Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
TAMARA ĆAPETA
apresentadas em 13 de fevereiro de 2025 [1]

Processo C-687/23

D.E.
contra
Banco Santander, S. A.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2014/59/UE — Enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito — Resolução do Banco Popular — Transferência obrigatória das ações sem contrapartida — Ação de declaração de nulidade e de indemnização interposta antes de a decisão de resolução ter sido tomada — Conceito de obrigação "vencida" — Direito à ação»

I. Introdução

1. O presente reenvio prejudicial é mais uma entrada decorrente da jurisprudência que se seguiu à resolução de 7 de junho de 2017 do banco espanhol Banco Popular Español, S. A. (a seguir «Banco Popular») [2].

2. Devido a essa resolução, um número substancial de pessoas singulares e coletivas perdeu os seus investimentos. Daí resultou um grande número de litígios nos órgãos jurisdicionais nacionais e nos tribunais da União.

3. Entre esses litígios, figuram vários processos destinados a obter a declaração de nulidade e a recuperação das quantias pagas ou uma indemnização devido ao incumprimento pelo Banco Popular de certos requisitos em matéria de transparência e de direito do consumo quando vendeu determinados instrumentos financeiros a pessoas singulares e coletivas. Por outras palavras, a natureza destas ações não reside na perda de valor dos referidos instrumentos resultante da resolução, mas sim na alegação da ilegalidade da subscrição inicial desses instrumentos.

[1] Língua original: inglês.

[2] Decisão SRB/EES/2017/08, de 7 de junho de 2017, do Conselho Único de Resolução que adotou o programa de resolução para o Banco Popular Español, S. A., aprovado pela Comissão Europeia através da Decisão (UE) 2017/1246 (JO 2017, L 178, p. 15) (a seguir, conjuntamente, «decisão de resolução»).

4. Nos seus Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) [3] e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) [4], o Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 2014/59/UE se opõe a essas ações iniciadas *após* a data em que a decisão de resolução foi tomada (Diretiva relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito; a seguir «DRRB») [5].

5. A novidade do presente processo reside no facto de o litígio no processo principal ter tido início *antes* da resolução. Este facto é relevante? É, em substância, o que se pergunta ao Tribunal de Justiça no presente processo.

II. Factos, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

6. Em 2009, o Banco Popular realizou uma emissão de «Títulos Subordinados Permutáveis por Obrigações Subordinadas do Banco Popular Español, S. A., I/2009» (a seguir «títulos subordinados I/2009»).

7. Em 3 de outubro de 2009, D.E., na sua qualidade de administrador único da sociedade Lera Blava, S.L.U. (a seguir «sociedade»), subscreveu, em representação dessa sociedade, 15 desses títulos convertíveis, pelo montante total de 15 000 euros.

8. Em 25 de maio de 2012, D.E., também em representação da sociedade, permutou os títulos subordinados I/2009, que deviam vencer em outubro de 2013, por outros títulos subordinados obrigatoriamente convertíveis (a seguir «títulos subordinados II/2012»). Estes últimos deviam vencer em novembro de 2015.

9. Em 14 de janeiro de 2013, a sociedade cedeu a titularidade desses títulos a D.E. para pagamento de salários em dívida.

10. Em 25 de novembro de 2015, e em conformidade com as condições da respetiva emissão, os títulos subordinados II/2012 foram obrigatoriamente convertidos em ações do Banco Popular. Deste modo, D.E. tornou-se acionista do Banco Popular.

11. Em 6 de outubro de 2016, D.E. intentou uma ação em nome próprio contra o Banco Popular em que pediu a declaração de nulidade dos títulos subordinados I/2009 e II/2012 por vício do consentimento exigido pelo direito da União, em especial a MiFID I [6], bem como a restituição da quantia inicialmente investida. A título subsidiário, D.E. pedia a reparação do prejuízo causado pelo incumprimento das obrigações decorrentes da MiFID I.

[3] Acórdão de 5 de maio de 2022, Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2022:351) [a seguir «Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular»)].

[4] Acórdão de 5 de setembro de 2024, Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) (C-775/22, C-779/22 e C-794/22, EU:C:2024:679) [a seguir «Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II»)].

[5] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho, e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2014, L 173, p. 190).

[6] Segundo o despacho de reenvio, D.E. invocou a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Diretivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 93/22/CEE do Conselho (JO 2004, L 145, p. 1) (a seguir «MiFID I»).

12. Em 31 de maio de 2017, o Juzgado de Primera Instancia (Tribunal de Primeira Instância, Espanha) julgou procedente o pedido de declaração de nulidade de D.E. e declarou a nulidade da subscrição dos títulos subordinados I/2009 e II/2012[7]. Resulta dos autos do processo nacional que este órgão jurisdicional confirmou que o Banco Popular não procedeu a um teste da «adequação» em relação a D.E., quer a título pessoal, quer como administrador da sociedade, para avaliar se este dispunha, em cada uma dessas qualidades, dos conhecimentos e da experiência necessários para compreender o risco inerente aos títulos convertíveis em causa[8]. O Banco Popular interpôs recurso desta sentença na Audiencia Provincial (Audiência Provincial, Espanha).

13. Em 7 de junho de 2017, o Conselho Único de Resolução adotou a Decisão de resolução para o Banco Popular, que foi aprovada pela Comissão Europeia no mesmo dia.

14. Especificamente, esta resolução envolveu uma combinação da recapitalização interna e da alienação da atividade[9] e decorreu da seguinte forma. Primeiro, por aplicação do instrumento de recapitalização interna, o valor das ações existentes do Banco Popular foi reduzido a zero. Posteriormente, estas ações foram extintas. O mesmo tratamento foi dado às ações que foram criadas através da conversão de uma parte do passivo por liquidar do Banco Popular (passivo de nível 1). Outra parte desse passivo por liquidar (passivo de nível 2) foi convertida em novas ações, que foram transferidas para o Banco Santander, S. A. (a seguir «Banco Santander»). O Banco Popular foi então vendido ao Banco Santander, recorrente no processo principal, que adquiriu todos ativos remanescentes do Banco Popular através de uma fusão por incorporação, momento em que se extinguiu a personalidade jurídica do Banco Popular. O Banco Santander também sucedeu ao Banco Popular no litígio no processo principal.

15. Em 29 de março de 2019, a Audiencia Provincial (Audiência Provincial, Espanha) anulou o acórdão do tribunal de primeira instância com o fundamento de que, acima de tudo, D.E. não tinha legitimidade ativa. Em vez disso, considerou-se que a sociedade devia ter intentado a ação.

16. D.E. interpôs recurso de cassação desse acórdão no Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha). Apesar da oposição de ambas as partes, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial no presente processo. Este órgão jurisdicional explica também que interpretações divergentes, nomeadamente, do artigo 53.º, n.º 3, da DRRB pelos órgãos jurisdicionais espanhóis deram origem a um número significativo de recursos que lhe foram submetidos, pelo que as orientações do Tribunal de Justiça ajudarão na resolução de alguns desses processos.

