 af 17. december 2015 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 for så vidt angår kriterierne vedrørende beregning af ex ante-bidrag og om de omstændigheder og betingelser, under hvilke betalingen af ekstraordinære ex post-bidrag kan udsættes helt eller delvist[10] bestemmer i artikel 3, stk. 1 og 4:

»1. Ved vurderingen af konjunkturudviklingen og den indvirkning, som procykliske bidrag kan have på de bidragydende institutioners finansielle stilling, jf. artikel 69, stk. 2, i forordning […] nr. 806/2014, tager Afviklingsinstansen mindst følgende indikatorer i betragtning:

a) de i bilaget fastsatte makroøkonomiske indikatorer til identifikation af konjunkturudviklingen

[10] EUT 2017, L 113, s. 2.

b) de i bilaget fastsatte indikatorer til identifikation af de bidragydende institutters finansielle stilling.

[…]

4. I enhver given bidragsperiode kan de årlige bidrag kun være relativt lavere end gennemsnittet af de årlige bidrag beregnet i overensstemmelse med artikel 69, stk. 1, og artikel 70, stk. 2, i forordning […] nr. 806/2014, hvis Afviklingsinstansen på grundlag af konservative fremskrivninger fastslår, at målniveauet kan nås ved udgangen af den indledende periode.«

III. Baggrunden for tvisten

23. LBBW er et kreditinstitut, som er etableret i Tyskland, og som er tilsluttet institutsikringsordningen i Sparkassen-Finanzgruppe (finansgruppen for sparekasser, Tyskland).

24. Den 26. januar 2017 indgav LBBW sin indberetning med henblik på fastsættelse af ex ante-bidraget for 2017 til den tyske afviklingsmyndighed, Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (det tyske organ for stabilisering af finansmarkederne, herefter »FMSA«).

25. Ved den omtvistede afgørelse fastsatte Afviklingsinstansen på sit eksekutivmøde i henhold til artikel 54, stk. 1, litra b), og artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 størrelsen af ex ante-bidraget for hvert enkelt institut, herunder LBBW, for 2017.

26. Ved opkrævningsmeddelelse af 21. april 2017, modtaget den 24. april 2017, underrettede FMSA LBBW om, at Afviklingsinstansen havde fastsat bankens ex ante-bidrag til Afviklingsfonden for 2017, og oplyste den om det beløb, der skulle betales til Restrukturierungsfonds (omstruktureringsfonden, Tyskland). FMSA vedlagde opkrævningsmeddelelsen to dokumenter, nemlig en tysk version af den omtvistede afgørelses tekst, uden det i denne tekst nævnte bilag, og et dokument med overskriften »Detaljerede oplysninger om beregningen (risikojusteret): Ex ante-bidrag til [Afviklingsfonden] for 2017«.

IV. Sagen for Retten og den appellerede dom

27. Ved dokument indgivet til Rettens Justitskontor den 30. juni 2017 anlagde LBBW et annullationssøgsmål vedrørende den omtvistede beslutning.

28. Ved dokument indgivet til Rettens Justitskontor den 29. september 2017 anmodede Kommissionen om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Afviklingsinstansens påstande, og denne anmodning blev imødekommet ved afgørelse af 13. november 2017.

29. Følgende foranstaltninger blev anordnet:

– en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse vedtaget den 12. februar 2019 stilet til Afviklingsinstansen om for det første at fremlægge dels en fuldstændig kopi af den originale omtvistede afgørelse inklusive bilaget, dels alle de mellemkommende afgørelser, som ligger til grund for beregningen af bidraget, for det andet at beskrive proceduren for vedtagelse af den omtvistede afgørelse ved at fremlægge dokumentation, for det tredje at præcisere datoen for den første offentliggørelse på internettet af tabellen vedrørende intervallerne for

risikojusteringsmultiplikatoren og for det fjerde at angive de værdier for multiplikatoren for IPS-indikatoren og for risikojusteringsmultiplikatoren, som er anvendt på andre institutter

– bevisoptagelse af henholdsvis den 10. april og den 9. september 2019 om at fremlægge de i den foregående foranstaltning omhandlede dokumenter og elementer i en fortrolig udgave og en ikke-fortrolig udgave og som supplement til besvarelsen af den første foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, og

– bevisoptagelse af 10. oktober 2019, hvorved Retten fjernede de fortrolige udgaver af alle de dokumenter, som Afviklingsinstansen havde fremlagt, fra sagsakterne og pålagde Afviklingsinstansen at fremlægge nye, ikke-fortrolige udgaver af andre dokumenter, eftersom de udgaver, som oprindeligt var blevet fremlagt, indeholdt udeladte passager, som i realiteten både var relevante for tvisten og ikke-fortrolige.

30. Retten anerkendte dels LBBW's søgsmålskompetence med den begrundelse, at selv om adressaterne for Afviklingsinstansens beslutninger vedrørende ex ante-bidrag til Afviklingsfonden er de nationale afviklingsmyndigheder, er de institutter, der skal betale bidragene, umiddelbart og individuelt berørt af disse beslutninger. Dels fastslog Retten, at den ulovlighedsindsigelse, der var blevet fremsat mod visse bestemmelser i delegeret forordning 2015/63, kunne antages til realitetsbehandling.

31. Retten bemærkede, at Unionens retsinstanser havde pligt til af egen drift at behandle anbringendet vedrørende ufravigelige retsregler som følge af en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og manglende eller utilstrækkelig begrundelse, hvorefter den fastslog, at kravet om bekræftelse af, at den omtvistede afgørelse var autentisk, ikke var opfyldt i den foreliggende sag. Den fastslog således, at bilaget, som indeholder de ex ante-bidrag, som LBBW skulle betale, udgjorde en væsentlig del af denne afgørelse, og at dette bilag på ingen måde hænger uløseligt sammen med nævnte afgørelse, som er den eneste, der var underskrevet.

32. Af hensyn til en forsvarlig retspleje behandlede Retten ligeledes de tre øvrige anbringender, som LBBW havde fremsat, nemlig tilsidesættelse af begrundelsespligten, tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse og ulovlighedsindsigelsen vedrørende visse bestemmelser i delegeret forordning 2015/63.

33. Hvad angår tilsidesættelsen af den begrundelsespligt, der påhviler Afviklingsinstansen, anførte Retten – selv om den ikke stillede spørgsmålstegn ved den fortrolige karakter af oplysninger om andre institutter, der er blevet taget i betragtning ved fastsættelsen af bidragene – at den omtvistede afgørelse, ud over de generelle forklaringer i dens tekst, stort set ikke indeholdt oplysninger om beregningen af LBBW's bidrag. Den skønnede således, at for så vidt som beregningen af bidraget byggede på disse indbyrdes afhængige oplysninger, som ikke måtte videregives, var denne beregning i sig selv uigennemsigtig. Retten konkluderede, at den anvendte beregningsmetode gjorde indgreb i LBBW's mulighed for effektivt at anfægte den omtvistede afgørelse.

34. Retten tog den ulovlighedsindsigelse, som LBBW havde rejst med hensyn til visse bestemmelser i delegeret forordning 2015/63, til følge. Den fastslog, at beregningens uigennemsigtighed, der ikke gjorde det muligt for LBBW at kontrollere, om den var korrekt, i det mindste delvist skyldtes den beregningsmetode, som Kommissionen selv har fastsat for så vidt angår ex ante-bidrag til afviklingsfinansieringsordninger, uden at den er blevet pålagt den ved forordning nr. 806/2014 eller direktiv 2014/59.

35. Henset til samtlige ovenstående betragtninger konkluderede Retten, at den omtvistede afgørelse ligeledes skulle annulleres, for så vidt som den vedrørte LBBW, som følge af tilsidesættelsen af begrundelsespligten og retten til en effektiv domstolsbeskyttelse.

V. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

36. Kommissionen har med sin appel i sag C-584/20 P nedlagt følgende påstande:

– Den appellerede dom ophæves.

– LBBW betaler sagsomkostningerne.

37. Afviklingsinstansen har med sin appel i sag C-621/20 P nedlagt følgende påstande:

– Den appellerede dom ophæves.

– Frifindelse.

– LBBW betaler sagsomkostningerne.

38. LBBW har nedlagt påstand om, at appellerne forkastes, og at appellanterne betaler sagsomkostningerne.

39. Ved afgørelser af 4. og 8. december 2020 har Domstolens præsident imødekommet Kommissionens og Afviklingsinstansens anmodninger om, at de foreliggende sager undergives en fremskyndet procedure, jf. artikel 133-136 i Domstolens procesreglement.

40. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 12. februar 2021 blev sagerne C-584/20 P og C-621/20 P forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

41. Ved kendelse af 25. februar 2021 har Fédération bancaire française fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for LBBW's påstande.

42. Ved kendelse af 12. marts 2021 har Kongeriget Spanien fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Afviklingsinstansens og Kommissionens påstande.

VI. Bedømmelse

43. Kommissionen har til støtte for sin appel i sag C-584/20 P fremsat fem anbringender. Med det første anbringende har den anført, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt og tilsidesat kontradiktionsprincippet og Afviklingsinstansens ret til forsvar. Med det andet anbringende har den påpeget en retlig fejl, som Retten skulle have begået, da den uden begrundelse fandt, at den rejste ulovlighedsindsigelse mod delegeret forordning 2015/63 kunne antages til realitetsbehandling. Med det tredje anbringende har den hævdet, at Retten foretog en fejlagtig fortolkning af artikel 69, stk. 1, og artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 for så vidt angår målniveauet og det årlige basisbidrag. Med det fjerde anbringende har den gjort gældende, at Retten fortolkede artikel 4-7 og 9 i delegeret forordning 2015/63 og bilag I hertil forkert, da

bidragenes afpasning efter risikoprofilen blev kvalificeret som »indbyrdes afhængige«. Med det femte anbringende har den kritiseret en fejlagtig udvidelse af begrundelsespligten i henhold til artikel 296 TEUF.

44. Afviklingsinstansen har i sin appel i sag C-621/20 P fremsat to anbringender. Det første anbringende vedrører Rettens tilsidesættelse af procesreglementets artikel 85, stk. 3, om en urigtig gengivelse af beviser og tilsidesættelse af Afviklingsinstansens ret til en retfærdig rettergang. Med det andet anbringende har den gjort en tilsidesættelse af artikel 296 TEUF og artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) gældende.

45. Det første anbringende i de to appeller kan behandles samlet. Det samme gælder det andet anbringende i Afviklingsinstansens appel og det femte anbringende i Kommissionens appel.

