



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 5 december 2018¹

Zaak C-450/17 P

**Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank
tegen**

Europese Centrale Bank (ECB)

„Hogere voorziening – Economisch en monetair beleid – Prudentieel toezicht op kredietinstellingen – Verordening (EU) nr. 1024/2013 – Artikel 6, lid 4 – Verordening (EU) nr. 468/2014 – Artikel 70, lid 1 – Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme (GTM) – Bevoegdheden van de Europese Centrale Bank (ECB) – Decentrale uitoefening door de nationale autoriteiten – Indeling van een instelling als een belangrijke entiteit – Rechtstreeks toezicht door de ECB – Uitzondering – Aanwezigheid van bijzondere omstandigheden – Indeling als belangrijk van een onder toezicht staande entiteit niet passend”

1. De val van de toonaangevende Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers in september 2008 wordt over het algemeen beschouwd als het beginpunt van een zware financiële en bankencrisis die bijna alle geavanceerde economieën te gronde dreigde te richten. De crisis was zo ernstig en van zulke lange duur – waardoor in heel wat lidstaten banken moesten worden geherkapitaliseerd en genationaliseerd – dat zij in feite een existentiële bedreiging vormde voor de budgettaire stabiliteit van heel wat landen binnen de eurozone en op bepaalde momenten daadwerkelijk het voortbestaan van de euro zelf in gevaar bracht.

2. Deze crisis heeft dus haar schaduw vooruitgeworpen. Wetgevers en regelgevers worstelen sindsdien om de verstreckende gevolgen van deze bankencrisis te verwerken en te doorgronden hoe een regelgevingssysteem dat tot dan toe volstrekt adequaat had geleken uiteindelijk heeft kunnen tekortschieten toen het tijdens die zwarte dagen vanaf 2008 zijn deugdelijkheid moest aantonen. De Uniewetgever heeft daaruit onder meer de lering getrokken dat de praktijk van het schaduwbankieren en het feit dat de systemische aard van het risico dat grote bankinstellingen mogelijk inhouden, niet werd onderkend, ten grondslag liggen aan de tekortkomingen in de regelgeving die naar aanleiding van de crisis van 2008 aan het licht zijn gekomen.

3. In vele opzichten vormt dit alles de achtergrond van deze hogere voorziening, die Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank (hierna: „rekwirante”) instelt om het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 mei 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB (T-122/15, EU:T:2017:337) (hierna: „bestreden arrest”), te laten vernietigen. Bij dat arrest heeft het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van besluit ECB/SSM/15/1 van de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”) van 5 januari 2015 afgewezen. Dat besluit van de ECB is dan weer vastgesteld op grond van artikel 6, lid 4, en artikel 24, lid 7, 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

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63) (hierna: „basisverordening”). Dat besluit houdt uiteindelijk in dat de ECB niet is ingegaan op rekwirantes verzoek om te worden erkend als een minder belangrijke entiteit in de zin van artikel 6, lid 4, van die verordening (hierna: „litigieus besluit”).

4. De aanmerking van rekwirante als belangrijke entiteit had tot gevolg dat zij onder rechtstreeks prudentieel toezicht van de ECB kwam en niet onder dat van de bevoegde Duitse autoriteiten. Rekwirante betoogt dat zij moet worden aangemerkt als een minder belangrijke entiteit aangezien volgens haar sprake is van „bijzondere omstandigheden” als bedoeld in artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70 van verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (PB 2014, L 141, blz. 1) (hierna: „GTM-kaderverordening”). Alvorens dit betoog te onderzoeken, is het evenwel nodig om eerst de toepasselijke wetsbepalingen uiteen te zetten.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Basisverordening

5. Artikel 1, eerste alinea, van de basisverordening bepaalt dat „[b]ij deze verordening [...] aan de ECB specifieke taken betreffende het beleid op het gebied van het prudentieel toezicht op kredietinstellingen [worden] opgedragen om bij te dragen aan de veiligheid en de soliditeit van kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel in de Unie en in elke lidstaat, daarbij ten volle rekening houdend met en zorg dragend voor de eenheid en de integriteit van de interne markt, die op gelijke behandeling van de kredietinstellingen berust teneinde regelgevingsarbitrage te voorkomen”.

6. Artikel 2 van de basisverordening, met als opschrift „Definities” luidt, als volgt:

„In deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

9. ‚één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme’ (GTM): het systeem voor financieel toezicht dat bestaat uit de ECB en nationale bevoegde autoriteiten van deelnemende lidstaten omschreven in artikel 6 van deze verordening.”

7. In artikel 4 van de basisverordening, met als opschrift „Aan de ECB opgedragen taken”, staat in lid 1 te lezen dat „[b]innen het kader van artikel 6 [...] de ECB overeenkomstig lid 3 van dit artikel de exclusieve bevoegdheid [heeft] om met het oog op het prudentieel toezicht ten aanzien van alle in de deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen de [negen opgesomde] taken uit te voeren”.

8. Artikel 6 van de basisverordening, met als opschrift „Samenwerking binnen het GTM”, bepaalt het volgende:

„1. De ECB vervult haar taken binnen één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme dat bestaat uit de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten. De ECB is verantwoordelijk voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van het GTM.

[...]

4. Wat betreft de in artikel 4 genoemde taken, uitgezonderd die in lid 1, onder a) en c), is de ECB belast met de in lid 5 van dit artikel genoemde verantwoordelijkheden en zijn de nationale bevoegde autoriteiten belast met de in lid 6 van dit artikel genoemde verantwoordelijkheden in het kader en met inachtneming van de in lid 7 van dit artikel bedoelde procedures, ten aanzien van het toezicht op de volgende kredietinstellingen, financiële holdings of gemengde financiële holdings, of in deelnemende lidstaten gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die in niet-deelnemende lidstaten zijn gevestigd:

- [d]ie, welke op geconsolideerde basis, minder belangrijk zijn, waarbij het hoogste consolidatieniveau zich in de deelnemende lidstaten bevindt, of afzonderlijk in het specifieke geval van in deelnemende lidstaten gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die gevestigd zijn in niet-deelnemende lidstaten. Het belang wordt beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:
 - i) de omvang;
 - ii) het belang voor de economie van de Unie of van een deelnemende lidstaat;
 - iii) het belang van de grensoverschrijdende activiteiten.

Wat betreft de vorige alinea wordt een kredietinstelling, een financiële holding of een gemengde financiële holding niet als minder belangrijk beschouwd, tenzij zulks gerechtvaardigd is op grond van bijzondere omstandigheden die in de methodologie moeten worden gespecificeerd, indien aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i) de totale waarde van de activa bedraagt meer dan 30 miljard EUR;
- ii) het aandeel van de totale activa in het bbp van de deelnemende lidstaat van vestiging bedraagt meer dan 20 %, tenzij de totale waarde van de activa minder dan 5 miljard EUR bedraagt;
- iii) na kennisgeving door haar nationale bevoegde autoriteit dat zij de betrokken instelling van groot belang acht voor de binnenlandse economie, neemt de ECB een besluit waarin zij dit belang bevestigt nadat zij een alomvattende beoordeling, inclusief aan balansbeoordeling, van die kredietinstelling heeft verricht.

De ECB kan ook op eigen initiatief een instelling van groot belang achten als deze in meer dan één deelnemende lidstaat dochterbanken heeft gevestigd en haar grensoverschrijdende activa of verplichtingen een aanzienlijk deel van haar totale activa of verplichtingen vertegenwoordigen, mits aan de voorwaarden van de methode wordt voldaan.

Die waarvoor rechtstreeks om openbare financiële bijstand van de [Europese Faciliteit voor financiële stabiliteit (EFSF)] of het [Europees stabiliteitsmechanisme (ESM)] is verzocht en die deze bijstand rechtstreeks hebben ontvangen, worden niet minder belangrijk geacht.

Niettegenstaande de vorige alinea's, verricht de ECB de haar bij deze verordening opgedragen taken ten aanzien van de drie belangrijkste kredietinstellingen in elke deelnemende lidstaat, tenzij gerechtvaardigd op grond van bijzondere omstandigheden.

5. Met betrekking tot de in lid 4 bedoelde kredietinstellingen en binnen het in lid 7 bepaalde kader:

- a) richt de ECB verordeningen, richtsnoeren of algemene instructies tot de nationale bevoegde autoriteiten, die overeenkomstig die verordeningen, richtsnoeren en algemene instructies de in artikel 4, met uitzondering van de in lid 1, punten a) en c), omschreven taken verrichten en besluiten inzake toezicht vaststellen[.]

Die instructies kunnen naar de specifieke bevoegdheden in artikel 16, lid 2, voor groepen of categorieën van kredietinstellingen verwijzen teneinde voor consistente toezichtsresultaten binnen het GTM te zorgen;

- b) kan de ECB, als dat nodig is voor een consistente toepassing van hoge toezichtsnormen, te allen tijde op eigen initiatief na overleg met de nationale bevoegde autoriteiten, of op verzoek van een nationale bevoegde autoriteit, besluiten om voor een of meer van de in lid 4 bedoelde kredietinstellingen alle toepasselijke bevoegdheden rechtstreeks zelf uit te oefenen, ook wanneer onrechtstreeks om financiële steun van de EFSF of het ESM is verzocht of die steun onrechtstreeks van de EFSF of het ESM is ontvangen;
- c) oefent de ECB, op basis van de in dit artikel en in het bijzonder in lid 7, onder punt c), bepaalde verantwoordelijkheden en procedures, het toezicht uit op het functioneren van het systeem;
- d) kan de ECB te allen tijde gebruikmaken van de in de artikelen 10 tot en met 13 bedoelde bevoegdheden;
- e) kan de ECB daarnaast, ad hoc of op permanente basis, de nationale bevoegde autoriteiten verzoeken om informatie over de uitvoering van de door hen op grond van dit artikel verrichte taken.

6. Onverminderd lid 5 van dit artikel, verrichten de nationale bevoegde autoriteiten de in artikel 4, lid 1, onder de punten b), d) tot g) en i), bedoelde taken, waarvoor zij verantwoordelijk zijn, en stellen zij alle relevante besluiten inzake toezicht vast met betrekking tot de in lid 4, eerste alinea, van dit artikel, bedoelde kredietinstellingen, binnen het kader en volgens de procedures van lid 7 van dit artikel.

[...]

7. De ECB stelt in overleg met de nationale bevoegde autoriteiten, en op grond van een voorstel van de raad van toezicht, een kader voor de praktische regeling ter uitvoering van dit artikel vast en maakt dat kader bekend. [...]

[...]”

