CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 19 november 2020 [1] [i]

Zaak C-504/19

Banco de Portugal,
Fondo de Resolución,
Novo Banco SA
tegen
VR

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

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Toezicht op banken – Sanering en liquidatie van kredietinstellingen – Richtlijn 2001/24/EG – Saneringsmaatregel die is vastgesteld door een administratieve instantie van de lidstaat van herkomst van een kredietinstelling – Overdracht van rechten, activa of passiva aan een overbruggingsinstelling – Retouroverdracht aan de kredietinstelling in afwikkeling – Artikel 3, lid 2 – Werking van een saneringsmaatregel in andere lidstaten – Artikel 32 – Gevolgen van een saneringsmaatregel voor een aanhangig geding – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming – Rechtszekerheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel – Richtlijn 2014/59/EU – Toepasselijkheid ratione temporis”

I. Inleiding

1. Wanneer een bank haar faillissement aanvraagt, kunnen haar kritieke functies mogelijkerwijs niet langer worden gehandhaafd. Aangezien dit verstrekkende gevolgen kan hebben voor zowel de deposanten als de reële economie, is het in het algemeen economisch belang om faillissementen van banken te voorkomen en in de plaats daarvan saneringsmaatregelen of ordelijke afwikkelingsmaatregelen te nemen. [2]

2. Hoewel veel banken deel uitmaken van een grensoverschrijdende groep, bestond er tot de vaststelling van richtlijn 2014/59 [3] geen uniform instrumentarium voor de nationale toezichthouders op dit gebied. Wat dit betreft beperkte het Unierecht zich veeleer tot de

[1] Oorspronkelijke taal: Duits.

[2] Zie de fact sheet van de Commissie van 15 april 2014 betreffende de zogenoemde Bank Recovery and Resolution Directive (richtlijn voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen; zie voetnoot 3), MEMO/14/297.

[3] Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PB 2014, L 173, blz. 190).

bepalingen van richtlijn 2001/24[4], op grond waarvan de sanerings- en liquidatiemaatregelen waarin het nationale recht voorzag, in beginsel zonder verdere formaliteiten in de andere lidstaten moesten worden erkend.

3. Een instrument voor de sanering en ordelijke afwikkeling van banken, waarin zowel het Portugese recht als inmiddels ook richtlijn 2014/59 voorziet, is de oprichting van een zogenoemde overbruggingsbank. Alle gezonde bedrijfsonderdelen van een bank in moeilijkheden worden naar deze overbruggingsbank overgeheveld om de eerdere activiteiten van die bank te stabiliseren en de deposanten te beschermen. De overblijvende „bad bank" wordt dan op een ordelijke manier afgewikkeld.

4. De achtergrond van het hoofdgeding was de dreigende insolventie van de voorheen op één na grootste Portugese bank, te weten Banco Espírito Santo (hierna: „BES") in 2014. In het kielzog daarvan hebben de Portugese centrale bank en de toenmalige toezichthouder, de Banco de Portugal, een overbruggingsinstelling met de naam Novo Banco opgericht en alle gezonde bedrijfsonderdelen van BES in augustus 2014 aan deze instelling overgedragen. Zogenoemde toxische passiva werden in het vermogen van BES en haar dochterondernemingen achtergelaten, waardoor deze tot „bad bank" zijn verworden.

5. Verzoekster in het hoofdgeding (hierna: „verzoekster") had oorspronkelijk een beleggingsportefeuille bij de Spaanse dochteronderneming van BES. De contractuele betrekkingen werden echter vanaf augustus 2014 door Novo Banco Spanje voortgezet. Nadat verzoekster tegen Novo Banco Spanje een beroep tot nietigverklaring van de betreffende overeenkomst had ingesteld wegens onjuist advies van BES bij het aangaan van haar belegging, besloot de Banco de Portugal bepaalde passiva – waaronder de aansprakelijkheid van BES in verband met de sluiting van verzoeksters beleggingsovereenkomst – met terugwerkende kracht terug over te dragen aan BES.

6. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft thans de vraag of dat besluit op grond van richtlijn 2001/24 zonder meer door de Spaanse rechter moet worden erkend indien dit leidt tot verwerping van het door verzoekster tegen Novo Banco Spanje ingestelde beroep. Volgens de verwijzende rechter, de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje), kan deze uitkomst namelijk indruisen tegen het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming en tegen het rechtszekerheidsbeginsel. Deze zaak ligt bijzonder gevoelig omdat de verwijzende rechter hiermee impliciet de geldigheid van de verplichting tot onvoorwaardelijke erkenning van afwikkelingsmaatregelen op grond van richtlijn 2001/24 ter discussie stelt.

[4] Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PB 2001, L 125, blz. 15).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Richtlijn 2001/24

7. De overwegingen 6, 23 en 30 van richtlijn 2001/24 luiden:

„(6) De administratieve of rechterlijke instanties van de lidstaat van herkomst, dienen als enige bevoegd te zijn tot het vaststellen en uitvoeren van saneringsmaatregelen overeenkomstig de in deze lidstaat geldende wetgeving en praktijken. Aangezien het onbegonnen werk is de in de lidstaten geldende wetgevingen en praktijken te harmoniseren, is het dienstig over te gaan tot wederzijdse erkenning door de lidstaten van de maatregelen die elke lidstaat treft om kredietinstellingen waaraan hij vergunning heeft verleend weer levensvatbaar te maken.

[...]

(23) Hoewel er dient te worden vastgehouden aan het beginsel dat het recht van de lidstaat van herkomst bepalend is voor alle procesrechtelijke en materieelrechtelijke gevolgen van saneringsmaatregelen of liquidatieprocedures, dient te worden bedacht dat die gevolgen strijdig kunnen zijn met de regels die normaliter in het kader van de economische en financiële werkzaamheden van de kredietinstelling en haar bijkantoren in andere lidstaten van toepassing zijn. Verwijzing naar het recht van een andere lidstaat betekent in sommige gevallen een noodzakelijke nuancering van het beginsel van toepassing van het recht van de lidstaat van herkomst.

[...]

(30) Bij wijze van uitzondering op de toepassing van de lex concursus worden de gevolgen van de saneringsmaatregelen of de liquidatieprocedures voor een aanhangig rechtsgeding beheerst door het recht van de lidstaat waar dat geding aanhangig is. De gevolgen van die maatregelen of procedures voor de afzonderlijke executiemaatregelen die uit deze rechtsvorderingen voortkomen, worden beheerst door de wetgeving van de lidstaat van herkomst, overeenkomstig de algemene regel van de richtlijn."

8. In artikel 2 van richtlijn 2001/24 worden „saneringsmaatregelen" gedefinieerd als maatregelen „die bestemd zijn om de financiële positie van een kredietinstelling of beleggingsonderneming [...] in stand te houden of te herstellen, en die de bestaande rechten van derden zouden kunnen aantasten, met inbegrip van maatregelen die tot opschorting van de betaling, opschorting van handhavingsmaatregelen of verlaging van de schuldvorderingen kunnen leiden; tot deze maatregelen behoort ook de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden waarin richtlijn 2014/59/EU voorziet".

9. Artikel 3 van richtlijn 2001/24, heeft als opschrift „Vaststelling van saneringsmaatregelen – toepasselijk recht" en luidt:

„1. Alleen de administratieve of rechterlijke instanties van de lidstaat van herkomst zijn bevoegd te beslissen om ten aanzien van een kredietinstelling, met inbegrip van haar in andere lidstaten gevestigde bijkantoren, een of meer saneringsmaatregelen ten uitvoer te leggen.

2. De saneringsmaatregelen worden ten uitvoer gelegd overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en de procedures van de lidstaat van herkomst, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald.

Deze maatregelen hebben overeenkomstig de wetgeving van deze lidstaat en zonder verdere formaliteiten volledige rechtswerking in de gehele Gemeenschap, ook jegens derden in de andere lidstaten en zelfs indien de op dezen toepasselijke voorschriften van de lidstaat van ontvangst niet in dergelijke maatregelen voorzien of de tenuitvoerlegging daarvan afhankelijk stellen van voorwaarden die niet zijn vervuld.

Saneringsmaatregelen hebben rechtswerking in de gehele Gemeenschap zodra zij die hebben in de lidstaat waar zij worden getroffen."

10. Bij artikel 6, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2001/24 wordt de verplichting opgelegd om beslissingen inzake saneringsmaatregelen die de rechten van derden in een lidstaat van ontvangst kunnen raken en waartegen in de lidstaat van herkomst beroep openstaat, bekend te maken in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. De leden 4 en 5 van dat artikel luiden:

„4. Het bekend te maken uittreksel uit de beslissing vermeldt in de officiële taal of talen van de betrokken lidstaten onder meer het onderwerp van de beslissing, de rechtsgrondslag, de beroepstermijnen – met vooral, in bevattelijke vorm, de uiterste datum waarop beroep kan worden ingesteld – en het volledige adres van de instantie of rechter die voor het beroep bevoegd is.

5. De saneringsmaatregelen zijn van toepassing onafhankelijk van de maatregelen van de leden 1, 2 en 3 en hebben volledige rechtswerking jegens schuldeisers, tenzij de administratieve of rechterlijke instanties van de lidstaat van herkomst, of de wetgeving van die lidstaat betreffende deze maatregelen, anders bepalen."

11. Artikel 32 van richtlijn 2001/24 bepaalt daarentegen het volgende:

„De gevolgen van saneringsmaatregelen of liquidatieprocedures voor een aanhangig rechtsgeding betreffende een goed of recht waarover de kredietinstelling het beheer en de beschikking heeft verloren, worden uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat waar het rechtsgeding aanhangig is."

