



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 31 maart 2022<sup>1</sup>

**Zaak C-45/21**

**Banka Slovenije**

**in tegenwoordigheid van:**

**Državni zbor Republike Slovenije (nationaal parlement van de Republiek Slovenië)**

[verzoek van de Ustavno sodišče Republike Slovenije (grondwettelijk hof, Republiek Slovenië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Stabiliteit van het financiële stelsel – Sanering en afwikkeling van kredietinstellingen in het algemeen belang – Europees Stelsel van centrale banken (ESCB) – Nationale centrale bank (NCB) als afwikkelingsautoriteit – Afschrijving en annulering van kapitaalinstrumenten in het kader van de sanering en afwikkeling van een kredietinstelling door de overheid – „No creditor worse off”-beginsel – Aansprakelijkheid van de NCB – Schadeloosstelling van de getroffen aandeelhouders en schuldeisers door de NCB – Artikel 123 VWEU – Verbod van monetaire overheidsfinanciering – Verordening (EG) nr. 3603/93 – Artikel 130 VWEU – Beginsel van onafhankelijkheid van de centrale banken – Publicatie van en toegang tot documenten in verband met de afwikkeling van een kredietinstelling in 2013 en 2014 – Richtlijnen 2006/48/EG en 2013/36/EU – Toepasselijkheid *ratione materiae*”

## I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op het raakvlak van Europees monetair beleid en de afwikkeling van banken. In wezen gaat het om de vraag of in het geval dat de kosten van de afwikkelingsfinanciering door een nationale centrale bank (hierna: „NCB”) als afwikkelingsautoriteit moeten worden gedragen, dit schending van het in artikel 123 VWEU bedoelde verbod van monetaire financiering zou kunnen opleveren of de door artikel 130 VWEU gewaarborgde onafhankelijkheid van de centrale banken zou kunnen aantasten.

2. Het Hof heeft het verbod van monetaire financiering tot op heden vooral behandeld in verband met monetaire beleidsmaatregelen van de Europese Centrale Bank (ECB).<sup>2</sup> Meer algemeen beschouwd verbiedt artikel 123 VWEU echter dat lidstaten hun verplichtingen jegens derden laten financieren door de ECB of hun eigen NCB.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> In het bijzonder in de arresten van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400), en 11 december 2018, Weiss e.a. (C-493/17, EU:C:2018:1000).

<sup>3</sup> Zie artikel 1, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 3603/93 tot vaststelling van de definities voor de toepassing van de in artikel 104 en artikel 104 B, lid 1, van het Verdrag [thans de artikelen 123 en 125 VWEU] vastgelegde verbodsbepalingen (PB 1993, L 332, blz. 1).

3. Het hoofdgeding betreft de juridische situatie voordat in 2014 een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme in de Unie werd ingesteld en in samenhang daarmee een afwikkelingsfonds op Unieniveau en nationaal niveau werd ingevoerd.<sup>4</sup> Op dat tijdstip was de Sloveense centrale bank, de Banka Slovenije, volgens het nationale recht belast met de sanering en afwikkeling van Sloveense banken waarvan het faillissement een gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel zou vormen.<sup>5</sup>

4. In het vroegere Sloveense recht bestond er echter geen financieringsregeling voor de kosten van de afwikkeling van banken. Veeleer verplicht een eind 2019 in werking getreden wet de Banka Slovenije om de aandeelhouders en schuldeisers van banken, die in 2013 en 2014 door een sanerings- of afwikkelingsmaatregel van de overheid waren geraakt, nu alsnog onder bepaalde omstandigheden met eigen middelen schadeloos te stellen.

5. De Banka Slovenije ziet daarin een schending van het verbod van artikel 123 VWEU. Aangezien de vorderingen die haar treffen in bepaalde omstandigheden zeer hoog kunnen zijn, vreest zij bovendien dat haar financiële onafhankelijkheid in gevaar komt.

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. Unierecht

#### 1. VWEU

6. Artikel 123, lid 1, VWEU bevat het zogenoemde verbod van monetaire financiering en luidt als volgt:

„Het verlenen van voorschotten in rekening-courant of andere kredietfaciliteiten bij de [ECB] of de [NCB's], ten behoeve van instellingen, organen of instanties van de Unie, centrale overheden, regionale, lokale of andere overheden, andere publiekrechtelijke lichamen of openbare bedrijven van de lidstaten, alsmede het rechtstreeks van hen kopen door de [ECB] of [NCB's] van schuldbewijzen, zijn verboden.”

7. Artikel 131 VWEU bepaalt:

„Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat zijn nationale wetgeving, met inbegrip van de statuten van zijn [NCB], verenigbaar is met de Verdragen en met de statuten van het ESCB en van de ECB.”

8. Artikel 127 VWEU luidt als volgt:

„1. Het hoofddoel van het Europees Stelsel van centrale banken (hierna ‚ESCB’ te noemen), is het handhaven van prijsstabiliteit. Onverminderd het doel van prijsstabiliteit ondersteunt het ESCB het algemene economische beleid in de Unie [...].

<sup>4</sup> Zie de artikelen 67 e.v. van 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 en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1093/2010 (hierna: „GAM-verordening”) (PB 2014, L 225, blz. 1).

<sup>5</sup> De verenigbaarheid van de structuur van deze bevoegdheden met het Unierecht, in het bijzonder met het recht op eigendom in artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) vormde reeds het voorwerp van een procedure bij het Hof die heeft geleid tot het arrest van 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570).

2. De via het ESCB uit te voeren fundamentele taken zijn:

- het bepalen en ten uitvoer leggen van het monetair beleid van de Unie;
- het verrichten van valutamarktoperaties in overeenstemming met de bepalingen van artikel 219;
- het aanhouden en beheren van de officiële externe reserves van de lidstaten;
- het bevorderen van een goede werking van het betalingsverkeer.

[...]

5. Het ESCB draagt bij tot een goede beleidsvoering van de bevoegde autoriteiten ten aanzien van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel.

6. De Raad kan volgens een bijzondere wetgevingsprocedure bij verordeningen, na raadpleging van het Europees Parlement en de [ECB], met eenparigheid van stemmen besluiten aan de [ECB] specifieke taken op te dragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en andere financiële instellingen, met uitzondering van verzekeringsondernemingen.”

9. Artikel 282, lid 3, VWEU bepaalt:

„De [ECB] bezit rechtspersoonlijkheid. Zij heeft het alleenrecht machtiging te geven tot uitgifte van de euro. Zij is onafhankelijk, zowel bij de uitoefening van haar bevoegdheden als met betrekking tot het beheer van haar financiële middelen. De instellingen, organen en instanties van de Unie en de regeringen van de lidstaten eerbiedigen deze onafhankelijkheid.”

## **2. Statuten van het ESCB en van de ECB**

10. Protocol (nr. 4) betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank (hierna: „statuten van het ESCB en van de ECB”)<sup>6</sup> bepaalt in artikel 14.4:

„De [NCB's] mogen andere functies vervullen dan die omschreven in deze statuten, tenzij de Raad van bestuur met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen vaststelt dat deze functies de doelstellingen en taken van het ESCB doorkruisen. Bedoelde functies worden onder verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de [NCB's] vervuld en worden niet geacht deel uit te maken van de functies van het ESCB.”

11. Artikel 28 van deze statuten bepaalt:

„28. 1. Het kapitaal van de ECB bedraagt 5 000 miljoen EUR. Het kapitaal kan worden verhoogd met bedragen die worden bepaald door de Raad van bestuur met de gekwalificeerde meerderheid van stemmen die is voorgeschreven in artikel 10.3, binnen de grenzen en onder de voorwaarden die door de Raad volgens de procedure van artikel 41 worden vastgesteld.

<sup>6</sup> PB 2016, C 202, blz. 230.

28. 2. De enige inschrijvers op het kapitaal van de ECB en de enige aandeelhouders van de ECB zijn de [NCB's]. De inschrijving op het kapitaal geschiedt volgens de overeenkomstig artikel 29 vastgestelde sleutel.

[...]"

12. Artikel 32 van de statuten van het ESCB en van de ECB bepaalt als volgt:

„32.1. De inkomsten die de [NCB's] bij de uitoefening van de monetaire beleidstaken van het ESCB verkrijgen (hierna ‚monetaire inkomsten’ te noemen) worden aan het einde van elk boekjaar volgens de onderstaande bepalingen toegedeeld.

32.2. De monetaire inkomsten van elke [NCB] zijn gelijk aan de jaarinkomsten die zij verkrijgt uit de activa die worden aangehouden als tegenwaarde voor de in omloop zijnde bankbiljetten en de verplichtingen jegens kredietinstellingen uit hoofde van deposito's. Deze activa worden door de [NCB's] geormerkt volgens door de Raad van bestuur vast te stellen richtsnoeren.

[...]"

13. Volgens artikel 33.1 van deze statuten wordt, na de overdracht van een bepaald bedrag, de aangehouden nettowinst van de ECB onder de aandeelhouders van de ECB verdeeld naar rato van hun gestorte aandelen. Artikel 33.2 bepaalt dat in geval van een verlies van de ECB het tekort wordt gedekt uit het algemeen reservefonds van de ECB en, indien nodig, bij besluit van de Raad van bestuur, door de monetaire inkomsten van het betrokken boekjaar, naar rato en tot beloop van de bedragen die overeenkomstig artikel 32.5 aan de [NCB's] zijn toegedeeld.

14. Artikel 35.3 van de statuten van het ESCB en van de ECB luidt als volgt:

„De ECB is onderworpen aan de in artikel 340 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omschreven aansprakelijkheidsregeling. De [NCB's] zijn aansprakelijk volgens hun onderscheiden nationale wetgevingen.”

### **3. Verordening nr. 3603/93**

15. Artikel 1, lid 1, onder b), van verordening nr. 3603/93<sup>7</sup> omschrijft het in artikel 123 VWEU bedoelde begrip „andere kredietfaciliteit” als „iedere financiering van verplichtingen van de overheidssector jegens derden”.

### **4. Richtlijn 2001/24**

16. Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen<sup>8</sup> is volgens artikel 1, lid 1, ervan „van toepassing op kredietinstellingen en hun in een andere lidstaat dan die van de statutaire zetel opgerichte bijkantoren, in de zin van artikel 1, punten 1 en 3, van richtlijn 2000/12/EG<sup>9</sup>, behoudens de voorwaarden en uitzonderingen van artikel 2, lid 3, van die richtlijn.”

<sup>7</sup> Zie het aangehaalde in voetnoot 3.

<sup>8</sup> PB 2001, L 125, blz. 15.

<sup>9</sup> Zie aangaande de verwijzingen naar richtlijn 2000/12/EG voorts punt 23 van deze conclusie.

17. Volgens artikel 2 van richtlijn 2001/24 kunnen „bevoegde autoriteiten” in de zin van deze richtlijn zowel een autoriteit als bedoeld in artikel 4, lid 1, punt 40, van verordening (EU) nr. 575/2013<sup>10</sup> alsook een afwikkelingsautoriteit als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 18, van richtlijn 2014/59/EU<sup>11</sup> zijn.

18. Artikel 33 van richtlijn 2001/24 bepaalt:

„Eenieder die in het kader van de informatie- of overlegprocedures van de artikelen 4, 5, 8, 9, 11 en 19, gegevens moet ontvangen of verstrekken, is aan het beroepsgeheim gebonden, overeenkomstig de regels en voorwaarden van artikel 30 van richtlijn 2000/12/EG<sup>[12]</sup>, met uitzondering van rechterlijke instanties, die aan de geldende nationale bepalingen onderworpen zijn.”