B. GTM-kaderverordening

9. Artikel 1 van de GTM-kaderverordening, met als opschrift „Onderwerp en doel”, luidt:

„1. Deze verordening stelt regels vast met betrekking tot alle volgende zaken:

- a) het kader zoals vermeld in artikel 6, lid 7, van de [basis]verordening, namelijk een kader waarbinnen de praktische regelingen worden georganiseerd voor het implementeren van artikel 6 van de [basis]verordening inzake samenwerking binnen het GTM, met inbegrip van:
 - i) de specifieke methodologie voor de beoordeling en toetsing of een onder toezicht staande entiteit aangemerkt moet worden als belangrijk of minder belangrijk op basis van de in artikel 6, lid 4, van de [basis]verordening vastgelegde criteria, alsmede op basis van de uit deze beoordeling resulterende regelingen;

[...]”

10. Artikel 70 van de GTM-kaderverordening, met als opschrift „Bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat een belangrijke onder toezicht staande entiteit als minder belangrijk wordt ingedeeld”, bepaalt:

„1. Van bijzondere omstandigheden zoals vermeld in de tweede en vijfde alinea van artikel 6, lid 4, van de [basis]verordening (hierna: ‚bijzondere omstandigheden’) is sprake indien er specifieke en feitelijke omstandigheden zijn waardoor de indeling als belangrijk niet passend is in het licht van de doeleinden en beginselen van de [basis]verordening en meer in het bijzonder om de vereiste consistente toepassing van hoge toezichtstandaarden te garanderen.

2. De term ‚bijzondere omstandigheden’ wordt strikt geïnterpreteerd.”

11. In artikel 71 van de GTM-kaderverordening, met als opschrift „Beoordeling van de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden” staat in lid 1 te lezen:

„Het feit of er bijzondere omstandigheden bestaan die rechtvaardigen dat een entiteit als minder belangrijk ingedeeld wordt, terwijl die entiteit normaliter als belangrijk ingedeeld wordt, wordt bepaald per individueel geval en specifiek ten aanzien van de betreffende onder toezicht staande entiteit of onder toezicht staande groep, maar niet ten aanzien van categorieën onder toezicht staande entiteiten.”

II. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

12. Rekwirante is de investerings- en ontwikkelingsbank (Förderbank) van Baden-Württemberg (Duitsland). Zij is opgericht bij § 1, lid 1, van de wet betreffende de regionale kredietbank van de deelstaat Baden-Württemberg en is een publiekrechtelijke rechtspersoon waarvan de deelstaat Baden-Württemberg de enige aandeelhouder is.

13. Op 25 juni 2014 heeft de ECB rekwirante, zakelijk weergegeven, laten weten dat deze, gezien haar belangrijkheid, overeenkomstig artikel 6, lid 4, van de basisverordening onder het exclusieve toezicht van de ECB en niet onder het gedeelde toezicht van het GTM viel, en heeft zij haar verzocht haar opmerkingen daarover in te dienen.

14. Op 10 juli 2014 is rekwirante opgekomen tegen deze analyse en zij heeft daartoe met name het bestaan aangevoerd van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en van de artikelen 70 en 71 van de GTM-kaderverordening.

15. Op 1 september 2014 heeft de ECB een besluit vastgesteld waarbij rekwirante als belangrijke entiteit in de zin van artikel 6, lid 4, van de basisverordening is aangemerkt.

16. Op 6 oktober 2014 heeft rekwirante om toetsing van dit besluit verzocht op grond van artikel 24, leden 1, 5 en 6, van de basisverordening, gelezen in samenhang met artikel 7 van besluit [2014/360/EU] van de ECB van 14 april 2014 betreffende de oprichting van een administratieve raad voor toetsing en zijn werkwijze (PB 2014, L 175, blz. 47). Op 23 oktober 2014 heeft een hoorzitting plaatsgevonden voor de administratieve raad voor toetsing.

17. Op 20 november 2014 heeft de administratieve raad voor toetsing een advies uitgebracht waarin hij tot de slotsom is gekomen dat het besluit van de ECB rechtmatig was.

18. Op 5 januari 2015 heeft de ECB het litigieuze besluit vastgesteld, waarbij het besluit van 1 september 2014 is ingetrokken en vervangen, doch rekwirante nog steeds als belangrijke entiteit werd aangemerkt.

19. In het litigieuze besluit heeft de ECB erop gewezen dat de waarde van de activa van rekwirante meer dan 30 miljard EUR bedroeg, en heeft zij de argumenten die rekwirante ontleende aan het bestaan van „bijzondere omstandigheden” in de zin van artikel 6, lid 4, van de basisverordening die zouden rechtvaardigen dat rekwirante onder het rechtstreekse prudentieel toezicht van de Duitse autoriteiten bleef vallen, van de hand gewezen.

20. De ECB heeft daarin, zakelijk weergegeven, het volgende beklemtoond:

- het als belangrijke entiteit aanmerken van rekwirante was niet in tegenspraak met de doelstellingen van de basisverordening;
- het risicoprofiel van een entiteit was niet relevant in het kader van het aanmerken van die entiteit;
- zelfs indien de ECB van oordeel zou zijn dat in het geval van rekwirante bijzondere omstandigheden aanwezig waren, zou zij ook moeten nagaan of die omstandigheden herindeling van rekwirante als een minder belangrijke entiteit rechtvaardigden;
- volgens artikel 70, lid 2, van de GTM-kaderverordening diende het begrip bijzondere omstandigheden restrictief te worden uitgelegd, zodat alleen wanneer het rechtstreekse toezicht van de ECB niet passend was, een entiteit in de plaats van als „belangrijke” als „minder belangrijke” entiteit kon worden ingedeeld;
- de inaanmerkingneming van het evenredigheidsbeginsel voor uitleggingsdoeleinden kan niet tot gevolg hebben dat de ECB verplicht is, na te gaan of de toepassing van de criteria van artikel 6, lid 4, van de basisverordening op een entiteit voldoet aan eisen van het evenredigheidsbeginsel, en de toetsing of het als belangrijke entiteit aanmerken van een entiteit „niet passend” was, stond niet gelijk met een toetsing van de evenredigheid;
- uit het feit dat de nationale toezichtkaders passend waren en de toepassing van hoge toezichtstandaarden mogelijk maakten, kon niet worden afgeleid dat de uitoefening van rechtstreeks prudentieel toezicht door de ECB niet passend was, aangezien de basisverordening dat toezicht niet afhankelijk stelde van het bewijs dat de nationale toezichtkaders of de nationale toezichtstandaarden niet passend waren.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

21. Bij een op 12 maart 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft rekwirante verzocht om nietigverklaring van het litigieuze besluit. Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring heeft rekwirante vijf middelen aangevoerd: (i) schending van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en van artikel 70 van de GTM-kaderverordening door de ECB bij de keuze van de criteria die deze heeft toegepast; (ii) kennelijke fouten bij de beoordeling van de feiten; (iii) niet-nakoming van de motiveringsplicht; (iv) misbruik van bevoegdheid doordat de ECB heeft nagelaten haar beoordelingsbevoegdheid uit te oefenen, en (v) niet-nakoming door de ECB van haar verplichting om rekening te houden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval.

22. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het door rekwirante ingestelde beroep tot nietigverklaring afgewezen.

IV. Conclusies van partijen voor het Hof

23. Rekwirante verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- het litigieuze besluit nietig te verklaren en tegelijkertijd te gelasten dat de gevolgen van de vervanging van het besluit van de ECB van 1 september 2014 worden gehandhaafd;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;
- de ECB te verwijzen in de kosten van het geding.

24. De ECB en de Commissie van hun kant verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en
- rekwirante te verwijzen in de kosten.

V. Hogere voorziening

25. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante drie middelen aan: (i) schending van het Unierecht bij de uitlegging en de toepassing van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70 van de GTM-kaderverordening; (ii) onjuiste opvatting van het litigieuze besluit en onjuiste beoordeling van de motiveringseisen; (iii) procedurele fouten die het Gerecht zou hebben gemaakt door bij de afdoening van de zaak aspecten te betrekken die niet het voorwerp van het geding waren.

A. Eerste middel van de hogere voorziening: schending van het Unierecht bij de uitlegging en de toepassing van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70 van de GTM-kaderverordening

26. Het eerste middel van de hogere voorziening bestaat uit drie onderdelen.

1. Onjuiste uitlegging van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening en artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening

27. In het eerste onderdeel voert rekwirante aan dat het Gerecht artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening en artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening onjuist heeft uitgelegd.

28. Rekwirante draagt drie argumenten aan.

a) Onjuiste uitlegging van de tekst

29. Ten eerste is het Gerecht volgens rekwirante ten onrechte tot de slotsom gekomen dat „bijzondere omstandigheden”² die tot indeling van een instelling als minder belangrijke entiteit dienen te leiden, slechts dan voorhanden zijn wanneer de doelstellingen van de basisverordening beter door rechtstreeks toezicht door de nationale autoriteiten dan door rechtstreeks toezicht door de ECB kunnen worden bereikt. De letterlijke uitlegging die het Gerecht geeft aan de term „niet passend”³ is

² Zie artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening.

³ Zie artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening en punt 46 van het bestreden arrest.

volgens rekwirante louter ingegeven door de rechtspraak van het Hof inzake het evenredigheidsbeginsel op grond waarvan het passende karakter van een Uniehandeling in de regel betrekking heeft op de geschiktheid van die handeling om de met de betrokken regeling nagestreefde legitieme doelstellingen te bereiken⁴. Zij stelt derhalve dat die instantie, in plaats van zich te baseren op de gebruikelijke betekenis van de term, een terminologie heeft gehanteerd die betrekking heeft op een totaal verschillende context.

30. Daarnaast betoogt zij dat het Gerecht er ten onrechte van is uitgegaan dat alleen de Engelse taalversie van de GTM-kaderverordening (en dus de term „inappropriate”) van toepassing is waardoor het inbreuk maakt op het beginsel dat alle taalversies in dezelfde mate juridisch verbindend zijn. Rekwirante voert aan dat de begrippen „geeignet”, „aptes”, „idóneos”, „idonei” en „geschikt” die respectievelijk in de Duitse, de Franse, de Spaanse, de Italiaanse en de Nederlandse taalversie van het arrest Gauweiler e.a.⁵ worden gehanteerd, niet overeenkomen met de in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening gebruikte termen „unangemessen”, „inapproprié”, „inadecuada”, „inappropriata” en „niet passend”.

31. Volgens rekwirante zijn de termen „niet passend” en „bijzondere omstandigheden” juridisch onbepaalde begrippen. Artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70 van de GTM-kaderverordening dienen dan ook te worden uitgelegd aan de hand van het doel en de algemene opzet ervan tegen de achtergrond van recht van een hogere rang.

