



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

T. ĆAPETA

fremSAT den 13. februar 2025¹

Sag C-687/23

D.E.

mod

Banco Santander, SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2014/59/EU – regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter – afvikling af Banco Popular – tvungen overdragelse af aktier uden modydelse – søgsmål om ugyldighed og erstatning anlagt, før afviklingsafgørelsen blev truffet – begrebet »opstået« forpligtelse – adgang til effektive retsmidler«

I. Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle forelæggelse udgør endnu en del af den retspraksis, der fulgte efter afviklingen af 7. juni 2017 af den spanske bank Banco Popular Español, S.A. (herefter »Banco Popular«)².
2. Som følge af denne afvikling mistede et stort antal fysiske og juridiske personer deres investeringer. Dette har ført til en lang række retssager ved de nationale domstole og Unionens retsinstanser.
3. Disse tvister omfatter flere sager med påstand om ugyldighed og om tilbagebetaling af betalte beløb eller erstatning som følge af Banco Populars manglende overholdelse af visse gennemsigtigheds- og forbrugerretlige krav, da den solgte visse finansielle instrumenter til fysiske og juridiske personer. Disse sager vedrører med andre ord ikke tabet af de nævnte instrumenters værdi som følge af afviklingen, men snarere at den oprindelige tegning af disse instrumenter var ulovlig.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Jf. afgørelse SRB/EES/2017/08 af 7.6.2017 vedtaget af Den Fælles Afviklingsinstans vedrørende en afviklingsordning for Banco Popular Español, S.A., som Kommissionen godkendte i sin afgørelse (EU) 2017/1246 (EUT 2017, L 178, s. 15) (herefter samlet »afviklingsafgørelsen«).

4. I dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular)³ og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II)⁴ fastslog Domstolen, at sådanne retssager, for så vidt som de blev indledt *efter* den dato, hvor afviklingsafgørelsen blev truffet, er udelukket i henhold til direktiv 2014/59/EU (direktiv for genopretning og afvikling af banker, herefter »BRRD«)⁵.

5. Det nye i den foreliggende sag er, at hovedsagen blev indledt, *før* afviklingen fandt sted. Gør det en forskel? Dette er i det væsentlige det spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til i den foreliggende sag.

II. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og proceduren for Domstolen

6. I 2009 gennemførte Banco Popular en udstedelse af »Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S.A. I/2009« (herefter »de efterstillede kortfristede obligationer I/2009«).

7. Den 3. oktober 2009 tegnede D.E., i sin egenskab af enedirektør for selskabet Lera Blava, S.L.U. (herefter »selskabet«), på vegne af dette selskab 15 af disse konvertible kortfristede obligationer til et samlet beløb af 15 000 EUR.

8. Den 25. maj 2012 indvilgede D.E., også som repræsentant for Lera Blava, S.L.U., i en konvertering af disse efterstillede kortfristede obligationer I/2009, som ville udløbe i oktober 2013, til andre efterstillede kortfristede obligationer, som obligatorisk kunne konverteres (herefter »de efterstillede kortfristede obligationer II/2012«). Sidstnævnte ville udløbe i november 2015.

9. Den 14. januar 2013 overdrog selskabet ejerskabet til disse obligationer til D.E. som betaling for udestående løn.

10. Den 25. november 2015 blev de efterstillede kortfristede obligationer II/2012 i overensstemmelse med betingelserne for deres udstedelse obligatorisk konverteret til aktier i Banco Popular. D.E. blev som følge heraf aktionær i Banco Popular.

11. Den 6. oktober 2016 anlagde D.E. i eget navn sag mod Banco Popular med påstand om, at de efterstillede kortfristede obligationer I/2009 og II/2012 blev erklæret ugyldige på grund af en mangel ved det samtykke, som kræves i henhold til EU-retten, navnlig MiFID I-direktivet⁶, og med påstand om tilbagebetaling af det oprindeligt investerede beløb. Subsidiært nedlagde D.E. påstand om erstatning for det tab, der var lidt som følge af den manglende overholdelse af forpligtelserne i henhold til MiFID I-direktivet.

³ – Dom af 5.5.2022, Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2022:351) (herefter »dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular)«).

⁴ – Dom af 5.9.2024, Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) (C-775/22, C-779/22 og C-794/22, EU:C:2024:679) (herefter »dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II)«).

⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.5.2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (EUT 2014, L 173, s. 190).

⁶ – I henhold til anmodningen om præjudiciel afgørelse påberåbte D.E. sig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21.4.2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF, og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF (EUT 2004, L 145, s. 1) (herefter »MiFID I-direktivet«).

12. Den 31. maj 2017 tog Juzgado de Primera Instancia (ret i første instans, Spanien) D.E.s påstand til følge og erklærede tegningen af de efterstillede kortfristede obligationer I/2009 og II/2012 for ugyldig⁷. Det fremgår af de nationale sagsakter, at denne ret bekræftede, at Banco Popular ikke havde foretaget en »hensigtsmæssighedsvurdering« i relation til D.E., hverken i dennes egenskab af privatperson eller som direktør for selskabet, med henblik på at vurdere, om den pågældende i nogen af disse egenskaber havde den nødvendige viden og den nødvendige erfaring til at forstå den risiko, der var forbundet med de omhandlede konvertible obligationer⁸. Banco Popular iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse ved Audiencia Provincial (regional domstol, Spanien).

13. Den 7. juni 2017 vedtog Den Fælles Afviklingsinstans afviklingsafgørelsen vedrørende Banco Popular, hvilken blev godkendt af Europa-Kommissionen samme dag.

14. Denne afvikling involverede specifikt en kombination af bail-in-værktøjet og virksomhedssalgsværktøjet⁹ og foregik på følgende måde. Først blev værdien af de eksisterende aktier i Banco Popular under anvendelse af bail-in-værktøjet nedbragt til nul. Derefter blev disse aktier annulleret. De aktier, der blev udstedt ved konverteringen af en del af Banco Populars udestående gæld (Tier 1 liabilities (kernekapitalinstrumenterne)), blev behandlet på samme måde. En anden del af denne udestående gæld (Tier 2 liabilities (nedskrivningsrelevante passiver)) blev konverteret til nye aktier, som blev overført til Banco Santander, S.A. (herefter »Banco Santander«). Banco Popular blev derefter solgt til Banco Santander, modparten i hovedsagen, som erhvervede alle Banco Populars resterende aktiver igennem en fusion ved overtagelse, på hvilket tidspunkt Banco Popular ophørte med at være en juridisk person. Banco Santander indtrådte ligeledes i Banco Populars sted i tvisten i hovedsagen.

15. Den 29. marts 2019 ophævede Audiencia Provincial (regional domstol) dommen afsagt af retten i første instans med den begrundelse, at D.E. ikke havde søgsmålskompetence. I stedet blev det fastslået, at selskabet skulle have anlagt sagen.

16. D.E. har iværksat kassationsappel til prøvelse af denne dom ved Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien). På trods af at begge parter har modsat sig det, har Tribunal Supremo (øverste domstol) besluttet at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag. Denne ret har ligeledes forklaret, at de spanske domstoles forskellige fortolkninger af bl.a. BRRD's artikel 53, stk. 3, har ført til et betydeligt antal appelsager for den, hvorfor Domstolens vejledning vil bidrage til afgørelsen af et antal af disse sager.

17. På denne baggrund har Tribunal Supremo (øverste domstol) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i [BRRD's] artikel 34, stk. 1, litra a) og b), sammenholdt med artikel 53, stk. 1 og 3, og artikel 60, stk. 2, første afsnit, litra b) og c), [heri,] fortolkes således, at den eventuelle fordring eller rettighed, som vil opstå, hvis den enhed, der har efterfulgt Banco Popular, dømmes til at betale erstatning som følge af et erstatningssøgsmål vedrørende

⁷ – Det fremgår af de nationale sagsakter, at denne dom blev forkyndt for parterne den 8.6.2017.

