Jurisprudentie

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

Zaak C-535/22 P

Aeris Invest Sàrl
tegen
Europese Commissie,

Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR)

„Hogere voorziening – Economisch en monetair beleid – Bankenunie – Gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme – Verordening (EU) nr. 806/2014– Artikel 18 – Afwikkelingsvoorwaarden – Artikel 15 – Afwikkelingsdoelstellingen – Artikel 22 – Algemene beginselen van afwikkelingsinstrumenten – Artikel 296 VWEU – Motiveringsplicht – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Beroep tot nietigverklaring en beroep tot schadevergoeding – Afwikkeling van Banco Popular"

I. Inleiding

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

2. Rekwirante, Aeris Invest Sàrl, is een rechtspersoon naar Luxemburgs recht die vóór de vaststelling van de afwikkelingsregeling[3] voor Banco Popular aandeelhouder van die bank was. Bij het Gerecht zijn meer dan 100 rechtstreekse beroepen ingesteld door natuurlijke en rechtspersonen die kapitaal in die bank bezaten vóór de afwikkeling van Banco Popular op 7 juni 2017.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

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

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

3. Met haar beroep bij het Gerecht is Aeris Invest opgekomen tegen de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit wegens een aantal gestelde fouten en heeft zij de geldigheid van een aantal bepalingen van de GAM-verordening ter discussie gesteld. Het beroep is ongegrond verklaard bij arrest van 1 juni 2022, Aeris Invest/Commissie en GAR (T-628/17, EU:T:2022:315; hierna: „bestreden arrest").

4. Parallel aan de onderhavige hogere voorziening is er nog een andere hogere voorziening aanhangig, namelijk in zaak C-541/22 P, García Fernández e.a./Commissie en GAR[4], waarmee wordt opgekomen tegen het parallelle arrest van het Gerecht over dezelfde afwikkelingsregeling (hierna: „parallelle hogere voorziening"). De aangevoerde argumenten overlappen elkaar aanzienlijk. Mijn conclusie in die hogere voorziening wordt op dezelfde dag genomen (hierna: „parallelle conclusie") en die twee conclusies moeten tezamen worden gelezen.

5. Gelet op de in de punten 5 tot en met 7 van de parallelle conclusie uiteengezette toetsingsmaatstaf, zal ik het Hof in overweging geven om de twee bestreden arresten te bevestigen.

II. Feitelijke achtergrond van de procedure bij het Gerecht

6. De voor de onderhavige hogere voorziening relevante feiten, die in de punten 25 tot en met 83 van het bestreden arrest nader zijn uiteengezet, zijn identiek aan die van de parallelle conclusie. Ik verwijs de lezer daarom naar de punten 9 tot en met 24 van die conclusie.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

7. Met haar op 18 september 2017 bij het Gerecht ingestelde beroep heeft Aeris Invest nietigverklaring van de afwikkelingsregeling en het goedkeuringsbesluit gevorderd.

8. Op 6 augustus 2018 zijn het Koninkrijk Spanje, het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie toegelaten tot interventie en op 12 april 2019 Banco Santander. Zij hebben allemaal geïntervenieerd aan de zijde van de Commissie en de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR).

9. Bij beschikking van 12 mei 2021 heeft het Gerecht de GAR gelast tot overlegging van de volledige versies van de afwikkelingsregeling, de tweede waardering, de door de Europese Centrale Bank (ECB) op 6 juni 2017 verrichte beoordeling van het falen of waarschijnlijke falen, de brief van Banco Popular aan de ECB van 6 juni 2017, met inbegrip van de bijlage bij die brief, en de brief van de ECB aan Banco Popular van 18 mei 2017.

10. Bij beschikking van 9 juni 2021 heeft het Gerecht na onderzoek van die documenten geoordeeld dat ze voor de beslechting van het geding niet relevant waren, de vertrouwelijke versies ervan uit het dossier verwijderd en de brief van Banco Popular aan de ECB van 6 juni 2017, zonder de bijlage erbij, toegezonden aan rekwirante (verzoekster in eerste aanleg), de Commissie, het Koninkrijk Spanje, het Parlement, de Raad en Banco Santander.

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

[4] Waarmee wordt opgekomen tegen het arrest van 1 juni 2022, Eleveté Invest Group e.a./Commissie en GAR (T-523/17, EU:T:2022:313; hierna: „parallel bestreden arrest").

IV. Procedure bij het Hof

12. Met haar hogere voorziening, ingesteld op 9 augustus 2022, verzoekt Aeris Invest het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen en overeenkomstig de vordering van verzoekster in eerste aanleg voor het Gerecht:

  – de afwikkelingsregeling van de GAR nietig te verklaren,

  – het goedkeuringsbesluit nietig te verklaren, en

  – de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening buiten toepassing te verklaren overeenkomstig artikel 277 VWEU;

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

– subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en in dat geval de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

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

– de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

– rekwirante te verwijzen in de kosten.

14. De Raad verzoekt het Hof daarnaast om:

– indien het het bestreden arrest vernietigt en overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het beroep beslist, de exceptie van onwettigheid van de artikelen 15, 18, 20, 21, 22 en 24 van de GAM-verordening te verwerpen.

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

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

V. Analyse

16. Rekwirante voert in hogere voorziening acht middelen aan. Met het eerste middel in hogere voorziening betoogt zij dat het Gerecht artikel 18 van de GAM-verordening heeft geschonden en zijn zorgvuldigheids- en motiveringsplicht niet is nagekomen. Volgens het tweede middel heeft het Gerecht de artikelen 14 en 20 van de GAM-verordening en artikel 296 VWEU geschonden en is het zijn zorgvuldigheidsplicht niet nagekomen. Met het derde middel wordt gesteld dat het

Gerecht zijn zorgvuldigheidsplicht niet is nagekomen, alsmede de artikelen 17 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en artikel 14 van de GAM-verordening heeft geschonden. Met het vierde middel wordt aangevoerd dat het Gerecht artikel 296 VWEU en de rechten van de verdediging als bedoeld in artikel 47 van het Handvest heeft geschonden. Met het vijfde middel wordt gesteld dat het Gerecht artikel 296 VWEU en de rechten van de verdediging als bedoeld in artikel 47 van het Handvest heeft geschonden met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de afwikkelingsregeling en de tweede waardering. Met het zesde middel wordt betoogd dat het Gerecht door afwijzing van rekwirantes verzoek om documenten artikel 47 van het Handvest en artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) heeft geschonden. Met het zevende middel wordt aangevoerd dat het Gerecht door verwerping van de exceptie van onwettigheid van de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening de artikelen 17 en 52 van het Handvest heeft geschonden omdat deze een onevenredige inmenging in het eigendomsrecht inhouden. Met het achtste middel wordt gesteld dat het Gerecht de artikelen 17 en 52 van het Handvest en artikel 5, lid 4, VEU heeft geschonden.

17. Een aantal van de middelen van de onderhavige hogere voorziening worden tevens in de parallelle hogere voorziening aangevoerd. Gelet op de onderlinge samenhang zal ik de onderhavige conclusie opsplitsen in twee delen: in deel A zal ik de middelen bespreken die de twee hogere voorzieningen gemeen hebben, en in deel B zal ik de middelen behandelen die eigen zijn aan de onderhavige hogere voorziening.

A. Middelen die de zaken C-535/22 P en C-541/22 P gemeen hebben

18. Beide hogere voorzieningen hebben twee kwesties gemeen. De eerste betreft artikel 18 van de GAM-verordening [5] en wordt behandeld in deel 1.

19. De tweede kwestie die in beide hogere voorzieningen aan de orde is, betreft de stelling dat het Gerecht de motiveringsplicht niet is nagekomen en artikel 47 van het Handvest heeft geschonden. [6] Die grieven zal ik bespreken in deel 2.