32. De ECB en de Commissie betogen dat dat argument moet worden verworpen. Ik ben het daar helemaal mee eens.

33. Allereerst zij opgemerkt dat rekwirante niet de geldigheid van artikel 6, lid 4, van de basisverordening of van artikel 70 van de GTM-kaderverordening betwist. Zij stelt in dit geding – en in het voorafgaand geding bij het Gerecht – daarentegen de juiste uitlegging van deze bepalingen ter discussie. Omdat daarnaast de activa van rekwirante meer dan 30 miljard EUR bedragen⁶, volgt uit hoofde van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening dan ook dat zij „niet als minder belangrijk [moet worden] beschouwd, tenzij zulks gerechtvaardigd is op grond van bijzondere omstandigheden”. Voorts kan er worden vastgesteld dat rekwirante de conclusie van de ECB dat haar activa de toepasselijke wettelijke drempel ruimschoots overschrijden, niet in twijfel trekt.

34. Uit de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening gebruikte bewoordingen „tenzij zulks gerechtvaardigd is op grond van bijzondere omstandigheden” volgt mijns inziens duidelijk dat de indeling als minder belangrijk van een entiteit die aan *een van de* in die bepaling nader omschreven criteria voldoet, een uitzondering vormt op de basisregel dat rechtstreeks prudentieel toezicht op een dergelijke entiteit die anders aan die normen beantwoordt, moet worden uitgeoefend door de ECB. Van dergelijke „bijzondere omstandigheden” is overeenkomstig artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening sprake wanneer de indeling als belangrijk „niet passend” is in het licht van de doeleinden en beginselen van de basisverordening en meer in het bijzonder om de vereiste consistente toepassing van hoge toezichtstandaarden te garanderen, en wat mij betreft ook teneinde te waken over potentiële verborgen systeemrisico's die samenhangen met grote bankinstellingen die belangrijke kapitaalbeleggingen aanhouden. Het feit dat artikel 70, lid 2, van de GTM-kaderverordening bepaalt dat de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening opgenomen term „bijzondere omstandigheden” strikt moet worden geïnterpreteerd, onderstreept dat alleen maar. Het is dan ook voor de hand liggend om daaruit te concluderen dat de indeling als minder belangrijk van een entiteit die aan een van de toepasselijke criteria voldoet, vrij uitzonderlijk van aard is en afwijkt van de norm.

4 Arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 67).

5 Arrest van 16 juni 2015 (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 67).

6 Afgaande op de aan het Hof overgelegde stukken bedroeg de totale waarde van de activa van rekwirante op de peildatum 70 682 miljoen EUR.

Dat alles houdt dan weer in dat het voor een bankinstelling als rekwirante, die ingeval aan een van in artikel 6, lid 4, omschreven criteria is voldaan het bestaan van „bijzondere omstandigheden” als bedoeld in deze bepaling wenst aan te tonen, niet volstaat om dat louter te stellen maar dat zij dat veeleer moet kunnen staven op een bijzonder overtuigende manier.

35. Het Gerecht heeft mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 44 van het bestreden arrest vast te stellen dat in de formulering van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening de klemtoon wordt gelegd op de kwestie of rechtstreeks toezicht door de ECB op een entiteit die in beginsel niet als minder belangrijk moet worden aangemerkt⁷ en derhalve aan rechtstreeks toezicht door de ECB onderworpen is, al dan niet passend is. Zoals het Gerecht terecht aangeeft, wordt noch in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening noch in artikel 70, lid 1 van de GTM-kaderverordening gewag gemaakt van een onderzoek naar de noodzakelijkheid van rechtstreeks toezicht door de ECB op de entiteit of van het feit dat rechtstreeks toezicht door de nationale autoriteiten even geschikt is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken als toezicht door de ECB alleen.⁸

36. De wetgevingssystematiek is wat dat betreft duidelijk. Uitgangspunt is dat elke bankentiteit die aan een van de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening nader omschreven criteria voldoet, als „belangrijk” geldt of moet worden beschouwd door de Uniewetgever waardoor er nood is aan rechtstreeks toezicht door de ECB. Zodra de activa van een entiteit de drempel van 30 miljard EUR overschrijden, zoals dat het geval is voor rekwirante, gaat de Uniewetgever er meteen van uit dat rechtstreeks toezicht door de ECB noodzakelijk is, *tenzij* er bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening voorhanden zijn welke die veronderstelling op een overtuigende wijze ontkrachten.

37. Waaruit bestaan nu de bijzondere omstandigheden die rekwirante naar voren schuift ter onderbouwing van haar stelling dat zij onder de uitzondering van artikel 6, lid 4, valt? De voornaamste in dit verband aangevoerde argumenten houden verband met de wetgeving die haar bedrijfsmodel regelt en met de aard van haar retailactiviteiten. Zij betoogt meer specifiek dat met de doelstellingen van die wetgeving haar voornaamste opdracht wordt gedefinieerd, te weten financiering verschaffen voor nader omschreven openbare taken, en voor de deelstaat Baden-Württemberg de verplichting inhouden om te voorzien in de middelen zodat zij zich van deze taak kan kwijten. Voorts voert zij aan dat haar eigen bedrijfsmodel in wezen risico's mijdt en dat net de eenvoud van haar structuur doordat zij zich bijna volledig binnen het grondgebied van één enkele lidstaat situeert, garant staat voor een gezonde risicobeheersing en ervoor zorgt dat zij zelfs binnen het ruimere bankensysteem in Duitsland niet als een systeemrelevante kredietinstelling wordt beschouwd.

38. Gesteld al dat deze argumenten feitelijk kloppen, zijn zij volgens mij in wezen irrelevant voor de voorliggende kwesties. Niets in de basisverordening of in de GTM-kaderverordening laat uitschijnen dat het feit dat zij op grond van de basisverordening als belangrijk wordt aangemerkt, zou afhangen van de juridische structuur van de bankentiteit, van de wetgeving die haar banktaken of haar bedrijfsmodel regelt of overigens van het soort risico dat zij voor de stabiliteit van de banken zou inhouden. Laat mij hier in herinnering brengen dat de ECB volgens artikel 1, derde alinea, van de basisverordening „terdege rekening [moet houden] met de verschillende types, bedrijfsmodellen en omvang van de kredietinstellingen” waardoor er binnen dat wetgevend kader van wordt uitgegaan dat de ECB haar controletaken als toezichthouder zal uitoefenen ter zake van kredietinstellingen met uiteenlopende bedrijfsmodellen. Een van de andere lessen die de Uniewetgever uit de financiële crisis van 2008 heeft getrokken, is dat heel wat voor de hand liggende veronderstellingen uit het verleden met betrekking tot de aard van financiële risico's of het gebrek aan systeemrelevantie in hoofde van bepaalde kredietinstellingen uiteindelijk, toen puntje bij paaltje kwam, ongegrond zijn gebleken. Dat is

⁷ Overeenkomstig de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening nader omschreven criteria.

⁸ Zie punten 44 en 46 van het bestreden arrest.

per slot van rekening de reden waarom de basisverordening uitgaat van de veronderstelling dat een kredietinstelling met activa van deze omvang, ongeacht of die instelling al dan niet een daadwerkelijk systeemrisico inhoudt voor de financiële stabiliteit, aan ECB-toezicht moet worden onderworpen. Dienovereenkomstig houdt de perceptie dat er van systeemrisico's geen sprake is, op zich niet in dat de indeling van de betrokken kredietinstelling als een belangrijke entiteit in de zin van artikel 6, lid 4, van de basisverordening daardoor niet passend is.

39. Het feit dat het Gerecht⁹ de term „niet passend” uitlegt aan de hand van de woordkeuze in punt 67 van het arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400), leidt mijns inziens niet tot een gebrekkige juridische redenering. Ook al heeft punt 67 van het arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400), onmiskenbaar betrekking op het evenredigheidsbeginsel, het Gerecht heeft het betrokken punt slechts aangehaald ter illustratie van het feit dat onderzoeken of iets al dan niet passend is, niet hetzelfde is als onderzoeken of iets verder gaat dan wat noodzakelijk is.

40. Bovendien komen rekwirantes argumenten betreffende de verschillende taalversies van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening en punt 67 van het arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400), helaas niet overtuigend over. De gebruikelijke betekenis van de termen „geeignet”, „aptes”, „idóneos”, „idonei” en „geschikt” die respectievelijk in de Duitse, de Franse, de Spaanse, de Italiaanse en de Nederlandse taalversie van het arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 67), worden gehanteerd, en de gebruikelijke betekenis van de in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening gebruikte termen „unangemessen”, „inapproprié”, „inadecuada”, „inappropriata” en „niet passend” vormen mijns inziens elkaars tegenpolen. Uit de eenvoudige bewoording van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening komt dientengevolge duidelijk naar voren dat toezicht op een entiteit door een nationale bevoegde autoriteit slechts is toegestaan wanneer rechtstreeks toezicht door de ECB gelet op de doelstellingen van de basisverordening ongeschikt, ontoereikend of „niet passend” is. Die situatie zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen ingeval de ECB niet voor toereikend prudentieel toezicht kan zorgen.

b) Evenredigheidsbeginsel

41. Rekwirante neemt ten tweede als standpunt in dat het Gerecht artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening en artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening niet heeft uitgelegd in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel dat volgens artikel 5, lid 4, VEU geldt met betrekking tot bevoegdheden.

42. Rekwirante betoogt dat het Gerecht onterecht heeft geoordeeld dat het – ook inzake bevoegdheden geldende – evenredigheidsbeginsel, gelet op het feit dat de nationale autoriteiten handelen „in het kader van de decentrale uitoefening van een exclusieve bevoegdheid van de Unie en niet in het kader van de uitoefening van een nationale bevoegdheid”¹⁰, irrelevant is voor de uitlegging van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening¹¹. Rekwirante is van mening dat het evenredigheidsbeginsel van artikel 5, lid 4, VEU eveneens van toepassing is op de exclusieve bevoegdheden van de Unie en dat de ECB het derhalve moet in acht nemen wanneer zij optreedt als Europese toezichthoudende autoriteit en in het bijzonder wanneer zij een entiteit als belangrijk of als minder belangrijk aanmerkt.

⁹ Zie punt 45 van het bestreden arrest.

¹⁰ Zie punt 72 van het bestreden arrest.

¹¹ Zie punten 66-72 van het bestreden arrest.

43. Volgens rekwirante blijkt uit een globale analyse van de artikelen 4 en 6 van de basisverordening dat de ECB exclusief bevoegd is inzake het toezicht op belangrijke entiteiten terwijl de nationale autoriteiten hun reeds bestaande bevoegdheden inzake minder belangrijke entiteiten behouden. De hiermee strijdige conclusie van het Gerecht vindt geen steun in de overwegingen 15, 28¹² en 37 tot en met 40¹³ van de basisverordening.