⁸ – »Hensigtsmæssighedstesten« er et krav i henhold til MiFID I-direktivets artikel 19, stk. 5. Den præciseres nærmere i artikel 36 og 37 i Kommissionens direktiv 2006/73/EF af 10.8.2006 om gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF for så vidt angår de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af investeringsselskaber samt definitioner af begreber med henblik på nævnte direktiv (EUT 2006, L 241, s. 26) (herefter »gennemførelsesdirektivet til MiFID I-direktivet«).

⁹ – Jf. henholdsvis artikel 24 og 27 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 af 15.7.2014 om ensartede regler og en ensartet procedure for afvikling af kreditinstitutter og visse investeringsselskaber inden for rammerne af en fælles afviklingsmekanisme og en fælles afviklingsfond og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 (EUT 2014, L 225, s. 1) (herefter »SRM-forordningen«).

markedsføringen af et finansielt produkt (efterstillede kortfristede obligationer, som obligatorisk kan konverteres til aktier i samme bank), der ikke er et af de kernekapitalinstrumenter, som foranstaltningerne til afvikling af Banco Popular vedrørte, og som endte med at blive konverteret til aktier i banken, inden foranstaltningerne til afvikling af banken blev iværksat (den 7.6.2017), kan anses for et passiv, der berøres af bestemmelsen om nedskrivning eller ophævelse i [BRRD's] artikel 53, stk. 3, [...], idet dette passiv udgør en forpligtelse eller et krav, »der ikke er opstået«, således at denne fordring eller rettighed vil være afviklet og ikke vil kunne gøres gældende over for Banco Santander som efterfølger til Banco Popular, når det søgsmål, som ville føre til en domfældelse til at betale erstatning, er anlagt før afslutningen af proceduren for afvikling af banken?

- 2) Eller skal disse bestemmelser derimod fortolkes således, at den omhandlede fordring eller rettighed vil udgøre en forpligtelse eller et krav, »der er opstået« – [BRRD's] artikel 53, stk. 3 – eller en »forpligtelse, der allerede fandtes« på tidspunktet for afviklingen af banken – artikel 60, stk. 2, litra b) – og som sådan er undtaget fra effekterne af afviklingen eller ophævelsen af disse forpligtelser eller krav og som følge heraf kan gøres gældende over for Banco Santander som efterfølger til Banco Popular, herunder når det søgsmål, som ville føre til en domfældelse til at betale erstatning, er anlagt før afslutningen af proceduren for afvikling af banken?«

III. Bedømmelse

A. Baggrund, parternes argumenter og opbygningen af dette forslag til afgørelse

18. Den forelæggende rets spørgsmål vedrører fortolkningen af begreberne »opstået« i artikel 53, stk. 3, og »fandtes« i artikel 60, stk. 2, litra b), i BRRD [(o.a.: på engelsk »accrual« i begge artikler; herefter anvendes de danske begreber som synonymmer)].

19. BRRD's artikel 53, stk. 3, bestemmer:

»Nedbringer en afviklingsmyndighed hovedstolen af et passiv eller det udestående beløb, der skal erlægges i forhold til et passiv, til nul ved anvendelse af den i artikel 63, stk. 1, litra e), omhandlede beføjelse, behandles dette passiv eller enhver *forpligtelse eller krav* hidrørende herfra, *som ikke er opstået* på det tidspunkt, hvor beføjelsen anvendes, *som værende afviklet* i alle henseender, og der skal ikke erlægges bevis herfor i nogen efterfølgende procedure vedrørende instituttet under afvikling eller noget efterfølgende enhed i nogen efterfølgende likvidation«¹⁰.

20. I den relevante del fastsætter BRRD's artikel 60, stk. 2, følgende:

»2. Når hovedstolen af et relevant kapitalinstrument nedskrives:

[...]

¹⁰ – Min fremhævelse.

b) er der *ikke længere nogen forpligtelse over for ejeren* af det relevante kapitalinstrument under eller i forbindelse med det nedskrevne instruments beløb, *undtagen for enhver forpligtelse, som allerede fandtes*, og enhver forpligtelse til skadeserstatning, som kan opstå som følge af en påklage vedrørende lovligheden af udøvelsen af nedskrivningsbeføjelsen¹¹.

21. Begreberne »opstået« [respektive »fandtes«] er ikke defineret i BRRD. Endvidere anvender nogle sprogversioner af BRRD det samme udtryk i både direktivets artikel 53, stk. 3, og artikel 60, stk. 2, litra b), mens andre, herunder den spanske sprogversion, anvender to forskellige ord¹². Dette gør det vanskeligt at nå frem til den almindelige betydning af dette begreb.

22. Under alle omstændigheder henviser direktivet ikke til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge begrebets betydning, hvilket tyder på, at dette udtryk bør tillægges en selvstændig EU-retlig betydning¹³.

23. Eftersom forpligtelser, der »fandtes«, ikke berøres af en bail-in, synes det at fremgå klart af ordlyden af både BRRD's artikel 53, stk. 3, og artikel 60, stk. 2, litra b), at en afgørelse af, om en forpligtelse »fandtes« eller ej, har konsekvenser. I henhold til BRRD's artikel 60, stk. 2, litra b), er der ikke længere nogen forpligtelse over for ejeren af det relevante kapitalinstrument, der er nedskrevet, mens forpligtelsen over for denne person fortsat består, hvis vedkommendes fordring allerede »fandtes« på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen træffes.

24. Endvidere henviser BRRD's artikel 53, stk. 3, også til begrebet »udestående beløb«, som nedbringes, når bail-in-værktøjet anvendes. Denne henvisning præciserer, at afviklingsmyndighederne, når de anvender dette værktøj, kun kan afvikle de *udestående* forpligtelser i banken under afvikling, dvs. eksisterende, men endnu ikke forfalden gæld. Dette tyder på, at begrebet »fandtes«, som i denne forbindelse anvendes til at udelukke en forpligtelse fra bail-in, vedrører de forpligtelser, som en bank allerede har påtaget sig, og som allerede er forfaldne på tidspunktet for afviklingsafgørelsen.

25. Forpligtelsen til at yde kreditorer kompensation for ulovligheder, som følger af erhvervelsen af finansielle instrumenter udstedt af en bank, og som anfægtes ved en domstol, skal på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen træffes, betragtes som en »potentiel« forpligtelse for banken under afvikling. Inden en domstol træffer afgørelse om en sådan forpligtelse, er det usikkert, om den eksisterer. Hvis en domstol imidlertid bekræfter denne betalingsforpligtelse, opstår den deraf følgende forpligtelse og dens forfaldstidspunkt *ex tunc*, dvs. inden datoen for afviklingsafgørelsen.

26. Kan man sige, at sådanne forpligtelser i BRRD's forstand var »opstået« [eller »fandtes«] på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen blev truffet?

27. Der er to fortolkningsmuligheder.

¹¹ – Min fremhævelse.

¹² – I nogle sprogversioner anvendes det samme udtryk i BRRD's artikel 53, stk. 3, og artikel 60, stk. 2, litra b). Ud over i den engelske sprogversion af BRRD er dette også tilfældet i den franske (som anvender begrebet »échu« i begge bestemmelser), den tyske (som anvender begrebet »angefallen«), den italienske (som henviser til begrebet »maturati«) og den kroatiske sprogversion (som anvender begrebet »obračunati«). Andre sprogversioner anvender to forskellige udtryk i BRRD's artikel 53, stk. 3, og artikel 60, stk. 2, litra b). Som den forelæggende ret har forklaret, anvender den spanske sprogversion af BRRD »vencidas« i artikel 53, stk. 3, og »devengados« i direktivets artikel 60, stk. 2. På samme måde anvender den nederlandske sprogversion »vorderbaar« i BRRD's artikel 53, stk. 3, og »te betalen« i direktivets artikel 60, stk. 2.