A. Det første anbringende i sag C-584/20 P og C-621/20 P om Rettens angiveligt urigtige gengivelse af de faktiske omstændigheder, da den fejlagtigt fastslog, at bilaget til den omtvistede afgørelse »på ingen måde hænger uløseligt sammen med« afgørelsen, og om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet og af Afviklingsinstansens ret til forsvar

1. Parternes argumenter

46. Kommissionen har hævdet, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt, da den fastslog, at et væsentligt element i den omtvistede afgørelse, nemlig at det ikke var blevet bekræftet, at bilaget med beløbene på de individuelle ex ante-bidrag var autentisk, på ingen måde hænger uløseligt sammen med denne afgørelse, som er den eneste, som formanden for Afviklingsinstansen har underskrevet.

47. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten ved at udtale sig på denne måde har gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt, for det første fordi den underskrevne omtvistede afgørelse udtrykkeligt henviste til bilaget til denne, for det andet var denne underskrevne afgørelse og bilaget hertil blevet sendt i en enkelt e-mail til deltagerne i Afviklingsinstansens eksekutivmøde, hvilket for det tredje har medført en fælles godkendelse via e-mail, for det fjerde blev der på følgesedlen henvist til to elektroniske dokumenter med det samme sagsnummer, for det femte bevirkede underskrivelsen i hånden af denne følgeseddel og underskrivelsen i hånden af nævnte afgørelse, at bilagets autenticitet blev bekræftet. Kommissionen har anført, at disse elementer skaber en generel erfaring svarende til en formodning for en sammenhæng, som Retten har tilsidesat. Retten forkastede i øvrigt det argument, som Afviklingsinstansen havde fremsat herom i retsmødet for Retten, som for sent fremsat.

48. Kommissionen har desuden foreholdt Retten, at den tilsidesatte kontradiktionsprincippet og Afviklingsinstansens ret til forsvar, da den undlod at drøfte et annullationsanbringende, som Retten undersøgte af egen drift, om fravær af en uløselig sammenhæng mellem den underskrevne omtvistede afgørelse og bilaget hertil, så meget desto mere som beslutningsprocessen resulterede i et enkelt samlet dokument med det samme sagsnummer.

49. Afviklingsinstansen har gjort gældende, at LBBW ikke havde nævnt spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten af bilaget til den omtvistede afgørelse i sin stævning i første instans, og at det heller ikke var blevet nævnt i forbindelse med foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, der kun vedrørte proceduren for vedtagelse af denne afgørelse og fremlæggelsen

af en fuldstændig kopi af denne, eller i retsmøderapporten, selv om LBBW havde givet udtryk for tvivl med hensyn til bekræftelsen af autenticiteten af oplysningerne i dette bilag, og Afviklingsinstansen under retsforhandlingerne havde redegjort for proceduren for bekræftelse af autenticiteten ved hjælp af dokumentationssystemet ARES (Advanced Records System), i hvilket selve afgørelsen og bilaget hertil var blevet lagret efter den skriftlige procedure, og via hvilket den følgeseddel, som formanden for Afviklingsinstansen havde underskrevet i hånden, og selve den omtvistede afgørelse med tilføjelse af afgørelsens dato og nummer blev genereret.

50. Afviklingsinstansen er af den opfattelse, dels at Retten har tilsidesat procesreglementets artikel 85, stk. 3, ved at afvise de oplysninger, der fremkom i retsmødet, og som dog for det første understøttede svarene på de foranstaltninger, som Retten havde anordnet, for det andet besvarede de argumenter, som LBBW havde fremført den 6. november 2019 vedrørende manglende bekræftelse af autenticiteten, og for det tredje besvarede de spørgsmål, som Retten havde stillet i retsmødet, og for det fjerde ikke kunne fremlægges på et tidligere tidspunkt, eftersom Retten først af egen drift havde taget spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten under påkendelse i retsmødet.

51. Dels har Afviklingsinstansen foreholdt Retten, at den gengav beviserne urigtigt, idet den fastslog, at følgesedlen ikke indeholdt nogen oplysninger, der beviste, at bilaget til den omtvistede afgørelse fandtes i ARES, og at der ikke fandtes nogen oplysninger, der gjorde det muligt at etablere en uløselig tilknytning mellem dette bilag og den afgørelse, som formanden for Afviklingsinstansen havde underskrevet i hånden.

52. Afslutningsvis er Afviklingsinstansen af den opfattelse, at Retten tilsidesatte dens ret til en retfærdig rettergang ved af egen drift at påkende et anbringende uden at underrette Afviklingsinstansen herom forud for retsmødet, uden at acceptere tilbuddet om at fremlægge supplerende beviser, der blev fremsat i retsmødet, og uden senest på dette tidspunkt at have oplyst, at beviset for autenticiteten ikke var tilstrækkeligt.

53. LBBW har gjort gældende, at spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten af bilaget til den omtvistede afgørelse blev drøftet allerede i forbindelse med den første anordnede foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som vedrørte fremlæggelse af en fuldstændig kopi af denne afgørelse, herunder bilaget hertil, hvilket blev bekræftet ved den anden kendelse om bevisoptagelsen, hvori der blev anmodet om, at nævnte afgørelse blev fremlagt i dens originale format. Ifølge LBBW går Domstolens praksis om bekræftelse af afgørelsers autenticitet langt tilbage i tiden[11], og derfor burde Afviklingsinstansen og Kommissionen have redegjort for forbindelsen mellem bilaget og nævnte afgørelse, referencekoden og ARES i deres svar på kendelserne om bevisoptagelse. LBBW har udledt heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement er ubegrundet, og at Afviklingsinstansen under alle omstændigheder har fremlagt nye oplysninger og argumenter i retsmødet uden at oplyse herom på forhånd og uden at respektere kontradiktionsprincippet, og at LBBW således ikke havde haft mulighed for at fremkomme med sin holdning.

54. LBBW har tilføjet, at anbringendet om en urigtig gengivelse af beviserne er ugrundet, eftersom Afviklingsinstansen ikke har fremlagt bevis for, at den underskrevne omtvistede afgørelse og bilaget hertil hang uløseligt sammen, og blot har foreslået, at de fremlagte sagsakter læses på en anden måde, samtidig med at den i vage vendinger har kritiseret Rettens bedømmelse af de fremlagte beviser. LBBW har anført, at Retten ikke har gengivet beviserne

[11] LBBW har i denne forbindelse nævnt dom af 15.6.1994, Kommissionen mod BASF m.fl. (C-137/92 P, EU:C:1994:247), og af 6.4.2000, Kommissionen mod ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188).

urigtigt, og har konstateret for det første, at nummeret på følgesedlen svarede til en intern referencekode uden bevisværdi i forbindelse med bekræftelse af autenticiteten, for det andet at de nævnte sagsakter, der var vedlagt denne følgeseddel, ikke var blevet identificeret, og for det tredje at forbindelsen mellem ordet »ARES« og den reference, der var anført på følgesedlen, ikke var blevet godtgjort.

2. Bedømmelse

a) Tilsidesættelsen af kontradiktionsprincippet, af retten til en retfærdig rettergang og af Afviklingsinstansens ret til forsvar som følge af det anbringende, der af egen drift blev påkendt

55. Det skal indledningsvis bemærkes, at appellanterne ikke har bestridt den retspraksis, som Retten henviste til, hvorefter Unionens retsinstanser skal behandle et anbringende vedrørende ufravigelige retsregler som følge af tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter af egen drift [12], idet disse formforskrifter navnlig omfatter en manglende bekræftelse af en akts autenticitet [13].

56. Formålet med denne bekræftelse af autenticiteten er således at sikre retssikkerheden ved at fastnagle den vedtagne tekst, der skal være sikker, navnlig hvad angår dens ophavsmand og dens indhold. Tilsidesættelsen af væsentlige formforskrifter kan medføre annullation af afgørelsen, uden at det er nødvendigt at bevise en anden skadevirkning [14]. Denne retspraksis er blevet anvendt i forbindelse med klagen over ex ante-bidragene for 2016 [15], uden at annullationerne på dette grundlag er blevet bestridt ved Domstolen.

57. Som ethvert andet anbringende skal et anbringende, som retsinstansen påkender af egen drift, gøres til genstand for en kontradiktorisk forhandling mellem parterne. Selv om denne forhandling kan finde sted i forbindelse med foranstaltninger til sagens tilrettelæggelse [16], kendelser om bevisoptagelse eller i forlængelse af mundtlige spørgsmål [17], skal det kunne bevises, at den har fundet sted.

58. I den foreliggende sag har LBBW ikke rejst spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten som et annullationsanbringende, selv om denne i sit svar på den sidste kendelse om bevisoptagelse gav udtryk for usikkerhed med hensyn til »beslutningsprocedurens sikkerhed og autenticiteten af de oplysninger, der findes i bilagene« på grund af fremsendelsen til Afviklingsinstansens medlemmer i digital form, og med hensyn til arten af skemaet i bilaget (i Excel-format), der kan ændres på et hvilket som helst tidspunkt, og som ikke gør det muligt at garantere »[n]øjagtigheden af beregningens slutresultat, end ikke i [Afviklingsindstansen]«.

[12] Retten har i den appellerede doms præmis 36 henvist til dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Tramadol og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 67), af 30.3.2000, VBA mod Florimex m.fl. (C-265/97 P, EU:C:2000:170, præmis 114), af 6.3.2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen (T-228/99 og T-233/99, EU:T:2003:57, præmis 143), og af 28.11.2019, Banco Cooperativo Español mod Afviklingsinstansen (T-323/16, EU:T:2019:822, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

[13] Jf. i denne retning dom af 15.6.1994, Kommissionen mod BASF m.fl. (C-137/92 P, EU:C:1994:247, præmis 75 og 76), og af 6.4.2000, Kommissionen mod ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, præmis 40, 41 og 51).

[14] Jf. dom af 6.4.2000, Kommissionen mod ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, præmis 40-42).

[15] Jf. dom af 28.11.2019, Banco Cooperativo Español mod Afviklingsinstansen (T-323/16, EU:T:2019:822), af 28.11.2019, Portigon mod Afviklingsinstansen (T-365/16, EU:T:2019:824), og af 28.11.2019, Hypo Vorarlberg Bank mod Afviklingsinstansen (T-377/16, T-645/16 og T-809/16, EU:T:2019:823).

[16] Jf. f.eks. dom af 28.112019, Banco Cooperativo Español mod Afviklingsinstansen (T-323/16, EU:T:2019:822, præmis 22).

[17] Jf. dom af 12.7.2011, Kommissionen mod Q (T-80/09 P, EU:T:2011:347, præmis 141).

59. Det følger heller ikke af dokumenterne fra Retten (foranstaltning til sagens tilrettelæggelse, kendelser om bevisoptagelse, retsmøderapporten, protokollatet fra retsmødet, den appellerede dom), at Retten udtrykkeligt havde iværksat en kontradiktorisk procedure mellem parterne i sagen vedrørende anbringendet.

