Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
T. ĆAPETA
van 13 februari 2025 [1]

Zaak C-687/23

D.E.
tegen
Banco Santander, SA

[verzoek van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2014/59/EU – Kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen – Afwikkeling van Banco Popular – Gedwongen overdracht van aandelen zonder tegenprestatie – Vordering tot nietigverklaring en schadevergoeding die is ingesteld vóór de vaststelling van het afwikkelingsbesluit – Begrip ‚vorderbare' verplichting – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte"

I. Inleiding

1. Deze prejudiciële verwijzing is de zoveelste loot aan de stam van de rechtspraak die is voortgekomen uit de op 7 juni 2017 besloten afwikkeling van de Spaanse bank Banco Popular Español, S.A. (hierna: „Banco Popular") [2].

2. Als gevolg van die afwikkeling verloor een groot aantal natuurlijke en rechtspersonen hun beleggingen. Dat heeft geleid tot een stortvloed aan rechtszaken voor de nationale rechter en de Unierechter.

3. Tot deze gedingen behoort een aantal zaken waarin wordt verzocht om nietigverklaring en terugvordering van betaalde bedragen of schadevergoeding omdat Banco Popular bij de verkoop van bepaalde financiële instrumenten aan natuurlijke en rechtspersonen een aantal vereisten op het gebied van transparantie en consumentenrecht niet in acht heeft genomen. Met andere woorden, deze vorderingen zijn niet gestoeld op het verlies van de waarde van deze instrumenten als gevolg van de afwikkeling maar veeleer op de beweerde onrechtmatigheid van de oorspronkelijke inschrijving op deze instrumenten.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Zie besluit SRB/EES/2017/08 van de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad van 7 juni 2017 betreffende de vaststelling van een afwikkelingsregeling met betrekking tot Banco Popular Español, S.A., goedgekeurd door de Europese Commissie bij besluit (EU) 2017/1246 (PB 2017, L 178, blz. 15) (hierna samen: „afwikkelingsbesluit").

4. In de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular)[3] en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II)[4] heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke gerechtelijke procedures, voor zover ingesteld *na* de datum van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, zijn uitgesloten door richtlijn 2014/59/EU[5] (richtlijn betreffende afwikkeling en herstel van banken; hierna: „richtlijn 2014/59").

5. Wat nieuw is aan de onderhavige zaak is dat het hoofdgeding is ingesteld *vóór* de datum van de vaststelling van de afwikkeling. Maakt dat verschil? Dat is in wezen de vraag die in deze zaak aan het Hof wordt voorgelegd.

II. Feiten, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

6. In 2009 heeft Banco Popular „Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S.A. I/2009" (hierna: „achtergestelde obligaties I/2009") uitgegeven.

7. Op 3 oktober 2009 heeft D.E., in zijn hoedanigheid van enig bestuurder van de vennootschap Lera Blava, S.L.U. (hierna: „Lera Blava"), voor Lera Blava ingeschreven op 15 van deze converteerbare obligaties voor een totaalbedrag van 15 000 EUR.

8. Op 25 mei 2012 heeft D.E., mede namens Lera Blava, de achtergestelde obligaties I/2009, die in oktober 2013 zouden komen te vervallen, ingewisseld voor andere gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties (hierna: „achtergestelde obligaties II/2012") met vervaldatum in november 2015.

9. Op 14 januari 2013 heeft Lera Blava de eigendom van deze obligaties overgedragen aan D.E. als betaling voor uitstaande lonen.

10. Op 25 november 2015, en in overeenstemming met de voorwaarden van hun uitgifte, zijn de achtergestelde obligaties II/2012 gedwongen omgezet in aandelen van Banco Popular. Daarmee werd D.E. aandeelhouder van Banco Popular.

11. Op 6 oktober 2016 heeft D.E. in eigen naam een vordering ingesteld tegen Banco Popular waarin hij verzocht om nietigverklaring van de achtergestelde obligaties I/2009 en II/2012 wegens dwaling bij de instemming die door het Unierecht, in het bijzonder de MiFID I-richtlijn[6], vereist is, en om terugbetaling van het oorspronkelijk belegde bedrag. Subsidiair heeft hij schadevergoeding gevorderd wegens niet-nakoming van de uit de MiFID I-richtlijn voortvloeiende verplichtingen.

[3] Arrest van 5 mei 2022, Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) [C-410/20, EU:C:2022:351; hierna: „arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular)"].

[4] Arrest van 5 september 2024, Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) [C-775/22, C-779/22 en C-794/22, EU:C:2024:679; hierna: „arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II)"].

[5] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PB 2014, L 173, blz. 190).

[6] Volgens de verwijzingsbeslissing heeft D.E. zich gebaseerd op richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB 2004, L 145, blz. 1) (hierna: „MiFID I-richtlijn").

12. Op 31 mei 2017 heeft de Juzgado de Primera Instancia (rechter in eerste aanleg, Spanje) D.E.'s vordering tot nietigverklaring toegewezen en de inschrijving op de achtergestelde obligaties I/2009 en II/2012 nietig verklaard.[7] Uit het nationale dossier blijkt dat deze rechter heeft bevestigd dat Banco Popular noch wat betreft de persoonlijke hoedanigheid van D.E. noch wat betreft diens hoedanigheid van bestuurder van Lera Blava, een „passendheidstoets" heeft uitgevoerd om te beoordelen of hij, in welke hoedanigheid dan ook, over de noodzakelijke kennis en ervaring beschikte om het aan de betrokken converteerbare obligaties verbonden risico te begrijpen[8]. Banco Popular heeft hoger beroep ingesteld tegen dat vonnis bij de Audiencia Provincial (rechter in tweede aanleg, Spanje).

13. Op 7 juni 2017 heeft de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad het afwikkelingsbesluit met betrekking tot Banco Popular vastgesteld dat op dezelfde dag door de Europese Commissie is goedgekeurd.

14. Meer in het bijzonder bestond die afwikkeling uit een combinatie van de instrumenten van bail-in en verkoop van de onderneming[9] en werd zij als volgt uitgevoerd. Eerst werd door toepassing van het instrument van bail-in de waarde van de bestaande aandelen van Banco Popular tot nul verlaagd. Vervolgens werden deze aandelen ingetrokken. Dezelfde behandeling werd toegepast op de aandelen die waren gecreëerd door de conversie van een deel van de uitstaande verplichtingen van Banco Popular (tier 1-verplichtingen). Een ander deel van deze uitstaande verplichtingen (tier 2-verplichtingen) werd omgezet in nieuwe aandelen die werden overgedragen aan Banco Santander, S.A. Vervolgens werd Banco Popular verkocht aan Banco Santander, verweerster in het hoofdgeding, die alle resterende activa van Banco Popular verwierf door middel van een fusie door overname, waarbij Banco Popular als rechtspersoon ophield te bestaan. Banco Santander is ook de opvolgster van Banco Popular in het hoofdgeding.

15. Op 29 maart 2019 heeft de Audiencia Provincial het vonnis van de rechter in eerste aanleg vernietigd op grond dat D.E. geen procesbevoegdheid had. Deze rechter was van mening dat Lera Blava de vordering had moeten instellen.

16. Tegen dit arrest heeft D.E. cassatieberoep ingesteld bij de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje). Ondanks verzet van beide partijen heeft de Tribunal Supremo in de onderhavige zaak besloten tot een prejudiciële verwijzing. Deze rechter zet tevens uiteen dat uiteenlopende interpretaties van onder meer artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 door de Spaanse rechter hebben geleid tot een aanzienlijk aantal cassatieberoepen bij hem, wat impliceert dat richtsnoeren van het Hof zullen helpen bij de beslechting van een aantal van deze zaken.

7 Volgens het nationale dossier is dit vonnis op 8 juni 2017 aan partijen betekend.

8 De „passendheidstoets" is verplicht gesteld door artikel 19, lid 5, van de MiFID I-richtlijn. Deze is verder uitgewerkt in de artikelen 36 en 37 van richtlijn 2006/73/EG van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn (PB 2006, L 241, blz. 26) (hierna: „MiFID I-uitvoeringsrichtlijn").