1. Artikel 18 van de GAM-verordening

a) Artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening

20. Rekwirante betoogt met haar eerste middel in hogere voorziening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting [7] door vast te stellen dat een bank vanwege liquiditeitsproblemen kan worden geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen, aangezien de bank, ondanks dat zij met liquiditeitsproblemen werd geconfronteerd, solvent was. In de parallelle hogere voorziening voeren rekwiranten in het eerste onderdeel van het eerste middel ook aan dat het Gerecht ten onrechte van oordeel was dat voor de vaststelling dat een bank faalt of waarschijnlijk zal falen geen insolventie is vereist.

[5] Die grieven maken deel uit van het eerste middel in zaak C-535/22 P en van het eerste middel in zaak C-541/22 P.

[6] Die grieven maken deel uit van het vierde, het vijfde en het zesde middel in zaak C-535/22 P en van het vijfde en het zesde onderdeel van het tweede middel in zaak C-541/22 P.

[7] Bestreden arrest, punten 275-304.

21. Voorts wordt door rekwiranten in de parallelle hogere voorziening nog betoogd dat het Gerecht zich wat betreft de noodzaak tot toekenning van noodliquiditeitssteun (hierna: „NLS") aan Banco Popular ten onrechte bij de passieve houding van de GAR heeft neergelegd, aangezien laatstgenoemde een zorgvuldigheidsplicht heeft en er onder meer voor moet zorgen dat NLS wordt toegekend alvorens de bank faalt of waarschijnlijk zal falen. [8]

22. Wat de eerste grief betreft, worden volgens beide bestreden arresten de voorwaarden voor vaststelling van het falen of waarschijnlijke falen nader geregeld in artikel 18, lid 4, van de GAM-verordening [9] en vereisen zij niet dat een bank insolvent is. Evenmin sluiten deze voorwaarden uit dat falen of waarschijnlijk falen wordt vastgesteld wanneer een bank niet-tijdelijke liquiditeitsproblemen ondervindt.

23. Voorts heeft het Gerecht de verschillende bronnen en verklaringen onderzocht op basis waarvan de ECB (in haar beoordeling van de faling of waarschijnlijke faling) en de GAR (in de afwikkelingsregeling) voldeden aan artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening, hetgeen het geval was gelet op de acute liquiditeitsproblemen van Banco Popular.

24. Het ging daarbij onder meer om het jaarverslag van Banco Popular over 2016, de verlagingen van de rating van Banco Popular door verschillende ratingbureaus, de negatieve berichtgeving in de media, de liquiditeitsdekking van de bank (die was gedaald onder de minimumdrempel van 80 %), de EBA-richtsnoeren [10] waarin de voorwaarden ter beoordeling van falen of waarschijnlijk falen worden gesteld, en de brief van de raad van bestuur van Banco Popular zelf. [11]

25. Het Gerecht verwijst naar overweging 57 van de GAM-verordening, volgens welke een afwikkelingbesluit moet zijn vastgesteld voordat de entiteit insolvent wordt en alle aandelenkapitaal volledig is weggevaagd. Het is dus terecht tot de slotsom gekomen dat insolventie niet het enige geval is waarin tot afwikkeling kan worden besloten. [12]

26. Uit niets in de tekst van de GAM-verordening of de EBA-richtsnoeren kan worden afgeleid dat niet-tijdelijke liquiditeitsproblemen niet tot de vaststelling van een faling of waarschijnlijke faling kunnen leiden. Derhalve heeft het Gerecht artikel 18, leden 1 en 4, van de GAM-verordening juist uitgelegd en is het op goede gronden tot de slotsom gekomen dat de vaststelling dat Banco Popular faalde of waarschijnlijk zou falen, voldeed aan de voorwaarde van artikel 18, lid 4, onder c), van de GAM-verordening, volgens welke „de entiteit […] niet in staat [is] of er […] objectieve elementen [bestaan] ter ondersteuning van de vaststelling dat de entiteit in de nabije toekomst niet in staat zal zijn haar schulden of andere passiva te betalen wanneer deze opeisbaar worden".

27. Wat de tweede grief betreft, betogen rekwiranten in de parallelle hogere voorziening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de vaststelling dat de GAR niet tot het falen van Banco Popular had bijgedragen. Zij stellen dat het Gerecht ten onrechte heeft

8 Parallel bestreden arrest, punten 118-177.

9 Bestreden arrest, punt 288; parallel bestreden arrest, punt 130.

10 Richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit (EBA) van 6 augustus 2015 inzake de uitlegging van de verschillende omstandigheden waaronder een instelling beschouwd wordt als een instelling die faalt of waarschijnlijk gaat falen, overeenkomstig artikel 32, lid 6, van richtlijn 2014/59/EU (EBA/GL/2015/07).

11 Bestreden arrest, punten 291, 292, 297 en 298. Zie ook parallel bestreden arrest, punten 118-145.

12 Bestreden arrest, punt 286; parallel bestreden arrest, punt 132.

geoordeeld dat de oorzaken van het falen of waarschijnlijke falen van een bank losstaan van de vaststelling of de afwikkeling voldeed aan de vereisten van artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening. [13]

28. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening betogen dat de GAR er volgens overweging 52 van de GAM-verordening [14] voor moet zorgen dat een bank NLS ontvangt voordat een afwikkelingsbesluit wordt vastgesteld. In antwoord daarop heeft het Gerecht dat argument mijns inziens terecht verworpen door te verklaren dat NLS behoort tot de bevoegdheid van de nationale centrale banken. [15] Zoals de Commissie en de GAR in hun schriftelijke opmerkingen immers terecht hebben aangegeven, kan overweging 52 van de GAM-verordening niet worden gelezen als een rechtsgrondslag voor de vaststelling van een verplichting om „de bank te redden" alvorens tot afwikkeling te beslissen.

29. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening betogen dat het Gerecht het beginsel nemo auditur propriam turpitudinem allegans heeft geschonden, volgens hetwelk iemand zich niet op zijn eigen onrechtmatige gedrag kan beroepen om een voordeel te verkrijgen. [16] In dat verband stellen zij dat het Gerecht het beginsel van behoorlijk bestuur ten onrechte heeft losgekoppeld van de wettigheid van de afwikkelingsregeling. [17]

30. Mijns inziens heeft het Gerecht terecht gefocust op de taken van de GAR uit hoofde van de GAM-verordening en op de daarin gestelde voorwaarden voor de vaststelling van een afwikkelingsbesluit als bedoeld in artikel 18, lid 1, ervan. Het heeft zich ook niet vergist door op het gestelde wangedrag van de GAR in te gaan in het kader van de vordering tot schadevergoeding van rekwiranten in de parallelle hogere voorziening, veeleer dan in samenhang met de rechtmatigheid van de afwikkelingsregeling. [18]

31. Kortom, ik ben van mening dat het Hof alle grieven met betrekking tot artikel 18, lid 1, onder a), van de GAM-verordening dient af te wijzen.

b) Artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening

32. In de eerste plaats betoogt Aeris Invest dat er alternatieve maatregelen voor de afwikkeling waren en dat het Gerecht derhalve artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening onjuist heeft uitgelegd. [19] Zij verwijt het Gerecht met name dat de GAR volgens die rechter niet gedetailleerd en onpartijdig hoefde te onderzoeken waarom er geen extra NLS aan Banco

[13] Parallel bestreden arrest, punt 166.

[14] „Het GAM moet gebaseerd zijn op de kaders van verordening (EU) nr. 1024/2013 [van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63)] en van richtlijn 2014/59/EU [van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PB 2014, L 173, blz. 190)]. De [GAR] moet derhalve de bevoegdheid krijgen om bij een verslechtering van de financiële situatie of de solvabiliteit van een entiteit in een vroeg stadium in te grijpen. De informatie die de [GAR] in deze fase van de nationale afwikkelingsautoriteiten of van de ECB ontvangt, is van groot belang voor de bepaling van de mogelijke maatregelen die hij ter voorbereiding van de afwikkeling van de betrokken entiteit neemt."