B. Richtlijn 2014/59

12. In de overwegingen 4, 5 en 59 van richtlijn 2014/59 staat onder meer te lezen:

„(4) Momenteel zijn de procedures voor de afwikkeling van instellingen niet geharmoniseerd op Unieniveau. Sommige lidstaten hanteren voor instellingen dezelfde procedures die zij ook op andere insolvente ondernemingen toepassen. In sommige gevallen zijn deze procedures aan instellingen aangepast. Er zijn aanzienlijke inhoudelijke en procedurele verschillen tussen de wetten, regels en administratieve voorschriften die in de lidstaten voor de insolventie van instellingen gelden. Daarnaast heeft de financiële crisis duidelijk aangetoond dat algemene insolventieprocedures ten aanzien van ondernemingen mogelijk niet altijd geschikt zijn voor instellingen, omdat ze wellicht niet altijd een snel optreden, de continuïteit van de kritieke functies van instellingen en de financiële stabiliteit waarborgen.

(5) Er is derhalve behoefte aan een regeling die de autoriteiten toerust met een pakket geloofwaardige instrumenten om tijdig en snel genoeg in een zwakke of falende instelling te kunnen ingrijpen om de continuïteit van de kritieke financiële en economische functies van de instelling te waarborgen en tegelijkertijd het effect van het falen van de instelling op de economie en het financiële systeem tot een minimum te beperken. Die regeling moet tevens garanderen dat verliezen eerst door aandeelhouders worden gedragen, en daarna door schuldeisers [...]. [...]

(59) De afwikkelingsinstrumenten moeten ook de verkoop van de onderneming of aandelen van de instelling in afwikkeling, het opzetten van een overbruggingsinstelling, de afsplitsing van de rendabele van de problematische of onrendabele activa van de falende instelling en de inbreng van de particuliere sector ten aanzien van de aandeelhouders en de schuldeisers van de falende instelling omvatten."

13. Artikel 40 van richtlijn 2014/59 regelt het „Instrument van de overbruggingsinstelling" en bepaalt het volgende:

„1. Teneinde uitvoering te geven aan het instrument van de overbruggingsinstelling en gelet op de noodzaak kritieke functies in de overbruggingsinstelling te handhaven, dragen de lidstaten er zorg voor dat de afwikkelingsautoriteiten bevoegd zijn aan een overbruggingsinstelling het volgende over te dragen:

a) aandelen of andere eigendomsinstrumenten die zijn uitgegeven door een of meer instellingen in afwikkeling;

b) alle of bepaalde activa, rechten of verplichtingen van een of meer instellingen in afwikkeling.

Behoudens artikel 85 kan de in de eerste alinea bedoelde overdracht worden uitgevoerd zonder toestemming van de aandeelhouders van de instellingen in afwikkeling of van andere derden dan de overbruggingsinstelling te moeten vragen en zonder te moeten voldoen aan procedurele voorschriften van het vennootschaps- of effectenrecht.

[...]

7. De afwikkelingsautoriteiten kunnen een retouroverdracht van aandelen of andere eigendomsinstrumenten of activa, rechten of passiva verrichten vanuit de overbruggingsinstelling in een van de onderstaande situaties:

a) de mogelijkheid van een retouroverdracht van de specifieke aandelen of andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten, of passiva, is uitdrukkelijk vermeld in het instrument waarbij de overdracht is verricht;

b) de specifieke aandelen of andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten of passiva vallen feitelijk niet in de categorieën van, of voldoen niet aan de voorwaarden voor de overdracht van aandelen of andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten, of passiva die zijn gespecificeerd in het instrument waarbij de overdracht is verricht.

Die retouroverdracht kan binnen de in de maatregel voor het betreffende doel gestelde termijn worden verricht, en voldoet aan alle andere voorwaarden die in het genoemde instrument worden vermeld.

8. Overdrachten tussen de instelling in afwikkeling of de oorspronkelijke eigenaren van aandelen of andere eigendomsinstrumenten enerzijds, en de overbruggingsinstelling anderzijds, geschieden met inachtneming van de in titel IV, hoofdstuk VII, bedoelde waarborgen.

[...]"

14. De waarborgen van titel IV, hoofdstuk VII, van richtlijn 2014/59 omvatten de artikelen 73 tot en met 80.

15. Artikel 83 van richtlijn 2014/59 heeft als opschrift „Procedurele verplichtingen van afwikkelingsautoriteiten" en bepaalt het volgende:

„[...]

2. De afwikkelingsautoriteit stelt de instelling in afwikkeling en de onderstaande autoriteiten, indien deze verschillend zijn, in kennis:

a) de bevoegde autoriteit voor de instelling in afwikkeling;

b) de bevoegde autoriteit van elk bijkantoor van de instelling in afwikkeling;

[...]

4. De afwikkelingsautoriteit maakt via de volgende middelen hetzij een kopie van de maatregel of het instrument door middel waarvan de afwikkelingsmaatregel is genomen, hetzij een bericht waarin de gevolgen van de afwikkelingsmaatregel, en met name de gevolgen ervan voor kleine klanten en, in voorkomend geval, de voorwaarden en de in de artikelen 69, 70 en 71 bedoelde opschortings- of beperkingsperiode, worden samengevat, bekend of laat een dergelijke kopie of een dergelijk bericht bekendmaken:

a) op haar officiële website;

[...]

c) op de website van de instelling in afwikkeling;

[...]"

16. Richtlijn 2014/59 treedt volgens artikel 131 ervan in werking op de twintigste dag na die van haar bekendmaking – op 12 juni 2014 – in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Op grond van artikel 130 van richtlijn 2014/59 dienen de lidstaten uiterlijk 31 december 2014 de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken die nodig zijn om aan die richtlijn te voldoen. Zij dienen die bepalingen toe te passen met ingang van 1 januari 2015.

III. Feiten en hoofdgeding

17. Op 10 januari 2008 heeft verzoekster in het kantoor van Banco Espírito Santo, S.A. Sucursal en España (hierna: „BES Spanje"), te Bilbao een overeenkomst gesloten ter zake van de aankoop van preferente aandelen van Kaupthing Bank [5], waarvoor zij het bedrag van 166 021 EUR heeft betaald.

18. Nadat BES in een ernstige crisis was terechtgekomen, heeft de centrale bank van Portugal, de Banco de Portugal, in haar hoedanigheid van toezichthouder bij besluit van 3 augustus 2014, dat werd gewijzigd bij besluit van 11 augustus 2014 (hierna: „besluit van augustus 2014"), besloten tot de afwikkeling van BES. Daartoe is bij het genoemde besluit een overbruggingsbank, Novo Banco, S.A. (hierna: „Novo Banco"), opgericht, waaraan een deel van de activiteiten en de in bijlage 2 bij dat besluit omschreven activa, passiva en buitenbalansposten van BES werden overgedragen. Van de overdracht werden uitgesloten „alle passiva of onvoorziene verplichtingen die voortvloeien uit, met name, fraude of schending van bepalingen of beslissingen van toezichthoudende autoriteiten dan wel strafrechtelijke of administratieve instanties".

19. BES Spanje werd vervolgens het bijkantoor van Novo Banco in Spanje. Dit bijkantoor heeft de zakelijke relatie met verzoekster in stand gehouden doordat zij de effecten bewaarde en beheerde, waarvoor zij als tegenprestatie de contractueel vastgelegde provisie ontving.

20. Op 4 februari 2015 heeft verzoekster een vordering ingesteld tegen Novo Banco Spanje. Zij vorderde dat de kooporder voor de preferente aandelen van Kaupthing Bank nietig zouden worden verklaard wegens een wilsgebrek en dat Novo Banco Spanje zou worden veroordeeld om haar de koopprijs ten belope van 166 021 EUR terug te betalen. Subsidiair vorderde zij dat de betreffende overeenkomst zou worden ontbonden wegens niet-nakoming door BES van haar zorg-, loyaliteits- en informatieplicht en dat Novo Banco Spanje zou worden veroordeeld om haar het voormelde bedrag als schadevergoeding te betalen. Novo Banco Spanje heeft zich verdedigd met het argument dat zij geen verwerende partij kon zijn, omdat de aangevoerde aansprakelijkheid een passief was dat haar niet was overgedragen bij het besluit van de Banco de Portugal van augustus 2014.

21. Bij vonnis van 15 oktober 2015 heeft de Juzgado de Primera Instancia de Vitoria (rechter in eerste aanleg Vitoria-Gasteiz, Spanje) de vordering toegewezen op grond dat de litigieuze aansprakelijkheid volgens die rechter mede was overgedragen. Naar zijn oordeel was de toestemming niet op de juiste wijze verkregen, omdat verzoekster – die bij de sluiting van de overeenkomst 68 jaar oud was en financieel niet onderlegd was – door BES niet naar behoren was geïnformeerd over de aard en de risico's van de door haar verworven preferente aandelen. Derhalve heeft de Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de overeenkomst nietig verklaard en Novo Banco Spanje veroordeeld om verzoekster de volledige koopprijs terug te betalen.

22. In het hiertegen ingestelde hoger beroep heeft Novo Banco Spanje twee besluiten van de Banco de Portugal van 29 december 2015 overgelegd (hierna: „besluit van december 2015") volgens welke de navolgende passiva niet aan Novo Banco zijn overgedragen:

„Alle verbintenissen, garanties, passiva of onvoorziene verplichtingen die verband houden met de verkoop van, de bemiddeling in, de sluiting van overeenkomsten met betrekking tot en de verspreiding van financiële instrumenten die door welke instelling ook zijn uitgegeven […]".

[5] Kaupthing Bank was eertijds de grootste IJslandse bank en werd in de nasleep van de financiële crisis op 9 oktober 2008 onder toezicht van de overheid geplaatst. Op 31 oktober 2008 verklaarde de IJslandse toezichthouder Kaupthing Bank insolvent.

23. Voorts is in die besluiten bepaald dat met name de volgende passiva van BES niet aan Novo Banco waren overgedragen: „alle schadeloosstellingen die verband houden met de niet-nakoming van vóór 3 augustus 2014 gesloten overeenkomsten", alsmede „alle schadeloosstellingen en vorderingen die voortvloeien uit de nietigverklaring van de door BES als aanbieder van financiële en beleggingsdiensten verrichte transacties" en „elk passief dat het voorwerp van een van de in bijlage I beschreven procedures is". In bijlage I wordt melding gemaakt van een aantal in verschillende staten lopende gerechtelijke procedures, waaronder die welke verzoekster in Spanje heeft ingeleid. Tot slot is in het besluit van december 2015 het volgende bepaald:

„Voor zover activa, passiva of buitenbalansposten [...] die binnen de vermogenssfeer van BES hadden moeten blijven, feitelijk zijn overgedragen aan Novo Banco, moeten zij door Novo Banco per 3 augustus 2014 terug worden overgedragen aan BES".