¹³ – Domstolen har allerede taget stilling til dette i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 48.

28. På den ene side kan disse forpligtelser betragtes som forpligtelser, der allerede »fandtes«, idet de, når de først er blevet bekræftet af en domstol, har eksisteret og derfor var forfaldne til betaling før afviklingsafgørelsen. Eftersom disse forpligtelser afhænger af udfaldet af en retssag, kan de på den anden side også betragtes som kun »potentielt« at være opstået på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen træffes. De kan med andre ord forstås som udestående gæld på afviklingstidspunktet, hvorfor de kan betragtes, som om de »ikke fandtes«.

29. I dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) fortolkede Domstolen sådanne »potentielle« forpligtelser, for hvilke søgsmålet var anlagt efter vedtagelsen af afviklingsafgørelsen, som om de ikke fandtes, hvorfor de var omfattet af bail-in-afgørelsen. Dette har den effekt, at kreditorer med sådanne »potentielle« fordringer således mister deres krav mod den bank, der er under afvikling, i forbindelse med bail-in. Dette tab påvirker naturligvis kreditorernes rettigheder i henhold til EU-retten, herunder den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse. Ikke desto mindre fastslog Domstolen i de omhandlede domme, at den almene interesse i at forhindre et finansielt sammenbrud og opretholde den finansielle stabilitet overordnet set går forud for kreditorernes rettigheder i henhold til EU-retten.

30. Under henvisning til disse to domme har Banco Santander samt den spanske, den italienske og den portugisiske regering alle gjort gældende, at forpligtelser, der kan følge af en retssag, selv hvis den blev anlagt *før* afviklingen, ikke kan anses for at være »opstået«.

31. De forklarer, at disse krav sandsynligvis ville medføre en afgang af midler fra banken under afvikling og dermed potentielt modvirke afviklingsafgørelsens effektivitet. Som følge heraf bør kun fordringer eller rettigheder, der er anerkendt som forfaldne ved en dom afsagt af den kompetente nationale domstol inden datoen for afviklingsafgørelsen, anses for at være »opstået« i BRRD's forstand.

32. Kommissionen er imidlertid af den modsatte opfattelse. Den er af den opfattelse, at begrebet »opstået« som anvendt i BRRD's artikel 53, stk. 3, bør omfatte et passiv eller en forpligtelse, som på afviklingstidspunktet kun er »potentielt« forfalden, og som en efterfølgende dom, selv efter at en afviklingsafgørelse er truffet, kun vil bekræfte.

33. Ifølge Kommissionen er denne fortolkning begrundet i kravet i BRRD's artikel 36 om, at værdiansættelsen skal være »rimelig, forsigtig og realistisk«. En sådan vurdering bør tage hensyn til eventualforpligtelser i forbindelse med verserende retssager. Desuden forekommer det ikke begrundet at nægte at yde erstatning til en person, der har anlagt retssag, før afviklingsafgørelsen er truffet.

34. Den foreliggende sag rejser således spørgsmålet om, hvorvidt balancen mellem hensynet til den finansielle stabilitet og den effektive domstolsbeskyttelse af kreditorers rettigheder i henhold til EU-retten, til hvis beskyttelse der blev indledt en retssag, inden afviklingsafgørelsen blev truffet, bør være den samme, som når disse sager først anlægges, efter at afviklingsafgørelsen er truffet.

35. Dette spørgsmål har form af en anmodning om vejledning om, hvorvidt »potentielle« forpligtelser, der allerede er genstand for en retssag på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen træffes, skal anses for at være »opstået« i BRRD's forstand. Jeg vil besvare dette spørgsmål på følgende måde. Jeg vil først forklare, hvorfor jeg er af den opfattelse, at denne forelæggelse kan antages til realitetsbehandling (B). Med hensyn til realiteten vil jeg indledningsvis kort redegøre for ræsonnementet bag de to domme, hvori Domstolen fastslog, at søgsmål, der er anlagt *efter*

afviklingsafgørelsen, er udelukket i henhold til BRRD (C). Jeg vil derefter behandle spørgsmålet om, hvorvidt det samme ræsonnement også finder anvendelse, hvis søgsmålene anlægges *f r* afviklingsafgørelsen (C). Min analyse vil føre mig til at foreslå Domstolen at fastslå, at formålet med det regelsæt for afvikling, der er fastsat i BRRD, ikke kan have forrang for retten til en effektiv domstolsbeskyttelse af forbrugeres eller investorers rettigheder i henhold til EU-retten, når søgsmålet vedrørende disse rettigheder er anlagt *f r* afviklingsafgørelsen (IV).

B. Formaliteten

36. Banco Santander er i tvivl om, hvorvidt den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Den har forklaret, at de præjudicielle spørgsmål er uden relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, idet det hævdes, at den forelæggende ret har besluttet ikke at vurdere, om sagsøgeren i første instans havde søgsmålskompetence i henhold til national ret.

37. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at det i princippet påhviler den nationale ret at vurdere nødvendigheden og relevansen af de forelagte spørgsmål, hvorfor der foreligger en formodning for, at dens spørgsmål er relevante. Domstolen kan kun afslå at besvare et spørgsmål, såfremt det klart fremgår, at besvarelsen af spørgsmålet ikke kan være relevant for hovedsagen¹⁴.

38. Som den spanske regering har forklaret, er en besvarelse af de forelagte spørgsmål nødvendig for den forelæggende ret, eftersom denne ret, såfremt Domstolen måtte besvare spørgsmålet med, at BRRD er til hinder for det omhandlede søgsmål, vil være nødt til at afvise D.E.s krav, uden at skulle undersøge, om D.E. overhovedet har søgsmålskompetence.

39. Det er som følge heraf ikke klart, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling. Domstolen bør derfor besvare den forelæggende rets spørgsmål.

C. De to tidligere domme og den foreliggende situation

40. Som jeg har anført, er denne anmodning om præjudiciel afgørelse fremsat i lyset af dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (afvikling af Banco Popular II). I disse domme fastslog Domstolen, at en afgørelse om afvikling af Banco Popular var til hinder for anlæggelse af retssag, hvorved de omhandlede sagsøgere nedlagde påstand om erstatning som følge af denne banks manglende overholdelse af visse normer for markedsføring af finansielle instrumenter.

41. Den sag, der gav anledning til dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), vedrørte et annulationssp gsm l anlagt af to fysiske personer, der inden for rammerne af et offentligt tegningstilbud havde købt aktier i Banco Popular i 2016 i forbindelse med en kapitalforhøjelse. Efter afviklingen af denne bank og nedskrivningen af bankens aktiekapital til nul i 2018 gjorde disse fysiske personer gældende, at deres oprindelige samtykke til aftalen om aktiekøb var ugyldigt, bl.a. på grund af det omhandlede prospekts ufuldstændige eller ukorrekte karakter. I dommen i første instans fastslog den nationale ret, at de EU-retlige regler på området for civilretligt ansvar som følge af de i et prospekt fremlagte oplysninger, således som de fremgår af

¹⁴ – Jf. f.eks. dom af 10.12.2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:999, pr emis 26, 27 og 30 og den deri nævnte retspraksis).

prospektdirektivet¹⁵, kunne have forrang for de principper for afvikling af kreditinstitutter, der er fastsat i BRRD¹⁶. Retten fastslog på den baggrund, at den omhandlede aftale om tegning af aktier var ugyldig, og at sagsøgernes investering skulle tilbagebetales med tillæg af renter¹⁷.

42. Domstolen bekræftede ikke denne fortolkning. I forbindelse med en præjudiciel forelæggelse i appelsagen fastslog Domstolen derimod, at BRRD giver mulighed for at fravige rettigheder, der er baseret på andre EU-retlige instrumenter. Domstolen forklarede, at denne ordnings karakter af undtagelse »indebærer, at anvendelsen af andre EU-retlige bestemmelser kan undlades, når disse kan fratage afviklingsproceduren dens effektive virkning eller hindre gennemførelsen heraf«¹⁸.