[15] Parallel bestreden arrest, punt 175.

[16] Parallel bestreden arrest, punten 167 en 168.

[17] Bestreden arrest, punt 173.

[18] Ik zal de grief inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie behandelen in de parallelle conclusie, als onderdeel van het vierde middel van de parallelle hogere voorziening (punten 63-87).

[19] Dit middel ziet op het bestreden arrest, punten 305-327.

Popular was toegekend. Evenzo betogen rekwiranten in de parallelle hogere voorziening dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen, het bewijsmateriaal verkeerd heeft beoordeeld en artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening onjuist heeft uitgelegd. [20]

33. Het Gerecht onderzocht (i) het feit dat de GAR rekening had gehouden met aan Banco Popular toegekende NLS; (ii) de goedkeuring daarvan door de ECB, en (iii) het ontbreken van enig effect van dergelijke steun op de „uitputting van de liquide middelen van Banco Popular". [21] Tevens heeft het de tussen de ECB en de Banco de España (Spaanse centrale bank) met betrekking tot de NLS gevoerde briefwisseling onderzocht, waaruit volgens het Gerecht bleek hoe snel de situatie van Banco Popular was verslechterd. [22] Het Gerecht heeft ook verwezen naar de vaststelling van de ECB dat Banco Popular, zelfs indien NLS op 5 juni 2017 zou zijn goedgekeurd, haar verplichtingen niet uiterlijk op 7 juni 2017 had kunnen nakomen. [23] Ten slotte oordeelde het Gerecht dat het verstrekken van NLS geen taak is die op de GAR rust krachtens de GAM-verordening. [24]

34. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht de verplichtingen die uit hoofde van artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening op de GAR rusten, aan een correcte toetsing heeft onderworpen.

35. In de tweede plaats debatteert rekwirante over de bedragen die haars inziens daadwerkelijk als NLS beschikbaar waren, zonder dat zij evenwel aanvoert dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening betwisten ook de manier waarop het Gerecht het bewijs heeft beoordeeld met betrekking tot het NLS-bedrag dat had kunnen worden toegekend, de kapitaalverhoging, de afsplitsing van activa, de onderhandse verkoop aan een derde en de mogelijke staatssteun en gebruikmaking van het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (hierna: „GAF").

36. Deze argumenten zijn mijns inziens niet-ontvankelijk aangezien het Hof niet bevoegd is om de feiten vast te stellen of bewijsmateriaal te onderzoeken, tenzij rekwiranten betogen dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat en een dergelijke onjuiste opvatting duidelijk uit de processtukken blijkt. [25]

37. Bovendien moet de partij die aanvoert dat bewijzen onjuist zijn opgevat, precies aangeven welke bewijzen volgens hem onjuist zijn opgevat en welke fouten in de analyse het Gerecht tot die onjuiste opvatting hebben gebracht. [26]

38. Rekwiranten in beide hogere voorzieningen beperken zich tot het herhalen van de voor het Gerecht aangevoerde feiten, zonder aan te tonen dat het Gerecht de bewijzen onjuist heeft opgevat.

[20] Dit betoog ziet op het parallelle bestreden arrest, punten 178-231.

[21] Bestreden arrest, punt 308.

[22] Ibidem, punt 310.

[23] Bestreden arrest, punt 308; parallel bestreden arrest, punt 184.

[24] Het Gerecht onderzocht daarentegen de documenten waarop de GAR zich had gebaseerd voor de vaststelling dat er voor afwikkeling geen alternatief mogelijk was (de goedgekeurde extra NLS, die de situatie niet kon verhelpen, en het ontbreken van extra NLS door de Banco de España). Bestreden arrest, punten 314 en 315.

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

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

39. Gelet op het voorgaande moeten de door rekwiranten met betrekking tot artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening aangevoerde argumenten, voor zover zij ontvankelijk zijn, worden verworpen.

c) Artikel 18, lid 1, onder c), van de GAM-verordening

40. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening betogen – met het derde onderdeel van hun eerste middel – ten eerste dat het Gerecht de manier waarop belangen op grond van artikel 18, lid 1, onder c), en artikel 14, lid 2, van de GAM-verordening moeten worden afgewogen, onjuist heeft uitgelegd.

41. Ten tweede stellen zij dat het Gerecht ten onrechte heeft vastgesteld dat de behandeling van Italiaanse banken die faalden of waarschijnlijk zouden falen, doch niet waren afgewikkeld, niet discriminerend was. [27]

42. Ten derde stellen zij de beslissing van het Gerecht ter discussie waarbij de nieuwe argumenten niet-ontvankelijk zijn verklaard op grond dat ze in de procedure in eerste aanleg te laat waren aangevoerd. [28]

43. Wat het eerste argument betreft, betogen rekwiranten in de parallelle hogere voorziening dat de GAR en de Commissie het algemene belang hadden moeten afwegen tegen het belang van de aandeelhouders.

44. Het Gerecht heeft bij de naar mijn mening terechte verwerping van dat argument, in punt 246 van het parallelle bestreden arrest verklaard dat voor het besluit omtrent het algemene belang bij de afwikkeling overeenkomstig artikel 14, lid 2, van de GAM-verordening niet enkel de belangen van de aandeelhouders van de bank een rol spelen, maar ook die van haar deposanten, werknemers en overige crediteuren. Voorts heeft het Gerecht een analyse gemaakt van de voordelen [29] die de verliezen van de aandeelhouders van Banco Popular compenseren in vergelijking met de situatie waarin de bank zou zijn geliquideerd onder een normale insolventieprocedure.

45. Wat het tweede argument betreft, heeft het Gerecht mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat de niet-afwikkeling van Italiaanse banken geen vergelijkbare situatie was die kon leiden tot discriminatie. Het Gerecht heeft terecht verwezen naar het feit dat die banken volgens de GAR geen kritieke functies vervulden en dat hun liquidatie (in vergelijking met de afwikkeling ervan) geen significante nadelige gevolgen zou hebben voor de financiële stabiliteit. Het Gerecht heeft ook terecht aangegeven dat de situatie moest worden vergeleken met een bank die ook is afgewikkeld.

46. Ten slotte ben ik van mening dat het Gerecht de nieuwe argumenten van rekwiranten in de parallelle hogere voorziening terecht heeft afgewezen vanwege de late toevoeging ervan. In punt 261 van het parallelle bestreden arrest heeft het Gerecht uiteengezet dat verzoekers in

[27] Parallel bestreden arrest, punt 254.

[28] Die gestelde fouten zijn vervat in het parallelle bestreden arrest, punten 243-247, 254 en 261.

[29] Te weten in de vorm van het behoud van kritieke functies, een beperking van de negatieve gevolgen voor de economie en de financiële stabiliteit, alsook het vermijden van verliezen voor crediteuren. Parallel bestreden arrest, punt 247.

eerste aanleg een argument inzake artikel 24 van de GAM-verordening te laat hadden aangevoerd, waarbij zij dit hadden gerechtvaardigd door te verklaren dat de documenten bij het instellen van het beroep niet beschikbaar waren.

47. Zoals het Gerecht evenwel heeft opgemerkt, hebben de documenten betrekking op feiten die verzoekers in eerste aanleg bekend waren, zodat de late toevoeging van nieuwe argumenten niet berustte op feitelijke of juridische gegevens waarvan verzoekers in eerste aanleg geen kennis hadden.