19. De in de artikelen 4, 5, 8, 9, 11 en 19 geregelde procedures betreffen het informeren van en het overleg met de autoriteiten van andere lidstaten of derde landen waarin het bijkantoor is gevestigd van een kredietinstelling die in de lidstaat waar het hoofdkantoor gevestigd is, aan een sanerings- of afwikkelingsmaatregel is onderworpen.

## 5. Richtlijn 2006/48

20. Bij richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen<sup>13</sup> zijn ingevolge artikel 1, lid 1, ervan „voorschriften vastgesteld voor de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen en voor het bedrijfseconomisch toezicht daarop.”

21. In deze richtlijn wordt volgens artikel 4, punt 4, onder „bevoegde autoriteit” verstaan „de nationale autoriteiten die op grond van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bevoegd zijn om op kredietinstellingen toezicht uit te oefenen”.

22. In artikel 44 van deze richtlijn, de eerste bepaling van de afdeling „Uitwisseling van informatie en beroepsgeheim”, was het volgende bepaald:

„1. De lidstaten bepalen dat alle personen die werkzaam zijn of zijn geweest voor de bevoegde autoriteiten, alsmede accountants of deskundigen die in opdracht van de bevoegde autoriteiten handelen, aan het beroepsgeheim gebonden zijn.

De vertrouwelijke gegevens waarvan zij beroepshalve kennis krijgen, mogen aan geen enkele persoon of autoriteit bekend worden gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde

<sup>10</sup> Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 646/2012 (PB 2013, L 176, blz. 1). Een bevoegde autoriteit is volgens dat artikel „een bij nationale wetgeving officieel erkende overheidsinstantie of lichaam die/dat bij nationale wetgeving gemachtigd is toezicht op instellingen uit te oefenen als onderdeel van het in de betrokken lidstaat geldende toezichtstelsel”.

<sup>11</sup> Richtlijn 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 en tot wijziging van richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (hierna: „richtlijn 2014/59”) (PB 2014, L 173, blz. 190).

<sup>12</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PB 2000, L 126, blz. 1). Zie voor de betekenis van de verwijzingen naar richtlijn 2000/12 na intrekking ervan voorts punt 23 van deze conclusie.

<sup>13</sup> PB 2006, L 177, blz. 1.

vorm, zodat individuele kredietinstellingen niet kunnen worden geïdentificeerd, zulks onverminderd de gevallen die onder het strafrecht vallen.

Indien een kredietinstelling failliet is verklaard of op grond van een rechterlijke uitspraak moet worden geliquideerd, mogen echter vertrouwelijke gegevens die geen betrekking hebben op derden welke betrokken zijn bij pogingen om de kredietinstellingen te redden, in het kader van civiele of handelsrechtelijke procedures openbaar worden gemaakt.

2. Lid 1 belet niet dat tussen de bevoegde autoriteiten van de verschillende lidstaten uitwisseling van gegevens plaatsvindt als bedoeld in onderhavige richtlijn alsmede in andere richtlijnen die van toepassing zijn op kredietinstellingen. Deze gegevens vallen onder het in lid 1 bedoelde beroepsgeheim.”

23. Artikel 158 van richtlijn 2006/48 bepaalde:

„1. Richtlijn 2000/12/EG, zoals gewijzigd bij de in bijlage XIII, deel A, genoemde richtlijnen, wordt ingetrokken, onverminderd de verplichtingen van de lidstaten wat betreft de in bijlage XIII, deel B, opgenomen termijnen voor de omzetting van de richtlijnen in nationaal recht.

2. Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijnen gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn en worden gelezen volgens de in bijlage XIV opgenomen concordantietabel.”

## **6. Richtlijn 2013/36**

24. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (hierna: „richtlijn 2013/36”)<sup>14</sup> regelt ingevolge artikel 1 ervan, de toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen alsmede de toezichtbevoegdheden en -instrumenten voor de uitoefening van het prudentieel toezicht op instellingen.

25. Artikel 3, lid 1, punt 36, van richtlijn 2013/36 verwijst voor de omschrijving van „bevoegde autoriteit” naar artikel 4, lid 1, punt 40, van verordening nr. 575/2013.<sup>15</sup>

26. Artikel 4, lid 7, van richtlijn 2013/36 luidt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de toezichttaken uit hoofde van deze richtlijn en van verordening (EU) nr. 575/2013 en enige andere taken van de bevoegde autoriteiten gescheiden en onafhankelijk zijn van de taken met betrekking tot afwikkeling. De lidstaten stellen de Commissie en de [Europese Bankautoriteit; hierna: ‚EBA’] daarvan in kennis, onder vermelding van een eventuele taakverdeling.”

<sup>14</sup> PB 2013, L 176, blz. 338.

<sup>15</sup> Zie voetnoot 10 van deze conclusie.

27. Met betrekking tot de geheimhoudingsplicht bevat artikel 53, lid 1, van die richtlijn een regeling die in wezen identiek is aan artikel 44, lid 1, van richtlijn 2006/48. Lid 3 van deze bepaling luidt als volgt:

„Lid 1 belet de bevoegde autoriteiten niet om de resultaten van de overeenkomstig artikel 100 van deze richtlijn of overeenkomstig artikel 32 van verordening (EU) nr. 1093/2010<sup>[16]</sup> gehouden stresstests bekend te maken of aan de EBA door te geven met het oog op de bekendmaking door de EBA van de resultaten van Unie-brede stresstests.”

28. Artikel 59, lid 1, van richtlijn 2013/36 bepaalt:

„Niettegenstaande artikel 53, lid 1, en artikel 54 kunnen de lidstaten, op grond van nationaal recht, de mededeling van bepaalde informatie toestaan aan andere centrale overheidsdiensten die verantwoordelijk zijn voor het recht betreffende het toezicht op instellingen, financiële instellingen en verzekeringsondernemingen, alsmede aan de inspecteurs die in opdracht van deze overheidsdiensten optreden.

Deze informatie mag echter alleen worden verstrekt indien zulks ter wille van het prudentieel toezicht en de preventie en afwikkeling van faillerende instellingen nodig blijkt. Onverminderd lid 2 zijn de personen die toegang tot de informatie hebben, onderworpen aan eisen betreffende het beroepsgeheim die ten minste gelijkwaardig zijn aan de eisen als bedoeld in artikel 53, lid 1.

[...]”

29. Bij richtlijn 2013/36 worden ingevolge artikel 163 ervan de richtlijnen 2006/48 en 2006/49 met ingang van 1 januari 2014 ingetrokken.

## **B. Sloveens recht**

### **1. ZBan-1**

30. De Zakon o bančništvu (wet op het bankwezen; hierna: „ZBan-1”) bepaalt in artikel 253a dat de Banka Slovenije als afwikkelingsautoriteit de afschrijving of annulering kan gelasten van daarvoor in aanmerking komende verplichtingen van een kredietinstelling die in moeilijkheden verkeert, wanneer dat in het algemeen belang noodzakelijk is om het faillissement van deze instelling te voorkomen en dus om de stabiliteit van het gehele financiële stelsel te waarborgen.

31. Artikel 261a, lid 5, ZBan-1 bevat het zogenoemde „no creditor worse off-beginsel”, dat inhoudt dat aandeelhouders of schuldeisers zich als gevolg van een in artikel 253a ZBan-1 bedoelde maatregel niet in een slechtere situatie mogen bevinden dan die waarin zij zich zouden hebben bevonden bij een faillissement van de betrokken instelling.

32. Ingevolge artikel 350a, lid 1, ZBan-1 kunnen de aandeelhouders en schuldeisers van een kredietinstelling onder de voorwaarden van artikel 223a ZBan-1 vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden als gevolg van een door de Banka Slovenije gelaste afwikkelings- of saneringsmaatregel. Artikel 223a bepaalt dat moet worden aangenomen dat de Banka Slovenije

<sup>16</sup> Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB 2010, L 331, blz. 12).

onzorgvuldig heeft gehandeld, wanneer deze nationale bank of de personen wier handelen aan deze bank moet worden toegerekend, op basis van de feiten en omstandigheden die hun op het tijdstip waarop het besluit is genomen bekend waren of hadden moeten zijn, er niet op goede gronden van uit konden gaan dat het besluit rechtmatig is.

## 2. ZPSVIKOB

### *a) Voorschriften over de schadevergoeding voor houders van geannuleerde (ingetrokken) of afgeschreven kapitaalinstrumenten*

33. De Zakon o postopku sodnega in izvensodnega varstva nekdanjih imetnikov kvalificiranih obveznosti bank (wet inzake de procedure voor gerechtelijke en buitengerechtelijke bescherming van voormalige houders van gekwalificeerde passiva van de bank; hierna: „ZPSVIKOB”) bevat regelingen over het geldend maken van de rechten op schadevergoeding die beleggers van een kredietinstelling op grond van artikel 350a, lid 1, ZBan-1 kunnen invoeren wegens de in 2013 en 2014 door de Banka Slovenije gelaste sanerings- en afwikkelingsmaatregelen.

34. Volgens artikel 31 ZPSVIKOB bestaat een dergelijk recht op schadevergoeding, wanneer ofwel de Banka Slovenije niet kan aantonen dat de maatregel noodzakelijk was in het algemeen belang in de zin van artikel 253a ZBan-1, ofwel het in artikel 261a, lid 5, ZBan-1 vastgelegde beginsel no creditor worse off niet is nageleefd.

35. Daarnaast bepaalt de ZPSVIKOB in de artikelen 4 tot en met 7 ervan dat uitsluitend bepaalde retailbeleggers van een kredietinstelling wier kapitaalinstrumenten zijn geannuleerd of afgeschreven, recht op een forfaitaire schadevergoeding kunnen hebben. Volgens deze regelingen kunnen beleggers wier jaarlijkse bruto-inkomen niet hoger is dan een bepaald bedrag<sup>17</sup>, een schadevergoeding vorderen ten belope van 80 % van de nominale waarde van hun kapitaalinstrumenten (maximaal 20 000 EUR), zonder dat hoeft te worden aangetoond dat zij in het geval van een faillissement van de betrokken kredietinstelling dit bedrag zouden hebben gekregen. Het is niet mogelijk om daarnaast een schadevergoeding ten bedrage van de liquidatiewaarde op basis van artikel 350a juncto artikel 261a ZBan-1 te vorderen.

36. Met betrekking tot de financiering van de twee soorten schadevergoedingen bepaalt artikel 40 ZPSVIKOB om te beginnen dat de Banka Slovenije voor dit doel speciale reserves aanlegt. Deze worden gefinancierd uit de winst die de Banka Slovenije vanaf 1 januari 2019 heeft behaald (gedefinieerd als het overschot aan inkomsten boven de uitgaven), die normaal gesproken volgens artikel 50, lid 1, van de Zakon o Banki Slovenije (wet betreffende de Banka Slovenije; hierna: „ZBS-1”) voor 25 % in de Sloveense nationale begroting vloeit en voor 75 % wordt gebruikt voor het aanleggen van algemene reserves.

37. Wanneer het bedrag van de schadevergoedingen hoger is dan het bedrag van de op deze wijze aangelegde speciale reserves, kan voor de financiering daarvan op grond van de ZPSVIKOB vervolgens gebruik worden gemaakt van de algemene reserves die tot 1 januari 2019 door de Banka Slovenije zijn aangelegd. Deze mogen echter slechts tot een minimum van 50 % worden aangesproken.

<sup>17</sup> Te weten in totaal 18 278,16 EUR.



38. Ten slotte regelt de ZPSVIKOB de mogelijkheid van de Sloveense Staat om aan de Banka Slovenije een overbruggingskrediet te verlenen teneinde een eventueel resterend tekort te dekken. De terugbetaling van dit krediet geschiedt wederom uit de toekomstige winst van de Banka Slovenije, zodat deze tot aan de volledige aflossing, in strijd met de bepalingen van de ZBS-1, vervolgens niet kan worden gebruikt voor het aanleggen van de algemene reserves.