9 Zie respectievelijk de artikelen 24 en 27 van verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014, L 225, blz. 1) (hierna: „GAM-verordening").

17. In het licht van deze feiten heeft de Tribunal Supremo het Hof verzocht om beantwoording van de volgende prejudiciële vragen:

„1) Moeten artikel 34, lid 1, onder a) en b), en artikel 53, leden 1 en 3, juncto artikel 60, lid 2, eerste alinea, onder b) en c), van [richtlijn 2014/59] aldus worden uitgelegd dat de vordering die of het recht dat zou voortvloeien uit een veroordeling van de rechtsopvolger van Banco Popular tot betaling van schadevergoeding naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering die is ingesteld in verband met het op de markt brengen van financiële producten (achtergestelde obligaties die verplicht converteerbaar zijn in aandelen van dezelfde bank) die niet behoren tot de aanvullend-kapitaalinstrumenten waarop de ten aanzien van Banco Popular getroffen afwikkelingsmaatregelen betrekking hadden en die uiteindelijk – voordat de afwikkelingsmaatregelen voor de bank werden vastgesteld (7 juni 2017) – zijn omgezet in aandelen, kan worden aangemerkt als een verplichting die valt onder artikel 53, lid 3, van [richtlijn 2014/59] en de daarin geregelde afschrijving of annulering, daar het gaat om een ‚niet-vorderbare' verplichting of vordering, zodat deze als voldaan is te beschouwen en niet kan worden tegengeworpen aan Banco Santander, als rechtsopvolger van Banco Popular, wanneer de vordering waaruit de veroordeling tot schadevergoeding zou voortvloeien aanhangig is gemaakt voordat de afwikkeling van de bank had plaatsgevonden?

2) Of moeten die bepalingen daarentegen aldus worden uitgelegd dat die vordering of dat recht is aan te merken als een ‚vorderbare' verplichting of vordering (artikel 53, lid 3, van [richtlijn 2014/59]) of een bij de afwikkeling van de bank ‚reeds te betalen verplichting' [artikel 60, lid 2, eerste alinea, onder b)] en als zodanig is uitgesloten van de gevolgen die verbonden zijn aan de voldoening of annulering van dergelijke verplichtingen of vorderingen, zodat die vordering of dat recht kan worden tegengeworpen aan Banco Santander, als rechtsopvolger van Banco Popular, ook wanneer de vordering waaruit de veroordeling tot schadevergoeding zou voortvloeien aanhangig is gemaakt voordat de afwikkeling van de bank had plaatsgevonden?"

III. Analyse

A. Achtergrond, argumenten van partijen en opbouw van deze conclusie

18. Het gaat de verwijzende rechter om de uitlegging van het begrip „vorderbaar", zoals dit voorkomt in artikel 53, lid 3, en artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59.

19. Artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 bepaalt:

„Indien een afwikkelingsautoriteit de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting met gebruikmaking van de in artikel 63, lid 1, onder e), bedoelde bevoegdheid tot nul verlaagt, dan worden die verplichting en eventuele *verplichtingen of vorderingen* die daaruit voortvloeien en *die niet-vorderbaar waren* op het moment waarop de bevoegdheid werd uitgeoefend, *als voldaan beschouwd* voor alle doeleinden en kunnen zij niet worden ingebracht in het kader van eventuele latere procedures met betrekking tot de instelling in afwikkeling of een eventuele opvolgende entiteit bij een latere liquidatie."[10]

[10] Cursivering van mij.

20. Het relevante deel van artikel 60, lid 2, van richtlijn 2014/59 luidt:

„2. Bij afschrijving van de hoofdsom van een relevant kapitaalinstrument:

[…]

b) *resteert voor de houder* van het relevante kapitaalinstrument *geen verplichting* uit hoofde van of in verband met de som die met betrekking tot dit instrument is afgeschreven, *met uitzondering van alle reeds te betalen verplichtingen* en elke schadevergoedingsverplichting die is ontstaan uit een beroep ingesteld ter betwisting van de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid kunnen voortvloeien;

[…]" [11]

21. In richtlijn 2014/59 wordt het begrip „vorderbaar" niet gedefinieerd. Bovendien gebruiken sommige taalversies van richtlijn 2014/59 hetzelfde woord in zowel artikel 53, lid 3, als artikel 60, lid 2, onder b), terwijl andere, waaronder de Spaanse taalversie, twee verschillende woorden gebruiken. [12] Dat maakt het moeilijk om definitief te zeggen wat de algemene betekenis van dat begrip is.

22. Die richtlijn verwijst hoe dan ook niet naar het recht van de lidstaten voor de vraag wat dit begrip betekent, hetgeen erop wijst dat dit begrip op het niveau van Unie een autonome betekenis moet krijgen. [13]

23. Aangezien „vorderbare" verplichtingen niet worden geraakt door een bail-in, blijkt duidelijk uit de bewoordingen van zowel artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 als artikel 60, lid 2, onder b), ervan dat het antwoord op de vraag of een verplichting al dan niet „vorderbaar" is gevolgen heeft. Volgens artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59 „resteert" namelijk voor de houder van het relevante kapitaalinstrument dat is afgeschreven geen verplichting, terwijl jegens deze persoon wel een verplichting blijft bestaan als zijn vordering „vorderbaar" is op het moment van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit.

24. Voorts verwijst artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 ook naar het begrip „uitstaand bedrag", dat wordt verlaagd wanneer het instrument van bail-in wordt gebruikt. Die verwijzing verduidelijkt dat de afwikkelingsautoriteiten bij het gebruik van dat instrument alleen de *uitstaande* verplichtingen van de bank in het kader van de afwikkeling mogen voldoen, dat wil zeggen de verplichtingen die bestaan maar nog niet verschuldigd (dat wil zeggen vervallen) zijn. Dat doet vermoeden dat het begrip „vorderbaar", dat in deze context wordt gebruikt om een verplichting van de bail-in uit te sluiten, betrekking heeft op de verplichtingen die een bank al is aangegaan en die reeds verschuldigd (dat wil zeggen vervallen) zijn op het moment van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit.

[11] Cursivering van mij.

[12] In sommige taalversies wordt hetzelfde woord gebruikt in artikel 53, lid 3, en artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59. Naast de Engelse taalversie van richtlijn 2014/59 is dat ook het geval in de Franse (die in beide bepalingen het begrip „échu" gebruikt), de Duitse (die het begrip „angefallen" gebruikt), de Italiaanse (die het begrip „maturati" gebruikt) en de Kroatische (die het begrip „obračunati" gebruikt) taalversie. Andere taalversies gebruiken twee verschillende begrippen in artikel 53, lid 3, en artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, wordt in de Spaanse taalversie van richtlijn 2014/59 in artikel 53, lid 3, ervan „vencidas" en in artikel 60, lid 2, van die richtlijn „devengados" gebruikt. In dezelfde geest gebruikt de Nederlandse taalversie „vorderbaar" in artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 en „te betalen" in artikel 60, lid 2, van die richtlijn.

[13] Dit is ook reeds door het Hof verklaard in het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 48.

25. De verplichting om crediteuren te compenseren voor onrechtmatigheden die voortvloeien uit de aankoop van door een bank uitgegeven financiële instrumenten en waartegen in rechte wordt opgekomen, moet, bij de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, worden gezien als een „mogelijke" verplichting van de bank in afwikkeling. Voordat een rechter zich over een dergelijke verplichting uitspreekt, is het bestaan ervan onzeker. Wanneer een rechter die betalingsverplichting bevestigt, ontstaat de resulterende verplichting en de vervaldatum ervan echter ex tunc, dat wil zeggen vanaf vóór de datum van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit.

26. Zijn dergelijke „mogelijke" verplichtingen „vorderbaar" in de zin van richtlijn 2014/59 op het moment van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit?

27. Dienaangaande is tweeërlei uitlegging mogelijk.

28. Enerzijds kunnen deze verplichtingen als „vorderbaar" worden beschouwd, aangezien zij, zodra zij door een rechter zijn bevestigd, vóór de vaststelling van het afwikkelingsbesluit zouden hebben bestaan en derhalve verschuldigd zouden zijn. Anderzijds kunnen deze verplichtingen, gezien het feit dat zij afhankelijk zijn van de uitkomst van gerechtelijke procedures, worden gezien als slechts „mogelijk" vorderbaar op het moment van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit. Met andere woorden, zij kunnen worden opgevat als op het moment van de afwikkeling uitstaande verplichtingen, om welke reden zij kunnen worden opgevat als „niet-vorderbaar".