48. Ik geef het Hof derhalve in overweging om de argumenten die rekwiranten in de parallelle hogere voorziening met betrekking tot artikel 18, lid 1, onder c), van de GAM-verordening hebben aangevoerd, ongegrond te verklaren.

2. Motiveringsplicht en artikel 47 van het Handvest

49. Met het vierde, het vijfde en het zesde middel van de onderhavige hogere voorziening en met het vijfde en het zesde onderdeel van het tweede middel van de parallelle hogere voorziening betogen rekwiranten dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen en artikel 47 van het Handvest heeft geschonden met betrekking tot, ten eerste, de afwikkelingsregeling en de tweede waardering en, ten tweede, de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten in de afwikkelingsregeling en de beslissing van het Gerecht om in eerste aanleg geen maatregelen van instructie te gelasten.

50. Welke verplichtingen moet het Hof in het kader van de motiveringsplicht van het Gerecht toetsen?

51. Het Hof heeft geoordeeld dat „de motivering van het arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking [moet] doen komen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn controle kan uitoefenen”.[30] Dit betekent nochtans niet dat het Gerecht alle door partijen in het geding aangevoerde argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen, zodat zijn motivering impliciet mag zijn, mits „de belanghebbenden eruit kunnen opmaken waarom het Gerecht hun argumentatie niet heeft gevolgd, en het Hof er voldoende aanknopingspunten in kan vinden om zijn toezicht uit te oefenen”.[31]

52. He Hof heeft vastgesteld dat „[d]e mate van nauwkeurigheid waarmee een [besluit] moet worden gemotiveerd, [afhangt] van de praktische mogelijkheden en de technische omstandigheden en van de termijn waarbinnen [het] tot stand moet komen”.[32]

53. Het Hof dient in het kader van de onderhavige hogere voorziening derhalve na te gaan of het Gerecht de redenen voor zijn beslissing omtrent de middelen in eerste aanleg afdoende heeft uiteengezet.

30 Arrest van 19 december 2019, HK/Commissie (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 Arrest van 18 januari 2024, Jenkinson/Raad e.a. (C-46/22 P, EU:C:2024:50, punt 131).

32 Arrest van 6 november 2012, Éditions Odile Jacob/Commissie (C-551/10 P, EU:C:2012:681, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

a) Waarderingen en afwikkelingsregeling

54. Rekwirante voert met haar vierde middel in hogere voorziening aan dat het Gerecht bij de toetsing van de afwikkelingsregeling een ontoereikende en tegenstrijdige motivering heeft gegeven, in het bijzonder ten aanzien van de in de afwikkelingsregeling opgenomen tweede waardering [33] en de overwegingen 23, 24 en 26 van de afwikkelingsregeling betreffende de ernst van de liquiditeitsproblemen van Banco Popular. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening betogen met het zesde onderdeel van hun tweede middel dat het Gerecht de motiveringsplicht van de GAR heeft overgenomen.

55. Hieraan moet worden toegevoegd dat rekwirante in de onderhavige hogere voorziening de feiten [34], die het Gerecht als bewezen heeft beschouwd, ter discussie stelt, zonder aan te voeren dat het Gerecht die feiten onjuist heeft opgevat. [35] Bovendien is een betoog niet-ontvankelijk wanneer in „een hogere voorziening […] slechts de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten letterlijk worden herhaald, waaronder die welke steunden op feiten die door het Gerecht uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen […]. Een dergelijke hogere voorziening beoogt immers in werkelijkheid slechts een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingestelde beroep, iets waartoe het Hof niet bevoegd is". [36]

56. Het vierde middel in hogere voorziening vormt naar mijn mening een loutere herhaling van de in eerste aanleg aangevoerde argumenten, zonder dat wordt ingegaan op de argumenten van het Gerecht. Voor zover het gaat om die feitelijke beweringen, dient het Hof ze derhalve niet-ontvankelijk te verklaren.

57. Mocht het Hof het daarmee niet eens zijn, moet dit middel mijns inziens ongegrond worden verklaard. Het Gerecht heeft bij het bestreden arrest geoordeeld dat er geen sprake was van tegenstrijdigheden in de vaststellingen in de tweede waardering, aangezien deze vaststellingen verschillende doeleinden dienden: de vaststelling door de GAR dat Banco Popular solvent was, is een uitdrukking van de boekwaarde van de bank, terwijl de verschillende schattingen van de waarde van de bank [37] de marktwaarde ervan weergeven.

58. De boekwaarde kan het gemakkelijkst worden omschreven als de waarde van de onderneming zoals die is opgenomen op de balans. De marktwaarde is de actuele prijs die voor de bank zou worden betaald op de markt. [38] Gelet op die uitleg ben ik van mening dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat de verwijzing in de tweede waardering naar de solventie van Banco Popular niet in tegenspraak was met het feit dat haar marktwaarde daarin in het slechtste geval op -8,2 miljard EUR werd geschat.

33 Voor de uiteenzetting van de verschillende waarderingen, zie punten 16, 19 en 23 van de parallelle conclusie.

34 Het gaat hierbij om de bedragen in de eerste en de tweede waardering.

35 Zie de in de voetnoten 25 en 26 hierboven aangehaalde rechtspraak.

36 Arrest van 28 januari 2021, Qualcomm en Qualcomm Europe/Commissie (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

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

38 Zie bestreden arrest, punt 343. Voor uitleg over de verschillen die de twee methoden kunnen opleveren, zie Macit, F., en Topaloğlu, Z., „Why bank market value to book ratios are so different: evidence from Turkish banking sector", *Economic and Business Review*, deel 14(2), 2012, blz. 169. Voor een analyse van de verschillen tussen de twee methoden voor schuldmeting, zie Bowman, R.G., „The Importance of a Market-Value Measurement of Debt in Assessing Leverage", *Journal of Accounting Research*, deel 18(1), 1980, blz. 242, in het bijzonder blz. 245-246.

59. Met het tweede onderdeel van haar vierde middel betoogt rekwirante dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen door te aanvaarden dat de overwegingen 23, 24 en 26 van de afwikkelingsregeling volstonden om te begrijpen dat de situatie van Banco Popular verslechterde en dat er afwikkeling nodig was. Zij stelt dat de informatie algemeen van aard is en op elke liquiditeitscrisis kan worden toegepast.

60. Het Hof dient deze argumenten van de hand te wijzen. Zoals de GAR in zijn verweerschrift terecht aangeeft, toont rekwirante niet aan waarom de informatie over de verslechterde situatie van Banco Popular algemeen van aard was en specificeert zij niet wat er ontbrak om de liquiditeitscrisis waarmee zij werd geconfronteerd en de nood aan afwikkeling goed te begrijpen.

61. In het zesde onderdeel van het door rekwiranten in de parallelle hogere voorziening aangevoerde tweede middel moet een aantal argumenten [39] niet-ontvankelijk worden verklaard. Ofschoon rekwiranten in de parallelle hogere voorziening het relevante punt van het parallelle bestreden arrest aangeven, verwijzen zij enkel naar een algemeen motiveringsgebrek, zonder te specificeren welke fout het Gerecht zou hebben gemaakt. [40] Bovendien voeren zij in hogere voorziening ook nieuwe argumenten met betrekking tot de niet-vertrouwelijke versie van de tweede waardering aan, die niet-ontvankelijk zijn. [41]

62. Ten gronde moeten twee argumenten worden behandeld. Ten eerste betogen rekwiranten in de parallelle hogere voorziening dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie bij de goedkeuring van de afwikkelingregeling haar motiveringsplicht was nagekomen. [42] Ten tweede stellen zij dat het Gerecht ten onrechte heeft vastgesteld dat hun argument waarbij zij steunden op de Meroni-doctrine met betrekking tot de mate van betrokkenheid van de Commissie bij de afwikkelingsregeling, te laat naar voren was gebracht. [43]

63. Wat het eerste argument betreft, heeft het Gerecht vastgesteld dat het goedkeuringsbesluit voldoet aan de motiveringsplicht en de daarin opgenomen verwijzingen naar de afwikkelingsregeling toelicht. Het Gerecht beriep zich op artikel 18, lid 7, van de GAM-verordening, volgens hetwelk de Commissie de afwikkelingsregeling kan bevestigen of tegen de discretionaire aspecten ervan bezwaar kan maken. Volgens het Gerecht betekent dit dat de Commissie de redenering van de GAR achter de afwikkelingsregeling in feite niet hoeft te herhalen, maar deze enkel dient goed te keuren.