60. I sin appel og i retsmødet for Domstolen har Afviklingsinstansen imidlertid bekræftet, at spørgsmålet om bekræftelse af bilagets autenticitet var blevet behandlet i retsmødet for Retten, eftersom den har oplyst, at dette er grunden til den forsinkede fremlæggelse af beviser vedrørende ARES.

61. Det skal bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at Retten havde tilsidesat kontradiktionsprincippet ved at annullere en afgørelse på grundlag af et anbringende vedrørende ufravigelige retsregler, der blev behandlet af egen drift, uden at Retten forinden anmodede parterne om at fremsætte deres bemærkninger under retsforhandlingernes skriftlige del eller retsforhandlingernes mundtlige del [18].

62. Desuden er det ubestridt, at anmodningerne om fremlæggelse af dokumenter vedrørte den fuldstændige kopi af den omtvistede afgørelse, herunder bilaget hertil, og filernes oprindelige format. Som anført i punkt 56 i dette forslag til afgørelse vedrører bekræftelsen af autenticiteten imidlertid navnlig indholdet af denne afgørelse. Det er således ikke muligt at følge Afviklingsinstansens ræsonnement, når den hævder, at ansøgningerne om fremlæggelse af dokumenter alene havde til formål at verificere proceduren i forbindelse med vedtagelse af den omtvistede afgørelse og ikke indholdet af denne. Den har i øvrigt på eget initiativ fremlagt følgesedlen under retsforhandlingernes skriftlige del, selv om den kun kunne godtgøre en forbindelse mellem denne afgørelse og bilaget hertil.

63. Det ser således ud til, at de sagsakter, der blev fremlagt under retsforhandlingernes skriftlige del, havde været genstand for en kontradiktorisk procedure. Spørgsmålet er så, om parternes udtalelser om afviklingen af retsmødet er tilstrækkelige til at godtgøre, at der under retsmødet var blevet fremsat en invitation til at drøfte det anbringende, som Retten påkendte af egen drift.

64. Efter min opfattelse er vi her ved den yderste grænse for, hvad der kan opfattes som bevis for en invitation til en kontradiktorisk procedure vedrørende et anbringende, der behandles af egen drift. Da Rettens sagsakter ikke indeholder nogen oplysninger om, at parterne er blevet informeret om dette anbringende, der behandles af egen drift, og for så vidt som Domstolen ikke har adgang til optagelserne af retsmødet for Retten [19], mener jeg ikke, at det til trods for de erklæringer, som parterne har fremsat for Domstolen, er muligt at fastslå, at Retten har respekteret kontradiktionsprincippet, Afviklingsinstansens ret til forsvar og retten til en retfærdig rettergang [20].

65. Det skal således undersøges, om den fejl, som Retten har begået, har haft konsekvenser ved at undersøge, om udfaldet af sagen, selv om den pågældende fejl ikke var blevet begået, ikke kunne være blevet et andet, således at en tilsidesættelse af retten til kontradiktion ikke har påvirket indholdet af den appellerede dom og ikke har krænket Afviklingsinstansens interesser [21].

[18] Jf. dom af 2.12.2009, Kommissionen mod Irland m.fl. (C-89/08 P, EU:C:2009:742, præmis 60).

[19] Jf. C. Naômé, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2016, punkt 427 og 428, s. 171 og 172.

[20] Jf. dom af 23.11.2016, Alsteens mod Kommissionen (T-328/15 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:671, præmis 39 og 40).

[21] Jf. analogt hermed dom af 17.12.2009, Réexamen M mod EMEA (C-197/09 RX-II, EU:C:2009:804, præmis 52), af 14.12.2011, Kommissionen mod Vicente Carbajosa m.fl. (T-6/11 P, EU:T:2011:747, præmis 32), og af 23.11.2016, Alsteens mod Kommissionen (T-328/15 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:671, præmis 41).

66. Spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten af bilaget til den omtvistede afgørelse er baseret på en bedømmelse af de fremlagte sagsakter og indebærer en egentlig bedømmelse fra Rettens side, som kunne bestrides af parterne.

67. Det kan således ikke udelukkes, at Retten kunne være nået frem til et andet resultat, såfremt Afviklingsinstansen havde fået mulighed for at fremsætte sine bemærkninger til bekræftelsen af autenticiteten af dette bilag, og at overholdelsen af kontradiktionsprincippet dermed kunne have påvirket indholdet af den appellerede dom.

68. Den appellerede dom bør følgelig ophæves på dette punkt.

b) Den urigtige gengivelse af den følgeseddel, der blev fremlagt under de skriftlige forhandlinger for Retten

69. Domstolens prøvelsesret med hensyn til Rettens faktiske konstateringer omfatter navnlig spørgsmålet, om det fremgår af sagens akter, at disse konstateringer er indholdsmæssigt urigtige, om beviserne er gengivet forkert, den retlige kvalifikation af beviserne, samt om reglerne om bevisbyrde og bevisførelse er overholdt [22].

70. Det fremgår desuden af fast retspraksis, at der foreligger en sådan urigtig gengivelse, navnlig når Retten er gået åbenbart videre end en rimelig vurdering af bevismaterialet [23], idet det præciseres, at en urigtig gengivelse skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne [24]. Det er ikke tilstrækkeligt at påvise, at et dokument kan fortolkes anderledes, end Retten har gjort [25].

71. I den foreliggende sag har parterne ikke ved behandlingen af de sagsakter, der blev fremlagt under den skriftlige forhandling for Retten, bestridt, at bilaget med de beløb, som hver enkelt institution skulle betale, ikke var blevet underskrevet, hverken fysisk eller elektronisk, og at det ikke var forsynet med et referencenummer, men blot med datoen den 10. april 2017. Desuden fremgår det ikke af følgesedlen, hvilke bilag der fremsendes, og de kan således ikke identificeres.

72. Retten kunne således uden herved at gengive beviserne urigtigt fastslå, at bilaget til den omtvistede afgørelse ikke hænger uløseligt sammen med denne, efter at have konstateret, at det ikke var muligt med sikkerhed at knytte det til den underskrevne afgørelse eller den underskrevne følgeseddel (i modsætning til nævnte underskrevne afgørelse, hvis nummer fremgår af følgesedlen), og at det heller ikke var muligt at fastslå, at dette bilag rent faktisk var vedlagt den omtvistede afgørelse, eller hvilken version der var blevet forelagt for Afviklingsinstansens medlemmer og godkendt under den elektroniske afstemning.

73. Følgelig kan klagepunktet om en urigtig gengivelse af beviserne forkastes.

[22] Jf. navnlig dom af 29.11.2018, Bank Tejarat mod Rådet (C-248/17 P, EU:C:2018:967, præmis 37), og af 25.3.2021, Carvalho m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-565/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2021:252, præmis 36).

[23] Jf. navnlig dom af 10.2.2011, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen (C-260/09 P, EU:C:2011:62, præmis 57).

[24] Jf. navnlig dom af 12.1.2017, Timab Industries og CFPR mod Kommissionen (C-411/15 P, EU:C:2017:11, præmis 89).

[25] Jf. dom af 10.2.2011, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen (C-260/09 P, EU:C:2011:62, præmis 54).

c) Tilsidesættelse af artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement

74. Afviklingsinstansen er af den opfattelse, at anvendelsen af artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement burde have foranlediget Retten til at acceptere Afviklingsinstansens tilbud om fremlæggelse af beviser, eftersom den indtil afholdelsen af retsmødet var uvidende om, at spørgsmålet om bekræftelse af autenticiteten af bilaget til den omtvistede afgørelse skulle drøftes.

75. Ifølge Rettens praksis afsagt på grundlag af denne bestemmelse findes der to tilfælde, i hvilke en angivelse af beviser kan accepteres: hvis ophavsmanden til tilbuddet ikke inden afslutningen af den skriftlige del af forhandlingerne var i besiddelse af de pågældende beviser, eller hvis modpartens forsinkede fremlæggelse berettiger, at sagsakterne suppleres for at sikre overholdelse af kontradiktionsprincippet [26].

76. Under retsmødet for Retten fremsatte Afviklingsinstansen imidlertid et simpelt argument og ikke en ny angivelse af beviser. Artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement fandt således ikke anvendelse. Klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement bør forkastes.

B. Det andet anbringende i sag C-584/20 P om, at Retten angiveligt begik en retlig fejl, da den uden begrundelse fandt, at den rejste ulovlighedsindsigelse mod delegeret forordning 2015/63 kunne antages til realitetsbehandling

1. Parternes argumenter

77. Kommissionen har foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl, da den fandt, at den rejste ulovlighedsindsigelse mod delegeret forordning 2015/63 kunne antages til realitetsbehandling. Kommissionen er af den opfattelse, at de eventuelle retlige fejl i denne delegerede forordning kan tilskrives retsakter af højere rang, nemlig forordning nr. 806/2014 og direktiv 2014/59, som delegeret forordning 2015/63 blot »udbygger« i henhold til artikel 290, stk. 1, TEUF, og LBBW burde ligeledes have bestridt lovligheden af disse retsakter.

78. Kommissionen har desuden blot fremhævet den manglende begrundelse i den appellerede dom på grund af anvendelsen af ordene »delvist« og »navnlig«, hvilket medfører manglende klarhed med hensyn til ændringer, der burde foretages af delegeret forordning 2015/63.

79. Kommissionen ønsker under alle omstændigheder en realitetsbehandling af ulovlighedsindsigelsen.

80. Afviklingsinstansen støtter Kommissionens argumenter.

81. LBBW er af den opfattelse, at Retten med føje fandt, at ulovlighedsindsigelsen mod artikel 4-7 og 9 i delegeret forordning 2015/63 og mod bilag I til denne delegerede forordning kunne antages til realitetsbehandling, eftersom disse bestemmelser ikke er baseret på ufravigelige bestemmelser i direktiv 2014/59 og i forordning nr. 806/2014.

[26] Jf. dom af 5.3.2019, Pethke mod EUIPO (T-169/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:135, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

82. Ifølge LBBW kræves det således hverken i artikel 103, stk. 2 og 7, i direktiv 2014/59 om principperne for beregning af bidragene eller i artikel 69, stk. 1, og artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 om målniveauet og det årlige loft, at bidraget afpasses efter risikoprofilen for alle de øvrige institutter, der skylder bidrag. Tværtimod indrømmes Kommissionen med disse bestemmelser en skønsmargin, der gjorde det muligt for den ved vedtagelsen af delegeret forordning 2015/63 at vedtage en tilpasningsmetode, der udelukkende tog hensyn til det berørte instituts oplysninger, som det er tilfældet i forbindelse med tilsyn på mikroplan og ved beregningen af bidrag til finansieringen af indskudsgarantiordninger.