44. Rekwirante voert eveneens aan dat aangezien artikel 127, lid 6, VWEU de rechtsgrondslag vormt van de basisverordening, de Raad, in tegenstelling tot wat het Gerecht in de punten 63 en 72 van het bestreden arrest verklaart, geen bevoegdheden aan de nationale bevoegde autoriteiten kan verlenen. Voorts betoogt zij op grond van artikel 5, lid 4, VEU dat wanneer de nationale bevoegde autoriteiten in staat zijn de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken, rechtstreeks toezicht door de ECB niet noodzakelijk is. Van „bijzondere omstandigheden” als bedoeld in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening is volgens haar sprake wanneer vanwege de specifieke en feitelijke omstandigheden van het geval rechtstreeks prudentieel toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten minstens even geschikt is als rechtstreeks toezicht door de ECB om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken. In dat geval is een herindeling van een belangrijke entiteit als een minder belangrijke entiteit aan de orde.

45. De ECB en de Commissie stellen dat dit argument moet worden verworpen. Ik ben het met hen eens.

46. Allereerst moet worden opgemerkt dat rekwirante niet stelt dat bepalingen van de basisverordening of van de GTM-kaderverordening in strijd zouden zijn met het in artikel 5, lid 4, VEU vastgelegde evenredigheidsbeginsel.¹⁴

47. Rekwirante neemt veeleer het standpunt in dat aangezien de artikelen 4 en 6 van de basisverordening de ECB slechts met betrekking tot belangrijke entiteiten exclusieve toezichtbevoegdheden verlenen terwijl met betrekking tot minder belangrijke entiteiten de nationale autoriteiten in beginsel bevoegd blijven, de ECB voor het onderzoek of een entiteit vanwege het bestaan van „bijzondere omstandigheden” als minder belangrijk moet worden heringedeeld, het evenredigheidsbeginsel moet naleven. Dienovereenkomstig moet de ECB in elk geval afzonderlijk nagaan of prudentieel toezicht op een bepaalde entiteit even goed kan worden verwezenlijkt door de nationale bevoegde autoriteiten en, indien dat het geval is, de entiteit als minder belangrijk aanmerken.

48. Alvorens de toepassing van het evenredigheidsbeginsel door het Gerecht te analyseren, moet op grond van het voorgaande worden nagegaan of deze instantie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij haar beoordeling van de in de artikelen 4 en 6 van de basisverordening neergelegde bevoegdheidsverdeling tussen de ECB en de desbetreffende nationale autoriteiten inzake minder belangrijke entiteiten.

¹² Zie punten 56 e.v. van het bestreden arrest.

¹³ Zie punt 58 van het bestreden arrest.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld punten 61-72 van het arrest van 12 mei 2011, Luxemburg/Parlement en Raad (C-176/09, EU:C:2011:290). In die zaak voerde het Groothertogdom Luxemburg aan dat een bepaling van een richtlijn in strijd was met het evenredigheidsbeginsel omdat het criterium ter aflijning van de werkingssfeer van die richtlijn geen verband hield met de doelstellingen ervan.

1) Bevoegdheidsverdeling

49. Het Gerecht stelt in punt 63 van het bestreden arrest vast dat „de Raad aan de ECB een exclusieve bevoegdheid ter zake van de in artikel 4, lid 1, van de basisverordening bedoelde taken heeft gedelegeerd, en dat artikel 6 van die verordening uitsluitend tot doel heeft, te voorzien in de mogelijkheid dat de nationale autoriteiten deze bevoegdheid in het kader van het GTM¹⁵ en onder toezicht van de ECB met betrekking tot de minder belangrijke entiteiten decentraal uitoefenen ter zake van de in artikel 4, lid 1, onder b) en d) tot en met i), van de basisverordening bedoelde taken, en waarbij aan de ECB de exclusieve bevoegdheid is toegekend voor het bepalen van de inhoud van het begrip ‚bijzondere omstandigheden’ in de zin van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van deze verordening, wat is gebeurd door de vaststelling van de artikelen 70 en 71 van de GTM-kaderverordening”.

50. Ik ben het helemaal eens met de door het Gerecht gemaakte analyse. De ECB is krachtens artikel 4, lid 1, van de basisverordening exclusief bevoegd om in het kader van artikel 6 van deze verordening de negen nader bepaalde taken uit te oefenen met betrekking tot „alle” in de deelnemende lidstaten¹⁶ gevestigde kredietinstellingen. Laat mij hier in herinnering brengen dat in artikel 4 van de basisverordening ter zake geen onderscheid wordt gemaakt tussen belangrijke en minder belangrijke entiteiten. In artikel 6, lid 4, van de basisverordening is wel bepaald dat de ECB wat de minder belangrijke entiteiten betreft, met bepaalde verantwoordelijkheden¹⁷ inzake de in artikel 4, lid 1, onder b), d) tot en met g) en i), genoemde taken is belast, terwijl de nationale bevoegde autoriteiten met andere verantwoordelijkheden inzake deze taken zijn belast. De ECB is bij uitsluiting bevoegd met betrekking tot de in artikel 4, lid 1, onder a) en c), van de basisverordening opgesomde taken voor de minder belangrijke entiteiten.

51. Artikel 6, lid 5, onder a), van de basisverordening bepaalt dat de ECB verordeningen, richtsnoeren of algemene instructies richt tot de nationale bevoegde autoriteiten met betrekking tot de uitvoering van de in artikel 4¹⁸ genoemde taken. De ECB kan met het oog op de toepassing van hoge toezichtsnormen besluiten alle toepasselijke bevoegdheden met betrekking tot een of meerdere minder belangrijke entiteiten rechtstreeks zelf uit te oefenen.¹⁹ Voorts is de ECB bevoegd om toezicht uit te oefenen op het functioneren van het systeem²⁰, kan zij te allen tijde gebruikmaken van de in de artikelen 10 tot en met 13 van de basisverordening vastgestelde onderzoeksbevoegdheden²¹ en de nationale bevoegde autoriteiten verzoeken om informatie over de uitvoering van hun taken²².

15 Overeenkomstig artikel 2, punt 9, van de basisverordening „wordt [...] onder ‚één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme’ (GTM) [verstaan]: het systeem voor financieel toezicht dat bestaat uit de ECB en nationale bevoegde autoriteiten van deelnemende lidstaten omschreven in artikel 6 van deze verordening”.

16 Uit de lezing van overweging 15 van de basisverordening blijkt duidelijk dat de toekenning aan de ECB van bepaalde specifieke toezichttaken was beoogd. Daarnaast is het volgens overweging 28 van de basisverordening nodig dat „[d]e nationale autoriteiten [...] belast blijven met de toezichttaken die niet aan de ECB worden opgedragen”. De in deze overweging genoemde voorbeelden van taken waarmee de nationale autoriteiten moeten belast blijven en de taken die op grond van artikel 4, lid 1, van de basisverordening aan de ECB worden opgedragen, overlappen elkaar niet (zie punt 57 van het bestreden arrest). In tegenstelling tot wat rekwirante aanvoert, stelt het Gerecht nergens vast dat de lijst met toezichttaken waarmee de nationale autoriteiten moeten belast blijven, exhaustief is. Uit het gebruik van het woord „zo” in deze overweging blijkt inderdaad duidelijk dat de taken ter illustratie worden opgesomd.

17 Opgesomd in artikel 6, lid 5, van de basisverordening.

18 Uitgezonderd de in artikel 4, lid 1, onder a) en c), van de basisverordening omschreven taken.

19 Artikel 6, lid 5, onder b), van de basisverordening.

20 Artikel 6, lid 5, onder c), van de basisverordening.

21 Artikel 6, lid 5, onder d), van de basisverordening.

22 Artikel 6, lid 5, onder e), van de basisverordening.

52. De nationale bevoegde autoriteiten daarentegen moeten overeenkomstig het kader dat de ECB op grond van artikel 6, lid 7, van de basisverordening „in overleg met de nationale bevoegde autoriteiten” heeft vastgesteld, de in artikel 4, lid 1, van de basisverordening bedoelde taken, uitgezonderd die onder a) en c), verrichten waarvoor zij verantwoordelijk zijn, en alle relevante besluiten inzake toezicht vaststellen met betrekking tot minder belangrijke entiteiten.²³ Op grond van dat kader heeft de ECB de GTM-kaderverordening vastgesteld, met inbegrip van de artikelen 70 en 71 ervan die voorschrijven wanneer er sprake is „bijzondere omstandigheden”.²⁴

53. In het licht van de ruime bevoegdheden die met betrekking tot minder belangrijke entiteiten aan de ECB worden toegekend en de duidelijk ondergeschikte of ondersteunende rol die de nationale bevoegde autoriteiten dienaangaande volgens de basisverordening spelen, kan ik de opvatting van rekwirante niet bijtrede dat die autoriteiten hun reeds bestaande bevoegdheden met betrekking tot deze entiteiten zouden behouden. De ECB oefent dus met betrekking tot de negen in artikel 4, lid 1, van de basisverordening genoemde taken het exclusief prudentieel toezicht uit op minder belangrijke entiteiten en wordt met betrekking tot de in artikel 4, lid 1, onder b), d) tot en met g) en i), van de basisverordening genoemde taken bijgestaan in de uitoefening ervan.²⁵

54. Wat voorts rekwirantes stelling inzake de rechtsgrondslag van de basisverordening betreft, deel ik de door haar van het bestreden arrest gemaakte analyse niet, aangezien het Gerecht in de punten 63 en 72 van dat arrest geenszins vaststelt dat bevoegdheden aan de nationale bevoegde autoriteiten werden toegekend. In die punten wordt er specifiek verwezen naar de exclusieve bevoegdheid van de ECB/Unie. Hoe dan ook kan vanwege het feit dat met betrekking tot de negen in artikel 4, lid 1, van de basisverordening genoemde taken de ECB en niet de lidstaten volgens die basisverordening het exclusief prudentieel toezicht op minder belangrijke entiteiten uitoefenen, het hierboven in punt 44 geschetste argument van rekwirante inzake de rechtsgrondslag van die basisverordening niet slagen en moet het worden verworpen.

2) Toepassing van het evenredigheidsbeginsel

55. In tegenstelling tot wat rekwirante in punt 42 hierboven beweert, heeft het Gerecht niet vastgesteld dat het evenredigheidsbeginsel niet ter zake doet voor de uitlegging van artikel 6, lid 4, van de basisverordening en artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening. Het Gerecht heeft deze kwestie in de punten 66 tot en met 85 van het bestreden arrest immers in detail onderzocht en in de punten 66 tot en met 68 van dat arrest verwezen naar de rechtspraak van het Hof betreffende dat beginsel.

56. Uit de bewoordingen van artikel 5, lid 4, VEU blijkt duidelijk dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is op de inhoud en de vorm van elk optreden van de Unie met inbegrip, zoals rekwirante aanvoert, van het optreden in het kader van haar exclusieve bevoegdheid.