24. De rechter in tweede aanleg heeft het door Novo Banco Spanje ingestelde hoger beroep dat gebaseerd was op haar argument dat zij geen verwerende partij kon zijn, evenwel verworpen en heeft de beslissing van de rechter in eerste aanleg in volle omvang bevestigd. Novo Banco Spanje heeft tegen dit arrest een buitengewoon rechtsmiddel wegens procedurefouten alsook een beroep in cassatie bij de verwijzende rechter ingesteld.

IV. Verwijzingsbeslissing en procedure bij het Hof

25. Bij beslissing van 25 juni 2019, ingekomen bij het Hof op 2 juli 2019, heeft de Tribunal Supremo besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Is het met het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte als bedoeld in artikel 47 van het Handvest, met het in artikel 2 VEU neergelegde beginsel van de rechtsstaat en met het algemene rechtszekerheidsbeginsel verenigbaar dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 aldus wordt uitgelegd dat de gevolgen van een besluit van de bevoegde administratieve instantie van de staat van herkomst dat ertoe strekt het bij de inleiding van het rechtsgeding bestaande juridische kader met terugwerkende kracht te wijzigen, in lopende gerechtelijke procedures in andere lidstaten zonder verdere formaliteiten moeten worden erkend, waardoor rechterlijke beslissingen die niet in overeenstemming zijn met de inhoud van het nieuwe besluit, hun werking wordt ontnomen?"

26. De Banco de Portugal en het Fondo de Resolución, Novo Banco, de Republiek Portugal, de Republiek Italië en het Koninkrijk Spanje alsook de Europese Commissie, de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement hebben over deze vraag schriftelijke opmerkingen ingediend. Behalve de Republiek Italië waren deze partijen ook vertegenwoordigd ter terechtzitting van 30 september 2020.

V. Juridische beoordeling

A. Voorafgaande opmerkingen

27. Volgens de Banco de Portugal, Novo Banco en de Portugese regering is de door verzoekster in het hoofdgeding aangevoerde aansprakelijkheid nooit overgegaan op Novo Banco. Op grond van bijlage 2 bij het besluit van augustus 2014 werden namelijk de passiva van BES „die voortvloeien

uit [...] fraude of schending van bepalingen of beslissingen van toezichthoudende autoriteiten dan wel strafrechtelijke of administratieve instanties", niet overgedragen aan Novo Banco. Derhalve is de kwestie van een retouroverdracht aan BES bij het besluit van december 2015 en van de gevolgen ervan voor het aanhangige geding helemaal niet aan de orde.

28. In zoverre kan worden volstaan met de opmerking dat de beantwoording van de vraag of de door verzoekster in het hoofdgeding aangevoerde aansprakelijkheid behoort tot de passiva „die voortvloeien uit [...] fraude of schending van bepalingen of beslissingen van toezichthoudende autoriteiten dan wel strafrechtelijke of administratieve instanties", een juridische beoordeling vereist die, overeenkomstig de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure, uitsluitend aan de verwijzende rechter staat. Volgens vaste rechtspraak schetst de verwijzende rechter namelijk onder zijn eigen verantwoordelijkheid het wettelijke en feitelijke kader, en staat het niet aan het Hof om de juistheid daarvan te onderzoeken.[6]

29. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag moet dan ook overeenkomstig de weergave van de feiten door de Tribunal Supremo worden aangenomen dat de aansprakelijkheid wegens de aan verzoekster verstrekte onjuiste beleggingsadviezen aanvankelijk bij besluit van de Banco de Portugal van augustus 2014 aan Novo Banco is overgedragen. Pas bij een later besluit van de Banco de Portugal van december 2015 – en dus nadat het beroep in februari 2015 was ingesteld en het vonnis in eerste aanleg in oktober 2015 was gewezen – werd deze aansprakelijkheid met terugwerkende kracht tot 3 augustus 2014 terug aan BES Spanje overgedragen.

30. Omdat deze materiële rechtssituatie op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 in beginsel moet worden erkend, ziet de Tribunal Supremo zich geplaatst voor een vraagstuk op het gebied van rechterlijke bescherming en rechtszekerheid. Deze rechter is namelijk van oordeel dat hij in die omstandigheden de uitspraken van de lagere rechterlijke instanties moet vernietigen en het beroep in cassatie moet verwerpen, ook al hebben die instanties bij die uitspraken geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans niet op basis van de toen geldende juridische situatie.

31. In dit verband onderstelt zijn prejudiciële vraag onmiskenbaar dat het beginsel van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 in casu wel degelijk van toepassing is. Volgens dit beginsel hebben saneringsmaatregelen overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat van herkomst „zonder verdere formaliteiten volledige rechtswerking in de gehele [Unie], ook [...] indien de op dezen toepasselijke voorschriften van de lidstaat van ontvangst niet in dergelijke maatregelen voorzien of de tenuitvoerlegging daarvan afhankelijk stellen van voorwaarden die niet zijn vervuld". Met andere woorden, de beschreven problematiek zou niet aan de orde zijn – zoals bijna alle partijen in de procedure bij het Hof hebben opgemerkt – indien de verwijzende rechter de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES in het specifieke geval in het geheel niet zou hoeven te erkennen.

32. Volgens de Spaanse en de Italiaanse regering alsook de Commissie, de Raad en het Parlement kan deze gevolgtrekking worden gemaakt door artikel 32 van richtlijn 2001/24 toe te passen in het hoofdgeding. Deze bepaling behelst dat „[d]e gevolgen van saneringsmaatregelen of liquidatieprocedures voor een aanhangig rechtsgeding betreffende een goed of recht waarover de kredietinstelling het beheer en de beschikking heeft verloren, [...] uitsluitend [worden] beheerst door het recht van de lidstaat waar het rechtsgeding aanhangig is".

[6] Zie in die zin arresten van 12 oktober 2010, Rosenbladt (C-45/09, EU:C:2010:601, punt 33); 31 januari 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, punt 56), en 13 juni 2018, Deutscher Naturschutzring (C-683/16, EU:C:2018:433, punt 29).

33. Bijgevolg moet allereerst worden onderzocht of artikel 32 van richtlijn 2001/24 in het onderhavige geval van toepassing is en of de toepassing ervan daadwerkelijk tot gevolg heeft dat het besluit van de Banco de Portugal van december 2015 in het hoofdgeding geen gevolgen heeft (zie dienaangaande onder B). Indien het antwoord ontkennend luidt, moet worden verduidelijkt of de verwijzende rechter de erkenning van het besluit afhankelijk kan stellen van de voorwaarde dat dit besluit strookt met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming (zie dienaangaande onder C). Ten slotte moet nog worden onderzocht of de erkenning van het besluit op zichzelf beschouwd, in de bijzondere omstandigheden van het hoofdgeding, tot een schending van deze beginselen leidt (zie dienaangaande onder D).

B. Toepasselijkheid en mogelijke rechtsgevolgen van artikel 32 van richtlijn 2001/24 in het hoofdgeding

34. Hoewel de voorwaarden voor de toepasselijkheid van artikel 32 van richtlijn 2001/24 zijn vervuld, leidt de toepassing ervan niet tot de slotsom dat de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES in het hoofdgeding geen gevolgen sorteert. Dat is mogelijkerwijs de reden waarom de Tribunal Supremo deze bepaling niet uitdrukkelijk heeft betrokken bij zijn prejudiciële vraag.

1. Toepasselijkheid van artikel 32 van richtlijn 2001/24 in het hoofdgeding

35. Aan de afzonderlijke voorwaarden voor de toepasselijkheid van artikel 32 van richtlijn 2001/24 is in casu voldaan.

36. In de eerste plaats is de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES een „saneringsmaatregel" in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/24, aangezien zij tot doel heeft de financiële positie van BES zodanig te herstellen of in stand te houden dat de goede werking van de overbruggingsinstelling wordt gewaarborgd.

37. Een overbruggingsinstelling mag met name niet de verliezen en schade van de in moeilijkheden verkerende bank dragen, maar moet vooral de bescherming van de deposanten waarborgen.[7] Dat de retouroverdracht van de aansprakelijkheid begripsmatig een saneringsmaatregel is, wordt bevestigd door artikel 40 van richtlijn 2014/59, dat in lid 1, onder b), en lid 7 ervan uitdrukkelijk bepaalt dat de overdracht van alle „activa, rechten of passiva" en de retouroverdracht ervan deel kunnen uitmaken van de afwikkelingsmaatregel „oprichting van een overbruggingsinstelling". Artikel 2 van richtlijn 2001/24 bepaalt op zijn beurt dat alle afwikkelingsmaatregelen als bedoeld in richtlijn 2014/59 moeten worden aangemerkt als saneringsmaatregelen in de zin van richtlijn 2001/24.

38. In de tweede plaats heeft de maatregel betrekking op een „goed of recht waarover de kredietinstelling het beheer en de beschikking heeft verloren". Dit criterium, dat in veel taalversies van de richtlijn sowieso zeer ruim is geformuleerd[8], moet zich uiteindelijk uitstrekken tot alles wat onder een saneringsmaatregel kan vallen en wat voorwerp van geschil kan zijn. Met name moeten onder dat criterium ook vorderingen uit (pre)contractuele verhoudingen of uit

[7] Aandelendeposito's zoals dat van verzoekster vallen overigens niet onder de depositogarantie, aangezien deze zich enkel uitstrekt tot tegoeden op een rekening. Zie artikel 2, lid 1, punt 3, van richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (PB 2014, L 173, blz. 149).

