Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
av den 8 juli 2021 [1]

Mål C-874/19 P

Aeris Invest Sàrl
mot
Gemensamma resolutionsnämnden (SRB)
och
Mål C-934/19 P
Algebris (UK) Ltd,
Anchorage Capital Group LLC
mot

Gemensamma resolutionsnämnden (SRB)

”Överklagande – Bankunionen – Den gemensamma resolutionsmekanismen för kreditinstitut och vissa värdepappersföretag – Resolution av Banco Popular Español – Förordning (EU) nr 806/2014 – Antagande av en resolutionsordning – Verktyget för försäljning av affärsverksamhet – Artikel 20 – Värdering i resolutionssyfte – Nedskrivning och konvertering av relevanta kapitalinstrument – Preliminär värdering – Begrepp – Kravet på definitiv efterhandsvärdering – Skydd av aktieägare och borgenärer – Korrigering enligt artikel 20.12 i förordning nr 806/2014 – Principen om ’inte sämre villkor för borgenärer’ – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 17 – Skydd av egendom”

I. Inledning

1. Tiden spelar en central roll vid resolutionen av en bank. För att inte göra vare sig finansmarknaderna eller insättarna osäkra och för att undvika så kallade bankrusningar måste resolutionsmyndigheterna ha befogenhet att inom några få dagar besluta om och genomföra resolutionen av en bank. Ett sådant beslut har avsevärd räckvidd, eftersom det inte endast innebär eventuella långtgående ingrepp i aktieägares och borgenärers befintliga egendom, utan också ställer dem inför fullbordat faktum.

2. För den berörda bankens aktieägare och borgenärer spelar således den föregående värderingen av tillgångar och skulder i banken som har råkat i svårigheter en avgörande roll. Resultatet av denna värdering avgör vilka resolutionsverktyg som ska användas och i vilken omfattning aktieinnehavare och borgenärer ska användas för förlustabsorbering.

[1] Originalspråk: tyska.

3. I fallet med spanska Banco Popular, som år 2017 var det första kreditinstitut på europeisk nivå som försattes under resolution, kom resolutionsnämnden (nedan kallad SRB (Single Resolution Board)) fram till att det var nödvändigt att till att börja med dra in aktier i banken och skriva ned skulder till banken på över 4 miljarder euro för att täcka bankens förluster. Först därefter kunde alla övriga tillgångar, rättigheter och skulder överlåtas till Banco Santander, som betalade en symbolisk euro för detta. De relevanta värderingarna måste härvid genomföras under extrem tidspress.

4. De aktuella målen om överklagande avser nu frågan huruvida, och om svaret är jakande, på vilka villkor Banco Populars tidigare aktieägare och borgenärer får kräva en så kallad definitiv efterhandsvärdering efter det att deras kapitalinstrument redan har skrivits ned helt eller dragits in och Banco Popular har upphört att existera genom fusion med Banco Santander.

II. Tillämpliga bestämmelser

5. De tillämpliga bestämmelserna avseende de båda överklagandena är 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 (nedan kallad förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen). [2]

6. Skälen 56 och 64 i denna förordning har i utdrag följande lydelse:

”(56) För att minimera störningar av finansmarknaden och ekonomin bör resolutionsprocessen genomföras på kort tid. …

(58) … Målet med resolution bör … vara att säkerställa fortsatta vitala finansiella tjänster, värna om det finansiella systemets stabilitet, skydda insättarna och begränsa den moraliska risken genom att minimera att enheter som fallerar förlitar sig på offentligt finansiellt stöd.

…

(63) För att säkra aktieägares och borgenärers rättigheter, bör tydliga skyldigheter fastställas för värderingen av tillgångar och skulder hos institutet under resolution och, i de fall där det enligt denna förordning krävs, en värdering av hur aktieägare och borgenärer skulle ha behandlats om hela enheten hade avvecklats genom normala insolvensförfaranden. … Innan någon resolutionsåtgärd vidtas, bör en rättvis, försiktig och realistisk värdering göras av enhetens tillgångar och skulder. Sådana värderingar bör bli föremål för en rätt att överklaga endast tillsammans med resolutionsbeslutet. … bör det dessutom, efter det att resolutionsverktygen tillämpats, genomföras en efterhandsjämförelse mellan den behandling som aktieägare och borgenärer fått och hur de skulle ha behandlats vid normala insolvensförfaranden. Om det konstateras att aktieägare och borgenärer för sina fordringar fått ut ett lägre belopp än vad de hade erhållit vid normala insolvensförfaranden, bör de i de fall där det krävs inom ramen för denna förordning ha rätt att få ut mellanskillnaden. Denna eventuella skillnad bör betalas av den fond som inrättats i enlighet med denna förordning.

[2] EUT L 225, 2014, s. 1.

(64) … Det bör vara möjligt för nämnden att i brådskande fall skyndsamt värdera en sådan enhets tillgångar eller skulder. Denna värdering bör vara provisorisk och tillämpas till dess att en oberoende värdering görs.”

7. Artikel 3.1 i förordningen har följande lydelse:

”I denna förordning gäller följande definitioner:

…

30. *försäljningsverktyget*: mekanism för en resolutionsmyndighets genomförande av överföring av äganderättsinstrument som emitterats av ett institut under resolution, eller tillgångar, rättigheter eller skulder i ett institut under resolution till en köpare som inte är ett broinstitut, i enlighet med artikel 24.

…

40. *kapitalbas*: kapitalbas enligt definitionen i artikel 4.1.118 i förordning (EU) nr 575/2013 [Capital Requirements Regulation, nedan kallad CRR] [3].

…

45. *kärnprimärkapitalinstrument*: kapitalinstrument som uppfyller villkoren i artiklarna 28.1–28.4, 29.1–29.5 eller 31.1 [CRR].

46. *övriga primärkapitalinstrument*: kapitalinstrument som uppfyller villkoren som fastställs i artikel 52.1 [CRR].

47. *supplementärkapitalinstrument*: kapitalinstrument eller efterställda lån som uppfyller villkoren som fastställs i artikel 63 [CRR].

…

51. *relevanta kapitalinstrument*: övriga primärkapitalinstrument och supplementärkapitalinstrument.

…”

8. I artikel 15.1 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen anges de ”allmänna resolutionsprinciperna”. Enligt dessa gäller följande:

”a) Aktieägarna i institutet under resolution ska bära de första förlusterna.

b) Borgenärer i institutet under resolution ska bära förluster efter aktieägarna i enlighet med deras fordringars prioritetsordning enligt artikel 17, utom om det uttryckligen föreskrivs något annat i denna förordning.

[3] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 646/2012 (EUT L 176, 2013, s. 1). Enligt denna ska ett instituts kapitalbas utgöras av summan av primärkapital och supplementärkapital.

…

f) Om inte annat anges i denna förordning ska borgenärer i samma klass behandlas likvärdigt.

g) Ingen borgenär ska åsamkas större förluster än om enheten som avses i artikel 2 hade avvecklats genom normala insolvensförfaranden i enlighet med de skyddsåtgärder som anges i artikel 29.”

9. I artikel 17 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, jämförd med artikel 48 i direktiv 2014/59/EU (Bank Resolution and Recovery Directive, nedan kallat BRRD),[4] föreskrivs en ansvarsskala bland annat för det fall att SRB utövar nedskrivnings- och konverteringsbefogenheter. Enligt denna bestämmelse ska en nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument slutligen genomföras i den omfattning som anges i värderingen och i en bestämd ordning, med början med kärnprimärkapitalet, därefter övriga primärkapitalinstrument och till sist supplementärkapitalet.

10. I artikel 18.1 första stycket i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen föreskrivs följande under rubriken ”Resolutionsförfarande”:

”Nämnden ska anta en resolutionsordning … när … den bedömer … att följande villkor är uppfyllda:

a) Enheten fallerar eller kommer sannolikt att fallera.

b) Det finns, med beaktande av tidsaspekter och andra relevanta omständigheter, inga rimliga utsikter att några alternativa åtgärder från den privata sektorn, inbegripet åtgärder av ett institutionellt garantisystem, eller tillsynsåtgärder, inbegripet åtgärder för tidigt ingripande eller nedskrivning eller konvertering av relevanta kapitalinstrument i enlighet med artikel 21, avseende enheten inom rimlig tid skulle kunna förhindra fallissemang.

c) En resolutionsåtgärd är nödvändig av hänsyn till allmänintresset enligt punkt 5.”

11. ”Värdering i resolutionssyfte” regleras i artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen:

”1. Innan beslut om en resolutionsåtgärd eller om utövandet av befogenheten att skriva ned eller konvertera berört kapitalinstrument utövas, ska nämnden se till att en skälig, försiktig och realistisk värdering av tillgångar och skulder i en enhet som avses i artikel 2 görs av en person som är oberoende av offentliga myndigheter, inbegripet nämnden och den nationella resolutionsmyndigheten och enheten i fråga.

2. Om inte annat följer av punkt 15 och om samtliga krav som fastställs i punkterna 1 och 4–9 uppfylls, ska värderingen betraktas vara definitiv.

3. Om en oberoende värdering i enlighet med punkt 1 inte är möjlig, får nämnden i enlighet med punkt 10 i den här artikeln genomföra en preliminär värdering av tillgångar och skulder i enheten som avses i artikel 2.

[4] 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 (EUT L 173, 2014, s. 190).

4. Syftet med värderingen ska vara att bedöma värdet på tillgångar och skulder i en enhet som avses i artikel 2 som uppfyller villkoren för resolution i artiklarna 16 och 18.

5. Värderingen ska ha följande syften:

a) Den ska fungera som underlag vid fastställandet av huruvida villkoren för resolution eller villkoren för nedskrivning eller konvertering av kapitalinstrument är uppfyllda.

b) Om villkoren för resolution uppfylls, ska den fungera som underlag för beslutet om lämplig resolutionsinsats för en enhet som avses i artikel 2.

c) När befogenheten att skriva ned eller konvertera berört kapitalinstrument tillämpas, ska den fungera som underlag för beslutet om omfattningen av indragning eller utspädning av äganderättsinstrument, och omfattningen av nedskrivning eller konvertering av berörda kapitalinstrument.

…

f) När försäljningsverktyget används ska den fungera som underlag för beslutet om vilka tillgångar, rättigheter, skulder eller äganderättsinstrument som ska överföras och fungera som underlag för nämndens bedömning av vad som utgör affärsmässiga villkor vid tillämpning av artikel 24.2 b,

g) I samtliga fall för att säkerställa att eventuella förluster avseende tillgångarna i en enhet som avses i artikel 2 till fullo erkänns vid den tidpunkt då resolutionsverktygen används eller befogenheten att skriva ned eller konvertera berörda kapitalinstrument utövas.

…

7. Värderingen ska kompletteras med följande information, såsom den anges i räkenskaperna och bokföringen för den enhet som avses i artikel 2:

a) En uppdaterad balansräkning och en rapport över den finansiella ställningen i en enhet som avses i artikel 2.

b) En analys och en uppskattning av tillgångarnas bokförda värde.

c) En förteckning över utestående skulder i och utanför balansräkningen som tagits upp i räkenskaperna och bokföringen för en enhet som avses i artikel 2, med en angivelse av respektive krediter och prioriteringsordning för fordringar som avses i artikel 17.