83. Ifølge LBBW kræver ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet heller ikke en sammenlignende tilgang, eftersom de også overholdes i forbindelse med en beregningsmetode, der alene er baseret på oplysningerne fra det berørte institut. Denne metode gør det endvidere muligt at overholde instituttets ret til en effektiv retsbeskyttelse.

84. LBBW er af den opfattelse, at den appellerede dom er tilstrækkeligt begrundet til, at Domstolen kan foretage sin domstolsprøvelse, dels fordi det fremgår af anvendelsen af ordene »navnlig« og »delvis«, at Rettens prøvelse var begrænset til spørgsmålet om lovligheden af delegeret forordning 2015/63, dels fordi det er Kommissionen, der har kompetence til at evaluere konsekvenserne af ulovligheden.

85. Subsidiært er LBBW af den opfattelse, at den omtvistede afgørelse er behæftet med alvorlige begrundelsesfejl, der udelukkende kan tilskrives en dårlig forvaltning fra Afviklingsinstansens side, som ikke har noget at gøre med ulovligheden af delegeret forordning 2015/63, eftersom Afviklingsinstansen ikke har begrundet brugen af de skønsmarginer, som den har.

2. Bedømmelse

86. I modsætning til hvad Kommissionen har hævdet, vedrører spørgsmålene om overholdelsen i delegeret forordning 2015/63 af standarder på et højere niveau, der er ubestridt i stævningen i første instans, ikke ulovlighedsindsigelsens antagelighed, men hvorvidt den er velbegrundet. Retten, der behandlede dette spørgsmål inden for rammerne af undersøgelsen af det velbegrundede i denne undtagelse, kan således ikke anses for at have begået en fejl, og klagepunktet kan forkastes.

87. Desuden fastslog Retten under alle omstændigheder med føje, at Kommissionens valg af tilpasningsmetode i delegeret forordning 2015/63 ikke var påkrævet i henhold til bestemmelserne i direktiv 2014/59 og forordning nr. 806/2014. De eneste kriterier, der følger af disse tekster, og som afgrænser Kommissionens skønsmargin med hensyn til afpasning efter risikoen, er følgende:

– et årligt målniveau på mindst 1% af de dækkede indskud [27]

– samlede årlige bidrag, der ikke overstiger 12,5% af målniveauet [28]

[27] Jf. artikel 69, stk. 1, i forordning nr. 806/2014.

[28] Jf. artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014.

– »et risikoafpasset bidrag, der baseres på kriterierne[29] i artikel 103, stk. 7, i direktiv [2014/59], og tager hensyn til proportionalitetsprincippet uden at skabe forvridninger mellem medlemsstaternes banksektorstrukturer«[30].

88. Disse kriterier er ikke som sådan til hinder for, at der benyttes en tilpasningsmetode som den, der f.eks. er baseret på det berørte instituts risikooplysninger alene, forudsat at der efterfølgende foretages en proportional tilpasning af de individuelle bidrag for at nå frem til den krævede andel af det årlige målniveau. Desuden er antallet af risikoindikatorer uden betydning i denne sammenhæng, eftersom der foretages en indbyrdes vægtning af dem.

89. Klagepunktet om manglende begrundelse for ulovlighedsindsigelsen i den appellerede doms præmis 129-147 kan ligeledes forkastes, idet Retten i vidt omfang har begrundet, hvordan den af Afviklingsinstansen anvendte beregningsmetode i henhold til delegeret forordning 2015/63 blev uigennemsigtig som følge af anvendelsen af oplysninger fra andre institutter, der ikke var tilgængelige, uden at denne metode var påkrævet i henhold til bestemmelserne i direktiv 2014/59 eller i forordning nr. 806/2014. Retten anførte desuden i den appellerede doms præmis 140, at eftersom ulovlighedsindsigelsen alene vedrørte delegeret forordning 2015/63, var den på ingen måde til hinder for, at det kunne fastslås, at metoden til beregning af ex ante-bidrag er ulovlig »i det mindste for så vidt angår den del af denne metode, der vedrører den forholdsmæssige afpasning efter risikoprofilen, som er fastsat i denne delegerede forordning«. Rettens efterprøvelse var således begrænset til spørgsmålet om lovligheden af delegeret forordning 2015/63.

90. Det andet anbringende i sag C-584/20 P kan således forkastes som ugrundet.

C. Det tredje anbringende i sag C-584/20 P om, at Retten foretog en fejlagtig fortolkning af artikel 69, stk. 1, og artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 for så vidt angår målniveauet og det årlige basisbidrag

1. Parternes argumenter

91. Kommissionen har foreholdt Retten, at den konkluderede, at den (årlige) maksimumssats på 12,5% af målniveauet, der skulle nås i 2023, ikke kunne nås ved at lægge ex ante-bidragene for et bestemt år sammen.

92. Kommissionen har hævdet, at såvel det samlede målniveau (mindst 1% af de dækkede indskud[31]) som de årlige målniveauer (højst 12,5% af det samlede målniveau, eftersom målniveauet skal nås på otte år[32]) skal forstås således, at de udgør en reference, der uundgåeligt skal beregnes på forhånd, og at Afviklingsmyndigheden, som blot er et agentur, ikke har kompetence til at ændre dem. Derfor er det nødvendigt at fordele dette beløb, der er fastsat årligt, mellem alle de berørte institutter, hvilket ifølge Kommissionen berettiger den foreskrevne beregningsmetode i lyset af de principper, som den er baseret på.

29 Otte.

30 Artikel 70, stk. 2, litra b), i forordning nr. 806/2014.

31 Artikel 69, stk. 1, i forordning nr. 806/2014.

32 Artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014.

93. LBBW er af den opfattelse, at ordlyden af artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 muliggør en sammenlægning af de årlige ex ante-bidrag, der ligger under 12,5% af det samlede målniveau. Selskabet mener, at Afviklingsinstansen udtrykkeligt med denne forordnings artikel 69, stk. 2, gives en skønsmargin, idet det heri bestemmes, at »bidrag til Afviklingsfonden[…] [fordeles] så jævnt som muligt over perioden, indtil målniveauet er nået, men under behørig hensyntagen til konjunkturudviklingen og til den indvirkning, som procykliske bidrag kan have på de bidragydende institutters finansielle stilling«.

94. LBBW har tilføjet, at artikel 3, stk. 1 og 4, i delegeret forordning 2017/747 fastsætter dels kriterierne for evaluering af konjunkturudviklingen og af den indvirkning, som procykliske bidrag kan have på de bidragydende institutters finansielle stilling, dels betingelserne for Afviklingsinstansens fastsættelse af et årligt bidragsniveau, der ligger under de gennemsnitlige årlige bidrag. Ifølge LBBW gør disse to oplysninger det muligt at fastslå, at Afviklingsinstansen har en skønsmargin, og at satsen på 12,5% af målniveauet kan nedsættes på visse betingelser.

2. Bedømmelse

95. Det fremgår klart af artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014, at de samlede årlige ex ante-bidrag ikke kan overstige 12,5% af målniveauet. Hvis man holder sig til denne oplysning alene, kan Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 139 af, at denne artikel ikke er til hinder for, at de samlede ex ante-bidrag for det pågældende år eventuelt er mindre end 12,5% af det nævnte målniveau, ikke bestrides.

96. Argumentet om, at det fremgår af nævnte forordnings artikel 69, stk. 1 – der fastsætter et samlet målniveau på »mindst 1% af de dækkede indskud i alle de kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i alle de deltagende medlemsstater« – at den årlige sats på 12,5% af dette målniveau både er både en »nedre« og en »øvre« grænse, kan forkastes.

97. Dette argument ville således kun give mening, hvis det samlede målniveau blev fastsat en gang for alle ved starten af perioden på otte år og delt i otte lige store dele på 12,5%.

98. Dette er imidlertid ikke tilfældet, eftersom det fremgår af artikel 4, stk. 2, i delegeret forordning 2015/63, at »[a]fviklingsmyndighederne fastsætter det årlige bidrag omhandlet i stk. 1 på grundlag af det årlige målniveau for afviklingsfinansieringsordningen […] og på grundlag af gennemsnittet af dækkede indskud i det foregående år, beregnet kvartalsvis, for alle institutter, der er meddelt tilladelse på deres område«. Det årlige målniveau afhænger således af størrelsen af de dækkede indskud i det foregående år, der kan variere [33].

99. LBBW har desuden godtgjort, at selv om Afviklingsinstansen rent faktisk ikke har kompetence til at fastsætte et målniveau på under 1% eller samlede årlige bidrag på over 12,5%, har den ikke desto mindre de nødvendige beføjelser til at tage højde for dels konjunkturudviklingen og til den indvirkning, som procykliske bidrag kan have på de bidragydende institutters finansielle stilling med henblik på at fordele de årlige bidrag så jævnt som muligt [34], dels til konservative

[33] Kommissionen skal undersøge denne variabilitet hvert tredje år i henhold til artikel 94, stk. 1, litra a), nr. vi), i forordning 806/2014 med henblik på at evaluere »om der bør indføres et mindstebeløb med henblik på at undgå udsving i pengestrømmene til Afviklingsfonden og sikre stabilitet og passende finansiering af Afviklingsfonden over tid«.

[34] Jf. artikel 69, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 og artikel 3, stk. 1, i delegeret forordning 2017/747.

fremskrivninger, der fastslår, at målniveauet kan nås ved udgangen af den indledende periode, med henblik på fastsættelse af et årligt bidragsniveau, der er lavere end gennemsnittet af de årlige bidrag [35].

100. Der således intet til hinder for, at Afviklingsinstansen fastsætter de samlede årlige bidrag til under 12,5% af målniveauet. Det tredje anbringende i sag C-584/20 P bør således forkastes som ugrundet.

D. Det fjerde anbringende i sag C-584/20 P om, at Retten fortolkede artikel 4-7 og 9 i delegeret forordning 2015/63 og bilag I hertil forkert, eftersom bidragenes afpasning efter risikoprofilen blev kvalificeret som »indbyrdes afhængige«

1. Parternes argumenter

101. Kommissionen har foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 100 betegnede beregningen som »i sig selv uigennemsigtig«, »i det omfang [den] bygger på [fortrolige] oplysninger på indbyrdes afhængig vis«. Ifølge Kommissionen sammenblandede Retten beregningen af basisbidragene, der er indbyrdes »afhængige«, fordi de fastsættes forholdsmæssigt, og afpasningen af dem efter risikoniveauet, der følger en anden metode til sammenligning mellem institutterne. Denne sammenligning følger af lovgivningsbestemmelserne vedrørende afpasning efter risikoen (navnlig bilag I, trin 2, punkt 3, i delegeret forordning 2015/63).

102. Kommissionen har også kritiseret en manglende begrundelse af den appellerede dom, idet Retten erklærede visse artikler i delegeret forordning 2015/63 ulovlige uden at præcisere, hvori de enkelte artiklers ulovlighed består.