7 Segundo os autos do processo nacional, este acórdão foi notificado às partes em 8 de junho de 2017.

8 O teste da «adequação» é determinado pelo artigo 19.º, n.º 5, do MiFID I. É aprofundado nos artigos 36.º e 37.º da Diretiva 2006/73/CE da Comissão, de 10 de agosto de 2006, que aplica a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos para efeitos da referida diretiva (JO 2006, L 241, p. 26) (a seguir «Diretiva de aplicação da MiFID I»).

9 V., respetivamente, artigo 24.º e artigo 27.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 (JO 2014, L 225, p. 1) (a seguir «Regulamento MUR»).

17. À luz destes factos, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem as disposições conjugadas do artigo 34.º, n.º 1, alíneas a) e b), do artigo 53.º, n.ºs 1 e 3 e do artigo 60.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alíneas b) e c), da [DRRB], ser interpretadas no sentido de que o eventual crédito ou direito que decorresse da condenação a indemnizar imposta à instituição que sucedeu ao Banco Popular como consequência de uma ação de indemnização decorrente da comercialização de um produto financeiro (títulos subordinados obrigatoriamente convertíveis em ações do mesmo banco), não incluído entre os instrumentos de capital adicional a que se referem as medidas de resolução do Banco Popular, que foram convertidos em ações do banco antes da adoção das medidas de resolução do banco (7 de junho de 2017), poderia ser considerado um passivo abrangido pela previsão de redução ou extinção do artigo 53.º, n.º 3 da [DRRB], enquanto obrigação ou crédito "não vencido", de modo que seria tratado como exonerado e não seria invocável contra o Banco Santander na qualidade de instituição sucessora do Banco Popular, quando a ação de que resultasse essa condenação indemnizatória tivesse sido intentada antes da conclusão do procedimento de resolução do banco?

2) Ou, pelo contrário, devem essas disposições ser interpretadas no sentido de que o referido crédito ou direito constituiria uma obrigação ou crédito "vencido" — artigo 53.º, n.º 3 da [DRRB] — ou "obrigação já vencida" no momento da resolução do banco — artigo 60.º, n.º 2, alínea b) —, e como tal [está] excluído dos efeitos da exoneração ou extinção dessas obrigações ou créditos e, por conseguinte, [que o referido crédito ou direito] seria invocável contra o Banco Santander na qualidade de instituição sucessora do Banco Popular, quando a ação de que resultasse essa condenação indemnizatória [foi] intentada antes da conclusão do procedimento de resolução do banco?»

III. Análise

A. Contexto, argumentos das partes e estrutura das presentes conclusões

18. A questão do órgão jurisdicional de reenvio prende-se com a interpretação do conceito de «vencimento», tal como figura no artigo 53.º, n.º 3, e no artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da DRRB.

19. O artigo 53.º, n.º 3, da DRRB dispõe:

«Quando uma autoridade de resolução reduz até zero o montante de capital ou o montante em dívida correspondente a um passivo exercendo os poderes referidos no artigo 63.º, n.º 1, alínea e), esse passivo e quaisquer *obrigações ou créditos* dele decorrentes *não vencidos* no momento em que os poderes são exercidos *são tratados como exonerados* para todos os efeitos, não sendo invocáveis em qualquer processo subsequente contra a instituição objeto de resolução ou contra qualquer entidade sucessora numa posterior liquidação.» [10]

[10] Sublinhado meu.

20. Na parte pertinente, o artigo 60.º, n.º 2, da DRRB dispõe:

«2. Caso o montante de capital de um instrumento de capital relevante seja reduzido:

[…]

b) Não subsiste *qualquer obrigação relativamente ao detentor* do instrumento de capital relevante no âmbito ou em relação com o montante do instrumento objeto de redução, *com exceção das obrigações já vencidas*, e de qualquer obrigação de indemnização que possa resultar de recurso interposto contra a legalidade do exercício do poder de redução.» [11]

21. A DRRB não define o conceito de «vencimento». Além disso, algumas versões linguísticas da DRRB utilizam o mesmo termo tanto no artigo 53.º, n.º 3, como no artigo 60.º, n.º 2, alínea b), desta diretiva, enquanto outras, incluindo a versão em língua espanhola, utilizam duas palavras diferentes [12]. Este facto dificulta a decisão sobre o sentido comum deste conceito.

22. Seja como for, esta diretiva não contém uma remissão para o direito dos Estados-Membros para determinar o sentido deste conceito, o que indica que deve ser atribuído a esta expressão um significado autónomo na União Europeia [13].

23. Dado que as obrigações «vencidas» não são afetadas por uma recapitalização interna, parece resultar claramente da redação tanto do artigo 53.º, n.º 3, como do artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da DRRB que uma decisão sobre a questão de saber se uma obrigação está ou não «vencida» tem consequências. Com efeito, em conformidade com o artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da DRRB, não «subsiste» nenhuma obrigação relativamente ao detentor do instrumento de capital relevante objeto de redução, ao passo que subsiste a obrigação para com essa pessoa se o seu crédito estiver «vencido» no momento em que a decisão de resolução é tomada.

24. Além disso, o artigo 53.º, n.º 3, da DRRB também se refere ao conceito de «montante em dívida», que é reduzido quando é utilizado o instrumento de recapitalização interna. Essa referência esclarece que, ao utilizar esse instrumento, as autoridades de resolução só podem exonerar as obrigações em *dívida* do banco em resolução, ou seja, as dívidas existentes, mas ainda não exigíveis (isto é, vencidas). Isto sugere que o conceito de «vencimento», que, neste contexto, é utilizado para excluir uma obrigação da recapitalização interna, diz respeito às obrigações que um banco já contraiu e já são exigíveis (isto é, vencidas) no momento da decisão de resolução.

25. A obrigação de indemnizar os credores pelas ilegalidades que decorrem da aquisição de instrumentos financeiros emitidos por um banco, e que é contestada em tribunal, deve, no momento em que a decisão de resolução é tomada, ser considerada uma obrigação «potencial»

[11] Sublinhado meu.

[12] Em algumas versões linguísticas, o mesmo termo é utilizado no artigo 53.º, n.º 3, e no artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da DRRB. Além da versão em língua inglesa da DRRB, é também o caso das versões nas línguas francesa (que utiliza o conceito de «échu» em ambas as disposições), alemã (que utiliza o conceito de «angefallen»), italiana (que se refere ao conceito de «maturati») e croata (que utiliza o conceito de «obračunati»). Outras versões linguísticas utilizam duas palavras diferentes no artigo 53.º, n.º 3, e no artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da DRRB. Como explica o órgão jurisdicional de reenvio, a versão espanhola da DRRB utiliza «vencidas» no artigo 53.º, n.º 3, e «devengados» no artigo 60.º, n.º 2, desta diretiva. Na mesma ordem de ideias, a versão em língua neerlandesa utiliza «vorderbaar» no artigo 53.º, n.º 3, da DRRB e «te betalen» no artigo 60.º, n.º 2, desta diretiva.