[8] Het Duitse begrip „Vermögensgegenstand" („goed") kan zich, net zoals de Engelse variant „assets" of bijvoorbeeld het Poolse begrip „aktyw[a]", uitstrekken tot elke juridische positie met betrekking tot activa.

onrechtmatige daad van en tegen de kredietinstelling in afwikkeling vallen, aangezien deze juist het voorwerp kunnen zijn van een overdracht aan andere instellingen.[9] Zodra de rechthebbende van een recht, een vordering, een passief of een ander goed tijdens een aanhangig rechtsgeding verandert, rijst de behoefte aan de regeling van artikel 32 van richtlijn 2001/24.[10]

39. In de derde plaats moet het hoofdgeding als „aanhangig rechtsgeding" in de zin van deze bepaling worden beschouwd, aangezien dit begrip zich uitstrekt tot alle hoofdgedingen die ten tijde van de litigieuze maatregel reeds aanhangig waren.[11] In dit verband moet alleen worden uitgegaan van de weergave van de feiten door de Tribunal Supremo, die inhoudt dat de juridische situatie bij het besluit van de Banco de Portugal met terugwerkende kracht is gewijzigd in december 2015, dat wil zeggen op een tijdstip waarop het hoofdgeding reeds onbetwistbaar aanhangig was. Zolang de procedure niet definitief is afgedaan, staat aan de aanhangigheid van het rechtsgeding niet in de weg dat een lagere rechter reeds uitspraak heeft gedaan.

40. Artikel 32 van richtlijn 2001/24 bepaalt echter niet eenvoudigweg dat wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling – dat wil met name zeggen zodra in een lidstaat een rechtsgeding aanhangig is – een buitenlandse saneringsmaatregel in die lidstaat per definitie geen gevolgen heeft of niet hoeft te worden erkend. Integendeel, in die bepaling is vastgelegd dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor het aanhangige rechtsgeding uitsluitend worden beheerst door het recht van de lidstaat waar dat geding aanhangig is.

41. Derhalve zou in het hoofdgeding enkel onder twee extra voorwaarden kunnen worden geconcludeerd dat de retouroverdracht van de passiva aan BES irrelevant is: ten eerste zou het feit dat artikel 32 van richtlijn 2001/24 het Spaanse recht aanwijst als het toepasselijke recht, aldus moeten worden opgevat dat de vraag of een maatregel in zoverre überhaupt gevolgen sorteert – dat wil zeggen de beoordeling van de geldigheid van die maatregel in het kader van het rechtsgeding – een zaak is van het recht van de lidstaat van ontvangst. Ten tweede zou de retouroverdracht naar Spaans recht ongeldig moeten zijn.[12]

42. Ik ben echter van mening dat de verwijzing in artikel 32 van richtlijn 2001/24 naar het recht van de lidstaat van ontvangst uitsluitend ziet op de procedurele gevolgen van een saneringsmaatregel voor een aanhangig rechtsgeding[13] en dus niet van invloed kan zijn op de materiële gevolgen van de retouroverdracht.

2. Reikwijdte van de verwijzing naar „het recht van de lidstaat waar het rechtsgeding aanhangig is" in artikel 32 van richtlijn 2001/24

43. Op het eerste gezicht zou de opvatting kunnen postvatten dat de „gevolgen voor het aanhangige rechtsgeding" zich uitstrekken tot de materiële uitkomst ervan. Uit met name de regelgevingscontext en de doelstellingen van artikel 32 van richtlijn 2001/24 blijkt echter dat deze bepaling niet in die zin behoort te worden opgevat.

[9] Bijvoorbeeld een overbruggingsinstelling of een andere kredietinstelling die in het kader van een overname bepaalde bedrijfsonderdelen van de kredietinstelling in moeilijkheden verwerft.

[10] Zie dienaangaande meteen hierna punten 43 e.v. van deze conclusie.

[11] Zie dienaangaande arrest van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 54).

[12] Hiervan lijkt de verwijzende rechter althans impliciet uit te gaan.

[13] Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak LBI (C-85/12, EU:C:2013:352, punten 86 e.v.).

44. In de eerste plaats ligt aan die bepaling – anders dan enkele partijen menen – niet de gedachte ten grondslag dat de uitkomst van een reeds aanhangig rechtsgeding om redenen van rechtszekerheid niet mag worden beïnvloed door latere gebeurtenissen. Om te beginnen kan namelijk niet worden aangenomen dat in het algemeen het rechtszekerheidsbeginsel wordt geschonden wanneer rekening wordt gehouden met feiten die zich na de aanhangigmaking van een geding hebben voorgedaan. Daarnaast zou artikel 32 van richtlijn 2001/24 dan gewoonweg moeten bepalen dat een buitenlandse saneringsmaatregel geen gevolgen heeft voor een aanhangig rechtsgeding, dat wil zeggen dat hij geen invloed heeft op dit geding. Dit is echter juist niet het geval. Deze bepaling bepaalt veeleer dat de gevolgen voor het rechtsgeding worden beheerst door het recht van de lidstaat van ontvangst. De saneringsmaatregel in kwestie kan echter ook rechtmatig zijn volgens het recht van die lidstaat van ontvangst. In een dergelijk geval kan de uitkomst van het reeds aanhangige rechtsgeding dus in bepaalde omstandigheden ondanks de toepassing van artikel 32 wijzigen ten gevolge van een latere gebeurtenis.

45. Met andere woorden, ook indien artikel 32 van richtlijn 2001/24 ruim wordt opgevat, leidt het alleen al gelet op zijn bewoordingen niet tot een automatische „bevoorrechting" van schuldeisers die reeds een rechtsgeding aanhangig hebben gemaakt. Ook voor het overige levert richtlijn 2001/24 geen aanknopingspunten op voor de veronderstelling dat dergelijke schuldeisers moeten worden bevoorrecht.

46. In de tweede plaats valt niet in te zien waarom juist een aanhangig rechtsgeding zou rechtvaardigen dat *alle* gevolgen van een saneringsmaatregel worden beoordeeld naar het recht van de lidstaat van ontvangst. Een dergelijke opvatting van artikel 32 zou in zeer vergaande mate indruisen tegen het aan richtlijn 2001/24 ten grondslag liggende beginsel dat alle gevolgen van een sanerings- of liquidatiemaatregel worden bepaald door de lex concursus, zodat die opvatting niet strookt met de systematiek van de richtlijn. [14]

47. Ter vergelijking dient te worden verwezen naar de artikelen 20 tot en met 27 van richtlijn 2001/24. Ook deze bepalingen bevatten uitzonderingen op het beginsel van de toepassing van de lex concursus. Zij bepalen evenwel duidelijk welke materiële rechtsposities niet door de saneringsmaatregelen worden geraakt. Die bepalingen houden niet in dat alle materiële gevolgen van een saneringsmaatregel moeten worden beoordeeld aan de hand van de rechtsvoorschriften van de lidstaat van ontvangst, zodra deze maatregel betrekking heeft op een van de daarin genoemde rechtsinstituten.

48. Derhalve moet artikel 32 van richtlijn 2001/24 aldus worden uitgelegd dat alleen de procedurele gevolgen worden beheerst door het recht van de lidstaat van ontvangst en niet de geldigheid van de maatregel in het kader van de procedure als zodanig. Dit geldt met name in het licht van het feit dat richtlijn 2001/24, en met name artikel 32 ervan, volgens de rechtspraak van het Hof tot doel heeft te voorkomen dat de beschikbaarheid van de tot de boedel behorende goederen wordt verminderd. [15] Bijgevolg strookt de hier in overweging gegeven opvatting ook met de in zoverre geboden strikte uitlegging van die bepaling als uitzondering op de algemene regel. [16]

49. In de derde plaats zou het vaak praktisch gesproken onmogelijk zijn om alle gevolgen van een sanerings- of liquidatiemaatregel volledig aan de hand van het recht van de lidstaat van ontvangst te bepalen. Richtlijn 2001/24 harmoniseert namelijk niet de nationale bepalingen inzake

[14] Zie dienaangaande arrest van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 55).

[15] Arrest van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 55).

[16] Arrest van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 52).

saneringsmaatregelen voor kredietinstellingen.[17] Een in een lidstaat vastgestelde saneringsmaatregel heeft dan ook mogelijkerwijs in het geheel geen tegenhanger in het recht van een andere lidstaat, zodat hij nooit zou kunnen voldoen aan de voorwaarden die in dat recht zijn vastgesteld. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 uitdrukkelijk dat een buitenlandse saneringsmaatregel ook moet worden erkend „indien de [...] voorschriften van de lidstaat van ontvangst niet in dergelijke maatregelen voorzien of de tenuitvoerlegging daarvan afhankelijk stellen van voorwaarden die niet zijn vervuld".

50. Om die reden zijn de artikelen 20 tot en met 27 van richtlijn 2001/24 beperkt tot bepaalde materiële rechtsposities die door het recht van de ontvangende lidstaat worden bepaald, en geldt artikel 32 enkel voor de procedurele gevolgen voor het aanhangig geding.

51. Met betrekking tot deze gevolgen moet het beginsel van de lex concursus echter worden opzijgezet in het geval van een reeds aanhangig rechtsgeding. Alleen het recht van de lidstaat van ontvangst kan immers bepalen of de maatregel bijvoorbeeld noopt tot een wijziging van het petitum, een afdoening zonder beslissing of de vervanging van een procespartij. Daartegenover staat dat de procedurele gevolgen van een saneringsmaatregel ook door het recht van de lidstaat van herkomst kunnen worden geregeld voordat een gerechtelijke procedure wordt ingeleid. Zo kan het recht van de lidstaat van herkomst bepalen dat een kredietinstelling haar procesbevoegdheid verliest doordat een liquidatieprocedure wordt ingeleid, zodat zij voor de rechter moet worden vertegenwoordigd door een faillissementscurator.

