



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

T. ĆAPETA

fremsat den 9. november 2023¹

Sag C-551/22 P

**Europa-Kommissionen
mod**

**Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno,
Stiftung für Forschung und Lehre (SFL),**

Den Fælles Afviklingsinstans (Afviklingsinstansen)

»Appel – økonomisk og monetær politik – bankunion – den fælles afviklingsmekanisme – forordning (EU) nr. 806/2014 – artikel 18, stk. 7 – formaliteten – retsakts ophavsmand – anfægtelig retsakt – artikel 86, stk. 2 – annulationssøgsmål – afvikling af Banco Popular«

I. Indledning

1. Efter den globale finanskrisen i 2008 traf EU-lovgiver en række foranstaltninger, der blev betegnet som bankunionen, med det formål at beskytte finansmarkederne i EU mod fremtidig ustabilitet.

2. En af disse foranstaltninger er den fælles afviklingsmekanisme (SRM), der blev indført i 2014². Hovedformålet med denne mekanisme er at sikre en velordnet afvikling af nødlidende banker uden brug af skatteyderes penge og samtidig fremme den finansielle stabilitet³. Dette indebærer i al korthed, at hvis en bank er nødlidende eller forventeligt nødlidende, kan Den Fælles Afviklingsinstans (herefter »Afviklingsinstansen«) under visse omstændigheder vedtage en afviklingsordning, hvorefter Europa-Kommissionen har 24 timer til at godkende denne.

3. Den 6. juni 2017 blev den fælles afviklingsmekanisme anvendt første gang, hvilket skete i forbindelse med Banco Popular Español, S.A. (herefter »Banco Popular«).

4. Det vigtigste spørgsmål, der er rejst i appelsagen vedrørende denne afvikling, er, hvem der er juridisk ansvarlig for afviklingsordningen for Banco Popular, og hvem der som følge heraf bør sagsøges ved Unionens retsinstanser i forbindelse med et annulationssøgsmål. Er der tale om

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 af 15.7.2014 om ensartede regler og en ensartet procedure for afvikling af kreditinstitutter og visse investeringselskaber inden for rammerne af en fælles afviklingsmekanisme og en fælles afviklingsfond og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 (EUT 2014, L 225, s. 1) (herefter »SRM-forordningen«).

³ – Læs mere herom på <https://www.srb.europa.eu/en/about>. Jf. også sjette betragtning til SRM-forordningen.

Afviklingsinstansen, som vedtog afviklingsordningen⁴? Er der tale om Kommissionen, som godkendte ordningen i dens helhed⁵? Eller var afviklingen af Banco Popular en fælles foranstaltning?

5. Ifølge Rettens dom af 1. juni 2022, *Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og SFL mod Afviklingsinstansen* (T-481/17, EU:T:2022:311) (herefter »den appellerede dom«)⁶, er afviklingsordningen en anfægtelig retsakt, og Afviklingsinstansen er juridisk ansvarlig for denne ordning.

6. Kommissionen har i den foreliggende appelsag bestridt, at søgsmålet skulle anlægges mod Afviklingsinstansen. Søgsmålet burde efter dens opfattelse have være anlagt mod Kommissionen selv, eftersom afviklingsordningen først træder i kraft, efter at den er godkendt.

7. Den appellerede dom er én af seks prøvesager, som er blevet afgjort af Retten, og som repræsenterer mere end 100 direkte søgsmål anlagt af fysiske og juridiske personer, der ejede kapitalandele i Banco Popular, før banken blev afviklet⁷.

II. Relevante retsforskrifter

8. Den Europæiske Centralbank (ECB), Afviklingsinstansen og eventuelt Rådet for Den Europæiske Union inddrages i forskellige faser af den afviklingsprocedure, der er fastsat i SRM-forordningen. 24. betragtning til SRM-forordningen har følgende ordlyd:

»Eftersom det kun er EU-institutionerne, der må fastlægge Unionens afviklingspolitik, og der fortsat er en skønsmæssig inddragelse af Rådet og Kommissionen, som er de institutioner, der kan udøve gennemførelsesbeføjelser i overensstemmelse med artikel 291 i TEUF. Vurderingen af de skønsmæssige aspekter af afviklingsafgørelser truffet af Afviklingsinstansen bør foretages af Kommissionen. I betragtning af den betydelige indvirkning afviklingsafgørelser har på medlemsstaternes finansielle stabilitet og på Unionen som helhed såvel som på medlemsstaternes finansielle suverænitet, er det vigtigt, at Rådet tillægges gennemførelsesbeføjelser til at træffe visse afgørelser i forbindelse med afviklingen. Det bør

⁴ – Afviklingsinstansens afgørelse SRB/EES/2017/08 truffet på eksekutivmødet den 7.6.2017 om vedtagelse af en afviklingsordning for Banco Popular Español, S.A. (herefter »afviklingsordningen«).

⁵ – Kommissionens afgørelse (EU) 2017/1246 af 7.6.2017 om godkendelse af afviklingsordningen for Banco Popular Español S.A. (EUT 2017, L 178, s. 15) (herefter »Kommissionens godkendelse«).

⁶ – Der er også iværksat appel til prøvelse af denne dom i den ved Domstolen verserende sag C-448/22 P, SFL mod Afviklingsinstansen. Denne appelsag vedrører ikke formaliteten. Hvis Domstolen giver Kommissionen medhold i den foreliggende sag, vil den anden appelsag utvivlsomt miste sin genstand og derfor blive afvist.

⁷ – I tre af disse prøvesager blev både Afviklingsinstansens afviklingsordning og Kommissionens godkendelse anfægtet. Der blev ikke rejst formalitetsindsigelse i nogen af disse sager. Jf. domme af 1.6.2022, *Del Valle Ruiz m.fl. mod Kommissionen og Afviklingsinstansen* (T-510/17, EU:T:2022:312), *Eleveté Invest Group m.fl. mod Kommissionen og Afviklingsinstansen* (T-523/17, EU:T:2022:313), og *Aeris Invest mod Kommissionen og Afviklingsinstansen* (T-628/17, EU:T:2022:315). Der er iværksat appeller til prøvelse af disse domme i de ved Domstolen verserende sager C-541/22 P, *García Fernández m.fl. mod Kommissionen og Afviklingsinstansen*, og C-535/22 P, *Aeris Invest mod Kommissionen og Afviklingsinstansen*. Appellen i sag C-539/22 P, *Del Valle Ruiz m.fl. mod Kommissionen og Afviklingsinstansen*, blev iværksat, men hævet den 22.7.2023. Den fjerde prøvesag ved Retten vedrørte kun Kommissionens afgørelse om godkendelse af afviklingsordningen, og der blev ikke rejst formalitetsindsigelse. Jf. dom af 1.6.2022, *Algebris (UK) og Anchorage Capital Group mod Kommissionen* (T-570/17, EU:T:2022:314). Denne dom blev ikke appelleret. Den sjette prøvesag vedrørte endelig et søgsmål, hvori der var nedlagt påstand om delvis annullation af Afviklingsinstansens afviklingsordning. Kommissionen var intervenient i denne sag, hvori der ikke blev rejst formalitetsindsigelse. Retten afsagde imidlertid en kendelse, hvori den ex officio fastslog, at søgsmålet skulle afvises, eftersom betingelsen for delvis annullation ikke var opfyldt. Jf. kendelse af 24.10.2019, *Liaño Reig mod Afviklingsinstansen* (T-557/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:771). Denne kendelse blev appelleret og stadfæstet af Domstolen i dom af 4.3.2021, *Liaño Reig mod Afviklingsinstansen* (C-947/19 P, EU:C:2021:172), hvorefter Retten ikke begik nogen fejl, da den fastslog, at den omtvistede bestemmelse ikke kan udskilles fra Afviklingsinstansens afviklingsordning.

således være op til Rådet efter forslag fra Kommissionen at udøve effektiv kontrol med Afviklingsinstansens vurdering af, at der er tale om almene hensyn, samt at vurdere væsentlige ændringer af det beløb, der skal anvendes fra Afviklingsfonden i forbindelse med en konkret afviklingsforanstaltning. Endvidere bør Kommissionen tillægges beføjelse til at vedtage delegerede retsakter, der specificerer yderligere kriterier eller omstændigheder, som Afviklingsinstansen skal tage hensyn til ved udøvelsen af dens forskellige beføjelser. En sådan overdragelse af afviklingsopgaver bør på ingen måde hæmme den måde, hvorpå det indre marked for finansielle tjenesteydelser fungerer. [Den Europæiske Banktilsynsmyndighed] bør derfor bevare sin rolle og alle sine eksisterende beføjelser og opgaver: Den bør udvikle og bidrage til en ensartet anvendelse af den EU-lovgivning, som finder anvendelse på alle medlemsstater, og øge konvergens mellem afviklingspraksisser i hele Unionen.«

9. SRM-forordningens artikel 18 indeholder nærmere bestemmelser om afviklingsproceduren. Følgende stykker i denne artikel er relevante for den foreliggende appelsag:

»7. Umiddelbart efter vedtagelsen af afviklingsordningen fremsender Afviklingsinstansen denne til Kommissionen.

Kommissionen skal, inden for 24 timer efter Afviklingsinstansen har fremsendt afviklingsordningen, enten godkende eller gøre indsigelse mod ordningen hvad angår de skønsmæssige aspekter i de tilfælde, der ikke er dækket af nærværende stykkes tredje afsnit.

Kommissionen kan inden for de første 12 timer, efter at Afviklingsinstansen har fremsendt afviklingsordningen, foreslå Rådet at:

- a) gøre indsigelse mod afviklingsordningen med den begrundelse, at den af Afviklingsinstansen vedtagne ordning ikke opfylder kriteriet om almene hensyn som omhandlet i stk. 1, litra c)
- b) godkende eller gøre indsigelse mod en væsentlig ændring af størrelsen af det beløb fra Afviklingsfonden, som indgår i Afviklingsinstansens afviklingsordning.

Med henblik på tredje afsnit træffer Rådet afgørelse med simpelt flertal.

Afviklingsordningen træder kun i kraft, hvis hverken Rådet eller Kommissionen gør indsigelse inden 24 [timer] efter Afviklingsinstansens fremsendelse af ordningen.

Rådet eller Kommissionen angiver, alt efter omstændighederne, begrundelser for udøvelsen af deres indsigelsesret.