[13] O Tribunal de Justiça já concluiu neste sentido no Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 48.

do banco objeto de resolução. Antes de um tribunal decidir sobre tal obrigação, a sua existência é incerta. Todavia, quando um tribunal confirma esta obrigação de pagamento, o passivo daí resultante e o seu vencimento ocorrem *ex tunc*; ou seja, antes da data da decisão de resolução.

26. Estas obrigações «potenciais» estão «vencidas», na aceção da DRRB, no momento em que é tomada a decisão de resolução?

27. São possíveis duas interpretações.

28. Por um lado, estas obrigações podem ser consideradas «vencidas», visto que, uma vez confirmadas por um órgão jurisdicional, teriam existido e seriam, portanto, exigíveis antes da decisão de resolução. Por outro lado, tendo em conta que estas obrigações dependem do resultado de uma ação judicial, só podem ser consideradas «potencialmente» vencidas no momento em que a decisão de resolução é tomada. Por outras palavras, podem ser entendidas como créditos em dívida no momento da resolução, pelo que podem ser entendidas como «não vencidas».

29. Nos Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução bancária Banco Popular II), o Tribunal de Justiça interpretou essas obrigações «potenciais», em relação às quais a ação judicial é intentada após a adoção da decisão de resolução, como não vencidas e, portanto, abrangidas pela decisão de recapitalização interna. Isto tem como consequência que os credores dessas obrigações «potenciais» perdem, por conseguinte, os seus créditos contra o banco objeto de resolução no âmbito do exercício de recapitalização interna. Esta perda influencia evidentemente os direitos dos credores baseados na União, incluindo o direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva. No entanto, nos acórdãos em causa, o Tribunal de Justiça considerou que, pesando todos os fatores, o interesse público em prevenir o colapso financeiro e em manter a estabilidade financeira prevalece sobre os direitos dos credores baseados na União.

30. Com base nestes dois acórdãos, o Banco Santander e os Governos Espanhol, Italiano e Português entendem que as obrigações que possam resultar de uma ação judicial, ainda que intentadas *antes* da resolução, não se podem considerar «vencidas».

31. Explicam que esses créditos provavelmente implicariam uma saída de fundos do banco objeto de resolução e, portanto, potencialmente prejudicariam a eficácia da decisão de resolução. Por conseguinte, apenas os créditos ou direitos que tenham sido reconhecidos como devidos por meio de um acórdão do órgão jurisdicional nacional competente antes da data da decisão de resolução devem ser considerados «vencidos», na aceção da DRRB.

32. A Comissão, no entanto, é de opinião contrária. Considera que o conceito de «venci[mento]», tal como utilizado no artigo 53.º, n.º 3, da DRRB, deve incluir um passivo ou obrigação que, no momento da resolução, apenas se encontra «provisoriamente» vencido, o que um acórdão posterior, mesmo após a adoção de uma decisão de resolução, se limitaria a confirmar.

33. Segundo a Comissão, esta interpretação é justificada pela exigência do artigo 36.º da DRRB de que a avaliação seja «justa, prudente e realista». Essa avaliação deverá ter em conta o passivo contingente de ações judiciais em curso. Além disso, não se afigura justificado recusar a indemnização a uma pessoa que tenha intentado uma ação judicial antes de ser tomada uma decisão de resolução.

34. O presente processo suscita, assim, a questão de saber se o equilíbrio entre o interesse da estabilidade financeira e a proteção jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pela União aos credores, para cuja proteção foram intentadas ações judiciais antes da adoção da decisão de resolução, deve ser alcançado da mesma forma que quando essas ações só são intentadas após a adoção da decisão de resolução.

35. Esta questão assume a forma de um pedido de orientação sobre se as obrigações «potenciais», que já são objeto de ação judicial no momento em que é tomada a decisão de resolução, devem ser consideradas «vencidas», na aceção da DRRB. Para responder a esta questão, procederei da seguinte forma. Começarei por explicar por que razão considero este pedido admissível (B). Quanto ao mérito, começarei por recordar brevemente o raciocínio subjacente aos dois acórdãos em que o Tribunal de Justiça considerou que as ações intentadas *após* a decisão de resolução estão excluídas pela DRRB (C). Em seguida, passarei a analisar a questão de saber se o mesmo raciocínio é igualmente aplicável se as ações judiciais forem intentadas *antes* da decisão de resolução (D). A minha análise levar-me-á a propor ao Tribunal de Justiça que considere que o objetivo do quadro de resolução estabelecido pela DRRB não é suscetível de violar o direito a uma proteção jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pela União aos consumidores ou aos investidores, quando a ação relativa a esses direitos foi intentada *antes* da decisão de resolução (IV).

B. Admissibilidade

36. O Banco Santander questiona a admissibilidade do presente pedido. Explica que as questões prejudiciais serão irrelevantes para a resolução do litígio no processo principal, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio terá decidido renunciar à apreciação, ao abrigo do direito nacional, da legitimidade ativa do demandante em primeira instância.

37. A esse respeito, recordo que o órgão jurisdicional nacional tem, em princípio, a responsabilidade de decidir a necessidade e a pertinência das questões prejudiciais submetidas, pelo que as suas questões gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só se pode recusar pronunciar se for manifesto que a resposta à questão não seria útil no processo principal [14].

38. Como explica o Governo Espanhol, a resposta a esta questão é necessária para o órgão jurisdicional de reenvio, uma vez que, se o Tribunal de Justiça responder que a DRRB se opõe à ação em causa, o órgão jurisdicional de reenvio terá de julgar o pedido de D.E. inadmissível sem necessidade de apreciar antes a legitimidade ativa deste.

39. Por conseguinte, não é manifesto que o pedido seja inadmissível. O Tribunal de Justiça deve, pois, responder à questão do órgão jurisdicional de reenvio.

C. Os dois acórdãos anteriores e a presente situação

40. Como já referi, o presente reenvio prejudicial insere-se no contexto dos Acórdãos proferidos nos processos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II). Nesses acórdãos, o Tribunal de Justiça considerou que a

[14] V., por exemplo, Acórdão de 10 de dezembro de 2018, Wightman e o. (C-621/18, EU:C:2018:999, n.os 26, 27 e 30 e jurisprudência referida).

decisão de resolução do Banco Popular teve o efeito de impedir a instauração de ações judiciais nas quais os demandantes em causa pediam uma indemnização decorrente do incumprimento por parte desse banco de determinadas normas de comercialização de instrumentos financeiros.

41. O processo que levou à prolação do Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) dizia respeito a uma ação de declaração de nulidade intentada por duas pessoas singulares que tinham adquirido ações do Banco Popular em 2016 no âmbito de um aumento de capital que foi objeto de uma oferta pública de subscrição. Após a resolução desse banco e a redução a zero do seu capital social, em 2018, essas pessoas singulares alegaram que o seu consentimento inicial para o contrato de subscrição de ações era nulo, devido ao caráter incompleto ou inexato do prospeto em causa. No acórdão proferido em primeira instância, o órgão jurisdicional nacional considerou que as regras do direito da União em matéria de responsabilidade civil decorrente das informações fornecidas no prospeto, tal como constam da Diretiva Prospeto [15], podem prevalecer sobre os princípios que regem a resolução das instituições de crédito estabelecidos pela DRRB [16]. Por conseguinte, declarou a nulidade do contrato de subscrição de ações em causa e ordenou a restituição do montante investido pelos demandantes, acrescido de juros [17].