52. Derhalve vloeit uit artikel 32 van richtlijn 2001/24 voor de onderhavige procedure enkel voort dat de in overeenstemming met het Portugese recht bewerkstelligde retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES de door het Spaanse recht geregelde gevolgen heeft voor de in Spanje ingestelde procedure.[18] Concreet betekent dit volgens de Tribunal Supremo dat Novo Banco niet langer verwerende partij kan zijn, zonder mogelijkheid van indeplaatsstelling, wat op zijn beurt leidt tot verwerping van het beroep tegen Novo Banco.[19]

53. Dit gevolg wordt door de verwijzende Tribunal Supremo weliswaar als onbevredigend beschouwd, maar gelet op het zeer grote belang van het beginsel van de toepassing van de lex concursus voor de universele doeltreffendheid van saneringsmaatregelen, die het doel van richtlijn 2001/24 is[20], zou het ontoelaatbaar zijn om daaruit de gevolgtrekking te maken dat de maatregel in de aanhangige procedure geen enkel gevolg sorteert. Mijns inziens zou daarmee het spreekwoordelijke kind met het badwater worden weggegooid. De oplossing voor dit probleem moet veeleer worden gevonden in het Spaanse procesrecht, dat moet worden toegepast in het licht van het Unierecht.[21]

54. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de materiële geldigheid van de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES in het hoofdgeding niet aan de hand van het Spaanse recht moet worden beoordeeld. Alleen de procedurele gevolgen van die maatregel voor de aanhangige

[17] Arresten van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 39), en 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punt 104).

[18] Zie in die zin ook de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak LBI (C-85/12, EU:C:2013:352, punten 86 e.v.).

[19] In het Duitse recht zou de procedure bijvoorbeeld ondanks deze wijziging tegen Novo Banco kunnen worden voortgezet. Het gezag van gewijsde van de uitspraak zou zich evenwel tot BES uitstrekken. Zie de regelingen in § 265, lid 2, en § 325 van de Zivilprozessordnung (Duits wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Zie dienaangaande de punten 96 e.v. van de onderhavige conclusie.

[20] Zie dienaangaande arrest van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 55).

[21] Zie dienaangaande hierna punten 94 e.v. van deze conclusie.

procedure worden door het Spaanse recht beheerst. De verwijzende rechter kan de erkenning van deze materiële rechtssituatie dan ook niet afwijzen met het argument dat zij in strijd is met het Spaanse recht.

C. Uitzondering van het beginsel van wederzijdse erkenning?

55. Op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 hebben de overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat van herkomst vastgestelde saneringsmaatregelen zonder verdere formaliteiten volledige rechtswerking in de gehele Unie. Aan het in deze bepaling tot uitdrukking komende beginsel van wederzijdse erkenning ligt het beginsel van wederzijds vertrouwen ten grondslag. [22] Volgens dit beginsel wordt de rechtmatigheid van een overeenkomstig de regels van de lidstaat van herkomst genomen maatregel niet getoetst door de administratieve of rechterlijke instanties van de lidstaat van ontvangst. [23]

56. Het wederzijdse vertrouwen berust op zijn beurt op de aanname dat er in alle lidstaten vergelijkbare waarborgen bestaan ten aanzien van met name de fundamentele waarden van de rechtsstaat en de democratische beginselen alsook de grondrechten van de Unie. [24] Enkel deze aanname rechtvaardigt het om niet meer te beoordelen of een maatregel die op basis van wederzijdse erkenning moet worden toegepast, verenigbaar is met het hogere recht van de lidstaat van ontvangst. [25]

57. Bovendien is de erkenning van het besluit van december 2015 in deze zaak ook niet afhankelijk van de naleving van andere vereisten van het Unierecht.

58. In de eerste plaats dient de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES namelijk niet te worden beoordeeld aan de hand van richtlijn 2014/59 (zie onder 1). In de tweede plaats vormt de vaststelling van deze saneringsmaatregel om deze reden ook geen uitvoering van het Unierecht, zodat de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten van het Unierecht niet van toepassing zijn (zie onder 2). In de derde plaats is er ook geen sprake van een van de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde categorieën van gevallen waarin met betrekking tot een nationale maatregel waarop het beginsel van wederzijdse erkenning van toepassing is, bij wijze van uitzondering moet worden nagegaan of hij voldoet aan fundamentele beginselen van het Unierecht (zie onder 3).

1. Toepasselijkheid ratione temporis van richtlijn 2014/59

59. De vereisten van richtlijn 2014/59 zijn ratione temporis niet van toepassing op de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES bij het besluit van de Banco de Portugal van december 2015.

22 Zie in dit verband arresten van 22 december 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, punt 70), en 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 77).

23 Enkel voor de volledigheid zij opgemerkt dat er hoe dan ook geen twijfel bestaat over de rechtmatigheid naar Portugees recht. Met name heeft de Portugese regering in de procedure voor het Hof nogmaals uitdrukkelijk bevestigd dat artikel 145 H, lid 5, van het Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (algemeen kader voor kredietinstellingen en financiële ondernemingen; hierna: „RGICSF") naar Portugees recht een deugdelijke rechtsgrondslag is voor het besluit van december 2015, en dat de Banco de Portugal ook alle andere formele en materiële bepalingen van het Portugese recht in acht heeft genomen.

24 Zie advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 191), alsook arresten van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 78), en 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 35).

25 Arrest van 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 37).

60. In herinnering dient te worden gebracht dat richtlijn 2014/59 op 2 juli 2014 in werking is getreden.[26] In augustus 2014 heeft de Banco de Portugal, met het oog op de afwikkeling van BES, Novo Banco opgericht en daaraan onder meer de passiva overgedragen waarnaar verzoekster in het hoofdgeding verwijst. De termijn voor de omzetting van richtlijn 2014/59 is verstreken op 31 december 2014.[27] In december 2015 heeft de Banco de Portugal besloten om met terugwerkende kracht tot 3 augustus 2014 over te gaan tot de retouroverdracht van de litigieuze aansprakelijkheid aan BES.

61. De retouroverdracht van de passiva aan BES in december 2015 moet hierbij evenwel enkel worden beschouwd als een onzelfstandig onderdeel van de saneringsmaatregel „Oprichting van de overbruggingsinstelling Novo Banco", waartoe reeds in augustus 2014 en dus vóór het einde van de omzettingstermijn van richtlijn 2014/59 was besloten. Voor deze algemene beoordeling pleit het feit dat het kunstmatig zou zijn om de afzonderlijke saneringsmaatregelen apart te beoordelen op de enkele grond dat zij op een verschillend tijdstip zijn vastgesteld, hoewel zij in werkelijkheid inhoudelijk met elkaar verband houden en hetzelfde doel dienen, te weten de oprichting van Novo Banco en de toewijzing van waardevolle en waardeloze activa.

62. Deze gedachte wordt geïllustreerd door artikel 40, lid 7, van richtlijn 2014/59. Deze bepaling maakt de toelaatbaarheid van de retouroverdracht van passiva aan de „bad bank" – een maatregel die in casu is vastgesteld na afloop van de omzettingstermijn – afhankelijk van de voorwaarde dat deze mogelijkheid reeds werd vermeld in het instrument betreffende de oprichting van de overbruggingsbank, welke oprichting vóór afloop van de omzettingstermijn heeft plaatsgevonden. De oprichting van de overbruggingsinstelling is dus enerzijds onlosmakelijk verbonden met de overdracht en de retouroverdracht van passiva. Zou men anderzijds de retouroverdracht aan de hand van artikel 40, lid 7, van richtlijn 2014/59 willen beoordelen, dan zou dit er uiteindelijk tevens toe leiden dat uit richtlijn 2014/59 toch concrete vereisten voor het besluit van augustus 2014 worden afgeleid, hoewel de omzettingstermijn op dat tijdstip onbetwistbaar nog niet was verstreken.[28] Een afzonderlijke beschouwing van de afzonderlijke maatregelen is dus niet mogelijk. Deze overweging geldt geheel los van het feit dat in het onderhavige geval daadwerkelijk is voldaan aan de vereisten van artikel 40, lid 7, van richtlijn 2014/59.

63. Zou men de maatregelen afzonderlijk willen bekijken, dan zou zelfs de administratieve bevoegdheid voor de later vastgestelde maatregelen in verband met de afwikkeling van BES moeten worden opgesplitst. Met de inwerkingtreding van verordening nr. 806/2014[29] is namelijk de verantwoordelijkheid voor afwikkelingsmaatregelen betreffende banken van de omvang en het belang van BES overgegaan op de afwikkelingsraad (Single Resolution Board, SRB).[30]

[26] Zie artikel 131 van richtlijn 2014/59: de twintigste dag na die van de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* – op 12 juni 2014 – was 2 juli 2014.

[27] Zie artikel 130 van richtlijn 2014/59.

[28] Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt uit artikel 4, lid 3, VEU en artikel 288, derde alinea, VWEU, gelezen in samenhang met de betreffende richtlijn, dat de lidstaten zich tijdens de omzettingstermijn ervan dienen te onthouden maatregelen vast te stellen die de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen. Hieruit kunnen echter enkel verplichtingen tot nalaten maar geen positieve verplichtingen worden afgeleid. Zie met name arrest van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, punten 121 e.v.).

[29] Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (PB 2014, L 255, blz. 1) (hierna: „GAM-verordening").

[30] Artikel 5, lid 1, juncto artikel 7, lid 2, onder a), i), van de GAM-verordening.

64. In zoverre volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het gerechtvaardigd kan zijn de oude juridische regeling toe te passen op situaties die onder de vigeur van die regeling zijn ontstaan en na de inwerkingtreding van de nieuwe juridische regeling blijven bestaan, indien de nieuwe regels één geheel vormen en als het ware hebben geleid tot een verandering van het systeem. [31] Dit is het geval met richtlijn 2014/59.

65. Het is dus alleen maar passend om de rechtmatigheid van de maatregelen van de Banco de Portugal in verband met de afwikkeling van BES als één enkel pakket aan maatregelen te beoordelen op basis van de juridische situatie van augustus 2014, dat wil zeggen op een tijdstip waarop de termijn voor de omzetting van richtlijn 2014/59 nog niet was verstreken.

66. De onderhavige saneringsmaatregelen geven ook geen aanleiding om uit te gaan van een anticiperende werking van richtlijn 2014/59. Het is juist dat de lidstaten zich gedurende de termijn voor de omzetting van een richtlijn dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen. [32] Het blijkt echter niet dat de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES in strijd is met de doelstellingen van richtlijn 2014/59, met name van artikel 40 van deze richtlijn.

