Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
TAMARA ĆAPETA
föredraget den 13 februari 2025 [1]

Mål C-687/23

D.E.
mot
Banco Santander, SA

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/59/EU – Ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut – Resolution av Banco Popular – Tvångsöverföring av aktier utan ersättning – Talan om ogiltigförklaring och skadestånd som väckts innan resolutionsbeslutet fattades – Begreppet ’upplupen’ skuld – Rätt till ett effektivt rättsmedel”

I. Inledning

1. Förevarande mål om förhandsavgörande är ytterligare ett i raden av mål som följt på resolutionen av den spanska banken Banco Popular Español, SA (nedan kallad Banco Popular) den 7 juni 2017. [2]

2. Till följd av denna resolution förlorade ett stort antal fysiska och juridiska personer sina investeringar. Detta ledde till en uppsjö av tvister vid de nationella domstolarna och unionsdomstolarna.

3. Bland dessa rättstvister återfinns ett antal mål om ogiltigförklaring och återbetalning av erlagda belopp eller skadestånd på grund av att Banco Popular hade underlåtit att iaktta vissa krav på öppenhet och konsumenträttsliga krav när den sålde vissa finansiella instrument till fysiska och juridiska personer. Dessa mål rörde med andra ord inte att nämnda instrument förlorat sitt värde till följd av resolutionen, utan snarare att den ursprungliga teckningen av dessa instrument påstods vara rättsstridig.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Se Gemensamma resolutionsnämndens beslut SRB/EES/2017/08 av den 7 juni 2017 om antagande av en resolutionsordning för Banco Popular Español, SA), vilken godkändes genom kommissionens beslut (EU) 2017/1246 (EUT L 178, 2017, s. 15) (nedan gemensamt kallade resolutionsbeslutet).

4. I sina domar i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular)[3] och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II)[4] slog EU-domstolen fast att direktiv 2014/59/EU (direktivet om återhämtning och resolution av banker) (nedan kallat krishanteringsdirektivet) utgör hinder för sådana rättsliga förfaranden, i den mån de inletts *efter* den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattades.[5]

5. Vad som är nytt i förevarande mål är att tvisten vid den nationella domstolen inleddes *innan* resolutionsbeslutet fattades. Gör det någon skillnad? Det är i allt väsentligt vad EU-domstolen har ombetts att ta ställning till i förevarande mål.

II. Bakgrund, tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

6. År 2009 genomförde Banco Popular en emission av ”Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, SA I/2009” (nedan kallade de efterställda obligationerna I/2009).

7. Den 3 oktober 2009 tecknade D.E., i egenskap av ensam styrelseledamot i bolaget Lera Blava S.L.U (nedan kallat bolaget), för bolagets räkning, 15 av dessa konvertibla obligationer till ett sammanlagt belopp om 15 000 euro.

8. I maj 2012 bytte D.E., även här för bolagets räkning, ut de efterställda obligationerna I/2009, som skulle förfalla i oktober 2013, mot andra tvingande konvertibla efterställda obligationer (nedan kallade de efterställda obligationerna II/2012). De senare skulle förfalla i november 2015.

9. Den 14 januari 2013 överlät bolaget äganderätten till dessa obligationer till D.E. som betalning för utestående löner.

10. I enlighet med villkoren för emissionen blev de efterställda obligationerna II/2012 den 25 november 2015 föremål för tvingande konvertering till aktier i Banco Popular. D.E. blev följaktligen aktieägare i Banco Popular.

11. Den 6 oktober 2016 väckte D.E. talan i eget namn mot Banco Popular och yrkade att de efterställda obligationerna I/2009 och II/2012 skulle förklaras ogiltiga på grund av fel som vidlådde det samtycke som krävs enligt unionsrätten, särskilt MiFID I-direktivet,[6] och att det belopp som ursprungligen investerats skulle återbetalas. I andra hand yrkade D.E. ersättning för den skada som uppkommit till följd av att Banco Popular hade åsidosatt sina skyldigheter enligt MiFID I-direktivet.

[3] Dom av den 5 maj 2022, Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2022:351) (nedan kallad domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular)).

[4] Dom av den 5 september 2024, Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) (C-775/22, C-779/22 och C-794/22, EU:C:2024:679) (nedan kallad domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II)).

[5] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012 (EUT L 173, 2014, s. 190).

[6] Enligt begäran om förhandsavgörande åberopade D.E. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG (EUT L 145, 2004, s. 1) (nedan kallat MiFID I-direktivet).

12. Den 31 maj 2017 biföll en Juzgado de Primera Instancia (förstainstansdomstol, Spanien) D.E.:s talan om ogiltigförklaring och ogiltigförklarade teckningen av de efterställda obligationerna I/2009 och II/2012.[7] Det framgår av handlingarna i det nationella målet att nämnda domstol bekräftade att Banco Popular inte hade gjort någon bedömning av ”ändamålsenligheten” vad gäller D.E., vare sig i hans egenskap av privatperson eller i hans egenskap av styrelseledamot i bolaget, för att bedöma huruvida han, i någon av dessa egenskaper, hade nödvändig erfarenhet och kunskap för att förstå de inneboende riskerna i samband med de omtvistade konvertibla obligationerna.[8] Banco Popular överklagade denna dom till en Audiencia Provincial (provinsdomstol, Spanien).

13. Den 7 juni 2017 antog Gemensamma resolutionsnämnden resolutionsbeslutet avseende Banco Popular, vilket Europeiska kommissionen godkände samma dag.

14. Resolutionen innebar mer specifikt tillämpning av en kombination av skuldnedskrivningsverktyget och verktyget för försäljning av affärsverksamhet[9] och genomfördes på följande sätt. Först skrevs värdet av befintliga aktier i Banco Popular ned till noll med tillämpning av skuldnedskrivningsverktyget. Därefter drogs dessa aktier in. De aktier som bildats genom konvertering av en del av Banco Populars utestående skulder (primärkapitalskulder) behandlades på samma sätt. En annan del av dessa utestående skulder (supplementärkapitalskulder) konverterades till nya aktier som överfördes till Banco Santander SA (nedan kallad Banco Santander). Banco Popular såldes därefter till Banco Santander, som är motpart i det nationella målet, som förvärvade alla Banco Populars återstående tillgångar genom en fusion genom förvärv, varvid Banco Popular upphörde att existera som juridisk person. Banco Santander trädde även i Banco Populars ställe i den tvist som ligger till grund för det nationella målet.

15. Den 29 mars 2019 undanröjde en Audiencia Provincial (provinsdomstol, Spanien) förstainstansdomstolens dom på den grunden att D.E. saknade talerätt. Provinsdomstolen ansåg att det var bolaget som i stället borde ha väckt talan.

16. D.E. har överklagat denna dom till Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien). Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien) har, trots att båda parter motsatte sig detta, beslutat att begära förhandsavgörande i förevarande mål. Nämnda domstol har även förklarat att den omständigheten att spanska domstolar har gjort skilda tolkningar av bland annat artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet har lett till ett stort antal överklaganden till denna högsta instans, varför vägledning från EU-domstolen skulle bidra till att ett antal av dessa mål kunde avgöras.

7 Enligt handlingarna i det nationella målet delgavs parterna denna dom den 8 juni 2017.

8 Denna ”bedömning av ändamålsenligheten” krävs enligt artikel 19.5 i MiFID I-direktivet. Detta krav preciseras närmare i artiklarna 36 och 37 i kommissionens direktiv 2006/73/EG av den 10 augusti 2006 om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG vad gäller organisatoriska krav och villkor för verksamheten i värdepappersföretag, och definitioner för tillämpning av det direktivet (EUT L 241, 2006, s. 26) (nedan kallat genomförandedirektivet till MiFID I-direktivet).