43. For at sikre den fulde effektivitet af den afviklingsprocedure, der er omhandlet i BRRD, er aktionærer, hvis aktier er blevet annulleret ved en afviklingsafgørelse, derfor forhindret i at anlægge et ugyldighedssøgsmål eller et erstatningssøgsmål *efter* vedtagelsen af afviklingsafgørelsen.

44. Domstolen udstrakte i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) denne logik til at omfatte søgsmål anlagt af indehavere af obligationer, som blev konverteret til aktier før afviklingen, og som efterfølgende blev annulleret¹⁹, samt søgsmål anlagt af indehavere af obligationer, som blev konverteret til aktier under afviklingen, men overført til Banco Santander uden kompensation²⁰. Som i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) anlagde kreditorerne i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) annullations- og erstatningssøgsmål efter afviklingen, idet de gjorde gældende, at den oprindelige udstedelse af disse finansielle instrumenter, som efterfølgende blev konverteret til aktier, var ulovlig²¹. Også i disse sager fastslog Domstolen, at et erstatningssøgsmål eller et søgsmål om ugyldighed af de oprindelige obligationer ikke kunne anlægges *efter* vedtagelsen af afviklingsafgørelsen²².

45. I nærværende sag foreligger der en lignende situation. Den er tættest på situationen i sag C-775/22 og sag C-779/22, de to første af de tre forenede sager i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), idet de obligationer, som D.E. har anfægtet lovligheden af købet af, blev konverteret til aktier forud for afviklingen af Banco Popular. Den væsentlige forskel mellem de to sager består imidlertid i, at sagsøgerne i de første sager først anlagde deres søgsmål *efter* afviklingen af Banco Popular, mens D.E. anlagde sit søgsmål, ca. otte måneder *før* afviklingsafgørelsen blev truffet.

46. Det er derfor indledningsvis nødvendigt at forstå de grunde, der foranledigede Domstolen til at fastslå, at BRRD er til hinder for, at der anlægges annullations- eller erstatningssøgsmål efter vedtagelsen af en afviklingsafgørelse. Først derefter kan man spørge sig selv, om den samme logik også finder anvendelse i en situation, hvor sådanne søgsmål anlægges før datoen for afviklingsafgørelsen.

¹⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/71/EF af 4.11.2003 om det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til handel, og om ændring af direktiv 2001/34/EF (EUT 2003, L 345, s. 64).

¹⁶ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 23.

¹⁷ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 22.

¹⁸ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 37.

¹⁹ – Dette var situationen i sagerne C-775/22 og C-779/22.

²⁰ – Dette var tilfældet i sag C-794/22.

²¹ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 29 og 37.

²² – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 61 og 70.

47. I dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) præciserede Domstolen, at fravigelsen fra andre EU-retlige bestemmelser, som tillægger borgerne rettigheder, kan forklares med den »mere tungtvejende offentlige interesse« i at »sikre medlemsstaternes finansielle stabilitet« i en ekstraordinær og hastende økonomisk sammenhæng²³.

48. Domstolen fastslog, at anvendelsen af disse andre EU-retlige bestemmelser, såsom prospektdirektivet, ville kunne »fratage afviklingsproceduren dens effektive virkning eller hindre gennemførelsen heraf«²⁴.

49. Dette skyldes, at såvel et ugyldighedssøgsmål som et erstatningssøgsmål, såfremt der gives medhold, ville pålægge banken under afvikling, eller dens efterfølger, fuldt ud at tilbagebetale de beløb, der er investeret i forbindelse med tegningen af aktier (eller obligationer konverteret til aktier), som imidlertid er blevet nedskrevet som følge af afviklingsafgørelsen. Domstolen fandt, at sådanne søgsmål således rejse tvivl om hele den værdiansættelse, som afviklingsafgørelsen er baseret på²⁵.

50. I forbindelse med værdiansættelsen er tilbagebetalings- eller erstatningsforpligtelser, som måske bekræftes under en retssag, kun »potentielle« forpligtelser for den bank, der er under afvikling, eftersom deres eksistens afhænger af udfaldet af en verserende retssag. Når der endnu ikke er anlagt en sag på tidspunktet for den værdiansættelse, som danner grundlag for afviklingsafgørelsen, kan afviklingsmyndighederne desuden ikke være bekendt med, at der findes sådanne »potentielle« forpligtelser.

51. Domstolen fastslog som følge heraf, at »potentielle« forpligtelser, som afhænger af søgsmål anlagt *efter* den dato, hvor afviklingsafgørelsen er truffet, skal anses for »ikke opstået« og dermed for afviklet i alle henseender, således som det er fastsat i BRRD's artikel 53, stk. 3, og implicit i dette direktivs artikel 60, stk. 2, første afsnit²⁶.

52. Dette skyldes, at et vellykket søgsmål med tilbagevirkende kraft ville skabe passiver, som der ikke var taget højde for på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen blev truffet, hvorved værdien af de kapitalinstrumenter, der var genstand for en bail-in, ville blive nedbragt²⁷.

53. Domstolen fastslog med andre ord, at begrebet »opståede« forpligtelser eller krav som omhandlet i BRRD's artikel 53, stk. 3, udelukker de typer af krav, der følger af vellykkede søgsmål, der er anlagt *efter* vedtagelsen af den omhandlede afviklingsafgørelse²⁸.

54. I dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) blev Domstolen imidlertid ikke anmodet om at afgøre, om den samme logik ligeledes var til hinder for ugyldigheds- og erstatningssøgsmål, hvor disse søgsmål anlægges *før* datoen for en afviklingsafgørelse.

²³ – Jf. i denne henseende dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 37, gentaget i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 56.

²⁴ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 37 og 40 og dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 56.

²⁵ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 43. Tilsvarende dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 59.

²⁶ – Jf. i denne retning dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular), præmis 41 og 42.

²⁷ – Jf. i denne retning dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 53.

²⁸ – Jf. dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 49 og 50.

55. Forpligtelserne for den bank, der er under afvikling i et sådant scenario, er ligeledes kun »potentielle« forpligtelser, idet deres eksistens først er sikker, når udfaldet af retssagen er kendt. I dette scenario verserer sagen imidlertid allerede ved en domstol på det tidspunkt, hvor passiverne for den bank, der er under afvikling, vurderes.

56. Spørgsmålet står derfor åbent med hensyn til, om »potentielle« forpligtelser, der afhænger af udfaldet af en retssag, der er anlagt før en afviklingsafgørelse, men som endnu ikke er afgjort på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen blev truffet, skal anses for at være »opstået« i henhold til BRRD.

57. Selv om begrundelsen i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) i vidt omfang også finder anvendelse på en situation som den i den foreliggende sag omhandlede, er der efter min opfattelse yderligere omstændigheder, som begrundes en anden fortolkning. Det er disse omstændigheder, som jeg nu vil undersøge.

D. Skal »potentielle« forpligtelser, som er genstand for en retssag, der er anlagt før afviklingsafgørelsen, anses for »opstået« eller »ikke opstået«?

1. Formålet med BRRD – kan krav i verserende retssager underminere afviklingsafgørelsen?

58. Som jeg har forklaret, er dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II) baseret på den betragtning, at formålet med BRRD, nemlig at sikre det finansielle systems stabilitet, kan blive bragt i fare, hvis værdiansættelsen af en banks aktiver, på grundlag af hvilken en afviklingsafgørelse vedtages, efterfølgende kan ændres gennem et søgsmål anlagt, efter at afviklingsafgørelsen er truffet.

59. Efter min opfattelse kan den samme logik ikke udvides til at omfatte »potentielle« forpligtelser, dvs. dem, der kan materialisere sig, hvis der gives sagsøgeren medhold i en retssag, der er anlagt, før afviklingsafgørelsen blev truffet.