64. Opgemerkt moet worden dat de vraag of een goedkeuringsbesluit of de loutere afstempeling van het besluit van de GAR volstond, reeds door het Gerecht is behandeld in een van de proefzaken, Algebris [44], waartegen bij het Hof geen hogere voorziening is ingesteld. Het Gerecht

[39] Het gaat daarbij om argumenten die zijn gericht tegen de GAR en betrekking hebben op het feit dat hij zijn motiveringsplicht ten aanzien van de afwikkelingsregeling niet is nagekomen wat betreft de keuze voor Deloitte als onafhankelijke taxateur. Sommige van de in dit onderdeel opgenomen argumenten zijn ook een herhaling van de argumenten die ten aanzien van artikel 18 van de GAM-verordening zijn aangevoerd en die hierboven zijn behandeld (met name of een ernstige liquiditeitscrisis volstaat voor de vaststelling dat een bank faalt of waarschijnlijk zal falen en of de GAR een rol heeft bij de toekenning van NLS).

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

[41] Overeenkomstig artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof mag het voorwerp van het geschil voor het Gerecht in hogere voorziening niet worden gewijzigd. Zie ook arrest van 1 februari 2007, Sison/Raad (C-266/05 P, EU:C:2007:75, punt 95).

[42] Parallel bestreden arrest, punten 570-578.

[43] Parallel bestreden arrest, punten 579-581. Arrest van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, EU:C:1958:7).

[44] Arrest van 1 juni 2022, Algebris (UK) en Anchorage Capital Group/Commissie (T-570/17, EU:T:2022:314).

oordeelde dat de verwijzing door de Commissie naar de afwikkelingsregeling en de daarin opgenomen motivering volstond om te voldoen aan de motiveringsplicht. Het was van oordeel dat „[d]e afwikkelingsregeling en de motivering ervan [moesten] worden geacht deel uit te maken van de context”[45] waarin het goedkeuringsbesluit was vastgesteld.

65. Ik ben het eens met die vaststelling.[46] Voor zover de afwikkelingsregeling zelf toereikend is gemotiveerd, onderschrijft de Commissie ook dat de GAR aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan. Met andere woorden, indien de Commissie van mening zou zijn dat de afwikkelingsregeling niet toereikend is gemotiveerd, moet zij daartegen bezwaar maken en verlangen dat de GAR de afwikkelingsregeling aanpast.

66. Ik ontwaar in de redenering van het Gerecht ten aanzien van het goedkeuringsbesluit dan ook geen fouten.

67. Ten slotte heeft het Gerecht vastgesteld dat rekwiranten in de parallelle hogere voorziening een op de Meroni-doctrine gebaseerd argument[47] voor het eerst hadden aangevoerd in hun repliek, zodat het niet-ontvankelijk diende te worden verklaard.

68. Het Gerecht heeft uiteengezet dat verzoekers in eerste aanleg met hun beroep betoogden dat de Commissie haar motiveringsplicht niet was nagekomen terwijl zij op grond van de Meroni-doctrine daaraan moest voldoen. Daarnaast stelden zij in hun repliek in eerste aanleg dat de rol van de Commissie in de afwikkelingsprocedure meer in het algemeen indruist tegen de beginselen van delegatie van bevoegdheden als bedoeld in artikel 291 VWEU en de Meroni-doctrine.

69. Het gaat hier inderdaad om twee verschillende argumenten, waarbij het laatste impliciet kan worden gelezen als een exceptie van onwettigheid met betrekking tot artikel 18 van de GAM-verordening, waarin wordt verduidelijkt welke rol de Commissie heeft bij afwikkelingsmaatregelen.

70. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht niet ten onrechte heeft vastgesteld dat dit argument te laat werd aangevoerd en dus niet-ontvankelijk was.

b) Vertrouwelijkheid van de afwikkelingsregeling en andere documenten

71. Met het vijfde middel in hogere voorziening betoogt rekwirante dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld[48] dat zij geen recht had op de volledige (vertrouwelijke) versie van de afwikkelingsregeling. Daarnaast stelt zij ook dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat een niet-vertrouwelijke versie van de afwikkelingsregeling niet in strijd was met artikel 88, lid 1, van de GAM-verordening.

72. Voorts betoogt rekwirante dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat zij tegen de afwikkelingsregeling een rechtstreeks beroep had kunnen instellen en dat zij over de latere openbaarmaking van een minder vertrouwelijke versie (die plaatsvond tijdens de procedure in

[45] Ibidem, punt 151.

[46] Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Ćapeta in de zaak Commissie/GAR (C-551/22 P, EU:C:2023:846, punten 123-128).

[47] De doctrine vloeit voort uit het arrest van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, EU:C:1958:7). Voor uitleg over de doctrine en mijn standpunten inzake de toepasselijkheid ervan op de afwikkelingsprocedure, zie de conclusie van advocaat-generaal Ćapeta in de zaak Commissie/GAR (C-551/22 P, EU:C:2023:846, punten 75-97).

[48] In het bestreden arrest, punten 356-402.

eerste aanleg) opmerkingen had kunnen formuleren alvorens haar repliek in te dienen. Ten slotte verwijt rekwirante het Gerecht dat het heeft geoordeeld dat de volledige versies (met vertrouwelijke informatie) van de afwikkelingsregeling, de eerste en de tweede waardering en andere documenten in verband met de afwikkeling niet relevant waren voor de beslechting van het geding. [49]

73. Rekwiranten in de parallelle hogere voorziening stellen met het vijfde onderdeel van hun tweede middel dat het Gerecht in de punten 503 en 504 van het parallelle bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat hun rechten van verdediging niet waren geschonden door hun de toegang te ontzeggen tot alle dossiers in de afwikkelingsprocedure.

74. Heeft het Gerecht in beide bestreden arresten in wezen op correcte wijze getoetst of verzoekers in eerste aanleg inzage moesten krijgen in de vertrouwelijke versies van de afwikkelingsregeling en de bijbehorende documenten? Ik meen van wel.

75. Om te beginnen heeft het Gerecht de toetsingsmaatstaf voor artikel 47 van het Handvest vastgesteld met inachtneming van met name de context van de GAM-verordening, die in artikel 88, lid 5, voorschrijft dat de GAR erop moet toezien dat informatie die hij openbaar maakt geen vertrouwelijke elementen bevat [50], en van artikel 88, lid 1, ervan, volgens hetwelk „[i]formatie die onder de vereisten inzake beroepsgeheim valt, […] niet aan een andere publieke of particuliere entiteit [mag] worden verstrekt, tenzij dat in het kader van gerechtelijke procedures noodzakelijk is”.