…

9. Värderingen ska innehålla en uppdelning av borgenärerna i kategorier i enlighet med den prioritering av fordringar som avses i artikel 17 och en uppskattning av vilken behandling varje kategori av aktieägare och borgenärer skulle ha förväntats få, om en enhet som avses i artikel 2 skulle ha avvecklats enligt normala insolvensförfaranden. …

10. Om det, på grund av brådskande omständigheter i fallet, antingen inte är möjligt att uppfylla kraven som fastställs i punkterna 7 och 9, eller om punkt 3 är tillämplig, ska en preliminär

värdering genomföras. Den preliminära värderingen ska uppfylla kraven i punkt 4 och i så långt praktiskt möjligt med tanke på omständigheterna kraven i punkterna 1, 7 och 9.

Den preliminära värdering som avses i första stycket ska inkludera en buffert för ytterligare förluster, med lämplig motivering.

11. En värdering som inte uppfyller alla de villkor som fastställs i punkterna 1 och 4–9 ska betraktas vara preliminär tills en oberoende person som avses i punkt 1 har utfört en värdering som fullt ut uppfyller alla de villkor som fastställs i de punkterna. Den definitiva efterhandsvärderingen ska genomföras så snart det är praktiskt möjligt. Den får antingen genomföras separat från värderingen som avses i punkterna 16, 17 och 18 eller samtidigt som denna värdering och av samma oberoende person som den värderingen, men den ska vara fristående.

Den definitiva värderingen i efterhand ska syfta till att

a) säkerställa att alla förluster av en enhets tillgångar som avses i artikel 2 är fullt ut upptagna i den enhetens redovisning,

b) fungera som underlag för ett beslut om att återföra borgenärers fordringar eller öka värdet av den ersättning som betalas, i enlighet med punkt 12 i den här artikeln.

12. Om det uppskattade substansvärdet i den definitiva värderingen i efterhand av en enhet som avses i artikel 2 är högre än den preliminära värderingens uppskattning av substansvärdet av den enheten får nämnden begära att den nationella myndigheten ska göra följande:

a) Utöva sin befogenhet att öka värdet av fordringar från borgenärer eller ägare till tillämpliga kapitalinstrument som har skrivits ned enligt skuldnedskrivningsverktyget.

b) Ge ett broinstitut eller en tillgångsförvaltningsenhet i uppdrag att göra en ytterligare utbetalning av ersättning med avseende på tillgångarna, rättigheterna eller skulderna till ett institut under resolution, eller, i förekommande fall, med avseende på äganderättsinstrumenten till ägarna till de äganderättsinstrumenten.

13. Trots punkt 1 ska en preliminär värdering som utförs i enlighet med punkterna 10 och 11 utgöra en giltig grund för nämnden att besluta om resolutionsåtgärder, inbegripet att ge de nationella resolutionsmyndigheterna i uppdrag att ta kontroll över ett fallerande institut, eller om utövandet av befogenheten att skriva ned eller konvertera berört kapitalinstrument.

…

15. Värderingen ska vara en integrerad del av beslutet om tillämpning av ett resolutionsverktyg eller utövande av en resolutionsbefogenhet eller av beslutet om utövande av befogenheten att skriva ned eller konvertera kapitalinstrumenten. Själva värderingen ska inte vara föremål för en separat rätt till överklagan utan får endast vara föremål för ett överklagande tillsammans med nämndens beslut.

16. För bedömningen av huruvida aktieägare och borgenärer skulle ha behandlats bättre om institutet under resolution hade inlett ett normalt insolvensförfarande, ska nämnden säkerställa att en värdering utförs av en oberoende person som avses i punkt 1, så snart som möjligt efter det

att resolutionsåtgärden eller resolutionsåtgärderna har vidtagits. Den värderingen ska skilja sig från värderingen som utförs enligt punkterna 1–15.

17. Den värdering som avses i punkt 16 ska fastställa följande:

a) Vilken behandling aktieägare och borgenärer, eller berörda insättningsgarantisystem, skulle ha fått om en enhet under resolution och som resolutionsåtgärden eller resolutionsåtgärderna berör skulle ha inlett ett normalt insolvensförfarande vid den tidpunkt då resolutionsåtgärden vidtogs.

b) Den faktiska behandling som aktieägare och borgenärer har fått i resolutionen av det institut under resolution.

c) Om det är någon skillnad mellan behandlingen som avses i led a i den här punkten och behandlingen som avses i led b i den här punkten.

18. Den värdering som avses i punkt 16 ska

a) anta att ett institut under resolution och som resolutionsåtgärden eller resolutionsåtgärderna berör skulle ha inlett ett normalt insolvensförfarande vid den tidpunkt då beslutet om resolutionsåtgärden fattades,

b) anta att resolutionsåtgärden eller resolutionsåtgärderna inte hade genomförts,

c) bortse från eventuellt extraordinärt offentligt finansiellt stöd till ett institut under resolution.”

12. I artikel 76 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen regleras användningen av resolutionsfonden:

”1. Nämnden får, inom ramen för resolutionsordningen, när den tillämpar resolutionsverktygen på enheter som avses i artikel 2, endast använda fonden i den utsträckning som är nödvändig för att säkerställa en effektiv tillämpning av resolutionsverktygen för följande ändamål:

…

e) För att betala ersättning till aktieägare eller långivare om det, efter en värdering enligt artikel 20.5, framkommit att de har fått ta större förluster än vad de skulle ha fått enligt en värdering enligt artikel 20.16, vid en avveckling enligt normala insolvensförfaranden.

…”

III. Bakgrund

13. Klaganden i mål C-874/19 P, Aeris Invest Sàrl (nedan kallad Aeris), var aktieägare i Banco Popular Español, SA (nedan kallad Banco Popular). Klagandena i mål C-934/19 P, Algebris (UK) Ltd och Anchorage Capital Group LLC (nedan kallade Algebris och Anchorage), förvaltar investeringsfonder som innehade de övriga primärkapitalinstrumenten och supplementärkapitalet i Banco Popular.

A. Resolutionsförfarandet

14. Genom beslut av den 7 juni 2017 [5] beslutade SRB – efter kommissionens godkännande [6] – om resolution av Banco Popular (nedan kallat resolutionsbeslutet).

15. Detta beslut hade föregåtts av en värdering av Banco Populars tillgångar och skulder i den mening som avses i artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. SRB hade lagt fram en första värdering den 5 juni 2017 (nedan kallad den första värderingen). Det framgår av resolutionsbeslutet att det avsåg frågan huruvida villkoren för resolution i artikel 18.1 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen var uppfyllda, [7] vilket SRB bekräftade. En andra värdering lades fram den 6 juni 2017 av en oberoende expert, nämligen revisionsföretaget Deloitte (nedan kallad den andra värderingen). Syftet med denna var för det första att fastställa värdet av Banco Populars tillgångar och skulder i den mening som avses i artikel 20.4 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, för det andra att göra en prognos för hur aktieägarna och borgenärerna skulle behandlas, om ett normalt insolvensförfarande genomfördes, och för det tredje att göra en uppskattning av vilka tillgångar, rättigheter och skulder eller äganderättsinstrument som kom i fråga för försäljningen och vad som avsågs med affärsmässiga villkor i detta sammanhang. [8]

16. Deloitte genomförde den andra värderingen på tolv dagar och angav slutligen Banco Populars substansvärde till 1,3 miljarder euro i det bästa scenariot och till minus 8,2 miljarder euro i det mest ogynnsamma scenariot, varvid ett negativt värde på minus 2 miljarder euro ansågs som mest sannolikt. I detta spann ingick enligt Deloitte ”en buffert för ytterligare förluster, såsom föreskrivs i artikel 36.9 BRRD [9], vilken inte kunde fastställas exakt.” Eftersom de uppgifter och den tid som stod till förfogande var begränsade, kvalificerade Deloitte denna värdering som ”preliminär i den mening som avses i artikel 36 BRRD.” [10]

17. Både den första och den andra värderingen bifogades resolutionsbeslutet.

18. I artiklarna 5 och 6 i resolutionsbeslutet föreskrivs att till att börja med hela kärnprimärkapitalet, det vill säga särskilt aktierna [11], och det övriga primärkapitalet ska skrivas ned till noll och supplementärkapitalinstrumenten omvandlas till aktier innan resolutionsverktyget för försäljning av affärsverksamhet används.

19. Enligt artikel 6.1 i resolutionsbeslutet beslutades i detalj att

”a) först minska det nominella aktiekapitalet i Banco Popular med 2 098 429 046 euro, vilket leder till att 100 procent av aktierna i Banco Popular dras in,

b) därefter konvertera hela det nominella värdet av de övriga primärkapitalinstrumenten, som emitterats av Banco Popular och var i omlopp vid tidpunkten för resolutionsbeslutet, till nyemitterade aktier i Banco Popular, nedan kallade de ’nya aktierna I’,

5 Se beslut SRB/EES/2017/08 (EUT C 222, 2017, s. 3).

6 Kommissionens beslut (EU) 2017/1246 av den 7 juni 2017 om godkännande av resolutionsordningen för Banco Popular Español SA (EUT L 178, 2017, s. 15).

7 Punkt 43 i beslut SRB/EES/2017/08.

8 Se punkt 42 i beslut SRB/EES/2017/08.

9 Denna bestämmelse motsvarar artikel 20.10 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

10 Motsvarar artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

11 Se artikel 28.1 a i förordning (EU) nr 575/2013.

c) därefter minska det nominella värdet av de ’nya aktierna I’ till noll, vilket leder till att 100 procent av dessa ’nya aktier I’ dras in,

d) och slutligen omvandla hela det nominella värdet av supplementärkapitalinstrumenten, som Banco Popular emitterat och som är i omlopp vid tidpunkten för resolutionsbeslutet, till de nyemitterade aktierna i Banco Popular, nedan kallade de ’nya aktierna II’. De berörda supplementärkapitalinstrumenten omvandlas till ’nya aktier II’.”

20. Enligt artikel 6.3 i resolutionsbeslutet ska dessa åtgärder för nedskrivning och konvertering grunda sig på den andra värderingen, vilken har styrkts av resultatet av en transparent och öppen försäljningsprocess som genomförts av den spanska resolutionsmyndigheten FROB.

21. I artikel 6.5 i resolutionsbeslutet bestäms det att de ”nya aktierna II” ska överlåtas till Banco Santander, SA (nedan kallad Banco Santander), ointecknade och fria från tredje parts rättigheter, mot betalning av en köpesumma på 1 euro. Köparen har redan samtyckt till överlåtelsen.

22. Den 14 juni 2018 fick SRB av Deloitte den värdering som föreskrivs i artikel 20.16 och 20.17 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen och som avser frågan huruvida de aktieägare och borgenärer som berördes av resolutionsåtgärden skulle ha fått en bättre behandling om institutet hade varit föremål för ett normalt insolvensförfarande (nedan kallad den tredje värderingen).