29. In de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) heeft het Hof dergelijke „mogelijke" verplichtingen, ten aanzien waarvan de rechtsvordering wordt ingesteld na de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, uitgelegd als niet-vorderbaar en daarom onder het besluit tot bail-in vallend. Dit heeft tot gevolg dat crediteuren van dergelijke „mogelijke" verplichtingen hun vorderingen jegens de bank in afwikkeling bij het gebruik van het instrument van bail-in verliezen. Dat verlies heeft uiteraard gevolgen voor de Unierechten van crediteuren, waaronder het fundamentele recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Niettemin was het Hof in de betrokken arresten van oordeel dat, alles afwegende, het algemeen belang dat erin bestaat de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen voorrang heeft op de Unierechten van crediteuren.

30. Zich baserend op deze twee arresten betogen zowel Banco Santander als de Spaanse, de Italiaanse en de Portugese regering dat verplichtingen die kunnen voortvloeien uit gerechtelijke procedures, zelfs indien deze *vóór* de afwikkeling zijn ingesteld, niet kunnen worden geacht „vorderbaar" te zijn.

31. Zij zijn van mening dat deze vorderingen waarschijnlijk een uitstroom van middelen van de bank in afwikkeling met zich brengen en zo de doeltreffendheid van het afwikkelingsbesluit kunnen belemmeren. Bijgevolg mogen alleen vorderingen of rechten die bij vonnis van de bevoegde nationale rechter vóór de datum van het afwikkelingsbesluit als verschuldigd zijn erkend, als „vorderbaar" in de zin van richtlijn 2014/59 worden aangemerkt.

32. De Commissie neemt echter een tegenovergesteld standpunt in. Zij is van mening dat het begrip „vorderbaar", zoals gebruikt in artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59, ook een verplichting of vordering moet omvatten die op het moment van afwikkeling slechts „voorlopig" is komen te vervallen, en die een later vonnis, zelfs nadat een afwikkelingsbesluit is vastgesteld, slechts zou bevestigen.

33. Volgens de Commissie is deze uitlegging geboden door het vereiste van artikel 36 van richtlijn 2014/59 van een „eerlijke, prudente en realistische" waardering. Bij een dergelijke waardering moet rekening worden gehouden met mogelijke verplichtingen die afhangen van de uitkomst van aanhangige gerechtelijke procedures. Bovendien lijkt het niet gerechtvaardigd om compensatie te weigeren aan een persoon die een gerechtelijke procedure heeft ingesteld vóór het moment waarop een afwikkelingsbesluit is vastgesteld.

34. Het onderhavige geval werpt dus de vraag op of het evenwicht tussen het belang van financiële stabiliteit en de doeltreffende rechterlijke bescherming van de Unierechten van crediteuren, voor de bescherming waarvan gerechtelijke procedures werden ingesteld vóór de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, op dezelfde manier moet worden gevonden als wanneer die procedures pas na de vaststelling van het afwikkelingsbesluit worden ingesteld.

35. Deze vraag strekt ertoe een richtsnoer te vinden voor de beantwoording van de vraag of „mogelijke" verplichtingen die reeds voorwerp zijn van een gerechtelijke procedure op het moment van de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, moeten worden geacht „vorderbaar" te zijn in de zin van richtlijn 2014/59. Om die vraag te beantwoorden, zal ik als volgt te werk gaan. Ik zal eerst uitleggen waarom ik deze prejudiciële verwijzing ontvankelijk acht (B). Ten gronde zal ik eerst kort de redenering in herinnering brengen die ten grondslag heeft gelegen aan de twee arresten waarin het Hof heeft geoordeeld dat *na* het afwikkelingsbesluit ingestelde vorderingen door richtlijn 2014/59 zijn uitgesloten (C). Vervolgens zal ik ingaan op de vraag of dezelfde redenering ook van toepassing is indien de bij de rechter ingediende vorderingen zijn ingesteld *vóór* het afwikkelingsbesluit (D). Op grond van mijn analyse zal ik het Hof in overweging geven te oordelen dat het doel van het afwikkelingskader dat door richtlijn 2014/59 is vastgesteld geen voorrang kan hebben op het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming van de Unierechten van consumenten en beleggers wanneer de vordering met betrekking tot die rechten *vóór* het afwikkelingsbesluit is ingesteld (IV).

B. Ontvankelijkheid

36. Banco Santander plaatst vraagtekens bij de ontvankelijkheid van deze verwijzing. Volgens haar zijn de prejudiciële vragen irrelevant voor de beslechting van het hoofdgeding, aangezien de nationale rechter zou hebben besloten om niet na te gaan of verzoeker in eerste aanleg naar nationaal recht in het geheel procesbevoegdheid had.

37. In dit verband herinner ik eraan dat het in beginsel aan de nationale rechter staat om de noodzaak en de relevantie van de prejudiciële vragen te bepalen, zodat voor zijn vragen een vermoeden van relevantie geldt. Het Hof kan slechts weigeren te antwoorden wanneer het overduidelijk is dat het antwoord op de vraag in het hoofdgeding van geen enkel nut kan zijn. [14]

38. Zoals de Spaanse regering uiteenzet, is een antwoord op de prejudiciële vragen noodzakelijk voor de verwijzende rechter op grond dat wanneer het Hof zou antwoorden dat de betrokken vordering door richtlijn 2014/59 is uitgesloten, de verwijzende rechter de vordering van D.E. zou moeten afwijzen zonder te hoeven onderzoeken of hij in het geheel procesbevoegdheid zou hebben gehad.

[14] Zie bijvoorbeeld arrest van 10 december 2018, Wightman e.a. (C-621/18, EU:C:2018:999, punten 26, 27 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39. Bijgevolg is het niet overduidelijk dat de verwijzing niet-ontvankelijk is. Het Hof dient derhalve de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden.

C. Twee eerdere arresten en de huidige situatie

40. Zoals ik heb aangegeven moet de onderhavige prejudiciële verwijzing worden bezien tegen de achtergrond van de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II). Daarin heeft het Hof geoordeeld dat een besluit tot afwikkeling van Banco Popular tot gevolg had dat geen gerechtelijke procedure kon worden ingesteld waarin de betrokken verzoekers compensatie eisten omdat die bank bepaalde normen inzake de verkoop van financiële instrumenten niet in acht had genomen.

41. In de zaak die heeft geleid tot het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) ging het om een vordering tot nietigverklaring die was ingesteld door twee natuurlijke personen die in 2016 aandelen van Banco Popular hadden verworven in het kader van een kapitaalverhoging die was doorgevoerd door middel van een openbaar aanbod tot inschrijving. Na de afwikkeling van die bank en de verlaging van haar aandelenkapitaal tot nul, in 2018, stelden die natuurlijke personen dat hun aanvankelijke instemming met de overeenkomst tot verwerving van aandelen ongeldig was, onder meer wegens het onvolledige of onjuiste karakter van het betrokken prospectus. In het daaruit voortvloeiende vonnis in eerste aanleg was de nationale rechter van oordeel dat de Unierechtelijke regels inzake civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de in een prospectus verstrekte informatie, zoals opgenomen in de prospectusrichtlijn [15], voorrang kunnen hebben op de beginselen voor de afwikkeling van kredietinstellingen, zoals neergelegd in richtlijn 2014/59. [16] Om die reden heeft deze rechter de overeenkomst tot inschrijving op aandelen nietig verklaard en de terugbetaling gelast van het bedrag dat verzoekers hadden belegd, vermeerderd met rente. [17]

42. Het Hof heeft deze uitlegging niet in stand gelaten. In een prejudiciële beslissing, waar in hoger beroep om werd verzocht, heeft het Hof veeleer geoordeeld dat richtlijn 2014/59 toestaat dat wordt afgeweken van rechten die zijn gebaseerd op andere Unierechtelijke instrumenten. Het Hof heeft verklaard dat het uitzonderingskarakter van de afwikkelingsprocedure „impliceert dat andere bepalingen van Unierecht buiten toepassing kunnen worden gelaten wanneer deze de uitvoering van de afwikkelingsprocedure elk nuttig effect ontnemen of belemmeren”. [18]

43. Om de volledige doeltreffendheid van de afwikkelingsprocedure waarin richtlijn 2014/59 voorziet te waarborgen, kunnen aandeelhouders van wie de aandelen bij een afwikkelingsbesluit worden ingetrokken daarom geen vordering tot nietigverklaring of schadevergoeding instellen *nadat* het afwikkelingsbesluit is vastgesteld.