#### ***b) Voorschriften over de publicatie van en toegang tot documenten***

39. De artikelen 10 en 22 ZPSVIKOB bepalen dat de Banka Slovenije bepaalde documenten in samengevatte vorm op haar website moet publiceren of virtueel toegankelijk moet maken voor potentiële eisers in schadevorderingsprocedures of hun raadslieden. Deze documenten betreffen met name de resultaten van de stresstests die zijn gehouden bij een afgewikkelde kredietinstelling, de verslagen over de kwaliteit van de activa van een dergelijke instelling (*asset quality review*; hierna: „AQR”) en de waardering van de activa van de bank, die de basis vormen voor het afwikkelingsbesluit.

### **III. Feiten en hoofdgeding**

40. De Ustavno sodišče (grondwettelijk hof, Slovenië) buigt zich in het hoofdgeding over het verzoek van de Banka Slovenije dat strekt tot een abstracte grondwettigheidstoetsing van enkele bepalingen van de ZPSVIKOB en de ZBan-1.

41. Deze wetten regelen de materiële voorwaarden en de rechterlijke procedures voor aansprakelijkheids- en schadevorderingen die kunnen toekomen aan aandeelhouders en schuldeisers van kredietinstellingen, wier kapitaalinstrumenten in 2013 en 2014 door de Banka Slovenije zijn afgeschreven of geannuleerd in het kader van maatregelen die zij in haar functie van afwikkelingsautoriteit heeft gelast. Geregeld is enerzijds een schadevergoeding wegens schending van het beginsel *no creditor worse off* door deze maatregelen en anderzijds een forfaitaire schadevergoeding voor bepaalde retailbeleggers. Volgens de ZPSVIKOB is de Bank Slovenije hiervoor aansprakelijk.

42. Laatstgenoemde wet bevat bovendien regelingen over de publicatie van en toegang tot documenten – met name de stresstests, de AQR-verslagen en de waardering van de activa en de passiva van de betrokken kredietinstellingen – waardoor het bewijs dat aan de voorwaarden voor de schadevergoeding is voldaan, vergemakkelijkt moet worden.

43. De wetgever heeft eind 2019 de ZPSVIKOB vastgesteld als reactie op een daaraan voorafgegangene beslissing van de Ustavno sodišče. In deze beslissing heeft de Ustavno sodišče geoordeeld dat de mogelijkheden voor een schadevergoeding alsmede de procesrechtelijke voorwaarden voor het geldend maken ervan onder de vigeur van het vroegere Sloveense recht ontoereikend en dus in strijd met de grondwet waren.

44. De Banka Slovenije ziet in de voorschriften over haar schadeplichtigheid jegens de houders van geannuleerde of afgeschreven kapitaalinstrumenten onder meer een schending van het verbod van monetaire financiering als bedoeld in artikel 123 VWEU en een inbreuk op het beginsel van financiële onafhankelijkheid van de centrale banken als bedoeld in artikel 130 VWEU. De schadeloosstelling van in het algemeen belang onteigende of in hun eigendomsrechten beperkte aandeelhouders of schuldeisers van falende kredietinstellingen is namelijk een objectieve verplichting van de staat. Deze kan de afwikkeling van falende

kredietinstellingen, die onvermijdelijk gepaard gaat met dergelijke ingrepen, niet zonder passende financiering aan een NCB opdragen. De bij de ZPSVIKOB vastgestelde financiering van schadevergoedingen heeft tot gevolg dat de algemene reserves van de Banka Slovenije worden aangesproken op een wijze die de uitvoering van haar Unierechtelijke taken in het kader van het ESCB in gevaar brengt.

45. Volgens de Sloveense regering is er geen sprake van schending van artikel 123 VWEU, aangezien de schadevergoedingen in de eerste plaats worden betaald uit de door de Banka Slovenije behaalde winst, waarvan een deel normaliter hoe dan ook naar de nationale begroting vloeit. Bovendien vormt het vastgelegde minimumniveau van de algemene reserves, waar door de schadevergoedingsplicht niet onder mag worden gekomen, een voldoende waarborg tegen een gevaar voor de financiële onafhankelijkheid van de Banka Slovenije. Indien dit minimumniveau niet meer wordt bereikt, kan dit worden verholpen door een overbruggingskrediet van de Sloveense Staat.

46. Ten aanzien van de publicatie en het toegankelijk maken van bepaalde documenten die in verband met de afwikkelingsmaatregelen zijn opgesteld of als basis daarvan dienden, is de Banka Slovenije van mening dat dit in strijd is met de geheimhoudingsplichten van de richtlijnen 2006/48 en 2013/36. Voorts is kennis van de inhoud van deze documenten voor de betrokken aandeelhouders en schuldeisers niet nodig om hun rechten te doen gelden. Daarentegen zijn volgens de Sloveense regering de relevante bepalingen van deze richtlijnen in het hoofdgeding noch *ratione temporis* noch *ratione materiae* van toepassing.

#### **IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof**

47. Tegen deze achtergrond heeft de Ustavno sodišče de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten artikel 123 VWEU en artikel 21 van de statuten van het ESCB en van de ECB aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een bij het ESCB aangesloten [NCB] aansprakelijk is voor schadevergoeding, die met eigen middelen moet worden betaald, aan voormalige houders van financiële instrumenten die zijn geannuleerd, waartoe zij heeft besloten in de uitoefening van de bij wet aan haar toegekende bevoegdheid om in het algemeen belang buitengewone maatregelen vast te stellen teneinde te voorkomen dat de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar komt, indien in het kader van latere gerechtelijke procedures blijkt dat bij de annulering van die financiële instrumenten niet het beginsel is geëerbiedigd dat geen enkele houder van een financieel instrument zich als gevolg van een buitengewone maatregel in een slechtere situatie mag bevinden dan die waarin hij zich zou hebben bevonden indien die maatregel niet was vastgesteld, wanneer de [NCB] in die context aansprakelijk is: (1) voor de schade die had kunnen worden voorzien op basis van de feiten en de omstandigheden op het tijdstip waarop het besluit van de centrale bank is genomen en waarvan deze bank op de hoogte was of had moeten zijn, en (2) voor de schade die het gevolg is van het gedrag van personen die in opdracht van de centrale bank hebben gehandeld in de uitoefening van de voornoemde bevoegdheden van die bank maar in die context, gezien de feiten en de omstandigheden waarvan zij overeenkomstig de ontvangen bevoegdheden op de hoogte waren of hadden moeten zijn, niet hebben gehandeld met de zorgvuldigheid van een deskundig en oplettend persoon?

- 2) Moeten artikel 123 VWEU en artikel 21 van de statuten van het ESCB en van de ECB aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een bij het ESCB aangesloten [NCB] met eigen middelen speciale monetaire vergoedingen betaalt aan een deel van de voormalige houders van geannuleerde financiële instrumenten (volgens het criterium van de vermogenssituatie) wegens de annulering van deze instrumenten, waartoe de voornoemde bank heeft besloten in de uitoefening van de bij wet aan haar toegekende bevoegdheid om in het algemeen belang buitengewone maatregelen vast te stellen teneinde te voorkomen dat de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar komt, indien het in die context om voor de vergoeding in aanmerking te komen volstaat dat het financiële instrument is geannuleerd, en niet van belang is of al dan niet afbreuk is gedaan aan het beginsel dat geen enkele houder van een financieel instrument zich als gevolg van een buitengewone maatregel in een slechtere situatie mag bevinden dan die waarin hij zich zou hebben bevonden indien die maatregel niet was vastgesteld?
- 3) Moeten artikel 130 VWEU en artikel 7 van de statuten van het ESCB en van de ECB aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een [NCB] ertoe wordt verplicht de schade te vergoeden die als gevolg van de uitoefening van haar wettelijke bevoegdheden is ontstaan, waarvan het bedrag dermate hoog is dat dit ten koste kan gaan van de capaciteit van de voornoemde bank om haar taken doeltreffend te verrichten? Zijn in dit verband voor de vaststelling dat afbreuk is gedaan aan het beginsel van financiële onafhankelijkheid van de [NCB] de wettelijke voorwaarden relevant waaraan moet zijn voldaan om schadeplichtig te worden gesteld?
- 4) Moeten de artikelen 53 tot en met 62 van richtlijn [2013/36] of de artikelen 44 tot en met 52 van richtlijn [2006/48], die de vertrouwelijkheid beschermen van in het kader van prudentieel toezicht ontvangen of tot stand gekomen vertrouwelijke gegevens, aldus worden uitgelegd dat deze twee richtlijnen ook de vertrouwelijkheid beschermen van gegevens die zijn ontvangen of tot stand gekomen in het kader van de uitvoering van maatregelen waarmee wordt beoogd banken te redden teneinde de stabiliteit van het financiële systeem te waarborgen, ingeval de risico's voor de solvabiliteit en de liquiditeit van de banken niet konden worden weggenomen met de gebruikelijke maatregelen van prudentieel toezicht, maar die maatregelen zijn aangemerkt als saneringsmaatregelen in de zin van richtlijn [2001/24]?
- 5) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten de artikelen 53 tot en met 62 van richtlijn [2013/36] of de artikelen 44 tot en met 52 van richtlijn [2006/48] inzake de bescherming van in het kader van prudentieel toezicht ontvangen of tot stand gekomen gegevens, aldus worden uitgelegd dat met het oog op de door deze bepalingen geboden bescherming richtlijn [2013/36], die van latere datum is, ook relevant is in het geval van vertrouwelijke gegevens die zijn verkregen of tot stand gekomen in het tijdvak waarin richtlijn [2006/48] van toepassing was, indien die gegevens moesten worden bekendgemaakt in het tijdvak waarin richtlijn [2013/36] van toepassing was?
- 6) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 53, lid 1, eerste alinea, van richtlijn [2013/36] (en artikel 44, lid 1, eerste alinea, van richtlijn [2006/48], afhankelijk van het antwoord op de vorige vraag) aldus worden uitgelegd dat de gegevens waarover de [NCB] als toezichthoudende instantie beschikt en die op een gegeven moment na de totstandkoming daarvan openbaar zijn geworden, of de gegevens die een beroepsgeheim zouden kunnen vormen doch dateren van minstens vijf jaar geleden en die derhalve gezien de verstreken tijd in beginsel kunnen worden geacht oude gegevens te zijn en hun vertrouwelijke karakter derhalve te hebben verloren, niet langer worden geacht vertrouwelijke gegevens te zijn

waarvoor de verplichting om het beroepsgeheim te eerbiedigen geldt? Indien de oude gegevens dateren van minstens vijf jaar geleden, hangt dan het antwoord op de vraag of deze gegevens nog steeds als vertrouwelijk moeten worden aangemerkt ervan af of deze vertrouwelijkheid kan worden gerechtvaardigd op grond van andere redenen dan de commerciële situatie van de onder toezicht staande banken of van andere ondernemingen?