9 Se artikel 24 respektive artikel 27 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 806/2014 av den 15 juli 2014 om fastställande av enhetliga regler och ett enhetligt förfarande för resolution av kreditinstitut och vissa värdepappersföretag inom ramen för en gemensam resolutionsmekanism och en gemensam resolutionsfond och om ändring av förordning (EU) nr 1093/2010 (EUT L 225, 2014, s. 1) (nedan kallad förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen).

17. Mot bakgrund av dessa omständigheter har Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien) beslutat att ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 34.1 a och b, jämförd med artikel 53.1 och 53.3 samt artikel 60.2 första stycket b och c i [krishanteringsdirektivet], tolkas så, att en fordran eller rättighet som kan uppkomma till följd av att det institut som efterträtt [Banco Popular] har förpliktigats att betala ersättning till följd av en talan om härlett ansvar på grund av saluföringen av en finansiell produkt (efterställda obligationer som måste konverteras till aktier i samma bank) som inte ingår i de övriga kapitalinstrument som åtgärderna för resolution av Banco Popular avser, vilka hade konverterats till aktier i banken innan resolutionsåtgärderna hade vidtagits (7 juni 2017), skulle kunna anses vara en skuld som berörs av bestämmelsen om nedskrivning eller indragning i artikel 53.3 i [krishanteringsdirektivet], genom att det rör sig om en skyldighet eller fordran ’som inte har uppstått’, vilket innebär att den betraktas som infriad och inte kan göras gällande mot Banco Santander i egenskap av efterträdare till Banco Popular, när den talan som föranledde domen om skadestånd väcktes innan förfarandet för resolution av banken hade avslutats?

2) Eller ska dessa bestämmelser i stället tolkas så, att den ovannämnda fordran eller rättigheten utgör en skyldighet eller fordran ’som har uppstått’ – artikel 53.3 i [krishanteringsdirektivet] – eller en ”upplupen skuld” vid tidpunkten för bankens resolution – artikel 60.2 b i [krishanteringsdirektivet] – och därmed är undantagen från verkningarna av infriandet eller avvecklingen av dessa skyldigheter eller fordringar, vilket innebär att [ovannämnda fordran eller rättighet] kan göras gällande mot Banco Santander i egenskap av efterträdare till Banco Popular, när den talan som föranledde domen om skadestånd väcktes innan förfarandet för resolution av banken hade avslutats?”

III. Bedömning

A. Bakgrund, parternas argument och strukturen i förevarande förslag till avgörande

18. Den hänskjutande domstolens frågor rör tolkningen av begreppen ”upplupen” och ”som har uppstått”, såsom dessa begrepp förekommer i artiklarna 53.3 och 60.2 b i krishanteringsdirektivet.

19. I artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet föreskrivs följande:

”Om en resolutionsmyndighet sänker kapitalbeloppet för, eller det utestående beloppet avseende, en skuld genom den befogenhet som avses i artikel 63.1 e ska den skulden och eventuella *skyldigheter eller fordringar* som hänför sig till den skulden *som inte har uppstått* vid den tidpunkt då befogenheten utövas *i alla hänseenden betraktas som infriade* och ska inte kunna göras gällande i senare förfaranden gentemot institutet under resolution eller en efterföljande enhet vid en eventuell senare avveckling.” [10]

20. I artikel 60.2 i krishanteringsdirektivet föreskrivs i relevanta delar följande:

”2. I de fall där kapitalbeloppet för ett tillämpligt kapitalinstrument skrivs ned

…

[10] Min kursivering.

b) *inga skulder får kvarstå till innehavaren* av det tillämpliga kapitalinstrumentet enligt eller i samband med det belopp för instrumentet som har skrivits ned, *med undantag för upplupna skulder* och skadeståndsskulder som uppkommit till följd av ett överklagande av lagenligheten av nedskrivningsbefogenheten”. [11]

21. Begreppen ”upplupen” och ”som har uppstått” definieras inte i krishanteringsdirektivet. I vissa språkversioner av krishanteringsdirektivet används dessutom samma ord i både artikel 53.5 och artikel 60.2 b i nämnda direktiv, medan det i andra språkversioner, däribland den spanska, används två olika, men liktydiga, ord eller uttryck. [12] Detta gör det svårt att dra några slutsatser om den allmänna innebörden av dessa begrepp.

22. Nämnda direktiv innehåller hursomhelst inte någon hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av begreppens innebörd, vilket indikerar att dessa begrepp ska ges en självständig [och enhetlig] tolkning inom hela unionen. [13]

23. Med hänsyn till att ”upplupna” skulder inte påverkas av en skuldnedskrivning, framgår det tydligt av ordalydelsen i såväl artikel 53.5 som artikel 60.2 b i krishanteringsdirektivet att ett beslut om huruvida en skuld är ”upplupen” eller inte får konsekvenser. I artikel 60.2 b i krishanteringsdirektivet anges att ”inga skulder får kvarstå” till innehavaren av det tillämpliga kapitalinstrumentet som har skrivits ned, medan skulder till den personen kvarstår om de var ”upplupna” vid den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattades.

24. I artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet hänvisas vidare även till begreppet ”utestående belopp”, som sänks när skuldnedskrivningsverktyget används. Genom denna hänvisning klargörs att resolutionsmyndigheterna, när de använder detta verktyg, endast får infria *utestående* skulder för banken under resolutionen, det vill säga befintliga men ännu inte förfallna skulder. Detta tyder på att begreppet ”upplupen”, som i detta sammanhang används för att undanta en skuld från skuldnedskrivning, avser sådana skulder som en bank redan har påtagit sig och som redan har förfallit till betalning vid tidpunkten för resolutionsbeslutet.

25. Skyldigheten att ersätta borgenärer för olagligheter som förekommit i samband med förvärv av finansiella instrument som emitterats av en bank, och som ifrågasatts inför domstol, ska vid den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattas betraktas som en ”eventuell” skuld för banken under resolution. Fram till dess att domstolen har uttalat sig om denna skyldighet är det osäkert om den existerar. Om denna betalningsskyldighet fastställs av domstol medför emellertid domens retroaktiva verkan att den därav följande skulden ska anses ha uppstått redan vid en tidigare tidpunkt (*ex tunc*), det vill säga före tidpunkten för resolutionsbeslutet.

26. Ska sådana ”eventuella” skulder anses ”upplupna”, i den mening som avses i krishanteringsdirektivet, vid den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattas?

[11] Min kursivering.

[12] I vissa språkversioner används samma ord i artikel 53.3 och artikel 60.2 b i krishanteringsdirektivet. Vid sidan av den engelska språkversionen av krishanteringsdirektivet är så även fallet med den franska (där begreppet ”échu” används i båda bestämmelserna), den tyska (där begreppet ”angefallen” används), den italienska (där begreppet ”maturati” används) och den kroatiska språkversionen (där begreppet ”obračunati” används). I andra språkversioner används två olika ord eller uttryck i artikel 53.3 och artikel 60.2 b i krishanteringsdirektivet. Såsom den hänskjutande domstolen har förklarat används i den spanska språkversionen ordet ”vencidas” i artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet och ordet ”devengados” i artikel 60.2 b i samma direktiv. På samma sätt används i den nederländska språkversionen ordet ”vorderbaar” i artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet och ordet ”te betalen” i artikel 60.2 b i samma direktiv.

[13] EU-domstolen har redan gjort denna bedömning i domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 48.