44. De bovenstaande redenering werd door het Hof in het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) uitgebreid tot vorderingen ingesteld door houders van obligaties die vóór de afwikkeling in aandelen werden omgezet en vervolgens werden ingetrokken [19], alsook door houders van obligaties die tijdens de afwikkeling in aandelen werden omgezet maar zonder

[15] Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn 2001/34/EG (PB 2003, L 345, blz. 64).

[16] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punt 23.

[17] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punt 22.

[18] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punt 37.

[19] Dat was de situatie waar het om ging in de zaken C-775/22 en C-779/22.

compensatie aan Banco Santander werden overgedragen [20]. Net als in het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) hebben de schuldeisers in het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) na de afwikkeling vorderingen tot nietigverklaring en schadevergoeding ingesteld, waarbij zij hebben betoogd dat de oorspronkelijke uitgifte van deze financiële instrumenten, die later in aandelen werden omgezet, onrechtmatig was. [21] Ook in deze zaken heeft het Hof geoordeeld dat een vordering tot schadevergoeding of nietigverklaring van de oorspronkelijke obligaties niet kon worden ingesteld *na* de vaststelling van het afwikkelingsbesluit. [22]

45. De situatie in de onderhavige zaak is vergelijkbaar. Zij lijkt het meest op de situatie in de zaken C-775/22 en C-779/22, de eerste twee van de drie gevoegde zaken in het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), aangezien de obligaties, waarvan D.E. stelt dat ze onrechtmatig zijn verworven, vóór de afwikkeling van Banco Popular in aandelen waren omgezet. Het belangrijke verschil tussen de twee zaken is echter gelegen in het feit dat de verzoekers in de eerstgenoemde procedure hun rechtsvorderingen pas *na* de afwikkeling van Banco Popular hebben ingesteld, terwijl D.E. zijn vordering ongeveer acht maanden *vóór* de vaststelling van het afwikkelingsbesluit heeft ingesteld.

46. Daarom moet eerst worden nagegaan op welke gronden het Hof heeft geoordeeld dat het instellen van vorderingen tot nietigverklaring of schadevergoeding door richtlijn 2014/59 is uitgesloten nadat een afwikkelingsbesluit is vastgesteld. Pas daarna kan de vraag worden gesteld of dezelfde gronden ook kunnen gelden voor een situatie waarin dergelijke vorderingen vóór de datum van het afwikkelingsbesluit worden ingesteld.

47. In de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) heeft het Hof verklaard dat de afwijking van andere Unierechtelijke bepalingen die rechten toekennen aan particulieren, kan worden verklaard door het „hoger algemeen belang" dat erin bestaat „de financiële stabiliteit van de lidstaten te waarborgen" in uitzonderlijke en spoedeisende economische omstandigheden. [23]

48. Het Hof oordeelde dat de toepassing van die andere Unierechtelijke bepalingen, zoals de prospectusrichtlijn, „een afwikkelingsprocedure haar nuttig effect zou kunnen ontnemen of [de] uitvoering zou kunnen belemmeren." [24]

49. De reden hiervoor is dat zowel een vordering tot nietigverklaring als een vordering tot schadevergoeding, indien succesvol, de bank in afwikkeling, of haar opvolger, zou verplichten tot volledige terugbetaling van de bedragen die zijn belegd tijdens de inschrijving op aandelen (of obligaties geconverteerd in aandelen) die echter zijn afgeschreven als gevolg van dat besluit tot afwikkeling. Het Hof heeft verklaard dat door deze vorderingen de gehele waardering waarop het afwikkelingsbesluit berust op losse schroeven komt te staan. [25]

[20] Dat was de situatie in zaak C-794/22.

[21] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punten 29 en 37.

[22] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punten 61 en 70.

[23] Zie dienaangaande arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punt 37, herhaald in arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 56.

[24] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punten 37 en 40, en arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 56.

[25] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punt 43. Zo ook arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 59.

50. Tijdens de waardering zijn de verplichtingen tot terugbetaling of betaling van schadevergoedingen die door de rechter kunnen worden bevestigd, slechts „mogelijke" verplichtingen van de bank in afwikkeling, aangezien hun bestaan afhangt van de uitkomst van aanhangige gerechtelijke procedures. Wanneer er op het moment van de waardering, die als basis voor het afwikkelingsbesluit dient, nog geen procedures zijn ingesteld, zouden de afwikkelingsautoriteiten bovendien niet op de hoogte zijn van het bestaan van dergelijke „mogelijke" verplichtingen.

51. Dienovereenkomstig was het Hof van oordeel dat „mogelijke" verplichtingen die het gevolg zijn van vorderingen die zijn ingesteld *na* de datum waarop het afwikkelingsbesluit is vastgesteld, als „niet-vorderbaar" en derhalve voor alle doeleinden als voldaan moeten worden beschouwd, zoals bepaald in artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59, en geïmpliceerd in artikel 60, lid 2, eerste alinea, van die richtlijn. [26]

52. De reden hiervoor is dat het effect van een succesvolle vordering met terugwerkende kracht verplichtingen in het leven zou roepen waarmee geen rekening is gehouden bij de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, waardoor het bedrag van de kapitaalinstrumenten waar de bail-in betrekking op heeft wordt verminderd. [27]

53. Met andere woorden, het Hof heeft geoordeeld dat de categorie van „vorderbare" verplichtingen of vorderingen, in de zin van artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 die soorten vorderingen uitsluit welke zouden voortvloeien uit succesvolle vorderingen die *na* de vaststelling van het betrokken afwikkelingsbesluit zijn ingesteld. [28]

54. In de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) werd het Hof echter niet gevraagd om te beslissen of dezelfde redenering ook in de weg staat aan vorderingen tot nietigverklaring en tot schadevergoeding wanneer deze vorderingen worden ingesteld *vóór* de datum van een afwikkelingsbesluit.

55. De verplichtingen van de bank in afwikkeling zijn in een dergelijk geval ook slechts „mogelijke" verplichtingen, aangezien hun bestaan niet zeker is zolang de uitkomst van de gerechtelijke procedure niet bekend is. In dit scenario is de procedure echter al bij een rechter aanhangig op het moment dat de verplichtingen van de bank in afwikkeling worden beoordeeld.

56. De vraag is dus of „mogelijke" verplichtingen die afhangen van gerechtelijke procedures die *vóór* een afwikkelingsbesluit zijn ingesteld, maar waarover nog geen uitspraak is gedaan op het moment van de vaststelling van dat afwikkelingsbesluit, als „vorderbaar" in de zin van richtlijn 2014/59 moeten worden beschouwd.

57. Hoewel de redenering die ten grondslag ligt aan de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) mijns inziens grotendeels ook van toepassing is op een situatie als de onderhavige, zijn er bijkomende factoren die een andere uitlegging rechtvaardigen. Op deze factoren zal ik nu ingaan.

[26] Zie dienaangaande arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular), punten 41 en 42.

[27] Zie dienaangaande arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 53.

[28] Zie arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punten 49 en 50.

D. Zijn „mogelijke" verplichtingen die voorwerp zijn van een gerechtelijke procedure die vóór het afwikkelingsbesluit is ingesteld „vorderbaar" of „niet-vorderbaar"?

1. Doel van richtlijn 2014/59 – Kunnen vorderingen in aanhangige gerechtelijke procedures het afwikkelingsbesluit ondermijnen?