- 7) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 53, lid 1, derde alinea, van richtlijn [2013/36] (en artikel 44, lid 1, derde alinea, van richtlijn [2006/48], afhankelijk van het antwoord op de vijfde vraag) aldus worden uitgelegd dat het is toegestaan dat vertrouwelijke documenten die geen betrekking hebben op derden die hebben getracht een kredietinstelling te redden, en die rechtens relevant zijn voor de beslissing van de rechter in een tegen de tot prudentieel toezicht bevoegde instantie ingestelde schadevorderingsprocedure, nog vóór de aanvang van de gerechtelijke procedure automatisch worden doorgegeven aan alle potentiële eisers en hun gemachtigden, zonder dat een specifieke procedure wordt ingeleid om te beslissen over de rechtmatigheid van de bekendmaking van elk document aan elke afzonderlijke justitiabele en zonder dat in elke afzonderlijke zaak een belangenafweging wordt gemaakt? En geldt dat zelfs indien deze gegevens betrekking hebben op kredietinstellingen waarvoor geen faillissement is aangevraagd en die niet gedwongen worden geliquideerd, maar die juist steun van de staat hebben ontvangen in de procedure waarin de financiële instrumenten van aandeelhouders en achtergestelde crediteuren van de kredietinstellingen zijn geannuleerd?
- 8) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 53, lid 1, tweede alinea, van richtlijn [2013/36] (en artikel 44, lid 1, tweede alinea, van richtlijn [2006/48], afhankelijk van het antwoord op de vijfde vraag) aldus worden uitgelegd dat het is toegestaan dat vertrouwelijke documenten, of samenvattingen daarvan, die geen betrekking hebben op derden die hebben getracht een kredietinstelling te redden, en die rechtens relevant zijn voor de beslissing van de rechter in een tegen de tot prudentieel toezicht bevoegde instantie ingestelde schadevorderingsprocedure, op internet worden gepubliceerd waar zij voor iedereen toegankelijk zijn, indien zij gegevens bevatten die betrekking hebben op kredietinstellingen waarvoor geen faillissement is aangevraagd en die niet gedwongen worden geliquideerd, maar die juist steun van de staat hebben ontvangen in een procedure waarin de financiële instrumenten van aandeelhouders en achtergestelde crediteuren van de kredietinstellingen zijn geannuleerd, wanneer evenwel is voorgeschreven dat bij deze publicatie op internet alle vertrouwelijke gegevens onleesbaar worden gemaakt?"

48. De Banka Slovenije, de Sloveense regering, de ECB en de Europese Commissie hebben in de procedure bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend over deze vragen. Deze partijen waren ook vertegenwoordigd ter terechtzitting van 18 januari 2022.

## V. Juridische beoordeling

49. Met zijn eerste en tweede prejudiciële vraag wenst de Ustavno sodišče allereerst te vernemen of de vergoedingsregelingen in de ZPSVIKOB en de ZBan-1 in strijd zijn met het verbod van monetaire financiering in artikel 123 VWEU. De derde prejudiciële vraag betreft vervolgens de toelaatbaarheid van deze regelingen met het oog op het beginsel van onafhankelijkheid van de centrale banken in artikel 130 VWEU en artikel 7 van de statuten van het ESCB en van de ECB.

Ten slotte moet aan de hand van de vierde tot en met de achtste prejudiciële vraag worden verduidelijkt of de in de ZPSVIKOB vervatte verplichting om bepaalde documenten te publiceren of toegankelijk te maken verenigbaar is met de richtlijnen 2006/48 en 2013/36.

50. De eerste tot en met de derde prejudiciële vraag moeten inhoudelijk als een geheel worden beschouwd. Het verbod van monetaire financiering is namelijk nauw verweven met het beginsel van onafhankelijkheid van de centrale banken en flankiert dit beginsel op verschillende manieren.

51. Tegen deze achtergrond worden in het eerste deel van deze conclusie de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag gezamenlijk onderzocht (onder A), waarbij eerst wordt ingegaan op het beginsel van onafhankelijkheid en daarna op het verbod van monetaire financiering. Vervolgens zal ik in het tweede deel de vierde tot en met de achtste prejudiciële vraag onderzoeken (onder B).

## **A. Eerste tot en met derde prejudiciële vraag**

### ***1. Inbreuk op het beginsel van onafhankelijkheid van het ESCB in artikel 130 VWEU (derde prejudiciële vraag)***

52. Met zijn derde prejudiciële vraag, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de Ustavno sodišče in wezen te vernemen of de in artikel 40 ZPSVIKOB vastgelegde financieringsregeling voor schadevergoedingen afbreuk kan doen aan de onafhankelijkheid van de centrale banken.

53. Meer in het bijzonder bepaalt artikel 40 ZPSVIKOB, in de eerste plaats, dat alle winst die is behaald vanaf 1 januari 2019 tot aan de rechterlijke beslissing over de schadevergoedingen, wordt gebruikt voor het aanleggen van de speciale reserves. Hierdoor ziet de Sloveense Staat tijdens deze periode ten eerste af van zijn in artikel 50, lid 1, ZBS-1 bedoelde aandeel in de winst (namelijk maximaal 25 %), en wordt ten tweede de resterende winst tot die datum niet gebruikt voor het aanleggen van algemene reserves. In de tweede plaats worden de tot 1 januari 2019 reeds aangelegde algemene reserves tot maximaal 50 % eveneens ingezet voor de financiering van schadevergoedingen, indien de tot het tijdstip van de rechterlijke beslissing aangelegde speciale reserves ontoereikend zijn. In de derde plaats wordt een eventueel nog uitstaand bedrag gefinancierd met een overbruggingskrediet van de Sloveense Staat. De terugbetaling daarvan geschiedt wederom uit de toekomstige winst van de Banka Slovenije, die dus niet voor het aanleggen van algemene reserves kan worden gebruikt totdat het krediet is afgelost.<sup>18</sup>

54. Het beginsel van onafhankelijkheid, dat in artikel 130 VWEU is verankerd en in artikel 7 van de statuten van het ESCB en van de ECB wordt herhaald, staat het noch de ECB, noch een NCB, noch enig lid van hun besluitvormende organen toe instructies te vragen aan dan wel te aanvaarden van onder meer regeringen van lidstaten en verbiedt het deze regeringen uitdrukkelijk om te trachten de leden van de besluitvormende organen van de NCB's bij het verrichten van hun taken te beïnvloeden.

55. Het Hof heeft erop gewezen dat de in artikel 130 VWEU als postulaat gehanteerde bescherming van de ECB tegen beïnvloeding van buitenaf bij de implementatie van haar monetair beleid onder meer wordt gewaarborgd doordat de ECB over eigen middelen en een

<sup>18</sup> Zie dienaangaande reeds de punten 36 e.v. van deze conclusie.

eigen begroting beschikt.<sup>19</sup> In dit verband blijkt ook uit de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling dat de onafhankelijkheid niet alleen een functionele, institutionele en persoonlijke dimensie, maar ook een financiële dimensie heeft.<sup>20</sup>

56. Deze samenhang ligt voor de hand: indien een centrale bank afhankelijk is van de beschikbaarstelling van financiële middelen door een regering, bestaat vanzelfsprekend het gevaar dat aan deze steun expliciet of impliciet bepaalde voorwaarden worden verbonden voor het monetair beleid van deze bank en daardoor afbreuk wordt gedaan aan de onafhankelijkheid ervan.<sup>21</sup>

57. Dit gevaar hadden de auteurs van de Verdragen voor ogen. Om die reden is in artikel 282, lid 3, VWEU vastgelegd dat de ECB over een eigen begroting beschikt. Deze begroting wordt niet gefinancierd met middelen van de Unie. Veeleer bevatten de artikelen 28 tot en met 33 van de statuten van het ESCB en van de ECB regelingen over het kapitaal, de externe reserves en de winst van de ECB, die ervoor zorgen dat zij haar taken zelf kan financieren en dus noch van instellingen van de Unie, noch van de regeringen van de lidstaten financieel afhankelijk is. Volgens artikel 28.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB zijn niet de lidstaten, maar de NCB's de aandeelhouders van de ECB. Het door de NCB's ingelegde kapitaal kan de ECB zelf bij besluit verhogen (zie artikel 28.1 van de statuten). Ook in geval van een verlies is zij niet afhankelijk van andere openbare lichamen (zie met name artikel 33.2 van de statuten).

58. De onafhankelijkheid van de ECB en de NCB's is geen doel op zich, maar moet verzekeren dat deze banken zich op behoorlijke wijze en doeltreffend kunnen kwijten van hun taken en dus het functioneren van het ESCB waarborgen.<sup>22</sup>

59. Om die reden impliceert artikel 130 VWEU, volgens de ECB, dat de NCB's ook wat hun financiële middelen betreft in staat moeten zijn om de door het Unierecht aan hen opgedragen taken en verplichtingen in het kader van het ESCB volledig onafhankelijk uit te voeren.

***a) Noodzaak van voldoende financiële middelen bij de NCB's om bepaalde verplichtingen in het kader van het ESCB na te komen***

60. In dit verband legt de ECB met name de nadruk op de in artikel 28.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB bedoelde verplichting van de NCB's om bij te dragen aan een eventuele verhoging van het kapitaal van de ECB. Ook de verwijzende rechter lijkt ervan uit te gaan dat het gebruik van alle toekomstige winst van de Banka Slovenije en van 50 % van haar algemene reserves om de schadevergoedingen te financieren ertoe kan leiden dat zij niet meer over de noodzakelijke middelen beschikt om deze verplichting na te komen.

<sup>19</sup> Zie arrest van 10 juli 2003, Commissie/ECB (C-11/00, EU:C:2003:395, punt 132).

<sup>20</sup> Zie het verslag van het Monetair Comité van 23 juli 1990 over de economische en monetaire unie (EMU) na voltooiing van de eerste fase (Krägenau, H., *Europäische Wirtschafts- und Währungsunion*, 1e druk, 1993, doc. 36, punt 36), en de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/ECB (C-11/00, EU:C:2002:556, punt 154).

<sup>21</sup> Zie Cukierman, A., *Central Bank Finances and Independence – How Much Capital Should a CB Have?*, Tel Aviv University, 2006, blz. 3.

<sup>22</sup> Zie in die zin arresten van 10 juli 2003, Commissie/ECB (C-11/00, EU:C:2003:395, punten 130 en 134); 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 40), en 26 februari 2019, Rimševičs/Letland (C-202/18 en C-238/18, EU:C:2019:139, punt 46).

61. Een kapitaalverhoging vindt echter in de praktijk door middel van een Target-overmaking plaats en wordt niet uit de feitelijke eigen middelen van de NCB's geput.<sup>23</sup> Hierbij gaat het om het girale betaalsysteem tussen de centrale banken (en de commerciële banken) van het Eurosysteem (de afkorting Target staat voor *Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System*). Dit systeem is, eenvoudig gezegd, gebaseerd op bankrekeningen die de NCB's van het Eurosysteem aanhouden bij de ECB. Met elke grensoverschrijdende overmaking stijgt of daalt – naargelang een commerciële bank van een lidstaat ontvanger of initiator van deze overmaking is – het saldo van de bankrekening van de NCB van de betrokken lidstaat bij de ECB. Anders dan bij commerciële banken moeten de bankrekeningen van de NCB's van het Eurosysteem aan het einde van een werkdag echter niet worden aangevuld. Op die manier kan aan het einde van een dag een verplichting van een nationale bank jegens de ECB ontstaan.

62. In het geval van een kapitaalverhoging betekent dit dat zelfs wanneer een NCB in het Target-systeem ten opzichte van de ECB al een negatief saldo heeft, dit saldo alleen maar groter wordt door de betreffende overmaking ter verhoging van het kapitaal. De NCB hoeft dit bedrag echter niet daadwerkelijk met eigen middelen – bijvoorbeeld uit haar winst – te betalen of aan te vullen. Derhalve wordt door het gebruik van de winst van een NCB, met het doel dat in het hoofdgeding wordt bestreden, in de praktijk haar vermogen om haar verplichting tot verhoging van het kapitaal van de ECB als bedoeld in artikel 28.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB na te komen, niet nadelig beïnvloed.<sup>24</sup> Feitelijk ontstaat het bedrag dat noodzakelijk is voor kapitaalverhoging veeleer door geldschepping.