Hvis Rådet inden for 24 timer, efter at Afviklingsinstansen har fremsendt afviklingsordningen, har godkendt Kommissionens forslag om ændring af ordningen af de grunde, der er omhandlet i tredje afsnit, litra b), eller hvis Kommissionen har gjort indsigelse i overensstemmelse med andet afsnit, ændrer Afviklingsinstansen inden for otte timer afviklingsordningen i overensstemmelse med de anførte grunde.

Hvis den af Afviklingsinstansen vedtagne afviklingsordning indeholder udelukkelse af visse passiver under ekstraordinære omstændigheder, som omhandlet i artikel 27, stk. 5, og hvor en sådan udelukkelse kræver bidrag fra Afviklingsfonden eller fra alternative finansieringskilder for at beskytte det indre markeds integritet, kan Kommissionen forbyde eller kræve ændringer af den foreslåede udelukkelse med angivelse af passende årsager baseret på overtrædelse af kravene

som fastsat i artikel 27 og i delegerede retsakter vedtaget af Kommissionen på grundlag af artikel 44, stk. 11, i direktiv 2014/59/EU.

8. Hvis Rådet modsætter sig, at et institut bringes under afvikling med den begrundelse, at kriterierne om almene hensyn som omhandlet i stk. 1, litra c), ikke er opfyldt, vil den pågældende enhed blive opløst på en velordnet måde i overensstemmelse med gældende national ret.«

III. Begivenheder, der har ført til sagen for Retten

10. De faktiske omstændigheder, som er relevante for den foreliggende appelsag, og som forklares nærmere i den appellerede dom, kan sammenfattes på følgende måde.

11. Banco Populars vanskeligheder begyndte i 2016 og kulminerede den 3. juni 2017, hvor Afviklingsinstansen besluttede at indlede proceduren for salg af Banco Popular og oplyste Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (den nationale afviklingsmyndighed i Spanien, herefter »FROB«) om kravene til et salg.

12. ECB fastslog den 6. juni 2017, at Banco Popular var nødlidende eller forventeligt nødlidende i henhold til SRM-forordningens artikel 18, stk. 4, litra c), og underrettede Afviklingsinstansen om denne vurdering i overensstemmelse med SRM-forordningens artikel 18, stk. 1, andet afsnit⁸.

13. Den 7. juni 2017 oplyste FROB Afviklingsinstansen om, at denne myndighed dags dato kl. 3.12 havde modtaget et bindende tilbud fra Banco Santander, S.A. (herefter »Banco Santander«) om at købe aktierne i Banco Popular for 1 EUR. FROB foreslog Afviklingsinstansen at godtage dette tilbud.

14. Afviklingsinstansen godtog Banco Santanders tilbud og vedtog afviklingsordningen på sit eksekutivmøde den 7. juni 2017⁹. Ordningen blev forelagt Kommissionen til godkendelse kl. 5.13. Kl. 6.30 godkendte Kommissionen afviklingsordningen ved en afgørelse, der var rettet til Afviklingsinstansen.

IV. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

15. Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno and Stiftung für Forschung und Lehre (SFL) anlagde ved stævning indleveret til Retten den 2. august 2017 sag mod Afviklingsinstansen med påstand om annullation af afviklingsordningen¹⁰.

16. Retten besluttede ex officio at tage stilling til, om sagen kunne antages til realitetsbehandling, og konkluderede, at sagen med rette var blevet anlagt mod Afviklingsinstansen.

⁸ – En ikke-fortrolig udgave af denne vurdering er tilgængelig på https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.2017_FOLTF_ESPOP.en.pdf?ed492d2c6735d43ab422f25ed966d712

⁹ – Jf. SRM-forordningens artikel 3, stk. 1, punkt 30-33, der omhandler de tilgængelige afviklingsværktøjer. I dette tilfælde blev virksomhedssalgsværktøjet anvendt (jf. SRM-forordningens artikel 24), hvilket indebærer, at samtlige eksisterende aktier (de egentlige kernekapitalinstrumenter) og de supplerende kapitalinstrumenter i Banco Popular blev nedskrevet. De supplerende kapitalinstrumenter blev konverteret til nye aktier, som dernæst blev overført til Banco Santander til en pris af 1 EUR.

¹⁰ – Kongeriget Spanien, Europa-Parlamentet, Rådet, Kommissionen og Banco Santander indtrådte i sagen til støtte for Afviklingsinstansen.

17. Retten lagde afgørende vægt på, at Kommissionen til forskel fra Afviklingsinstansen ikke har beføjelse til at ændre afviklingsordningen eller dens retsvirkninger¹¹. Dette skyldes, at Kommissionens godkendelse kun kræves for de skønsmæssige aspekter af afviklingsordningen, hvilket skal forhindre en egentlig kompetenceoverdragelse som omhandlet i Domstolens dom i Meroni-sagen¹².

18. Retten forkastede Kommissionens argument om, at afviklingsordningen kun er en forberedende foranstaltning, som den ikke er forpligtet til at godkende, med støtte i dommen i sagen ABLV Bank m.fl.¹³. Den sondrede mellem ECB's vurdering af, om banken var nødlidende eller forventeligt nødlidende, og afviklingsordningen: I dommen i sagen ABLV Bank m.fl. fastslog Domstolen, at den førstnævnte vurdering ikke havde retsvirkninger for appellanterne, hvorimod afviklingsordningen og dens anvendelse havde sådanne virkninger¹⁴. Retten anførte til støtte for denne konklusion, at Kommissionen i modsætning til de beføjelser, som Afviklingsinstansen har i forhold til ECB, ikke kan gøre indsigelse mod rent tekniske aspekter af afviklingsordningen eller ændre disse.

19. Retten forkastede ligeledes Parlamentets og Rådets argument om, at SRM-forordningens artikel 86 kun omhandler afgørelser fra Afviklingsinstansen, som ikke skal godkendes af Kommissionen. Den forklarede, at det ikke er muligt at indgive klage over afviklingsordningen til klagenævnet, og at der ikke findes andre bestemmelser, som udelukker den fra Unionens retsinstansers kontrolbeføjelser i medfør af SRM-forordningens artikel 86¹⁵.

20. Retten henviste endelig til retssikkerhedsprincippet og princippet om effektiv retsbeskyttelse¹⁶ som støtte for sin konklusion om, at afviklingsordningen er en retsakt, der kan anfægtes som omhandlet i artikel 263 TEUF.

V. Retsforhandlingerne for Domstolen

21. Ved appelskrift indgivet den 17. august 2022 har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, for så vidt som Retten heri fastslog, at annulationssøgsmålet kunne antages til realitetsbehandling.
- Det fastslås, at annulationssøgsmålet, der blev anlagt i sag T-481/17, ikke kan antages til realitetsbehandling, og følgelig, at sagen afvises i det hele.
- Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og SFL (sagsøgerne i første instans) tilpligtes at betale de omkostninger, som Kommissionen har afholdt i forbindelse med den foreliggende sag og i forbindelse med sagen for Retten.

¹¹ – Den appellerede dom, præmis 132.

¹² – Den appellerede dom, præmis 129 og 130, hvori der henvises til dom af 13.6.1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7).

¹³ – Dom af 6.5.2021, ABLV Bank m.fl. mod ECB (C-551/19 P og C-552/19 P, EU:C:2021:369).

¹⁴ – Den appellerede dom, præmis 135, hvori der henvises til dom af 6.5.2021, ABLV Bank m.fl. mod ECB (C-551/19 P og C-552/19 P, EU:C:2021:369, præmis 66).

¹⁵ – Den appellerede dom, præmis 140.

¹⁶ – Den appellerede dom, præmis 145-147.

22. Afviklingsinstansen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

23. SFL har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens appel til prøvelse af den appellerede dom afvises på grund af manglende locus standi.
- Subsidiært: Kommissionens appel forkastes.
- Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med den foreliggende appelsag.

24. Parlamentet, der er interveneret til støtte for Kommissionen, har gjort gældende, at Domstolen bør give Kommissionen medhold i det hele.

25. Rådet er interveneret til støtte for, at påstanden om annullation af afviklingsordningen forkastes.

26. Parlamentet, Rådet, Kommissionen, SFL og Afviklingsinstansen afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 13. juni 2023.

VI. Bedømmelse

27. Kommissionen har fremsat tre appelanbringender. Den har for det første gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den konkluderede, at den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen havde vedtaget, har bindende retsvirkninger. Kommissionen har for det andet gjort gældende, at Retten tillod et søgsmål, der var rettet mod den forkerte instans, hvilket krænkede Kommissionens ret til forsvar. Kommissionen har endelig gjort gældende, at Rettens begrundelse er selvmodsigende.

28. Alle disse tre appelanbringender kan sammenfattes i ét spørgsmål: Fastslog Retten med føje, at der kan anlægges sag mod Afviklingsinstansen til prøvelse af afviklingsordningen for Banco Popular? Jeg vil derfor vurdere dem under ét.

29. Min vurdering vil vise, at Retten tog fejl. Det er Kommissionen, der er den juridisk ansvarlige ophavsmand til afviklingsordningen, og i en situation som den omhandlede, hvor Kommissionen godkendte afviklingsordningen, er det kun muligt at anlægge et annullationssøgsmål mod denne institution.

30. Denne konklusion følger af SRM-forordningen, hvori EU-lovgiver tilrettelagde afviklingsproceduren og fordelte opgaverne mellem de forskellige aktører. Jeg kan imidlertid ikke tiltræde Kommissionens argument om, at Meroni-doktrinen krævede en sådan løsning¹⁷.

¹⁷ – Jf. den nærmere redegørelse for denne doktrin i punkt 76 nedenfor.

31. EU-lovgiver kunne have tildelt Afviklingsinstansen beføjelse til selv at vedtage afviklingsordninger i enkeltsager i overensstemmelse med betingelserne i bemyndigelsesreglerne og med forbehold af retslig prøvelse. Det gjorde EU-lovgiver imidlertid ikke. I stedet for at tildele Afviklingsinstansen en sådan selvstændig beføjelse valgte lovgiver at stille yderligere krav om godkendelse fra Kommissionen.

32. Jeg vil underbygge mine konklusioner på følgende måde. Jeg vil først beskrive Afviklingsinstansen og dens rolle samt Kommissionens og Rådets roller i henhold til SRM-forordningen (afsnit A.1). Dette vil vise, at der er fire forskellige scenarier for, hvordan afviklingsproceduren kan træde i kraft (afsnit A.2). Jeg vil dernæst forklare, at Meroni-doktrinen i sin nuværende form ikke krævede, at Kommissionen eller Rådet skulle inddrages i de afgørelser, som Afviklingsinstansen træffer i de enkelte sager (afsnit B.1). Når lovgiver alligevel valgte denne løsning, bliver Kommissionen, som jeg vil godtgøre senere, den juridisk ansvarlige ophavsmand til afviklingsordningen (afsnit B.2). Sagsøgerne i første instans burde derfor ikke have anlagt sag mod Afviklingsinstansen, og Retten burde ikke have antaget sagen til realitetsbehandling.