58. Zoals ik heb uiteengezet, zijn de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II) gebaseerd op de overweging dat het doel van richtlijn 2014/59 – het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel – in gevaar kan worden gebracht wanneer de waardering van de activa van een bank, op basis waarvan een afwikkelingsbesluit wordt vastgesteld, vervolgens kan worden gewijzigd door gerechtelijke procedures die zijn ingesteld nadat het afwikkelingsbesluit is vastgesteld.

59. Naar mijn mening kan deze redenering niet worden doorgetrokken naar „mogelijke" verplichtingen, dat wil zeggen verplichtingen die kunnen ontstaan als de vordering die is ingesteld voordat het afwikkelingsbesluit is vastgesteld, succesvol is.

60. Wat betreft de waardering van de activa van de bank in afwikkeling, is er een belangrijk verschil tussen vorderingen die vóór die waardering en vorderingen die daarna zijn ingesteld. De eerstgenoemde zijn bekend bij de taxateur en bijgevolg bij de afwikkelingsautoriteiten, of kunnen dat althans zijn. Omgekeerd kan de taxateur of bevoegde autoriteit de laatste niet voorzien.

61. Zou, rekening houdend met dat verschil, de uitlegging van een dergelijke procedure als een „vorderbare" verplichting de afwikkelingsprocedure in gevaar brengen en het afwikkelingsbesluit van zijn nuttig effect ontdoen?

62. De Commissie betoogt dat, als de waarderingsbeginselen worden gerespecteerd, de behandeling van eerdere vorderingen als vorderbare verplichtingen de doeltreffendheid van de afwikkelingsprocedure niet in gevaar brengt.

63. Banco Santander beweert daarentegen dat een dergelijke behandeling van mogelijke maar onzekere verplichtingen de overname van een bank in afwikkeling kan ontmoedigen en bijgevolg de doeltreffendheid van het instrument van verkoop van de onderneming op losse schroeven kan zetten wanneer het wordt gecombineerd met een bail-in, zoals het geval was in de afwikkeling van Banco Popular.

64. Volgens artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/59 moet elke afwikkelingsmaatregel gebaseerd zijn op „een eerlijke, prudente en realistische waardering van de activa en passiva" van de entiteit in afwikkeling.[29]

65. Met andere woorden, de waardering moet een realistisch beeld verschaffen wat betreft de vraag in hoeverre een „mogelijke verplichting" een vermindering van de activa van de bank in afwikkeling kan vormen.

[29] Bovendien wordt in artikel 36, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/59 vermeld dat „[d]e waardering […] tot doel [heeft] de waarde te bepalen van de activa en passiva" van de betrokken instelling en er zorg voor te dragen dat „in alle gevallen […] ieder verlies met betrekking tot de activa van de instelling of entiteit […] volledig is erkend op het ogenblik waarop de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast of de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend". Bovendien is de waardering, volgens de relevante delen van de leden 5 en 6 van dezelfde bepaling, „gebaseerd op prudente aannamen, onder meer met betrekking tot wanbetalingspercentages en de ernst van de verliezen" en wordt zij „aangevuld met […] een geactualiseerde balans" en „de lijst van de uitstaande buitenbalans- en balansverplichtingen zoals die voorkomt in de boeken en bescheiden van de [betrokken] instelling of entiteit".

66. Terwijl bij de waardering van een entiteit in afwikkeling geen rekening kan worden gehouden met „mogelijke" verplichtingen die voortvloeien uit gerechtelijke procedures die op dat moment nog niet zijn ingesteld, kan dit niet worden gezegd van op dat moment aanhangige procedures.

67. Aangezien „mogelijke" verplichtingen die afhankelijk zijn van de uitkomst van *aanhangige* gerechtelijke procedures in aanmerking kunnen worden genomen bij de afwikkeling, kunnen dergelijke procedures de afwikkelingsprocedure derhalve niet ondermijnen.

68. Het is juist dat richtlijn 2014/59 niet bepaalt hoe de in artikel 36 daarvan bedoelde verplichtingen moeten worden vastgesteld. [30]

69. Uit het eerste waarderingsverslag in de afwikkeling van Banco Popular van 5 juni 2017 blijkt echter dat dat verslag is „opgesteld met inachtneming van […] de criteria van de waarderingsmethodologie van hoofdstuk II" [31] van de toepasselijke technische reguleringsnormen van de Europese Bankautoriteit (EBA) [32]. In het relevante deel van deze normen wordt bepaald dat „[d]e taxateur […] zich met name [richt] op […] rechtsgeschillen en regelgevende maatregelen, waarvan de verwachte kasstromen een uiteenlopende mate van onzekerheid kunnen vertonen ten aanzien van het bedrag en/of het tijdstip ervan". [33]

70. Ook blijkt uit het tweede waarderingsverslag van 6 juni 2017, waarnaar Banco Santander in haar opmerkingen verwijst, dat bij de waardering van Banco Popular rekening is gehouden met een vermindering van de geschatte reële waarde als gevolg van rechtszaken betreffende „vorderingen wegens misleidende verkoop van converteerbare obligaties" in haar jaarrekeningen. [34] Zoals in het toelichtingsdocument bij het derde waarderingsverslag wordt uiteengezet, omvatten deze, uitgaande van een laag en hoog scenario, vorderingen die voortvloeien uit de achtergestelde obligaties II/2012, zijnde juist die financiële instrumenten die in de onderhavige zaak in het geding zijn. [35]

[30] Evenwel zij erop gewezen dat de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad in 2019 een kader voor waardering gepubliceerd heeft om de beginselen en methodologieën voor waarderingsverslagen voor afwikkelingsbesluiten vast te leggen dat de taxateur opdraagt rekening te houden met „[g]erelateerde verplichtingen in verband met rechtszaken"; zie Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad, Kader voor waardering, februari 2019, blz. 22, beschikbaar op: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-02-01 %20Framework%20for%20Valuation.pdf.

[31] Zie Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad, „Waarderingsverslag voor de doeleinden van artikel 20, lid 5, onder a), van verordening (EU) nr. 806/2014 dat informatie verschaft over de vaststelling of aan de voorwaarden voor afwikkeling of de voorwaarden voor de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten is voldaan", 5 juni 2017, beschikbaar op: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf (hierna: „eerste waarderingsverslag"), blz. 1.

[32] Europese Bankautoriteit, „Technische reguleringsnormen betreffende de waardering ten behoeve van de afwikkeling en waardering met het oog op de vaststelling van het verschil in behandeling na de afwikkeling waarin richtlijn 2014/59/EU betreffende afwikkeling en herstel van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen voorziet" (EBA/RTS/2017/05 en EBA/RTS/2017/06), 23 mei 2017 (hierna: „technische normen van de EBA"), beschikbaar op: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1853532/88566587-ff6f-4116-a08e-282eb4ea2f78/Final%20draft%20RTSs%20on%20valuation%20in%20resolution%20(EBA-RTS-2017-05 %20&%20EBA-RTS-2017-06).pdf.

[33] Zie artikel 8 van de technische normen van de EBA.

[34] Zie punt 2.4 van het „Hippocrates Provisional Report – Sale of business scenario", 6 juni 2017, beschikbaar op: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-08-25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (waarin Deloitte benadrukt dat „wij de vermindering van de geschatte reële waarde als redelijk hebben geaccepteerd, maar de populatie van getroffen klanten naar boven hebben bijgesteld, met een laag en hoog scenario"). Het eerste waarderingsverslag van 5 juni 2017 geeft geen details over de vermindering van de geschatte reële waarde als gevolg van rechtszaken; zie https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[35] Zie punt 5.11.2 van het document „Toelichting bij de waardering van het verschil in behandeling – Banco Popular Español" van Deloitte, 18 december 2019, beschikbaar op: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf.

71. Banco Santander betoogt dat, gezien de uiterste spoedeisendheid waarmee een afwikkeling doorgaans plaatsvindt, er gevallen kunnen zijn waarin een waardering plaatsvindt op basis van een verslag waarin geen rekening wordt gehouden met alle aanhangige gerechtelijke procedures.

72. Hoewel het inderdaad mogelijk is dat sommige aanhangige rechtszaken niet in aanmerking zullen worden genomen, is die mate van onzekerheid in elke „inventarisatie" aanwezig en maakt dat aldus aantoonbaar deel uit van het algemene risico dat de verwervende entiteit op zich neemt.