63. De Target-schuld die in bepaalde omstandigheden op deze wijze op de balans van de betrokken NCB ontstaat verschijnt weliswaar aan de debetzijde, maar tegelijk wordt aan de creditzijde een waardestijging geboekt ten belope van de met hetzelfde bedrag gegroeide deelneming van de betrokken NCB in de ECB.<sup>25</sup> Hierdoor ontstaat er dus alleen maar een balansverruiming. Indien de betrokken NCB over een Target-vordering beschikt, is de kapitaalverhoging voor deze bank zelfs alleen maar een ruil van activa (Target-vordering tegen deelneming in de ECB).

64. Ook de nakoming van de andere door de ECB genoemde financiële verplichtingen van de NCB's – namelijk de in artikel 30.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB bedoelde verplichting om na een oproep door de ECB verdere externe reserves te storten of om overeenkomstig artikel 33.2 van die statuten verliezen van de ECB aan te zuiveren – hangt bij nadere beschouwing niet af van het feit dat een NCB over voldoende financiële middelen beschikt.

65. Aan de ene kant kan uit de verwijzingsbeslissing niet worden opgemaakt dat de externe reserves van de Banka Slovenije zouden kunnen worden gebruikt voor de financiering van schadevergoedingen.<sup>26</sup> Dat dit niet het geval is, heeft ook de Sloveense regering ter terechtzitting bevestigd.

<sup>23</sup> Zie bijv. artikel 1, lid 3, van het besluit van de ECB van 13 december 2010 betreffende het storten van de verhoging van het kapitaal van de Europese Centrale Bank door de nationale centrale banken van de lidstaten die de euro als munt hebben (ECB/2010/27) (PB 2011, L 11, blz. 54).

<sup>24</sup> Langner, J., in: Siekmann, H., (red.), *Kommentar zur EU-Währungsunion, Vorbemerkungen zu Artikel 28-33 der Satzung des ESZB und der EZB*, punt 9.

<sup>25</sup> Langner, J., in: Siekmann, H., (red.), *Kommentar zur EU-Währungsunion, Vorbemerkungen zu Artikel 28-33 der Satzung des ESZB und der EZB*, punt 10.

<sup>26</sup> Eveneens lijkt het uitgesloten dat de Banka Slovenije door de financieringsregeling van de ZPSVIKOB zou kunnen worden aangezet tot het verkopen van externe reserves om andere dan monetaire redenen en zij daarom niet meer in staat zou kunnen zijn te voldoen aan haar verplichtingen in artikel 30.4. Dergelijke transacties moeten namelijk op grond van artikel 31 van de statuten van het ESCB en van de ECB tevoren door de ECB worden goedgekeurd.

66. Aan de andere kant belooft de in artikel 33.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB bedoelde verplichting tot verliescompensatie slechts maximaal het bedrag van de toe te delen monetaire inkomsten.<sup>27</sup> De monetaire inkomsten van alle NCB's worden eerst volgens artikel 32.1 van de statuten van het ESCB en van de ECB aan het einde van elk boekjaar samengevat en vervolgens aan de NCB's toegedeeld volgens een bepaalde verdeelsleutel die hun deelneming in de ECB weerspiegelt (zie artikel 32.5 van de statuten). In geval van een verlies van de ECB wordt dit overeenkomstig artikel 32.5 juncto artikel 33.2 van de statuten tevoren op de toe te delen monetaire inkomsten in mindering gebracht. Een verdergaande verplichting tot verliescompensatie door de NCB's – bijvoorbeeld uit hun eigen middelen – bestaat daarentegen niet.<sup>28</sup>

***b) Noodzaak van voldoende financiële middelen voor het behoud van de geloofwaardigheid van en het vertrouwen in het ESCB***

67. Met het oog op de onafhankelijkheid van de NCB's is volgens mij veeleer het volgende punt doorslaggevend: door de financieringsregeling in artikel 40 ZPSVIKOB wordt de Banka Slovenije gedurende meerdere jaren volledig de bevoegdheid ontnomen om te beslissen over het gebruik van haar middelen en daardoor over de mogelijkheid om reserves aan te houden in een omvang die zij zelf passend acht.

68. Bijgevolg wordt een voorheen door de NCB volledig onafhankelijk uitgeoefend beslissingsrecht eenvoudigweg door de regering voor zichzelf opgeëist.

69. Daartegenover bestaan er echter goede redenen die ervoor pleiten dat een NCB op eigen verantwoordelijkheid moet kunnen beslissen in welke omvang zij reserves aanhoudt. Deze beslissing geeft namelijk blijk van de risicobeoordeling van de NCB met het oog op haar monetaire beleidsoperaties.

70. De algemene reserves vormen voorzieningen voor de financiële risico's die onvermijdelijk zijn verbonden aan deze operaties.<sup>29</sup> Indien een centrale bank om monetaire redenen bijvoorbeeld de verkoop van effecten nodig acht om bijvoorbeeld liquiditeit van de markt te laten wegvloeien, zal zij dat zelfs doen wanneer dit met verliezen gepaard kan gaan. Hetzelfde geldt voor de verkoop van deviezen, die in bepaalde omstandigheden nodig is om de wisselkoersen te reguleren, maar bij een waardestijging van de eigen valuta verliesgevend kan zijn. Tegelijk zal een NCB echter in zulke gevallen trachten om met het oog op de toekomst reserves aan te leggen om deze verliezen op te vangen.

71. Een passende omvang van reserves die eventuele verliezen uit monetaire beleidsoperaties kunnen opvangen, weerspiegelt dus de omstandigheid dat de betrokken NCB de gevolgen van haar maatregelen heeft voorzien en onder controle heeft.

<sup>27</sup> Dus de winst uit het chartale geldcircuit en de rentebaten uit de basisherfinancieringstransacties met de commerciële banken.

<sup>28</sup> Siekmann, H., *Die Einstandspflicht der Bundesrepublik Deutschland für die Deutsche Bundesbank und die Europäische Zentralbank*, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 120 (2017), blz. 10; Langner, J., in: Siekmann, H., (red.), *Kommentar zur EU-Währungsunion, Artikel 33 der Satzung des EZSB und der EZB*, punt 9.

<sup>29</sup> Zie voor de ECB artikel 33.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB. Zie dienaangaande ook arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 125).



72. Artikel 40 ZPSVIKOB belet de Banka Slovenije echter gedurende meerdere jaren om nieuwe reserves aan te leggen en bepaalt zelfs dat het bestand voor maximaal 50 % kan worden aangesproken. Hierdoor bestaat het gevaar dat wanneer in verband met monetaire beleidsoperaties verliezen ontstaan, haar nettokapitaal lager wordt dan haar nominale kapitaal of zelfs negatief wordt.

73. Deze situatie is om minstens drie redenen problematisch.

74. Ten eerste is het schadelijk met het oog op de voorbeeldfunctie van een centrale bank voor de banksector, die van zijn kant moet voldoen aan steeds strengere voorschriften voor het eigen kapitaal.

75. Ten tweede kan daardoor op de markten de indruk worden gewekt dat de NCB de gevolgen van haar monetaire beleidsmaatregelen onjuist waardeert of niet meer onder controle heeft. Door het voorschrift in artikel 40 ZPSVIKOB verliest de Banka Slovenije in ieder geval feitelijk de controle over een passende opvang van eventuele verliezen.

76. Tegen deze achtergrond benadrukt de ECB terecht dat het bestaan van een gering of zelfs negatief kapitaal gedurende een langere periode de geloofwaardigheid van en het vertrouwen in de NCB, en daardoor het ESCB als geheel, kan aantasten. In moderne fiduciaire geldsystemen – dat wil zeggen in geldsystemen waarin de valuta niet is gekoppeld aan de waarde van bepaalde goederen zoals goud – is het vertrouwen in het vermogen van de centrale banken om door gecontroleerde en doeltreffende monetaire beleidsmaatregelen prijsstabiliteit te handhaven, echter essentieel.

77. De ECB wijst daarmee feitelijk op het verband dat kan worden gelegd tussen een zwakke kapitaalpositie van een centrale bank en haar vermogen om het doel van handhaving van prijsstabiliteit doeltreffend en volledig onafhankelijk na te streven, dat wil zeggen enkel met inachtneming van monetaire overwegingen.<sup>30</sup>

78. Indien namelijk een centrale bank door een wettelijke beperking van haar vermogen om voldoende reserves aan te leggen in een situatie wordt gebracht waarin zij gedurende een langere periode een zeer gering of negatief kapitaal heeft, zou zij zich genoodzaakt kunnen zien om voor het verschaffen van inkomsten monetaire beleidsoperaties te verrichten teneinde de indruk van instabiliteit weg te nemen en het vertrouwen van de markten te behouden. Dergelijke maatregelen hebben vaak inflatoire tendensen.<sup>31</sup> Heel plastisch uitgedrukt zou door het stijgen van de inflatie de behoefte aan contant geld onder de bevolking toenemen en zullen door de uitgifte daarvan ook de inkomsten van de centrale bank toenemen. Dit zou echter kennelijk indruisen tegen het prioritaire doel van het handhaven van prijsstabiliteit.

<sup>30</sup> Aangezien een centrale bank normaliter het wettelijke betaalmiddel zelf kan vervaardigen, kan een negatief eigen kapitaal niet worden gelijkgesteld met insolventie. Het antwoord op de vraag of centrale banken in het algemeen eigen kapitaal nodig hebben, is daarom omstreden, zie in dit verband Adler, G., Castro, P., Tovar, C., en Kramer, C.-F., *Does Central Bank Capital Matter for Monetary Policy?*, IMF Working Paper, deel 60 (2012), blz. 3 en 4, en Siekmann, H., *Die Einstandspflicht der Bundesrepublik Deutschland für die Deutsche Bundesbank und die Europäische Zentralbank*, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 120 (2017), blz. 34. De NCB's van het Eurosysteem hebben deze bevoegdheid echter slechts in beperkte mate, zie in dit verband voorts punt 81 van deze conclusie.

<sup>31</sup> Zie Bindseil, U., Manzanares, A., en Weller, B., *The Role of Central Bank Capital Revisited*, ECB Working Paper Series No. 392, september 2004, blz. 27; Cukiermann, A., *Central Bank Finances and Independence – How Much Capital Should a CB Have?*, Tel Aviv University, 2006, blz. 7, en Johnson/Zelmer, *Implications of New Accounting Standards for the Bank of Canada's Balance Sheet*, Bank of Canada Discussion Paper 2007-2, blz. 16.

79. De NCB's van het Eurosysteem hebben bij het gebruik van hun monetaire beleidsinstrumenten weliswaar minder eigen speelruimte, aangezien de wezenlijke beslissingen door de ECB worden genomen, doch uiterlijk op het moment dat meerdere lidstaten via dergelijke wettelijke regelingen de financiële soliditeit van hun NCB's in gevaar zouden brengen, zou de ECB op haar beurt worden geconfronteerd met de weergegeven tegenstrijdigheid tussen het handhaven van prijsstabiliteit en het verhogen van de inkomsten voor het ESCB. In ieder geval zou de indruk kunnen worden gewekt dat de monetaire handelingsruimte van de ECB wordt bepaald of ingeperkt door nationale regelingen als artikel 40 ZPSVIKOB. Hierbij blijkt uit empirische aanwijzingen dat de mate van het openbaar vertrouwen in het vermogen van een centrale bank om prijsstabiliteit te handhaven voor een groot deel afhangt van de waargenomen onafhankelijkheid van de centrale bank.<sup>32</sup>

80. Een alternatief zou eventueel zijn om de regering van de betrokken lidstaat te verzoeken om herkapitalisatiemaatregelen. Dat aan dergelijke steun voorwaarden zouden kunnen zijn verbonden en dus het gevaar bestaat dat politieke invloed op het monetaire beleid wordt uitgeoefend, ligt voor de hand.<sup>33</sup>

81. Ten derde zouden onvoldoende eigen middelen voor een NCB van het Eurosysteem in het uiterste geval zelfs kunnen leiden tot een liquiditeitsprobleem. Bij de NCB's van het Eurosysteem bestaat vergeleken met andere centrale banken namelijk de bijzonderheid dat hun mogelijkheid om geld te scheppen volgens artikel 128, lid 1, VWEU beperkt is, aangezien voor elke uitgifte van euro's machtiging moet worden gegeven door de ECB. Weliswaar bepaalt artikel 40 ZPSVIKOB dat voor de financiering van schadevergoedingen enkel het overschot aan inkomsten mag worden gebruikt dat resteert na aftrek van alle uitgaven, maar wanneer de inkomsten gedurende een langere periode lager zijn dan de uitgaven en de aangehouden reserves reeds zijn opgebruikt, zou de Banka Slovenije, bijvoorbeeld voor de dekking van haar bedrijfs- en beheerskosten, op grond van artikel 128, lid 1, VWEU niet zonder meer geld kunnen scheppen. Indien de ECB in een dergelijk geval zou inspringen of extra geldschepping voor dit doel zou goedkeuren, zou dit wederom problematisch zijn met het oog op haar reputatie.