A. Afviklingsinstansen og de forskellige aktørers rolle i forbindelse med afviklingsproceduren

1. Afviklingsinstansen

33. Det fremgår af 31. betragtning til SRM-forordningen, at Afviklingsinstansen »bør [...] være et særligt EU-agentur med en særlig struktur, som svarer til dens særlige opgaver, og som ikke følger samme skabelon som de øvrige EU-agenturer«¹⁸. Afviklingsinstansen er én af de mere end 35 agenturer, som findes på EU-plan, og som hver især har en særlig struktur og særlige opgaver og beføjelser. Som flere forskere har påpeget, tager traktaterne endnu ikke tilstrækkelig højde for den stigende agenturdannelse (»agencification«)¹⁹, som Afviklingsinstansen blot er ét eksempel på.

34. I SRM-forordningens artikel 16, stk. 1, bemyndiges Afviklingsinstansen til at beslutte, om der skal foretages en afvikling. Afviklingsinstansen indleder en afviklingsprocedure, efter at ECB har fastslået, at et kreditinstitut er nødlidende eller forventeligt nødlidende²⁰. Under visse omstændigheder kan Afviklingsinstansen imidlertid også selv vurdere, om et kreditinstitut er nødlidende eller forventeligt nødlidende²¹. Selv om det principielt er ECB's vurdering, der udløser afviklingsproceduren, kan Afviklingsinstansen således også selv iværksætte denne procedure.

35. Afviklingsinstansen kan kun beslutte at foretage en afvikling, hvis dette er begrundet i almene hensyn²². Hvis Afviklingsinstansen beslutter at foretage en afvikling, skal den ligeledes vælge, hvilket afviklingsværktøj der skal anvendes²³.

¹⁸ – Parlamentet blev i retsmødet anmodet om at præcisere, hvad der menes med denne betragtning. Det svarede, at formålet var at klarlægge, at Afviklingsinstansen har flere beføjelser end agenturer normalt tillægges, hvilket dog ikke ændrer ved den omstændighed, at Afviklingsinstansen indgår i en kompleks administrativ procedure. SFL oplyste i retsmødet, at Afviklingsinstansen ikke kan sammenlignes med andre agenturer, eftersom den har en centraliseret afviklingsbeføjelse.

¹⁹ – Agenturdannelsen er blevet beskrevet som en proces, hvor offentlige beføjelser overdrages til specialiserede offentligretlige organer, som er adskilt fra traditionelle lovgivende eller udøvende institutioner. K. Verhoest, S. van Thiel og S. De Vadder, »Agencification in Public Administration«, *Oxford Research Encyclopaedia of Politics*, 2021, s. 2.

²⁰ – ECB fastslår dette efter høring af Afviklingsinstansen i overensstemmelse med SRM-forordningens artikel 18, stk. 1, andet afsnit.

²¹ – Ibidem.

²² – SRM-forordningens artikel 18, stk. 5. Afviklingsinstansen fremlagde sin tilgang til vurderingen af almene hensyn i 2019. Jf. https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-06-28_draft_pia_paper_v12.pdf

²³ – SRM-forordningens artikel 23, stk. 1.

36. Det er ubestridt blandt deltagerne i sagen for Domstolen, at de nævnte valgmuligheder for Afviklingsmyndigheden er af skønsmæssig karakter og underlagt Kommissionens kontrol²⁴.

37. Hvis Afviklingsinstansen konkluderer, at en afvikling er i almenhedens interesse, kan Kommissionen inden for 12 timer efter at have modtaget afviklingsordningen foreslå Rådet at gøre indsigelse mod konklusionen om, at betingelsen om, at afviklingen skal være i almenhedens interesse, er opfyldt²⁵. Afviklingsinstansens skønsebeføjelse kan i denne henseende indskrænkes af Kommissionen og Rådet.

38. Hvis Afviklingsinstansen konkluderer, at en afvikling ikke er i almenhedens interesse, fremgår det imidlertid ikke af SRM-forordningen, at Kommissionen eller Rådet skal have mulighed for at tage til genmæle. Med forbehold af Domstolens fremtidige afgørelse herom²⁶ er det efter min opfattelse kun muligt at anlægge sag til prøvelse af en konklusion om, at en afvikling ikke er i almenhedens interesse, mod Afviklingsinstansen, eftersom det er dette organ, der træffer den endelige afgørelse om dette spørgsmål.

39. Afviklingsinstansen har ikke kun beføjelse til at afgøre, om der skal ske en afvikling, men kan også træffe en række andre individuelle afgørelser i forbindelse med afviklingsproceduren²⁷.

40. Afviklingsinstansen udarbejder f.eks. afviklingsplaner²⁸ og udsteder retningslinjer og instrukser til de nationale afviklingsmyndigheder for at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af sine særlige beføjelser i henhold til SRM-forordningen²⁹. Den har beføjelse til at kræve, at kreditinstituttet eller dets moderselskab kontakter potentielle købere som led i en tidlig indgriben, og at pålægge den kompetente nationale myndighed at udarbejde en foreløbig afviklingsordning³⁰.

41. Afviklingsinstansen bestemmer ligeledes, hvem der skal foretage en rimelig, forsigtig og realistisk værdiansættelse af et kreditinstituts aktiver og passiver, før der træffes afgørelse om en afvikling, og vælger en person, som er uafhængig af alle offentlige myndigheder, til at udføre denne værdiansættelse³¹. Afviklingsinstansen har beføjelse til at overvåge og give instrukser til de

²⁴ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, andet afsnit.

²⁵ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, tredje afsnit.

²⁶ – Tvisten vedrørende Afviklingsinstansens afgørelse om ikke at vedtage en afviklingsordning for ABLV Bank verserer stadig. Sagsøgerne havde oprindeligt anfægtet ECB's vurdering af, om banken var nødlidende eller forventeligt nødlidende. Retten afviste disse sager ved kendelse af 6.5.2019, ABLV Bank mod ECB (T-281/18, EU:T:2019:296), og af 6.5.2019, Bernis m.fl. mod ECB (T-283/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:295). Domstolen stadfæstede disse kendelser ved dom af 6.5.2021, ABLV Bank m.fl. mod ECB (C-551/19 P og C-552/19 P, EU:C:2021:369), hvori den fastslog, at ECB's vurdering ikke er en anfægtelig retsakt, men at Afviklingsinstansens afgørelse om ikke at foretage en afvikling er en sådan retsakt. Retten antog en afledt sag, der var blevet anlagt til prøvelse af denne afgørelse fra Afviklingsinstansen, til realitetsbehandling, men frifandt Afviklingsinstansen ved dom af 6.7.2022, ABLV Bank mod Afviklingsinstansen (T-280/18, EU:T:2022:429). Denne dom er genstand for den verserende appelsag C-602/22 P, ABLV Bank mod Afviklingsinstansen. Denne appelsag giver Domstolen den perfekte mulighed for at behandle spørgsmålet om Afviklingsinstansens skønsebeføjelse ved afgørelsen af, om en afvikling er i almenhedens interesse.

²⁷ – I SRM-forordningens afsnit V, kapitel 2, fastsættes Afviklingsinstansens beføjelser med hensyn til Den Fælles Afviklingsfond, som ikke er relevant for den foreliggende appel og ikke vil blive beskrevet her.

²⁸ – SRM-forordningens artikel 8, stk. 1.

²⁹ – Jf. f.eks. SRM-forordningens artikel 8, stk. 3, og artikel 12, stk. 3.

³⁰ – SRM-forordningens artikel 13, stk. 3.

³¹ – SRM-forordningens artikel 20, stk. 1. Værdiansættelsen kan i henhold til SRM-forordningens artikel 20, stk. 15, ikke gøres til genstand for en særskilt ret til appel, men kan påklages sammen med Afviklingsinstansens afgørelse (det fremgår ikke af denne bestemmelse, hvilken afgørelse der henvises til, men det må antages, at der er tale om afviklingsordningen). I den appellerede doms præmis 141 fastslog Retten faktisk, at denne bestemmelse ligeledes bekræfter, at selve afviklingsordningen er en anfægtelig retsakt.

nationale afviklingsmyndigheder, mens afviklingen gennemføres³². Afviklingsinstansen har endelig undersøgelsesbeføjelser³³ og kan pålægge enheder, der ikke efterkommer dens undersøgelsesafgørelser, sanktioner³⁴.

42. Afviklingsinstansens afviklingsordning skal godkendes af Kommissionen eller – i visse tilfælde – af Rådet. Den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen har vedtaget, er ikke juridisk bindende, før der er foreliggende en sådan godkendelse. Det bringer mig videre til de fire mulige scenarier for en afviklingsordnings ikrafttrædelse.

2. Fire mulige scenarier, efter at Afviklingsinstansen har vedtaget en afviklingsordning

43. SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, femte afsnit, bestemmer, at afviklingsordningen »kun [træder] i kraft, hvis hverken Rådet eller Kommissionen gør indsigelse inden 24 [timer] efter Afviklingsinstansens fremsendelse af ordningen«. De sidste afsnit af SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, indeholder fire scenarier for afviklingsordningens ikrafttrædelse med deltagelse af Afviklingsinstansen, Kommissionen og eventuelt Rådet.

44. Afviklingen af Banco Popular vedrører kun det første scenario. Min vurdering, som fører til konklusionen om, at Kommissionen er den eneste juridisk ansvarlige aktør, mod hvilken der kan anlægges et søgsmål til prøvelse af en afviklingsordning, omhandler dette scenario. Det er ikke min hensigt at foreslå helhedsløsninger, men jeg anser det for vigtigt at adskille det aktuelle scenario fra de øvrige. Dette vil gøre det lettere at forstå, hvilket forhold der er mellem Kommissionen og Afviklingsinstansen med henblik på afgørelsen af denne sag.

a) Det første scenario: Afviklingsinstansens afviklingsordning godkendes af Kommissionen

45. Kommissionen kan godkende afviklingsordningen inden for 24 timer efter, at Afviklingsinstansen har fremsendt den³⁵.

46. Det var det, der skete i forbindelse med afviklingen af Banco Popular. Kommissionen fremsatte ingen indsigelser og godkendte udtrykkeligt afviklingsordningen i det hele.