57. Het evenredigheidsbeginsel kan mijns inziens niet leiden tot een wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie waarvoor volgens artikel 5, leden 1 en 2, VEU het beginsel van bevoegdheidstoedeling geldt. Overeenkomstig artikel 5, lid 1, VEU wordt „[d]e afbakening van de bevoegdheden van de Unie [...] beheerst door het beginsel van bevoegdheidstoedeling”. Artikel 5, lid 2, VEU bepaalt dat „[k]rachtens het beginsel van bevoegdheidstoedeling [...] de Unie enkel [handelt] binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te

²³ Artikel 6, lid 6, van de basisverordening. De nationale bevoegde autoriteiten moeten de ECB evenwel in kennis stellen van de op grond van artikel 6, lid 6, van de basisverordening in nauwe coördinatie met de ECB genomen maatregelen. Daarnaast moeten zij regelmatig aan de ECB verslag uitbrengen over de uitvoering van hun activiteiten.

²⁴ Artikel 6, lid 7, van de basisverordening.

²⁵ Zie overweging 37 van de basisverordening.

verwezenlijken. Bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegeedeeld, behoren toe aan de lidstaten”. Het evenredigheidsbeginsel kan bijgevolg niet worden ingeroepen om een bevoegdheid van de Unie over te hevelen naar de lidstaten en omgekeerd. De „uitoefening van die bevoegdheden wordt [evenwel] beheerst door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid”.²⁶

58. De ECB mag een entiteit die normaliter als belangrijk wordt ingedeeld, niet als onbelangrijk aanmerken wanneer zij de term „bijzondere omstandigheden” als bedoeld in artikel 6, lid 4, van de basisverordening en de term „niet passend” als bedoeld in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening in het licht van het evenredigheidsbeginsel uitlegt, tenzij die indeling met name *geschikt* is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen van de basisverordening en *niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is*.

59. Het volstaat bijgevolg niet om overeenkomstig de stelling van rekwirante aan te tonen dat de nationale bevoegde autoriteiten in staat zijn de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken²⁷ aangezien op die manier enkel het geschiktheidsvereiste van de evenredigheidstoets is vervuld. Veeleer moet er ook worden aangetoond dat toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten beter geschikt is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken²⁸ en dat de indeling van een normaliter belangrijke entiteit als onbelangrijk dus niet verder gaat dan noodzakelijk is om die doelstellingen te verwezenlijken.

60. Niet alleen de in artikel 6, lid 4, van de basisverordening vastgelegde bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de ECB maar ook het evenredigheidsbeginsel staat in de weg aan elke poging om een normaliter belangrijke entiteit overeenkomstig die bepaling als onbelangrijk aan te merken op grond van het feit dat de doelstellingen van die verordening even goed via rechtstreeks toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten kunnen worden verwezenlijkt.

61. Hoe dan ook komt het door rekwirante in deze hogere voorziening naar voren geschoven evenredigheidsargument er mijns inziens ten gronde op neer dat indirect de geldigheid van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening wordt betwist. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is de wetgevingssystematiek duidelijk in die zin dat bankentiteiten die aan een van de daarin opgesomde voorwaarden voldoen, worden geacht belangrijk te zijn tenzij duidelijk wordt aangetoond dat sprake is van bijzondere omstandigheden. Het feit dat de term „bijzondere omstandigheden” volgens artikel 70, lid 2, van de GTM-kaderverordening strikt moet worden geïnterpreteerd, bevestigt dat alleen maar.

62. Ook al moet worden toegegeven dat het evenredigheidsbeginsel in de juiste omstandigheden aan de orde kan zijn, het beginsel kan echter niet aldus worden aangewend dat de nuttige werking van de door de Uniewetgever vastgestelde wetgevingsystematiek daadwerkelijk zou worden ondermijnd. Nochtans is het net datgene wat rekwirante in werkelijkheid met deze hogere voorziening beoogt.

63. In deze context kan ik alleen maar aangeven dat rekwirante er in het geheel niet in is geslaagd om argumenten aan te dragen die zijn gebaseerd op het bestaan van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening. Het evenredigheidsargument daarentegen wordt kennelijk aldus opgevat dat vanwege het feit dat rekwirante als gevolg daarvan rechtstreeks onder de regelgeving van de nationale toezichthoudende autoriteiten zou kunnen vallen – wat zij zelfs wenselijk zou vinden – de ECB dan maar moet bewijzen dat het tegenovergestelde op de een of andere manier noodzakelijk was. Een dergelijk argument valt echter helemaal niet te verzoenen met de duidelijke context van de wetgevingsystematiek en komt er ten gronde op neer, zoals ik zonet heb aangegeven, dat indirect de geldigheid ervan wordt betwist.

²⁶ Cursivering van mij.

²⁷ Zie punt 74 van het bestreden arrest.

²⁸ Zie punten 40, 75 en 80 van het bestreden arrest.

64. Om al deze redenen is het door rekwirante aan het evenredigheidsbeginsel ontleende argument mijns inziens ongegrond.

c) Schending van het uitleggingsbeginsel „ut res magis valeat quam pereat” en van de plicht om geen „probatio diabolica” te eisen

65. Rekwirante voert ten derde aan dat het Gerecht het uitleggingsbeginsel „ut res magis valeat quam pereat” (beginsel van behoud van de handeling) en de plicht om geen „probatio diabolica” (onmogelijk bewijs) te eisen, heeft geschonden. Met het hier aangedragen argument betoogt zij in feite dat het bewijs van de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, opgenomen uitzondering niet uiterst moeilijk mag worden gemaakt.

66. Volgens rekwirante mag de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening gebruikte term „bijzondere omstandigheden” niet aldus worden uitgelegd dat het vermoeden dat entiteiten die aan de daarin genoemde criteria beantwoorden, als belangrijke entiteiten moeten worden aangemerkt, nooit kan worden weerlegd. Ook al moeten volgens haar de criteria met betrekking tot het bestaan van „bijzondere omstandigheden” overeenkomstig artikel 70, lid 2, van de GTM-kaderverordening „strikt [worden] geïnterpreteerd”, zij voert aan dat er nog ruimte moet overblijven om die criteria toe te passen. Volgens rekwirante wil het Gerecht dat in de punten 46 en 80 van het bestreden arrest niet inzien en wordt het haar daardoor vrijwel onmogelijk gemaakt het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden aan te tonen.

67. Rekwirante betoogt dat het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op te merken dat „rechtstreeks prudentieel toezicht door de nationale autoriteiten beter geschikt [moet zijn] om de doelstellingen en beginselen van de basisverordening te verwezenlijken” en dat belangrijke entiteiten dat moeten kunnen bewijzen. Volgens haar wordt noch door de basisverordening noch door de GTM-kaderverordening een dergelijke hiërarchie aangebracht tussen toezicht dat „beter geschikt” is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken en toezicht dat daarvoor „minder geschikt” is. Het door het Gerecht gehanteerde criterium dat toezicht door de nationale autoriteiten „beter” moet zijn, vormt geen geschikt criterium en maakt het belangrijke entiteiten in de praktijk onmogelijk om het door het Gerecht vereiste bewijs daadwerkelijk te leveren doordat zij elementen moeten aandragen aangaande de wijze waarop de verschillende toezichthoudende autoriteiten functioneren, waarvoor zij niet bevoegd zijn. De regeling inzake „bijzondere omstandigheden” als bedoeld in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening en in artikel 70 van de GTM-kaderverordening zou tot doel hebben tegenstrijdigheden te voorkomen die ontstaan wanneer het grootcriterium in een concreet geval op een simplistische manier wordt toegepast en op die manier overdreven bevoegdheden aan de ECB worden toegekend.

68. In hun verweerschrift nemen de ECB en de Commissie het standpunt in dat het wel degelijk mogelijk is om het bestaan van „bijzondere omstandigheden” in de zin van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening aan te tonen. Zij geven een aantal voorbeelden van besluiten die de ECB in dat verband heeft vastgesteld.

69. Rekwirante voert in haar repliek aan dat de criteria waaraan het Gerecht in het bestreden arrest refereert, niet worden gehanteerd in de door de ECB en de Commissie aangehaalde ECB-besluiten. Volgens rekwirante tonen die ECB-besluiten juist aan dat de ECB haar besluiten willekeurig en op opportunistische wijze vaststelt.

70. Mijns inziens moet het argument dat rekwirante hier formuleert, worden afgewezen. Allereerst wens ik op te merken dat dit Hof als rechter in hogere voorziening niet bevoegd is om te beoordelen of de door de ECB en de Commissie bij wijze van voorbeeld aangehaalde ECB-besluiten al dan niet hun betoog onderbouwen dat de toepassing van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening volgens de uitlegging die het Gerecht eraan heeft gegeven, geen „probatio diabolica” vereist. Het betreft hier een feitenkwesie waarover het Hof zich niet mag uitspreken in hogere voorziening.

71. Zoals ik reeds heb aangegeven, blijkt uit artikel 70, lid 2, van de GTM-kaderverordening duidelijk dat de term „bijzondere omstandigheden” in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening strikt moet worden uitgelegd. De indeling overeenkomstig artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening van een belangrijke entiteit als een minder belangrijke entiteit op grond van het feit dat er sprake is van bijzondere omstandigheden moet dan ook als uitzonderlijk worden beschouwd.

72. Misschien is het niet nodig om te zoeken naar een uitputtende definitie van wat in het kader van deze hogere voorziening moet worden verstaan onder „bijzondere omstandigheden”. Omdat beide verordeningen tenslotte vanuit regelgevend oogpunt tot doel hebben om via de toepassing van dezelfde inhoudelijke voorschriften voor het prudentieel toezicht op die entiteit de vereiste consistente toepassing van hoge toezichtstandaarden te garanderen, ongeacht of dat nu op nationaal niveau of op het niveau van de ECB plaatsvindt, is de in artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening voorziene uitzondering echter in de eerste plaats kennelijk gericht op die speciale en ongebruikelijke omstandigheden waarin de indeling van de entiteit als belangrijk in de praktijk een beletsel zou vormen voor een consistente toepassing van die hoge toezichtstandaarden.

73. Rekwirante brengt daartegen in dat het voor haar werkelijk onmogelijk is om te bewijzen dat rechtstreeks prudentieel toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten beter geschikt zou zijn om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken omdat zij daarvoor zou moeten weten hoe de verschillende toezichthoudende autoriteiten functioneren.