82. Een bepaling als artikel 40 ZPSVIKOB kan dus de onafhankelijkheid en bijgevolg het functioneren van de NCB aantasten.

### **c) Conclusie**

83. Artikel 130 VWEU en artikel 7 van de statuten van het ESCB en van de ECB moeten derhalve aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling over het gebruik van de winst van een NCB, die de NCB gedurende meerdere jaren volledig belet om haar algemene reserves aan te vullen en die bovendien inhoudt dat de reeds bestaande reserves van deze NCB tot een bepaald bedrag voor de financiering van overheidstaken kunnen worden gebruikt. Een dergelijke regeling brengt namelijk het risico mee dat in het geval van verliezen in verband met monetaire beleidsoperaties het netto eigen kapitaal van deze NCB gedurende een langere periode tot onder het bedrag van haar nominale kapitaal daalt of zelfs negatief is.

<sup>32</sup> Bindseil, U., Manzanares, A., Weller, B., *The Role of Central Bank Capital Revisited*, ECB Working Paper Series No. 392, september 2004, blz. 24.

<sup>33</sup> Zie dienaangaande ook Cukiermann, A., *Central Bank Finances and Independence – How Much Capital Should a CB Have?*, Tel Aviv University, 2006, blz. 3 en 4.

## **2. Verbod van monetaire financiering als bedoeld in artikel 123 VWEU (eerste en tweede prejudiciële vraag)**

84. In het licht van vorenstaande uiteenzettingen moet thans worden onderzocht of de verplichting van de Banka Slovenije om beleggers van afgewikkelde of van overheidswege gesaneerde banken met eigen middelen schadeloos te stellen, ook als schending van het verbod van monetaire financiering moet worden beschouwd.

85. Ingevolge artikel 123 VWEU is het verlenen van „voorschotten in rekening-courant of andere kredietfaciliteiten” bij de ECB of de NCB’s, ten behoeve van centrale overheden, regionale, lokale of andere overheden, andere publiekrechtelijke lichamen of openbare bedrijven van de lidstaten, verboden. Artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93 omschrijft het begrip „andere kredietfaciliteit” als „iedere financiering van verplichtingen van de overheidssector jegens derden.”

86. Gelet op deze omschrijving van monetaire financiering moet in de eerste plaats worden nagegaan of het bij de schadevergoedingen die de Banka Slovenije volgens de ZBan-1 en de ZPSVIKOB in sommige gevallen aan aandeelhouders en schuldeisers van falende kredietinstellingen moet betalen, gaat om „verplichtingen van de overheidssector jegens derden” [onder a)].

87. In de tweede plaats moet worden onderzocht of het feit dat de financiering plaatsvindt uit de winst van de Banka Slovenije, die normaliter in ieder geval ten dele hoe dan ook naar de staatsbegroting zou vloeien, moet worden beschouwd als een verboden „financiering” door een NCB als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93 [onder b)].

### **a) Het begrip „verplichtingen van de overheidssector jegens derden”**

88. In de ZBan-1 en de ZPSVIKOB worden twee soorten schadevergoeding geregeld. Ten eerste is dit de vergoeding voor beleggers van een bank ten bedrage van de liquidatiewaarde van hun kapitaalinstrumenten, indien achteraf blijkt dat bij de afschrijving of annulering ervan wegens onzorgvuldigheid van de Banka Slovenije het beginsel *no creditor worse off* niet is geëerbiedigd (eerste vraag)<sup>34</sup>. In herinnering dient te worden gebracht dat volgens dit beginsel een aandeelhouder zich als gevolg van een overheidsmaatregel niet in een slechtere situatie mag bevinden dan die waarin hij zich zou hebben bevonden bij een normale faillissementsprocedure. Met andere woorden, de beleggers stellen thans als eisers in de bij de Sloveense rechters aanhangige schadevergoedingsprocedures dat zij bij een faillissement van de afgewikkelde banken meer zouden hebben gekregen dan wat zij hebben ontvangen in het kader van de afwikkeling of sanering door de Banka Slovenije.

89. Ten tweede is voor beleggers met lagere inkomsten een forfaitaire vergoeding geregeld, die 80 % van de nominale waarde van hun kapitaalinstrumenten bedraagt, met een maximale schadevergoeding van 20 000 EUR, ongeacht of dit bedrag bij een faillissement al dan niet had kunnen worden uitbetaald (tweede vraag)<sup>35</sup>.

90. Ten aanzien van de vraag of deze betalingsverplichtingen „verplichtingen van de overheidssector jegens derden” als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93 zijn, hebben alle partijen – al dan niet met verschillende conclusies – aangevoerd dat

<sup>34</sup> Zie wat de voorwaarden van deze aansprakelijkheid betreft de punten 31, 32 en 34 van deze conclusie.

<sup>35</sup> Zie in dit verband punt 35 van deze conclusie.

beslissend is of het hierbij om schuldaansprakelijkheid of om risicoaansprakelijkheid gaat. Indien de aansprakelijkheid namelijk gekoppeld is aan schuld van de Banka Slovenije, zijn de daaruit voortvloeiende vorderingen haar „eigen” verplichtingen en geen „verplichtingen van de overheidssector jegens derden”.

91. De aansprakelijkheid van een NCB voor niet-nagekomen verplichtingen is volgens de Sloveense regering ingevolge artikel 35.3 van de statuten van het ESCB en van de ECB uitsluitend gegrond op het betrokken nationale recht. Bovendien bepalen dit voorschrift en artikel 340, lid 3, VWEU ook met betrekking tot de ECB dat deze bank jegens derden aansprakelijk is voor schade die door haarzelf of door haar personeel bij de uitoefening van hun taken is veroorzaakt.

92. Vanuit de optiek van de Commissie geldt dit zelfs indien de schuldaansprakelijkheid bij de uitoefening van nationale overheidstaken ontstaat, aangezien een NCB volgens artikel 14.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB dergelijke functies „onder [eigen] verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid [...] [vervult]”.

93. De Banka Slovenije en de ECB hebben dit argument niet expliciet betwist. Zij zijn echter van mening dat het bij de bestreden betalingsverplichting in ieder geval niet om schuldaansprakelijkheid, maar om objectieve aansprakelijkheid gaat.

94. De forfaitaire vergoeding lijkt niet te worden bestreden. Tegelijkertijd wordt echter ook niet betwist dat de schadeplichtigheid op grond van het beginsel no creditor worse off de lege lata gekoppeld is aan onzorgvuldigheid van de Banka Slovenije en bijgevolg verband houdt met schuld. De Banka Slovenije en de ECB voeren evenwel in wezen aan dat de schadevergoedingsplicht op grond van het beginsel no creditor worse off rechtstreeks voortvloeit uit het grondrecht op eigendom als bedoeld in artikel 17, lid 1, van het Handvest en daarom evenmin de lege feranda afhankelijk mag worden gesteld van schuld. Derhalve is hierbij in ieder geval sprake van een „verplichting van de overheidssector jegens derden” als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93.

#### *1) Irrelevantie van het feit dat het om schuldaansprakelijkheid gaat*

95. Zoals ik hieronder nader zal specificeren, is voor het antwoord op de vraag of sprake is van schending van artikel 123 VWEU echter niet beslissend of de betalingsverplichting van de NCB al dan niet te wijten is aan haar eigen plichtsverzuim.

96. Veeleer kan voor de kwalificatie als „eigen” verplichting van de NCB of als „verplichting van de overheidssector” in de zin van artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93 alleen relevant zijn of de aansprakelijkheid gekoppeld is aan het vervullen *van de functies van een NCB in het kader van het ESCB* of aan het vervullen *van andere functies* als bedoeld in artikel 14.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> In dezelfde richting gaat ook de vaste praktijk van de ECB, zie Convergentieverslag juni 2016, blz. 30; Convergentieverslag juni 2020, blz. 31, en advies CON/2015/22, punten 2.3.1 e.v.

97. Een lidstaat zou zich anders kunnen onttrekken aan zijn financiële verplichtingen door taken die in het algemeen belang dringend noodzakelijk maar bijzonder ingrijpend en kostbaar zijn, over te dragen aan zijn NCB.<sup>37</sup> Dit geldt juist voor taken waaraan aansprakelijkheidsrisico's zijn verbonden, en vooral wanneer een aansprakelijkheid reeds door onzorgvuldigheid of geheel onafhankelijk van schuld ontstaat.

98. Indien dergelijke taken aan enig ander openbaar lichaam worden opgedragen, zou uiteindelijk de staat voor eventueel veroorzaakte schade opkomen. In het geval van overdracht aan een NCB zouden daaruit voortvloeiende verplichtingen wegens de strikte scheiding van de nationale begroting en de begroting van de centrale bank echter in beginsel voor de staatskassen neutraal blijven.<sup>38</sup> Zoals reeds toegelicht vormen de gescheiden begrotingen een wezenlijk aspect bij de handhaving van de onafhankelijkheid van de centrale banken.<sup>39</sup> Een uitgave ten laste van de begroting van de centrale bank kan bijgevolg niet worden gelijkgesteld met een uitgave ten laste van de nationale begroting.

99. Een dergelijke uitgave ten laste van de eigen NCB is echter niet verenigbaar met de ratio van artikel 123 VWEU. Dat artikel is bedoeld om elke financiële bijstand van het ESCB ten gunste van de lidstaten tegen te gaan.<sup>40</sup> Het opdragen van andere overheidstaken aan een NCB zonder passende financiering moet in beginsel dus als financiële bijstand van de betrokken lidstaat worden beschouwd, wanneer aan deze taken in het typische geval kosten verbonden zijn die als gevolg van de overdracht moeten worden gedragen door de NCB en niet door de lidstaat.

100. Hetzelfde volgt uit artikel 14.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB, waarin is bepaald dat de NCB's nationale functies „onder [eigen] verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid” vervullen. Dit voorschrift doet geen uitspraak over wie een taak moet financieren, maar legt slechts vast aan wie deze taak moet worden toegerekend. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 14.4 voorts uitdrukkelijk dat de functies die de NCB onder eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid vervult, „niet worden geacht deel uit te maken van de functies van het ESCB”.

## *2) Afwikkelingsfinanciering als „andere functie” in de zin van artikel 14.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB*

101. Bij de sanering van overheidswege en ordelijke afwikkeling van banken gaat het niet om een functie van een NCB in het kader van het ESCB, maar om een andere openbare functie.<sup>41</sup> De taken van het ESCB zijn uitputtend vastgelegd in artikel 127 VWEU en bestaan in wezen in de tenuitvoerlegging van het monetair beleid van de Unie.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Stelt u zich eens het – inderdaad onwaarschijnlijke – geval voor dat een lidstaat zijn NCB belast met de aanleg en het beheer van infrastructuur zoals wegen, spoorwegen of luchthavens.