27. Det finns två möjliga tolkningar.

28. Å ena sidan kan nämnda skulder anses ”upplupna”, eftersom de, sedan de fastställts av domstol, skulle existera och därmed ha förfallit till betalning före resolutionsbeslutet. Med hänsyn till att dessa skulder för sin existens är beroende av utgången av ett rättsligt förfarande, kan de å andra sidan endast anses vara ”eventuellt” upplupna vid den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattas. De skulle med andra ord kunna uppfattas som utestående skulder vid tidpunkten för resolutionen, och av den anledningen uppfattas som att de ”inte har uppstått”.

29. I domarna i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) tolkade EU-domstolen sådana ”eventuella” skulder, för det fall att talan väckts efter det att resolutionsbeslutet fattades, som att de inte hade uppstått och därför omfattades av beslutet om skuldnedskrivning. Detta får därför till följd att borgenärer med sådana ”eventuella” fordringar förlorar sina fordringar på banken under resolution i samband med skuldnedskrivningen. Denna förlust påverkar naturligtvis borgenärernas unionsrättsligt grundade rättigheter, inbegripet den grundläggande rätten till ett effektivt domstolsskydd. I de ifrågavarande domarna ansåg EU-domstolen emellertid att det allmänna intresset av att förhindra en finansiell kollaps och upprätthålla finansiell stabilitet vid en avvägning har företräde framför borgenärernas unionsrättsligt grundade rättigheter.

30. Banco Santander och den spanska, den italienska och den portugisiska regeringen har alla med stöd av dessa två domar gjort gällande att skulder som uppstår till följd av rättsliga förfaranden inte kan anses vara ”upplupna” även om de har uppstått *före* resolutionen.

31. De har förklarat att dessa fordringar sannolikt skulle medföra ett utflöde av medel från banken under resolution och därmed eventuellt skulle kunna motverka resolutionsbeslutets ändamålsenliga verkan. Följaktligen bör endast fordringar eller rättigheter som har fastställts vara förfallna till betalning genom en dom som meddelats av en behörig nationell domstol före tidpunkten för resolutionsbeslutet anses vara ”upplupna” i den mening som avses i krishanteringsdirektivet.

32. Kommissionen är emellertid av motsatt uppfattning. Kommissionen anser att begreppet ”som har uppstått”, såsom det används i artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet, bör anses inbegripa en skuld eller skyldighet som vid tidpunkten för resolutionen endast ”eventuellt” har förfallit till betalning, vilket en efterföljande dom, även om den meddelas efter det att ett resolutionsbeslut har fattats, endast skulle bekräfta.

33. Enligt kommissionen motiveras denna tolkning av kravet i artikel 36 i krishanteringsdirektivet på att värderingen ska vara ”rättvis, väl avvägd och realistisk”. En sådan värdering bör ta hänsyn till eventualförpliktelser i pågående rättsliga förfaranden. Det förefaller inte heller motiverat att neka ersättning till en person som väckt talan före den tidpunkt då ett resolutionsbeslut fattas.

34. I förevarande mål uppkommer således frågan huruvida avvägningen mellan intresset av finansiell stabilitet och ett effektivt domstolsskydd för rättigheter som tillkommer unionens borgenärer, till skydd för vilka rättsliga förfaranden inleddes innan resolutionsbeslutet fattades, bör utfalla på samma sätt som när dessa domstolsförfaranden inleds först efter det att resolutionsbeslutet har fattats.

35. Denna fråga framställs som en begäran om vägledning om huruvida ”eventuella” skulder, som redan är föremål för rättsliga förfaranden när resolutionsbeslutet fattas, ska anses vara ”upplupna” i den mening som avses i krishanteringsdirektivet. För att besvara denna fråga kommer jag att gå till väga på följande sätt. Jag kommer först att förklara varför jag anser att förevarande begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning (avsnitt B). När det gäller sakfrågan kommer jag att börja med att kortfattat erinra om det resonemang som ligger till grund för de två domar i vilka EU-domstolen ansåg att krishanteringsdirektivet utgör hinder mot att talan väcks *efter* resolutionsbeslutet (avsnitt C). Därefter kommer jag att behandla frågan huruvida samma resonemang är tillämpligt även om talan väcks *före* resolutionsbeslutet (avsnitt D). Min bedömning kommer att leda till att jag föreslår att EU-domstolen ska slå fast att syftet med den resolutionsram som inrättats genom krishanteringsdirektivet inte kan ges företräde framför rätten till ett effektivt domstolsskydd för konsumenters eller investerares unionsrättsligt grundade rättigheter, när en talan avseende dessa rättigheter har väckts *före* resolutionsbeslutet (del IV).

B. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

36. Banco Santander har ifrågasatt om förevarande begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning. Nämnda institut har förklarat att tolkningsfrågorna saknar betydelse för att tvisten vid den nationella domstolen ska kunna avgöras, eftersom den nationella domstolen ska ha beslutat avstå från att pröva huruvida kärandena i första instans alls hade talerätt enligt nationell rätt.

37. I detta avseende erinrar jag om att det i princip ankommer på den nationella domstolen att bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt som om tolkningsfrågorna är relevanta, vilket innebär att dess frågor presumeras vara relevanta. EU-domstolen kan bara avvisa en tolkningsfråga då det är uppenbart att svaret på frågan inte är användbart i det nationella målet. [14]

38. Såsom den spanska regeringen har förklarat är ett svar på frågorna nödvändigt för den hänskjutande domstolen, eftersom den, för det fall att EU-domstolen skulle svara att krishanteringsdirektivet utgör hinder för ifrågavarande talan, skulle bli tvungen att avvisa D.E.:s talan utan att behöva pröva huruvida denne alls skulle ha haft talerätt.

39. Det är följaktligen inte uppenbart att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning. EU-domstolen bör därför besvara den hänskjutande domstolens frågor.

C. De två tidigare domarna och förevarande situation

40. Såsom jag har indikerat har förevarande begäran om förhandsavgörande framställts mot bakgrund av domarna i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II). I dessa domar fann EU-domstolen att ett beslut om resolution av Banco Popular utgjorde hinder för att klagandena i fråga väckte talan vid domstol och yrkade ersättning för skada till följd av att banken hade underlåtit att iaktta vissa regler vid saluföringen av finansiella instrument.

[14] Se, exempelvis, dom av den 10 december 2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:999, punkterna 26, 27 och 30 och där angiven rättspraxis).

41. I målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) rörde det sig om en talan om ogiltigförklaring som väckts av två fysiska personer som hade förvärvat aktier i Banco Popular år 2016 i samband med en kapitalökning genom ett teckningserbjudande till allmänheten. Efter det att denna bank försatts i resolution och dess aktiekapital minskats till noll år 2018 hävdade dessa fysiska personer att deras ursprungliga samtycke till avtalet om tecknande av aktier var ogiltigt, bland annat på grund av att det ifrågavarande prospektet var ofullständigt och felaktigt. I sin dom fann den nationella domstolen i första instans att de unionsrättsliga bestämmelserna om civilrättsligt ansvar för de uppgifter som lämnas i ett prospekt, vilka återfinns i prospektdirektivet,[15] kunde anses ha företräde framför de principer som reglerar resolution av kreditinstitut, vilka införts genom krishanteringsdirektivet.[16] Nämnda domstol ogiltigförklarade därför avtalet om tecknande av aktier och förordnade att det investerade beloppet jämte ränta skulle återbetalas till kärandena.[17]

42. EU-domstolen godtog inte denna tolkning. I sitt förhandsavgörande, som hade begärts av den domstol till vilken denna dom hade överklagats, slog EU-domstolen fast att krishanteringsdirektivet tillåter att rättigheter som grundar sig på andra unionsrättsliga instrument inskränks. EU-domstolen förklarade att denna ordnings undantagskaraktär ”innebär att andra unionsrättsliga bestämmelser inte får tillämpas när dessa kan medföra att resolutionsförfarandet förlorar sin ändamålsenliga verkan eller hindras från att genomföras”.[18]

43. För att säkerställa att det resolutionsförfarande som föreskrivs i krishanteringsdirektivet får full verkan är aktieägare vars aktier dragits in till följd av resolutionsbeslutet därför förhindrade att väcka talan om ogiltigförklaring eller skadestånd *efter* det att resolutionsbeslutet har fattats.