60. For så vidt angår værdiansættelsen af aktiverne i den bank, der er under afvikling, er der en væsentlig forskel mellem søgsmål anlagt før værdiansættelsen og efterfølgende søgsmål. De førstnævnte er kendte eller har i det mindste potentiale til at blive valuaren og dermed afviklingsmyndighederne bekendt. Omvendt kan valuaren eller den kompetente myndighed ikke forudsige sidstnævnte.

61. Hvis man tager denne forskel i betragtning, ville en fortolkning af en sådan retssag som en »opstået« forpligtelse i så fald bringe afviklingsproceduren i fare og fratage afviklingsafgørelsen dens effektive virkning?

62. Kommissionen har gjort gældende, at hvis værdiansættelsesprincipperne overholdes, vil den omstændighed, at tidligere søgsmål behandles som forpligtelser, der er »opstået«, ikke bringe afviklingsprocessens effektivitet i fare.

63. Banco Santander har derimod gjort gældende, at en sådan behandling af potentielle, men usikre forpligtelser kan modvirke opkøbet af en bank under afvikling og således bringe effektiviteten af virksomhedssalgsværktøjet i fare, når det kombineres med en bail-in, således som det var tilfældet i forbindelse med afviklingen af Banco Popular.

64. I henhold til BRRD's artikel 36, stk. 1, skal enhver afviklingshandling være baseret på »en rimelig, forsigtig og realistisk værdiansættelse af [...] aktiver og passiver« i den enhed, der er under afvikling²⁹.

65. Værdiansættelsen skal med andre ord give et realistisk billede af, i hvilket omfang en »potentielt forpligtelse« kan udgøre et tab i forhold til aktiverne i den bank, der er under afvikling.

66. Selv om værdiansættelsen af en enhed under afvikling ikke kan tage hensyn til »potentielle« forpligtelser, der følger af retssager, der endnu ikke er indledt på dette tidspunkt, gælder det samme ikke for sager, der verserer på dette tidspunkt.

67. I det omfang, »potentielle« forpligtelser, der afhænger af udfaldet af *verserende* retssager, kan indregnes på tidspunktet for afviklingen, kan sådanne retssager derfor ikke bringe afviklingsprocessen i fare.

68. Det er korrekt, at BRRD ikke fastsætter, hvordan de forpligtelser, der er omhandlet i direktivets artikel 36, skal fastlægges³⁰.

69. Det fremgår imidlertid af den første værdiansættelsesrapport i afviklingen af Banco Popular af 5. juni 2017, at denne rapport blev »udarbejdet under hensyntagen til [...] kriterierne for værdiansættelsesmetoden i kapitel II«³¹ i Den Europæiske Banktilsynsmyndigheds gældende reguleringsmæssige tekniske standarder³². I den relevante del fastsætter disse standarder, at »valuaren [...] navnlig [skal] fokusere på [...] juridiske tvister og lovgivningsmæssige tiltag, hvis forventede pengestrømme kan være genstand for forskellige grader af usikkerhed med hensyn til deres størrelse og/eller tidspunkt«³³.

70. Det fremgår ligeledes af den anden værdiansættelsesrapport af 6. juni 2017, som Banco Santander har henvist til i sine indlæg, at der i forbindelse med værdiansættelsen af Banco Popular blev taget hensyn til dagsværdien af det skønnede tab som følge af tvister vedrørende

²⁹ – I tillæg hertil fremgår det af BRRD's artikel 36, stk. 3 og 4, at »[v]ærdiansættelsen har til formål at vurdere værdien af [det omhandlede instituts] aktiver og passiver« med det formål »under alle omstændigheder at sikre, at eventuelle tab på instituttets eller enhedens [...] aktiver[...] kan anerkendes fuldt ud på det tidspunkt, hvor afviklingsværktøjerne finder anvendelse, eller beføjelsen til at nedskrive eller konvertere relevante kapitalinstrumenter udøves«. Endvidere skal værdiansættelsen, som det fremgår af de relevante dele af artikel 36, stk. 5 og 6, »baseres på forsigtige antagelser, herunder med hensyn til misligholdelsesrater og tabsomfang«, og »suppleres af [...] en ajourført balance« og »en liste over udestående balanceførte og ikke-balanceførte fordringer, således som de fremgår af instituttets eller enhedens [...] regnskaber og optegnelser«.

³⁰ – Det skal imidlertid påpeges, at Den Fælles Afviklingsinstans i 2019 offentliggjorde et regelsæt for værdiansættelse med henblik på at fastlægge principperne og metoderne for værdiansættelsesrapporter i afviklingsafgørelser, som pålægger valuaren at tage hensyn til »eventualforpligtelser i forbindelse med retssager«. Jf. Den Fælles Afviklingsinstans, Framework for Valuation, februar 2019, s. 22, tilgængelig på: <https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-02-01%20Framework%20for%20Valuation.pdf>

³¹ – Jf. Den Fælles Afviklingsinstans, »Valuation report for the purposes of Article 20(5)(a) of Regulation (EU) No 806/2014 informing the determination of whether the conditions for resolution or the conditions for the write down or conversion of capital instruments are met«, 5.6.2017, tilgængelig på: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf (herefter »den første værdiansættelsesrapport«), s. 1.

³² – Den Europæiske Banktilsynsmyndighed, »Regulatory technical standards on valuation for the purposes of resolution and on valuation to determine difference in treatment following resolution under Directive 2014/59/EU on recovery and resolution of credit institutions and investment firms« (EBA/RTS/2017/05 og EBA/RTS/2017/06) (herefter »EBA's tekniske standarder«), 23.5.2017, tilgængelig på: [https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1853532/88566587-ff6f-4116-a08e-282eb4ea2f78/Final%20draft%20RTSs%20on%20valuation%20in%20resolution%20\(EBA-RTS-2017-05%20&%20EBA-RTS-2017-06\).pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1853532/88566587-ff6f-4116-a08e-282eb4ea2f78/Final%20draft%20RTSs%20on%20valuation%20in%20resolution%20(EBA-RTS-2017-05%20&%20EBA-RTS-2017-06).pdf)

³³ – Jf. artikel 8 i EBA's tekniske standarder.

»vildledende fremgangsmåder ved salg af konvertible obligationer« i selskabets regnskaber³⁴. Som det forklares i afklaringsdokumentet i den tredje værdiansættelsesrapport, omfatter disse i et lavt og et højt scenario de krav, der hidrører fra de efterstillede kortfristede obligationer II/2012, der netop er de finansielle instrumenter, som den foreliggende sag vedrører³⁵.

71. Banco Santander har gjort gældende, at der, henset til den ekstremt hastende karakter, en afvikling typisk har, kan være tilfælde, hvor en værdiansættelse finder sted på grundlag af en rapport, der ikke tager højde for alle verserende retssager.

72. Selv om det ganske vist er muligt, at visse verserende tvister ikke bliver taget i betragtning, forekommer denne usikkerhed i forbindelse med enhver »statusopgørelse«, og den udgør derfor en del af den generelle risiko, som den erhvervende enhed løber.

73. Hertil kommer, som den spanske regering har anført, at de potentielle forpligtelser, der opstår som følge af retssager som den i den foreliggende sag omhandlede, i det mindste i et vist omfang afspejles i en børsnoteret banks årsregnskab. Jeg henviser i denne henseende til, at det fremgår af punkt 3 og 5 i afviklingsafgørelsen, at Banco Popular er moderselskabet i Banco Popular-koncernen og er noteret på den spanske børs – dvs. et reguleret marked som omhandlet i MiFID I-direktivets artikel 4, stk. 14. I henhold til forordningen om internationale regnskabsstandarder skal børsnoterede selskaber på sådanne markeder udarbejde deres konsoliderede årsregnskaber i overensstemmelse med visse internationale regnskabsstandarder³⁶, som Kommissionen overtager i EU-retten³⁷. Blandt de mange³⁸ standarder, som Kommissionen havde overtaget i EU-retten på det tidspunkt, hvor afviklingsafgørelsen i den foreliggende sag blev truffet, var der specifikke krav om i regnskaberne at afspejle den usikkerhed, der bl.a. kan opstå som følge af de potentielle omkostninger ved en »igangværende retssag«³⁹.