23. Enligt ett tillkännagivande från SRB av den 7 augusti 2018 framgår det av den tredje värderingen att det inte fanns någon skillnad mellan den faktiska behandlingen av de berörda aktieägarna och borgenärerna och den behandling som de skulle ha fått om ett normalt insolvensförfarande hade inletts vid tidpunkten för resolutionen. SRB beslutade därför preliminärt att SRB inte var skyldig att betala ersättning enligt artikel 76.1 e i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen till Banco Populars berörda aktieägare och borgenärer. [12]

24. Fusionen med Banco Santander genomfördes den 28 september 2018, varigenom Banco Santander fullt ut trädde i Banco Populars ställe.

B. Bakgrund till tvisten

25. Aeris ansökte den 4 maj 2018 hos SRB om att få ta del av handlingar med stöd av förordning nr 1049/2001 [13] och begärde bland annat att få tillgång till handlingarna avseende den definitiva efterhandsvärderingen av den andra värderingen. Efter det att båda parterna i det parallella målet om överklagande av resolutionsbeslutet [14] hade utbytt synpunkter beträffande frågan huruvida det var nödvändigt att genomföra en definitiv efterhandsvärdering uppmanade Aeris med stöd av artikel 265 FEUF den 3 augusti 2018 SRB att genomföra en definitiv efterhandsvärdering i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

[12] Meddelande med anledning av ”Gemensamma resolutionsnämndens tillkännagivande av den 2 augusti 2018 av sitt preliminära beslut om huruvida aktieägare och borgenärer ska beviljas ersättning till följd av de resolutionsåtgärder som vidtagits mot Banco Popular Español SA och om inledandet av ett förfarande för att låta de berörda utöva rätten att yttra sig (SRB/EES/2018/132)”, EUT CI 277, 2018, s. 1

[13] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

[14] Det pågående målet T-628/17, Aeris Invest/kommissionen och SRB.

26. SRB avböjde detta i en skrivelse av den 14 september 2018 (nedan kallad skrivelsen av den 14 september 2018) med hänvisning till den ståndpunkt som redan uttryckts i den parallella talan.

27. Den 3 oktober 2018 uppmanade Algebris och Anchorage skriftligen SRB att genomföra en definitiv efterhandsvärdering, i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, eftersom den första och den andra värderingen hade varit preliminära.

28. Med hänsyn till denna ansökan påpekade SRB i en skrivelse av den 25 oktober 2018 att SRB hade offentliggjort en skrivelse till Deloitte på sin webbplats där SRB angav skälen till att en definitiv efterhandsvärdering inte var nödvändig. Därpå krävde Algebris och Anchorage i en skrivelse av den 16 november 2018 en uttrycklig bekräftelse av SRB av att SRB hade beslutat att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Den 18 december 2018 svarade SRB bland annat att man redan hade uttryckt sin ståndpunkt i skrivelsen av den 25 oktober 2018 och att beslutet att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering hade motiverats i denna skrivelse, i den mening som avses i artikel 296 FEUF.

29. I sak ansåg SRB i båda fallen att det i det i det nu aktuella fallet inte var nödvändigt att genomföra någon definitiv efterhandsvärdering av Banco Popular i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, eftersom resultatet av den sådan värdering inte skulle kunna påverka försäljningen av Banco Popular till Banco Santander. Genom denna försäljning hade för övrigt marknadspriset på Banco Popular som företag fastställts i ett öppet, rättvist och transparent förfarande. Därför kunde en definitiv efterhandsvärdering varken fylla de syften som anges i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen eller leda till ersättning i den mening som avses i artikel 20.12 i denna förordning.

IV. Förfarandet vid tribunalen och de överklagade besluten

30. Den 5 oktober 2018 väckte Aeris talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF av skrivelsen av den 14 september 2018 (mål T-599/18).

31. Den 4 januari 2019 ansökte Algebris och Anchorage, också med stöd av artikel 263 fjärde stycket FEUF, vid tribunalen om att ”SRB:s beslut att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering av Banco Popular, vilket meddelades Algebris och Anchorage i en skrivelse av den 18 december 2018”, skulle ogiltigförklaras (mål T-2/19).

32. I två beslut av den 10 oktober 2019, Aeris Invest/SRB (T-599/18, EU:T:2019:740) (nedan kallat det överklagade beslutet i mål T-599/18) och Algebris (UK) och Anchorage Capital Group/SRB (T-2/19, EU:T:2019:741) (nedan kallat det överklagade beslutet i mål T-2/19) avvisade tribunalen respektive talan med motiveringen att den var ogrundad.

V. Yrkanden och förfarandet vid EU-domstolen

33. Aeris överklagade beslutet genom en skrivelse av den 28 november 2019, som inkom till EU-domstolen samma dag.

34. Aeris har yrkat att domstolen ska

– upphäva det överklagade beslutet i mål T-599/18 i den del talan avvisades med motiveringen att den var ogrundad,

– återförvisa målet till tribunalen för att denna, på samma sätt som EU-domstolen i talan i första instans, ska besluta i enlighet med Aeris yrkade i första instans, och

– låta frågan om rättegångskostnaderna anstå.

35. SRB bestred överklagandet genom en skrivelse av den 18 februari 2019 i vilken denne yrkade

– att talan ska avvisas på grund av att den inte kan tas upp till prövning eller i vart fall ogillas med motiveringen att den är ogrundad,

– i andra hand, att målet ska återförvisas till tribunalen för ett slutgiltigt avgörande,

– i tredje hand, för det fall att EU-domstolen fäller ett slutgiltigt avgörande, att talan i mål T-599/18 vid tribunalen ska avvisas, och

– att Aeris ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, eller i andra hand, att frågan om rättegångskostnader ska anstå.

36. Algebris och Anchorage överklagade beslutet genom en inlaga av den 20 december 2019, som inkom till EU-domstolen samma dag.

37. De har yrkat

– att punkt 1 i det överklagade beslutet i mål T-2/19 ska upphävas,

– att punkt 2 i det överklagade beslutet i mål T-2/19 ska upphävas och att SRB ska bära sina rättegångskostnader och förpliktas att ersätta Algebris och Anchorages rättegångskostnader i första och andra instans, och

– att domstolen ska slå fast att Algebris och Anchorage har talerätt.

38. SRB bestred överklagandet genom en skrivelse av den 10 mars 2019 och har yrkat

– att talan ska avvisas, eller i vart fall ogillas med motiveringen att den är ogrundad,

– i andra hand, att målet ska återförvisas till tribunalen för ett slutgiltigt avgörande,

– i tredje hand, för det fall att EU-domstolen fäller ett slutgiltigt avgörande, att talan i mål T-2/19 vid tribunalen ska avvisas, och

– att Algebris och Anchorage ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, eller i andra hand, att frågan om rättegångskostnader ska anstå.

39. Klagandena och SRB yttrade sig skriftligen i målen C-874/19 P och C-934/19 P beträffande respektive överklagande. I mål C-874/19 P ägde muntlig förhandling rum den 15 april 2021, i vilken Aeris och SRB deltog.

VI. Bedömning

40. Föremålet för den tvist som ligger till grund för de aktuella överklagandena är varken huruvida det resolutionsbeslut som meddelades på grundval av den första och den andra värderingen är lagligt [15] eller huruvida dessa värderingar är korrekta i sak. Klagandena i de aktuella förfarandena vill i stället uppnå att SRB genomför en definitiv efterhandsvärdering av Banco Popular i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

41. En definitiv efterhandsvärdering ska enligt denna bestämmelse genomföras, om en föregående värdering har varit preliminär. SRB har i det nu aktuella fallet beslutat att den, när resolutionen har avslutats, inte ska genomföra någon definitiv efterhandsvärdering av Banco Popular i den mening som avses i denna bestämmelse. Klagandena ifrågasatte detta beslut i var sin talan i första instans.

42. I de överklagade besluten prövade tribunalen inte i sak huruvida SRB, i en situation som den förevarande, är skyldig att låta genomföra en definitiv efterhandsvärdering i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. I förfarandemässigt hänseende begränsade sig tribunalen snarare till frågan huruvida klagandena över huvud taget skulle kunna kräva detta och i enlighet därmed huruvida de hade talerätt i detta avseende.

43. Det råder inga som helst tvivel om att det inte föreligger någon rätt till en definitiv efterhandsvärdering, när det inte föreligger någon situation där det har beslutats om resolution på grundval av en värdering som endast varit preliminär. Jag kommer således först att pröva huruvida den första och den andra värderingen över huvud taget var ”preliminära” i den mening som avses i artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, vilket SRB har bestritt i de aktuella förfarandena om överklagande (se avsnitt A).

44. Men även om den första och den andra värderingen ska anses som ”preliminära” är ett villkor för att en talan mot ett beslut om avböjande av en definitiv efterhandsvärdering ska kunna tas upp till prövning att en sådan skulle kunna påverka klagandenas rättsliga ställning under förevarande omständigheter. I de överklagade besluten besvarade tribunalen frågan nekande (se avsnitt B.1)

45. Inom ramen för förevarande överklaganden ska i huvudsak effekterna och syftet med en definitiv efterhandsvärdering klargöras, för att fastställa huruvida den skulle kunna påverka klagandenas rättsliga ställning i det nu aktuella fallet. Detta gemensamma förslag till avgörande begränsas till en prövning av denna fråga (se avsnitt B.2). [16]

A. Huruvida den första och den andra värderingen kan anses preliminära

46. I de överklagade besluten fann tribunalen att den första och den andra värderingen var ”preliminära” i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen och att det således i princip skulle kunna vara nödvändigt att genomföra en definitiv efterhandsvärdering. Från detta antagande utgick parterna också samstämmigt i första instans. Som svar på en fråga från EU-domstolen gjorde SRB emellertid i målet om överklagande

[15] Det beslutet är i stället föremål för en talan som har väckts av Aeris i mål T-628/17 (se fotnot 14 i detta förslag till avgörande) och av Algebris respektive Anchorage i målen T-570/17 och T-575/17.

[16] I detta gemensamma förslag till avgörande behandlas följaktligen varken lagligheten av de enskilda grunderna för överklagande i målen C-874/19 P och C-934/19 P, vilken SRB har bestritt, eller frågan huruvida Algebris och Anchorage har talerätt vid tribunalen i vissa fonders namn, vilken SRB har tagit upp både vid tribunalen och i mål C-934/19 P.

för första gången gällande att den andra värderingen inte var preliminär i denna bemärkelse och att frågan om genomförande av en definitiv efterhandsvärdering således över huvud taget inte skulle uppkomma.

47. I detta avseende uppkommer emellertid frågan huruvida den rättsliga kvalificeringen av den första och den andra värderingen som preliminära i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen över huvud taget kan prövas av EU-domstolen i målet om överklagande, i synnerhet ex officio (avsnitt 1). Det råder enligt min uppfattning i varje fall inga tvivel om att dessa värderingar ska kvalificeras som preliminära (avsnitt 2).