44. I domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) utvidgade EU-domstolen ovanstående resonemang till att avse rättsliga förfaranden som inletts av innehavare av obligationer som konverterats till aktier före resolutionen och därefter dragits in[19] samt av innehavare av obligationer som konverterats till aktier under resolutionen, men som överförts till Banco Santander utan att dessa klagande erhållit någon ersättning.[20] Liksom i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) väckte borgenärerna i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) talan om ogiltigförklaring och skadestånd efter resolutionen och gjorde gällande att den ursprungliga emissionen av dessa finansiella instrument, som därefter konverterades till aktier, var rättsstridig.[21] Även i dessa mål fann EU-domstolen att en skadeståndstalan eller en talan om ogiltigförklaring av de ursprungliga obligationerna inte kunde väckas *efter* det att resolutionsbeslutet hade antagits.[22]

45. Situationen i förevarande mål är likartad. Den ligger närmast situationen i målen C-775/22 och C-779/22, de två första av de tre förenade målen i Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), eftersom de obligationer som förvärvades, vilket förvärv har ifrågasatts som rättsstridigt av D.E., konverterades till aktier före resolutionen av Banco Popular. Det finns

15 Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/71/EG av den 4 november 2003 om de prospekt som skall offentliggöras när värdepapper erbjuds till allmänheten eller tas upp till handel och om ändring av direktiv 2001/34/EG (EUT L 345, 2003, s. 64).

16 Se domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkt 23.

17 Se domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkt 22.

18 Se domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkt 37.

19 Såsom var fallet i målen C-775/22 och C-779/22.

20 Såsom var fallet i mål C-794/22.

21 Se domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkterna 29 och 37.

22 Se domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkterna 61 och 70.

emellertid en viktig skillnad mellan dessa båda mål och förevarande mål som ligger i att klagandena i förstnämnda mål väckte talan vid domstol först *efter* resolutionen av Banco Popular, medan D.E. väckte talan omkring åtta månader *innan* resolutionsbeslutet fattades.

46. Det är därför nödvändigt att först förstå skälen till att EU-domstolen kom fram till att krishanteringsdirektivet utgör hinder för att talan om ogiltigförklaring eller skadestånd väcks efter det att ett resolutionsbeslut har fattats. Först därefter kan man ställa sig frågan om samma resonemang även är tillämpligt när en sådan talan väcks före tidpunkten för resolutionsbeslutet.

47. I sina domar i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) preciserade EU-domstolen att undantaget, som innebär att andra bestämmelser i unionsrätten som tilldelar enskilda rättigheter inte får tillämpas, motiveras av det ”övervägande allmänintresset” att ”bevara den finansiella stabiliteten i medlemsstaterna” i ett exceptionellt och brådskande ekonomiskt sammanhang. [23]

48. EU-domstolen konstaterade att om dessa andra unionsrättsliga bestämmelser, såsom prospektdirektivet, skulle tillämpas, skulle det kunna ”medföra att ett resolutionsförfarande förlorar sin ändamålsenliga verkan eller att genomförandet av ett resolutionsförfarande hindras”. [24]

49. Detta beror på att såväl en ogiltighetstalan som en skadeståndstalan, om de bifölls, skulle medföra krav på att banken under resolution, eller dess efterträdare, skulle återbetala hela det belopp som investerats i samband med tecknandet av aktier (eller obligationer som konverterats till aktier) som dock skrivits ned till följd av detta resolutionsbeslut. Sådana åtgärder skulle, enligt EU-domstolen, äventyra hela den värdering som ligger till grund för resolutionsbeslutet. [25]

50. Under värderingen är de skyldigheter att återbetala beloppet eller betala skadestånd som kan komma att fastställas i domstol endast ”eventuella” skulder för banken under resolution, eftersom de för sin existens är beroende av utgången av pågående rättsliga förfaranden. Om dessa domstolsförfaranden ännu inte skulle ha inletts vid tidpunkten för den värdering som ligger till grund för resolutionsbeslutet, skulle resolutionsmyndigheten dessutom inte vara medveten om dessa ”eventuella” skulders existens.

51. Följaktligen ansåg EU-domstolen att ”eventuella” skulder, som är föremål för rättsliga åtgärder som inleds *efter* det att resolutionsbeslutet har fattats, ska förstås som att de ”inte har uppstått” och därför i alla hänseenden betraktas som infriade i enlighet med artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet och underförstått enligt artikel 60.2 första stycket i nämnda direktiv. [26]

52. Detta beror på att om en sådan talan skulle vinna framgång så skapar den skulder som inte redovisades när resolutionsbeslutet fattades, och minskar därmed retroaktivt beloppet för de kapitalinstrument som är föremål för skuldnedskrivning. [27]

[23] Se, i detta hänseende, domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkt 37, som upprepas i domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 56.

[24] Se domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkterna 37 och 40, och domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 56.

[25] Se domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkt 43. Se även domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 73.

[26] Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular), punkterna 41 och 42.

[27] Se, för ett liknande resonemang, domen i Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 53.

53. Med andra ord slog EU-domstolen fast att sådana rättigheter som följer av framgångsrika rättsliga åtgärder som inletts *efter* det att det ifrågavarande resolutionsbeslutet antogs inte kan anses ingå i begreppet ”skyldigheter eller fordringar som har uppstått”, i den mening som avses i artikel 53.3 i krishanteringsdirektivet. [28]

54. I målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) ombads EU-domstolen emellertid inte att avgöra huruvida samma logik även utgör hinder för en talan om ogiltigförklaring och skadestånd, när talan väcks *före* tidpunkten för resolutionsbeslutet.

55. Skulderna är även i ett sådant scenario endast ”eventuella” skulder för banken under resolution, eftersom det inte är säkert att de existerar förrän målet är avgjort. I detta scenario är målet emellertid redan anhängigt vid domstol vid den tidpunkt då skulderna för banken under resolution värderas.

56. Det är således en öppen fråga huruvida ”eventuella” skulder som villkoras av utgången av rättsliga förfaranden som inletts *före* ett resolutionsbeslut, men som ännu inte har avgjorts när det resolutionsbeslutet fattas, ska anses vara ”upplupna” i den mening som avses i krishanteringsdirektivet.

57. Även om resonemanget bakom domarna i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) i stor utsträckning är tillämpligt även på en situation såsom den som är omtvistad i förevarande mål, finns det enligt min mening ytterligare omständigheter som motiverar en annan bedömning. Det är dessa omständigheter som jag nu kommer att gå in på.

D. Ska ”eventuella” skulder som är föremål för domstolsförfaranden som inletts före resolutionsbeslutet anses ”upplupna” eller ”icke upplupna”?

1. Syftet med krishanteringsdirektivet – kan fordringar som framställts i pågående domstolsförfaranden undergräva resolutionsbeslutet?

58. Som jag har förklarat grundar sig domarna i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II) på övervägandet att syftet med krishanteringsdirektivet – som är att säkerställa stabiliteten i det finansiella systemet – skulle kunna äventyras om den värdering av en banks tillgångar som ligger till grund för resolutionsbeslutet senare kunde ändras genom en talan vid domstol som väcks efter det att resolutionsbeslutet har fattats.