³⁴ – Jf. punkt 2.4 i »Hippocrates provisional valuation report – Sale of business scenario«, 6.6.2017, tilgængelig på: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-08-25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (hvori Deloitte fremhæver, at »[v]i har accepteret dagsværdien af det skønnede tab som rimeligt, men har opjusteret antallet af berørte kunder med et lavt og et højt scenario.« Den første værdiansættelsesrapport af 5.6.2017 afspejler ikke nogen detaljer vedrørende dagsværdien af skønnede tab hidrørende fra retssager, jf. https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf

³⁵ – Jf. punkt 5.11.2 i Deloittes »Clarification document of valuation of difference in treatment – Banco Popular Español«, 18.12.2019, tilgængelig på: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf

³⁶ – Jf. artikel 4 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002 af 19.7.2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandarder (EFT 2002, L 243, s. 1) (herefter »forordningen om internationale regnskabsstandarder«). Denne forordnings artikel 2 forklarer, at »[i] denne forordning forstås ved »internationale regnskabsstandarder« International Accounting Standards (IAS), International Financial Reporting Standards (IFRS) og hermed forbundne fortolkninger (SIC/IFRIC-fortolkninger), efterfølgende ændringer af disse standarder og hermed forbundne fortolkninger, fremtidige standarder og hermed forbundne fortolkninger, der udarbejdes eller vedtages af International Accounting Standards Board (IASB).«

³⁷ – Jf. artikel 3, stk. 1, og artikel 4 i forordningen om internationale regnskabsstandarder.

³⁸ – I henhold til Kommissionens forordning (EF) nr. 1126/2008 af 3.11.2008 om vedtagelse af visse internationale regnskabsstandarder i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002 (EUT 2008, L 320, s. 1) (herefter »forordning (EF) 1126/2008«), vedtog Kommissionen »alle de standarder, som International Accounting Standards Board (IASB) har udsendt, og alle de fortolkningsbidrag, som International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) har udsendt, og som er blevet vedtaget i Fællesskabet senest den 31.12.2007, dog med undtagelse af IAS 39 (vedrørende indregning og måling af finansielle instrumenter), hvoraf der er udeladt mindre dele« (jf. anden betragtning til forordningen og artikel 2 deri).

³⁹ – Jf. punkt 117 i den internationale regnskabsstandard 1 i bilaget til forordning (EF) 1126/2008, som i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for afviklingsafgørelsen, i den relevante del forklarer, at »[v]ed opgørelsen af den regnskabsmæssige værdi af visse aktiver og forpligtelser kræves et skøn over, hvordan usikre fremtidige begivenheder påvirker disse aktiver og forpligtelser på balancen[,] [f.eks.] [...] forpligtelser som afhænger af det fremtidige resultat af en igangværende retssag[,] [...] Disse skøn indebærer forudsætninger vedrørende forhold såsom regulering for risiko i pengestrømme eller anvendte diskonteringsats [..]«. Jf. ligeledes punkt 34 i den internationale regnskabsstandard 11 i samme bilag, som vedrører de kontraktmæssige omkostninger, der skal tages i betragtning som omkostninger, hvilke omfatter »verserende retssager«, og som i henhold til punkt 36 ff. i den internationale regnskabsstandard 37 kræver en vurdering af det bedste skøn.

74. Det forekommer mig derfor hverken overbevisende eller korrekt at hævde, at en verserende tvist, herunder en tvist om vildledende fremgangsmåder ved salg af kapitalinstrumenter, ikke skulle afspejles i værdiansættelsen af en bank med henblik på afvikling. Dette er navnlig tilfældet, hvis vurderingen foretages i overensstemmelse med principperne om en »rimelig, forsigtig og realistisk værdiansættelse« som omhandlet i BRRD's artikel 36⁴⁰.

75. Til forskel fra søgsmål, der først er anlagt efter vedtagelsen af afviklingsafgørelsen, kan søgsmål, der er anlagt før dette tidspunkt, derfor ikke anses for at kunne rejse tvivl om den værdiansættelse, på grundlag af hvilken afviklingsafgørelsen er truffet.

76. Formålet med BRRD kræver således ikke, at sådanne krav undtages fra begrebet »opstået« forpligtelse som omhandlet i BRRD's artikel 53, stk. 3, og artikel 60, stk. 2.

2. Afvejning af formålet med afviklingsproceduren og retten til en effektiv domstolsbeskyttelse

77. I betragtning af afviklingens hastende karakter og usikkerheden om, hvorvidt en værdiansættelse under sådanne omstændigheder er i stand til at tage højde for alle »potentielle« forpligtelser, kan det hævdes, at det kan synes at være en meget enklere løsning at antage, at krav, som afhænger af udfaldet af retssager, som på tidspunktet for afviklingsafgørelsen er verserende, bør betragtes som »ikke opstået« og derfor afviklet ved bail-in. Potentielle købere af en nødlidende bank kan endda have et større incitament til at acceptere en overtagelse, hvis der ikke følger *nogen* »potentielle« forpligtelser med de aktiver, de erhverver, herunder forpligtelser, der afhænger af en verserende retssag. På denne måde kan formålet om at sikre en effektiv afviklingsprocedure bedre nås.

78. Det må imidlertid ikke glemmes, at man med denne løsning også ville afvikle de rettigheder, som retssubjekter har i medfør af EU-retten, såsom prospektdirektivet og MiFID I-direktivet.

79. Sådanne rettigheder er beskyttet af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse, som er et generelt EU-retligt princip, som i dag kommer til udtryk i artikel 47, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Denne grundlæggende rettighed sikrer, at enhver, der hævder, at vedkommendes rettigheder i henhold til EU-retten er blevet krænket, har adgang til en domstol, der har beføjelse til at fastsætte effektive retsmidler.

80. Banco Santander samt den spanske, den italienske og den portugisiske regering har ved at argumentere for, at forpligtelser, der er genstand for en verserende retssag, i henhold til BRRD skal anses for »ikke opstået«, reelt gjort gældende, at det deraf følgende indgreb i retten til effektive retsmidler er begrundet.

81. I dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), hvori sagsøgerne bl.a. påberåbte sig deres ret til en effektiv domstolsbeskyttelse, bemærkede Domstolen, at denne ret ikke er et absolut prærogativ, og at udøvelsen heraf kan begrænses begrundet i andre vigtige almene interesser, såsom opretholdelsen af den finansielle stabilitet⁴¹.

⁴⁰ – Som jeg har forklaret i fodnote 34 i dette forslag til afgørelse, justerede Deloitte i Banco Populars tilfælde faktisk antallet af kunder, som blev berørt af den samme type af sager, som i den foreliggende sag, og forsøgte således at afspejle en mere præcis dagsværdi af det skønnede tab.

⁴¹ – Dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 80.

82. Uden at gå i detaljer fandt Domstolen i forbindelse med afvejningen, at hensynet til det finansielle systems stabilitet går forud for den effektive beskyttelse af investorernes rettigheder i henhold til EU-retten. Domstolen henviste til sin tidligere praksis, hvori den har fastslået, at »selv om det klart er af almen interesse at sikre en stærk og konsekvent beskyttelse af investorerne inden for EU, kan denne interesse således ikke i alle tilfælde anses for at gå forud for den almene interesse i at sikre det finansielle systems stabilitet«⁴².

83. I ovennævnte præmis var Domstolen imidlertid omhyggelig med at påpege, at investorernes interesse ikke kan anses for »i alle tilfælde« at gå forud for den almene interesse i det finansielle systems stabilitet.