1. Huruvida denna prövning är möjlig i samband med målet om överklagande

48. I systemet för kontroll av lagligheten vid unionsdomstolarna avgörs och begränsas tvisten i princip endast av parterna, och dessa fastställer också tvisteföremålets omfattning. [17]

49. EU-domstolens kontroll i samband med målet om överklagande avser i princip endast grunder och bevis som redan har gjorts gällande i förfarandet vid tribunalen. Grunder och bevis som hade kunnat göras gällande redan vid tribunalen men som inte åberopades kan inte tas upp till sakprövning inom ramen för ett överklagande. [18]

50. I första instans ifrågasatte SRB emellertid inte huruvida den första och den andra värderingen kan anses preliminära och gjorde denna fråga följaktligen inte till föremål för tvisten. SRB får således inte åberopa en ny grund till sitt försvar i målet om överklagande i detta avseende. [19]

51. Vissa grunder kan, eller till och med bör, tas upp ex officio. [20] EU-domstolen kan inom ramen för ett överklagande göra en ex officio-prövning av en grund eller bevisning som tribunalen själv borde ha prövat på eget initiativ. En grund eller bevisning som rör beslutets materiella lagenlighet, vilket är en omständighet som är knuten till åsidosättande av fördragen eller av någon rättsregel som gäller deras tillämpning, i den mening som avses i artikel 263 FEUF, kan däremot endast prövas av unionsdomstolen om den har åberopats (i rätt tid) av en part. [21]

52. EU-domstolen har i detta avseende tidigare slagit fast att tribunalen inte får pröva förutsättningarna för en ifrågasatt åtgärd ex officio, om ingen av parterna har ifrågasatt denna förutsättning. [22]

[17] Dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl. (C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 27), och dom av den 14 november 2017, British Airways/kommissionen (C-122/16 P, EU:C:2017:861, punkt 87).

[18] Dom av den 23 november 2000, British Steel/kommissionen (C-1/98 P, EU:C:2000:644, punkt 47), dom av den 29 april 2004, IPK-München och kommissionen (C-199/01 P och C-200/01 P, EU:C:2004:249, punkt 52), och dom av den 21 september 2006, JCB Service/kommissionen (C-167/04 P, EU:C:2006:594, punkt 114).

[19] Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 26 september 2013, Dow Chemical/kommissionen (C-179/12 P, EU:C:2013:605, punkt 82), och dom av den 30 april 2014, FLSmidth/kommissionen (C-238/12 P, EU:C:2014:284, punkt 42).

[20] Dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl. (C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 28), och dom av den 14 november 2017, British Airways/kommissionen (C-122/16 P, EU:C:2017:861, punkt 88).

[21] Se dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl. (C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 28).

[22] Se dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl. (C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 33).

53. Kvalificeringen av den första och den andra värderingen som preliminära, i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, är emellertid en grund för talan som avser lagligheten i sak av beslutet att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering. Enligt denna bestämmelses ordalydelse är nämligen förekomsten av en preliminär värdering ett villkor för att genomföra en definitiv efterhandsvärdering.

54. EU-domstolen skulle följaktligen bara få pröva huruvida den första och den andra värderingen kan anses preliminära, om någon av parterna hade bestritt den i vederbörlig ordning vid tribunalen. I den mån som SRB har gjort detta vid den muntliga förhandlingen om målet om överklagande kan argumentet dock inte godtas, eftersom det har anförts för sent.[23] Denna fråga kan således inte prövas i förevarande mål.

2. Prövning i sak

55. För det fall att EU-domstolen ändå anser att det möjligt att även i målet om överklagande ex officio pröva huruvida den första och den andra värderingen kan anses preliminära, kommer jag att gå in på detta i andra hand.

56. I detta syfte är det för det första nödvändigt att göra sig en klar bild av värderingens funktion och betydelse i resolutionssyfte (se punkt a). Därefter är det möjligt att besvara frågan huruvida den första och den andra värderingen ska anses som preliminära (se punkt b).

a) Värderingens funktion och betydelse i resolutionssyfte

57. I samband med varje resolution görs det (minst) tre värderingar av det kreditinstitut som befinner sig i svårigheter. I artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen görs det visserligen uttryckligen bara åtskillnad mellan en värdering som ska genomföras före resolutionen (artikel 20.1–20.10) och en värdering som ska genomföras därefter (artikel 20.16–20.18). Av skäl 1 i den delegerade förordningen (EU) 2018/345[24] följer dock att det ska genomföras två olika värderingar före resolutionen, det vill säga ur ett förhandsperspektiv. Dessa båda värderingar kan i förekommande fall endast vara preliminära.[25] Den tredje värderingen är en värdering ur ett efterhandsperspektiv,[26] som dock inte får förväxlas med den definitiva efterhandsvärdering i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen som yrkas i det nu aktuella fallet.

58. Syftet med den första värderingen är enligt artikel 20.5 a i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen att den ska fungera som underlag vid fastställandet av huruvida villkoren för resolution eller villkoren för nedskrivning eller konvertering av kapitalinstrument är uppfyllda. För detta syfte utgår den i huvudsak från det bokföringsmässiga värdet av det berörda kreditinstitutets tillgångar och skulder för att avgöra huruvida det till exempel föreligger eller finns risk för allt för stor skuldsättning eller insolvens.[27] Den andra värderingen syftar särskilt till

[23] Se punkt 50 i detta förslag till avgörande.

[24] Kommissionens delegerade förordning av den 14 november 2017 om komplettering av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU vad gäller tekniska tillsynsstandarder som specificerar kriterierna för metoden för att bedöma värdet av instituts eller enheters tillgångar och skulder (EUT L 67, 2018, s. 8) (nedan kallad förordning 2018/345).

[25] Se artikel 20.3, 20.10 och 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

[26] Se artikel 1.1 första stycket i kommissionens delegerade förordning (EU) 2018/344 av den 14 november 2017 om komplettering av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU vad gäller tekniska tillsynsstandarder som specificerar kriterier för metoder för värdering av skillnader i behandling i samband med resolution (EUT L 67, 2018, s. 3) (nedan kallad förordning 2018/334).

[27] Se artikel 18.4 b och c i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

att bestämma valet av resolutionsverktyg och utformningen av resolutionsstrategin, se artikel 20.5 b–g i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Härvid ska det ekonomiska värdet av tillgångar och skulder fastställas.[28] Den tredje värderingen syftar till att, när resolutionsåtgärderna har genomförts, pröva huruvida aktieägare eller borgenärer skulle ha behandlats bättre i ett normalt insolvensförfarande. Det ska därmed säkerställas att ingen borgenär försätts i en mindre fördelaktig situation än i ett normalt insolvensförfarande i händelse av en avveckling av det berörda kreditinstitutet (den så kallade principen om ”inte sämre villkor för borgenärer”). I annat fall gäller rätt till ersättning enligt artikel 76.1 e i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

59. Den andra värderingen har störst påverkan på utformningen av resolutionsbeslutet och därmed på aktieägarnas och borgenärernas rättigheter.[29] Resultatet av värderingen – närmare bestämt den fastställda negativa differensen mellan värdet av den berörda bankens tillgångar och omfattningen av dess skulder (nedan kallad kapitalunderskottet) – avgör i vilken omfattning en nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument är nödvändig.[30]

60. Nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument, genom vilka konceptet med skuldnedskrivning (bail-in) förverkligas, kan betraktas som ”kärnan” i resolutionen av en bank i den enhetliga resolutionsmekanismen (nedan kallad SRM (Single Resolution Mechanism)). När den skapades fattade den europeiska lagstiftaren nämligen principbeslutet att låta aktieägarna och borgenärerna bära fallerande bankers förluster i stället för skattebetalarna.[31] Således har konceptet med skuldnedskrivning införts genom SRM. Med detta avses en räkenskapsmässig omstrukturering, det vill säga kvittning av förluster och i förekommande fall rekapitalisering av en bank, *genom nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument*, varvid innehavarna av dessa kapitalinstrument är den berörda bankens aktieägare och borgenärer. Motsatsen är undsättning (bail-out), det vill säga en kvittning av förluster och rekapitalisering *genom kapitaltillskott*, för det mesta i form av skatter.

61. Konceptet med skuldnedskrivning dyker upp både i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen (artikel 27) och i form av en ”befogenhet att skriva ned och omvandla kapitalinstrument” enligt artikel 21 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.[32] Det senare är inget resolutionsverktyg i egentlig bemärkelse, men det används i vanliga fall innan ett av de tre andra resolutionsverktygen används för att i samband med varje resolution säkerställa att aktieägarna och borgenärerna får bära förlusterna i rimlig omfattning. Så var även fallet i förevarande mål, eftersom SRB genomförde nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument enligt artikel 24 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen innan den använde försäljningsverktyget.[33]

62. Rent konkret gör nedskrivningen av kapitalinstrument det möjligt att absorbera förluster, eftersom kreditsidan härigenom i balansräkningen enkelt uttryckt ”reduceras” med det nominella värdet av dessa instrument. Om det uppkommer värdeminskningar på debetsidan kan de kvittas

28 Se skäl 7 i förordning 2018/345.

29 Se även skäl 63 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

30 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 mars 2021, Liaño Reig/SRB (C-947/19 P, EU:C:2021:172, punkt 73). Detta följer bland annat av artiklarna 21.8 andra stycket, 21.10 och artikel 27.13 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

31 Se skäl 73 och artikel 14.2 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

32 Det finns en väsentlig skillnad mellan skuldnedskrivningen enligt artikel 27 och nedskrivning och omvandling enligt artikel 21 när det gäller omfattningen av det potentiella ansvaret. Enligt artikel 21 kan nämligen endast lagstadgat kapital (det vill säga kärnprimärkapital och övrigt primärkapital samt supplementärkapital) skrivas ned och konverteras, men när det gäller skuldnedskrivning kan i princip bankens alla skulder upp till gränsen för insättningsgarantin skrivas ned.

33 Se punkt 18 i detta förslag till avgörande.

på detta sätt i bokföringen. Genom konverteringen av så kallade relevanta kapitalinstrument till kärnprimärkapital i balansräkningen kan det kärnprimärkapital som föreskrivs i artikel 92.1 CRR återställas och banken därmed rekapitaliseras.[34] När skulder, såsom vissa lån och efterställda skulder (de relevanta kapitalinstrumenten),[35] konverteras till aktier (det vill säga kärnprimärkapital)[36] ökar andelen kärnprimärkapital av de totala skulderna och därmed den nämnda kvoten.

63. Nedskrivningen och konverteringen av kapitalinstrument görs härvid i en viss ordningsföljd, den så kallade ansvarsskalan enligt artikel 17 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.[37] Det rör sig huvudsakligen om en omvänd rangordning vid insolvens. Förluster kvittas följaktligen först genom en nedskrivning av aktier och därefter genom en nedskrivning och/eller konvertering av vissa långfristiga efterställda lån och liknande skulder och så vidare.