59. Enligt min mening kan samma logik inte utsträckas till ”eventuella” skulder, det vill säga sådana skulder som kan uppstå om rättsliga åtgärder som inleddes innan resolutionsbeslutet fattades är framgångsrika.

[28] Se domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkterna 49 och 50.

60. När det gäller värderingen av tillgångarna i en bank under resolution finns det en viktig skillnad mellan rättsliga åtgärder som inleds före värderingen och sådana som inleds därefter. De förstnämnda är, eller har åtminstone potential att vara, kända för värderaren och följaktligen för resolutionsmyndigheterna. Däremot kan värderaren eller den behöriga myndigheten inte förutse de sistnämnda.

61. Skulle det med hänsyn till denna skillnad äventyra resolutionsförfarandet och medföra att resolutionsbeslutet förlorade sin ändamålsenliga verkan om en skuld som gjorts gällande i förstnämnda slag av förfarande betraktades som en ”upplupen” skuld?

62. Kommissionen har hävdat att om värderingsprinciperna respekteras, så äventyras inte resolutionsförfarandets ändamålsenliga verkan av att skulder som gjorts gällande i tidigare inledda förfaranden behandlas som upplupna skulder.

63. Banco Santander har tvärtom gjort gällande att en sådan behandling av eventuella, men osäkra, skulder skulle kunna avskräcka från förvärv av en bank under resolution och därmed väcka tvivel om den ändamålsenliga verkan av verktyget för försäljning av verksamhet när det kombineras med skuldnedskrivning, vilket var fallet vid resolutionen av Banco Popular.

64. Enligt artikel 36.1 i krishanteringsdirektivet ska alla resolutionsåtgärder grundas på ”en rättvis, väl avvägd och realistisk värdering av tillgångarna och skulderna” i enheten under resolution. [29]

65. Med andra ord måste värderingen ge en realistisk bild av i vilken utsträckning en ”eventuell skuld” kan utgöra en förlust avseende tillgångarna i banken under resolution.

66. Medan ”eventuella” skulder som har sin grund i rättsliga förfaranden som ännu inte har inletts vid tidpunkten för resolutionsbeslutet inte kan beaktas vid värderingen av en enhet under resolution, går det inte att säga detsamma om ”eventuella” skulder som är föremål för förfaranden som pågår vid den tidpunkten.

67. I den mån dessa ”eventuella” skulder, som är avhängiga utgången av *pågående* rättsliga förfaranden, kan redovisas vid tidpunkten för resolutionen, kan de följaktligen inte äventyra resolutionsprocessen.

68. Det är riktigt att det inte anges i krishanteringsdirektivet hur de skulder som avses i artikel 36 i krishanteringsdirektivet ska fastställas. [30]

[29] I artikel 36.3 och 36.4 i krishanteringsdirektivet förklaras vidare att ”[v]ärderingens syfte ska vara att bedöma värdet av tillgångarna och skulderna” i det berörda institutet i syfte att ”i samtliga fall säkerställa att eventuella förluster avseende tillgångarna i institutet eller … [enheten] … till fullo redovisas vid den tidpunkt då resolutionsverktygen används eller befogenheten att skriva ned eller konvertera relevanta kapitalinstrument utövas”. Dessutom ska värderingen enligt artikel 36.5 och 36.6 i krishanteringsdirektivet ”grundas på försiktiga antaganden, inbegripet vad gäller andelen uteblivna betalningar och förlusternas storlek” och ”kompletteras med … [e]n uppdaterad balansräkning” och ”[e]n förteckning över de utestående skulder i och utanför balansräkningen som framgår av räkenskaperna” för det berörda institutet eller organet.

[30] Det bör dock noteras att Gemensamma resolutionsnämnden år 2019 offentliggjorde en värderingsram för att fastställa principerna och metodiken för värderingsrapporter för resolutionsbeslut, där det föreskrivs att värderaren ska beakta ”eventualförpliktelser relaterade till rättstvister”, se Gemensamma resolutionsnämnden (SRB), Framework for Valuation, februari 2019, s. 22, tillgänglig på engelska på följande adress: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019–02–01%20Framework%20for%20Valuation.pdf.

69. Det framgår emellertid av den första värderingsrapporten i samband med resolutionen av Banco Popular av den 5 juni 2017 att denna rapport hade ”utarbetats med beaktande av … värderingsmetodikskriterierna i kapitel II” [31] i Europeiska bankmyndighetens tillämpliga tekniska tillsynsstandarder. [32] I dessa standarder föreskrivs i relevanta delar följande: ”Värderaren ska lägga särskilt fokus på … rättstvister och tillsynsåtgärder, vars förväntade kassaflöden kan vara föremål för olika grad av osäkerhet såvitt avser belopp och/eller tidpunkt”. [33]

70. Det framgår även av den andra värderingsrapporten av den 6 juni 2017, som Banco Santander hänvisade till i sitt yttrande, att uppskattningar av förlusten av verkligt värde i samband med tvister rörande ”krav avseende vilseledande metoder vid försäljning av konvertibla skuldebrev” beaktades vid värderingen av Banco Popular i dess redovisning. [34] Såsom anges i dokumentet med förtydliganden till den tredje värderingsrapporten omfattar dessa, med ett lågt och ett högt scenario, fordringar som har sin grund i de efterställda obligationerna II/2012, som är just de finansiella instrument som är omtvistade i förevarande mål. [35]

71. Banco Santander har anfört att det, med tanke på den extrema brådska som en resolution vanligtvis innebär, kan förekomma att en värdering sker på grundval av en rapport som inte beaktar alla pågående domstolsförfaranden.

72. Det är nämligen visserligen möjligt att vissa pågående rättstvister inte redovisas, men en sådan grad av osäkerhet är självfallen vid varje ”inventering” och kan därför sägas utgöra en del av den allmänna risk som den förvärvande enheten löper.

73. Såsom den spanska regeringen har påpekat återspeglas dessutom de eventuella skulder som uppstår till följd av rättsliga förfaranden av det slag som är omtvistat i förevarande mål, åtminstone i viss utsträckning, i en börsnoterad banks årsredovisning. I detta hänseende konstaterar jag att det framgår av punkterna 3 och 5 i resolutionsbeslutet att Banco Popular var moderbolag i Banco Popular-koncernen och noterat på den spanska börsen – det vill säga en reglerad marknad i den mening som avses i artikel 4.14 i MiFID I-direktivet. Enligt förordningen om internationella redovisningsstandarder ska företag som är noterade på sådana marknader upprätta sin koncernredovisning i enlighet med vissa internationella

[31] Se Gemensamma resolutionsnämnden, ”Valuation report for the purposes of Article 20(5)(a) of Regulation (EU) No 806/2014 informing the determination of whether the conditions for resolution or the conditions for the write down or conversion of capital instruments are met”, den 5 juni 2017, s. 1 (nedan kallad den första värderingsrapporten), tillgänglig på engelska på följande adress: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[32] Europeiska bankmyndigheten (EBA), ”Regulatory technical standards on valuation for the purposes of resolution and on valuation to determine difference in treatment following resolution under Directive 2014/59/EU on recovery and resolution of credit institutions and investment firms” (EBA/RTS/2017/05 och EBA/RTS/2017/06) (nedan kallade EBA:s tekniska standarder), av den 23 maj 2017, tillgängliga på engelska på följande adress: 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] Se artikel 8 i EBA:s tekniska standarder.