47. Eftersom der ikke blev gjort indsigelser i dette scenario, træder afviklingsordningen i kraft³⁶.

48. I forbindelse med afviklingen af Banco Popular fremgik det således af afviklingsordningens artikel 12.1, at den ville træde i kraft den 7. juni 2017, kl. 6.30. Det var på dette tidspunkt, at Kommissionen godkendte afviklingsordningen, og ikke på det tidspunkt, hvor Afviklingsinstansen fremsendte den til Kommissionen (kl. 5.13).

³² – SRM-forordningens artikel 28 og 29.

³³ – Afviklingsinstansen kan i henhold til SRM-forordningens artikel 34-36 anmode om oplysninger, iværksætte generelle undersøgelser og foretage kontrol på stedet.

³⁴ – SRM-forordningens artikel 38-41. Ifølge SRM-forordningens artikel 85, stk. 3, kan enhver fysisk eller juridisk person, herunder de nationale afviklingsmyndigheder, påklage disse afgørelser til appelnævnet.

³⁵ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, andet afsnit.

³⁶ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, femte afsnit.

49. Der er ikke desto mindre blevet anlagt forskellige fortolkninger af spørgsmålet om ordningens ikrafttrædelse i denne sag³⁷. På den ene side bemærkede Retten, at tidspunktet for afviklingsordningens ikrafttrædelse fremgik af dennes artikel 12, og den konkluderede derfor, at selve afviklingsordningen er en retsakt, der kan træde i kraft³⁸. På den anden side har Kommissionen gjort gældende, at dens godkendelse er afgørende for, hvornår afviklingsordningen træder i kraft³⁹.

50. Som jeg vil beskrive nærmere i afsnit B.2, følger det af SRM-forordningens ordlyd og opbygning, at det specifikt er Kommissionens godkendelse i dette scenario, der gør afviklingsordningen til en juridisk bindende retsakt.

b) Det andet scenario: ingen reaktion

51. Det andet scenario, som Kommissionen i retsmødet betegnede som meget usandsynligt, indebærer, at Kommissionen ikke reagerer inden for 24 timer efter, at afviklingsordningen er blevet fremsendt.

52. SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, femte afsnit, understøtter ganske rigtigt konklusionen om, at afviklingsordningen, træder i kraft, uden at Kommissionen har godkendt den, hvis der ikke gøres indsigelser (eller slet ikke reageres).

53. Dette kan fortolkes således, at i denne situation vil den eneste retsakt, der har bindende retsvirkninger, være selve afviklingsordningen. Dette strider mod Kommissionens argument om, at dens godkendelse er den vigtigste betingelse for, at afviklingsordningen kan træde i kraft.

54. Dette scenario kan også anskues således, at Kommissionens godkendelse i dette tilfælde er stiltiende og ligeledes udgør en nødvendig betingelse for, at afviklingsordningen kan træde i kraft. Dette har Kommissionen anført i appelskriftet.

55. Jeg er enig med Kommissionen i, at dette scenario kan sidestilles med det første scenario, og at søgsmålet til trods for den manglende udtrykkelige godkendelse skal rettes mod Kommissionen, som er juridisk ansvarlig for afviklingsordningen.

56. Der er imidlertid grund til at være varsom, hvis Kommissionen ikke foretog nogen direkte handling, da dette kan indikere, at dens rolle i forbindelse med godkendelsen af den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen havde udarbejdet, var rent symbolsk og ikke reel⁴⁰. Eftersom afviklingen af Banco Popular var den første, der blev gennemført i henhold til

³⁷ – Det kan have virket forvirrende, at der i afviklingsordningens artikel 12.1 henvises til SRM-forordningens artikel 18, stk. 6. I denne bestemmelse beskrives afviklingsordningens indhold, men ikke proceduren for dens ikrafttrædelse (som i stedet reguleres ved SRM-forordningens artikel 18, stk. 7).

³⁸ – Den appellerede dom, præmis 117.

³⁹ – Dette fremgår klart af den omstændighed, at der henvises til det tidspunkt, hvor Kommissionen godkendte ordningen, og ikke til det tidspunkt, hvor Afviklingsinstansen fremsendte den til Kommissionen.

⁴⁰ – Retten fastslog i den prøvesag, der ikke blev appelleret (dom af 1.6.2022, Algebris (UK) og Anchorage Capital Group mod Kommissionen, T-570/17, EU:T:2022:314, præmis 122), at Kommissionen skal godkende afviklingsordningen udtrykkeligt for ikke at tilsidesætte Meroni-doktrinen. I betragtning af min holdning til Meroni-doktrinen anvendelse på Afviklingsinstansen (jf. afsnit B.1 nedenfor) er jeg ikke enig i, at Meroni-dommen forpligter Kommissionen til at godkende en afviklingsordning udtrykkeligt.

SRM-forordningen, er det umuligt at vide, om Kommissionen for fremtiden vil godkende afviklingsordninger stiltiende. Det må på nuværende tidspunkt blot antages, at Kommissionen ikke vil handle således⁴¹.

c) Det tredje scenario: Kommissionen gør indsigelse mod afviklingsordningen hvad angår de skønsmæssige aspekter

57. Kommissionen kan gøre indsigelse mod de skønsmæssige aspekter⁴² af afviklingsordningen⁴³. Den skal i så fald begrunde sin indsigelse⁴⁴.

58. Retten fastslog i den appellerede dom, at Kommissionen ikke kan gøre indsigelse mod eller ændre rent tekniske aspekter af afviklingsordningen⁴⁵. Retten konkluderede derfor, at afviklingsordningen har selvstændige retsvirkninger. Afviklingsinstansen indtog ligeledes en tilsvarende holdning i sit svarskrift.

59. Kommissionen indsigelser må nemlig kun vedrøre skønsmæssige aspekter. Ordningens skønsmæssige del er imidlertid baseret på konklusioner, der er draget af dens ikke-skønsmæssige dele. Kommissionen kan eksempelvis gøre indsigelse mod det valg af afviklingsværktøj, som Afviklingsinstansen har foreslået, fordi den drager en anden konklusion af bankens værdiansættelse.

60. I dette scenario har Afviklingsinstansen otte timer til at ændre afviklingsordningen i overensstemmelse med Kommissionens begrundelser⁴⁶.

61. Hvis Kommissionen har gjort indsigelse mod afviklingsordningen, kan den under alle omstændigheder ikke træde i kraft, uden at der tages højde for de pågældende indsigelser. Efter min opfattelse vil det også i dette scenario være rimeligt at drage Kommissionen til ansvar for afviklingsordningen.

d) Det fjerde scenario: Rådets deltagelse

62. Afviklingen skal være nødvendig i almenhedens interesse⁴⁷. Bail-in er desuden et af de afviklingsværktøjer, hvortil der kan anvendes midler fra Den Fælles Afviklingsfond (herefter »Fonden«)⁴⁸. Disse to aspekter af afviklingsordningen er underlagt Rådets kontrol.

⁴¹ – Det kan være problematisk, at Kommissionen ikke reagerer, da dette kan medføre, at Kommissionen bliver passiv og underlægges Afviklingsinstansen. Jf. D. Adamski, »The ESMA doctrine: a constitutional revolution and the economics of delegation«, *European Law Review* 812, bind 39(4), 2014, s. 817 og 818 (hvoraf det fremgår, at når en fuldmagtsgiver sætter sin lid til en fuldmagtshavers tekniske og faglige ekspertise, kan der opstå informationsasymmetri, således at fuldmagtshaveren ender med at træffe politiske valg, som blåstemples af fuldmagtsgiveren).

⁴² – Parterne i appelsagen henviste i retsmødet til valget af afviklingsværktøj, opfyldelsen af afviklingsmålene og andre ikke-tekniske aspekter af afviklingsproceduren.

⁴³ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, andet afsnit. Dette gælder ikke for i) vurderingen af almene hensyn og ii) det beløb, der skal anvendes fra Den Fælles Afviklingsfond. Hvis Kommissionen tager afstand fra et af disse forhold, skal den foreslå Rådet at gøre indsigelse (SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, tredje afsnit). Denne situation beskrives i forbindelse med det fjerde scenario.

⁴⁴ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, sjette afsnit.

⁴⁵ – Den appellerede dom, præmis 132 og 137.

⁴⁶ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, syvende afsnit. Det bestemmes ikke udtrykkeligt, om Kommissionen skal bekræfte den ændrede ordning på ny.

⁴⁷ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 1, litra c).

⁴⁸ – SRM-forordningens artikel 27. Dette værktøj blev ikke anvendt i forbindelse med afviklingen af Banco Popular. Det indgår i vurderingen for fuldstændighedens skyld.

63. Kommissionen kan inden for de første 12 timer efter afviklingsordningens fremsendelse⁴⁹ foreslå Rådet enten at gøre indsigelse mod afviklingsordningen, hvis afviklingen ikke er i almenhedens interesse, eller at godkende eller gøre indsigelse mod Kommissionens forslag om en væsentlig ændring af størrelsen af det beløb, der skal anvendes fra Afviklingsfonden.

64. Rådet træffer i dette scenario afgørelse med simpelt flertal⁵⁰ og skal angive begrundelser for udøvelsen af sin indsigelsesret⁵¹.

65. Hvis Rådet afviser, at der foreligger almene hensyn, skal den relevante enhed opløses i overensstemmelse med national ret⁵². Rådet har således beføjelse til at indstille afviklingen helt.

66. Hvis Rådet godkender Kommissionens forslag om, at der gøres indsigelse eller foretages en ændring af Afviklingsfondens anvendelse, skal Afviklingsinstansen ændre afviklingsordningen tilsvarende inden for otte timer⁵³.

67. I lighed med det tredje scenario fremsætter Kommissionen indsigelser, men til forskel fra det tredje scenario kan den ikke gøre dem gældende over for Afviklingsinstansen uden Rådets samtykke. Der kan således ske flere ting: Rådet kan give samtykke, men det kan også tage afstand fra Kommissionens holdning og dermed tilslutte sig Afviklingsinstansens oprindelige ordning.

68. Hvilken retsakt kan anfægtes i dette fjerde scenario? Hvis Rådets holdning indebærer, at en afviklingsordning forkastes (f.eks. på grund af manglende almene hensyn), er Rådets holdning den eneste retsakt, der kan anfægtes. Afviklingsordningen eksisterer ikke i et sådant scenario.