73. Bovendien worden, zoals de Spaanse regering opmerkt, de mogelijke verplichtingen die voortvloeien uit gerechtelijke procedures van het type dat in deze zaak aan de orde is, althans tot op zekere hoogte weerspiegeld in de jaarrekeningen van een beursgenoteerde bank. In dat verband merk ik op dat uit de punten 3 en 5 van het afwikkelingsbesluit naar voren komt dat Banco Popular de moedermaatschappij van de groep Banco Popular is en genoteerd staat aan de Spaanse effectenbeurs – dat wil zeggen een gereglementeerde markt in de zin van artikel 4, lid 14, van de MiFID I-richtlijn. Krachtens verordening nr. 1606/2002 moeten beursgenoteerde ondernemingen op dergelijke markten hun geconsolideerde jaarrekening opstellen overeenkomstig bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen[36] die door de Commissie in Uniewetgeving worden neergelegd.[37] Tot de vele[38] standaarden die de Commissie in Uniewetgeving had neergelegd op het moment dat het afwikkelingsbesluit in deze zaak werd vastgesteld, behoorden specifieke vereisten om in de rekeningen de onzekerheid weer te geven die onder andere voortvloeit uit mogelijke kosten „in verband met lopende rechtszaken".[39]

74. Ik vind het dan ook noch overtuigend, noch correct om te stellen dat aanhangige rechtszaken, waaronder die in verband met de misleidende verkoop van kapitaalinstrumenten, niet tot uitdrukking zouden komen in de waardering van een bank voor afwikkelingsdoeleinden. Dit is met name het geval indien de waardering wordt uitgevoerd in overeenstemming met de beginselen van een „eerlijke, prudente en realistische" waardering in de zin van artikel 36 van richtlijn 2014/59.[40]

[36] Zie artikel 4 van verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PB 2002, L 243, blz. 1). Zoals artikel 2 van die verordening verder vermeldt „wordt onder ‚internationale standaarden voor jaarrekeningen' verstaan: de International Accounting Standards (IAS), de International Financial Reporting Standards (IFRS) en de daarmee verband houdende interpretaties (SIC/IFRIC interpretations), wijzigingen van deze standaarden en interpretaties, toekomstige standaarden en daarmee verband houdende interpretaties die worden vastgesteld of goedgekeurd door de International Accounting Standards Board (IASB)".

[37] Zie artikel 3, leden 1 en 4, van verordening nr. 1606/2002.

[38] Ingevolge verordening (EG) nr. 1126/2008 van de Commissie van 3 november 2008 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2008, L 320, blz. 1), heeft de Commissie zowel „alle door de International Accounting Standards Board (IASB) voorgelegde standaarden als alle door het International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) voorgelegde interpretaties […] die per 15 oktober 2008 volledig waren goedgekeurd voor toepassing in de Gemeenschap, met uitzondering van IAS 39 (opname en waardering van financiële instrumenten), waaruit bepaalde onderdelen achterwege zijn gelaten" opgenomen (zie overweging 2 en artikel 2 ervan).

[39] Zie punt 117 van International Accounting Standard 1 van de bijlage bij verordening nr. 1126/2008, waarin, in de versie die van toepassing was op het moment van het afwikkelingsbesluit, wordt uiteengezet dat de „bepaling van de boekwaarde van sommige activa en verplichtingen vereist dat een schatting gemaakt wordt van de gevolgen van onzekere, toekomstige gebeurtenissen voor de activa en verplichtingen die op de balansdatum zijn opgenomen […] bijvoorbeeld […] voorzieningen in verband met lopende rechtszaken, […]. Voor deze schattingen wordt uitgegaan van veronderstellingen met betrekking tot zaken als de risicoaanpassing van kasstromen of gehanteerde disconteringsvoeten". Zie ook punt 34 van International Accounting Standard 11 van dezelfde bijlage dat verwijst naar kosten uit hoofde van onderhanden projecten in opdracht van derden die als lasten moeten worden weergegeven, waaronder „de uitkomst van lopende rechtsgeschillen", en die, ingevolge de punten 36 e.v. van International Accounting Standard 37, de waardering van beste schattingen vereisen.

[40] Zoals ik heb aangegeven in voetnoot 34 van deze conclusie heeft Deloitte in het geval van Banco Popular namelijk het aantal getroffen klanten als gevolg van het soort procedure zoals die in de onderhavige zaak, wel degelijk aangepast en dus geprobeerd een nauwkeurigere vermindering van de geschatte reële waarde weer te geven.

75. Daarom kunnen, in tegenstelling tot vorderingen die pas na de vaststelling van het afwikkelingsbesluit worden ingesteld, vóór dat moment ingestelde vorderingen niet worden geacht de waardering op basis waarvan het afwikkelingsbesluit is vastgesteld op losse schroeven te zetten.

76. Het doel van richtlijn 2014/59 vereist derhalve niet dat dergelijke vorderingen worden uitgesloten van het begrip „vorderbare" verplichtingen in de zin van artikel 53, lid 3, en artikel 60, lid 2, van richtlijn 2014/59.

2. Evenwicht tussen het doel van de afwikkelingsprocedure en het recht op doeltreffende rechtsbescherming

77. Gezien de spoedeisendheid van de afwikkeling en de onzekerheden over de vraag of de waardering in dergelijke omstandigheden alle „mogelijke" verplichtingen kan omvatten, kan worden betoogd dat het een veel eenvoudigere oplossing lijkt dat vorderingen op basis van gerechtelijke procedures die op de datum van de vaststelling van een afwikkelingsbesluit aanhangig zijn, als „niet-vorderbaar" moeten worden beschouwd en bijgevolg door een bail-in worden voldaan. Het zou zelfs kunnen dat potentiële kopers van een faillerende bank meer geneigd zijn om in te stemmen met een overname als de activa die ze verwerven vrij zijn van *alle* „mogelijke" verplichtingen, inclusief die welke afhangen van aanhangige gerechtelijke procedures. Op die manier kan het doel van het waarborgen van de doeltreffendheid van de afwikkelingsprocedure beter worden gediend.

78. Wat evenwel niet uit het oog mag worden verloren, is dat die aanpak ook inhoudt dat wordt afgezien van de rechten die rechtssubjecten ontlenen aan het Unierecht, zoals de prospectusrichtlijn en MiFID I-richtlijn.

79. Dergelijke rechten worden beschermd door het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, een algemeen Unierechtelijk beginsel, dat tegenwoordig is verankerd in artikel 47, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dat grondrecht garandeert eenieder die beweert dat zijn Unierechten zijn geschonden toegang tot een rechterlijke instantie die bevoegd is om doeltreffende rechtsbescherming aan te wenden.

80. Met hun betoog dat aanhangige gerechtelijke procedures voor de toepassing van richtlijn 2014/59 moeten worden behandeld als „niet-vorderbaar", stellen Banco Santander en de Spaanse, de Italiaanse en de Portugese regering in feite dat de daaruit voortvloeiende inmenging in het recht op een doeltreffende voorziening in rechte gerechtvaardigd is.

81. In het arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), waarin verzoekers zich onder meer hebben beroepen op hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte, heeft het Hof eraan herinnerd dat dit recht geen absolute strekking heeft en kan worden beperkt ten behoeve van andere algemene belangen zoals het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel.[41]

82. Zonder zich in veel details te verliezen, is het Hof bij zijn afweging tot het oordeel gekomen dat het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel voorrang moet krijgen op de doeltreffende bescherming van de Unierechten van beleggers. Het Hof is uitgegaan van zijn eerdere rechtspraak, waarin het heeft geoordeeld dat „hoewel het duidelijk van algemeen belang

[41] Arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 80.

is dat een sterke en eenvormige bescherming van beleggers in de gehele Unie wordt verzekerd, dat belang niet in alle gevallen kan worden geacht voorrang te hebben op het algemeen belang dat erin bestaat de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen”. [42]

83. In het hierboven aangehaalde punt heeft het Hof evenwel niet nagelaten te verklaren dat het belang van beleggers niet „*in alle gevallen*” voorrang heeft op het algemeen belang van de stabiliteit van het financiële stelsel.