74. Dat argument komt bij mij in het geheel niet overtuigend over. Het is waarschijnlijk juist dat gemakkelijker kan worden voldaan aan het criterium waarvoor rekwirante pleit dan aan datgene wat het Gerecht in het bestreden arrest heeft vastgelegd. *Beide criteria* vereisen echter een diepgaande kennis van de manier waarop de ECB en een bepaalde nationale bevoegde autoriteit functioneren. Aangezien de manier waarop de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten functioneren openbaar bekend is, zie ik niet in waarom het in een concreet geval onmogelijk zou zijn aan te tonen dat rechtstreeks prudentieel toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten beter geschikt is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken. Rekwirante geldt bovendien als een entiteit met aanzienlijke middelen die verondersteld mag worden te kunnen bogen op een uitgebreide kennis aangaande bancaire praktijk en regelgeving. Indien er daadwerkelijk sprake zou zijn geweest van „bijzondere omstandigheden” die de buitentoepassingverklaring van artikel 6, lid 4, van de basisverordening kunnen rechtvaardigen, en waardoor rechtstreeks toezicht zou worden teruggebracht van de ECB naar de nationale bevoegde autoriteiten, zou rekwirante vermoedelijk niet lang hebben gearzeld om die bijzondere overwegingen naar voren te brengen. Toch heeft zij net aan dit punt merkwaardig weinig aandacht besteed en ervoor gekozen om in plaats daarvan argumenten aan te dragen die het evenredigheidsbeginsel en de interactie van dat beginsel met de bepalingen van artikel 6, lid 4, van de basisverordening betreffen en die in het licht van de feiten van deze hogere voorziening als nogal theoretisch moeten worden beschouwd.

2. Kennelijke fout bij de beoordeling van de feiten

75. Rekwirante voert in het tweede onderdeel van haar eerste middel aan dat het Gerecht in de punten 101 tot en met 112 van het bestreden arrest heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat zij de door rekwirante aangehaalde specifieke omstandigheden niet heeft onderzocht en ook niet is nagegaan of er in geval van rekwirante sprake was van „bijzondere

omstandigheden” als bedoeld in artikel 6, lid 4, van de basisverordening. Het Gerecht zou geen dergelijke beoordeling hebben uitgevoerd en in punt 108 van het bestreden arrest louter hebben vastgesteld dat rekwirante niet had aangevoerd dat de doelstellingen van de basisverordening beter konden worden bereikt met nationaal toezicht dan met rechtstreeks toezicht door de ECB.

76. De ECB en de Commissie betogen dat dit argument moet worden verworpen. Ik ben het met hen eens.

77. Zoals ik reeds heb aangegeven, stelt rekwirante niet ter discussie dat de feiten die zij in haar verzoekschrift in eerste aanleg ter rechtvaardiging van haar herindeling als minder belangrijke entiteit heeft aangebracht, louter tot doel hadden aan te tonen dat rechtstreeks toezicht door de ECB niet noodzakelijk was.²⁹

78. Mijns inziens zou er sprake zijn geweest van een schending van het verbod om *ultra petita* te beslissen³⁰ wanneer het Gerecht de door rekwirante aangebrachte feiten ambtshalve zou hebben onderzocht om te beoordelen of de doelstellingen van de basisverordening *beter kunnen* worden bereikt met rechtstreeks toezicht door de nationale bevoegde autoriteiten. Deze kwestie, die door rekwirante in haar verzoekschrift in eerste aanleg niet is opgeworpen, valt niet onder de uitzondering inzake middelen van openbare orde die door het Gerecht ambtshalve kunnen worden onderzocht.

79. Rekwirante zet eveneens vraagtekens bij het feit dat het Gerecht in de punten 109 tot en met 111 van het bestreden arrest haar stelling verwerpt dat onderlinge samenwerking tussen nationale bevoegde autoriteiten vanwege de diversiteit van rechtsregelingen en toezichthoudende autoriteiten beter geschikt is om een consistente toepassing van hoge prudentieeltoezichtstandaarden te garanderen dan samenwerking met de ECB en wel omdat zij niet op grond van bewijsstukken zou hebben aangetoond dat onderlinge samenwerking tussen de Duitse bevoegde autoriteiten gemakkelijker is dan met de ECB.

80. Uit punt 109 van het bestreden arrest blijkt dat rekwirante pas in haar repliek in eerste aanleg bepaalde bewijzen aandraagt die moeten aantonen dat de nationale bevoegde autoriteit beter geschikt is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken. Nog los van de vraag of het Gerecht dat bewijsmateriaal had mogen onderzoeken, aangezien het volgens de ECB en de Commissie een nieuw middel uitmaakt en dus niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, voert rekwirante mijns inziens in feite niet aan dat de beoordeling van het Gerecht in punt 111 van het bestreden arrest onjuist is. Rekwirante betoogt in deze hogere voorziening enkel dat zij niet op de hoogte was van het feit dat zij dergelijk bewijsmateriaal moest overleggen en dat van haar daardoor in elk geval een onmogelijk bewijs zou worden verlangd.

81. Aangezien rekwirante deze stelling zelf naar voren schuift, moet zij deze ook aantonen. Gelet op mijn antwoord in het vorige deel³¹ komt rekwirantes bewering dat zij geen bewijs kan leveren inzake nationale rechtsregelingen en het functioneren van nationale autoriteiten en de ECB, bij mij niet overtuigend over omdat dat toch allemaal zaken zijn die algemeen bekend zijn. Wanneer de toepassing van passende hoge regelgevingsstandaarden voor banken als gevolg van het feit dat de ECB het toezicht op deze rekwirante uitoefent, inderdaad in gevaar zou kunnen worden gebracht, kan ik opnieuw ermee volstaan te zeggen dat rekwirante zonder twijfel over de nodige expertise en middelen beschikt om de bewijzen daarvan te leveren. Ik moet hier nogmaals opmerken dat zij dat heeft nagelaten en ervoor heeft gekozen om in de plaats daarvan hoofdzakelijk abstracte argumenten in te roepen die op het evenredigheidsbeginsel berusten.

²⁹ Zie punt 104 van het bestreden arrest.

³⁰ Uit de regels inzake het procesverloop bij de rechterlijke instanties van de Unie, met name uit artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie alsook uit artikel 76 en artikel 84, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, volgt dat de partijen in beginsel het geding bepalen en afbakenen en dat de Unierechter niet *ultra petita* mag beslissen: zie bijvoorbeeld arrest van 3 mei 2018, *EUIPO/European Dynamics Luxembourg e.a.* (C-376/16 P, EU:C:2018:299, punt 33).

³¹ Zie met name punt 74 *supra*.

3. Onterechte weigering van erkenning van het feit dat de ECB haar beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend en haar verplichting heeft geschonden om de zaak te onderzoeken

82. Rekwirante voert in het derde onderdeel van het eerste middel aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de ECB haar beoordelingsverplichting niet had geschonden aangezien „het door [rekwirante] in de loop van de administratieve procedure gevoerde betoog er uitsluitend op gericht was aan te tonen dat de doelstellingen van de basisverordening konden worden bereikt door rechtstreeks toezicht van de nationale autoriteiten op [rekwirante]”. Het Gerecht zou in de punten 140 en volgende van het bestreden arrest ten onrechte hebben vastgesteld dat aan de ECB niet kan „worden verweten dat deze haar beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend door een irrelevant betoog van meet af aan af te wijzen”.

83. Volgens rekwirante heeft het Gerecht in punt 149 van het bestreden arrest eveneens onrecht vastgesteld dat „de omstandigheden die de ECB ten onrechte niet in aanmerking zou hebben genomen, volstrekt irrelevant waren, gelet op de bewoordingen van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening”, zodat „aan de ECB dus niet op goede gronden kan worden verweten dat deze bij de toepassing van deze bepaling geen rekening heeft gehouden met dergelijke omstandigheden”.

84. Rekwirante betoogt dat de aangegeven feiten, aangezien zij deze had ingeroepen ter ondersteuning van de toepassing van het juiste juridische criterium als bedoeld in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening, niet irrelevant waren voor het onderzoek door de ECB of voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid. De ECB of het Gerecht zou in elk geval niet zomaar een argument van een partij louter op grond dat dit argument volgens hen op de onjuiste juridische maatstaf berust, als „irrelevant” terzijde mogen schuiven. De ECB moet integendeel alle relevante feiten in overweging nemen en haar beoordelingsbevoegdheid onverkort uitoefenen. De ECB voldoet in het litigieuze besluit niet aan die vereiste.

85. De ECB en de Commissie stellen dat dit argument moet worden verworpen. Ik ben het met hen eens.

86. Aangezien het juiste juridische criterium ter beoordeling van de „bijzondere omstandigheden” in de zin van artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening en van het begrip „niet passend” als bedoeld in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening de vraag betreft of de doelstellingen van de basisverordening beter kunnen worden gediend door rechtstreeks toezicht van de nationale bevoegde autoriteiten, heeft het Gerecht in de punten 140 en 149 van het bestreden arrest mijns inziens terecht vastgesteld dat argumenten of bewijsstukken die worden aangedragen ter voldoening aan een ander juridisch criterium, met name de vaststelling dat om die doelstellingen te bereiken toezicht door de desbetreffende Duitse autoriteiten volstaat, irrelevant zijn. Het Gerecht heeft dan ook terecht vastgesteld dat de ECB haar bevoegdheden niet had misbruikt door de haar in het kader van de toepassing van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening verleende beoordelingsbevoegdheid niet uit te oefenen en zij niet had nagelaten rekening te houden met alle *relevante* omstandigheden.

87. Ik zou daaraan nog willen toevoegen dat indien het Gerecht of inderdaad de ECB zouden zijn uitgegaan van bewijsmateriaal waaruit simpelweg zou blijken dat toezicht door de Duitse bevoegde autoriteiten volstond voor het bereiken van de doelstellingen van de basisverordening maar waaruit – daarbovenop – niet tevens bleek dat rechtstreeks toezicht door die nationale bevoegde autoriteiten de doelstellingen van die verordening beter zou kunnen dienen, zij blijk zouden hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

B. Tweede middel van de hogere voorziening: onjuiste opvatting van het litigieuze besluit en onjuiste beoordeling van de vereisten betreffende de motivering

88. Het tweede middel van de hogere voorziening bestaat uit twee onderdelen.

1. Onjuiste opvatting door het Gerecht van de motivering van het litigieuze besluit

89. Rekwirante voert aan dat het Gerecht de motivering van het litigieuze besluit in de punten 31 en 34 van het bestreden arrest onjuist heeft opgevat en derhalve blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.³²

90. Rekwirante is van mening dat het Gerecht ten eerste in punt 31 van het bestreden arrest de zinsvolgorde van het litigieuze besluit heeft omgekeerd en ten tweede dat besluit heeft gekoppeld aan het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014³³, ook al is er in het litigieuze besluit zelf geen sprake van een dergelijke koppeling. Rekwirante onderstreept dat in het litigieuze besluit enkel wordt bepaald dat de indeling van de onder toezicht staande entiteit als belangrijk niet in tegenspraak is met de doelstellingen van de basisverordening. In dat besluit is er geen sprake van dat toezicht op rekwirante om die reden niet „niet passend” zou zijn in de zin van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening. Het Gerecht heeft vastgesteld dat het volgens de administratieve raad voor toetsing duidelijk was dat rekwirante het bestaan van omstandigheden moest aantonen waaruit blijkt dat de doelstellingen van de basisverordening beter zouden zijn gediend door rechtstreeks toezicht van de nationale bevoegde autoriteit. Rekwirante stelt zich evenwel op het standpunt dat een dergelijk verband tussen de in het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014 neergelegde criteria en het litigieuze besluit niet bestaat. Het litigieuze besluit zou niet verwijzen naar de uit dat advies geciteerde passage en evenmin naar enige andere passage van dat advies. Omgekeerd zou het criterium van „tegenstrijdigheid” met de doelstellingen van de basisverordening waarnaar het litigieuze besluit verwijst, in het advies niet worden vermeld.