103. LBBW har dels anført, at den af Kommissionen foreslåede sondring mellem sammenligning og indbyrdes afhængighed i dens kritik af den appellerede dom er kunstig, eftersom afpasningen efter risikoprofilen indebærer en sammenligning eller oplysningernes indbyrdes afhængighed. Dels er Kommissionen af den opfattelse, at artikel 69, stk. 1, og artikel 70, stk. 2, i forordning nr. 806/2014 ikke kræver, at der anvendes en uigennemsigtig mekanisme. På grundlag af fast retspraksis har Kommissionen ikke kunnet vurdere et instituts risikoprofil alene på grundlag af oplysningerne fra dette institut, som det er tilfældet i forbindelse med opkrævning af bidragene i tilknytning til indskudsgarantien.

104. Sluttelig er den af den opfattelse, at den appellerede dom er tilstrækkeligt begrundet på dette område.

2. Bedømmelse

105. Den omstændighed, at den metode, som Kommissionen har anvendt til vurdering af institutternes risikoprofil som enten »indbyrdes afhængig« af de øvrige institutters oplysninger eller »sammenlignende« mellem institutternes oplysninger viser, at der er forskel på retningslinjerne for vurdering af risikoprofilen.

[35] Jf. artikel 3, stk. 4, i delegeret forordning 2017/747.

106. Ordet »sammenligning« kan vedrøre en situation, hvor risikoprofilerne beregnes på grundlag af det pågældende instituts oplysninger alene, hvorefter de sammenlignes indbyrdes, mens udtrykket »indbyrdes afhængig« henviser til en situation, hvor risikoprofilerne beregnes på grundlag af oplysninger fra det berørte institut og tredjepartsinstitutter, hvorefter de sammenlignes indbyrdes.

107. Eftersom Retten konstaterede, at beregningsmetoden omfatter fortrolige oplysninger fra tredjepartsinstitutter, hvilket er ubestridt, begik den efter min opfattelse ikke en retlig fejl, da den fastslog, at beregningsmetoden var indbyrdes afhængig.

108. Desuden er beregningsmetodens betegnelse uden betydning for Rettens konstatering af denne metodes uigennemsigtighed, idet den var baseret på fortrolige oplysninger om tredjemand.

109. Kommissionen har endvidere ikke fremlagt nogen beviser på, at det valg, der blev foretaget i delegeret forordning 2015/63, var nødvendigt i henhold til direktiv 2014/59 eller forordning nr. 806/2014, eftersom den blot har nævnt bilag I til denne delegerede forordning, som Retten har dømt ulovlig.

110. I sidste ende kan klagepunktet om begrundelsen for den appellerede dom forkastes, eftersom Kommissionen ikke har begrundet sin kritik.

111. Det fjerde anbringende i sag C-584/20 P bør således delvist afvises, delvist forkastes som ugrundet.

E. Det femte anbringende i sag C-584/20 P og det andet anbringende i sag C-621/20 P om, at Retten fejlagtigt udvidede den begrundelsespligt, der følger af artikel 296 TEUF, og tilsidesatte chartrets artikel 47

1. Parternes argumenter

112. Kommissionen og Afviklingsinstansen har kritiseret den utilstrækkelige begrundelse af den appellerede dom, hvormed Retten tog ulovlighedsindsigelsen vedrørende en række bestemmelser i delegeret forordning 2015/63 under et til følge uden at redegøre for, hvordan hver enkelt bestemmelse bidrog til den ulovlighed, der følger af beregningsmetodens uigennemsigtighed. Desuden er begrundelsen selvmodsigende, idet Retten medgav oplysningernes fortrolighed og muligheden for at bestride visse aspekter af beregningsmetoden, samtidig med at den lagde til grund, at denne var uigennemsigtig.

113. Ifølge appellanterne så Retten bort fra rækkevidden af artikel 296 TEUF i forbindelse med begrundelsen.

114. For det første er de således af den opfattelse, at en begrundelse er tilstrækkelig, hvis det af afgørelsen fremgår, hvilket ræsonnement og hvilken metode der er blevet fulgt for at nå frem til denne afgørelse, idet de valgte kriterier og årsagerne til, at de er blevet valgt, er afgørende [36]. De har

[36] Kommissionen har i denne henseende nævnt dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 51, 52 og 55).

tilføjet, at dette ikke åbner mulighed for, at afgørelsens adressat kan kontrollere nøjagtigheden af de foretagne beregninger. De har konkluderet, at delegeret forordning 2015/63 opfylder disse krav og gør det muligt at træffe tilstrækkeligt begrundede afgørelser.

115. Afviklingsinstansen har tilføjet, at den begrundelsespligt, der blev indført ved artikel 296 TEUF, der svarer til den ret, der fremgår af chartrets artikel 41, stk. 2, litra c), og som beskytter adgangen til effektive retsmidler som omhandlet i chartrets artikel 47, er underlagt begrænsninger som enhver grundlæggende frihedsret, der følger af EUF-traktaten. Ifølge Afviklingsinstansen udgør forpligtelsen til at respektere tavshedspligten, og navnlig forretningshemmeligheden, der følger af artikel 339 TEUF, en del af disse begrænsninger. Den er af den opfattelse, at den valgte beregningsmetode ikke blot resulterer i tilstrækkeligt begrundede afgørelser, men også kan sikre en tilstrækkelig beskyttelse af denne fortrolighed. Den har tilføjet, at Domstolen allerede har medgivet, at begrundelserne for at give afslag på adgang til ECB's styrelsesråds protokoller ikke »skulle have givet en begrundelse, som gjorde det muligt at forstå og efterprøve«, hvordan aktindsigt i disse oplysninger ville være til skade for offentlighedens interesser [37].

116. For det andet er begrundelsen for den omtvistede afgørelse så meget desto mere tilstrækkelig, som de fortrolige oplysninger i realiteten ikke er afgørende for beregningen af det individuelle bidrag på grund af den samlede behandling af dem. En eventuel fejl i disse oplysninger ville således ikke have nogen indvirkning på de individuelle bidrag og vil således ikke skade den fair konkurrence mellem institutterne.

117. Afviklingsinstansen har anført, at såfremt det er nødvendigt at afsløre nævnte oplysninger, kan en sådan afsløring med henblik på at forene begrundelsespligten og respekten for forretningshemmeligheden finde sted over for Retten og Domstolen, således som det er sket i praksis i forbindelse med de restriktive foranstaltninger [38].

118. Det er Kommissionens opfattelse, at en sådan afsløring over for Retten kun kan finde sted, når der er tale om oplysninger, der er afgørende for den individuelle afgørelse, hvilket ikke er tilfældet med disse fortrolige oplysninger, der behandles samlet.

119. For det tredje vil denne løsning, der sikrer en ligevægt mellem begrundelsespligten og respekten for forretningshemmeligheden, blive gennemført på adskillige EU-retlige områder, når der findes en skønsmargin i beslutningsprocessen, der omfatter fortrolige oplysninger (offentlige indkøb, konkurrenceret, offentlig tjeneste, antidumpingforanstaltninger), og vil kunne anvendes i forbindelse med ex ante-bidrag, for så vidt som den muliggør en tilstrækkelig domstolskontrol, idet Retten ikke skal foretage en ny beregning af disse bidrag.

120. For det fjerde er Afviklingsinstansen af den opfattelse, at den i delegeret forordning 2015/63 fastlagte metode til beregning, ikke er uigennemsigtig.

[37] Afviklingsinstansen har nævnt dom af 19.12.2019, ECB mod Espírito Santo Financial (Portugal) (C-442/18 P, EU:C:2019:1117, præmis 47), og af 21.10.2020, ECB mod Estate of Espírito Santo Financial Group (C-396/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:845, præmis 54).

[38] Afviklingsinstansen har nævnt dom af 3.9.2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461).

121. Den har præciseret, at artikel 296 TEUF, hvormed der indføres et krav om en procedure i forbindelse med begrundelsen for en afgørelse og ikke i forbindelse med substansen i afgørelsens konklusion, ikke ser ud til at være det korrekte retsgrundlag for en vurdering af denne delegerede forordnings gyldighed.

122. Den har tilføjet, at EU-lovgiver i kraft af sin skønsbeføjelse har valgt en metode med »et fast mål + en relativ fordeling«, der gør det muligt dels så nøjagtigt som muligt og på forhånd at bestemme det samlede bidrag, dels at fordele dette beløb ligeligt mellem bidragyderne under hensyntagen til deres størrelse og risikofaktor. Den har gjort gældende, at den »absolut individuelle« beregningsmetode, der anvendes på det fiskale område, ikke opfylder betingelsen om et fast og forudsigeligt mål.

123. Afviklingsinstansen har anført, at den valgte metode omfatter syv trin, hvoraf kun de tre anvender fortrolige oplysninger om tredjemand, der er identiske for hver enkelt beregning af bidrag. Disse tre trin er:

– fastsættelse af et årligt målniveau (trin 2)

– oprettelse af risikogrupper omfattende institutter med ensartede risikoprofiler (diskretisering) (trin 4), og

– beregning af en fællesnævner, der opnås ved at lægge alle de afpassede årlige bidrag sammen med henblik på beregning af den del af det årlige målniveau, som hvert institut skal betale (trin 6).

124. Afviklingsinstansen har tilføjet, at det harmoniserede bilag, der sendes til de enkelte bidragydere, indeholder en tydelig forklaring på bidragyderens placering i en risikogruppe, hvilket gør det muligt for denne at placere sig i forhold til de øvrige bidragydere, selv om de oplysninger om tredjeparter, der anvendes til at skabe og kalibrere disse grupper, forbliver fortrolige. Supplerende aggregerede data offentliggøres på Afviklingsinstansens hjemmeside, idet denne har øget de oplysninger, der gives for regnskabsårene efter regnskabsåret 2017, yderligere.

125. LBBW er af den opfattelse, at Retten har begrundet sin afgørelse tilstrækkeligt uden at modsige sig selv for så vidt angår ulovligheden af visse bestemmelser i delegeret forordning 2015/63, eftersom den har forklaret, hvorfor det er den struktur, der ligger til grund for afpasningen efter risikoprofilen, der er fejlbehæftet, og denne fejl berører derfor alle de bestemmelser, der finder anvendelse ved beregningen af denne del af bidraget, selv om visse aspekter af metoden kan bestrides isoleret set.

126. Ifølge LBBW foretog Retten en korrekt vurdering af omfanget af den begrundelsespligt, der påhviler Afviklingsinstansen, med henblik på at garantere dens ret til en effektiv domstolsbeskyttelse, og den afviser alle appellanternes argumenter.