<sup>38</sup> De Sloveense Staat ziet in het onderhavige geval weliswaar af van zijn winstaandeel in de Banka Slovenije en dus van begrotingsmiddelen, maar dat is slechts een onderdeel van de financieringsregeling. Zie in dit verband voorts de punten 122 e.v. van deze conclusie.

<sup>39</sup> Zie met name de punten 55-57 van deze conclusie.

<sup>40</sup> Arresten van 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 132); 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 95), en 11 december 2018, Weiss e.a. (C-493/17, EU:C:2018:1000, punt 103).

<sup>41</sup> De ordelijke afwikkeling of sanering van banken van overheidswege is van algemeen belang, aangezien een insolventie van banken door de systemische functies van banken ernstige gevolgen kan hebben voor zowel het financiële stelsel als de reële economie en daarom, als dit mogelijk is, moeten worden vermeden, zie bijvoorbeeld de eerste en de tweede overweging van richtlijn 2014/59, alsmede mijn conclusie in de zaak Banco de Portugal e.a. (C-504/19, EU:C:2020:943, punt 1).

<sup>42</sup> Zie arrest van 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 94).

102. De in 2013 en 2014 door de Banka Slovenije gelaste afwikkelings- en saneringsmaatregelen moesten op dat tijdstip zelfs nog als louter nationale taken worden beschouwd, aangezien zij vóór de harmonisatie van de regels over de afwikkeling van banken op Unieniveau door de GAM-verordening en richtlijn 2014/59 zijn verricht.

103. De afwikkeling van banken zou evenwel ook ná de oprichting van de bankenunie niet moeten worden aangemerkt als taak van het ESCB. Het is juist dat het ESCB, ingevolge artikel 127, lid 5, VWEU, ook bijdraagt tot een goede beleidsvoering van de bevoegde autoriteiten ten aanzien van de stabiliteit van het financiële stelsel.

104. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de afwikkeling van banken een taak van het ESCB is. Zulks blijkt reeds uit de formulering van artikel 127, lid 5, VWEU, waarin is bepaald dat het ESCB „de bevoegde autoriteiten” bij uitvoering van deze maatregelen ondersteunt en niet zelf verantwoordelijk is voor deze maatregelen. In dit verband staat artikel 3, lid 3, van richtlijn 2014/59 de lidstaten weliswaar toe om onder de vigeur van het huidige recht hun NCB als afwikkelingsautoriteit aan te wijzen<sup>43</sup>, maar preciseert deze bepaling dat in dit geval bevoegdheden van openbaar bestuur aan de NCB worden verleend.

105. De regelingen in artikel 127, lid 5, VWEU en artikel 3, lid 3, van richtlijn 2014/59 geven daarmee enkel aan dat het opdragen van dergelijke taken aan een NCB niet per definitie onverenigbaar is met de doelstellingen en taken van het ESCB (zie artikel 14.4, tweede volzin, van de statuten van het ESCB en van de ECB). Door het opdragen van de afwikkeling van banken aan een NCB wordt deze functie echter geen taak van het ESCB. Overigens is op Unieniveau niet de ECB bevoegd tot de afwikkeling van banken, maar een speciaal voor dit doeleinde opgericht agentschap, te weten de afwikkelingsraad (*Single Resolution Board*, afgekort SRB).<sup>44</sup>

106. Derhalve vervulde de Banka Slovenije als afwikkelingsautoriteit in 2013 en 2014 een „andere functie” in de zin van artikel 14.4 van de statuten van het ESCB en van de ECB. Een dergelijke taak valt niet onder de functies van het ESCB en moet dus in beginsel door de lidstaten worden gefinancierd.

107. Het vereiste van een toereikende financiering is met name van belang gelet op het feit dat de sanering of afwikkeling van een bank onvermijdelijk gepaard gaat met verregaande ingrepen in de eigendomsrechten van haar aandeelhouders en schuldeisers. Ook in het vroegere Sloveense recht vormden de afschrijving en omzetting van relevante kapitaalinstrumenten voorwaarden voor een saneringsmaatregel waarbij gebruik wordt gemaakt van overheidsmiddelen.<sup>45</sup>

108. Tegelijkertijd bevat de wet van 2019 thans de in de artikelen 4 tot en met 7 ZPSVIKOB bedoelde forfaitaire vergoedingsplicht ten gunste van bepaalde beleggers. Daarnaast is de Banka Slovenije volgens de ZBan-1 en de ZPSVIKOB aansprakelijk voor schendingen van het beginsel *no creditor worse off*, waarbij voor het ontstaan van deze aansprakelijkheid een onzorgvuldigheid als bedoeld in artikel 223a van de Zban-1 volstaat. Volgens deze bepaling is daarvan sprake

<sup>43</sup> Thans worden de taken van de nationale afwikkelingsautoriteit in vijftien lidstaten (tevens) door de betreffende NCB vervuld, zie <https://www.eba.europa.eu/about-us/organisation/resolution-committee/resolution-authorities>

<sup>44</sup> Voorts moet ook het toezicht op banken na de oprichting van de bankenunie niet als taak van het ESCB worden beschouwd, hoewel in het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme deze taak deels door de ECB wordt vervuld. De toezichttaken moeten namelijk strikt worden gescheiden van monetaire beleidsfuncties, zie bijvoorbeeld de overwegingen 65 en 66 van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287 blz. 63). Eveneens moeten het banktoezicht en de bankenafwikkeling strikt van elkaar worden gescheiden, zie artikel 3, lid 3, van richtlijn 2014/59.

<sup>45</sup> Zie dienaangaande arrest van 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punt 26).

wanneer de schade (in casu dus de schending van het beginsel no creditor worse off) het gevolg is van het niet in aanmerking nemen van feiten en omstandigheden waarvan de Banka Slovenije bij haar besluit op de hoogte was of had kunnen zijn.

109. Een op die wijze omschreven onzorgvuldigheid kan zich bij de vaststelling van schending van het beginsel no creditor worse off echter relatief snel voordoen.

110. De omvang van de vereiste afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten wordt voorafgaande aan het besluit over de afwikkeling van een bank bepaald op basis van een waardering van haar activa en passiva. Bij deze waardering wordt tevens getracht te onderzoeken welke waarde de activa en passiva zouden hebben in het geval van insolventie. Deze waardering moet echter in de meeste gevallen plaatsvinden onder extreem hoge tijdsdruk – de afwikkeling zelf moet meestal binnen één weekend geschieden – en is beperkt tot de belangrijkste activa en passiva van de bank. Het ligt dus voor de hand dat een waardering die na de afwikkeling wordt verricht, waarbij alle beschikbare gegevens in aanmerking worden genomen, als resultaat heeft dat bepaalde kapitaalinstrumenten bij een insolventie een hogere waarde zouden hebben gehad. In dat geval is het beginsel no creditor worse off van toepassing.<sup>46</sup>

111. De lidstaat kan er dus zonder meer van uitgaan dat een dergelijke aansprakelijkheid zal ontstaan. Indien de taak aan enig ander openbaar lichaam van een lidstaat zou zijn opgedragen, zouden deze betalingen uiteindelijk ten laste van de nationale begroting komen. De Banka Slovenije wordt enkel door haar aanwijzing als afwikkelingsautoriteit in de situatie gebracht dat zij de betreffende schadevergoedingen uit haar eigen middelen moet voldoen. Nog duidelijker is deze omstandigheid bij de verplichting tot betaling van een forfaitaire vergoeding ingevolge de artikelen 4 tot en met 7 ZPSVIKOB.

### 3) *Tussentijdse conclusie*

112. Derhalve moeten beide soorten schadevergoeding als „verplichtingen van de overheidssector jegens derden” in de zin van artikel 1, lid 1, onder b), ii), van verordening nr. 3603/93 worden beschouwd.

4) *Subsidiair: uit artikel 17, lid 1, van het Handvest volgt geen objectieve verplichting van de lidstaat om op grond van het beginsel no creditor worse off schadevergoeding te betalen uit overheidsmiddelen*

113. Indien het Hof tot de slotsom komt dat het voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een „verplichting van de overheidssector jegens derden” toch relevant is of de aansprakelijkheid van de NCB op schuld of op een objectieve verplichting is gebaseerd, moet echter het volgende worden opgemerkt: anders dan de ECB stelt, heeft het Hof tot dusver niet expliciet geoordeeld dat artikel 17, lid 1, van het Handvest dwingend vereist dat het beginsel no creditor worse off wordt geëerbiedigd.

114. De gedachte achter het beginsel no creditor worse off is dat in het geval dat een bank zonder overheidsingrijpen (waarschijnlijk) zal falen, insolventie het enige alternatief is. Met andere woorden, de kapitaalinstrumenten van haar aandeelhouders en schuldeisers hebben in deze

<sup>46</sup> Zie voor de betekenis en functie van de verschillende waarderings mijn uitvoerige conclusie in de zaken Aeris Invest/GAR en Algebris (UK) en Anchorage Capital Group/GAR (C-874/19 P en C-934/19 P, EU:C:2021:563, punten 57-68 en 74-78).

situatie in ieder geval geen hogere marktwaarde meer dan de liquidatiewaarde.<sup>47</sup> Op basis daarvan heeft het Hof geoordeeld dat de afschrijving of annulering van kapitaalinstrumenten van een (waarschijnlijk) falende bank waarbij het beginsel *no creditor worse off* niet in het gedrang komt, geen ongerechtvaardigde aantasting van de eigendomsrechten van de betrokken beleggers vormt.<sup>48</sup>

115. Daaruit kan echter niet *a contrario* worden geconcludeerd dat er automatisch sprake is van een ongerechtvaardigde aantasting wanneer dit beginsel niet wordt geëerbiedigd.

116. Het is juist dat een dermate ernstige aantasting van het eigendomsrecht in de regel op billijke wijze moet worden vergoed.<sup>49</sup> Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)<sup>50</sup> kan echter om redenen van algemeen belang in individuele gevallen ook een schadevergoeding die lager is dan de marktwaarde, billijk zijn.<sup>51</sup> Dergelijke overwegingen die betrekking hebben op het algemeen belang zouden bij de afwikkeling van banken in bepaalde gevallen zeker van toepassing kunnen zijn. Dit geldt met name omdat anders de gemeenschap deze kosten moet dragen in plaats van de beleggers van de bank, hoewel in tijden van economische voorspoed alleen laatstgenoemden van de winst ervan hebben geprofiteerd. Bovendien zou de slagvaardigheid van overheidsinstanties op onevenredige wijze kunnen worden beperkt, indien zij de beleggers van een bank waarvan het faillissement ernstige gevolgen voor de nationale economie zou kunnen hebben, hoe dan ook tegen de liquidatiewaarde zouden moeten compenseren.

117. Dienovereenkomstig bepaalt het Unierecht inmiddels – dat wil zeggen het nieuwe recht na oprichting van de bankenunie – dat beleggers in een afgewikkelde bank schadevergoeding kunnen vorderen op grond van het beginsel *no creditor worse off*. Deze vergoeding wordt echter niet gefinancierd met overheidsgelden, maar met middelen uit het gemeenschappelijke afwikkelingsfonds dat door bijdragen van de commerciële banken zelf wordt gefinancierd.<sup>52</sup>

118. Alles bij elkaar genomen volgt uit artikel 17, lid 1, van het Handvest dus geen objectieve – dat wil zeggen een altijd en onafhankelijk van enig plichtsverzuim bestaande – verplichting van een lidstaat tot schadevergoeding uit overheidsgelden op grond van het beginsel *no creditor worse off*. Derhalve is deze schadevergoeding niet om die reden een „verplichting van de overheidssector jegens derden”.