76. Het Gerecht heeft voorts de argumenten verworpen waarmee rekwirante – onder verwijzing naar de rechtspraak inzake beperkende maatregelen – aanvoerde dat zij in kennis had moeten worden gesteld van de volledige versie van de afwikkelingsregeling en van andere documenten. Het Gerecht heeft vastgesteld dat de afwikkelingsregeling, anders dan een beperkende maatregel waarbij individuele tegoeden worden bevroren, geen individuele maatregel was die werd genomen ten aanzien van de aandeelhouders van een bank. [51]

77. Diezelfde logica heeft het Gerecht ertoe gebracht om in het parallelle arrest het door verzoekers in eerste aanleg aangevoerde argument te verwerpen dat zij toegang hadden moeten krijgen tot het dossier op grond van artikel 90, lid 4, van de GAM-verordening. Volgens het Gerecht moet een dergelijke toegang uitsluitend worden toegekend aan de entiteit waarvoor de afwikkelingsregeling is vastgesteld, namelijk Banco Popular, en niet aan haar aandeelhouders of crediteuren. [52]

78. Verder heeft het Gerecht een onderscheid gemaakt tussen de geheimhoudingsplicht die krachtens de GAM-verordening rust op de GAR, en het recht op toegang tot documenten krachtens verordening nr. 1049/2001 [53], waarop verzoekers in eerste aanleg zich beriepen. Het

[49] Ibidem, punt 723.

[50] Ibidem, punten 356, 363-365.

[51] Ibidem, punten 358 en 359.

[52] Parallel bestreden arrest, punten 503 en 504.

[53] Verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43).

Gerecht heeft een vergelijking van de hand gewezen omdat in de GAM-verordening een algemene regel is geformuleerd volgens welke het verboden is om bij de GAR berustende vertrouwelijke gegevens openbaar te maken. [54]

79. Mijns inziens heeft het Gerecht, door in plaats daarvan een analogie te maken met richtlijn 2004/39 [55], waarvan artikel 54, lid 1, gelijkwaardig is aan artikel 88, lid 1, van de GAM-verordening, terecht vastgesteld dat het doel van die twee bepalingen niet is om het publiek toegang tot documenten te verlenen.

80. Vervolgens heeft het Gerecht de geheimhoudingsverplichtingen ten aanzien van de afwikkelingsregeling, de tweede waardering en de documenten waarop de GAR zich voor zijn besluit had gebaseerd, uitvoerig geanalyseerd. Het heeft de verschillende nadelige gevolgen beschreven die volledige openbaarmaking had kunnen teweegbrengen. [56]

81. Het Gerecht verklaart voorts dat artikel 88, lid 1, van de GAM-verordening betrekking heeft op de mogelijkheid voor een rechter om openbaarmaking te gelasten indien dat in het kader van gerechtelijke procedures noodzakelijk is, veeleer dan, zoals verzoekers in eerste aanleg betoogden, op verplichte openbaarmaking zodra tegen een besluit een gerechtelijke procedure wordt ingeleid. [57]

82. Wat het argument betreft dat de GAR de toegang tot de afwikkelingsregeling ten onrechte had beperkt omdat hij minder gecensureerde niet-vertrouwelijke versies van de afwikkelingsregeling en van de eerste en de tweede waardering openbaar had gemaakt, heeft het Gerecht verklaard dat de verstreken tijd (in casu acht maanden) een omstandigheid vormt die van invloed kan zijn op de beoordeling of op een bepaald tijdstip aan de voorwaarden voor vertrouwelijkheid is voldaan. [58] Mijns inziens heeft het voldoende uitvoerig uiteengezet dat de latere openbaarmaking van nadere informatie niet van invloed was op het recht van verzoekster in eerste aanleg om een rechtstreeks beroep in te stellen en om in haar repliek te reageren op aanvullende informatie.

83. Met haar zesde middel betoogt rekwirante dat het Gerecht zich heeft vergist door in de punten 721 tot en met 728 van het bestreden arrest haar verzoek om maatregelen van instructie, waaronder een bevel tot overlegging van verschillende documenten en het stellen van schriftelijke vragen aan het Koninkrijk Spanje, af te wijzen.

84. Nadat het Gerecht de GAR had gelast vertrouwelijke versies van de afwikkelingsregeling en van verschillende andere documenten [59] over te leggen, heeft het beslist dat deze niet relevant waren ter beslechting van het geschil. [60] Rekwirante betoogt dat haar rechten van verdediging daardoor zijn geschonden omdat de vertrouwelijke versies van de documenten niet enkel waren

[54] Het Gerecht heeft zich in het bestreden arrest (punten 383 en 384) gebaseerd op het arrest van 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punten 38 en 39).

[55] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB 2004, L 145, blz. 1).

[56] Een dergelijke openbaarmaking kan onder meer „aandeelhouders [ertoe] aanzetten hun effecten op de markt te verkopen en […] tevens […] leiden tot een stormloop op deposito's, waardoor de financiële positie van de bank zou verslechteren en bijgevolg de doeltreffendheid van het optreden van de GAR en de marktwerking zou worden ondermijnd". Bestreden arrest, punt 373.

[57] Cursivering van mij. Bestreden arrest, punten 376 en 377.

[58] Bestreden arrest, punt 390, onder verwijzing naar het arrest van 19 juni 2018, Baumeister (C-15/16, EU:C:2018:464, punten 48 en 49).

[59] Opgesomd in punt 95 van het bestreden arrest.

[60] Behalve de brief van Banco Popular aan de ECB van 6 juni 2017, die aan partijen was overgelegd. Het Gerecht heeft zijn beslissing gebaseerd op artikel 103 van zijn Reglement voor de procesvoering. Zie bestreden arrest, punten 380 en 723.

gelezen door de GAR en de Commissie, maar ook door het Gerecht. Anderzijds betoogt rekwirante dat zij zonder toegang tot die informatie geen nieuwe argumenten kon formuleren, noch haar standpunt over bestaande argumenten kon wijzigen.

85. Ik ben van mening dat het Gerecht zich terecht heeft gebaseerd op de rechtspraak van het Hof volgens welke het uitsluitend aan het Gerecht staat om te beoordelen of de gegevens waarover het beschikt met betrekking tot de zaken die het dient te beslechten, eventueel aanvulling behoeven. Het kon dus uitspraak doen op basis van de conclusies. [61]

86. Derhalve dient het Hof het vijfde en het zesde middel van de hogere voorziening en het vijfde en het zesde onderdeel van het tweede middel van de parallelle hogere voorziening ongegrond te verklaren.

B. Middelen die eigen zijn aan zaak C-535/22 P

87. Rekwirante in de onderhavige zaak komt op tegen de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de gestelde onregelmatigheden in de procedure voor de verkoop van Banco Popular (deel 1) en met betrekking tot de schending van het eigendomsrecht wat een aantal bepalingen van de GAM-verordening (deel 2) en de afwikkelingsregeling (deel 3) betreft.

1. Procedure voor de verkoop van Banco Popular

88. Rekwirante betoogt [62] dat het Gerecht artikel 14 van de GAM-verordening onjuist heeft toegepast [63] wat de maximalisatie van de verkoopprijs betreft. Zij voert aan dat dit een van de afwikkelingsdoelstellingen is volgens artikel 14 van de GAM-verordening, dat moet worden gelezen in samenhang met artikel 39 van richtlijn 2014/59. Ten slotte stelt zij dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de GAR voorafgaand aan de afwikkeling niet hoefde te zoeken naar alternatieve maatregelen. [64]

89. Met het tweede en het derde onderdeel van haar derde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het (i) zijn zorgvuldigheidsplicht niet is nagekomen door haar argumenten inzake de gestelde fouten in het afwikkelingsplan 2016 niet-ontvankelijk te verklaren en (ii) haar rechten van verdediging heeft geschonden.

90. Wat de in punt 88 hierboven beschreven grieven betreft, heeft het Gerecht vastgesteld dat maximalisatie van de verkoopprijs niet behoort tot de in artikel 14, lid 2, tweede alinea, van de GAM-verordening opgenomen afwikkelingsdoelstellingen. Voorts heeft het vastgesteld dat voor de verkoop van Banco Popular artikel 39, lid 2, onder f), van richtlijn 2014/59 relevant was. In dat artikel worden de procedurevoorschriften uiteengezet voor het instrument van verkoop van de onderneming en staat te lezen dat met de procedure voor de verkoop „voor zover mogelijk wordt beoogd de verkoopprijs van de betrokken aandelen of andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten of passiva te maximaliseren”.