127. For det første har LBBW anført, at overholdelse af kravet om fortrolighed af forretningshemmeligheder ikke kan fortolkes så vidt, at begrundelseskravet som følge heraf bliver uden indhold [39], hvilket er tilfældet i den foreliggende sag på grund af det store antal berørte institutter, oplysninger og individuelle omstændigheder, der indgår i beregningen.

[39] LBBW har nævnt dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 48, og 51 ff.).

128. Selskabet har præciseret, at der ikke findes nogen forpligtelse til at forene begrundelse og fortrolighed [40], og at Kommissionen desuden ved at vælge en anden beregningsmetode kunne have undgået konflikten mellem disse to principper, der er beskyttet i primærretten, og begrænset risikoen for fejl, der ikke kan verificeres uden videre.

129. For det andet har LBBW anført, at Kommissionens anbringende om den manglende relevans af oplysninger om 3 500 institutter skal afvises, da det er fremsat for første gang i appelfasen. LBBW har tilføjet, at dette anbringende er ugrundet, eftersom evalueringen af dens risikoprofil afhænger af fortrolige oplysninger om samtlige disse institutter.

130. For det tredje har LBBW gjort gældende, at den retspraksis, der finder anvendelse på bøder på konkurrenceområdet, ikke er relevant, eftersom disse skal have en afskrækkende virkning, hvilket indebærer, at Kommissionen besidder en skønsmargin med henblik på at styre virksomhedernes adfærd. LBBW har tilføjet, at den nævnte retspraksis om offentlige indkøb, konkurrence, udvælgelsesprøver i den offentlige sektor og antidumping, for så vidt som den vedrører konkurrencesituationen mellem fysiske og juridiske personer, heller ikke finder anvendelse på dens situation, hvor den skal betale et stort økonomisk bidrag. Desto større skønsmarginerne er, desto mere detaljeret skal begrundelsen ifølge LBBW være, hvilket er tilfældet i forbindelse med beregningen af ex ante-bidrag. Endelig kan retspraksis om aktindsigt i visse af ECB's dokumenter, som Afviklingsinstansen har henvist til, forklares med de særlige retsakter, der gælder for denne institution.

131. For det fjerde bør appellanternes anfægtelse af Rettens faktuelle konstateringer vedrørende en utilstrækkelig begrundelse for afgørelsen, forkastes.

132. Desuden kan en sådan utilstrækkelig begrundelse ikke afhjælpes under sagens behandling, som Afviklingsinstansen har foreslået, uden at dommen af 3. september 2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen [41], om restriktive foranstaltninger kan anvendes analogt. Retten har således med føje anført, at denne retspraksis inden for bekæmpelse af terrorisme ikke kan overføres på bankunionen. Selv om Retten havde været i besiddelse af alle de fortrolige oplysninger, ville den desuden ikke have kunnet kontrollere beregningen, eftersom den ikke råder over en egnet software.

133. LBBW har præciseret, at selv om der ifølge Afviklingsinstansen er sket en udvikling i begrundelsen for afgørelserne om fastsættelse af ex ante-bidrag siden 2017, styrker denne udvikling dels kun beviset for manglende begrundelse for den omtvistede afgørelse, dels gør den det ikke altid muligt for bidragyderne at kontrollere nøjagtigheden af de beregninger, der vedrører dem.

134. For det femte har LBBW anført, at Afviklingsinstansen, når den anfører, at beregningsmetoden »et fast mål + en relativ fordeling« er den eneste, der tager hensyn til kravene i direktiv 2014/59 og i forordning nr. 806/2014, ikke opfylder betingelserne i artikel 169, stk. 2, i Domstolens procesreglement, for så vidt som den ikke præciserer, hvilke præmisser i den appellerede dom der anfægtes.

[40] LBBW har nævnt dom af 13.3.1985, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen (296/82 og 318/82, Sml. 1985, 809, EU:C:1985:113, præmis 18 og 27).

[41] C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461.

135. LBBW har tilføjet, kravene til det endelige målniveau og til det maksimale årlige beløb ikke indebærer, at den metode, som Kommissionen har valgt, skal anvendes, eftersom Den Europæiske Banktilsynsmyndighed (EBA) i forbindelse med bankernes bidrag til finansieringen af indskudsgarantiordningen har opstillet retningslinjer for flere mulige beregningsmetoder. I Tyskland har man f.eks. i overensstemmelse med disse retningslinjer valgt at anvende en afpasning efter risikoprofilen, der udelukkende tager hensyn til den enkelte bidragyders risikoprofil. Hverken direktiv 2014/59 eller forordning nr. 806/2014, og ej heller ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet kræver desuden en sådan beregningsmetode.

2. Bedømmelse

136. Anfægtelsen af begrundelsen for den appellerede dom kan efter min opfattelse let forkastes. Dels var begrundelsen således tilstrækkelig med hensyn til den omtvistede afgørelse, eftersom appellanterne har kunnet bestride Rettens ræsonnement. Dels er denne begrundelse for den appellerede dom ikke selvmodsigende, eftersom den omstændighed, at visse trin af beregningen kan anfægtes, ikke forhindrer, at beregningsmetoden er generel og kan anfægtes i sin helhed.

137. Hvad angår omfanget af begrundelsespligten i forbindelse med den omtvistede afgørelse, der påhviler Afviklingsinstansen, er Afviklingsinstansen og Kommissionen uenige i Rettens og LBBW's synspunkt, hvorefter adressaten for en afgørelse om et ex ante-bidrag skal kunne kontrollere den beregning, der har ført til det bidrag, som denne skal betale.

138. Det skal fremhæves, at det fremgår af Domstolens praksis, at selv om den begrundelse, der kræves i henhold til artikel 296 TEUF, klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt retsakten, har lagt til grund, således at den berørte part kan få kendskab til grundlaget for de trufne foranstaltninger, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret, skal en sådan begrundelse imidlertid tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Det kræves i denne forbindelse ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige forhold, da begrundelsens tilstrækkelighed ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område, og navnlig i forhold til den interesse, som retsaktens adressater kan have i begrundelsen. En retsakt, der er bebyrdende, er følgelig tilstrækkeligt begrundet, når den er truffet under omstændigheder, som er den pågældende bekendt, og således gør det muligt for vedkommende at forstå, hvilke konsekvenser den trufne foranstaltning har for denne [42].

139. Domstolen har nærmere forklaret, at denne forpligtelse i forbindelse med individuelle beslutninger, ud over at gøre det muligt at udøve en retslig kontrol har til formål at give den berørte part oplysninger, der er tilstrækkelige til at afgøre, om beslutningen muligvis er behæftet med en sådan mangel, at dens gyldighed kan anfægtes [43].

[42] Jf. navnlig dom af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 122 og den deri nævnte retspraksis).

[43] Jf. dom af 7.4.1987, SISMA mod Kommissionen (32/86, EU:C:1987:187, præmis 8), af 2.10.2003, Corus UK mod Kommissionen (C-199/99 P, EU:C:2003:531, præmis145), af 11.7.2013, Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 115), af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 93), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 121).

140. Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 97, 103 og 109 af, at begrundelsen for den omtvistede afgørelse ikke gør det muligt for LBBW at kontrollere nøjagtigheden af dens bidrag, er ubestridt parterne imellem. Hvis man holder sig til den tidligere nævnte begrundelsespligt, er Afviklingsinstansens afgørelse følgelig utilstrækkeligt begrundet, eftersom tre trin af beregningen omfatter fortrolige oplysninger om tredjemand, som modtageren af denne afgørelse ikke er blevet gjort bekendt med.

141. Kommissionen og Afviklingsinstansen har imidlertid gjort gældende, dels at begrundelsespligten skal afvejes i forhold til fortroligheden af forretningshemmeligheden, der er beskyttet i henhold til artikel 339 TEUF, dels at gennemsigtigheden er blevet forbedret yderligere med afsløringen af aggregerede oplysninger i de harmoniserede bilag, der er meddelt bidragyderne og offentliggjort på Afviklingsinstansens hjemmeside.

142. Med hensyn til foreningen af begrundelsespligten og fortroligheden af forretningshemmeligheden anførte Retten i den appellerede doms præmis 108, at forpligtelsen til at overholde fortroligheden af forretningshemmeligheden ikke kan fortolkes så vidt, at begrundelseskravet som følge heraf bliver uden sit væsentligste indhold [44]. Appellanterne har således kun anfægtet den del af den appellerede dom, hvori Retten konstaterede en utilstrækkelig begrundelse.

143. Efter min opfattelse adskiller beregningen af ex ante-bidrag sig fra en simpel skatteopkrævning [45] derved, at risikoprofilen for de bidragydende institutter beregnes relativt med henblik på at styre institutternes adfærd og dermed nedbringe den moralske risiko ud over den omstændighed, at de bidrager direkte til Den Fælles Afviklingsfond. Styring af adfærden med valget af denne beregningsmetode hænger således ikke sammen med bidragets karakter af sanktion, men snarere med ønsket om at fremme en bestemt adfærd fra institutternes side, der er mindre risikofuld. Desuden afhænger resultatet af en beskatning af anvendelsen af en sats på et beskatningsgrundlag, uden at resultatet er fastsat på forhånd, mens der i den foreliggende sag er tale om, at en procentdel af et årligt målniveau skal nås, hvilket gør analogien ubrugelig. Rettens tilnærmelse til beskatningsreglerne er således efter min opfattelse irrelevant.

144. De områder af EU-retten, som appellanterne og Retten har nævnt, viser, at Unionens retsinstanser har accepteret begrænsninger af begrundelsespligten baseret på fortroligheden af forretningshemmeligheden (konkurrenceretten [46], statsstøtte [47] og offentlige indkøb [48]), på områdets kompleksitet (antidumpingforanstaltninger [49]), på den byrde, der påhviler beslutningsmyndigheden (udvælgelsesprøver i den offentlige sektor [50]), på behovet for at opnå en indvirkning på virksomhedernes adfærd gennem bødernes afskrækkende virkning på konkurrenceområdet [51] og på tvingende hensyn til Unionens eller dens medlemsstaters sikkerhed (bekæmpelse af terrorisme [52]).

44 Jf. i denne retning dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

45 Jf. kravet om en nøjagtig opgørelse af de skyldige beløb i det tilfælde, der var genstand for dom af 13.6.1958, Meroni mod Haute Autorité (9/56, EU:C:1958:7, s. 30 og 31).

46 Jf. dom af 24.6.1986, AKZO Chemie og AKZO Chemie UK mod Kommissionen (53/85, EU:C:1986:256, præmis 29).

47 Jf. dom af 8.1.2015, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (T-58/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:1, præmis 73-77).

48 Jf. dom af 8.7.2015, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Kommissionen (T-536/11, EU:T:2015:476, præmis 47 og 50 in fine).