67. Integendeel, een overbruggingsinstelling dient enkel de gezonde bedrijfsonderdelen van een bank in moeilijkheden voort te zetten. Zij dient echter juist niet de aansprakelijkheid voor het risicovolle en mogelijkerwijs schadelijke gedrag van die bank over te nemen. Dit instrument heeft veeleer – in overeenstemming met de algemene doelstellingen van de afwikkeling van banken [33] – met name tot doel deposanten te beschermen en mogelijke systemische gevolgen het hoofd te bieden. Zoals gezegd vormen de door verzoekster aangehouden aandelen evenwel geen beschermd deposito. [34]

68. De oprichting van Novo Banco en haar kapitalisatie van 4,9 miljard EUR werden met staatsmiddelen bekostigd. [35] Zou Novo Banco nu aansprakelijk zijn voor de door de Spaanse rechterlijke instanties als onrechtmatig gekwalificeerde handelspraktijken van BES die erin bestonden dat aandelen in de noodlijdende IJslandse Kaupthing Bank vlak vóór het faillissement van deze bank werden verkocht aan onervaren beleggers, dan zou uiteindelijk weer de belastingbetaler moeten „opdraaien" voor de fouten van de banken. Alle sinds de financiële crisis van 2008 doorgevoerde hervormingen op het gebied van de regelgeving voor banken hebben echter uitdrukkelijk tot doel een einde te maken aan zogenoemde „moral hazard" in de financiële sector en de kosten van de redding van banken voor de gemeenschap zo laag mogelijk te houden. [36]

69. Op het eerste gezicht kan het weliswaar onbevredigend lijken dat verzoekster, die volgens de vaststellingen van de Spaanse rechter niet in staat was de gevolgen van haar belegging te begrijpen, daardoor uiteindelijk haar geld verliest, maar dit is te wijten aan het feit dat zich in het geval van verzoekster zelfs twee algemene risico's hebben verwezenlijkt: ten eerste is Kaupthing Bank over

[31] Zie in die zin arresten van 12 november 1981, Meridionale Industria Salumi e.a. (212/80-217/80, EU:C:1981:270, punt 11), en 26 maart 2015, Commissie/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, punt 36).

[32] Arresten van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, punt 45); 11 september 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e.a. (C-43/10, EU:C:2012:560, punt 57), en 13 november 2019, Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė (C-2/18, EU:C:2019:962, punt 55).

[33] De afwikkelingsdoelstellingen zijn thans neergelegd in artikel 14, lid 2, van de GAM-verordening.

[34] Zie dienaangaande reeds hiervoor punt 36 van deze conclusie.

[35] Zie het persbericht van de Commissie van 4 augustus 2014 betreffende de goedkeuring van afwikkelingssteun voor Banco Espírito Santo (document IP/14/901, te raadplegen op: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_901).

[36] Zie bijvoorbeeld de factsheet van de Commissie van 15 april 2014 met betrekking tot richtlijn 2014/59, MEMO/14/297. Zie ook artikel 14, lid 2, tweede volzin, van de GAM-verordening.

de kop gegaan en afgewikkeld. Zou verzoekster solide aandelen op haar effectenrekening bij BES hebben gehad, dan zou zij hoogstwaarschijnlijk van meet af aan geen beroep hebben ingesteld wegens onjuist beleggingsadvies. Ten tweede is ook nog BES over de kop gegaan, waardoor verzoekster ondanks haar bestaande vordering wegens onjuist beleggingsadvies geen kans meer heeft om haar geld terug te krijgen van die instelling. Hieruit volgt echter niet dat deze twee risico's moeten worden afgewenteld op de staat of op de gemeenschap. Men zou eerder moeten denken aan persoonlijke aansprakelijkheid van de beleggingsadviseurs of aan strafrechtelijke gevolgen.

70. Om deze redenen is de hier aan de orde zijnde retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES in overeenstemming met de doelstellingen van richtlijn 2014/59. Derhalve is deze richtlijn ook niet van toepassing op deze maatregel op grond van een mogelijke anticiperende werking.

2. Toepasselijkheid van de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten van het Unierecht?

71. De retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES kan slechts aan het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming worden getoetst indien het daarbij gaat om een situatie waarbij er sprake is van „het recht van de Unie ten uitvoer brengen" in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"). In dat geval zou niet alleen het Handvest – en met name artikel 47 ervan – van toepassing zijn, maar zouden ook de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht van toepassing zijn.[37] Tot deze algemene rechtsbeginselen behoort met name het rechtszekerheidsbeginsel.[38]

72. Met de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES bij het besluit van december 2015 is – anders dan met de erkenning van dat besluit – evenwel geen Unierecht tot uitvoering gebracht.

73. Richtlijn 2001/24 vormt namelijk juist geen harmonisatie van de nationale bepalingen inzake de sanering en liquidatie van kredietinstellingen.[39] Bij richtlijn 2001/24 wordt aan de lidstaten weliswaar de verplichting opgelegd om dergelijke maatregelen van andere lidstaten te erkennen, maar de erkenning door de lidstaat van ontvangst – in casu Spanje – is een maatregel die moet worden onderscheiden van de vaststelling van de eigenlijke saneringsmaatregel door de lidstaat van herkomst, in casu Portugal. Voor de vaststelling en uitvoering van sanerings- en liquidatiemaatregelen door de administratieve en rechterlijke instanties van de lidstaat van herkomst van een kredietinstelling bevat richtlijn 2001/24 juist geen specifieke verplichtingen. Die maatregelen worden veeleer uitsluitend beheerst door het recht van de staat van herkomst.[40] Met name zijn de lidstaten krachtens richtlijn 2001/24 niet verplicht om bepaalde sanerings- en liquidatiemaatregelen vast te stellen of ten uitvoer te leggen.[41] Precies om die reden is wederzijdse erkenning überhaupt nodig.

[37] Zie de toelichting bij artikel 51 van het Handvest (PB 2007, C 303, blz. 32), alsmede arrest van 10 juli 2014, Julián Hernández e.a. (C-198/13, EU:C:2014:2055, punt 33), en beschikking van 24 september 2019, Spetsializirana prokuratura (Vermoeden van onschuld) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, punt 39).

[38] Arrest van 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 125).

[39] Arresten van 24 oktober 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, punt 39), en 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punt 104).

[40] Zie met betrekking tot het criterium dat uit het Unierecht bepaalde verplichtingen voor de lidstaten moeten voortvloeien opdat het Handvest van toepassing is, arresten van 6 maart 2014, Siragusa (C-206/13, EU:C:2014:126, punt 26), en 10 juli 2014, Julián Hernández e. a. (C-198/13, EU:C:2014:2055, punt 35), alsmede beschikking van 24 september 2019, Spetsializirana prokuratura (Vermoeden van onschuld) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, punt 41).

[41] Zie in die zin beschikking van 24 september 2019, Spetsializirana prokuratura (Vermoeden van onschuld) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, punten 41 e.v.).

74. Het is juist dat met de vaststelling van richtlijn 2014/59 de maatregelen voor de sanering en afwikkeling van kredietinstellingen in de Unie zijn geüniformeerd.[42] Richtlijn 2014/59 verschaft de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten namelijk een uniform instrumentarium van afwikkelingsmaatregelen, waaronder de oprichting van een overbruggingsbank en de daarmee samenhangende transacties.[43] Zoals evenwel reeds is geconstateerd, zijn de vereisten van richtlijn 2014/59 ratione temporis niet van toepassing op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES.[44] Integendeel, de Banco de Portugal heeft de overbruggingsbank naar Portugees recht opgericht toen enkel richtlijn 2001/24 van toepassing was en deze richtlijn voorzag juist niet in harmonisatie van de saneringsmaatregelen.

75. Het blijft dan ook een feit dat met het besluit van december 2015 geen Unierecht ten uitvoer is gebracht.

76. Indien werd aangenomen dat met elke nationale beslissing die volgens Unierechtelijke voorschriften aan wederzijdse erkenning onderworpen is – dat wil zeggen met elke straf-[45] en civielrechtelijke beslissing[46], elke beslissing inzake onderhoudsverplichtingen[47], elke toelating van artsen[48] enzovoort – het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, zou niet alleen de werkingssfeer van het Handvest extreem worden opgerekt, maar zou vooral het stelsel van wederzijdse erkenning ad absurdum worden doorgevoerd. In plaats van een maatregel te erkennen in het vertrouwen dat hij verenigbaar is met beginselen van hogere rang, zou hij namelijk van geval tot geval kunnen worden getoetst aan de grondrechten en aan de algemene rechtsbeginselen van de Unie. Deze mogelijkheid wordt echter alleen erkend in absoluut uitzonderlijke gevallen en aan de voorwaarden daarvoor is in casu niet voldaan.

3. Controle – bij wijze van uitzondering – op de naleving van de fundamentele waarden van het Unierecht?

77. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen uitzonderingen op het beginsel van wederzijdse erkenning namelijk hooguit in „uitzonderlijke omstandigheden" worden gemaakt.[49] In zoverre heeft het Hof in verband met de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel erkend dat een reëel en door systemische gebreken veroorzaakt gevaar voor schending van een rechtsgoed van fundamentele betekenis een dergelijke uitzonderlijke omstandigheid kan vormen. Concreet heeft het Hof daarbij verwezen naar het in artikel 4 van het Handvest neergelegde

42 Zie overweging 10 van richtlijn 2014/59, en arrest van 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punt 113).