69. Hvis Rådet er uenigt med Kommissionen og bekræfter, at afviklingen er i almenhedens interesse, kan ordningen imidlertid træde i kraft. Dette sker, selv om Kommissionen ikke har godkendt ordningen. Hvem skal en sag til prøvelse af en sådan ordning anlægges mod: Skal den kun rettes mod Rådet? Eller skal den både rettes mod Rådet og Kommissionen? Der opstår et tilsvarende spørgsmål, hvis det beløb, der skal anvendes fra Afviklingsfonden, ændres, uden at Rådet og Kommissionen når til enighed herom.

70. Svaret kan ikke findes i SRM-forordningen.

71. Uden at det er til hinder for en anden løsning, såfremt der opstår et konkret spørgsmål, og ud fra en abstrakt vurdering af disse situationer er det igen nærliggende at konkludere, at Kommissionen altid skal inddrages i en sag til prøvelse af afviklingsordningen (sammen med Rådet eller alene). Som jeg vil forklare i afsnit B.2, taler det for denne opfattelse, at Kommissionen deltager mere aktivt i afviklingsproceduren, end Rådet gør.

⁴⁹ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, tredje afsnit.

⁵⁰ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, fjerde afsnit.

⁵¹ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, sjette afsnit.

⁵² – SRM-forordningens artikel 18, stk. 8.

⁵³ – SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, syvende afsnit.

B. Kommissionen er juridisk ansvarlig for afviklingsordningen for Banco Popular

72. Jeg vil som tidligere nævnt foreslå Domstolen at fastslå, at Retten fortolkede SRM-forordningen forkert, da den fandt, at afviklingsordningen for Banco Popular er en retsakt, der kan tilregnes Afviklingsinstansen og ikke Kommissionen. Jeg foreslår derfor, at Domstolen giver Kommissionen medhold og ophæver den appellerede dom. Mine argumenter svarer imidlertid ikke helt til Kommissionens.

73. Jeg kan især ikke tilslutte mig Kommissionens argument om, at Meroni-doktrinen kræver, at afviklingsordningen tilregnes Kommissionen. En sådan fortolkning følger ikke desto mindre af SRM-forordningens ordlyd og opbygning.

74. Før jeg angiver begrundelsen for en sådan udlægning af SRM-forordningen (afsnit 2), vil jeg forklare, hvordan Meroni-doktrinen skal forstås i dag (afsnit 1).

1. Delegering af skønsbeføjelser: fra Meroni-dommen til ESMA-dommen

75. Kommissionen har med et af sine argumenter i denne appelsag anført, at det vil stride mod Meroni-doktrinen og princippet om institutionel ligevægt at tillægge Afviklingsinstansen skønsbeføjelser⁵⁴. Hvis man ser på retsaktens tilblivelse fremgår det, at Rådets bidrag til lovgivningsproceduren⁵⁵ resulterede i, at Afviklingsinstansen ikke fik beføjelse til at skabe bindende retsvirkninger for borgerne. Dette ansås for nødvendigt for at sikre overholdelsen af Meroni-doktrinen.

76. Doktrinen navn stammer fra Meroni-dommen, der blev afsagt helt tilbage i 1958⁵⁶. Sagen var anlagt mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab og ikke mod Kommissionen, som ikke fandtes dengang. Den Høje Myndighed gav et privat organ beføjelser til at stå for den økonomiske drift af skrotordningen. Domstolen fastslog, at Den Høje Myndighed kun havde ret til at overdrage nøje definerede gennemførelsesbeføjelser, der skulle kontrolleres fuldstændigt af Den Høje Myndighed⁵⁷.

⁵⁴ – Det kan diskuteres, om Meroni-dommen alene skulle sikre den institutionelle ligevægt, eller om den også skulle muliggøre en effektiv domstolskontrol. Jf. generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2013:562, punkt 64), hvorefter begge hensyn lå til grund for Domstolens afgørelse i Meroni-sagen. Jf. ligeledes M. Chamon, »EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea«, *Common Market Law Review*, bind 48, 2011, s. 1055, 1058 og 1059 (hvor forfatteren angiver, at det ikke er begrundet at sidestille den ligevægt mellem beføjelserne, der var omhandlet i Meroni-dommen, med den institutionelle ligevægt, der blev indført i 1990, eftersom den førstnævnte snarere skal betragtes som en henvisning til den retlige beskyttelsesordning i traktaten).

⁵⁵ – Rådets Juridiske Tjeneste anså det oprindelige forslag for at være for bredt og upræcist, eftersom det gjorde det muligt for Afviklingsinstansen at træffe afgørelse om spørgsmål, der ikke kun var af teknisk karakter, hvilket var i strid med Meroni-doktrinen. Rådet for Den Europæiske Union, Opinion of the Legal Service on the Delegation of powers to the SRB, Bruxelles, 7.10.2013, dok. nr. 14547/13, s. 17 og 26 (herefter »Den Juridiske Tjenestes udtalelse om delegering«). Jf. ligeledes 24. betragtning til SRM-forordningen, hvori begrundelsen for Kommissionens og Rådets inddragelse baseres på den forståelse af Meroni-doktrinen, der følger af Den Juridiske Tjenestes udtalelse.

⁵⁶ – Dom af 13.6.1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7).

⁵⁷ – Dom af 13.6.1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7, s. 72).

77. Meroni-dommen blev en model for vurdering af delegering af beføjelser i henhold til EU-retten⁵⁸. Den fortolkes ofte således, at den fastsætter en regel om, at skønsbeføjelser ikke kan uddelegeres⁵⁹.

78. Et forbud mod delegering af skønsbeføjelser til andre end Kommissionen afspejler imidlertid ikke den aktuelle virkelighed⁶⁰. En lang række agenturer på EU-plan har beføjelse til at træffe juridisk bindende afgørelser, hvilket nødvendigvis vil indebære et vist skøn⁶¹.

79. Lord Diplock har formuleret en definition af begrebet skøn, som jeg anser for nyttig og anvendelig i EU-sammenhæng: »Selve begrebet administrativt skøn indebærer en ret til at vælge mellem mere end én måde at handle på, således at det er muligt for fornuftige personer at have forskellige holdninger til, hvilken der bør foretrækkes«⁶².

80. At anlægge skøn er et naturligt led i regelfastsættelsen: Vedtagelse af regler, der er generelt bindende for alle på samme vilkår, beror på politiske valg. Den udøvende magt tillægges stadig oftere en sådan beføjelse⁶³. Inden for EU kan vedtagelsen af generelle regler kun uddelegeres til Kommissionen⁶⁴. Det kan anføres, at regelfastsættelsen inden for EU skal forblive hos EU-institutionerne.

81. Der udøves imidlertid også skøn i forbindelse med individuel beslutningstagning⁶⁵. Det er sjældent eller aldrig muligt automatisk at anvende en bestemt regel på konkrete faktiske omstændigheder⁶⁶; det er som oftest nødvendigt at træffe valg. En sådan skønsmæssig beslutningstagning i enkeltsager baseres på og begrænses af overordnede generelle regler.

⁵⁸ – Den konventionelle udlægning af Meroni-dommen kan ses som et resultat af, at det ud fra Domstolens henvisning til ligevægten mellem beføjelserne konkluderes, at formålet med denne afgørelse er at bevare den institutionelle ligevægt. Jf. M. Chamon, nævnt i fodnote 54 ovenfor, s. 1058 og 1059. Jf. ligeledes Den Juridiske Tjenestes udtalelse om delegering, s. 3-5.

⁵⁹ – Dom af 13.6.1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7, s. 74). M. Chamon har tilføjet seks yderligere konsekvenser af Meroni-dommen, som er beskrevet i litteraturen: »1) den delegerende myndighed kan ikke uddelegere flere beføjelser, end den selv har, 2) den delegerende myndighed bør sikre løbende kontrol, 3) delegering må ikke være implicit, men skal angives udtrykkeligt, 4) der bør sikres løbende retsligt tilsyn, 5) den institutionelle ligevægt må ikke forstyrres, og 6) delegering skal være nødvendig for at udføre de pågældende opgaver«. M. Chamon, »The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism«, *European Law Review*, bind 39(3), 2014, s. 380, på s. 382.

⁶⁰ – M. Simoncini, »Live and let die? The Meroni doctrine in 2023«, tilgængelig på <https://eulawlive.com/op-ed-live-and-let-die-the-meroni-doctrine-in-2023-by-marta-simoncini/>

⁶¹ – Der henvises i Den Juridiske Tjenestes udtalelse om delegering til Det Europæiske Lægemiddelagentur, de europæiske tilsynsmyndigheder, herunder Den Europæiske Banktilsynsmyndighed, og ESMA (fodnote 11 på s. 5). I artikel 58a i statuten for Domstolen nævnes mindst fire andre kontorer og agenturer, der træffer individuelle afgørelser, som i forlængelse af interne klageprocedurer kan gøres til genstand for direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser, nemlig EU's Kontor for Intellectuel Ejendomsret, EF-Sortsmyndigheden, Det Europæiske Kemikalieagentur og EU's Luftfartssikkerhedsagentur. Det er værd at bemærke, at forslaget om ændring af statuten for Domstolen omfatter en ændring af artikel 58a, hvorefter Afviklingsinstansen også tilføjes til listen over agenturer. Jf. artikel 3 i forslaget til forordning om ændring af protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol. Tilgængelig på https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_3866197/da/

⁶² – Secretary of State for Education and Science mod Tameside MBC [1976] UKHL 6, s. 17. Jf. ligeledes generaladvokat Emiliou's forslag til afgørelse ECB mod Crédit Lyonnais (C-389/21 P, EU:C:2022:844, punkt 44).

⁶³ – D.J. Galligan, »Arbitrariness and Formal Justice in Discretionary Decisions«, i D.J. Galligan (red.), *Essays in Legal Theory: A Collaborative Work*, Melbourne University Press, 1984, s. 145.

⁶⁴ – Artikel 190, stk. 1, TEUF bestemmer desuden, at Kommissionen ved delegation blot kan supplere eller ændre visse ikke-væsentlige bestemmelser i den lovgivningsmæssige retsakt.

⁶⁵ – Jf. den klassiske redegørelse for udøvelse af skøn i forbindelse med administrativ beslutningstagning i D.J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, 1986, genoptrykt i 2011.

⁶⁶ – Uanset hvilken teknisk viden eller ekspertise beslutningstageren har, er denne aldrig kun »la bouche de la loi« (lovens talerør), som Montesquieu udtrykte det. Jf. ligeledes J. Mendes, »Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU«, *Modern Law Review*, bind 80(3), 2017, s. 443.