49 Jf. dom af 10.9.2015, Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, præmis 77 og 78).

50 Jf. dom af 28.2.1980, Bonu mod Rådet (89/79, EU:C:1980:60, præmis 6).

51 Jf. dom af 5.6.2012, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (T-214/06, EU:T:2012:275, præmis 100).

52 Jf. dom af 14.10.2009, Bank Melli Iran mod Rådet (T-390/08, EU:T:2009:401, præmis 81).

145. I den foreliggende sag er sagens omstændigheder meget specifikke på grund af anvendelsen af aggregerede fortrolige oplysninger om talrige tredjemænd (mellem 1 600 [53] og 3 500 [54] berørte institutter ifølge beregningstrinene) og en kompleks metode til beregning, der er valgt for at nå frem til et bidrag fra alle de institutter, der drager fordel af den finansielle stabilitet, et bidrag, der udgøres af ex ante-bidrag med henblik på at undgå procykliske virkninger af ex post-bidragene under en krise og under hensyntagen til omfanget af risikoen, likviditeten og det marked, som disse institutter agerer på.

146. Selve metoden er efter min opfattelse forklaret tydeligt i gældende lovgivning og af Afviklingsinstansen i den omtvistede afgørelse, og problemet er i virkeligheden den omfattende anvendelse af fortrolige oplysninger, der gør det vanskeligt eller endog umuligt for hvert enkelt berørt institut at kontrollere beregningen af dets bidrag.

147. Den omstændighed, at der foretages en afvejning mellem pligten til at begrunde afgørelser og pligten til at beskytte fortroligheden af forretningshemmeligheden, når der anvendes en kompleks metode, på grund af den omfattende anvendelse af fortrolige oplysninger, foranlediger en til at overveje omfanget af denne beskyttelse ved fastsættelsen af ex ante-bidrag. Der rejser sig imidlertid det spørgsmål, om nævnte beskyttelse skal have samme karakter, når offentliggørelsen af oplysninger vedrører specifikke data fra en konkurrent eller et lille antal konkurrenter, og når den vedrører samtlige data vedrørende samtlige konkurrenter inden for en sektor, der, fordi der er så mange, umuliggør enhver identifikation.

148. Såfremt det fastslås, at beskyttelsen af fortroligheden af forretningshemmeligheden skal være anderledes, er det muligt at sondre mellem to anvendelser af disse oplysninger i forbindelse med den beregningsmetode, som Kommissionen har valgt til fastsættelse af ex ante-bidrag til Den Fælles Afviklingsfond.

149. På beregningens trin 2 og 6 svarer de fortrolige oplysninger, der anvendes, således til summen af den pågældende oplysning for alle de berørte institutter. På trin 2 beregnes målniveauet for det årlige bidrag på grundlag af de dækkede indskud for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område (bidragyderen har i det mindste siden 2017 fået kendskab til dette beløb). På trin 6 beregnes den fællesnævner svarende til de årlige bidrag, der er afpasset efter risikoprofilen, og som anvendes til beregning af den del af målniveauet, som hvert institut skal betale. Dette beløb offentliggøres for regnskabsåret 2020.

150. Det er således med hensyn til disse to trin, at Afviklingsinstansen gradvist har valgt at frigive summen af de fortrolige oplysninger. Efter 2017 har den ligeledes frigivet de samlede passivers størrelse (eksklusive kapitalgrundlag) for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område, der er nødvendige ved beregningen af det årlige basisbidrag [55], idet den anden sum af fortrolige oplysninger, der anvendes ved beregningen, nemlig summen af de dækkede indskud, allerede blev frigivet (jf. det foregående punkt i dette forslag til afgørelse).

151. På beregningens trin 4, der svarer til diskretiseringsproceduren, nemlig oprettelsen af grupper af institutter, der har en ensartet risikoprofil i forhold til en indikator, idet disse grupper klassificeres fra den laveste til den højeste på grundlag af institutternes oplysninger vedrørende hver enkelt indikator, forekommer en frigivelse af oplysningerne derimod ikke relevant.

[53] Det omtrentlige antal institutter, der er underlagt afpasning efter risikoprofilen.

[54] Det omtrentlige antal institutter i euroområdet, der opkræves et fast bidrag og/eller et bidrag afpasset efter risikoprofilen.

[55] Jf. artikel 70, stk. 1, i forordning nr. 806/2014.

152. Dels gør summen af oplysninger vedrørende en indikator det ikke muligt at give hver enkelt bidragyder en indikator, eftersom dennes klassificering i henhold til denne metode hænger sammen med de øvrige institutters stilling med hensyn til denne indikator. Dels vil en udlevering af oplysninger om de andre institutters positioner kunne svare til en frigivelse af identificerende fortrolige oplysninger og direkte skade fortroligheden af forretningshemmeligheden. Såfremt LBBW's ræsonnement følges, vil frigivelsen af disse oplysninger i realiteten ikke gøre det muligt at kontrollere nøjagtigheden af beregningen fuldt ud, men blot gøre det muligt at kontrollere personoplysninger og den måde, hvorpå de indgår i systemet [56]. En sådan fremgangsmåde vil imidlertid være et direkte angreb mod fortroligheden af forretningshemmeligheder.

153. Hvad angår den af Afviklingsinstansen foreslåede mulighed for, at frigivelse af disse oplysninger forbeholdes Retten og Domstolen, findes der efter min opfattelse to problemer i denne forbindelse: Dels findes der mange tvister om ex ante-bidragene både ved nationale domstole (657 verserende administrative procedurer eller retssager pr. 31.5.2020, dvs. 32 flere end i juni 2019 [57]), og ved EU's retsinstanser (42 verserende sager, heraf 19 vedrørende ex ante-bidragene for 2020, og 1 appel pr. 1.9.2020) [58], dels kan institutternes rådata ikke behandles eller endog verificeres af domstolene, eftersom de savner de nødvendige redskaber, og på grund af den arbejdsbyrde, som en verificering af samtlige datas nøjagtighed ville medføre.

154. Hvorom alting er, gjorde gennemførelsen af dette trin i beregningen for regnskabsåret 2017 det kun muligt for LBBW at få kendskab til, hvor mange grupper der var blevet oprettet for hver enkelt risikoindikator, og hvilken gruppe selskabet tilhørte, uden at det kunne kontrollere, om det tilhørte en gruppe svarende til dets egne tal. Afviklingsinstansen har siden givet oplysninger om det interval, der gælder for hver enkelt gruppe, hvilket som minimum gør det muligt for instituttet at kontrollere, om det befinder sig i den rigtige gruppe.

155. Henset til det ovenstående er det min opfattelse, at Retten ved at fastslå, at bidragyderne skal kunne kontrollere nøjagtigheden af beregningen af deres bidrag, begik en retlig fejl med hensyn til omfanget af den begrundelsespligt, der påhviler Afviklingsinstansen, som medfører en ophævelse af dommen på dette punkt.

156. Jeg er følgelig af den opfattelse, at balancen mellem begrundelsespligten og fortroligheden af forretningshemmeligheder kan respekteres, uden at lovgivningen ændres, såfremt Afviklingsinstansen frigiver følgende oplysninger i selve den omtvistede afgørelse, idet et senere dokument ikke vil kunne afhjælpe en begrundelsesmangel [59]:

– de dækkede indskud for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område

– de samlede passiver (eksklusive kapitalgrundlag) for alle de institutter, der er meddelt tilladelse på alle de deltagende medlemsstaters område

[56] Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2015:754, præmis 140), hvori hun åbner mulighed for at få kendskab til rådata hos sagsøgeren.

[57] Disse procedurer er koncentreret i tre medlemsstater: Forbundsrepublikken Tyskland, Den Italienske Republik og Republikken Østrig.

[58] Jf. Den Europæiske Revisionsrets beretning af 30.11.2020 (i medfør af artikel 92, stk. 4, i forordning (EU) nr. 806/2014) om eventualforpligtelser opstået som følge af Den Fælles Afviklingsinstans', Rådets eller Kommissionens udførelse af deres opgaver i henhold til denne forordning i regnskabsåret 2019 med Den Fælles Afviklingsinstans', Kommissionens og Rådets svar, der findes på følgende adresse:
https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SRB_2019_contingent_liabilities/SRB_2019_contingent_liabilities_DA.pdf (punkt 43 og 44).

[59] Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2015:754, punkt 152-154).

– de samlede årlige bidrag afpasset efter risikoprofilen, og

– intervaller svarende til hver enkelt gruppe af risikoindikatorer.

157. Det er også min opfattelse, at Kommissionen ved at vælge denne beregningsmetode (»et fast mål + en relativ fordeling«) i delegeret forordning 2015/63 gjorde brug af den skønsmargin, som den fik med direktiv 2014/59 og forordning nr. 806/2014. Det kan i denne henseende ikke foreholdes den, at der findes en anden beregningsmetode.

158. LBBW har således anfægtet den uigennemsigtighed, som beregningsmetodens kompleksitet medfører, og den indbyrdes afhængighed af fortrolige oplysninger, der skyldes den risiko for fejl, der kan forekomme, og som ikke kan påvises som følge af de store mængder data, der behandles. LBBW mener omvendt, at en af de metoder, der slås til lyd for i EBA's retningslinjer om metoderne til beregning af bidragene til indskudsgarantiordningerne [60], der er vedtaget i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/49/EU af 16. april 2014 om indskudsgarantiordninger [61], muliggør en større gennemsigtighed, eftersom den ikke afhænger af fortrolige oplysninger om tredjemand, og dermed en bedre begrundelse.

159. I bilag 1, punkt 3, til disse retningslinjer vedrørende metoden med »trancher«, der svarer til grupper, præciseres følgende:

»Trancherne skal afgrænses enten på et relativt eller på et absolut grundlag, såfremt:

– de deltagende medlemmers [separate risikoscore], når der anvendes et relativt grundlag, afhænger af deres relative risikoposition i forhold til de øvrige institutter; i dette tilfælde er institutterne fordelt ligeligt mellem risikotrancherne, hvilket betyder, at institutter med ensartede risikoprofiler kan befinde sig i forskellige trancher

– afgrænsningen af trancherne, når der anvendes et absolut grundlag, bestemmes således, at de afspejler risikoen ved en bestemt indikator; i dette tilfælde kan alle institutterne befinde sig i den samme tranche, hvis de har et ensartet risikoniveau.«

160. Selv når denne metode, der anvender trancher afgrænset på et absolut grundlag, benyttes, beregnes det endelige bidrag ikke desto mindre på grundlag af en sum af fortrolige oplysninger om tredjemand på tidspunktet for den forholdsmæssige afpasning (i opadgående retning, som er valgfri, eller i nedadgående retning, der er obligatorisk) af bidragene med henblik på at nå frem til højst 12,5% af det årlige målniveau [62], hvilket ligeledes udgør en hindring for, at beregningen af bidraget kan kontrolleres, som Retten har krævet.