64. Ju större det kapitalunderskott som har fastställts på grundval av den andra värderingen är, desto mer omfattande blir borgenärernas ansvar, som föreskrivs genom artikel 17 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.[38]

65. Fastställandet av det ekonomiska värdet av den berörda bankens tillgångar och skulder, vilket är nödvändigt för att beräkna kapitalunderskottet i samband med värderingen enligt artikel 20 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen är synnerligen komplext. Det är dessutom i hög grad beroende av vissa ramvillkor, såsom tiden och kvantiteten tillgängliga data och deras kvalitet och marknadsvillkoren.[39]

66. Det är emellertid ont om tid, om det visar sig att en banks ekonomiska situation försämras i snabb takt. Om marknaden en gång har tappat förtroendet kan nämligen ett sammanbrott inte längre undvikas utan statligt ingripande.[40]

67. För att förhindra detta – och därmed minimera effekterna på ekonomin i dess helhet – ger BRRD och förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen resolutionsmyndigheterna mycket långtgående befogenheter för att *förekomma* ett sammanbrott. För detta måste de emellertid framför allt kunna agera snabbt, effektivt och beslutsamt.[41]

68. Därför föreskrivs det i artikel 20.10 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen att en preliminär värdering får genomföras på grund av brådskande omständigheter.

[34] Se till exempel artikel 27.13 b i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

[35] Se, beträffande definitionen, artikel 3.1 punkt 51 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

[36] Se artikel 28.1 a CRR.

[37] Se punkt 9 i detta förslag till avgörande.

[38] Se punkt 59 i detta förslag till avgörande.

[39] European Banking Authority, *Handbook on Valuation for Purposes of Resolution*, den 22 februari 2019, s. 7.

[40] Se Adolff/Eschwey, *Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung*, ZHR 177 (2013), s. 904 och 910–912; Binder, *Ausgestaltung und Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Restrukturierung*, ZBB 2012, s. 417 och 421.

[41] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 maj 2021, ABLV Bank m.fl./ECB (C-551/19 P och C-552/19 P, EU:C:2021:369, punkt 55).

b) Huruvida den första och den andra värderingen kan anses preliminära i det nu aktuella fallet

69. Enligt artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen ska en (förhands)värdering som inte uppfyller alla de villkor som fastställs i punkterna 1 och 4–9 betraktas som preliminär; i det fallet ska så snart det är praktiskt möjligt en definitiv efterhandsvärdering genomföras som fullt ut uppfyller alla de villkor som fastställs i de punkterna.

70. I artikel 20.1 föreskrivs att värderingen ska genomföras av en oberoende expert. Om detta inte möjligt får den enligt artikel 20.3 genomföras av SRB, men ska då betraktas som preliminär. Eftersom den första värderingen genomfördes av SRB i det nu aktuella fallet, råder det således inga tvivel om att den är preliminär.

71. Den andra värderingen genomfördes däremot av en oberoende expert, nämligen Deloitte. Att den kvalificerades som ”preliminär” beror följaktligen enligt ordalydelsen i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen bland annat på att den uppfyller villkoren i punkterna 4–9.

72. Hit hör till exempel en uppdaterad balansräkning och en rapport över den finansiella ställningen i institutet (punkt 7 a), en analys och en uppskattning av värdet av tillgångarna (punkt 7 b) och en förteckning över utestående skulder i och utanför balansräkningen som tagits upp i räkenskaperna och bokföringen med en angivelse av respektive krediter och prioriteringsordning för fordringar som avses i artikel 17 (punkt 7 c). Om resolutionsverktyget för försäljning av affärsverksamhet används ska det dessutom enligt punkt 8 göras en uppskattning av värdet av tillgångarna och skulderna i enheten baserat på marknadsvärdet. Enligt punkt 9 ska värderingen slutligen innehålla en uppdelning av borgenärerna i kategorier i enlighet med prioriteringen av fordringar och en uppskattning av vilken behandling varje kategori skulle förväntas få i samband med ett normalt insolvensförfarande.

73. Till skillnad från vad SRB gjorde gällande vid den muntliga förhandlingen i mål C-874/19 P är det dock inte möjligt att dra slutsatsen att den andra värderingen är definitiv av den enkla anledningen att den åtminstone i viss utsträckning innehåller alla dessa uppgifter.

74. Detta följer direkt av själva ordalydelsen i artikel 20.10 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Även i de fall där endast en preliminär värdering kan genomföras på grund av brådskande omständigheter ska enligt denna nämligen de krav som fastställs i punkterna 1, 4, 7 och 9 uppfyllas – så långt praktiskt möjligt med tanke på omständigheterna. Med andra ord kan en värdering enligt denna bestämmelse anses vara preliminär även när den uppfyller dessa krav i viss utsträckning. Det som är avgörande är huruvida den uppfyller villkoren ”fullt ut”, eftersom en värdering endast i det fallet ska anses vara definitiv enligt artikel 20.11.

75. Värderingens preliminära eller definitiva karaktär är således ett *kvalitativt kännetecken*, vars uppfyllande i synnerhet är beroende av den tid som står till förfogande.[42] Detta framgår till exempel av att de relevanta bestämmelserna utgår från att det ligger mer ofullständiga uppgifter och data till grund för en preliminär värdering.[43] Detta beror emellertid just på bristen på tid för

[42] Se punkt 65 i detta förslag till avgörande.

[43] Se artikel 6 e i förordning nr 2018/345 och European Banking Authority, *Handbook on Valuation for Purposes of Resolution*, den 22 februari 2019, s. 15 och 26.

att samla in och gå igenom dessa data. Enligt experters bedömning behövs det i genomsnitt minst sex månader för att värdera en bank. [44] Beroende på den totala balansomslutningen och aktiviteten kan det också krävas att ännu lägre tid avsätts.

76. En resolution måste därför i praktiken regelmässigt genomföras på grundval av en preliminär bedömning. [45] I artikel 20.13 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen anges således att en preliminär bedömning kan utgöra en giltig grund för avvecklingsbeslutet. [46]

77. I det nu aktuella fallet värderades den sjätte största spanska banken, med en balansomslutning på 130 miljarder euro, med tillgångar och nödlidande lån, tillgångar i fastigheter och uppskjutna skattefordringar som är extremt svåra att värdera, på tolv dagar. Under denna tid var det emellertid inte möjligt att beakta samtliga tillgångar och skulder, varför Deloitte själva betecknade värderingen som ”preliminär”. [47] Revisorerna var i stället tvungna att koncentrera sig på de väsentliga tillgångarna och skulderna. [48]

78. Detta tillvägagångssätt är absolut motiverat i samband med en preliminär värdering, och just av den anledningen innehåller en preliminär bedömning enligt artikel 20.10 andra stycket i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen en buffert för ytterligare förluster. [49] Den aktuella andra värderingen innehåller ostridigt en sådan buffert.

79. I detta avseende förklarade SRB vid den muntliga förhandlingen i mål C-874/19 P visserligen att ordalydelsen i artikel 20.10 andra stycket i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen inte från början utesluter att även en definitiv värdering innehåller en sådan buffert.

80. En sådan tolkning kan emellertid inte godtas. Av artikel 13 i förordning 2018/345 framgår det till exempel att bufferten är avsedd att täcka ytterligare förluster som ännu är osäkra eller inte kunnat fastställas vid tidpunkten för den preliminära värderingen. Däremot syftar den definitiva värderingen till att säkerställa att alla förluster av tillgångar är fullt ut upptagna och ett beslut att återföra fordringar eller öka värdet av ersättningen genom ett broinstitut eller en tillgångsförvaltningsenhet kan fattas (artikel 20.11 andra stycket i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen). Så länge som en buffert för ytterligare förluster ingår kan sådana konstateranden emellertid inte göras. Det faktiska kapitalunderskottet kan tvärtom inte fastställas förrän det har gjorts en fullständig värdering av alla tillgångar och skulder.

81. Av det ovan anförda följer att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den utgick från att den första och den andra värderingen var preliminära.

44 Se Philippon/Salord, *Bail-in and Bank Resolution in Europe*, International Center for Monetary and Banking Studies, 2017, s. 47.

45 Se, till exempel, Wojcik, *Bail-in in the Banking Union*, CMLR 53 (2016) 91 (110); Binder, *Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren*, ZHR 179 (2015) 83 (120).

46 Gardella, i: Busch/Ferranini (red.), European Banking Union, *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, 1:a upplagan 2015, 11.55.

47 Se även punkt 16 i detta förslag till avgörande.

48 Se de Groen, *Valuation reports in the context of banking resolution: What are the challenges*?, Economic Governance Support Unit, European Parliament, juni 2018, PE 624.418, s. 11.

49 European Banking Authority, *Handbook on Valuation for Purposes of Resolution*, den 22 februari 2019, s. 12 och 26.

B. Överklagandena

82. Klagandena anser i huvudsak att Banco Popular, bland annat på grund av bufferten, blev klart undervärderad i samband med den andra preliminära värderingen. Av detta följer, enligt deras uppfattning, i sin tur att nedskrivningen och/eller konverteringen av deras kapitalinstrument inte var motiverad i den omfattning som de gjorts och att de således har rätt till ekonomisk kompensation eller ersättning på grundval av den definitiva efterhandsvärderingen.

1. De överklagade besluten

83. I de överklagade besluten slog tribunalen däremot fast att en definitiv efterhandsvärdering inte skulle kunna påverka klagandenas rättsliga ställning under de aktuella omständigheterna. Tribunalen avvisade därför respektive talan.

84. När det gällde Algebris och Anchorage slog tribunalen fast att de inte var direkt berörda i den mening som avses i artikel 263 fjärde stycket FEUF,[50] eftersom detta enligt fast rättspraxis bland annat förutsätter att den begärda åtgärden har direkt inverkan på klagandens rättsliga situation.[51] När det gällde Aeris slog den fast att beslutet att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering inte utgör en akt som kan överklagas i den mening som avses i artikel 263 fjärde stycket FEUF. De bindande rättsverkningarna av detta beslut skulle nämligen enligt tribunalen inte påverka Aeris intressen genom en väsentlig ändring av deras rättsliga ställning.[52]

85. Det ska i detta sammanhang erinras om att EU-domstolen har preciserat att det sistnämnda kravet överlappar kravet att vara direkt berörd, vilket måste vara uppfyllt i samband med en talan om ogiltigförklaring som har väckts av klagande vilka inte är föremål för unionsrättsakten i fråga, såsom i förevarande fall Algebris och Anchorage.[53] Den rättsliga fråga som har uppkommit är således identisk i de båda målen.

86. Tribunalen motiverade sin uppfattning, enligt vilken genomförande av en definitiv efterhandsvärdering av Banco Popular inte skulle kunna ha någon som helst inverkan på Algebris och Anchorages rättsliga ställning, i huvudsak med att en sådan efterhandsvärdering i det nu aktuella fallet inte skulle kunna fylla något av de syften som nämns i artikel 20.11 andra stycket i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen och därmed inte skulle få några konsekvenser i något avseende för klagandena.

87. Enligt artikel 20.11 a ska den definitiva efterhandsvärderingen å ena sidan syfta till att säkerställa att alla förluster av tillgångarna i den bank som ska genomgå resolution är fullt ut upptagna i den bankens redovisning. Enligt tribunalen kan detta mål inte längre nås efter en fullständig nedskrivning och konvertering av Banco Populars lagstadgade kapital och den därpå följande fusionen med Banco Santander, eftersom den senare nu har ansvar för att på ett bokföringsmässigt korrekt sätt ta upp alla tillgångar och skulder som har tillkommit härigenom.[54]

[50] Se punkt 64 i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

[51] Dom av den 5 maj 1998, Glencore Grain/kommissionen (C-404/96 P, EU:C:1998:196, punkt 41), dom av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 66), och dom av den 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/kommissionen, kommissionen/Scuola Elementare Maria Montessori och kommissionen/Ferracci (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punkt 42).