43 Zie artikel 40 van richtlijn 2014/59.

44 Zie hierboven punten 59 e.v. van deze conclusie.

45 Zie kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie (PB 2008, L 327, blz. 27).

46 Zie verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1).

47 Zie verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (PB 2009, L 7, blz. 1).

48 Zie richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2005, L 255, blz. 22).

49 Zie advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 191), alsook arresten van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 82), en 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 43).

verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen [50] en naar het vereiste van onafhankelijkheid van de rechters [51]. Evenzo heeft de Raad ter terechtzitting subsidiair opmerkingen gemaakt over de rechtspraak van het Hof inzake de rechtsstaat. [52]

78. In casu kan er evenwel geen sprake zijn van ernstige en systemische tekortkomingen in Portugal op het gebied van rechtsstatelijkheid. Voor het geval dat het Hof het niettemin nodig acht de saneringsmaatregel te toetsen aan het Unierecht, ga ik hierna subsidiair in op de redenen waarom de retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES geen schending van het rechtszekerheidsbeginsel, noch van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming oplevert.

a) Subsidiair: het rechtszekerheidsbeginsel, met name de bescherming van het gewettigd vertrouwen

79. Volgens vaste rechtspraak vereist het rechtszekerheidsbeginsel dat een overheidsregeling voldoende duidelijk en nauwkeurig is opdat de belanghebbenden in staat zijn om de hun bij die regeling opgelegde verplichtingen en toegekende rechten ondubbelzinnig te kennen, alsmede om dienovereenkomstig hun voorzieningen te treffen. [53] In samenhang hiermee wordt het vertrouwen van de belanghebbenden in het voortbestaan van deze regeling in beginsel beschermd. [54]

80. Van een beschermingswaardig vertrouwen in het voortbestaan van een situatie kan evenwel geen sprake zijn wanneer een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer een wijziging van de juridische situatie had kunnen voorzien. Met name kunnen de marktdeelnemers niet vertrouwen op het voortbestaan van een situatie wanneer de nationale autoriteiten deze in het kader van hun discretionaire bevoegdheid kunnen wijzigen. [55]

81. Bijgevolg is in het hoofdgeding van belang of het voor een voorzichtige en bezonnen belegger duidelijk was dat de toezichthouder op grond van artikel 145 H, lid 5, RGICSF passiva ook met terugwerkende kracht terug kan overdragen aan de „bad bank”. Voor de bevestigende beantwoording van deze vraag pleit het feit dat in het besluit van augustus 2014 nogmaals uitdrukkelijk is gewezen op die mogelijkheid, hetgeen ook de Portugese regering in de procedure voor het Hof heeft benadrukt. In dit verband zou opnieuw gewaarborgd moeten zijn dat een voorzichtige en bezonnen belegger kennis had kunnen nemen van dat besluit, wat in elk geval de bekendmaking ervan in het Spaans en in de in Spanje gebruikelijke vorm vereist. In zoverre is er ter terechtzitting op gewezen dat in de Spaanse media uitvoerig verslag is gedaan van het besluit van de Banco de Portugal.

82. Dat Novo Banco (op zijn minst gedeeltelijk) BES in rechte heeft opgevolgd [56] en ook verzoeksters aandelendeposito blijft beheren, zou mijns inziens hoe dan ook op zichzelf beschouwd niet het vertrouwen kunnen funderen dat Novo Banco tevens de verplichtingen uit hoofde van aansprakelijkheid voor gebrekkig beleggingsadvies van BES overneemt die reeds vóór

50 Arrest van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 85).

51 Arrest van 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 48).

52 De vertegenwoordiger van de Raad heeft met name verwezen naar de arresten van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), en 24 juni 2019, Commissie/Polen [Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen)] (C-619/18, EU:C:2019:531).

53 Arrest van 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 127).

54 Arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a. (C-98/14, EU:C:2015:386; punt 77).

55 Zie in die zin arresten van 7 september 2006, Spanje/Raad (C-310/04, EU:C:2006:521, punt 81); 10 september 2009, Plantanol (C-201/08, EU:C:2009:539, punt 53), en 11 juli 2019, Agrenergy en Fusignano Due (C-180/18, C-286/18 en C-287/18, EU:C:2019:605, punt 31).

56 Zie met betrekking tot de nieuwe juridische situatie artikel 40, lid 9, van richtlijn 2014/59.

de overname van die zakelijke relatie bestonden. De overname van een overeenkomst gaat niet noodzakelijk gepaard met de overname van een reeds bestaande verplichting uit hoofde van aansprakelijkheid.

83. Bovendien is het juist niet in overeenstemming met het doel en de strekking van de oprichting van een overbruggingsinstelling dat de aansprakelijkheid voor zeer risicovol en mogelijkerwijs schadelijk gedrag van de in moeilijkheden verkerende bank wordt overgedragen aan die instelling. [57] Deze overwegingen kunnen ook een rol spelen wanneer in het hoofdgeding de vraag wordt beantwoord of het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel in acht zijn genomen.

84. In dit verband dient namelijk in herinnering te worden gebracht dat de bescherming van het gewettigd vertrouwen volgens de rechtspraak van het Hof in geval van onrechtmatige rechtshandelingen wordt beperkt door het legaliteitsbeginsel. [58] Het is evenwel niet de bedoeling om hier de rechtmatigheid van het besluit van de Banco de Portugal van december 2015 te beoordelen, aangezien dat niet de taak van het Hof is. Hoe dan ook kan het vertrouwen in het voortbestaan van een dergelijk besluit tot retouroverdracht naar mijn mening slechts een sterk verminderde bescherming genieten wanneer dat besluit kennelijk indruist tegen de doelstellingen van de afwikkelingsmaatregel.

85. In die zin heeft ook de Portugese regering – in haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Hof – de opvatting verdedigd dat de toezichthouder in de gelegenheid moet worden gesteld om onjuiste besluiten te herzien. Dit geldt a fortiori gezien de tijdsdruk waaronder het besluit tot afwikkeling moet worden genomen [59] en de aanzienlijke financiële lasten voor de gemeenschap die de oprichting van een overbruggingsbank met zich meebrengt.

86. In het licht van deze algemene omstandigheden had verzoekster niet kunnen vertrouwen op de door het besluit van augustus 2014 bewerkstelligde overgang van de aansprakelijkheid voor het onjuiste beleggingsadvies van BES op Novo Banco. Derhalve valt niet in te zien dat het rechtszekerheidsbeginsel is geschonden.

b) Subsidiair: recht op doeltreffende rechterlijke bescherming

87. Volgens vaste rechtspraak is het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van het Unierecht dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, dat door artikel 47 van het Handvest wordt gewaarborgd en dat tevens in de artikelen 6 en 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") is neergelegd. [60] Ingevolge artikel 47, eerste alinea, van het Handvest heeft eenieder recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Uit artikel 47, tweede alinea, van het Handvest volgt bovendien dat de toegang tot de rechter gewaarborgd moet zijn. In zoverre acht het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") een louter

[57] Zie dienaangaande hierboven punten 67 e.v. van deze conclusie.

[58] Zie in die zin arresten van 22 maart 1961, Snupat/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, EU:C:1961:5, blz. 159); 3 maart 1982, Alphasteel/Commissie (14/81, EU:C:1982:76, punt 10); 17 april 1997, de Compte/Parlement (C-90/95 P, EU:C:1997:198, punten 35 e.v.), en 13 januari 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punt 27).

[59] Volgens de huidige Europese rechtsregels is spoedeisendheid een voorwaarde voor de afwikkeling. Zie artikel 18, lid 1, onder b), van de GAM-verordening.

[60] Zie arrest van 8 september 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, punt 58).

formeel of theoretisch bestaande, maar praktisch uitgesloten mogelijkheid om voorziening in rechte te verkrijgen niet voldoende opdat de daadwerkelijke toegang tot de rechter gewaarborgd is. [61]

88. In het onderhavige geval had verzoekster volgens de Portugese regering het recht om tegen het besluit van december 2015 beroep in te stellen binnen drie maanden na de bekendmaking van dat besluit – op 13 januari 2016 – op de website van de Banco de Portugal. Hierbij zou in het licht van alle omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of dit recht van beroep als doeltreffend kan worden beschouwd in de zin van artikel 47, eerste alinea, van het Handvest.

89. In dit verband zou in aanmerking moeten worden genomen dat artikel 47 van het Handvest in beginsel niet in de weg staat aan de vaststelling van fatale termijnen voor het instellen van een beroep. [62] De doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming wordt door een redelijke fatale termijn niet onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt zolang deze termijn begint te lopen op een tijdstip waarop de belanghebbende daarvan kennis heeft gekregen of althans had moeten krijgen. [63]

90. Volgens de toelichting van de Portugese regering is het besluit van de Banco de Portugal niet alleen bekendgemaakt op 13 januari 2016, maar bovendien op 26 januari 2016 door Novo Banco Spanje toegevoegd aan het dossier van het in Spanje aanhangige geding met verzoekster. Verzoekster werd in dat geding steeds door een raadsman vertegenwoordigd. Volgens informatie van de Portugese regering hebben overigens op zijn minst zes Spaanse beleggers in Portugal beroep ingesteld tegen het besluit van december 2015.

91. Anders dan de Spaanse regering meent, kan het trouwens niet in het algemeen onredelijk worden geacht dat het besluit van de Banco de Portugal in Portugal moet worden aangevochten. Indien in een stelsel van wederzijdse erkenning wordt toegestaan dat ook buitenlandse besluiten in een lidstaat gevolgen hebben, impliceert dit noodzakelijkerwijs dat het forum waar moet worden opgekomen tegen het betreffende besluit, zich kan bevinden in een andere lidstaat dan die waar de eiser zijn woonplaats heeft. [64]

92. Tegen deze achtergrond zou moeten worden aangenomen dat ook verzoekster doeltreffende rechterlijke bescherming tegen het besluit van de Banco de Portugal van december 2015 heeft kunnen genieten.

4. Voorlopige conclusie

93. Derhalve is geen enkele afwijking van het beginsel van wederzijdse erkenning in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 van toepassing. Mocht verzoekster willen opkomen tegen het besluit van de Banco de Portugal, dan moet zij dit doen voor de Portugese rechter.

[61] Volgens die rechtspraak mag een rechtsmiddel niet louter „theoretisch of denkbeeldig" zijn. Zie bijvoorbeeld EHRM, arresten van 19 maart 1997, Hornsby tegen Griekenland (CE:ECHR:1997:0319JUD001835791, §§ 40 en 41), en 26 februari 2002, Del Sol tegen Frankrijk (CE:ECHR:2002:0226JUD004680099, § 21).