61 Bestreden arrest, punten 725-727.

62 Het tweede middel en het eerste onderdeel van het derde middel.

63 Bestreden arrest, punten 520-569.

64 Bestreden arrest, punten 669-697.

91. Het Gerecht heeft elke fase van de procedure voor de verkoop van Banco Popular uitvoerig onderzocht met inachtneming van de door de GAR in de afwikkelingsregeling en in zijn besluit over de verkoop gegeven toelichting. Een belangrijke factor waarmee het Gerecht rekening heeft gehouden, was de noodzaak om de verkoopprocedure zo geheim mogelijk te houden, teneinde lekken te voorkomen die tot extra onzekerheid en verlies aan vertrouwen van de markt zouden kunnen leiden, waardoor de financiële stabiliteit in gevaar zou worden gebracht. [65]

92. Tevens heeft het Gerecht door uitlegging van artikel 14, lid 2, van de GAM-verordening de gestelde verplichting van de GAR geanalyseerd om voorafgaand aan de afwikkeling gebruik te maken van alternatieve maatregelen. Het heeft vastgesteld dat die bepaling, waarin staat dat de bij de afwikkeling betrokken actoren moeten trachten om „de afwikkelingskosten zoveel mogelijk te beperken en waardevernietiging te vermijden, *tenzij die noodzakelijk is om de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken*", door rekwirante verkeerd was geïnterpreteerd. [66] Voorts heeft het Gerecht geoordeeld dat de belangenafweging en de evenredigheid van de afwikkeling niet uitsluitend konden worden getoetst aan de inmenging in het eigendomsrecht van de aandeelhouders. [67]

93. Vervolgens heeft het Gerecht gekeken naar de motivering in de afwikkelingsregeling ten aanzien van de vraag waarom de afwikkelingsdoelstellingen niet konden worden bereikt met andere afwikkelingsinstrumenten, waarom de GAR was afgeweken van haar afwikkelingsplan 2016 en waarom er geen beroep kon worden gedaan op het GAF. [68]

94. Mijns inziens heeft het Gerecht artikel 14, lid 2, van de GAM-verordening juist uitgelegd waar het gaat om de afweging van de verschillende belangen die noodzakelijkerwijs door een afwikkelingsmaatregel worden geraakt. Ook heeft het de motivering in de afwikkelingsregeling met betrekking tot andere, niet-vastgestelde alternatieve maatregelen grondig onderzocht.

95. Het tweede en het derde onderdeel van het derde middel in hogere voorziening, die zijn uiteengezet in punt 89 hierboven, zijn mijns inziens niet-ontvankelijk. Ten eerste heeft het Gerecht vastgesteld dat de argumenten die waren gericht tegen het afwikkelingsplan 2016 [69], die niet waren meegenomen in de definitieve afwikkelingsregeling voor Banco Popular, pas in de repliek waren aangevoerd, zodat zij niet-ontvankelijk waren. Het Gerecht heeft daaraan toegevoegd dat die argumenten hoe dan ook niet ter zake dienend waren om te bepalen of de uiteindelijk vastgestelde afwikkelingsregeling rechtsgeldig was. [70]

96. Ik ben het daarmee eens. Om te beginnen blijkt dat rekwirante in haar repliek in eerste aanleg stelde dat het afwikkelingsplan 2016 niet naar behoren was voorbereid [71], maar sindsdien werd dat argument gewijzigd om te betogen dat het afwikkelingsplan 2016 had moeten worden geactualiseerd. Aangezien het een nieuw argument betreft in het kader van de hogere voorziening, is het niet-ontvankelijk. [72]

65 Bestreden arrest, punten 545-552.

66 Cursivering van mij. Zie ook bestreden arrest, punten 671 en 672.

67 Bestreden arrest, punten 486, 487, 673 en 674. Het Gerecht heeft tevens de motivering in de afwikkelingsregeling met betrekking tot de belangenafweging onderzocht (punten 675-679).

68 Bestreden arrest, punten 680-697.

69 Zie punt 10 van de parallelle conclusie.

70 Bestreden arrest, punten 490 en 491.

71 Bestreden arrest, punt 688.

72 Zie voetnoot 41 hierboven.

97. Zelfs indien het Hof dit standpunt niet zou delen en deze argumenten ontvankelijk zou verklaren, zijn ze mijns inziens ongegrond. In artikel 23, derde alinea, van de GAM-verordening staat te lezen: „Bij de vaststelling van een afwikkelingsregeling houden de [GAR], de Raad en de Commissie rekening met en geven zij gevolg aan het in artikel 8 bedoelde afwikkelingsplan, tenzij de [GAR], rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, van oordeel is dat de afwikkelingsdoelstellingen op doeltreffender wijze kunnen worden verwezenlijkt door maatregelen waarin in het afwikkelingsplan niet is voorzien."

98. Het Gerecht heeft verklaard dat het afwikkelingsplan 2016 geen rekening kon houden met de liquiditeitscrisis waaraan Banco Popular het hoofd moest bieden vanaf april 2017.[73] Daarnaast heeft het Gerecht verwezen naar de overwegingen 44 tot en met 46 van de afwikkelingsregeling, waarin de GAR heeft uiteengezet „waarom het in het afwikkelingsplan 2016 beoogde afwikkelingsinstrument niet geschikt was gelet op de omstandigheden die zich voordeden op het tijdstip van de afwikkeling".[74] Als gevolg daarvan heeft de GAR voor de afwikkeling van Banco Popular het instrument van bail-in vervangen door het instrument van verkoop van de onderneming.[75]

99. Het Gerecht heeft deze grief dus terecht niet ter zake dienend verklaard.

100. Met het derde onderdeel van haar derde middel in hogere voorziening betoogt rekwirante dat het Gerecht haar rechten van verdediging heeft geschonden door te oordelen dat haar opmerkingen en het door haar overgelegde deskundigenverslag niet aantoonden op welke manier de afwikkelingsdoelstellingen met andere alternatieven konden worden bereikt.

101. Ik geef het Hof in overweging om die grieven kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren omdat zij in strijd met artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie[76] niet verwijzen naar de delen van het bestreden arrest waartegen zij zijn gericht.

102. Concluderend geef ik het Hof in overweging om het tweede en het derde middel, voor zover zij ontvankelijk zijn, af te wijzen.

2. Exceptie van onwettigheid van de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening

103. Rekwirante komt voorts met haar zevende middel in hogere voorziening op tegen het oordeel van het Gerecht dat de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening rechtsgeldig zijn.

104. Zij betoogt, ten eerste, dat het Gerecht[77] de rechtspraak van het Hof inzake insolvente banken verkeerd heeft toegepast; ten tweede, dat de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening in strijd zijn met het noodzakelijkheidsvereiste omdat zij te ruim zijn geformuleerd, waardoor willekeur mogelijk is; ten derde, dat die bepalingen in strijd zijn met artikel 5, lid 4, VEU omdat zij niet voorzien in onderscheiden oplossingen voor banken met liquiditeitsproblemen enerzijds en banken met insolventieproblemen anderzijds en, ten vierde, dat die bepalingen in strijd zijn met artikel 52 van het Handvest en artikel 5, lid 4, VEU omdat zij niet voorzien in de

73 Bestreden arrest, punt 689.

74 Bestreden arrest, punt 691.

75 De GAR heeft verklaard dat „er geen garantie bestond dat de liquiditeitscrisis van Banco Popular met het in dat plan beoogde instrument van bail-in onmiddellijk en doeltreffend kon worden bezworen". Bestreden arrest, punt 691.