84. Ved at behandle en verserende retssag som en »opstået« forpligtelse undermineres dette mål om finansiell stabilitet ikke på samme måde som ved at tillade søgsmål efter afviklingsafgørelsen. Dette skyldes, at den værdiansættelse, som en afviklingsafgørelse er baseret på, kan tage hensyn til verserende retssager. Ud fra dette perspektiv adskiller den foreliggende sag sig fra de omstændigheder, der forelå i dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) og i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II).

85. Selv om investorerne i de to sidstnævnte sager endnu ikke havde udøvet deres ret til adgang til domstolsprøvelse med henblik på at forsvare deres rettigheder i henhold til EU-retten, inden afviklingsafgørelsen greb ind i disse rettigheder, har D.E. under omstændighederne i den foreliggende sag desuden fastslået sine rettigheder og forpligtelser og truffet foranstaltninger til at beskytte dem på et tidspunkt, der lå forud for afviklingsafgørelsen, hvorved D.E. ændrede det regelsæt, denne befandt sig inden for.

86. Hvis man tillod, at afviklingsafgørelsen i sig selv kunne bringe verserende retssager til ophør, ville dette udgøre et væsentligt indgreb i retten til en effektiv domstolsbeskyttelse⁴³.

87. Efter min opfattelse kræver omstændighederne i den foreliggende sag derfor, at Domstolen lægger større vægt på investorernes ret til effektivt at forsvare deres rettigheder, der bygger på EU-retten, i retssager, der er anlagt før afviklingsafgørelsen, og på den anden side mindre vægt på formålet om finansiell stabilitet, eftersom sidstnævnte kan opnås, selv hvis en effektiv domstolsbeskyttelse gives forrang.

88. Ved at indlede en retssag med henblik på at forsvare sine rettigheder i henhold til EU-retten ca. otte måneder før afviklingsafgørelsen og dermed uden tvivl helt uafhængigt af denne efterfølgende procedure har D.E. bragt sig i en anden situation end de øvrige ejere af de efterstillede kortfristede obligationer II/2012⁴⁴.

89. Grundsætningen *iura vigilantibus*, som respekteres, hvis de verserende retssager tillægges en passende vægt i afvejningen, er et yderligere argument for ovenstående konklusion om, at det ikke ville udgøre en begrundet begrænsning af retten til effektive retsmidler, hvis Domstolen fortolkede

⁴² – Dommen i sagen Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular II), præmis 81.

⁴³ – Jf. analogt dom af 29.4.2021, Banco de Portugal m.fl. (C-504/19, EU:C:2021:335, præmis 63).

⁴⁴ – Jf. i samme retning generaladvokat Richard de la Tours forslag til afgørelse Banco Santander (Bankafvikling Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976, punkt 65) (hvori det for så vidt angår et hævdet brud på ligebehandlingsprincippet forklares, at »de aktionærer, der har erhvervet deres værdipapirer på grundlag af et fejlagtigt eller ukorrekt prospekt, objektivt set ikke befinder sig i samme situation, hvis de har opnået en domfældelse før beslutningen om afvikling, som hvis de først anlægger sag efter denne beslutning«).

BRRD således, at direktivet med tilbagevirkende kraft tillader at indføre begrænsninger for retssager, der blev indledt, inden der er truffet en afviklingsafgørelse, og som stadig verserer på dette tidspunkt.

90. En sådan løsning ville desuden styrke tilliden til retssystemet, hvilket den modsatte konklusion kunne rejse tvivl om.

91. Sammenfattende kan den begrænsning af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse af investorenes rettigheder, der er baseret på EU-retten, ikke begrundes i formålet om at opretholde den finansielle stabilitet i en situation, hvor retssager, der har til formål at forsvare en rettighed, der bygger på EU-retten, anlægges før og uafhængigt af en afviklingsafgørelse.

3. Yderligere spørgsmål

a) Hvem skal bære omkostningerne ved en overtrædelse af rettigheder i henhold til EU-retten for kreditorer i en bank under afvikling?

92. Nogle få yderligere argumenter fra Banco Santanders side fortjener at blive behandlet.

93. Banco Santander har gjort gældende, at verserende sager skal behandles som forpligtelser, som »ikke fandtes«, eftersom disse »potentielle« forpligtelser ellers ville blive overført til banken som den efterfølgende bank, selv om denne bank intet havde at gøre med de handlinger i Banco Popular, som udgør grundlaget for de verserende retssager.

94. Under omstændighederne i den foreliggende sag har D.E. gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af en præceptiv bestemmelse i MiFID I-direktivet, der har til formål at beskytte købere af finansielle instrumenter mod uhensigtsmæssige køb. Disse regler omfatter den »hensigtsmæssighedstest«, der er fastsat i MiFID I-direktivets artikel 19, stk. 5, som i princippet⁴⁵ pålægger finansielle institutioner at indhente oplysninger om en kundes kendskab og erfaring med henblik på at forstå de risici, der er forbundet med en investeringsserviceydelse eller -transaktion, forud for denne transaktion og om nødvendigt at advare kunden⁴⁶.

95. En overtrædelse af disse regler kan medføre, at den aftale, i henhold til hvilken det pågældende finansielle instrument blev erhvervet, bliver ugyldig, og berettigede køberen til tilbagebetaling af købsprisen med tillæg af renter eller erstatning.

96. Ifølge Banco Santander skulle D.E.s krav, eftersom denne på afviklingstidspunktet var aktionær i Banco Popular, i overensstemmelse med princippet om, at aktionærerne først bærer tabene⁴⁷, behandles, som om det ikke fandtes, og derfor som afviklet forud for overførslen af de forpligtelser, der allerede »fandtes«, til den efterfølgende enhed.

⁴⁵ – Jf. dom af 30.5.2013, Genil 48 og Comercial Hosteleria de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, præmis 31). Jf. ligeledes denne doms præmis 39 og 47, hvori det fremhæves, at MiFID I-direktivets artikel 19 bl.a. har til formål at beskytte investorerne.

⁴⁶ – Jf. MiFID I-direktivets artikel 19, stk. 5, sammenholdt med 58.-60. betragtning til og artikel 36 og 37 i gennemførelsesdirektivet til MiFID I-direktivet. Som det imidlertid fremgår af artikel 36, andet afsnit, i gennemførelsesdirektivet til MiFID I-direktivet, »er investeringsselskabet berettiget til at antage, at en professionel kunde har den nødvendige erfaring og viden til at forstå risiciene ved denne særlige investeringsservice eller disse særlige transaktioner eller de typer transaktioner eller produkter, i forbindelse med hvilke kunden er klassificeret som professionel kunde«.

⁴⁷ – Jf. BRRD's artikel 34, stk. 1, litra a).

97. Efter min opfattelse er D.E.s krav om tilbagebetaling eller erstatning, som ville blive bekræftet, hvis vedkommende fik medhold i sit søgsmål, ikke til hinder for, at de aktier, som den pågældende ejede forud for en national domstols afgørelse i sagen, blev annulleret under afviklingsproceduren, eller at dennes obligationer blev konverteret til aktier og annulleret eller overført uden kompensation. Et vellykket udfald af en verserende retssag ville placere D.E. i en anden kreditorgruppe. D.E.s krav ville ikke være obligationsinvestors krav, men snarere et krav hidrørende fra det vildledende salg af disse obligationer, som den pågældende ville ophøre med at eje. Banco Santanders pligt til at opfylde dette krav ville have eksisteret og ville være forfalden, før afviklingsafgørelsen blev truffet, ligesom øvrige forpligtelser, som »fandt«.