42. O Tribunal de Justiça não acolheu esta interpretação. Chamado a pronunciar-se a título prejudicial em sede de recurso, o Tribunal de Justiça declarou, pelo contrário, que a DRRB permite derrogar direitos baseados noutros instrumentos do direito da União. Explicou que o caráter derrogatório do regime de resolução «implica que a aplicação de outras disposições do direito da União possa ser afastada, quando estas últimas sejam suscetíveis de privar de efeito útil ou de entravar a execução do procedimento de resolução» [18].

43. Por conseguinte, a fim de assegurar a plena eficácia do procedimento de resolução previsto na DRRB, os acionistas cujas ações tenham sido extintas pela decisão de resolução estão impedidos de intentar uma ação de declaração de nulidade ou de indemnização *após* a adoção da decisão de resolução.

44. Esta lógica foi alargada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) a ações intentadas por titulares de obrigações que foram convertidas em ações antes da resolução e depois extintas [19], e por titulares de obrigações que foram convertidas em ações durante a resolução, mas transferidas para o Banco Santander sem contrapartida [20]. Tal como no processo Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), os credores no processo Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) intentaram ações de nulidade e de indemnização após a resolução, invocando a ilegalidade da emissão inicial desses instrumentos financeiros, posteriormente convertidos em ações [21]. Também nestes processos, o Tribunal de Justiça considerou que uma ação de indemnização ou de declaração de nulidade das obrigações iniciais não pode ser intentada *após* a decisão de resolução ter sido tomada [22].

15 Diretiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa ao prospeto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação e que altera a Diretiva 2001/34/CE (JO 2003, L 345, p. 64).

16 V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.º 23.

17 V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.º 22.

18 V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.º 37.

19 Era esta a situação em causa nos processos C-775/22 e C-779/22.

20 Era esta a situação no processo C-794/22.

21 V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.ºs 29 e 37.

22 V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.ºs 61 e 70.

45. A situação no presente processo é semelhante. É mais próxima da situação nos processos C-775/22 e C-779/22, os dois primeiros dos três processos apensos no Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), uma vez que as obrigações cuja legalidade de compra é contestada por D.E. foram convertidas em ações antes da resolução do Banco Popular. No entanto, a diferença significativa entre os dois processos reside no facto de os demandantes nos primeiros processos só terem intentado as suas ações judiciais *após* a resolução do Banco Popular, ao passo que D.E. intentou a sua ação cerca de oito meses *antes* da adoção da decisão de resolução.

46. Por conseguinte, é necessário, em primeiro lugar, compreender as razões que levaram o Tribunal de Justiça a considerar que a DRRB se opõe à propositura de ações de declaração de nulidade ou de indemnização após a adoção de uma decisão de resolução. Só depois disso se pode colocar a questão de saber se o mesmo raciocínio é igualmente aplicável a uma situação em que tais ações são intentadas antes da data da decisão de resolução.

47. Nos Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), o Tribunal de Justiça esclareceu que uma derrogação de outras disposições do direito da União, que conferem direitos aos particulares, pode ser explicada pelo «interesse geral superior» para «preservar a estabilidade financeira dos Estados-Membros» num contexto económico excecional e urgente [23].

48. O Tribunal de Justiça declarou que se essas outras disposições do direito da União fossem aplicáveis, como a Diretiva Prospeto, isso seria «suscetível de privar de efeito útil ou de entravar a execução de um procedimento de resolução» [24].

49. Isto porque tanto uma ação de declaração de nulidade como uma ação de indemnização, em caso de sucesso, exigem ao banco objeto de resolução ou ao seu sucessor a restituição integral das quantias investidas aquando da subscrição de ações (ou obrigações convertidas em ações) que, no entanto, foram reduzidas em consequência da decisão de resolução. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que tais ações põem em causa toda a avaliação na qual se baseia a decisão de resolução [25].

50. Durante a avaliação, as obrigações de restituição ou de pagamento de indemnizações que possam vir a ser confirmadas no âmbito de ações nos tribunais são apenas obrigações «potenciais» do banco objeto de resolução, uma vez que a sua existência está dependente do resultado das ações judiciais pendentes. Além disso, quando a ação ainda não foi intentada no momento da avaliação, que serve de base à decisão de resolução, as autoridades de resolução não têm conhecimento da existência dessas obrigações «potenciais».

51. Assim, o Tribunal de Justiça considerou que as obrigações «potenciais», sujeitas a ações iniciadas *após* a data em que a decisão de resolução é tomada, devem ser interpretadas como «não vencidas» e, por conseguinte, como cumpridas para todos os efeitos, tal como previsto no artigo 53.º, n.º 3, da DRRB, e implícito no artigo 60.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da mesma [26].

[23] V., a este respeito, Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.º 37, repetido no Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 56.

[24] V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.ºs 37 e 40, e Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 56.

[25] V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.º 43. Do mesmo modo, Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 59.

[26] V., neste sentido, Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular), n.ºs 41 e 42.

52. Isto porque o efeito de uma ação bem-sucedida criaria retroativamente obrigações não contabilizadas no momento em que a decisão de resolução foi tomada, reduzindo assim o montante dos instrumentos de capital sujeitos a recapitalização interna [27].

53. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça declarou que o conceito de obrigações ou de créditos «vencidos», na aceção do artigo 53.º, n.º 3, da DRRB, exclui os tipos de créditos que resultem de ações bem-sucedidas intentadas *após* a adoção da decisão de resolução em causa [28].

54. Nos Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), o Tribunal de Justiça não foi, no entanto, chamado a decidir se a mesma lógica também se opõe a ações de declaração de nulidade e de indemnização, quando estas ações são intentadas *antes* da data de uma decisão de resolução.

55. As obrigações do banco objeto de resolução nesse cenário são igualmente obrigações «potenciais», uma vez que a sua existência não é certa até ser conhecido o resultado da ação judicial. No entanto, nesse cenário, o processo já se encontra pendente em tribunal no momento da avaliação das obrigações do banco objeto de resolução.

56. Por conseguinte, fica aberta a questão de saber se as obrigações «potenciais» que estão subordinadas a ações judiciais intentadas *antes* de uma decisão de resolução, mas ainda não decididas no momento em que essa decisão de resolução foi tomada, devem ser consideradas «vencidas» na aceção da DRRB.

57. A meu ver, ainda que o raciocínio subjacente aos Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) também seja em grande parte aplicável a uma situação como a que está em causa no presente processo, existem fatores adicionais que justificam uma interpretação diferente. São esses fatores que passarei agora a analisar.

D. As obrigações «potenciais» sujeitas a uma ação judicial intentada antes da decisão de resolução estão «vencidas» ou «não [estão] vencidas»?