84. Anders dan door vorderingen toe te staan die dateren van na het afwikkelingsbesluit, wordt die doelstelling van financiële stabiliteit niet in gevaar gebracht door aanhangige gerechtelijke procedures als „vorderbare” verplichtingen te behandelen. Dat is zo omdat bij de waardering waarop een afwikkelingsbesluit is gebaseerd, mogelijk rekening wordt gehouden met aanhangige vorderingen. Zo bezien verschilt de onderhavige zaak aanzienlijk van de omstandigheden in de arresten Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) en Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II).

85. Bovendien heeft D.E. – terwijl de beleggers in beide voornoemde zaken nog geen gebruik hadden gemaakt van hun recht op toegang tot een rechter om hun Unierechten te verdedigen voordat het afwikkelingsbesluit ingreep in die rechten – in de omstandigheden van de onderhavige zaak zijn rechten en verplichtingen vastgesteld en stappen ondernomen om deze te beschermen vóór het tijdstip waarop het afwikkelingsbesluit het kader waarbinnen hij zich bevond veranderde.

86. Zou het afwikkelingsbesluit op zich aanhangige gerechtelijke procedures kunnen beëindigen, dan zou dat een significante inmenging in het recht op een doeltreffende voorziening in rechte vormen. [43]

87. Mijns inziens vereisen de omstandigheden van de onderhavige zaak derhalve dat het Hof enerzijds meer gewicht toekent aan het recht van beleggers om hun Unierechten doeltreffend te beschermen in gerechtelijke procedures die zijn ingesteld vóór het afwikkelingsbesluit, en anderzijds minder gewicht toekent aan de doelstelling van financiële stabiliteit, aangezien deze laatste zelfs haalbaar is wanneer doeltreffende rechtsbescherming voorrang krijgt.

88. Door ongeveer acht maanden vóór het afwikkelingsbesluit – en dus waarschijnlijk volledig los van die latere procedure – een gerechtelijke procedure in te stellen ter bescherming van zijn Unierechten heeft D.E. zichzelf in een andere positie geplaats dan andere aandeelhouders van de achtergestelde obligaties II/2012. [44]

89. Het adagium jura vigilantibus, dat in acht wordt genomen als de aanhangige vorderingen hun verdiende gewicht krijgen in de afweging, is een aanvullende onderbouwing van de voorgaande slotsom dat het een ongerechtvaardigde beperking van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte is als het Hof richtlijn 2014/59 zo zou uitleggen dat gerechtelijke procedures die zijn gestart vóór het moment waarop een afwikkelingsbesluit is vastgesteld, en die op dat moment aanhangig blijven, met terugwerkende kracht mogen worden beknot.

[42] Arrest Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular II), punt 81.

[43] Zie naar analogie arrest van 29 april 2021, Banco de Portugal e.a. (C-504/19, EU:C:2021:335, punt 63).

[44] Zie in dezelfde zin de conclusie van advocaat-generaal Richard de la Tour in de zaak Banco Santander (Afwikkeling van Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976, punt 65) (waarin hij met betrekking tot een argument inzake een schending van het gelijkheidsbeginsel uiteenzet dat „de aandeelhouders die hun effecten hebben aangekocht op basis van een onjuist of onnauwkeurig prospectus zich objectief gezien niet in dezelfde situatie bevinden wanneer zij een condemnatoir vonnis hebben verkregen vóór het afwikkelingsbesluit dan wel pas na dat besluit gerechtelijke stappen ondernemen”).

90. Bovendien zou een dergelijke aanpak het vertrouwen in het rechtssysteem vergroten, wat door de tegenovergestelde bevinding zou kunnen worden ondermijnd.

91. Samenvattend kan de beperking van het op het Unierecht gebaseerde recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming van beleggers niet worden gerechtvaardigd door de doelstelling de financiële stabiliteit te handhaven in een situatie waarin gerechtelijke procedures ter bescherming van een Unierecht vóór en los van een afwikkelingsbesluit zijn ingesteld.

3. Bijkomende kwesties

a) Wie moet de kosten dragen van een schending van de Unierechten van crediteuren van de bank in afwikkeling?

92. Nog een paar argumenten van Banco Santander verdienen een nadere beschouwing.

93. Banco Santander betoogt dat aanhangige zaken moeten worden behandeld als „niet-vorderbare" verplichtingen, aangezien deze „mogelijke" verplichtingen anders op haar, als opvolgende bank, zouden worden overgedragen, ook al had zij niets te maken met de handelingen van Banco Popular die de basis vormen voor de aanhangige gerechtelijke procedures.

94. In de omstandigheden van de onderhavige zaak beroept D.E. zich op de schending van een dwingende bepaling van de MiFID I-richtlijn die tot doel heeft kopers van financiële instrumenten te beschermen tegen ongepaste aankopen. Deze regels omvatten de „passendheidstoets", neergelegd in artikel 19, lid 5, van de MiFID I-richtlijn op grond waarvan financiële instellingen in beginsel [45] informatie moeten inwinnen over de kennis en ervaring van een cliënt om de risico's van een beleggingsdienst of -transactie te begrijpen, voordat die transactie plaatsvindt, en die cliënt zo nodig waarschuwen. [46]

95. Schending van deze regels kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst waarbij het betreffende financiële instrument is gekocht en geeft de koper mogelijk recht op terugbetaling van de aankoopprijs, vermeerderd met rente, of schadevergoeding.

96. Banco Santander is van mening dat aangezien D.E. op het moment van de afwikkeling aandeelhouder van Banco Popular was, zijn vordering, overeenkomstig het beginsel dat aandeelhouders de eerste verliezen dragen [47], moet worden beschouwd als niet-vorderbaar en derhalve als voldaan voordat eventuele „vorderbare" verplichtingen aan de opvolgende entiteit worden overgedragen.

97. Mijns inziens staat de vordering van D.E. tot terugbetaling of schadevergoeding, die zou worden bevestigd als zijn gerechtelijke procedure succesvol is, er niet aan in de weg dat de aandelen die hij vóór de beslissing van een nationale rechter bezat, in de afwikkelingsprocedure

[45] Zie arrest van 30 mei 2013, Genil 48 en Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punt 31). Zie ook de punten 39 en 47 van dat arrest, waarin wordt benadrukt dat artikel 19 van de MiFID I-richtlijn onder meer tot doel heeft beleggers te beschermen.

[46] Zie artikel 19, lid 5, van de MiFID I-richtlijn, gelezen in samenhang met de overwegingen 58 tot en met 60 en de artikelen 36 en 37 van de MiFID I-uitvoeringsrichtlijn. Zoals de tweede alinea van artikel 36 van de MiFID I-uitvoeringsrichtlijn evenwel benadrukt „mag een beleggingsonderneming ervan uitgaan dat een professionele cliënt over de nodige ervaring en kennis beschikt om te begrijpen welke risico's verbonden zijn aan deze beleggingsdiensten of transacties of aan het soort transactie of product waarvoor de cliënt als professionele cliënt wordt aangemerkt".

[47] Zie artikel 34, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/59.

worden ingetrokken, of dat zijn obligaties in aandelen worden omgezet en zonder compensatie worden ingetrokken of overgedragen. De succesvolle uitkomst van een aanhangige gerechtelijke procedure zou D.E. in een positie van een ander type schuldeiser plaatsen. Zijn vordering zou geen vordering van een belegger in obligaties zijn, maar zou veeleer voortvloeien uit de onjuiste verkoop van die obligaties waarvan hij geen eigenaar meer zou zijn. De verplichting van Banco Santander om die vordering te voldoen, zou hebben bestaan en verschuldigd zijn (dat wil zeggen zou komen te vervallen) vóór de vaststelling van het afwikkelingsbesluit, net als andere „vorderbare" verplichtingen.