98. Banco Santander er imidlertid af den opfattelse, at et sådant krav ikke desto mindre skal anses for ikke at være opstået på tidspunktet for afviklingen. D.E.s tab som følge af bail-in-beslutningen bør derfor betragtes som den type tab, som enhver anden kreditor, med et udestående krav på tidspunktet for afviklingen pådrager sig, dvs. den type fordring, som afvikles som følge af bail-in. Sådanne kreditorer har rettigheder i henhold til »princippet om, at ingen kreditorer må stilles ringere«⁴⁸. Dette princip indebærer, at en kreditor, der efter en værdiansættelse og sammenligning mellem to procedurer (afvikling og almindelig insolvensbehandling) er berettiget til betaling af sit krav eller en del af sit krav, i henhold til BRRD's artikel 75 kan kræve forskellen fra en afviklingsfinansieringsordning⁴⁹. Denne forpligtelse skal derfor ifølge Banco Santander deles og ikke overtages af den bank, der har efterfulgt banken under afvikling. Det er imidlertid åbenbart, at en sådan løsning ikke ville gøre det muligt for D.E. at få tilbagebetalt hele det beløb, som vedkommende har krav på, selv om udfaldet af den pågældendes retssag ville berettige ham til dette beløb.

99. Hvis denne »potentielle« forpligtelse imidlertid overføres til den efterfølgende bank, Banco Santander, ville D.E. i den foreliggende situation bevare hele sit krav, forudsat vedkommende fik medhold i retssagen. Denne løsning ville være i overensstemmelse med den foreslåede afvejning af udfaldene under de omstændigheder, hvor en kreditor har anlagt sag med henblik på at forsvare sine rettigheder i henhold til EU-retten, før der træffes en afviklingsafgørelse.

100. Jeg kan ikke se noget problem i Banco Santanders overtagelse af en sådant »potentielt« forpligtelse i forbindelse med salget af aktiviteterne, eftersom der i værdiansættelsesafgørelsen blev taget hensyn til disse forpligtelsers indvirkning på værdien af Banco Populars aktiver. Den omstændighed, at Banco Santander ikke kan holdes ansvarlig for alle de overtrædelser af EU-retten, som Banco Popular begik inden afviklingen, er uden betydning for den omstændighed, at Banco Santander inden for rammerne af afviklingsordningen påtog sig en vis kommerciel risiko i relation til Banco Popular.

101. Når dette er sagt, er der intet til hinder for, at afviklingsmyndighederne i afviklingsafgørelsen overvejer, om sådanne »potentielle« forpligtelser, selv om de er »opstået«, *ikke* skal overføres til den efterfølgende bank, men at sådanne forpligtelser, hvis de skulle vise sig, i stedet skal gensidiggøres, enten ved hjælp af en afviklingsfinansieringsordning eller gennem Den Fælles Afviklingsfond⁵⁰.

⁴⁸ – Hvor bail-in-værktøjet er blevet anvendt som afspejlet i BRRD's artikel 73, litra b), kræver dette princip, at »de aktionærer og kreditorer, hvis krav er blevet nedskrevet eller konverteret til egenkapital, når afviklingsmyndighederne anvender bail-in-værktøjet, ikke lider større tab, end hvis instituttet under afvikling var blevet likvideret ved almindelig insolvensbehandling [...]«.

⁴⁹ – En afviklingsfinansieringsordning er en ordning, som medlemsstaterne skal indføre på grundlag af BRRD's artikel 100, og som gør det muligt at gensidiggøre den type finansiel byrde, der er omhandlet i dette direktivs artikel 101.

⁵⁰ – Jf. i denne henseende SRM-forordningens artikel 76, stk. 1 og 2.

102. Der er imidlertid tale om et skønsmæssigt spørgsmål, som afspejles i de valg, der træffes i forbindelse med hver afviklingsprocedure og i forhandlingerne mellem afviklingsmyndighederne og den erhvervende enhed. I fraværet af sådanne ordninger kan Banco Santander ikke på et tidspunkt, der ligger efter afslutningen af disse forhandlinger ved hjælp af virksomhedssalgsværktøjet, gøre gældende, at banken ikke bør holdes ansvarlig for forpligtelser, som er blevet overført til den i henhold til regelsættet for genopretning.

103. Med andre ord påvirker Banco Santanders argumenter om, at den efterfølgende bank ikke bør ifalde ansvar for krav, der følger af retssager mod en nødlidende bank, selv om køberen havde eller burde have haft kendskab til sådanne »potentielle« forpligtelser, inden den tilbød at erhverve den nævnte bank, ikke mit forslag om at behandle forpligtelser, som er genstand for verserende retssager, som forpligtelser, der »fandtes«.

b) Muligt retsmisbrug i forbindelse med retssager

104. Banco Santander har endvidere gjort gældende, at en fortolkning, hvorefter »potentielle« forpligtelser, der afhænger af udfaldet af verserende retssager, udgør fordringer, der »fandtes«, i fremtidige afviklinger vil føre til en situation, hvor aktionærer og kreditorer kan omgå virkningen af bail-in-værktøjet ved at anlægge en retssag inden vedtagelsen af afviklingsafgørelsen. En sådan praksis ville, hvis den blev tilladt, begrænse afviklingsmyndighedernes beføjelser til at nedskrive eller nedbringe egenkapitalen og udestående forfaldne beløb, når de anvender bail-in-værktøjet.

105. Det er ganske vist muligt, at kreditorer, der på forhånd bliver bekendt med en mulig afviklingsafgørelse, vil prøve at beskytte deres investeringer ved at anlægge retssager, der, hvis de fortolkes som forpligtelser, der er »opstået« i henhold til BRRD, ville forhindre, at deres investering blev nedskrevet under anvendelse af bail-in-værktøjet.

106. Selv om muligheden for den type retssager selvfølgelig ikke kan udelukkes, skal man dog være opmærksom på, at det er forbundet med omkostninger at anlægge en retssag, omkostninger, som ikke vil blive dækket, hvis der ikke er nogen chance for at få medhold. Endvidere forventes en afviklingsafgørelse at blive truffet hurtigt og i al fortrolighed. Det er derfor usandsynligt, at investorerne, selv når de har mistanke om en eventuel afvikling, kender vilkårene herfor.

107. Ikke desto mindre kan der være grund til kun at anse krav, der afhænger af søgsmål anlagt inden en bestemt dato forud for afviklingsafgørelsen, for at være »opstået«, f.eks. den dato, der tages i betragtning med henblik på værdiansættelsen af en nødlidende bank, på grundlag af hvilken der træffes en afviklingsafgørelse.

108. Banco Santander har i denne henseende forklaret, at Deloitte's værdiansættelse tog hensyn til situationen, således som den forelå den 31. marts 2017, mens afviklingsafgørelsen blev vedtaget den 7. juni 2017. Det ville således være muligt at behandle søgsmål, der er anlagt efter den 31. marts 2017, på samme måde som søgsmål, der er anlagt efter vedtagelsen af en afviklingsafgørelse, og dermed som »ikke opstået« på dette tidspunkt.

109. Selv om denne argumentation fortjener at blive behandlet, påvirker den ikke D.E.s stilling under omstændighederne i den foreliggende sag, hvor den pågældendes søgsmål blev anlagt ca. otte måneder før vedtagelsen af afviklingsafgørelsen.

110. Banco Santanders argumenter, der er baseret på en eventuel udnyttelse af Domstolens fortolkning, i henhold til hvilken søgsmål, der er anlagt før vedtagelsen af afviklingsafgørelsen, behandles som forpligtelser, der allerede »fandt« kan derfor ikke godtages som tilstrækkeligt vigtige til at opveje andre argumenter til støtte for en sådan fortolkning.

IV. Forslag til afgørelse

111. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien) har forelagt, således:

»Artikel 53, stk. 1 og 3, og artikel 60, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU af 15. maj 2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012, sammenholdt med artikel 47, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder,

skal fortolkes således, at en fordring eller rettighed, som er resultatet af en retssag, der er indledt ved de kompetente domstole i en medlemsstat mod et finansieringsinstitut eller en finansiel enhed før det tidspunkt, hvor dette institut eller denne enhed bliver genstand for en afviklingsafgørelse, men som fortsat verserer på dette tidspunkt, udgør en forpligtelse »der er opstået«.