[62] Beschikking van 17 mei 2002, Duitsland/Parlement en Raad (C-406/01, EU:C:2002:304, punt 20).

[63] Zie in die zin arresten van 7 november 2019, Flausch e.a. (C-280/18, EU:C:2019:928, punt 55), en 27 februari 2020, TK e.a. (Bezoldiging van ambtenaren en rechters) (C-773/18-C-775/18, EU:C:2020:125, punt 73).

[64] Zie in die zin arrest van 22 december 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, punt 69).

D. Gevolgen van de erkenning van de saneringsmaatregel in het hoofdgeding in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming

94. Gelet op het voorgaande stelt de Tribunal Supremo de vraag of de uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 voortvloeiende verplichting tot onvoorwaardelijke erkenning van de materiële rechtssituatie, zoals die voortvloeit uit de besluiten van de Banco de Portugal van december 2015, op haar beurt in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming.

95. De daardoor teweeggebrachte wijziging van de materiële rechtssituatie in het aanhangige geding heeft volgens die rechter in het Spaanse recht namelijk de procedurele consequentie dat het hoger beroep moet worden verworpen en dat verzoekster moet worden verwezen in de kosten. De Tribunal Supremo acht het in dit verband met name problematisch dat de vonnissen van de lagere rechters zouden moeten worden vernietigd hoewel zij – althans op basis van de toenmalige juridische situatie – zijn gewezen zonder dat die rechters blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Om die reden stelt de Tribunal Supremo impliciet de geldigheid van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 in omstandigheden als die van het hoofdgeding ter discussie.

96. Aldus wordt evenwel voorbijgegaan aan het feit dat de vernietiging van de vonnissen van de lagere rechters en de verwerping van het hoger beroep helemaal niet rechtstreeks voortvloeien uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24. Dit zijn veeleer de specifieke procedurele gevolgen die het Spaanse recht – dat op grond van artikel 32 van die richtlijn het enige relevante is in dit verband[65] – verbindt aan een wijziging (met terugwerkende kracht) van de materiële rechtssituatie in de lopende procedure.

97. In zoverre heeft de Spaanse regering ter terechtzitting bevestigd dat het Spaanse recht in dat stadium van de procedure niet voorziet in de mogelijkheid van de vervanging van een verweerder door een andere verweerder, noch in de mogelijkheid om de procedure tegen de oorspronkelijke verweerder voort te zetten en het gezag van gewijsde uit te breiden tot de „nieuwe" schuldenaar[66], of in een rechtsfiguur zoals de „retrait litigieux".[67] De Tribunal Supremo heeft dan ook geen andere keuze dan het vonnis van de rechter in eerste aanleg, die dat vonnis heeft gewezen zonder dat hij (destijds) blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting, te vernietigen en uiteindelijk het beroep te verwerpen, waarbij de kosten volledig ten laste van verzoekster komen. In andere rechtsorden zou evenwel niet noodzakelijk dezelfde uitkomst worden bereikt.

98. Op de keper beschouwd is dus niet de erkenning van de materiële rechtssituatie – en dus artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 – het probleem, maar het ontbreken van procedurele reactiemogelijkheden in het Spaanse recht. Derhalve rijst de vraag, die impliciet ook de Raad in de schriftelijke procedure bij het Hof aan de orde heeft gesteld, of een nationale regel die aan de door richtlijn 2001/24 vereiste erkenning van een buitenlandse saneringsmaatregel in het kader van een lopende gerechtelijke procedure het procedurele gevolg verbindt dat het eerder gegronde beroep in hoger beroep wordt verworpen met verwijzing van de eiser in alle kosten, verenigbaar is met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming.

65 Zie hierboven punten 41 e.v. van deze conclusie.

66 Zie in het Duitse recht de regelingen in § 265, lid 2, en § 325 ZPO.

67 Zie in het Franse recht de regelingen in de artikelen 1699 e.v. van de code civil (Frans burgerlijk wetboek).

99. Voor de beantwoording van deze vraag komt relevantie toe aan deze beginselen zoals die in het Unierecht zijn geformuleerd, aangezien de erkenning van een buitenlandse saneringsmaatregel – anders dan de vaststelling ervan [68] – de krachtens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24 op de lidstaten rustende verplichting omzet, zodat de lidstaten aldus „het recht van de Unie ten uitvoer brengen" in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest.

1. Rechtszekerheidsbeginsel

100. Wat de verenigbaarheid met het rechtszekerheidsbeginsel betreft, vloeien er mijns inziens geen specifieke problemen voort uit het Spaanse procesrecht. Met name kan er van gewettigd vertrouwen in het voortbestaan van een beslissing van een lagere rechter geen sprake voordat een procedure is afgesloten met een in kracht van gewijsde gegane beslissing.

101. Aangezien de mogelijkheid van retouroverdracht van de aansprakelijkheid aan BES op zichzelf beschouwd verenigbaar moet worden geacht met het rechtszekerheidsbeginsel [69], kan niets anders gelden voor de procedurele gevolgen van die retouroverdracht. Van een voorzichtige en bezonnen eiser kan namelijk worden verwacht dat hij het relevante procesrecht kent. Met andere woorden, verzoekster had er rekening mee moeten houden dat een mogelijke wijziging van de materiële rechtssituatie zou leiden tot verwerping van haar beroep, waarbij zij zou worden verwezen in alle kosten.

2. Recht op doeltreffende rechterlijke bescherming

102. Niettemin bestaan er ernstige twijfels of deze uitkomst verenigbaar is met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en de toegang tot de rechter als bedoeld in artikel 47 van het Handvest.

103. Het is juist dat de doeltreffendheid van een rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM en artikel 47, eerste alinea, van het Handvest niet hetzelfde is als het welslagen ervan. [70] Artikel 47 van het Handvest garandeert dus niet dat het beroep wordt toegewezen of dat het besluit van de Banco de Portugal van december 2015 niet wordt erkend.

104. Problematisch is evenwel dat verzoekster ten gevolge van de verwerping van het beroep gehouden is om de kosten te dragen. In de rechtspraak van het Hof wordt in dit verband erkend dat ook onevenredig hoge proceskosten het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot de rechter nadelig kunnen beïnvloeden. [71] De kosten moeten echter niet alleen als onevenredig worden beschouwd indien zij niet in verhouding staan tot het economische belang dat de eiser heeft bij het verkrijgen van een gunstige uitspraak, maar ook indien zij objectief gezien niet gerechtvaardigd zijn.

[68] Zie dienaangaande reeds punt 73 van deze conclusie.

[69] Zie dienaangaande punten 79 e.v. van deze conclusie.

[70] EHRM, arrest van 29 november 1991, Pine Valley tegen Ierland (CE:ECHR:1991:1129JUD001274287, § 66).

[71] Zie in die zin arrest van 11 april 2013, Edwards en Pallikaropoulos (C-260/11, EU:C:2013:221, punt 33).

105. Derhalve is een regeling op grond waarvan de eiser de proceskosten draagt wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld, gebruikelijk en bestaan er tegen een dergelijke regeling geen principiële bezwaren.[72] De objectieve rechtvaardiging voor deze verplichting om de kosten te dragen wordt immers gevormd door het feit dat de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het beroep onder de verantwoordelijkheid van de eiser vallen.

106. Niettemin kunnen er gevallen zijn waarin deze overweging niet geldt. Het hoofdgeding vormt een illustratie van een dergelijk geval. Het beroep is in dat geding niet (langer) gegrond, omdat de materiële rechtssituatie achteraf met terugwerkende kracht is veranderd, wat evenwel geheel buiten verzoeksters invloedssfeer en verantwoordelijkheid valt.

107. In casu moest verzoekster er weliswaar rekening mee houden dat de juridische situatie mogelijkerwijs in haar nadeel zou kunnen veranderen waardoor haar vordering uiteindelijk zou worden afgewezen[73], maar dit mag er niet toe leiden dat het instellen van de vordering als zodanig in haar nadeel is en zij daarom zou kunnen besluiten er principieel van af te zien. Dit zou namelijk de kern van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming aantasten.

108. Daarom moet het nationale recht in een dergelijk geval naar mijn mening voorzien in de mogelijkheid van een procedurele reactiemogelijkheid. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan afdoening zonder beslissing, wijziging van het petitum of elk ander instrument waardoor verwerping van het beroep uitsluitend op basis van de latere en retroactieve wijziging van de materiële rechtssituatie kan worden voorkomen. Bij gebreke van een dergelijke reactiemogelijkheid moet de rechter bevoegd zijn om verzoekster ondanks de verwerping van het beroep niet te verwijzen in de kosten.

109. Het risico op een onvermijdelijke verwerping van het beroep met verwijzing in alle kosten kan daarentegen een eiser ervan te weerhouden zijn rechten voor de rechter te doen gelden en is bijgevolg onverenigbaar met artikel 47 van het Handvest.

VI. Conclusie

110. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de vraag van de Tribunal Supremo te beantwoorden als volgt:

„De door artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen voorgeschreven erkenning van een in een lidstaat vastgestelde saneringsmaatregel waarbij met terugwerkende kracht wijziging wordt gebracht in de materiële rechtssituatie die het voorwerp is van een rechtsgeding dat in een andere lidstaat aanhangig is, mag in dat rechtsgeding niet tot gevolg hebben dat de door die wijziging benadeelde partij noodzakelijkerwijs in het ongelijk wordt gesteld en daarbij de volledige kosten dient te dragen. Een dergelijke uitkomst is in strijd met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie omdat zij het instellen van beroep als zodanig tot een risico maakt en een eiser ervan kan weerhouden zijn rechten voor de rechter te doen gelden."

[72] Zie in die zin arresten van 11 april 2013, Edwards en Pallikaropoulos (C-260/11, EU:C:2013:221, punt 25), en 13 februari 2014, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-530/11, EU:C:2014:67, punt 44).

[73] Zie punten 79 e.v. van deze conclusie.

[i] — De nummering van de Nederlandse versie is na de oorspronkelijke publicatie gewijzigd vanaf punt 9.