76 Zie ook arrest van 21 oktober 2020, ECB/Estate of Espírito Santo Financial Group (C-396/19 P, EU:C:2020:845, punt 24).

77 Bestreden arrest, punten 150-219.

mogelijkheid om de afschrijving van de aandelen na de definitieve waardering overeenkomstig artikel 20 van de GAM-verordening te corrigeren. Ten slotte betoogt rekwirante dat de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening onevenredig zijn omdat zij niet voorzien in een adequate compensatie en de keuze tussen de verschillende afwikkelingsinstrumenten leidt tot discriminatie tussen banken die liquiditeitsproblemen hebben en banken die insolvent zijn.

105. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het vierde onderdeel van dit middel niet-ontvankelijk is omdat het niet verwijst naar de delen van het bestreden arrest waartegen het is gericht. [78] Voorts is het vijfde onderdeel van dit middel, voor zover het verwijst naar discriminatie als gevolg van de keuze van het afwikkelingsinstrument, niet-ontvankelijk omdat het gaat om een nieuw argument dat in hogere voorziening wordt aangevoerd. [79]

106. Ten gronde heeft het Gerecht bij het beantwoorden van de exceptie van onwettigheid de nodige stappen gevolgd ter bepaling of een beperking van het door artikel 17 van het Handvest beschermde eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 52 ervan. [80]

107. Uitgaande van de doelstelling van algemeen belang als gevolg waarvan het eigendomsrecht werd beperkt, heeft het Gerecht de uitgebreide rechtspraak van het Hof in verband met de financiële crisis opnieuw bekeken, waarbij het de risico's van falende banken voor de stabiliteit van het financiële en bancaire systeem in de eurozone heeft toegelicht alsmede het gevaar voor financieel verlies dat deposanten lopen. [81]

108. Zoals het Gerecht uitvoerig heeft uiteengezet, vloeien de in de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening gemaakte keuzen voort uit de lessen die zijn getrokken uit de financiële crisis vanaf 2008 en berusten zij op het beginsel dat verliezen van een falende bank in de eerste plaats door aandeelhouders dienen te worden gedragen. Het Gerecht is specifiek op basis van de vaststellingen van het Hof in de zaak Kotnik tot de slotsom gekomen dat aandeelhouders ten volle het risico van hun investeringen dragen, met inbegrip van de economische gevolgen van een falende bank, hetgeen derhalve niet kan worden geacht inbreuk te maken op hun eigendomsrecht. [82]

109. Rekwirantes argument dat het Gerecht de rechtspraak inzake insolvente banken ten onrechte op de onderhavige situatie heeft toegepast, kan mijns inziens niet worden aanvaard. Het arrest Kotnik en de andere arresten van het Hof inzake het algemeen belang bij financiële stabiliteit zijn toegepast om aan te tonen dat aandeelhouders het risico van hun investering moeten dragen wanneer een bank faalt. Het Gerecht heeft echter ook aangetoond dat de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening voorwaarden bevatten waaraan de GAR en de Commissie moeten voldoen wanneer zij besluiten of een afwikkelingsmaatregel zal worden vastgesteld en hoe dat dient te gebeuren. Onder verwijzing naar artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening heeft het Gerecht verklaard dat van afwikkelingsmaatregelen enkel gebruik wordt gemaakt indien andere maatregelen, zoals een normale insolventieprocedure, staatssteun of leningen, in een concreet geval niet mogelijk zijn. [83]

78 Zie punt 101 en voetnoot 77 hierboven.

79 Zie voetnoot 41 hierboven.

80 Bestreden arrest, punten 159 en 160.

81 Het Gerecht verwijst in de punten 161 tot en met 164 van het bestreden arrest naar de welbekende rechtspraak van het Hof van na de crisis: arresten van 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570); 20 september 2016, Ledra Advertising e.a./Commissie en ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701); 8 november 2016, Dowling e.a. (C-41/15, EU:C:2016:836), en 25 maart 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249).

82 Bestreden arrest, punten 172-174.

83 Bestreden arrest, punten 180-188.

110. Met haar tweede argument stelt rekwirante dat een beperking van het eigendomsrecht volgens de vaststellingen van het Gerecht gerechtvaardigd is wanneer is voldaan aan de afwikkelingsvoorwaarden.[84] Daarnaast heeft het Gerecht evenwel de aanvullende voorwaarden van de artikelen 18 en 21 van de GAM-verordening uiteengezet die de vrijheid van de GAR en de Commissie bij de vaststelling van de parameters van een bepaalde afwikkelingsmaatregel beperken.[85]

111. Met haar derde en vijfde argument verwijt rekwirante het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door de artikelen 15 en 22 van de GAM-verordening evenredig te bevinden ofschoon in die bepalingen geen onderscheid wordt gemaakt tussen banken met liquiditeitsproblemen en insolvente banken wat het gebruikte afwikkelingsinstrument en de behandeling van aandeelhouders en crediteuren betreft.

112. Gelet op de analyse van de in artikel 18, lid 1, van de GAM-verordening opgenomen afwikkelingsvoorwaarden, is er geen reden waarom de GAM-verordening onderscheiden afwikkelingsregels had moeten voorschrijven voor insolvente banken en voor banken met liquiditeitsproblemen.

113. Concluderend geef ik het Hof in overweging om het zevende middel in hogere voorziening af te wijzen.

3. Eigendomsrecht en evenredigheidsbeginsel in de afwikkelingsregeling voor Banco Popular

114. Met haar achtste middel betoogt rekwirante, ten eerste, dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de GAM-verordening insolventie veronderstelt en dat de normale insolventieprocedure derhalve het enige alternatief voor afwikkeling was; ten tweede, dat het Gerecht de tweede waardering als basis voor de procedure die tot de afwikkelingsregeling heeft geleid ten onrechte niet willekeurig heeft bevonden en, ten derde, dat het Gerecht het ontbreken van een billijke compensatie ten onrechte evenredig heeft bevonden.

115. Het eerste argument is gedeeltelijk niet-ontvankelijk omdat het in strijd met artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet verwijst naar het deel van het bestreden arrest waarin het Gerecht vaststelt dat de GAM-verordening berust op het vermoeden van insolventie.

116. Rekwirante betoogt voorts dat het Gerecht de rechtspraak van het Hof inzake insolvente banken ten onrechte heeft toegepast op de situatie van Banco Popular.[86] Om dezelfde redenen als reeds uiteengezet in verband met het zevende middel[87], moet dat argument bijgevolg worden verworpen.

117. Het tweede en het derde argument, volgens welke het Gerecht de tweede waardering als basis voor de afwikkelingsregeling ten onrechte niet willekeurig heeft bevonden en het ontbreken van een billijke compensatie in die regeling ten onrechte niet onevenredig heeft geacht, zijn niet-ontvankelijk omdat zij voor het eerst zijn aangevoerd in hogere voorziening.[88] De punten

84 Bestreden arrest, punt 169.

85 Bestreden arrest, punten 170, 171, 179 en 180.

86 Bestreden arrest, punten 198-208.

87 Punten 111 en 112 hierboven.

88 Zie voetnoot 41 hierboven.

van het bestreden arrest [89] waarnaar rekwirante verwijst, hebben geen betrekking op de tweede waardering, noch op billijke compensatie. Sterker nog, het Gerecht heeft die argumenten in eerste aanleg niet behandeld.

118. Concluderend geef ik het Hof in overweging om het achtste middel, voor zover het ontvankelijk is, af te wijzen.

VI. Conclusie

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

– de hogere voorziening af te wijzen;

– rekwirante te verwijzen in de kosten.

[89] Bestreden arrest, punten 466, 467, 474-476 en 481.