[52] Se punkt 61 i det överklagade beslutet i mål T-599/18.

[53] Dom av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 38).

[54] Se punkt 42 i det överklagade beslutet i mål T-599/18, och punkt 44 i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

88. Å andra sidan anser tribunalen att en definitiv efterhandsvärdering i det nu aktuella fallet inte heller kan leda till något av de beslut som avses i artikel 20.11 andra stycket b och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. För den händelse den definitiva efterhandsvärderingen ger ett annat resultat när det gäller kapitalunderskottets faktiska omfattning än den preliminära värderingen, anges två möjligheter till justering i nämnda bestämmelse: Om skuldnedskrivningsverktyget har använts på grundval av den preliminära bedömningen kan beslut för det första fattas om återföring av borgenärernas fordringar (artikel 20.11 andra stycket b jämförd med artikel 20.12 a).[55] När en definitiv efterhandsbedömning har genomförts kan beslut för det andra fattas om att öka värdet av den ersättning som ett broinstitut eller en tillgångsförvaltningsenhet har betalat i utbyte mot överlåtelsen av tillgångarna och skulderna (artikel 20.11 andra stycket b jämförd med artikel 20.12 b).

89. Inget av dessa alternativ är dock aktuellt enligt tribunalen, eftersom verktyget för försäljning av affärsverksamhet har använts efter det att SRB utövat nedskrivnings- och konverteringsbefogenheterna. För det fallet föreskriver artikel 20.12 b i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen emellertid inte en höjning i efterhand av den ersättning som köparen betalat. Om alla aktier och relevanta kapitalinstrument har skrivits ned och konverterats fullständigt, och de nybildade aktierna har överlåtits till en tredje part, är det enligt artikel 20.12 a i bestämmelsen inte heller möjligt att återföra dessa igen. Klagandena skulle därför varken kunna erhålla en återföring i efterhand av sina aktier eller fordringar eller något annat slag av ersättning på grundval av en definitiv efterhandsvärdering.[56]

90. På sin höjd skulle den ersättning som föreskrivs i artikel 76.1 e i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen komma i fråga, om det i samband med den tredje värderingen har konstaterats att klagandena har fått ta större förluster genom resolutionen än vad de skulle ha fått ta i ett normalt insolvensförfarande. Den begärda definitiva efterhandsvärderingen skulle däremot inte vara en lämplig grund i detta avseende och skulle följaktligen inte heller påverka klagandenas rättsliga ställning.[57]

2. Prövning av grunderna för överklagande

91. Klagandena anser att tribunalens ovanstående tolkning av artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen utgör felaktig rättstillämpning.

92. De anser att de mot bakgrund av likabehandlingsprincipen ska ha rätt att, precis som de berörda andelsinnehavarna och aktieägarna i samband med de resolutionsverktyg som nämns i artikel 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen (upprättande av ett broinstitut, avskiljande av tillgångar och skuldnedskrivning), begära en definitiv efterhandsvärdering för att liksom dessa få en återföring av sina aktier eller fordringar eller en höjning av den ersättning som köparen har betalat.[58] Detta kan inte vara uteslutet enbart av det skälet att verktyget för försäljning av affärsverksamhet använts vid resolutionen av Banco Popular efter nedskrivning och konvertering av kapitalinstrumenten.

[55] Se, beträffande betydelsen av resultatet av värderingen för omfattningen av nedskrivningen och konverteringen av kapitalinstrumenten, artikel 21.8 andra stycket och 21.10 samt artikel 27.13 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, och punkt 59 i detta förslag till avgörande.

[56] Se punkterna 46, 47 och 48–52 i det överklagade beslutet i mål T-599/18, och punkterna 48, 49 och 50–54 i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

[57] Se punkterna 60 och 61 i det överklagade beslutet i mål T-599/18, och punkterna 63 och 64 i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

[58] Den andra grunden för överklagande i mål C-934/19 P.

93. Såtillvida är den definitiva efterhandsvärderingen nödvändig för att erhålla lämplig ersättning i den mening som avses i artikel 17.1 andra meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) för förlusten av egendom, varför klagandenas rättsliga ställning skulle påverkas, om den inte genomfördes. Endast en definitiv efterhandsvärdering skulle kunna göra det möjligt för dem att avgöra i vilken omfattning deras kapitalinstrument, enligt deras utsago, skrivits ned och konverterats på felaktiga grunder och med vilket belopp de följaktligen borde få ersättning. Möjligheten (utan resultat i det nu aktuella fallet) att få ersättning motsvarande likvidationsvärdet av deras andelar som varit föremål för den tredje värderingen (”inte sämre villkor för borgenärer”) räcker inte, eftersom en definitiv efterhandsvärdering skulle kunna ha lett till ett högre värde på deras kapitalinstrument. [59]

94. Klagandenas argumentation är baserad på en felaktig tolkning av funktionen hos artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Tolkningen av denna kräver vissa förklaringar beträffande de olika resolutionsverktygens funktion och användningen av dessa (avsnitt a nedan). Av detta följer att tribunalens tolkning av bestämmelsen inte strider mot vare sig artikel 17 i stadgan (avsnitt b nedan) eller likabehandlingsprincipen (avsnitt c nedan).

a) Funktionen hos resolutionsverktygen och SRB:s användning av dessa

95. I förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen anges fyra resolutionsverktyg: [60] försäljning av affärsverksamhet (artikel 24), upprättande av ett broinstitut (artikel 25), avskiljande av tillgångar (artikel 26) och skuldnedskrivningsverktyget (artikel 27).

96. Vid skuldnedskrivning rekonstrueras, såsom förklarats ovan, [61] den berörda banken bokföringsmässigt genom nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument, för att därefter antingen genomgå resolution i vederbörlig ordning eller drivas vidare. [62]

97. Både när ett broinstitut upprättas och när tillgångar avskiljs överlåts en del av den fallerande bankens tillgångar, rättigheter, skulder eller aktier till ett företag som bildats och förvaltas av myndigheterna mot att ersättning betalas. Syftet med detta företag är att det ska förvaltas med så god vinst som möjligt med hänsyn till en senare försäljning. När det gäller broinstitut utförs i varje fall fortfarande bankens kritiska funktioner tills vidare av detta. Det förblir en så kallad *bad bank* som sedan avvecklas i enlighet med de vanliga insolvensbestämmelserna.

98. Verktyget försäljning av affärsverksamhet består också av överlåtelse av den fallerande bankens aktier eller tillgångar, rättigheter eller skulder. Försäljningen sker dock till en privat köpare som också måste betala ersättning för detta. Om den fallerande banken överlåts i sin helhet upphör den emellertid att existera vid den tidpunkten, till skillnad från vad som är fallet när ett broinstitut upprättas eller tillgångar avskiljs.

99. När beslut fattas om valet av resolutionsverktyg ska SRB enligt artikel 18.5 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen säkerställa att de resolutionsmål som nämns i artikel 14 uppfylls. Det handlar bland annat om att säkerställa att kritiska funktioner upprätthålls,

[59] Se den andra delen av den första grunden för Algebris och Anchorages överklagande i mål C-934/19 P, och den andra och den tredje grunden i Aeris överklagande i mål C-874/19 P.

[60] Dessa verktyg motsvarar i huvudsak verktygen enligt BRRD, som de nationella resolutionsmyndigheterna tillämpar vid genomförandet av SRB:s resolutionsplaner och vid resolution av banker som står under nationell tillsyn, se skäl 10 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

[61] Se punkterna 60–62 i detta förslag till avgörande.

[62] Se artikel 27.1 a och 27.2 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

om att undvika betydande negativa effekter på den finansiella stabiliteten och om att skydda de offentliga finanserna och insättarna. Högsta möjliga skydd av den fallerande bankens aktieägare och borgenärer hör inte till resolutionsmålen. För beslutet om det mest lämpliga resolutionsverktyget med hänsyn till dessa mål krävs det en komplex bedömning som endast kan bli föremål för en begränsad domstolsprövning. [63]

100. Värderingen av tillgångarna och skulderna är bara en faktor bland många som spelar roll i samband med avgörandet av huruvida villkoren för resolution i den mening som avses i artikel 18.1 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen är uppfyllda och i samband med valet av resolutionsverktyg. [64] Dessutom kommer det an på resultatet av stresstest, på att villkoren för godkännande fortlöpande iakttas och i synnerhet på allmänhetens intresse av resolutionen, vilket bland annat är beroende av bankens ekonomiska situation i dess helhet och dess aktiviteter.

101. I detta sammanhang har klagandena visserligen helt riktigt hävdat att inkluderandet av en buffert eller buffertens storlek vid en preliminär värdering kan leda till att den berörda bankens skulder ökar, vilket i sin tur kan påverka beslutet om resolution. [65] En alltför försiktig preliminär värdering kan med andra ord bidra till att ett resolutionsbeslut fattas.

102. Till skillnad från vad klagandena har låtit förstå i sin argumentation skulle en definitiv efterhandsvärdering – även om den utan att en buffert inkluderades resulterade i ett högre substansvärde för den berörda banken vid tidpunkten för resolutionen – inte utnyttjas av dessa för att i förfarandet mot resolutionsbeslutet göra gällande att den preliminära värderingen är felaktig i sak eller att resolutionsbeslutet är lagstridigt.

103. För det första är nämligen osäkerheten med en preliminär värdering naturlig, och den medför inte att värderingen blir ”felaktig”. För det andra följer det av artikel 20.13 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen att resolutionsbeslutet inte är lagstridigt på grund av att grundar sig på en preliminär bedömning. Ett visst resultat av värderingen kräver inte heller att ett visst resolutionsverktyg används. Detta gäller även om det efteråt visar sig att antagandena har varit alltför försiktiga.

104. Anledningen till detta är att det system som har införts genom förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen och BRRD i annat fall skulle förlora sin väsentliga stabiliseringsfunktion. Det primära syftet med förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, nämligen att stabilisera det finansiella systemet och så långt det är möjligt minimera effekterna av bankkriser för realekonomin, kan nämligen bara uppnås om resolutionsmyndigheterna kan agera snabbt, effektivt och beslutsamt. [66] I det avseendet har inte minst marknadens förtroende för myndigheternas handlingsförmåga och för att deras beslut kommer att stå sig avgörande betydelse. [67]

63 Se även artikel 85.3 BRRD.

64 För att en bank ska kunna genomgå resolution är det över huvud taget inte något villkor att det konstateras den är överskuldsatt eller insolvent, se, i detta sammanhang, även dom av den 6 maj 2021, ABLV Bank m.fl./ECB (C-551/19 P och C-552/19 P, EU:C:2021:369, punkt 62).

65 Se även Gardella, i: Busch/Ferranini (red.), European Banking Union, *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, första upplagan 2015, 11.55.