1. Objetivo da DRRB — os créditos numa ação judicial pendente são suscetíveis de prejudicar a decisão de resolução?

58. Como expliquei, os Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II) baseiam-se na consideração de que o objetivo da DRRB — garantir a estabilidade do sistema financeiro — pode ser comprometido se a avaliação dos ativos de um banco, com base na qual é adotada uma decisão de resolução, puder ser posteriormente alterada através de ações judiciais intentadas após a adoção da decisão de resolução.

59. Na minha opinião, não se pode aplicar a mesma lógica às obrigações «potenciais», isto é, às que se podem materializar se a ação intentada antes de ser tomada a decisão de resolução for bem-sucedida.

[27] V., neste sentido, Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 53.

[28] V. Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.ºs 49 e 50.

60. No que diz respeito à avaliação dos ativos do banco objeto de resolução, existe uma diferença significativa entre as ações intentadas antes da avaliação e as intentadas posteriormente. As primeiras são, ou no mínimo podem ser, do conhecimento do avaliador e, por conseguinte, das autoridades de resolução. Em contrapartida, o avaliador ou a autoridade competente não podem prever as últimas.

61. Tendo em conta esta diferença, interpretar esses processos como sendo de obrigações «vencidas» poderia comprometer o procedimento de resolução e privaria a decisão de resolução do seu efeito prático?

62. A Comissão alega que, se os princípios da avaliação fossem respeitados, tratar as ações anteriores como obrigações vencidas não prejudicaria a eficácia do procedimento de resolução.

63. O Banco Santander, pelo contrário, alega que esse tratamento das obrigações potenciais, mas incertas, pode desencorajar a aquisição de um banco objeto de resolução e, assim, pôr em causa a eficácia da alienação da atividade quando combinada com uma recapitalização interna, como era o caso na resolução do Banco Popular.

64. De acordo com o artigo 36.º, n.º 1, da DRRB, qualquer resolução deve basear-se numa «avaliação justa, prudente e realista dos ativos e dos passivos» da entidade objeto de resolução [29].

65. Por outras palavras, a avaliação deve fornecer um quadro realista sobre a questão de saber até que ponto uma «obrigação potencial» pode representar uma perda para os ativos do banco objeto de resolução.

66. Embora a avaliação de uma entidade objeto de resolução não possa ter em conta as obrigações «potenciais» decorrentes de uma ação judicial que ainda não foi intentada nesse momento, o mesmo não acontece com os processos pendentes nesse momento.

67. Assim, uma vez que as obrigações «potenciais», dependentes do resultado de ações judiciais *pendentes*, podem ser contabilizadas no momento da resolução, esse processo não é suscetível de comprometer o procedimento de resolução.

68. É certo que a DRRB não prevê a forma de apuramento das responsabilidades previstas no seu artigo 36 [30]..

[29] Adicionalmente, o artigo 36.º, n.ºs 3 e 4 da DRRB explica que «[a] avaliação destina-se a avaliar o valor dos ativos e dos passivos» da instituição em causa, com o objetivo de garantir que, «[e]m todos os casos, […] as perdas sobre os ativos da instituição ou da entidade […] sejam plenamente reconhecidas no momento em que forem aplicados os instrumentos de resolução ou em que for exercido o poder de reduzir ou de converter os instrumentos de capital relevantes». Além disso, como estabelecem o artigo 36.º, n.ºs 5 e 6, a avaliação deve «basear-se em pressupostos prudentes, nomeadamente quanto às taxas de incumprimento e à gravidade das perdas» e «ser complementada [por] […] um balanço atualizado» e «a lista dos passivos em dívida no balanço e fora do balanço constantes d[a] contabilidade e dos registos da instituição ou da entidade» em causa.

[30] Refira-se, no entanto, que, desde 2019, o Conselho Único de Resolução publica um quadro de avaliação para estabelecer os princípios e metodologias dos relatórios de avaliação para as decisões de resolução, que determina que o avaliador tenha em consideração os «passivos contingentes relacionados com litígios»; v. Conselho Único de Resolução, Quadro para avaliação, fevereiro de 2019, p. 22, disponível no seguinte endereço:
https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-02-01 %20Framework%20for%20Valuation.pdf.

69. No entanto, resulta do primeiro relatório de avaliação constante da resolução do Banco Popular de 5 de junho de 2017 que esse relatório foi «elaborado tendo em conta […] os critérios metodológicos de avaliação do capítulo II» [31] das normas técnicas de regulamentação aplicáveis da Autoridade Bancária Europeia [32]. Na parte pertinente, as referidas normas preveem que «o avaliador coloca uma tónica particular nos […] [l]itígios e medidas regulamentares, cujos fluxos de caixa esperados podem estar sujeitos a diferentes graus de incerteza a respeito do seu montante e/ou calendário» [33].

70. Resulta também do segundo relatório de avaliação de 6 de junho de 2017, ao qual o Banco Santander faz referência nas suas observações, que, na avaliação do Banco Popular, foi tida em conta a perda de estimativas do justo valor dos litígios relativos a «créditos relativos à venda abusiva de obrigações convertíveis» nas suas demonstrações contabilísticas [34]. Como explica o documento de clarificação do terceiro relatório de avaliação, entre estas figuram, num cenário menos favorável e num cenário otimista, os créditos decorrentes dos títulos subordinados II/2012, precisamente os instrumentos financeiros em causa no presente processo [35].

71. O Banco Santander alega que, dada a extrema urgência com que em regra ocorre uma resolução, pode haver casos em que uma avaliação é feita com base num relatório que não tem em conta todas as ações judiciais pendentes.

72. Embora seja efetivamente possível que alguns litígios pendentes não sejam tidos em conta, esse nível de incerteza surge em qualquer exercício de «inventário», pelo que se pode dizer que faz parte do risco geral assumido pela entidade adquirente.

73. Além disso, como observou o Governo Espanhol, as responsabilidades potenciais decorrentes de ações judiciais como as que estão em causa no presente caso refletem-se, pelo menos em certa medida, nas demonstrações financeiras de um banco cotado na bolsa. Neste sentido, recordo que decorre dos n.os 3 e 5 da Decisão de Resolução que o Banco Popular é a empresa-mãe do Grupo Banco Popular e está cotado na bolsa de valores espanhola — ou seja, um mercado regulamentado na aceção do artigo 4.º, n.º 14, da MiFID I. Por força do Regulamento respeitante às normas internacionais de contabilidade, as sociedades cujos títulos são negociados publicamente nesses mercados devem elaborar as suas demonstrações financeiras consolidadas

[31] V. Conselho Único de Resolução, Relatório de avaliação para efeitos do artigo 20.º, n.º 5, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 806/2014, como fundamento para determinar se os requisitos para desencadear a resolução ou os requisitos de redução ou conversão de instrumentos de capital se encontram preenchidos, de 5 de junho de 2017, disponível em: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf (a seguir «primeiro relatório de avaliação»), p. 1.

[32] Autoridade Bancária Europeia, «Normas técnicas de regulamentação sobre a avaliação para efeitos da resolução e sobre a avaliação para determinar a diferença de tratamento na sequência de uma resolução ao abrigo da Diretiva 2014/59/UE sobre a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento» (ABE/RTS/2017/05 e EBA/RTS/2017/06) (a seguir «normas técnicas da ABE»), de 23 de maio de 2017, disponíveis no seguinte endereço: 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] V. artigo 8.º das normas técnicas da ABE.