91. Rekwirante brengt naar voren dat het Gerecht, nadat het in punt 31 van het bestreden arrest naar de door haar verkeerd weergegeven versie van het litigieuze besluit heeft verwezen, in punt 34 van dat arrest de inhoud van het litigieuze besluit onderzoekt en met name de opvatting die de ECB huldigt met betrekking tot het te hanteren beoordelingscriterium. Zij merkt daarbij op dat uit het litigieuze besluit, wanneer dat in het licht van het advies wordt uitgelegd, volgens het Gerecht blijkt dat de ECB van oordeel is dat de toepassing van artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening niet tot gevolg kan hebben dat een entiteit als minder belangrijk wordt ingedeeld tenzij de doelstellingen van de basisverordening beter kunnen worden bereikt door rechtstreeks toezicht van de Duitse bevoegde autoriteiten dan door toezicht van de ECB.³⁴ Volgens rekwirante wordt dat criterium in het litigieuze besluit zelfs geen enkele keer vermeld.

92. De ECB en de Commissie betogen dat dit argument moet worden verworpen. Ik ben het met hen eens.

93. Naast het feit dat artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de basisverordening en artikel 33, leden 1 en 2, van de GTM-kaderverordening de ECB de verplichting opleggen om haar besluiten te motiveren, bepaalt artikel 296 VWEU duidelijk dat rechtshandelingen³⁵ met redenen worden omkleed.

³² Zie arrest van 27 januari 2000, DIR International Film e.a./Commissie (C-164/98 P, EU:C:2000:48, punten 44-49).

³³ Zie punt 17 supra.

³⁴ Zie punt 128 van het bestreden arrest.

³⁵ Wetgevingshandelingen en bestuurlijke handelingen moeten derhalve worden gemotiveerd. Zie eveneens artikel 41, lid 2, onder c), van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie inzake het recht op behoorlijk bestuur en de plicht van de betrokken diensten om hun beslissingen met redenen te omkleeden.

94. De verplichting om een bezwarende handeling te motiveren, die een logisch uitvloeisel is van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging, dient er volgens vaste rechtspraak enerzijds toe, de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de handeling gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid voor de rechter van de Unie kan worden betwist, en anderzijds de rechter van de Unie in staat te stellen de rechtmatigheid van die handeling te toetsen. De door artikel 296 VWEU vereiste motivering moet de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbende de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregelen kan kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De door artikel 296 VWEU vereiste motivering moet evenwel beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en aan de context waarin zij is vastgesteld. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het specifieke geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt bij een toelichting kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijke en juridische omstandigheden in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling toereikend is, niet enkel acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen. In het bijzonder is een bezwarende handeling voldoende gemotiveerd, wanneer zij tot stand is gekomen in een context die de betrokkene bekend is, zodat hij de strekking van de hem betreffende maatregel kan begrijpen.³⁶

95. Ik wens voorafgaandelijk op te merken dat de loutere bewering door rekwirante dat het Gerecht de zinsvolgorde van het litigieuze besluit heeft omgekeerd, op zich niet het bewijs oplevert dat het de betekenis van dat besluit verkeerd heeft opgevat.

96. Voorts heeft het Gerecht mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014³⁷ is gekoppeld aan het litigieuze besluit en bijgevolg deel uitmaakt van dezelfde context als dat besluit³⁸.

97. Rekwirante zelf stelt niet alleen dat het advies aan het litigieuze besluit was „gehecht” en daarin als onderdeel van de totstandkomingsgeschiedenis van dat besluit was aangehaald, zij geeft ook aan dat de ECB overeenkomstig artikel 24, lid 9, van de basisverordening³⁹ en artikel 18 van het besluit van de Europese Centrale Bank van 14 april 2014 betreffende de oprichting van een administratieve raad voor toetsing en zijn werkwijze⁴⁰ ertoe gehouden is het advies van de administratieve raad voor toetsing te hechten⁴¹ aan alle nieuwe besluiten.

36 Arrest van 15 november 2012, Raad/Bamba (C-417/11 P, EU:C:2012:718, punten 49, 50, 53 en 54).

37 Uit artikel 24, lid 1, van de basisverordening blijkt duidelijk dat de administratieve raad voor toetsing een intern orgaan is van de ECB. Rekwirants argument dat het advies van de administratieve raad voor toetsing en het litigieuze besluit vanwege het feit dat beide documenten door verschillende auteurs zijn opgesteld, niet mogen worden gekoppeld voor de beoordeling of het litigieuze besluit toereikend is gemotiveerd, kan niet slagen, aangezien beide documenten uitgaan van dezelfde instelling en een onderdeel vormen van de in artikel 24 van de basisverordening geschetste procedure.

38 Op grond van artikel 24, lid 1, van de basisverordening verricht de administratieve raad voor toetsing op verzoek overeenkomstig lid 5 een interne administratieve toetsing van de besluiten die de ECB krachtens de haar bij deze verordening verleende bevoegdheden heeft genomen.

39 Die bepaling luidt dat „[h]et advies van de administratieve raad voor toetsing, het nieuwe ontwerpbesluit van de raad van toezicht en het besluit van de raad van bestuur krachtens dit artikel worden gemotiveerd en worden ter kennis van de partijen gebracht”.

40 Overeenkomstig die bepaling „[stelt de] secretaris van de raad van bestuur [...] de partijen in kennis van het advies van de administratieve raad, het nieuwe ontwerpbesluit van de raad van toezicht en het nieuwe door de raad van bestuur vastgestelde besluit”.

41 Deze term wordt in de wetteksten zelf niet gehanteerd.

98. Uit artikel 24, leden 7⁴² en 9, van de basisverordening blijkt mijns inziens duidelijk dat het advies van de administratieve raad voor toetsing, het nieuwe ontwerpbesluit van de raad van toezicht en het besluit van de raad van bestuur krachtens dit artikel onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Dat is het geval, ook al is het advies voor de raad van toezicht en de raad van bestuur van de ECB niet bindend.⁴³

99. Aangezien de raad van toezicht overeenkomstig artikel 24, lid 7, van de basisverordening rekening moet houden met het advies van de administratieve raad voor toetsing en de raad van bestuur onverwijld een nieuw ontwerpbesluit moet voorleggen en daar het litigieuze besluit tot dezelfde slotsom komt als het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014, heeft het Gerecht terecht vastgesteld dat het advies in aanmerking kan worden genomen om uit te maken of het litigieuze besluit toereikend is gemotiveerd.⁴⁴

100. Het eerste onderdeel van het tweede middel moet bijgevolg ongegrond worden verklaard.

2. Ontbreken van de vaststelling door het Gerecht dat het litigieuze besluit ontoereikend is gemotiveerd

101. Rekwirante voert in het tweede onderdeel van het tweede middel aan dat het Gerecht de motivering van het litigieuze besluit onjuist opvat en de door de ECB gegeven motivering vervangt door zijn eigen motivering, waardoor het eraan voorbijgaat dat de ECB haar motiveringsplicht niet in acht heeft in genomen. De motivering van het litigieuze besluit is volgens rekwirante incoherent en innerlijk tegenstrijdig.

102. Aangezien in dit onderdeel van het tweede middel ervan wordt uitgegaan dat er geen onderling verband bestaat tussen het litigieuze besluit en het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014 en dat laatstgenoemd advies geen deel uitmaakt van de context waarin het litigieuze besluit werd vastgesteld, moet het mijns inziens eveneens worden afgewezen omdat het geen doel dient.

103. Volledigheidshalve wens ik toch in te gaan op een aantal argumenten die door rekwirante worden aangedragen.

104. Rekwirante stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te erkennen dat de ECB in het litigieuze besluit niet aangeeft op welke rechtsgronden dit besluit is gebaseerd, aangezien zij in dat besluit louter verschillende rechtscriteria naast elkaar plaatst. Zo geeft het litigieuze besluit geen uitsluitsel over de feiten die de ECB in aanmerking heeft genomen ter beoordeling van de vraag of de indeling van een entiteit als belangrijk al dan niet passend is.

42 Artikel 24, lid 7, van de basisverordening bepaalt dat „[n]a het nemen van een besluit over de ontvankelijkheid van het verzoek om toetsing [...] de administratieve raad voor toetsing advies [uitbrengt] binnen een termijn die gelet op de urgentie van de zaak als passend wordt aangemerkt, doch uiterlijk binnen een termijn van twee maanden vanaf de ontvangst van het verzoek om toetsing, en [...] hij de zaak [terugverwijst] naar de raad van toezicht met het oog op de opstelling van een nieuw ontwerpbesluit. *De raad van toezicht houdt rekening met het advies van de administratieve raad voor toetsing en legt de raad van bestuur onverwijld een nieuw ontwerpbesluit voor.* Het nieuwe ontwerpbesluit kan het oorspronkelijke besluit opheffen, vervangen door een besluit waarvan de inhoud identiek is aan die van het oorspronkelijke besluit, of vervangen door een besluit waarvan de inhoud gewijzigd is ten opzichte van het oorspronkelijke besluit. Het nieuwe ontwerpbesluit wordt geacht te zijn aangenomen tenzij de raad van bestuur binnen een termijn van ten hoogste tien werkdagen bezwaar aantekent” (cursivering van mij).

43 Zie artikel 16, lid 5, van het besluit van de Europese Centrale Bank van 14 april 2014 betreffende de oprichting van een administratieve raad voor toetsing en zijn werkwijze.

44 Zie punt 127 van het bestreden arrest.

105. Rekwirante merkt op dat het Gerecht in punt 133 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat er geen tegenstelling bestaat „tussen, enerzijds, de vermelding in het advies van de administratieve raad voor toetsing dat het bestaan van ‚bijzondere omstandigheden’ impliceert dat de doelstellingen van de basisverordening en met name het garanderen van consistente toepassing van hoge prudentieeltoezichtstandaarden beter worden bereikt via rechtstreeks toezicht door de nationale autoriteiten en, anderzijds, de vermelding in het [litigieuze] besluit dat artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening slechts van toepassing kan zijn indien het rechtstreekse toezicht van de ECB op [rekwirante] in strijd is met de doelstellingen van de basisverordening”.