66 Se punkt 67 i detta förslag till avgörande.

67 Se Wojcik, *Bail-in in the Banking Union*, CMLR 53 (2016) 91 (131).

105. Även om det därför naturligtvis är möjligt att väcka talan mot resolutionsbeslutet ligger tyngdpunkten i det rättsliga skyddet helt klart på prövningen i efterhand av huruvida den ersättning som aktieägarna och borgenärerna kan göra anspråk på för förlusten av egendom är rimlig. Detta åskådliggörs i artikel 85.4 BRRD enligt vilken en annullering av en resolutionsmyndighets beslut inte ska påverka några efterföljande administrativa åtgärder eller transaktioner.

106. Såsom jag emellertid kommer att förklara i det följande påverkar den definitiva efterhandsvärderingen inte detta beslut, till skillnad från vad klagandena har gjort gällande.

b) En definitiv efterhandsvärdering som underlag för en rättmätig ersättning i den mening som avses i artikel 17.1 andra meningen i stadgan?

107. Klagandena anser i huvudsak att artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen baseras på rättsuppfattningen i artikel 17.1 första och andra meningen i stadgan. Eftersom en preliminär värdering inte återger värdet av aktierna och relevanta kapitalinstrument korrekt, ska för ersättningen det verkliga ekonomiska värdet enligt klagandena fastställas genom en definitiv efterhandsvärdering i den mening som avses i denna bestämmelse.

108. Rent konkret förmodar Algebris och Anchorage att en definitiv efterhandsvärdering i det nu aktuella fallet skulle ha lett till ett betydligt mindre kapitalunderskott, och att nedskrivningen och konverteringen av de övriga primärkapitalinstrumenten och av supplementärkapitalet således inte skulle ha varit nödvändiga.[68] Av detta har de dragit slutsatsen att en definitiv efterhandsvärdering skulle kunna utgöra underlag för ersättning. Aeris har i sin tur hävdat att en definitiv efterhandsvärdering i det nu aktuella fallet skulle ha visat att Banco Populars substansvärde var positivt vid tidpunkten för resolutionen. I detta fall skulle även Aeris aktier i Banco Popular ha haft ett positivt värde som Aeris således borde ha fått ersättning för.[69]

109. Således föreskrivs det i artikel 20.11 och 20.12 att de berörda aktieägarna och borgenärerna ska få ersättning för det värde av instrumenten som framgår i efterhand av den definitiva efterhandsvärderingen av kreditinstitutet. Utöver bestämmelsens uttryckliga ordalydelse måste detta gälla oberoende av vilket resolutionsverktyg som används.

110. Genom att tribunalen slog fast att beslutet att återföra aktier och fordringar på grundval av en definitiv efterhandsvärdering endast kommer i fråga om skuldnedskrivningsverktyget använts, och att en ökning av ersättningen i efterhand bara kommer i fråga när tillgångar överförs till ett broinstitut eller en tillgångsförvaltningsenhet, gjorde tribunalen sig således skyldig till felaktig rättstillämpning.

111. Det ska medges att klagandenas argument att nedskrivningen av aktier till noll, som leder till att dessa aktier dras in, och att nedskrivningen och konverteringen av kapitalinstrument till aktier, i kombination med den efterföljande överlåtelsen av de nybildade aktierna till en köpare, ska anses

[68] Se den tredje delen av den första grunden för överklagande i mål C-934/19 P.

[69] Se den andra grunden och den andra delen av den tredje grunden i mål C-874/19 P.

utgöra berövande av egendom. Den leder nämligen till att de berörda aktieägarna och borgenärerna tvångsvis, fullständigt och definitivt förlorar sin ställning som ägare. En överlåtelse till staten eller en offentlig myndighet krävs inte.[70]

112. När det gäller berövande av egendom föreskrivs i artikel 17.1 andra meningen i stadgan att den ska tjäna ett allmänintresse och att rättmätig ersättning för förlusten ska betalas i rätt tid.[71] Detta gäller oberoende av vilket resolutionsverktyg som har använts. Enligt praxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna[72] är normalt sett en ersättning motsvarande marknadsvärdet rimlig, men i förekommande fall kan också en ersättning som är lägre än marknadsvärdet anses som rimlig.[73]

113. När det gäller berövande av aktier eller kapitalinstrument som har getts ut av en fallerande bank ska emellertid en ersättning motsvarande likvidationsvärdet, så som det fastställs inom ramen för den tredje värderingen enligt artikel 20.16 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen,[74] betraktas som rimlig. Även klagandena skulle i princip ha haft rätt till denna ersättning enligt artikel 76.1 e i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. I det nu aktuella fallet uppgår denna rätt emellertid till noll, eftersom de inte skulle ha kunnat räkna med någon betalning i samband med en normal insolvens.[75]

114. En högre ersättning än likvidationsvärdet skulle däremot inte heller vara nödvändig, om den berörda bankens substansvärde, som fastställts i samband med den andra värderingen, hade varit positivt vid tidpunkten för resolutionen. Till skillnad från vad som är fallet med ett företag inom realekonomin upphör nämligen, på grund av särdragen hos föremålet för en banks verksamhet, inte bankens operativa överlevnadsförmåga först i det ögonblick då villkoren för insolvens är uppfyllda – det vill säga när överskuldsättning eller bristande betalningsförmåga föreligger.[76] Tvärtom är det redan från den tidpunkt då marknaden tappar förtroendet som endast ett statligt ingripande kan förhindra ett sammanbrott.[77] Följaktligen torde villkoren för resolution i den mening som avses i artikel 18.1 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen vara uppfyllda redan innan det berörda företaget blir insolvent,[78] varvid SRB måste ha stort utrymme för skönsmässig bedömning för att konstatera att villkoren för resolution är uppfyllda.[79]

115. Detta innebär samtidigt att från och med den tidpunkt då resolutionsvillkoren är uppfyllda – det vill säga i synnerhet när banken (sannolikt) kommer att fallera – är jämförelsen med en hypotetisk situation med likvidation eller ett normalt insolvensförfarande, såsom den som gjordes inom ramen för den tredje värderingen, mycket väl lämplig. Om myndigheterna inte ingrep skulle insolvens nämligen vara det enda alternativet.

70 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2019, kommissionen/Ungern (Nyttjanderätter till jordbruksmark) (C-235/17, EU:C:2019:432, punkterna 81 och 84).

71 Dom av den 21 maj 2019, kommissionen/Ungern (Nyttjanderätter till jordbruksmark), (C-235/17, EU:C:2019:432, punkt 87).

72 Eftersom artikel 17 i stadgan motsvarar artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen ska den senare bestämmelsen enligt artikel 52.3 i stadgan beaktas såsom lägsta tillåtna skyddsnivå, se dom av den 21 maj 2019, kommissionen/Ungern (Nyttjanderätter till jordbruksmark) (C-235/17, EU:C:2019:432, punkt 72).

73 Se Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, dom av den 25 mars 1999, Papachelas/Grekland (CE:ECHR:1999:0325JUD003142396, § 48).

74 Se punkt 58 i detta förslag till avgörande.

75 Se punkt 23 i detta förslag till avgörande.

76 Se *working document* från generaldirektoratet för inre marknaden, *"Discussion Paper on the Debt Write-Down Tool – Bail-in"*, s. 5.

77 Se punkterna 66 och 67 i detta förslag till avgörande.

78 Freudenthaler/Lintner, *Conditions for Taking Resolution Action and the Adoption of a Resolution Scheme*, i: World Bank Group (red.), *Bank Resolution and "Bail-in" in the EU: Selected Case Studies Pre and Post BRRD, Washington D.C.* 2017, s. 106; Grünewald, *Legal challenges of bail-in*, ESCB Legal Conference 2017, Frankfurt am Main 2018, s. 291 och 292.

79 Se punkterna 99 och 100 i detta förslag till avgörande.

116. Detta gäller även när det, på grund av en jämförelsevis positiv ekonomisk situation för det berörda kreditinstitutet, till sist inte beslutas om resolution i snäv bemärkelse, utan om administrativ rekonstruktion.[80] Det avgörande är nämligen att det berörda kreditinstitutet och dess långivare, på grund av det minskande marknadsförtroendet och risken för att banken kommer att fallera, inte själva kan förhandla fram denna rekonstruktion av egen kraft.

117. Till skillnad från vad klagandena har gjort gällande kan således det i samband med en definitiv andra efterhandsvärdering eventuellt högre värdet av kapitalinstrumenten jämfört med likvidationsvärdet inte anses som deras marknadsvärde. Den andra värderingen genomförs nämligen med hänsyn till myndigheternas intervention, och inte under ”marknadsvillkor”, det vill säga utan myndigheternas ingripande.[81] Den tredje värderingen enligt artikel 20.18 b i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen ska däremot göras under antagandet att resolutionsåtgärden inte genomförts.

118. EU-domstolen har således tidigare slagit fast att det, för det fall att en bank (sannolikt) kommer att falla, inte innebär något orättmätigt ingrepp i den grundläggande rätten till egendom att jämställa aktieägarnas och borgenärernas situation med ett hypotetiskt likvidationsscenario.[82]

119. Den tolkning som tribunalen gjorde av artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, med hänvisning till möjligheten till ersättning på grundval av den tredje bedömningen enligt principen ”inte sämre villkor för borgenärer”, strider följaktligen inte mot artikel 17 i stadgan. De berörda kapitalinstrumentens likvidationsvärde, som beräknas i samband med den tredje värderingen enligt artikel 20.16 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, är nämligen en rimlig ersättning för förlusten av egendom. En definitiv efterhandsvärdering i den mening som avses i artikel 20.11 är således inte nödvändig för detta ändamål.

c) En definitiv efterhandsvärdering för att åstadkomma likabehandling aktieägare och borgenärer vilka berörs av andra resolutionsverktyg använts?

120. Algebris och Anchorage har dessutom gjort gällande att denna tolkning av artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen strider mot likabehandlingsprincipen.[83]

121. Enligt klagandenas tolkning av denna bestämmelse,[84] som har beskrivits ovan, leder tribunalens tolkning till att de berörda aktieägarna och borgenärerna får högre ersättning för förlusten av tillgångar med de resolutionsåtgärder som nämns i artikel 20.12 – nämligen med skuldnedskrivning, upprättande av ett broinstitut och avskiljning av tillgångar – och därmed behandlas bättre än i ett fall som det nu aktuella (nedskrivning och konvertering med åtföljande försäljning av affärsverksamhet). I stället för enbart ersättning motsvarande likvidationsvärdet på

[80] En sådan möjlighet föreskrivs i artikel 27.1 a och 27.2 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen (skuldnedskrivningsverktyget som restruktureringsåtgärd). Den fallerande bankens aktieägare och borgenärer kan emellertid inte begära att resolutionsmyndigheten ska sanera institutet åt dem eller välja det verktyg som sannolikt medför de minsta förlusterna för dem. Enligt artikel 18.4 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen ska SRB i stället utgå från resolutionsmålen i artikel 14. Se punkterna 99 och 103 i detta förslag till avgörande.

[81] Se artikel 10.1–10.3 i förordning 2018/345.

[82] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkterna 78 och 79), och dom av den 20 september 2016, Ledra Advertising m.fl./kommissionen och ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701, punkterna 73 och 74).