[34] V. n.º 2.4 do «Relatório de avaliação provisório Hipócrates — Cenário de alienação da atividade», 6 de junho de 2017; disponível em: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-08-25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (em que a Deloitte salienta que «aceitamos a estimativa da perda de justo valor como razoável, mas ajustámos para cima a população de clientes afetados, com um cenário baixo e alto»). O primeiro relatório de avaliação, de 5 de junho de 2017, não reflete pormenores sobre a perda de estimativas de justo valor resultantes de litígios; v. https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[35] V. n.º 5.11.2 do «Documento de Esclarecimento sobre a avaliação da diferença de tratamento — Banco Popular Espanhol», da Deloitte, de 18 de dezembro de 2019, disponível em: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf.

em conformidade com determinadas normas internacionais de contabilidade [36] adotadas pela Comissão na legislação da União [37]. Entre as muitas [38] normas que a Comissão adotou na legislação da União no momento em que a decisão de resolução no presente processo foi tomada, havia requisitos específicos para refletir nas contas a incerteza decorrente, nomeadamente, do custo potencial «dos litígios em curso» [39].

74. Assim, não me parece convincente nem correto afirmar que um litígio pendente, incluindo o relativo à venda abusiva de instrumentos de capital, não se reflete na avaliação de um banco para efeitos de resolução. É o que acontece, nomeadamente, se a avaliação for efetuada em conformidade com os princípios de uma «avaliação justa, prudente e realista», na aceção do artigo 36.º da DRRB [40].

75. Por conseguinte, ao contrário das ações intentadas apenas após a adoção da decisão de resolução, não se pode considerar que as ações intentadas previamente são suscetíveis de pôr em causa a avaliação com base na qual a decisão de resolução é tomada.

76. A finalidade da DRRB não exige, portanto, que esses créditos estejam excluídos do conceito de obrigações «vencidas», na aceção do artigo 53.º, n.º 3, e do artigo 60.º, n.º 2, da DRRB.

2. Ponderação entre o objetivo do processo de resolução e o direito a uma proteção jurisdicional efetiva

77. Dada a urgência da resolução e as incertezas sobre se a avaliação em tais condições é capaz de contabilizar todas as obrigações «potenciais», pode argumentar-se que pode parecer uma solução muito mais simples considerar que os créditos baseados em ações judiciais que estão pendentes à data de uma decisão de resolução devem ser considerados «não vencidos» e, por conseguinte, exonerados por uma recapitalização interna. Pode mesmo acontecer que os potenciais adquirentes de um banco em situação de insolvência sintam um maior incentivo a aceitar uma aquisição se os ativos que adquirirem estiverem isentos de *quaisquer* obrigações «potenciais», incluindo as decorrentes de ações judiciais pendentes. Deste modo, o objetivo de assegurar a eficácia do procedimento de resolução pode ser mais bem alcançado.

36 V. artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de julho de 2002, relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade (JO 2002, L 243, p. 1) (a seguir «Regulamento respeitante às normas internacionais de contabilidade»). Como explicita ainda o artigo 2.º desse regulamento, por «"normas internacionais de contabilidade" entende-se as *International Accounting Standards* — IAS (normas internacionais de contabilidade — NIC), as *International Financial Reporting Standards*, IFRS (normas internacionais de relato financeiro — NIRF) e interpretações conexas (interpretações do SIC-IFRIC), as alterações subsequentes a essas normas e interpretações conexas e as futuras normas e interpretações conexas emitidas ou adotadas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB)».

37 V. artigo 3.º, n.ºs 1 e 4, do Regulamento respeitante às normas internacionais de contabilidade.

38 Nos termos do Regulamento (CE) n.º 1126/2008 da Comissão, de 3 de novembro de 2008, que adota determinadas normas internacionais de contabilidade nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2008, L 320, p. 1) [a seguir «Regulamento (CE) n.º 1126/2008»], a Comissão adotou «todas as normas apresentadas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB), bem como todas as interpretações apresentadas pelo *International Financial Reporting Interpretations Committee* (IFRIC), adotadas na Comunidade até 15 de outubro de 2008, exceto a IAS 39 (respeitante ao reconhecimento e mensuração dos instrumentos financeiros), da qual foram omitidas pequenas partes» [v. considerando 2 e artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1126/2008].

39 V. n.º 117 da Norma Internacional de Contabilidade 1 do anexo do Regulamento (CE) 1126/2008, que, na versão aplicável à data da decisão de resolução, explicita na parte pertinente que determinar as «quantias escrituradas de alguns ativos e passivos exige a estimativa dos efeitos de acontecimentos futuros incertos nesses ativos e passivos […] do balanço[,] [p]or exemplo […], de provisões sujeitas ao futuro resultado do litígio em curso. […] Estas estimativas implicam pressupostos sobre itens como o ajustamento do risco aos fluxos de caixa ou as taxas de desconto usadas». V., igualmente, n.º 34 da Norma Internacional de Contabilidade 11 no mesmo anexo, que diz respeito aos custos contratuais que devem ser reconhecidos como despesas, que incluem o «resultado de litígios pendentes», e que requerem, nos termos dos n.ºs 36 e seguintes da Norma Internacional de Contabilidade 37, a avaliação das melhores estimativas.

40 Como expliquei na nota de rodapé 34 das presentes conclusões, no caso do Banco Popular, a Deloitte ajustou, de facto, o montante de clientes afetados decorrente do tipo de processos como o do presente caso, procurando, assim, refletir uma estimativa de perda de justo valor mais precisa.

78. No entanto, não se deve esquecer que esta solução também levaria à exoneração dos direitos que as pessoas coletivas retiram do direito da União, como a Diretiva Prospeto e a MiFID I.

79. Esses direitos fundamentais são protegidos pelo direito a uma proteção jurisdicional efetiva, princípio geral do direito da União, hoje expresso no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este direito fundamental garante a qualquer pessoa que alegue que os seus direitos conferidos pela União foram violados o acesso a um tribunal com competência para fornecer vias legais de recurso eficazes.

80. Ao defenderem que as ações judiciais pendentes devem ser tratadas como «não vencidas» para efeitos da DRRB, o Banco Santander e os Governos Espanhol, Italiano e Português consideram, com efeito, que se justifica a ingerência daí resultante no direito à ação.

81. No Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), em que os demandantes invocavam, nomeadamente, o seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva, o Tribunal de Justiça recordou que esse direito não é absoluto e pode ser limitado em nome de outros interesses públicos importantes, como a manutenção da estabilidade financeira [41].

82. Sem muitos pormenores, no seu exercício de ponderação, o Tribunal de Justiça considerou que o interesse da estabilidade do sistema financeiro devia prevalecer sobre a proteção efetiva dos direitos conferidos pela União aos investidores. O Tribunal de Justiça baseou-se na sua jurisprudência anterior, na qual declarou que «embora exista um claro interesse geral em assegurar, em toda a União, uma proteção forte e coerente dos investidores, não se pode considerar que esse interesse prevaleça, em todas as circunstâncias, sobre o interesse geral que consiste em garantir a estabilidade do sistema financeiro» [42].