106. Ook ik kan geen tegenstelling ontwaren tussen deze twee verklaringen en ben van mening dat de eerste gelet op het bestaande verband tussen de twee betrokken documenten slechts dient om de tweede in het licht van de toepasselijke rechtsregeling te verduidelijken. Volgens artikel 6, lid 4, tweede alinea, van de basisverordening moet er sprake zijn van „bijzondere omstandigheden” teneinde een entiteit die normaliter als belangrijk wordt ingedeeld, als minder belangrijk te kunnen herindelen en er op die manier voor te zorgen dat rechtstreeks prudentieel toezicht zal worden uitgeoefend door de nationale bevoegde autoriteiten en niet door de ECB. Overeenkomstig artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening is er van „bijzondere omstandigheden” met name sprake indien de indeling als belangrijk van een onder toezicht staande entiteit niet passend is in het licht van de doeleinden en beginselen van de basisverordening. Het feit dat zowel in het advies als in het litigieuze besluit de nadruk wordt gelegd op de doeleinden van de basisverordening sluit bijgevolg helemaal aan bij de betrokken rechtsregeling en houdt geen tegenstelling in. In werkelijkheid komt rekwirante op tegen het feit dat zij volgens het litigieuze besluit en het advies van de administratieve raad voor toetsing⁴⁵ – wat het Gerecht heeft bevestigd⁴⁶ – moet aantonen dat de consistente toepassing van hoge prudentieeltoezichtstandaarden beter is gediend door rechtstreeks toezicht van de nationale bevoegde autoriteiten. Het betreft hier een kwestie ten gronde en geen kwestie van toereikende motivering.⁴⁷

107. Rekwirante betoogt voorts dat het Gerecht niet heeft willen erkennen dat de ECB de door haar tijdens de administratieve procedure aangedragen argumenten in het litigieuze besluit niet heeft onderzocht. Het heeft in punt 130 van het bestreden arrest vastgesteld dat, aangezien het gaat om een betoog dat „kennelijk irrelevant” is met betrekking tot de uitlegging waaraan de ECB de voorkeur geeft, de ECB niet verplicht was gedetailleerd uiteen te zetten waarom zij rekwirantes betoog heeft afgewezen. Rekwirante heeft voor het Gerecht aangevoerd en blijft ook voor het Hof bij haar standpunt dat zij noch uit het litigieuze besluit noch uit het advies van de administratieve raad voor toetsing kan afleiden waarom haar argumenten „irrelevant” zouden zijn.

108. Het Gerecht heeft mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 130 van het bestreden arrest vast te stellen dat rekwirante uit het litigieuze besluit en uit het advies van de administratieve raad voor toetsing gemakkelijk kon afleiden waarom haar betoog – waarin zij mijns inziens duidelijk pleit om het bestaan van „bijzondere omstandigheden” te beoordelen aan de hand van een totaal verschillend criterium dan dat uit het litigieuze besluit en het advies – „kennelijk irrelevant” was.

109. Het tweede onderdeel van het tweede middel moet bijgevolg worden afgewezen omdat het niet ter zake dienend is, en moet hoe dan ook ongegrond worden verklaard.

⁴⁵ Zie punten 31, 32 en 128 van het bestreden arrest.

⁴⁶ Zie punt 81 van het bestreden arrest.

⁴⁷ Arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, punt 67).

C. Derde middel van de hogere voorziening: het Gerecht heeft procedurele fouten gemaakt door bij de behandeling van het geding aspecten te betrekken die niet het voorwerp van het geding waren

110. Rekwirante voert aan dat het bestreden arrest schending oplevert van haar recht om in rechte te worden gehoord en van het beginsel van hoor en wederhoor, wat fundamentele Unierechtelijke beginselen zijn. Volgens rekwirante berust de motivering van het bestreden arrest door het Gerecht op twee beslissende aspecten die echter geen voorwerp uitmaken van het geding, namelijk de verplichting om het bewijs te leveren dat toezicht door de Duitse bevoegde autoriteit beter geschikt is dan toezicht door de ECB, alsook het bewijs dat die autoriteit en het Landesfinanzministerium (ministerie van Financiën van de deelstaat) met elkaar samenwerken.

111. Rekwirante merkt op dat het Gerecht in punt 46 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat uit „bijzondere omstandigheden” „noodzakelijk [volgt] dat dit alleen ziet op het geval waarin de uit de aanmerking van een entiteit als ‚belangrijke’ entiteit voortvloeiende uitoefening van rechtstreeks prudentieel toezicht door de ECB minder geschikt is om de doelstellingen van de basisverordening te verwezenlijken dan de uitoefening van rechtstreeks prudentieel toezicht door de nationale autoriteiten”. De motivering die het Gerecht in het arrest geeft, berust op het feit dat in het betoog van rekwirante niet werd gesteld dat rechtstreeks toezicht door de Duitse bevoegde autoriteit beter geschikt was om de doelstellingen van de basisverordening te bereiken dan rechtstreeks toezicht door de ECB.⁴⁸ Aangezien dat criterium noch door de ECB noch door het Gerecht in de loop van het geding werd vermeld en er niet naar wordt verwezen in de toepasselijke wetsbepalingen, zou het Gerecht inbreuk hebben gemaakt op rekwirantes recht om in rechte te worden gehoord en op het beginsel van hoor en wederhoor. Het Gerecht zou derhalve een „verrassingsarrest” hebben gewezen.

112. Rekwirante komt eveneens op tegen het feit dat het Gerecht haar betoog ten gronde als irrelevant heeft afgedaan omdat daarin niet werd gesteld dat rechtstreeks toezicht door de Duitse bevoegde autoriteit beter geschikt was om de doelstellingen van de basisverordening te bereiken.

113. In de loop van het geding voert rekwirante met betrekking tot de doelstelling om een consistente toepassing van hoge prudentiële standaarden te garanderen aan dat zij niet alleen onderworpen is aan heel wat Unie- en nationale wetgeving maar ook onder toezicht staat van verschillende nationale autoriteiten. Het Gerecht heeft dit argument evenwel verworpen op grond van het feit dat „[d]ienaangaande [...] slechts [hoeft] te worden opgemerkt dat [rekwirante] niet wijst op enige regeling of onderlinge medewerking tussen de autoriteiten van de deelstaat Baden-Württemberg en de Duitse autoriteiten, die de onderlinge samenwerking van deze autoriteiten gemakkelijker zou maken dan samenwerking met de ECB”.⁴⁹ Volgens rekwirante heeft noch de ECB noch het Gerecht voordien tijdens het geding aangegeven dat bewijzen van een dergelijke regeling of van een andere vorm van „onderlinge medewerking” tussen de betrokken Duitse autoriteit, de Duitse Bundesbank en de deelstaat moeten worden overgelegd teneinde aan te tonen dat rechtstreeks toezicht door de betrokken Duitse autoriteit beter geschikt is om de doelstelling van consistente toepassing van hoge prudentieeltoezichtstandaarden te verwezenlijken.

114. De ECB en de Commissie stellen dat dit middel moet worden afgewezen. Ik ben het met hen eens.

115. Rekwirante betoogt in de punten 45 en 46 van haar bij het Gerecht ingediende verzoekschrift dat het criterium voor het bestaan van „bijzondere omstandigheden” dat de administratieve raad voor toetsing in zijn advies van 20 november 2014 heeft uiteengezet, namelijk dat de „de doelstellingen van de [basisverordening] en in het bijzonder de toepassing van hoge toezichtstandaarden *beter worden*

⁴⁸ Zie punt 88 van het bestreden arrest.

⁴⁹ Zie punt 111 van het bestreden arrest.

bereikt wanneer de entiteit die aan de groottecriteria voldoet, als minder belangrijk zou worden aangemerkt en als gevolg daarvan onder rechtstreeks toezicht van de desbetreffende [nationale bevoegde autoriteit] zou blijven”, niet dienstig is omdat het niet voortvloeit uit de basisverordening of de GTM-kaderverordening.⁵⁰ De ECB heeft in haar verweerschrift in eerste aanleg, en met name in de punten 26 en 50 ervan⁵¹, dit argument uitgebreid beantwoord.

116. Uit dat verzoekschrift en het verweerschrift alleen al blijkt duidelijk dat het door het Gerecht bevestigde criterium voor het bestaan van „bijzondere omstandigheden” voor die instantie het voorwerp heeft uitgemaakt van een uitgebreid debat tussen partijen, en rekwirantes recht om te worden gehoord en het beginsel van hoor en wederhoor dus werden geëerbiedigd.

117. Dat het Gerecht in punt 88 van het bestreden arrest vaststelt dat het betoog van rekwirante in haar brieven van 10 juli 2014⁵² en 6 oktober 2014⁵³ uitsluitend was gebaseerd op de stelling dat prudentieel toezicht door de ECB niet nodig was om de consistente toepassing van hoge toezichtstandaarden te garanderen, zonder dat daarin werd gesteld dat nationaal toezicht beter geschikt zou zijn om die doelstellingen te bereiken, toont niet aan dat het door het Gerecht bevestigde criterium voor het bestaan van „bijzondere omstandigheden” voor het Gerecht niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een debat tussen partijen⁵⁴, hetgeen duidelijk wordt weersproken door de lezing van de memories die partijen voor het Gerecht hebben uitgewisseld, zoals uit de punten 115 en 116 van deze conclusie blijkt.

118. Rekwirantes argument met betrekking tot punt 111 van het bestreden arrest⁵⁵, kan mijns inziens niet slagen. Het Gerecht heeft in punt 111 van het bestreden arrest het door rekwirante in haar repliek voor het Gerecht aangedragen argument dat prudentieel toezicht door de betrokken Duitse bevoegde autoriteiten beter geschikt zou zijn om de in artikel 70, lid 1, van de GTM-kaderverordening opgenomen doelstelling van hoge prudentieeltoezichtstandaarden te bereiken, enkel afgewezen omdat het niet was onderbouwd.

119. Het derde middel moet ongegrond worden verklaard.

120. Aangezien geen enkel van de door rekwirante in haar hogere voorziening aangevoerde middelen kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening volgens mij in haar geheel worden afgewezen.

VI. Kosten

121. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

122. Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de ECB en de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de ECB en de Commissie.

⁵⁰ Zie eveneens punten 8 en 9 van rekwirantes repliek in eerste aanleg.

⁵¹ Cursivering van mij. Zie eveneens punten 4, 10 en 76 van de dupliek van de ECB in eerste aanleg.

⁵² Zie punt 14 supra.

⁵³ Zie punt 16 supra.

⁵⁴ En waarnaar inderdaad specifiek werd verwezen in punt 6.7 van het advies van de administratieve raad voor toetsing van 20 november 2014.

⁵⁵ Zie punt 113 supra.

VII. Conclusie

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

- de hogere voorziening af te wijzen;
- Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank te verwijzen in haar eigen kosten en in die van de Europese Centrale Bank en de Europese Commissie.