[83] Den andra grunden för överklagande i mål C-934/19 P.

[84] Se punkt 107 i detta förslag till avgörande.

grundval av den tredje värderingen får de berörda aktieägarna och borgenärerna nämligen i de fall som avses i artikel 20.12 ersättning för det högre värdet av sina kapitalinstrument, vilken beräknas på grundval av den definitiva efterhandsvärderingen.

122. Algebris och Anchorage har i huvudsak förklarat att det inte finns någon sådan skillnad mellan den i det nu aktuella fallet företagna nedskrivningen och konverteringen av kapitalinstrument, i den mening som avses i artikel 21 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, och det i artikel 20.12 beskrivna skuldnedskrivningsverktyget, i den mening som avses i artikel 27 däri, som är så väsentlig att den skulle kunna motivera att en återföring av aktier och fordringar övervägs endast om det senare verktyget använts.

123. Detta argument kan dock inte godtas.

124. I artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen föreskrivs nämligen över huvud taget ingen ersättning för berövande av egendom i den mening som avses i artikel 17.1 andra meningen i stadgan, men däremot en möjlighet till korrigering, om innehållet i ägarnas egendomsrätt ändras. Denna korrigering – rent konkret återföring av aktier eller fordringar eller en ökning av den ersättning som betalas för överlåtelse av tillgångar eller rättigheter till ett annat företag – är dock helt enkelt inte möjlig vid nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument med åtföljande försäljning av affärsverksamhet. Den leder nämligen till berövande av egendom. [85] Det nu aktuella fallet utgör således inte ett scenario som kan jämföras med de fall som nämns i artikel 20.11 och 20.12 (skuldnedskrivning, upprättande av ett broinstitut och avskiljning av tillgångar).

125. Detta kan illustreras med följande: I de sistnämnda fallen är aktieägarna och borgenärerna delägare i ett annat företag, till exempel i ett nybildat broinstitut till följd av att dessa verktyg har använts. Alternativt kan deras andelar ha minskat i värde på grund av resolutionsåtgärden, exempelvis på grund av att de skrivits ned i samband med skuldnedskrivning eller på grund av att alla lönsamma tillgångar har avskilts eller överförts till ett broinstitut, medan deras andelar eller fordringar fortfarande ingår i den fallerande bankens tillgångar. Det är även tänkbart att båda effekterna uppkommer. De fråntas dock till att börja med inte fullständigt och definitivt sin ställning som ägare.

126. En korrigering av värdet av ägarnas ställning i dessa fall genom en definitiv efterhandsvärdering är följaktligen ännu möjlig och i förekommande fall till och med nödvändig av proportionalitetshänsyn. [86]

127. För det första är det vid fullständig nedskrivning och konvertering av alla aktier och relevanta kapitalinstrument och den efterföljande överlåtelsen av de nybildade aktierna till en tredje part (således försäljning av affärsverksamhet i det nu aktuella fallet) däremot helt enkelt omöjligt att återföra de kapitalinstrument som tidigare skrivits ned och konverterats. Till följd av denna process existerar nämligen inte längre dessa instrument eller det företag som har utfärdat dem. Tribunalen gjorde således en riktig bedömning i detta sammanhang när den utgick från att klagandena inte längre var aktieägare eller innehavare av relevanta kapitalinstrument i Banco Popular. [87]

[85] Se punkt 111 i detta förslag till avgörande.

[86] Se, för ett liknande resonemang beträffande skuldnedskrivning, dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkt 102).

[87] Se punkt 52 i det överklagade beslutet i mål T-599/18, och punkt 54 i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

128. Domstolen kan således inte godta Algebris och Anchorages argument, att aktieägarna och borgenärerna med hänsyn till artikel 20.12 a måste behandlas precis som vid en skuldnedskrivning vid nedskrivning och konvertering av kapitalinstrument i den mening som avses i artikel 21 förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Det är visserligen riktigt att ett utövande av befogenheten till nedskrivning och konvertering i stora delar motsvarar en användning av skuldnedskrivningsverktyget. Dessa befogenheter kan emellertid i det nu aktuella fallet inte betraktas isolerat från en användning av resolutionsverktyget försäljning. [88]

129. För det andra kan ersättningen inte heller höjas i efterhand vid försäljning av affärsverksamhet till en privat tredje part, till skillnad från vad som är fallet när myndigheter upprättar ett broinstitut eller en tillgångsförvaltningsenhet. Detta skulle nämligen bara kunna ske genom ett myndighetsingripande i de villkor som tidigare har fastställts i avtal. [89] Om SRB hade sådana befogenheter skulle emellertid effektiviteten hos verktyget för försäljning av affärsverksamhet, och därmed resolutionsmålen, allvarligt kunna äventyras. Detta verktyg har nämligen den stora fördelen att riskerna för de offentliga myndigheterna förblir ytterst små, eftersom det i huvudsak överlåts åt den privata köparen att säkerställa kontinuiteten hos kritiska funktioner och skyddet av tillgångar. Om en privat köpare emellertid fick räkna med att i efterhand eventuellt kunna bli skyldig att betala en högre ersättning skulle effekterna av det i vilket fall som helst affärsmässigt riskabla beslutet att överta en fallerande bank bli fullständigt oöverskådliga. Det är troligt att det under sådana omständigheter knappast skulle vara möjligt att finna fler som var intresserade av att överta ett företag i samband med en resolution.

130. Av det ovan anförda följer att aktieägarnas och borgenärernas situation i de fall som nämns i artikel 20.11 och 20.12 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen inte kan jämföras med de berörda aktieägarnas och borgenärernas situation i vid en försäljning av affärsverksamhet.

131. Här ska jag för fullständighetens skull erinra om att den omständigheten, att en definitiv efterhandsvärdering genomförs eller inte genomförs, inte på något sätt ska inverka på beslutet om försäljning av affärsverksamhet i stället för skuldnedskrivning, upprättande av ett broinstitut eller avskiljning av tillgångar. [90] Det föreligger inte heller något anspråk på att det resolutionsverktyg ska användas som förhoppningsvis ger minst förluster för aktieägare och borgenärer. Avgörande är snarare vilket verktyg som på bästa möjliga sätt förverkligar resolutionsmålen i artikel 14 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. [91]

132. Om det för att uppnå detta allmänintresse krävs berövande av äganderätt till kapitalinstrument, behöver detta bara kompenseras genom rimlig ersättning i rätt tid, [92] vilket dock – såsom tidigare har förklarats utförligt av tribunalen [93] och även inom ramen för detta förslag till avgörande [94] – inte säkerställs genom den definitiva efterhandsvärderingen i den mening som avses i artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen, utan genom den tredje värderingen enligt artikel 20.16.

88 Dom av den 4 mars 2021, Liaño Reig/SRB (C-947/19 P, EU:C:2021:172, punkt 70).

89 Se även dom av den 4 mars 2021, Liaño Reig/SRB (C-947/19 P, EU:C:2021:172, punkt 74).

90 Se punkterna 99–103 i detta förslag till avgörande.

91 Se punkt 99 och fotnot 80 i detta förslag till avgörande.

92 Se punkt 112 i detta förslag till avgörande.

93 Punkt 54 och följande punkter i det överklagade beslutet i mål T-599/18, och punkt 57 och följande punkter i det överklagade beslutet i mål T-2/19.

94 Se särskilt punkt 113 och följande punkter.

133. Tribunalen har följaktligen inte heller gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i detta avseende.

C. Slutsats

134. Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den slog fast att en definitiv efterhandsvärdering inte på något sätt skulle kunna påverka klagandenas rättsliga ställning under de nu aktuella omständigheterna. Den kan nämligen varken leda till att deras aktier eller fordringar återförs eller till någon annan betalning av kompensation eller ersättning. Klagandena skulle inte heller kunna använda den i bevissyfte inom ramen för en talan mot resolutionsbeslutet.

135. Detta resultat gör det slutligen möjligt att också avvisa klagandenas argument som huvudsakligen grundar sig på en formell eller objektiv skyldighet för SRB att genomföra en efterhandsvärdering enligt artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen.

136. Med den första delen av den första grunden för överklagande har Algebris och Anchorage i mål C-934/19 P bland annat gjort gällande att skyldigheten att genomföra en efterhandsvärdering enligt artikel 20.11 första stycket är ovillkorlig och i synnerhet inte beroende av att den skulle kunna fylla något av de syften som nämns i andra stycket.

137. I samma riktning pekar den första och den fjärde delen av den första grunden för Aeris överklagande i mål C-874/19 P, enligt vilka det enda som har betydelse för att dess talan ska kunna tas upp till prövning är att beslutet att inte genomföra någon definitiv efterhandsvärdering medför bindande rättsverkningar och inte längre kan angripas inom ramen för talan mot resolutionsbeslutet enligt artikel 20.15 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen. Tribunalens ogillande av talan strider därför mot Aeris rätt till ett effektivt domstolsskydd.

138. Jag vill emellertid i detta sammanhang erinra om att det, för att en fysisk eller juridisk persons talan om ogiltigförklaring ska kunna tas upp till prövning, inte är tillräckligt att det angripna beslutet medför bindande rättsverkningar. De bindande rättsverkningarna av denna rättsakt måste nämligen dessutom påverka klagandens intressen genom att klart förändra dennes rättsliga ställning. [95]

139. Icke-privilegierade personer ges med andra ord inte möjlighet genom artikel 263 FEUF att begära en abstrakt laglighetsprövning av unionsrättsakter. Detta strider inte heller mot artikel 47 i stadgan, eftersom denna endast föreskriver rätt till ett effektivt rättsmedel mot en åtgärd som *kränker denna persons unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter*.

140. En eventuell formell eller objektiv skyldighet för SRB att genomföra en definitiv efterhandsvärdering enligt artikel 20.11 i förordningen om den gemensamma resolutionsmekanismen skulle följaktligen under inga omständigheter kunna ändra den omständigheten att klagandena måste vara direkt berörda för att deras respektive talan ska kunna tas upp till domstolsprövning. Så är emellertid inte fallet enligt ovanstående överväganden, varför tribunalen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att respektive talan inte kunde tas upp till prövning.

[95] Se dom av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkterna 36 och 37).

141. Överklagandena är således ogrundade.

VII. Rättegångskostnader

142. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet avvisas eller ogillas. Enligt artikel 184.1 jämförd med artikel 138.1 ska härvid tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

143. Eftersom klagandena enligt det ovan anförda har tappat målet ska de förpliktas att i enlighet med SRB:s yrkande ersätta SRB:s rättegångskostnader och bära sina kostnader.

VIII. Förslag till avgörande

144. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

1. Överklagandena av besluten från Europeiska unionens tribunal av den 10 oktober 2019, Aeris Invest/SRB (T-599/18, EU:T:2019:740), och Algebris (UK) och Anchorage Capital Group/SRB (T-2/19, EU:T:2019:741) ogillas.

2. Aeris Invest Sàrl ska ersätta rättegångskostnaderna i mål C-874/19 P, och Algebris (UK) Ltd och Anchorage Capital Group LLC ska ersätta rättegångskostnaderna i mål C-934/19 P.