83. Todavia, no número acima referido, o Tribunal de Justiça teve o cuidado de indicar que não se pode considerar que o interesse dos investidores prevaleça «em todas as circunstâncias» sobre o interesse geral da estabilidade do sistema financeiro.

84. Ao tratar ações judiciais em curso como obrigações «vencidas», esse objetivo de estabilidade financeira não é comprometido da mesma maneira que ao permitir ações posteriores à decisão de resolução. Isto porque a avaliação em que se baseia uma decisão de resolução pode ter em consideração as ações pendentes. Nesta perspetiva, o presente processo difere das circunstâncias em causa nos processos que deram origem à prolação dos Acórdãos Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) e Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II).

85. Além disso, apesar de, nestes dois últimos processos, os investidores ainda não terem exercido o seu direito de acesso a um tribunal para defender os seus direitos conferidos pela União antes de a decisão de resolução interferir com esses direitos, nas circunstâncias do presente processo, D.E. verificou os seus direitos e obrigações e tomou medidas para os proteger num momento anterior à decisão de resolução que altera o quadro em que ele se encontrava.

86. Se a decisão de resolução pudesse, por si só, pôr termo a uma ação judicial pendente, tal constituiria uma interferência significativa no direito a uma proteção jurisdicional efetiva [43].

41 Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 80.

42 Acórdão Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular II), n.º 81.

43 V., por analogia, Acórdão de 29 de abril de 2021, Banco de Portugal e o. (C-504/19, EU:C:2021:335, n.º 63).

87. Na minha opinião, portanto, as circunstâncias do presente processo impõem ao Tribunal de Justiça que dê, por um lado, mais peso ao direito de os investidores protegerem eficazmente os seus direitos conferidos pela União nas ações judiciais intentadas antes da decisão de resolução e, por outro, menos peso ao objetivo de estabilidade financeira, uma vez que este último pode ser alcançado mesmo quando é dada prioridade à proteção jurisdicional efetiva.

88. Ao intentar uma ação para proteger os seus direitos conferidos pela União cerca de oito meses antes da decisão de resolução e, por conseguinte, de forma indiscutivelmente independente desse processo subsequente, D.E. colocou-se numa posição diferente da dos outros titulares dos títulos subordinados II/2012 [44].

89. O adágio *iura vigilantibus*, que é respeitado se as ações pendentes tiverem o peso que merecem no exercício de ponderação, é um argumento adicional para a conclusão anterior de que haveria uma restrição injustificada do direito à ação se o Tribunal de Justiça interpretasse a DRRB no sentido de que permite a limitação retroativa das ações judiciais intentadas antes da adoção de uma decisão de resolução e que permanecem pendentes nesse momento.

90. Além disso, tal solução reforçaria a confiança no sistema judicial, o que a conclusão inversa pode pôr em causa.

91. Em conclusão, a limitação do direito à proteção jurisdicional efetiva dos investidores conferida pelo direito da União não pode ser justificada pelo objetivo de manter a estabilidade financeira numa situação em que são intentadas ações judiciais destinadas a proteger um direito conferido pela União antes e independentemente de uma decisão de resolução.

3. Questões adicionais

a) Quem deve suportar os custos de uma violação dos direitos conferidos pela União aos credores do banco objeto de resolução?

92. Mais alguns argumentos do Banco Santander justificam uma reflexão.

93. Alega que os processos pendentes devem ser tratados como obrigações «não vencidas», uma vez que, caso contrário, essas obrigações «potenciais» seriam transferidas para ele, enquanto banco sucessor, apesar de este banco nada ter que ver com as ações do Banco Popular que estão na base das ações judiciais pendentes.

94. Nas circunstâncias do presente processo, D.E. invoca uma violação de uma disposição imperativa da MiFID I destinada a proteger os adquirentes de instrumentos financeiros de aquisições inadequadas. Essas regras incluem o teste de «adequação», estabelecido no artigo 19.º, n.º 5, da MiFID I, que, em regra [45], exige que as instituições financeiras obtenham informações

[44] V., no mesmo sentido, conclusões do advogado-geral J. Richard de la Tour no processo Banco Santander (Resolução Bancária Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976, n.º 65) (ao explicar, em relação a uma pretensa violação do princípio da igualdade, que «objetivamente, os acionistas que adquiriram os seus títulos com base num prospeto errado ou inexato não estão na mesma situação se tiverem obtido uma sentença condenatória antes da decisão de resolução ou se intentarem uma ação somente após essa decisão»).

[45] V. Acórdão de 30 de maio de 2013, Genil 48 e Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, n.º 31). V., igualmente, n.ºs 39 e 47 desse acórdão, que sublinham que o artigo 19.º da Diretiva MiFID I visa, nomeadamente, proteger os investidores.

sobre os conhecimentos e a experiência de um cliente para compreender os riscos envolvidos em relação a um serviço ou transação de investimento, antes da realização dessa transação, e avisem esse cliente, se necessário [46].

95. Uma violação destas regras pode conduzir à nulidade do acordo através do qual o instrumento financeiro em causa foi comprado e conferir ao comprador o direito à restituição do preço de compra, acrescido de juros, ou a uma indemnização.

96. De acordo com o Banco Santander, dado que D. E. era, no momento da resolução, um acionista do Banco Popular, em conformidade com o princípio de que os acionistas são os primeiros a suportar perdas [47], o seu crédito deve ser tratado como não vencido e, por conseguinte, exonerado antes da transferência de quaisquer obrigações «vencidas» para a entidade sucessora.

97. Na minha opinião, o pedido de restituição ou de indemnização de D.E., que será confirmado em caso de procedência da sua ação, não impede que as ações de que era titular antes da decisão de um órgão jurisdicional nacional sejam extintas no âmbito do procedimento de resolução, ou que as suas obrigações sejam convertidas em ações e extintas ou transferidas sem compensação. O sucesso da ação judicial pendente colocaria D.E. na posição de um credor de tipo diferente. O seu crédito não será um crédito de um investidor em obrigações, mas provirá antes da venda abusiva dessas obrigações de que deixa de ser titular. A obrigação do Banco Santander de satisfazer esse crédito teria existido e seria exigível (isto é, ter-se-ia vencido) antes de ter sido adotada a decisão de resolução, tal como outras obrigações «vencidas».

98. O Banco Santander considera, no entanto, que este crédito deve ser tratado como não vencido no momento da resolução. A perda de D.E. resultante da decisão de recapitalização interna deve, assim, ser classificada como o tipo de perda de qualquer outro credor com um crédito pendente no momento da resolução, ou seja, o tipo de crédito que é exonerado devido à recapitalização interna. Estes credores têm direitos ao abrigo do «princípio do não agravamento da situação dos credores» [48]. Segundo esse princípio, um credor que, após avaliação e comparação entre dois processos (resolução e processo normal de insolvência), tenha direito ao pagamento do seu crédito ou de parte do seu crédito pode, com base no artigo 75.º da DRRB, exigir a diferença de um mecanismo de financiamento da resolução [49]. Tal responsabilidade deve, por conseguinte, segundo o Banco Santander, ser mutualizada e não contraída pelo sucessor do banco objeto da resolução. No entanto, esta solução claramente não permitiria que fosse restituído a D.E. a totalidade do montante que lhe é devido, embora o sucesso da sua ação judicial lhe desse direito a esse montante.