82. Lovgivningen om delegation inden for EU har udviklet sig siden 1958. Efter min opfattelse kræver den nutidige Meroni-doktrin, at der sondres mellem delegering af beslutningsbeføjelser og skønsmæssige beføjelser til at træffe individuelle afgørelser. De førstnævnte beføjelser kan ikke uddelegeres til agenturer. Det kan de sidstnævnte beføjelser derimod, men udøvelsen af sådanne beføjelser skal indskrænkes tilstrækkeligt i den bemyndigende retsakt.

83. Dette følger af den retspraksis, der er udviklet efter Meroni-dommen.

84. Den første relevante sag er Romano-sagen⁶⁷. I denne sag havde Rådet bemyndiget Den Administrative Kommission for Vandrende Arbejdstageres Sociale Sikring (herefter »Den Administrative Kommission«) til at fastsætte de omregningskurser, som nationale organer skulle anvende ved fastsættelsen af de beløb, der skulle udbetales til en person, for at udligne forskellen mellem pensioner, der modtages fra mere end en medlemsstat.

85. Domstolen fandt, at et organ som Den Administrative Kommission ikke kunne være blevet bemyndiget til at udstede »retsakter af normativ karakter«⁶⁸. Domstolen henviste til EØF-traktatens artikel 155, der regulerede Kommissionens beføjelser. Rådet begik uden tvivl en fejl ved ikke at uddelegere denne beføjelse til Kommissionen⁶⁹. I forbindelse med denne konklusion henviste Domstolen til EØF-traktatens artikel 173 og 177 (nu artikel 263 TEUF og 267 TEUF), som på daværende tidspunkt ikke omhandlede retslig prøvelse af afgørelser fra organer såsom Den Administrative Kommission.

86. Den Administrative Kommissions omregningskurs var derfor ikke bindende for nationale organer, når de skulle fastsætte de pensionsbeløb, der skulle udbetales.

87. Den næste relevante sag er ESMA-sagen, der også er kendt som short selling-sagen⁷⁰. Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed (herefter »ESMA«) blev oprettet som et led i EU's reaktion på finanskrisen med det formål at styrke tilsynet på EU-niveau med de finansielle markeder⁷¹. I 2012 fik ESMA endvidere beføjelse til at træffe afgørelser vedrørende individuelle markedsoperatører, når myndigheden fastslog, at der var en »trussel mod de finansielle markeders funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen«⁷².

88. Det Forenede Kongerige havde nedlagt påstand om annullation af den bestemmelse, hvori ESMA blev tildelt denne beføjelse. Det gjorde gældende, at Meroni- og Romano-doktrinerne var blevet tilsidesat, eftersom ESMA havde fået skønsmæssige beføjelser til at træffe foranstaltninger af normativ karakter. Det Forenede Kongerige gjorde desuden gældende, at artikel 290 TEUF og 291 TEUF indeholder udtømmende regler om delegation og gennemførelse i EU-retten, uden at dette berører de beføjelser, der tillægges agenturer⁷³.

⁶⁷ – Dom af 14.5.1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104).

⁶⁸ – Ibidem, præmis 20.

⁶⁹ – M. Chamon, nævnt i fodnote 54 ovenfor, s. 1063.

⁷⁰ – Dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2014:18).

⁷¹ – Generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2013:562, punkt 2).

⁷² – Artikel 28 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 af 14.3.2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps (EUT 2012, L 86, s. 1).

⁷³ – Det Forenede Kongerige gjorde ligeledes gældende, at artikel 114 TEUF ikke var et korrekt retsgrundlag. Generaladvokat Jääskinin var af samme opfattelse og rådede Domstolen til at give Det Forenede Kongerige medhold i sagen i denne henseende. Jf. generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2013:562, punkt 6 og 48-53). Domstolen var ikke enig heri.

89. I ESMA-dommen undersøgte Domstolen kravene i Meroni-dommen i sammenhæng med Lissabontraktaten og konkluderede, at det fortsat er forbudt at tildele »omfattende diskretionære beføjelser« til et agentur⁷⁴. Den fastslog, at ESMA's beføjelser imidlertid er præcist afgrænsede og underlagt domstolskontrol. ESMA har kun beføjelse til at handle, hvis der foreligger en »trussel mod de finansielle markeders funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen, og der er grænseoverskridende konsekvenser«⁷⁵.

90. Domstolen anså det ikke for relevant, at det kan være nødvendigt at anlægge et skøn ved selve fastlæggelsen af disse brede begreber⁷⁶. Den lagde i stedet vægt på behovet for, at ESMA gør brug af specifik professionel og teknisk ekspertise⁷⁷. Sammenholdt med hvad Domstolen betragtede som en tilstrækkelig begrænsning af udøvelsen af ESMA's beføjelser, var forbuddet i Meroni-dommen mod delegering af skønsmæssige beføjelser ikke blevet tilsidesat.

91. Domstolen redegjorde dernæst for Romano-dommen. Domstolen fastslog i overensstemmelse med generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse⁷⁸, at eftersom artikel 263 TEUF og 267 TEUF nu udtrykkeligt tillader domstolskontrol af retsakter fra agenturer, finder den begrænsning, der er fastsat i Romano-dommen, ikke længere anvendelse⁷⁹.

92. Der var ingen tvivl om, at ESMA på trods af begrænsningerne i den bemyndigende retsforordning udøvede et skøn, når den traf en individuel afgørelse vedrørende en specifik markedsaktør. Jeg må derfor i forlængelse af ESMA-dommen konkludere, at det er muligt at uddelegere skønsmæssige beføjelser til agenturer, der træffer individuelle afgørelser, såfremt de er underlagt domstolskontrol.

93. Det kan overordnet set udledes af Romano-dommen og ESMA-dommen, at beføjelsen til at vedtage almengyldige retsakter ikke kan uddelegeres til agenturer, men at agenturer kan tillægges klart afgrænsede gennemførelsesbeføjelser, som kan gøres til genstand for domstolskontrol⁸⁰.

94. Det vil som følge heraf ikke stride mod Meroni-doktrinen at tillægge Afviklingsinstansen beføjelse til at træffe afgørelse om en afviklingsordning uden godkendelse fra Kommissionen. SRM-forordningen begrænser og indeholder tilstrækkeligt præcise retningslinjer for udøvelsen af Afviklingsinstansens beføjelser, således at Afviklingsinstansen kun kan foretage en afvikling, hvis den anser denne for at være i almenhedens interesse. Denne vurdering er skønsmæssig, men ikke

⁷⁴ – Dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 42).

⁷⁵ – Ibidem, præmis 46 og 47. Jf. ligeledes generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2013:562, punkt 42). Med henblik på at fastslå, at ESMA's skønsmargen er væsentligt begrænset, henviste Domstolen endvidere til ESMA's forpligtelse til at rådføre sig med Det Europæiske Råd for Systemiske Risici (ESRB) og underrette de kompetente nationale myndigheder samt til at revurdere sin foranstaltning mindst hver tredje måned. Domstolen anså det endelig for relevant, at Kommissionen har beføjelse til at vedtage delegerede retsakter, der præciserer de kriterier og faktorer, som ESMA skal tage hensyn til, når der opstår visse negative hændelser eller en negativ udvikling (præmis 50 og 51).

⁷⁶ – Dette standpunkt er blevet kritiseret af J. Mendes, nævnt i fodnote 66 ovenfor, s. 447 og 448, samt af M. Chamon, nævnt i fodnote 59 ovenfor, s. 393.

⁷⁷ – Dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 52, 82 og 85).

⁷⁸ – Generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2013:562, punkt 74 og 88) (hvor det anføres, at uanset hvilke ændringer Lissabontraktaten har medført med hensyn til domstolsprøvelse af retsakter fra agenturer og agenturers mulighed for at udstede juridisk bindende retsakter – hvilket gør Romano-dommen irrelevant – skal den delegerende retsakt »opstille tilstrækkeligt klare kriterier, således at gennemførelsesbeføjelsen kan gøres til genstand for domstolskontrol«).

⁷⁹ – Dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 65).

⁸⁰ – Afviklingsinstansen er ikke det første agentur, der har fået beføjelse til at træffe skønsmæssige afgørelser i enkeltsager, uden at disse skal godkendes af Kommissionen. Jf. herom fodnote 61 ovenfor.

vilkårlig, eftersom den i SRM-forordningen begrænses til kravet om at opfylde et af de afviklingsmål, der er angivet i artikel 14, stk. 2⁸¹. Det skal desuden vurderes, om det vil bringe disse mål i fare, at banken opløses i henhold til national ret⁸².

95. Dette åbner mulighed for at anvende forskellige løsninger i enkeltsager, men de vigtigste politiske valg blev truffet i SRM-forordningen: Heri angives de situationer, hvor et markedsindgreb er nødvendigt, samtidig med at der kræves en afvejning mellem resultatet af at overlade banken til sin skæbne på markedet og resultatet af et EU-indgreb. Hvis den individuelle afgørelse skulle træffes af Afviklingsinstansen alene, ville den desuden have været underlagt Unionens retsinstansers prøvelse.

96. Hvis beføjelsen til at træffe individuelle skønsmæssige afgørelser var blevet uddelegeret til Afviklingsinstansen, ville det have været foreneligt med de principper, der blev fastsat i perioden fra Meroni-dommen til ESMA-dommen, også selv om Kommissionens godkendelse ikke var nødvendig for, at afviklingsordningen kunne træde i kraft.

97. EU-lovgiver valgte alligevel ikke at tilrettelægge afviklingsproceduren på denne måde. I det næste afsnit vil jeg godtgøre, at det ikke er Meroni-doktrinen, men de lovgivningsmæssige valg i SRM-forordningen, der er relevante for afgørelsen af denne appelsag.

2. Hvorfor er Kommissionen juridisk ansvarlig for afviklingsordningen for Banco Popular?

98. Konklusionen om, at Kommissionen er juridisk ansvarlig for afviklingsordningen og den rette sagsøgte i dette annulationssøgsmål, følger af SRM-forordningens ordlyd og opbygning. Den er således et resultat af EU-lovgivers valg.

99. Så snart Afviklingsinstansen har udøvet sit skøn og vedtaget en afviklingsordning, skal den fremsende denne ordning til Kommissionen med henblik på godkendelse.

100. Denne afviklingsordning træder *kun* i kraft, hvis hverken Kommissionen eller Rådet gør indsigelse inden for 24 timer efter Afviklingsinstansens fremsendelse af ordningen. Det er derfor klart, at den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen vedtog, ikke kan blive en juridisk bindende retsakt uden godkendelse fra Kommissionen (eller i visse situationer fra Rådet).