98. Banco Santander is echter van mening dat een dergelijke vordering niettemin moet worden behandeld als een verplichting die op het moment van afwikkeling niet-vorderbaar is. Het verlies van D.E. als gevolg van het besluit tot bail-in moet dus worden gecategoriseerd als het soort verlies van elke andere schuldeiser met een op het moment van afwikkeling aanhangige vordering, dat wil zeggen het soort vordering dat door bail-in is voldaan. Dergelijke crediteuren hebben rechten op grond van het beginsel dat crediteuren niet slechter af mogen zijn. [48] Dat beginsel houdt in dat een crediteur die na een waardering en vergelijking tussen twee procedures (afwikkeling en normale insolventieprocedure) recht heeft op betaling van zijn vordering of een deel daarvan, op grond van artikel 75 van richtlijn 2014/59 het verschil kan opeisen van een financieringsregeling voor de afwikkeling. [49] Een dergelijke verplichting moet volgens Banco Santander derhalve worden gemutualiseerd en niet worden gedragen door de opvolger van de bank in afwikkeling. Een dergelijke aanpak zou D.E. echter duidelijk niet in staat stellen om het volledige bedrag dat hem verschuldigd is, terugbetaald te krijgen, ook al zou de succesvolle uitkomst van zijn gerechtelijke procedure hem recht geven op dat bedrag.

99. Als deze „mogelijke" verplichting wordt overgedragen aan de opvolgende bank, in dit geval Banco Santander, zou D.E. evenwel zijn volledige vordering behouden, mits zijn gerechtelijke procedure slaagt. Die aanpak zou in overeenstemming zijn met de voorgestelde afweging van resultaten in de omstandigheden waarin een schuldeiser een procedure heeft ingesteld om zijn Unierechten te beschermen voordat een afwikkelingsbesluit is vastgesteld.

100. Ik zie geen probleem met de overname door Banco Santander van een dergelijke „mogelijke" verplichting in het kader van de overeenkomst tot verkoop van de onderneming, aangezien met het gevolg van die verplichting voor de waarde van de activa van Banco Popular rekening is gehouden in het waarderingsbesluit. Dat Banco Santander niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor alle inbreuken op het Unierecht door Banco Popular vóór de afwikkeling, staat los van het feit dat Banco Santander, als onderdeel van de afwikkelingsregeling, een bepaald deel van het aan Banco Popular klevende bedrijfsrisico op zich heeft genomen.

101. Dit gezegd zijnde, is er niets op tegen dat de afwikkelingsautoriteiten in het afwikkelingsbesluit voorzien in de mogelijkheid om dergelijke „mogelijke" verplichtingen, zelfs als zij „vorderbaar" zijn, *niet* aan de opvolgende bank over te dragen, maar dat dergelijke verplichtingen, mochten zij zich voordoen, in plaats daarvan worden gemutualiseerd, hetzij door middel van een financieringsregeling voor de afwikkeling, hetzij via het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. [50]

[48] In geval van toepassing van het instrument van bail-in, als bedoeld in artikel 73, onder b), van richtlijn 2014/59, vereist dit beginsel dat „de aandeelhouders en de schuldeisers wier vorderingen zijn afgeschreven of in aandelen zijn omgezet, geen grotere verliezen lijden dan zij zouden hebben geleden mocht […] de instelling in afwikkeling […] volgens een normale insolventieprocedure zijn geliquideerd".

[49] Een financieringsregeling voor de afwikkeling is een regeling die de lidstaten op grond van artikel 100 van richtlijn 2014/59 moeten opzetten en die de mutualisatie van de in artikel 101 van die richtlijn genoemde soorten financiële lasten mogelijk maakt.

[50] Zie dienaangaande artikel 76, leden 1 en 2, van de GAM-verordening.

102. Dat is echter een kwestie van discretionaire bevoegdheid, die tot uiting komt in de keuzes die in elke afwikkelingsprocedure worden gemaakt en in de onderhandelingen tussen de afwikkelingsautoriteiten en de overnemende entiteit. Bij gebreke van dergelijke regelingen kan Banco Santander niet – op een tijdstip nadat die onderhandelingen zijn afgerond door middel van het instrument van verkoop van de onderneming – betogen dat zij niet aansprakelijk zou moeten worden gehouden voor verplichtingen die ingevolge het afwikkelingskader aan haar zijn overgedragen.

103. Met andere woorden, het betoog van Banco Santander dat de opvolgende bank geen aansprakelijkheid zou moeten dragen voor vorderingen die voortvloeien uit gerechtelijke procedures tegen een falende bank, ook al had de verkrijger kennis van dergelijke „mogelijke" verplichtingen of had hij er kennis van moeten hebben voordat hij die bank een aanbod deed, laat mijn voorstel om aanhangige gerechtelijke procedures als „vorderbare" verplichtingen te behandelen onverlet.

b) Mogelijke oneigenlijke gerechtelijke procedures

104. Banco Santander betoogt voorts dat de uitlegging dat „mogelijke" verplichtingen, afhankelijk van aanhangige gerechtelijke procedures, „vorderbare" verplichtingen zijn, in toekomstige afwikkelingen zou leiden tot een situatie waarin aandeelhouders en crediteuren door gerechtelijke procedures te starten vóór de vaststelling van een afwikkelingsbesluit het effect van het instrument van bail-in omzeilen. Als dergelijke praktijken worden toegestaan, beperken ze, volgens Banco Santander, de bevoegdheden van de afwikkelingsautoriteiten om bij gebruikmaking van het instrument van bail-in het eigen vermogen en de uitstaande verschuldigde bedragen af te schrijven of te verminderen.

105. Het is inderdaad mogelijk dat die schuldeisers die van tevoren op de hoogte zijn van een ophanden zijnd afwikkelingsbesluit, proberen hun beleggingen af te dekken door gerechtelijke procedures in te leiden die, indien opgevat als „vorderbare" verplichtingen krachtens richtlijn 2014/59, voorkomen dat hun belegging bij toepassing van het instrument van bail-in wordt afgeschreven.

106. Hoewel de mogelijkheid van dergelijke gerechtelijke procedures uiteraard niet kan worden uitgesloten, moet er rekening mee worden gehouden dat het inleiden ervan kosten met zich meebrengt die niet worden gedekt als een rechtszaak geen kans van slagen heeft. Bovendien moet een afwikkelingsbesluit met spoed en in het geheim worden genomen. Daarom is het onwaarschijnlijk dat beleggers, ook al hebben ze het vermoeden van een mogelijke afwikkeling, op de hoogte zijn van de modaliteiten ervan.

107. Niettemin kan er reden zijn om alleen die vorderingen als „vorderbaar" te beschouwen die afhankelijk zijn van gerechtelijke procedures die zijn ingesteld tot een bepaalde datum vóór het afwikkelingsbesluit, bijvoorbeeld de datum die in aanmerking wordt genomen voor de waardering van een falende bank op basis waarvan een afwikkelingsbesluit wordt vastgesteld.

108. In dit verband zet Banco Santander uiteen dat bij de waardering van Deloitte rekening is gehouden met de situatie zoals die bestond op 31 maart 2017, terwijl het afwikkelingsbesluit op 7 juni 2017 is vastgesteld. Het zou dus mogelijk kunnen zijn om vorderingen die dateren van na 31 maart 2017 op dezelfde manier te behandelen als vorderingen die zijn ingesteld nadat het afwikkelingsbesluit is vastgesteld, en daarom als „niet-vorderbaar" op dat moment.

109. Ook al is deze argumentatie het overwegen waard, zij heeft geen invloed op de positie van D.E. in de omstandigheden van de onderhavige zaak, waarin zijn vordering ongeveer acht maanden vóór de vaststelling van het afwikkelingsbesluit is ingesteld.

110. De argumenten van Banco Santander die gebaseerd zijn op het mogelijke oneigenlijke gebruik van de uitlegging van het Hof waarbij eerdere vorderingen worden behandeld als „vorderbare" verplichtingen, kunnen bijgevolg niet belangrijk genoeg worden geacht om op te wegen tegen andere argumenten ten gunste van een dergelijke uitlegging.

IV. Conclusie

111. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) te beantwoorden als volgt:

„Artikel 53, leden 1 en 3, en artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, gelezen in het licht van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,

moeten aldus worden uitgelegd dat

een vordering of recht voortvloeiend uit gerechtelijke procedures die bij de bevoegde rechter van een lidstaat tegen een financiële instelling of entiteit zijn ingesteld vóór het moment dat die instelling of entiteit voorwerp wordt van een afwikkelingsbesluit maar die nog steeds aanhangig zijn op dat moment, een ‚vorderbare' verplichting vormt."