[34] Se punkt 2.4 i ”Hippocrates provisional report – Sale of business scenario”, av den 6 juni 2017, tillgänglig på engelska på följande adress: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023–08–25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (där Deloitte framhåller att ”[v]i har godtagit uppskattningen av förlusten av verkligt värde som rimlig, men justerat upp populationen av berörda kunder, med ett lågt och ett högt scenario”. Den första värderingsrapporten av den 5 juni 2017 innehåller inte några uppgifter om uppskattningar av förlust av verkligt värde till följd av rättstvister, se https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[35] Se punkt 5.11.2 i Deloittes ”Clarification document of valuation of difference in treatment, Banco Popular Español”), tillgänglig på engelska på följande adress: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf.

redovisningsstandarder [36] vilka kommissionen införlivar med unionsrätten. [37] Bland de många [38] standarder som kommissionen hade införlivat med unionsrätten vid den tidpunkt då resolutionsbeslutet i förevarande mål fattades fanns särskilda krav på att redovisningen skulle återspegla den osäkerhet som bland annat kan uppstå till följd av eventuella kostnader ”för pågående rättstvister”. [39]

74. Följaktligen anser jag att det varken är övertygande eller korrekt att hävda att pågående rättstvister, inklusive sådana som rör vilseledande försäljning av kapitalinstrument, inte skulle återspeglas i värderingen av en bank i resolutionssyfte. Detta gäller särskilt om värderingen görs i enlighet med principerna om en ”rättvis, väl avvägd och realistisk värdering”, i den mening som avses i artikel 36 i krishanteringsdirektivet. [40]

75. Till skillnad från rättsliga åtgärder som inleds först efter det att resolutionsbeslutet har fattats kan rättsliga åtgärder som inleds före denna tidpunkt därför inte äventyra den värdering som ligger till grund för resolutionsbeslutet.

76. Syftet med krishanteringsdirektivet kräver således inte att sådana fordringar undantas från begreppen skulder ”som har uppstått” eller ”upplupna” skulder, i den mening som avses i artikel 53.5 och artikel 60.2 i krishanteringsdirektivet.

2. Avvägningen mellan syftet med resolutionsförfarandet och rätten till ett effektivt domstolsskydd

77. Med tanke på brådskan med resolutionen och osäkerheten kring huruvida värderingen under sådana förhållanden kan lyckas redovisa alla ”eventuella” skulder, kan man tycka att det vore en mycket enklare lösning att anse att fordringar som grundar sig på rättsliga förfaranden som pågår vid tidpunkten för ett resolutionsbeslut bör betraktas som ”icke upplupna” och därför ska infrias genom skuldnedskrivning. Det kan till och med vara så att potentiella förvärvare av en fallerande bank skulle vara mer benägna att gå med på ett övertagande om de tillgångar som de förvärvade var är fria från *alla* ”eventuella” skulder, inbegripet sådana som villkorades av pågående rättsliga förfaranden. På så sätt skulle syftet att säkerställa ett effektivt resolutionsförfarande bättre kunna tillgodoses.

[36] Se artikel 4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1606/2002 av den 19 juli 2002 om tillämpning av internationella redovisningsstandarder (EGT L 243, 2002, s. 1) (nedan kallad förordningen om internationella redovisningsstandarder). Såsom framgår av artikel 2 i denna förordning avses med ”internationella redovisningsstandarder” IAS-standarder (International Accounting Standards) och IFRS-standarder (International Financial Reporting Standards) med tillhörande tolkningar (SIC/IFRIC-tolkningar), efterföljande ändringar av dessa standarder och tillhörande tolkningar, framtida standarder och tillhörande tolkningar som utfärdats eller antagits av International Accounting Standards Board (IASB).

[37] Se artikel 3.1 och 3.4 i förordningen om internationella redovisningsstandarder.

[38] Genom kommissionens förordning (EG) nr 1126/2008 av den 3 november 2008 om antagande av vissa internationella redovisningsstandarder i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1606/2002 (EUT L 320, 2008, s. 1) (nedan kallad förordning (EG) nr 1126/2008) antog kommissionen ”alla standarder som utarbetats av *International Accounting Standards Board* (IASB) samt alla tolkningar som utarbetats av *International Financial Reporting Interpretations Committee* (IFRIC) och antagits inom gemenskapen i sin helhet till den 15 oktober 2008, med undantag för IAS 39 (avseende redovisning och värdering av finansiella instrument), av vilken begränsade delar undantagits” (se skäl 2 och artikel 2 i denna förordning).

[39] Se punkt 117 i Internationell redovisningsstandard 1 i bilagan till förordning (EG) nr 1126/2008, där det i den version som var tillämplig vid tidpunkten för resolutionsbeslutet i relevanta delar anges att ”vissa tillgångar och skulders redovisade värde kräver uppskattning av effekterna av osäkra framtida händelser på dessa tillgångar och skulder vid rapportperiodens slut … [e]xempelvis … avsättningar som beror på det framtida utfallet av pågående rättstvister … Dessa uppskattningar innefattar antaganden om sådana poster som riskjusteringen av kassaflöden eller diskonteringssatser”. Se även punkt 34 i Internationell redovisningsstandard 11 i samma bilaga, som avser kontraktskostnader som ska tas upp som kostnader, vilka innefattar ”utfallet av pågående rättstvister” och vilka, enligt punkterna 36 och följande punkter i Internationell redovisningsstandard 37, kräver avsättning med det belopp som är den bästa uppskattningen av det som krävs för att reglera den uppskattade förpliktelsen.

[40] Såsom jag förklarat i fotnot 34 i detta förslag till avgörande, justerade Deloitte i Banco Populars fall faktiskt upp antalet kunder som berördes av förfaranden av samma slag som förevarande mål och försökte således återspegla en mer noggrann uppskattning av förlusten av verkligt värde.

78. Man får dock inte glömma att en sådan lösning även skulle innebära att de rättigheter som rättssubjekt har enligt unionsrätten, såsom prospektdirektivet och MiFID I-direktivet, skulle betraktas som infriade.

79. Sådana rättigheter skyddas av rätten till ett effektivt domstolsskydd, en allmän princip i unionsrätten som i dag kommer till uttryck i artikel 47 första stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Denna grundläggande rättighet innebär att var och en som hävdar att deras unionsrättsligt garanterade rättigheter har åsidosatts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol.

80. Genom att förespråka att skulder som är föremål för pågående rättsliga förfaranden ska behandlas som om de ”inte har uppstått”, i den mening som avses i krishanteringsdirektivet, ger Banco Santander och den spanska, den italienska och den portugisiska regeringen i själva verket uttryck för åsikten att det ingrepp i rätten till ett effektivt rättsmedel som detta medför är berättigat.

81. I de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), i vilka klagandena bland annat åberopade sin rätt till ett effektivt domstolsskydd, erinrade EU-domstolen om att denna rättighet inte är absolut och att dess utövande kan bli föremål för begränsningar som motiveras av mål av allmänintresse, såsom att säkerställa stabiliteten i det finansiella systemet. [41]

82. Utan att gå in på detaljer ansåg EU-domstolen i sin avvägning att allmänintresset av stabilitet i det finansiella systemet skulle ges företräde framför ett effektivt skydd för investerarnas unionsrättsligt grundade rättigheter. EU-domstolen hänvisade till sin tidigare praxis, i vilken den slagit fast att ”även om det finns ett klart allmänintresse av att i hela unionen säkerställa ett starkt och konsekvent skydd för investerare, kan det intresset inte i alla situationer äga företräde framför allmänintresset att säkerställa stabiliteten i det finansiella systemet”. [42]

83. I ovannämnda punkt var EU-domstolen emellertid noga med att påpeka att investerarnas intresse inte ”*i alla situationer*” kunde äga företräde framför allmänintresset av stabilitet i det finansiella systemet.