101. Retten konkluderede på grundlag af både SRM-forordningens artikel 16, stk. 1⁸³, og denne forordnings artikel 47⁸⁴, at Afviklingsinstansen er den egentlige ophavsmand og derfor bør være den sagsøgte i annulationssagen. EU-lovgiver udformede imidlertid afviklingsproceduren på en

⁸¹ – I denne bestemmelse opregnes følgende afviklingsmål: »a) at sikre videreførelsen af kritiske funktioner, b) at undgå betydelige negative konsekvenser for den finansielle stabilitet, navnlig ved at forebygge afsmittende virkninger, herunder for markedets infrastrukturer, og ved at opretholde markedsdisciplinen, c) at beskytte offentlige midler ved at minimere afhængigheden af ekstraordinær finansiell støtte fra det offentlige, d) at beskytte indskydere omfattet af [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/49/EU af 16.4.2014 om indskudsgarantiordninger (omarbejdning) (EUT 2014, L 173, s. 149)] og investorer omfattet af [Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/9/EF af 3.3.1997 om investorgarantiordninger (EFT 1997, L 84, s. 22)] og e) at beskytte kundernes midler og aktiver«.

⁸² – SRM-forordningens artikel 18, stk. 5, bestemmer: »[...] en afviklingsforanstaltning [anses] for at være begrundet i almene hensyn, hvis den er nødvendig for at opfylde og står i rimeligt forhold til et eller flere af afviklingsmålene, jf. artikel 14, og en håndtering af enheden som led i almindelig insolvensbehandling ikke ville opfylde afviklingsmålene i samme omfang.«

⁸³ – Retten støttede sig i denne henseende på SRM-forordningens artikel 16, stk. 1, hvorefter Afviklingsinstansen »træffer afgørelse om en afviklingsforanstaltning«. Jf. den appellerede dom, præmis 116 og 120.

⁸⁴ – SRM-forordningens artikel 47 bestemmer, at Afviklingsinstansen skal handle uafhængigt og i almenhedens interesse (stk. 1), og at den ikke må søge eller modtage instrukser fra bl.a. Unionens institutioner eller organer (stk. 2). Til trods for Afviklingsinstansens uafhængighed har Kommissionen i henhold til SRM-forordningen fået udtrykkelige beføjelser til at tillægge afviklingsordningen bindende retsvirkninger.

sådan måde, at Afviklingsinstansens uafhængighed i forbindelse med afviklingsordningens vedtagelse ikke er tilstrækkelig til, at den kan betragtes som denne retsakts retlige ophavsmand. I retlig henseende eksisterer afviklingsordningen ikke, hvis Kommissionen ikke har godkendt den.

102. Kommissionen har – hvilket jeg er helt enig i – gjort gældende, at Rettens begrundelse var selvmodsigende. På den ene side erkendte Retten, at Kommissionens godkendelse af afviklingsordningen er en nødvendig betingelse for, at den kan træde i kraft⁸⁵. På den anden side fastslog Retten, at afviklingsordningen er en retsakt, der kan træde i kraft og have selvstændige retsvirkninger⁸⁶.

103. Det er i det foreliggende tilfælde klart, at afviklingsordningen ikke havde selvstændige retsvirkninger. Den blev først juridisk bindende på det tidspunkt, hvor Kommissionen udtrykkeligt havde godkendt den.

104. Der giver i den appellerede dom anledning til usikkerhed, at der formelt indgår to retsakter i afviklingsproceduren, nemlig den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen har vedtaget, og den godkendelse, som Kommissionen har givet. Hvis der formelt set foreligger to retsakter, hvilken retsakt kan da anfægtes?

105. Dette spørgsmål er misvisende. Begrebet anfægtelig retsakt sigter ikke til formen, men til indholdet. Det er snarere spørgsmålet, hvad der anfægtes i det foreliggende tilfælde. Sagsøgerne har naturligvis en interesse i, at selve afviklingsordningen eller dele heraf annulleres. Kommissionens godkendelse er kun relevant for dem, for så vidt som der ikke ville være nogen afviklingsordning uden denne.

106. I denne forstand er Kommissionens godkendelse ikke en selvstændig retsakt. Den vedrører den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen har forelagt, og giver ingen mening uden sit indhold. Selv om Kommissionens skriftlige godkendelse kun fylder en halv side, er afviklingsordningen godkendelsens genstand og dermed en integrerende del af denne afgørelse.

107. Afviklingsordningen kan af samme grund ikke adskilles fra sin godkendelse, uden hvilken den ikke kan føres ud i livet. Ingen af de to retsakter kan anfægtes særskilt.

108. Efter min opfattelse kan den anfægtelige retsakt kun være *afviklingsordningen som godkendt af Kommissionen*. Det kan også beskrives omvendt: Kommissionens godkendelse er en anfægtelig retsakt, men afviklingsordningen udgør en integrerende del af denne godkendelse.

109. Det efterlader spørgsmålet om, hvem der skal betragtes som den juridisk relevante ophavsmand til disse uadskillelige retsakter.

110. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at Retten slet ikke tog hensyn til Domstolens praksis vedrørende sammensatte procedurer. Ifølge denne praksis er den eneste retsakt, der har bindende retsvirkninger, den, der bringer hele proceduren til ophør⁸⁷. Denne retspraksis gælder, som Kommissionen har anført, ikke kun for vertikale sammensatte procedurer (der både involverer EU-organer og nationale organer), men også for horisontale procedurer

⁸⁵ – Kommissionen har henvist til den appellerede doms præmis 127, 128 og 130.

⁸⁶ – Kommissionen har i denne forbindelse henvist til den appellerede doms præmis 117, 120 og 127.

⁸⁷ – Kommissionen har i denne forbindelse henvist til dom af 11.11.1981, IBM mod Kommissionen (60/81, EU:C:1981:264, præmis 10-12), og af 19.12.2018, Berlusconi og Fininvest (C-219/17, EU:C:2018:1023, præmis 49).

såsom afviklingsproceduren. Kommissionen har som følge heraf gjort gældende, at dens godkendelse bringer afviklingsproceduren til ophør og derfor er den anfægtelige retsakt. Dette kan imidlertid kun tiltrædes, hvis godkendelsen ikke adskilles fra den retsakt, der godkendes.

111. Det følger af retspraksis, at den juridisk relevante *ophavsmand* til en retsakt er det organ, hvis afgørelse har bragt proceduren til ophør. Eftersom proceduren afsluttes, når afviklingsordningen er blevet godkendt, er dette organ Kommissionen⁸⁸.

112. Kommissionens godkendelse opfatter hele afviklingsordningen, herunder dens tekniske og skønsmæssige aspekter. Som Kommissionen med rette gjorde gældende i retsmødet, er disse aspekter indbyrdes afhængige og uadskillelige.

113. Det kan ikke udledes af SRM-forordningens ordlyd, at Kommissionen kun godkender afviklingsordningens skønsmæssige dele. Det forholder sig stik modsat. Det fremgår af SRM-forordningens artikel 18, stk. 7, andet afsnit, at »Kommissionen [...] enten [skal] godkende eller gøre indsigelse mod *ordningen hvad angår de skønsmæssige aspekter* [...]«⁸⁹. I modsætning til en indsigelse, som kun er rettet mod afviklingsordningens skønsmæssige aspekter, vedrører en godkendelse således ordningen i dens helhed.

114. Retten støttede derfor med urette sin afgørelse på Kommissionens beføjelse til kun at gøre indsigelse mod de skønsmæssige aspekter af afviklingsordningen⁹⁰. De ikke-skønsmæssige dele er faktuelle og kan være forkerte, men de indebærer ingen valgmulighed. Når Kommissionen godkender afviklingsordningen, vil den nødvendigvis også godkende de faktiske konstateringer, der dannede grundlag for de skønsmæssige valg.

115. Efter at Kommissionen har godkendt en afviklingsordning, får den retsvirkninger for tredjemand, og Kommissionen bliver juridisk ansvarlig for hele afviklingsordningen. Det er derfor ikke nødvendigt at lade Afviklingsinstansen optræde som medsagsøgt.

116. Kommissionen har i forbindelse med sit andet appelanbringende påberåbt sig retten til forsvar til støtte for sit argument om, at den i det foreliggende tilfælde er ophavsmand til den anfægtelige retsakt. Den har anført, at dens ret til at forsvare afviklingsordningen, vil være begrænset, hvis den ikke er sagsøgt i sagen⁹¹.

117. Dette argument vender tingene på hovedet. Den fulde adgang til at forsvare retsakten er kun vigtig, hvis Kommissionen er juridisk ansvarlig for den. Retten til forsvar medfører ikke, at Kommissionen bliver det juridisk ansvarlige organ, men er snarere en konsekvens heraf. Kommissionens status som ophavsmand følger af ordlyden og opbygningen af SRM-forordningen, hvorefter denne afviklingsordnings juridiske eksistens tager sin begyndelse, når den er godkendt af Kommissionen. Kommissionens ret til at forsvare ordningen følger af denne status som ophavsmand.

⁸⁸ – En sag anlagt mod Kommissionen til prøvelse af indførelsen af antidumpingtold blev tilsvarende afvist, fordi »beslutningskompetencen tilkommer [...] Rådet, som kan afholde sig fra at træffe beslutning, hvis det er uenigt med Kommissionen, eller træffe en beslutning på grundlag af dennes forslag«. Kendelse af 8.5.1985, Koyo Seiko mod Rådet og Kommissionen (256/84, EU:C:1985:178, præmis 3).

⁸⁹ – Min fremhævelse.

⁹⁰ – Den appellerede dom, præmis 137. Jf. ligeledes punkt 18 i dette forslag til afgørelse.

⁹¹ – Kommissionen har henvist til artikel 142 i Rettens procesreglement, hvoraf det fremgår, at intervenienter ikke kan indgive selvstændige indlæg.

118. Afviklingsinstansens parallelle argument om, at dens ret til forsvar vil blive tilsidesat, hvis den ikke er sagsøgt, kan af samme grund ikke tiltrædes. Hvis det ikke er hensigten, at Afviklingsinstansen skal være juridisk ansvarlig for afviklingsordningen, er der ingen grund til, at den skal have fuld ret til forsvar. Dette indebærer imidlertid ikke, at den ikke kan indtræde i en sag, der er anlagt til prøvelse af afviklingsordningen.