161. Den omstændighed, at der findes en beregningsmetode, der i sidste ende ligeledes er baseret på fortrolige oplysninger om tredjemand, er således ikke tilstrækkelig til at så tvivl om Kommissionens frihed til at vælge en anden beregningsmetode, for så vidt som den valgte metode opfylder visse betingelser med hensyn til gennemsigtighed, der er nævnt ovenfor [63].

[60] Findes på følgende internetadresse: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1199246/a13a31e2-3633-467e-a38c-69d023e696d3/EBA-GL-2015-10_GL%20on%20Calculation%20of%20Contributions%20DGS_FR.pdf?retry=1. Jf. navnlig bilag 1 med overskriften »Méthodes de calcul des pondérations des risques agrégées (ARW) et de définition des classes de risques« (Metoder til beregning af samlede risikovægte (ARW) og afgrænsning af risikoklasser), punkt 3.

[61] EUT 2014, L 173, s. 149.

[62] Jf. punkt 43 og 44 og tekstboks 2 i de i fodnote 60 i dette forslag til afgørelse nævnte retningslinjer (s. 12 ff.).

[63] Jf. punkt 156 i dette forslag til afgørelse.

162. Eftersom Afviklingsinstansen frivilligt har opfyldt disse betingelser, uden at lovgivningen er blevet ændret, forekommer det ikke nødvendigt at ændre den retlige ramme, således som det er fastsat ved delegeret forordning 2015/63.

163. Ved at fastslå, at visse bestemmelser i denne delegerede forordning vedrørende beregningsmetoden var ulovlige, har Retten følgelig begået en retlig fejl, og den appellerede dom bør ligeledes ophæves på dette punkt.

VII. Søgsmålet i første instans

164. Selv om Domstolen følger mit ræsonnement og ophæver den appellerede dom, bør muligheden for at træffe afgørelse i sagen undersøges. I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen således, når den ophæver den af Retten trufne afgørelse, enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

165. I den foreliggende sag er sagen efter min opfattelse moden til påkendelse, både for så vidt angår bekræftelsen af autenticiteten af bilaget til den omtvistede afgørelse og for så vidt angår begrundelsen for denne afgørelse og ulovlighedsindsigelsen.

166. Med hensyn til bekræftelsen af autenticiteten af dette bilag er det kun bedømmelsen af de beviser, der er fremlagt vedrørende dette spørgsmål, der behandles af Domstolen. Desuden kan denne overtagelse af behandlingen af tvisten på grundlag af en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet ikke bevirke, at der sås tvivl om Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder, bortset fra når der er begået en retlig fejl, hvilket der ikke er ført bevis for i den foreliggende sag. Domstolen kan kun træffe afgørelse i sagen vedrørende nye elementer, hvis de kan antages, som er blevet bragt til Rettens og Domstolens kendskab efter anbringendet, der blev påkendt af egen drift.

167. Indebærer Rettens tilsidesættelse af dette princip, at der i forbindelse med retsforhandlingerne under Domstolens fornyede behandling af sagen skal tages hensyn dels til det argument, der blev fremsat i retsmødet for Retten, og som er gengivet i appellen, om at den omtvistede afgørelse og bilaget hertil skal indarbejdes i ARES, dels til de bilag, der er blevet fremlagt i forbindelse med appellen (nye udgaver af tre sagsakter, der blev fremlagt under den skriftlige forhandling for Retten, og en ny sagsakt)?

168. Artikel 85 i Rettens procesreglement, således som den er fortolket i retspraksis[64], finder anvendelse på fremlæggelsen af nye sagsakter til støtte for en appel med påstand om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet som i den foreliggende sag.

169. Domstolen har fået forelagt nye udgaver af den omtvistede afgørelse og bilaget hertil samt af følgesedlen og en ny sagsakt bestående i et skærmprint fra ARES, der kan behandles i forbindelse med overtagelsen af behandlingen af tvisten.

170. Det fremgår af en undersøgelse af skærmprintet fra ARES, at der den 11. april 2017 indgik en pdf-fil i systemet med den omtvistede afgørelses nummer og en Excel-fil med titlen »annexe I […]«, dernæst nævnes den 12. maj 2017 en underskrift fra formanden for Afviklingsinstansen,

[64] Jf. navnlig dom af 5.3.2019, Pethke mod EUIPO (T-169/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:135, præmis 43).

der resulterede i en registrering i ARES og tildeling af et ARES-nummer den 13. juni 2017. Dette ARES-nummer og datoen den 13. juni 2017 er angivet på de nye udgaver af den omtvistede afgørelse og bilaget hertil, der er forelagt for Domstolen.

171. Selv om disse akter for første gang kan etablere en forbindelse mellem bilaget til den omtvistede afgørelse og selve afgørelsen, skal det imidlertid anføres, dels at en underskrift fra Afviklingsinstansens formand kun blev nævnt den 12. maj 2017 og svarede til lukningen af sagen i ARES, mens følgesedlen blev underskrevet manuelt den 11. april 2017, dels at registreringen med tildeling af et ARES-nummer først fandt sted den 13. juni 2017, dvs. efter underretningen af de nationale afviklingsmyndigheder og de bidragydende institutter. Beviset på en uløselig sammenhæng mellem dette bilag og nævnte afgørelse blev således først fremlagt på en dato, der ligger to måneder efter vedtagelsen af den omtvistede afgørelse.

172. Denne frist er efter min opfattelse så meget desto mere problematisk, som filen med bilaget til den omtvistede afgørelse findes i et filformat, der let vil kunne ændres, uden at det kan spores, til forskel fra en tekst, hvor en anomali kan spores, når den læses. Desuden er denne fil ikke tidsstemplet, mens det af svarene på de af Retten anordnede foranstaltninger til sagens oplysning fremgår, at der har eksisteret to versioner af det dokument, der var blevet fremsendt til Afviklingsinstansens eksekutivmøde. Det valgte filformat såvel som den forsinkede registrering indebærer således problemer med hensyn til retssikkerhed og bekræftelse af autenticiteten af dette bilags indhold.

173. Henset til den nærmere fremgangsmåde i forbindelse med afgørelsen (elektronisk fjernafstemning) og den manglende meddelelse af bilaget til den omtvistede afgørelse til de bidragydende institutter burde den krævede retssikkerhed efter min opfattelse have været højere, og de nærmere enkeltheder i den foreliggende sag er ikke tilstrækkelige til at bekræfte autenticiteten af dette bilag.

174. Det er således min opfattelse, at den omtvistede afgørelse derfor bør annulleres for så vidt angår LBBW.

175. Med hensyn til begrundelsen for den omtvistede afgørelse mener jeg ikke, at begrundelsespligten er blevet overholdt som følge af de manglende bestemmelser om gennemsigtigheden, der er beskrevet nærmere i punkt 156 i dette forslag til afgørelse vedrørende dataene og inddelingen af risikogrupperne.

176. Denne tilsidesættelse af artikel 296 TEUF og af chartrets artikel 41, stk. 2, litra c), bør medføre en annullation af den omtvistede afgørelse for så vidt angår LBBW.

177. Med hensyn til ulovlighedsindsigelsen mod visse bestemmelser i delegeret forordning 2015/63 fremgår det af betragtningerne i punkt 137-163 i dette forslag til afgørelse, at den kan forkastes.

178. For så vidt som jeg foreslår, at den omtvistede afgørelse annulleres, er det ufornødent at undersøge de øvrige klagepunkter, der blev fremført for Retten.

VIII. Opretholdelse af den omtvistede afgørelses virkninger

179. Såfremt Domstolen annullerer den omtvistede afgørelse for så vidt angår LBBW, skal det fremhæves, at Domstolen i henhold til artikel 264, stk. 2, TEUF, dersom den skønner det nødvendigt, angiver, hvilke af den annullerede retsakts virkninger der skal betragtes som bestående.

180. Selv om det fremgår af appelsagen i den foreliggende sag, at den omtvistede afgørelse er blevet truffet under en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, fremgår det derimod ikke, at der er begået en fejl, som berører denne akts overensstemmelse med delegeret forordning 2015/63.

181. Det ville derfor ikke alene kunne underminere denne gennemførelse, men ligeledes påvirke retssikkerheden, såfremt den omtvistede afgørelse blev annulleret, uden at dens virkninger blev opretholdt, indtil den blev erstattet af en ny retsakt.

182. Under disse omstændigheder foreslår jeg Domstolen, at den fastslår, at virkningerne af den omtvistede afgørelse opretholdes, indtil den bliver erstattet af en ny retsakt og senest inden for en frist på seks måneder fra datoen for afsigelse af den kommende dom.

IX. Sagsomkostninger

183. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

184. Da LBBW har nedlagt påstand om, at Afviklingsinstansen betaler sagsomkostningerne, og Afviklingsinstansen har tabt sagen, bør det pålægges denne at bære sine egne sagsomkostninger i tilknytning til sagen for Retten og sagerne for Domstolen og at betale de sagsomkostninger, som LBBW har afholdt.

185. I henhold til artikel 140, stk. 1, i Domstolens procesreglement, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, bærer de medlemsstater og institutioner, som er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger.

186. Følgelig bærer Fédération bancaire française, Kongeriget Spanien og Kommissionen som intervenienter i tvisterne deres egne omkostninger i tilknytning til sagen for Domstolen i de to appelsager og for Kommissionens vedkommende ligeledes omkostningerne i tilknytning til sagen for Retten.

X. Forslag til afgørelse

187. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen følgende:

»1) Den Europæiske Unions Rets dom af 23. september 2020, Landesbank Baden-Württemberg mod Afviklingsinstansen (T-411/17, EU:T:2020:435), ophæves.

2) Afviklingsinstansens afgørelse om beregning af ex ante-bidrag for 2017 til Den Fælles Afviklingsfond (SRB/ES/SRF/2017/05) truffet på eksekutivmødet den 11. april 2017 annulleres for så vidt angår Landesbank Baden-Württemberg.

3) Virkningerne af afgørelse SRB/ES/SRF/2017/05 opretholdes, for så vidt som denne afgørelse angår Landesbank Baden-Württemberg, indtil den bliver erstattet af en ny retsakt og senest inden for en frist på seks måneder fra datoen for afsigelse af den kommende dom.

4) Afviklingsinstansen bærer sine egne sagsomkostninger ved Retten og Domstolen og betaler de af Landesbank Baden-Württemberg afholdte sagsomkostninger for Retten og Domstolen.

5) Fédération bancaire française, Kongeriget Spanien og Europa-Kommissionen bærer som intervenienter i tvisterne hver deres egne sagsomkostninger i tilknytning til sagen for Domstolen i de to appelsager og for Kommissionens vedkommende ligeledes sagsomkostningerne i tilknytning til sagen for Retten.«

[i] – Der er foretaget rettelse i præmis 17 efter den oprindelige offentliggørelse af teksten.