84. Detta mål avseende finansiell stabilitet undermineras inte på samma sätt genom att skulder som är föremål för pågående rättstvister behandlas som ”upplupna” skulder som om det skulle ha varit tillåtet att väcka talan efter det att resolutionsbeslutet hade fattats. Detta beror på att pågående rättstvister kan beaktas i den värdering som ligger till grund för ett resolutionsbeslut. Ur den synvinkeln skiljer sig situationen i förevarande mål avsevärt från de omständigheter som förelåg i EU-domstolens domar i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) och i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II).

85. Medan investerarna i de sistnämnda två målen ännu inte hade utövat sin rätt till domstolsprövning för att försvara sina unionsrättsligt grundade rättigheter när resolutionsbeslutet inkräktade på dessa rättigheter, har D.E. under de omständigheter som föreligger i förevarande mål otvetydigt tagit reda på sina rättigheter och skyldigheter och vidtagit åtgärder för att skydda dem innan resolutionsbeslutet ändrade situationen för honom.

[41] Domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 80.

[42] Domen i de förenade målen Banco Santander (Bankresolution Banco Popular II), punkt 81.

86. Om resolutionsbeslutet i sig tilläts avbryta pågående rättsliga förfaranden skulle det utgöra ett betydande ingrepp i rätten till ett effektivt rättsmedel. [43]

87. Jag anser således att omständigheterna i förevarande mål kräver att EU-domstolen å ena sidan fäster större vikt vid investerarnas rätt att effektivt skydda sina unionsrättsligt grundade rättigheter i rättsliga förfaranden som inletts före resolutionsbeslutet och å andra sidan lägger mindre vikt vid målet om finansiell stabilitet, eftersom sistnämnda mål kan uppnås även om rätten till ett effektivt domstolsskydd ges företräde.

88. Genom att inleda ett förfarande för att skydda sina rättigheter enligt unionsrätten cirka åtta månader före resolutionsbeslutet, och därför rimligen helt oberoende av detta efterföljande förfarande, placerade sig D.E. i en annan position än andra innehavare av de efterställda obligationerna II/2012. [44]

89. Maximen *iura vigilantibus* (ungefär ”rättigheter är för den vaksamme och stridsvillige”), som respekteras om de pågående förfarandena ges den tyngd de förtjänar vid avvägningen, är ytterligare ett argument för ovannämnda slutsats att det skulle utgöra en omotiverad inskränkning av rätten till ett effektivt rättsmedel om EU-domstolen skulle tolka krishanteringsdirektivet så, att det var tillåtet att retroaktivt sätta gränser för rättsliga förfaranden som inletts före den tidpunkt då resolutionsbeslutet fattades och som fortfarande pågår vid den tidpunkten.

90. En sådan lösning skulle dessutom stärka förtroendet för rättsväsendet, vilket en motsatt slutsats skulle kunna undergräva.

91. Sammanfattningsvis kan en begränsning av rätten till ett effektivt domstolsskydd för investerare enligt unionsrätten inte motiveras av målet att upprätthålla den finansiella stabiliteten i en situation där rättsliga förfaranden som syftar till att skydda en rättighet som grundar sig på unionsrätten inleds före och oberoende av resolutionsbeslutet.

3. Övriga frågor

a) Vem ska bära kostnaderna för ett åsidosättande av unionsrättsligt grundade rättigheter som tillkommer borgenärer i banken under resolution?

92. Ytterligare några argument som framförts av Banco Santander förtjänar att övervägas.

93. Detta institut har gjort gällande att skulder som är föremål för ett pågående domstolsförfarande ska behandlas som ”icke upplupna” skulder, eftersom dessa ”eventuella” skulder annars skulle överföras till motparten, i egenskap av efterträdande bank, trots att denna bank inte hade något att göra med det agerande från Banco Populars sida som ligger till grund för det pågående målet.

[43] Se, analogt, dom av den 29 april 2021, Banco de Portugal m.fl. (C-504/19, EU:C:2021:335, punkt 63).

[44] Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokat Richard de la Tour i målet Banco Santander (Bankresolution Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976, punkt 65) (där generaladvokaten, med avseende på ett påstående om åsidosättande av likabehandlingsprincipen, förklarade att ”aktieägare som har förvärvat sina värdepapper på grundval av ett felaktigt eller oriktigt prospekt och som erhållit en fällande dom före resolutionsbeslutet objektivt sett inte befinner sig i samma situation som om de väcker talan först efter detta beslut”).

94. Under de omständigheter som föreligger i förevarande mål har D.E. gjort gällande att en tvingande bestämmelse i MiFID I-direktivet, som syftar till att skydda köpare av finansiella instrument från olämpliga köp, har åsidosatts. Dessa regler innefattar den ”bedömning av ändamålsenligheten” som föreskrivs i artikel 19.5 i MiFID I-direktivet, enligt vilket finansinstitut i regel [45] ska begära att kunden lämnar upplysningar om sin kunskap och erfarenhet så att institutet kan bedöma om kunden kan förstå de risker som är förknippade med en investeringstjänst eller en investeringstransaktion, innan denna transaktion äger rum, och vid behov varna kunden. [46]

95. Ett åsidosättande av dessa regler kan leda till att det avtal genom vilket det relevanta finansiella instrumentet förvärvades blir ogiltigt och att köparen ges rätt till återbetalning av köpeskillingen, jämte ränta, eller skadestånd.

96. Banco Santander anser att D.E.:s fordran, med tanke på att denne vid tidpunkten för resolutionen var aktieägare i Banco Popular, i enlighet med principen att aktieägarna ska bära de första förlusterna [47] ska behandlas som icke upplupen och därför infrias innan eventuella ”upplupna” skulder överförs till den efterträdande enheten.

97. Enligt min mening hindrar D.E.:s fordran på återbetalning eller skadestånd, vilken skulle bekräftas för det fall att hans talan bifölls, inte att de aktier som han ägde före den nationella domstolens avgörande dras in i samband med resolutionsförfarandet eller att hans obligationer konverteras till aktier och dras in eller överförs utan ersättning. Om D.E. skulle vinna det pågående domstolsförfarandet skulle han placeras i en annan kategori av borgenärer. Hans fordran skulle inte ha sin grund i hans ställning som investerare i obligationer, utan snarare i de vilseledande metoder som användes vid försäljningen av de obligationer som han skulle upphöra att vara ägare till. Banco Santanders skyldighet att betala detta krav skulle ha uppstått och förfallit till betalning innan resolutionsbeslutet fattades, precis som alla andra ”upplupna” skulder.

98. Banco Santander anser emellertid att en sådan fordran ändå bör behandlas som om den inte hade uppstått vid tidpunkten för resolutionen. D.E.:s förlust till följd av beslutet om skuldnedskrivning borde därför kategoriseras som det slag av förlust som varje annan borgenär med en fordran som är utestående vid tidpunkten för resolutionen har, det vill säga det slag av fordran som infrias genom skuldnedskrivningen. Sådana borgenärer har rättigheter enligt principen om ”inte sämre villkor för borgenär [än vid normala insolvensförfaranden]”. [48] Denna princip innebär att en borgenär som, efter en värdering och jämförelse mellan två förfaranden (resolution och normalt insolvensförfarande), befinns ha rätt till betalning av hela eller delar av sin fordran med stöd av artikel 75 i krishanteringsdirektivet kan kräva att få mellanskillnaden betald ur ett finansieringsarrangemang för resolution. [49] Denna skuld bör därför enligt Banco Santanders förmenande delas och inte drabba efterträdaren till den bank som är under

[45] Se dom av den 30 maj 2013, Genil 48 och Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punkt 31). Se även punkterna 39 och 47 i den domen, där det framhålls att ett av målen med artikel 19 i MiFID I-direktivet är att säkerställa investerarskyddet.