[46] V. artigo 19.º, n.º 5, da MiFID I, lido em conjugação com os considerandos 58 a 60 e os artigos 36.º e 37.º da Diretiva de aplicação da Diretiva MiFID I. No entanto, como salienta o artigo 36.º, segundo parágrafo, da Diretiva de aplicação da Diretiva MiFID I, «uma empresa de investimento poderá presumir que um cliente profissional tem a experiência e os conhecimentos necessários para avaliar os riscos envolvidos em relação a esses serviços ou transações de investimento específicos ou a tipos de transações ou produtos relativamente aos quais o cliente está classificado como cliente profissional».

[47] V. artigo 34.º, n.º 1, alínea a), da DRRB.

[48] Quando o instrumento de recapitalização interna, tal como refletido no artigo 73.º, alínea b), da DRRB, for aplicado, esse princípio exige que «os acionistas e os credores cujos créditos tenham sido objeto de redução ou de conversão em capitais próprios não sofram perdas superiores às que teriam sofrido se a instituição objeto de resolução tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência».

[49] Um mecanismo de financiamento da resolução é um mecanismo que os Estados-Membros devem criar com base no artigo 100.º da DRRB e que permite a mutualização do tipo de encargos financeiros enumerados no seu artigo 101.º

99. Todavia, se essa obrigação «potencial» for transferida para o banco sucessor, o Banco Santander na presente situação, D.E. conserva a totalidade do seu crédito, desde que a sua ação judicial seja bem-sucedida. Esta solução seria coerente com a proposta de equilíbrio de resultados nas circunstâncias em que um credor intentou uma ação para proteger os seus direitos conferidos pela União antes de ser tomada uma decisão de resolução.

100. Não vejo nenhum problema em que o Banco Santander assuma essa obrigação «potencial» no âmbito do acordo de alienação da atividade, uma vez que o efeito dessas obrigações no valor dos ativos do Banco Popular foi contabilizado na decisão de avaliação. O facto de o Banco Santander não poder ser responsabilizado por todas e quaisquer violações ao direito da União cometidas pelo Banco Popular antes da resolução não tem nenhuma relação com o facto de, como parte do acordo de resolução, o Banco Santander ter assumido um determinado montante do risco comercial ligado ao Banco Popular.

101. Dito isto, nada obsta a que as autoridades de resolução prevejam, na decisão de resolução, que essas obrigações «potenciais», mesmo que estejam «vencidas», *não* sejam transferidas para o banco sucessor, mas que essas obrigações, caso se materializem, sejam antes mutualizadas, ou através de um mecanismo de financiamento da resolução ou por intermédio do Fundo Único de Resolução [50].

102. Trata-se, porém, de uma questão de discricionariedade que se reflete nas escolhas feitas em cada procedimento de resolução e nas negociações entre as autoridades de resolução e a entidade adquirente. Na falta de tais acordos, o Banco Santander não pode reclamar, num momento posterior à conclusão dessas negociações através da alienação da atividade, de que não deve ser responsabilizado pelas obrigações que lhe foram transmitidas por força do quadro de resolução.

103. Por outras palavras, os argumentos do Banco Santander de que o banco sucessor não deve ser responsabilizado por créditos resultantes de ações judiciais intentadas contra um banco em situação de insolvência, mesmo que o adquirente soubesse, ou devesse saber, dessas obrigações «potenciais» antes de propor a aquisição do referido banco, não influenciam a minha proposta de tratar as ações judiciais pendentes como obrigações «vencidas».

b) Eventuais ações judiciais abusivas

104. O Banco Santander acrescenta que a interpretação segundo a qual créditos «potenciais» subordinados a ações judiciais em curso são obrigações «vencidas» conduziria, em futuras resoluções, a uma situação em que os acionistas e os credores poderiam contornar o efeito do instrumento de recapitalização interna intentando ações judiciais antes da adoção de uma decisão de resolução. Essas práticas, se autorizadas, limitariam os poderes das autoridades de resolução para reduzir ou converter as ações e o capital em dívida ao recorrerem ao instrumento de recapitalização interna.

105. É de facto possível que os credores que tenham conhecimento antecipado de uma potencial decisão de resolução tentem cobrir os seus investimentos por meio da instauração de ações judiciais, que, se interpretados como obrigações «vencidas» nos termos da DRRB, impediriam o seu investimento de ser reduzido na aplicação do instrumento de recapitalização interna.

[50] V., a este respeito, artigo 76.º, n.os 1 e 2, do Regulamento MUR.

106. No entanto, embora haja, evidentemente, possibilidade de existirem litígios deste tipo, há que ter em conta que intentar uma ação judicial implica custos que não serão cobertos se a ação não tiver hipóteses de sucesso. Além disso, uma decisão de resolução deve ser tomada com urgência e em segredo. Por conseguinte, é pouco provável que os investidores, mesmo quando suspeitam de uma possível resolução, conheçam os seus pormenores.

107. No entanto, pode haver uma razão para considerar como «vencidos» apenas os créditos dependentes de ações intentadas até uma determinada data antes da decisão de resolução, como por exemplo a data tida em consideração para efeitos da avaliação de um banco em situação de insolvência, com base na qual é tomada uma decisão de resolução.

108. A este respeito, o Banco Santander explica que a avaliação da Deloitte teve em consideração a situação existente em 31 de março de 2017, ao passo que a decisão de resolução foi adotada em 7 de junho de 2017. Assim, poderia ser possível tratar as ações intentadas após 31 de março de 2017 da mesma forma que as ações intentadas após a tomada da decisão de resolução e, por conseguinte, «não vencidas» nesse momento.

109. Embora esta argumentação justifique uma reflexão, não afeta a posição de D.E. nas circunstâncias do presente processo, em que a sua ação foi intentada cerca de oito meses antes de ser tomada a decisão de resolução.

110. Por conseguinte, os argumentos do Banco Santander baseados num eventual abuso da interpretação do Tribunal de Justiça segundo a qual as ações anteriores são tratadas como obrigações «vencidas» não podem ser aceites como suficientemente importantes para se sobrepor a outros argumentos a favor dessa interpretação.

IV. Conclusão

111. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) da seguinte forma:

O artigo 53.º, n.os 1 e 3, e o artigo 60.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho, e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, lidos à luz do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

devem ser interpretados no sentido de que:

um crédito ou direito resultante de uma ação judicial intentada nos tribunais competentes de um Estado-Membro contra uma instituição ou entidade financeira antes de essa instituição ou entidade ser objeto de uma decisão de resolução, mas que continua pendente nesse momento, constitui uma obrigação «vencida».