119. Den anfægtelige retsakt er derfor Kommissionens godkendelse af afviklingsordningen for Banco Popular. Denne godkendelse, der omfatter afviklingsordningen, har retsvirkninger og kan derfor gøres til genstand for domstolskontrol⁹².

120. Rettens argumentation, som er støttet på SRM-forordningens artikel 86, stk. 2⁹³, og hvorefter den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen har vedtaget, udgør en anfægtelig retsakt, eftersom dens afgørelser kan påklages, berører ikke den foregående konklusion. Der findes andre afgørelser fra Afviklingsinstansen, f.eks. en afgørelse om ikke at indlede afviklingsproceduren, som falder ind under denne bestemmelse⁹⁴.

121. Retten bemærkede desuden, at afviklingsordningen i sig selv har bindende retsvirkninger, eftersom FROB er forpligtet til at gennemføre den⁹⁵. Retten drog tilsyneladende denne konklusion uden at tage hensyn til afviklingsordningens artikel 13, hvorefter denne ordning er rettet til FROB og skal meddeles denne myndighed, når den er blevet godkendt af Kommissionen eller Rådet. Det taler således for Kommissionens argument, at dens godkendelse er afgørende for, hvornår afviklingsordningen træder i kraft over for adressaten, dvs. den nationale afviklingsmyndighed.

122. Det må ud fra samtlige ovenstående betragtninger konkluderes, at Kommissionen er den juridisk ansvarlige ophavsmand til afviklingsordningen.

123. Der er imidlertid et yderligere spørgsmål, som skal klarlægges. Retligt bindende foranstaltninger skal indeholde en begrundelse for at gøre det muligt for Unionens retsinstanser at foretage en effektiv retslig prøvelse⁹⁶. Det er vanskeligt for en person, der er berørt af en foranstaltning, at anfægte den på en passende måde, hvis vedkommende ikke er bekendt med grundlaget for den.

⁹² – Ifølge Domstolens faste praksis udgør enhver afgørelse, der er truffet af en EU-institution, et EU-organ, et EU-kontor eller et EU-agentur, som skal skabe retsvirkninger, uafhængigt af dens karakter eller form en anfægtelig retsakt. Dom af 20.11.2018, Kommissionen mod Rådet (Beskyttet havområde i Antarktis) (C-626/15 og C-659/16, EU:C:2018:925, præmis 59).

⁹³ – Den appellerede dom, præmis 140. SRM-forordningens artikel 86, stk. 2, bestemmer: »Medlemsstaterne og EU-institutionerne samt enhver fysisk eller juridisk person kan anlægge sag ved Domstolen vedrørende Afviklingsinstansens afgørelser i overensstemmelse med artikel 263 i TEUF.«

⁹⁴ – Det var netop Afviklingsinstansens mulighed for at træffe en afgørelse om ikke at indlede afviklingsproceduren, der medførte, at Domstolen i dom af 6.5.2021, ABLV Bank m.fl. mod ECB (C-551/19 P og C-552/19 P, EU:C:2021:369) (som Retten fejlagtigt lagde til grund), fastslog, at ECB's vurdering af, om en enhed er nødlidende eller forventeligt nødlidende, ikke er en anfægtelig retsakt. Jf. den appellerede dom, præmis 135, hvori der henvises til dom af 6.5.2021, ABLV Bank m.fl. mod ECB (C-551/19 P og C-552/19 P, EU:C:2021:369, præmis 66).

⁹⁵ – Den appellerede dom, præmis 119.

⁹⁶ – Dom af 8.5.2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg mod ECB (C-450/17 P, EU:C:2019:372, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).

124. Begrundelsen for, at afviklingen af Banco Popular opfylder betingelserne i SRM-forordningen, er angivet i selve afviklingsordningen. Når Kommissionen godkender denne afviklingsordning, godkender den også begrundelserne for denne ordning, og den skal være parat til at forsvare dem ved Unionens retsinstanser⁹⁷.

125. Det er ikke ligegyldigt, om Kommissionen faktisk har mulighed for at forsvare begrundelsen for afviklingen af Banco Popular fuldt ud. Dette er kun muligt, hvis Kommissionen er den egentlige ophavsmand til denne retsakt.

126. I henhold til SRM-forordningens artikel 43, stk. 3, har Kommissionen (og ECB) en repræsentant, som har ret til at deltage i Afviklingsinstansens eksekutivmøder og plenarmøder som permanent observatør, og som deltager i drøftelser og har indsigt i alle dokumenter⁹⁸.

127. I Algebris-dommen⁹⁹, der også vedrørte afviklingen af Banco Popular, fastslog Retten, at Kommissionen faktisk havde deltaget i forberedelserne til afviklingen og havde foretaget en passende vurdering af den afviklingsordning, som Afviklingsinstansen havde fremlagt for den. Selv om den kun deltog i 77 minutter, skal dette holdes op mod, at den deltog i hele den procedure, der resulterede i afviklingsordningen, i en situation, hvor det var vigtigt at handle hurtigt¹⁰⁰.

128. Kommissionens godkendelse af afviklingsordningen for Banco Popular synes at ikke være udtryk for automatisk blåstempling. Kommissionens godkendelse indebar, at den tilsluttede sig afviklingsordningens indhold.

129. Denne godkendelse var imidlertid ikke ledsaget af selve afviklingsordningen¹⁰¹. I Algebris-dommen fastslog Retten – til dels i modsætning til den appellerede dom – at Kommissionens henvisning til afviklingsordningen og de heri anførte begrundelser var tilstrækkelige til at opfylde begrundelsespligten. Den bemærkede, at »[a]fviklingsordningen og begrundelsen herfor må [...] anses for at indgå i den sammenhæng«¹⁰², i hvilken Kommissionens godkendelse blev vedtaget.

130. I den foreliggende sag blev det imidlertid spurgt i retsmødet, hvordan borgere skal anlægge direkte søgsmål i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF, hvis de ikke har kendskab til de begrundelser, hvorpå Kommissionen baserede sin godkendelse i selve godkendelsen.

⁹⁷ – Det fremgår af Kommissionens godkendelse af afviklingsordningen for Banco Popular, at »Kommissionen er enig i afviklingsordningen. Den er bl.a. enig i Afviklingsinstansens begrundelser for, hvorfor afviklingen er nødvendig i almenhedens interesse«. Punkt 4 i Kommissionens godkendelse.

⁹⁸ – Rådet er ikke sikret en tilsvarende ret til deltagelse.

⁹⁹ – Dom af 1.6.2022, Algebris (UK) og Anchorage Capital Group mod Kommissionen (T-570/17, EU:T:2022:314, præmis 138, 139 og 143). Denne dom blev ikke appelleret.

¹⁰⁰ – I Algebris-sagen forklarede Kommissionen, at den havde deltaget i de forberedende faser af vedtagelsen af afviklingsordningen, hvor der blev afholdt daglige møder og modtaget to udkast til afviklingsordninger, som Afviklingsinstansen havde sendt til den, og at den havde fået indsigt i alle dokumenter, der var relevante for afviklingsordningens udarbejdelse, bl.a. dokumenter vedrørende Banco Populærs finansielle situation. Dom af 1.6.2022, Algebris (UK) og Anchorage Capital Group mod Kommissionen (T-570/17, EU:T:2022:314, præmis 132-135).

¹⁰¹ – Kommissionen henviste blot til afviklingsordningen for Banco Popular i sin godkendelse (punkt 2).

¹⁰² – Dom af 1.6.2022, Algebris (UK) og Anchorage Capital Group mod Kommissionen (T-570/17, EU:T:2022:314, præmis 151 og 156).

131. Kommissionen svarede, at det var vanskeligt at offentliggøre afviklingsordningen sammen med godkendelsen, fordi den indeholder fortrolige oplysninger. Den anførte, at det ikke desto mindre fremgår klart af godkendelsen, at der henvises til afviklingsordningen for Banco Popular, som Afviklingsinstansen havde lagt ud på sit websted, og som derfor var offentligt tilgængelig¹⁰³.

132. Efter min opfattelse bør Kommissionen for fremtiden knytte en ikke-fortrolig udgave af afviklingsordningen som bilag til den godkendelse, der offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*. Selv om det store antal direkte søgsmål, der i øjeblikket verserer for Retten, vidner om, at de berørte personer havde kendskab til afviklingsordningen, vil en samlet offentliggørelse af godkendelsen og afviklingsordningen gøre det klart, at Kommissionen med sin godkendelse tilslutter sig hele afviklingsordningen, herunder de begrundelser, hvorpå den er baseret.

133. Det er som følge heraf min opfattelse, at afviklingsordningen ikke har nogen selvstændig juridisk eksistens, og at den derfor ikke kan anfægtes uafhængigt af Kommissionens godkendelse. Et direkte søgsmål bør rettes mod Kommissionens godkendelse af Afviklingsinstansens afviklingsordning. Der er derfor tale om en enkelt anfægtelig retsakt, hvis ophavsmand er Kommissionen.

VII. Forslag til afgørelse

134. Jeg foreslår på grundlag af det ovenfor anførte Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 1. juni 2022, Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og SFL mod Afviklingsinstansen (T-481/17, EU:T:2022:311), ophæves, for så vidt som Retten heri fastslog, at et søgsmål til prøvelse af den af Den Fælles Afviklingsinstans (Afviklingsinstansen) vedtagne afviklingsordning kunne antages til realitetsbehandling.
- Den af Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og Stiftung für Forschung und Lehre (SFL) nedlagte annullationspåstand afvises.
- Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og Stiftung für Forschung und Lehre (SFL) bærer hver deres egne omkostninger og betaler hver de omkostninger, som Afviklingsinstansen og Banco Santander, S.A. har afholdt i sagen for Retten.
- Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno og Stiftung für Forschung und Lehre (SFL) bærer hver deres egne omkostninger og betaler de omkostninger, som Afviklingsinstansen og Europa-Kommissionen har afholdt i appelsagen.
- De øvrige intervenienter i sagen for Retten bærer hver deres egne omkostninger i forbindelse med denne sag, og intervenienterne i sagen for Domstolen betaler hver deres egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.«

¹⁰³ – Kommissionen fulgte samme praksis i forbindelse med afviklingen af Sberbank banka d.d. og Sberbank d.d. Jf. Kommissionens afgørelse (EU) 2022/947 af 1.3.2022 [om] godkendelse af afviklingsordningen for Sberbank banka d.d. (EUT 2022, L 164, s. 63) og Kommissionens afgørelse (EU) 2022/948 af 1.3.2022 [om] godkendelse af afviklingsordningen for Sberbank d.d. (EUT 2022, L 164, s. 65).