[46] Se artikel 19.5 i MiFID I-direktivet, jämförd med skälen 58–60 och artiklarna 36 och 37 i genomförandedirektivet till MiFID I-direktivet. I artikel 36 andra stycket i genomförandedirektivet till MiFID I-direktivet betonas emellertid att ”ett värdepappersföretag [ska] vara berättigat att anta att en professionell kund har nödvändig erfarenhet och kunskap för att förstå riskerna i samband med de särskilda investeringstjänsterna eller transaktionerna eller typerna av transaktioner eller produkter för vilka kunden är klassificerad som professionell kund”.

[47] Se artikel 34.1 a i krishanteringsdirektivet.

[48] När denna princip tillämpas i samband med skuldnedskrivningsverktyget, kräver den, enligt artikel 73 b i krishanteringsdirektivet, att ”de aktieägare och borgenärer vars fordringar har skrivits ned eller konverterats till aktier inte drabbas av större förluster än om institutet under resolution hade avvecklats under normala insolvensförfaranden”.

[49] Ett finansieringsarrangemang för resolution är ett arrangemang som medlemsstaterna måste upprätta på grundval av artikel 100 i krishanteringsdirektivet och som möjliggör riskdelning av sådana slags finansiella bördor som anges i artikel 101 i nämnda direktiv.

resolution. Det är emellertid uppenbart att en sådan lösning inte skulle göra det möjligt för D.E. att få tillbaka hela det belopp som han har att fordra, trots att en dom till hans fördel skulle han ge honom rätt till detta belopp.

99. Om denna ”eventuella” skuld överförs till den efterträdande banken, Banco Santander i förevarande situationen, skulle emellertid hela D.E.:s fordran kvarstå, förutsatt att han vinner målet. Denna lösning skulle vara förenlig med den föreslagna avvägningen mellan olika utfall när en borgenär har väckt talan för att skydda sina unionsrättsligt grundade rättigheter innan ett resolutionsbeslut fattas.

100. Jag ser inget problem med att Banco Santander tar över en sådan ”eventuell” skuld inom ramen för arrangemanget för försäljning av verksamheten, med tanke på att dessa skulders inverkan på värdet av Banco Populars tillgångar beaktades i värderingsbeslutet. Den omständigheten att Banco Santander inte kan hållas ansvarig för alla överträdelser av unionsrätten som Banco Popular gjort sig skyldig till före resolutionen har ingen bäring på den omständigheten att Banco Santander, som en del av resolutionsarrangemanget, påtog sig en viss affärsrisk knuten till Banco Popular.

101. Med detta sagt finns det inget som hindrar att resolutionsmyndigheterna i resolutionsbeslutet tänker sig att sådana ”eventuella” skulder, även om de är ”upplupna”, *inte* ska överföras till den efterträdande banken, utan att sådana skulder, om de materialiseras, i stället ska fördelas, antingen genom ett finansieringsarrangemang för resolution eller genom den gemensamma resolutionsfonden. [50]

102. Detta är dock en fråga om skönsmässig bedömning, som återspeglas i de val som görs i varje resolutionsförfarande och i förhandlingarna mellan resolutionsmyndigheterna och den förvärvande enheten. I avsaknad av sådana arrangemang kan Banco Santander inte, efter det att dessa förhandlingar har avslutats med hjälp av verktyget för försäljning av affärsverksamhet, göra gällande att detta institut inte ska hållas ansvarigt för den skuld som överförts till den i enlighet med resolutionsramen.

103. Banco Santanders argument att den efterträdande banken inte bör ådra sig ansvar för fordringar till följd av rättsliga förfaranden mot en fallerande bank, trots att den som förvärvare kände till eller borde ha känt till sådana ”eventuella” skulder innan den erbjöd sig att förvärva nämnda bank, påverkar med andra ord inte mitt förslag att skulder som är föremål för pågående rättsliga förfaranden ska behandlas som ”upplupna” skulder.

b) Eventuellt rättegångsmissbruk

104. Banco Santander har vidare hävdat att en tolkning som innebär att ”eventuella” fordringar, som villkoras av utfallet av pågående rättsliga förfaranden, ska betraktas som ”upplupna” skulder i samband med framtida resolutioner skulle leda till att aktieägare och borgenärer kunde kringgå effekterna av skuldnedskrivningsverktyget genom att väcka talan innan ett resolutionsbeslut antas. Om sådana metoder tilläts skulle de begränsa resolutionsmyndigheternas befogenheter att skriva ned eller minska aktiekapitalet och utestående förfallna belopp när de använder skuldnedskrivningsverktyget.

[50] Se, i detta hänseende, artikel 76.1 och 76.2 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

105. Det är förvisso möjligt att borgenärer som i förväg får kännedom om möjligheten till ett resolutionsbeslut skulle kunna försöka säkra sina investeringar genom att inleda domstolsförfaranden, vilket, om dessa investeringar tolkades som ”upplupna” skulder enligt krishanteringsdirektivet, skulle förhindra att deras investeringar skrevs ned vid tillämpningen av skuldnedskrivningsverktyget.

106. Även om detta slag av rättstvister naturligtvis inte kan uteslutas, måste det dock beaktas att rättsliga förfaranden är förenade med kostnader, vilka inte skulle täckas om talan inte hade någon chans att vinna framgång. Dessutom är det meningen att ett beslut om resolution ska fattas skyndsamt och i hemlighet. Därför är det osannolikt att investerare, även om de misstänker att det kan bli fråga om en resolution, känner till dess villkor.

107. Icke desto mindre kan det finnas skäl att som ”upplupna” endast betrakta sådana fordringar som villkoras av rättsliga åtgärder som inletts fram till en viss tidpunkt före resolutionsbeslutet, såsom exempelvis det datum som ligger till grund för värderingen av en fallerande bank, på grundval av vilket resolutionsbeslutet fattas.

108. I detta avseende har Banco Santander förklarat att Deloitte i sin värdering beaktade den situation som förelåg den 31 mars 2017, medan resolutionsbeslutet antogs den 7 juni 2017. Det skulle således vara möjligt att likställa rättsliga åtgärder som inletts efter den 31 mars 2017 med rättsliga åtgärder som inleddes efter det att resolutionsbeslutet hade fattats, och därför anse att skulden ”inte hade uppstått” vid den tidpunkten.

109. Även om denna argumentation förtjänar att övervägas påverkar den inte D.E.:s position under de omständigheter som föreligger i förevarande mål, nämligen att hans talan väcktes omkring åtta månader innan resolutionsbeslutet fattades.

110. Därför kan Banco Santanders argument att en tolkning av EU-domstolen som innebär att skulder som är föremål för rättsliga förfaranden som inletts före resolutionsbeslutet ska betraktas som ”upplupna” skulder skulle kunna missbrukas inte godtas som tillräckligt betydelsefullt för att väga tyngre än andra argument till förmån för en sådan tolkning.

IV. Förslag till avgörande

111. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att EU-domstolen ska besvara Tribunal Supremos (Högsta domstolen, Spanien) tolkningsfrågor på följande sätt:

Artikel 53.1 och 53.3 samt artikel 60.2 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012, jämförda med artikel 47 första stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så,

att en fordran eller rättighet som har sin grund i ett rättsligt förfarande som inletts vid de behöriga domstolarna i en medlemsstat mot ett finansinstitut eller en finansiell enhet före den tidpunkt då detta institut eller denna enhet blir föremål för ett resolutionsbeslut, men som fortfarande pågår vid den tidpunkten, ska anses utgöra en ”upplupen” skuld.