119. De kwalificatie van de volgens Sloveens recht verschuldigde schadevergoedingen als „verplichtingen van de overheidssector jegens derden” ligt veeleer in het feit dat deze verplichtingen uitsluitend het gevolg zijn van de overdracht van een andere overheidstaak aan de NCB, namelijk de afwikkeling van banken, zonder desbetreffende financiering.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Zie in dit verband mijn conclusie in de zaken *Aeris Invest/GAR en Algebris (UK)* en *Anchorage Capital Group/GAR* (C-874/19 P en C-934/19 P, EU:C:2021:563, punten 112-118).

<sup>48</sup> Arresten van 19 juli 2016, *Kotnik e.a.* (C-526/14, EU:C:2016:570, punten 78 en 79), en 20 september 2016, *Ledra Advertising e.a./Commissie en ECB* (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701, punten 73 en 74).

<sup>49</sup> Arrest van 21 mei 2019, *Commissie/Hongarije (Vruchtgebruik op landbouwgrond)* (C-235/17, EU:C:2019:432, punt 87).

<sup>50</sup> Aangezien artikel 17 van het Handvest overeenkomt met artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM, dient laatstgenoemde bepaling overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest als minimumbeschermingsniveau in aanmerking te worden genomen; zie arrest van 21 mei 2019, *Commissie/Hongarije (Vruchtgebruik op landbouwgrond)* (C-235/17, EU:C:2019:432, punt 72).

<sup>51</sup> Zie dienaangaande EHRM, arrest van 25 maart 1999, *Papachelas tegen Griekenland* (CE:ECHR:1999:0325JUD003142396, § 48).

<sup>52</sup> Zie artikel 76, lid 1, onder e), van de GAM-verordening.

<sup>53</sup> Zie de punten 96 e.v. en de uitkomst in punt 112 van deze conclusie.



**b) Bron van financiering**

120. In de volgende stap rijst echter de vraag of elke financiering van een dergelijke verplichting met middelen van een NCB leidt tot schending van artikel 123 VWEU.

121. De Sloveense regering lijkt in dit verband van mening te zijn dat uitsluitend de rechtstreekse financiering door middel van geldschepping een schending vormt van het in artikel 123 VWEU bedoelde verbod van monetaire financiering. De schadevergoedingen worden echter overeenkomstig artikel 40 ZPSVIKOB gefinancierd uit de winst van de Banka Slovenije (omschreven als het overschot aan inkomsten boven de uitgaven).<sup>54</sup>

122. De winst van een centrale bank is afkomstig uit haar monetaire beleidsoperaties. Deze worden ingevolge artikel 18.1 van de statuten van het ESCB en van de ECB uitsluitend verricht om de in artikel 127 VWEU genoemde doelstellingen van het ESCB te kunnen verwezenlijken, in de eerste plaats dus om prijsstabiliteit te handhaven. Hierbij kan de winst met name resulteren uit de uitgifte van bankbiljetten en uit de rentebaten uit herfinancieringstransacties<sup>55</sup>, maar ook uit de opbrengst van de handel in effecten of valuta. Noch artikel 123 VWEU noch verordening nr. 3603/93 bepaalt uitdrukkelijk of het gebruik van deze middelen voor begrotingsdoeleinden al dan niet als verboden monetaire financiering moet worden beschouwd.

123. In dit verband heeft evenwel ook de Commissie de nadruk gelegd op de omstandigheid dat een deel van de winst van de Banka Slovenije, die deze bank gebruikt voor het aanleggen van speciale reserves, normaliter in de nationale begroting zou worden gestort. Daardoor rijst terecht de vraag of het voor de toelaatbaarheid van de schadevergoedingsregeling van belang kan zijn dat het betreffende winstaandeel van de NCB rechtstreeks wordt gebruikt voor de betaling van de schadevergoedingen dan wel pas nadat het in de nationale begroting is gevloeid.

124. Het gebruik van een deel van de winst van de NCB voor de financiering van algemene overheidsuitgaven is vaste praktijk in bijna alle lidstaten van de Unie.<sup>56</sup> Dit is vergelijkbaar met het gebruik van overschotten uit geldboeten of vermogensstraffen voor begrotingsdoelen en wordt in beginsel niet als schending van het verbod van monetaire financiering aangemerkt, aangezien de winst enkel een „bijproduct” van monetaire beleidsmaatregelen van een NCB is en niet het resultaat van een op inkomsten gerichte economische activiteit voor de staat.<sup>57</sup>

125. De mogelijkheid van de staat om deze winst te benutten mag echter niet voor een ander doel worden aangewend. Dat zou anders uiteindelijk kunnen leiden tot omzeiling van het verbod van monetaire financiering.<sup>58</sup>

126. Van omzeiling moet worden uitgegaan wanneer doelstellingen van monetair beleid op de achtergrond raken om financieringsdoelen te bereiken. Dat is echter juist precies het gevolg van de regeling in artikel 40 ZPSVIKOB.

<sup>54</sup> Zoals reeds nader gespecificeerd in punt 53 van deze conclusie.

<sup>55</sup> Dit zijn de zogenoemde monetaire inkomsten, zie artikel 32.2 van de statuten van het ESCB en van de ECB.

<sup>56</sup> Voor de ECB bepaalt artikel 33.1, onder b), van de statuten van het ESCB en van de ECB dat na het aanleggen van reserves de resterende nettowinst onder de aandeelhouders van de ECB wordt verdeeld naar rato van hun gestorte aandelen.

<sup>57</sup> Siekmann, H., *Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank*, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 3 (2006), blz. 13 en 14.

<sup>58</sup> Zie wat het verbod van omzeiling betreft de zevende overweging van verordening nr. 3603/93 en arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 101).

127. Volgens deze bepaling wordt niet alleen het deel van de winst dat normaliter naar de nationale begroting vloeit, maar met name ook het deel dat is bedoeld voor het aanleggen van algemene reserves, gebruikt voor financieringsdoelen en daardoor voor andere dan doelstellingen van monetair beleid. Zoals reeds is uiteengezet, is het aanleggen van voldoende reserves uiteindelijk ook bedoeld om de monetaire slagvaardigheid en bijgevolg het functioneren van een centrale bank in stand te houden.<sup>59</sup> Dit geldt met name in een situatie als de onderhavige, waarin de reeds aangelegde reserves bovendien voor maximaal 50 % voor financieringsdoelen worden gebruikt en daardoor niet meer kunnen worden ingezet voor het opvangen van verliezen.<sup>60</sup>

128. Meer in het algemeen mogen monetaire beleidsoperaties niet bedoeld zijn voor het genereren van inkomsten, maar moeten zij bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 127 VWEU. In het onderhavige geval zou door de regeling in artikel 40 ZPSVIKOB echter een stimulans worden geboden of in het uiterste geval zelfs de politieke druk ontstaan om bij het gebruik van de monetaire instrumenten het behalen van winst te beogen en monetaire redenen naar de achtergrond te laten verdwijnen. De NCB heeft er om de reeds uiteengezette redenen namelijk belang bij om haar beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het gebruik van haar winst voor het aanleggen van reserves zo snel mogelijk te herstellen.<sup>61</sup>

129. Op deze wijze waarborgt het verbod van monetaire financiering ook de onafhankelijkheid van het ESCB.<sup>62</sup> Dit verbod moet namelijk niet alleen voor een zekere begrotingsdiscipline in de lidstaten zorgen<sup>63</sup>, maar moet in de eerste plaats veeleer tegengaan dat de regeringen van de lidstaten door hun beslissingen over het begrotingsbeleid de monetaire basis verhogen en daardoor eventueel invloed hebben op het monetaire beleid van het ESCB.<sup>64</sup> Door uit te sluiten dat de regeringen van de lidstaten een ruime toegang hebben tot de middelen van de NCB's, wordt in de tweede plaats ook voorkomen dat de regeringen op deze wijze de financiële onafhankelijkheid van hun centrale bank ondermijnen.

130. Het resultaat is dat het gebruik van de winst van een NCB door een regeling als in artikel 40 ZPSVIKOB een ander doel krijgt.<sup>65</sup> Hierin schuilt een omzeiling van het in artikel 123 VWEU bedoelde verbod.

### **c) Conclusie**

131. Artikel 123 VWEU moet bijgevolg aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling krachtens welke een NCB als afwikkelingsautoriteit aan de beleggers van een kredietinstelling, waarvan kapitaalinstrumenten in het kader van een door de NCB gelaste sanerings- of afwikkelingsmaatregel afgeschreven of geannuleerd zijn, schadevergoeding moet betalen die als volgt wordt gefinancierd: eerst wordt alle vanaf een bepaalde datum gemaakte winst van deze NCB alsmede een deel van de reeds bestaande reserves gebruikt en, indien dit niet

<sup>59</sup> Zie dienaangaande in detail de punten 77 e.v. van deze conclusie.

<sup>60</sup> Zie dienaangaande de punten 70 e.v. van deze conclusie.

<sup>61</sup> Zie dienaangaande met name de punten 78 en 79 van deze conclusie.

<sup>62</sup> Zie dienaangaande de inleiding in punt 50 van deze conclusie.

<sup>63</sup> Zie in dit verband arresten van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 100), en 11 december 2018, Weiss e.a. (C-493/17, EU:C:2018:1000, punt 107).

<sup>64</sup> Dit is zo hoewel het monetaire beleid van het ESCB – in tegenstelling tot een wijdverbreide visie – in eerste instantie niet is gericht op het beheer van de monetaire basis of de geldhoeveelheid, maar op de prijsstabiliteit, zie dienaangaande bijvoorbeeld Deutsche Bundesbank, *Die Rolle von Banken, Nichtbanken und Zentralbank im Geldschöpfungsprozess*, maandverslag april 2017, blz. 28.

<sup>65</sup> De ECB staat in haar jaarlijkse Convergentieverslagen met betrekking tot het verbod van monetaire financiering regelmatig kritisch tegenover het feit dat vaste bedragen of nog niet gerealiseerde winst reeds op voorhand voor bepaalde begrotingsdoelen worden gereserveerd, zie Convergentieverslag juni 2016, blz. 31, en Convergentieverslag juni 2020, blz. 33.

voldoende is, wordt door de betrokken lidstaat een krediet toegekend, voor de terugbetaling waarvan eveneens alle toekomstige winst van de NCB wordt gebruikt totdat het kredietbedrag is afgelost.

Dit geldt zowel voor het geval dat de schadevergoedingsplicht volgens het nationale recht ontstaat door schending van het zogenoemde beginsel *no creditor worse off* die is veroorzaakt door onzorgvuldigheid van de NCB, als voor het geval dat sprake is van een objectieve verplichting jegens een bepaalde groep beleggers, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat de NCB genoemd beginsel heeft geschonden of niet heeft voldaan aan de zorgvuldigheidsplicht.

## **B. Vierde tot en met achtste prejudiciële vraag**

132. Met de vierde tot en met de achtste prejudiciële vraag wenst de Ustavno sodišče in wezen te vernemen of met name artikel 44, lid 1, van richtlijn 2006/48 dan wel de in wezen identieke opvolger daarvan in artikel 53, lid 1, van richtlijn 2013/36, zich verzetten tegen de regelingen van de artikelen 10 tot en met 22 ZPSVIKOB.

133. Laatstgenoemde bepalingen leggen aan de Banka Slovenije de verplichting op om bepaalde gegevens en documenten, die de grondslag vormen van haar besluit over de afschrijving of annulering van kapitaalinstrumenten in het kader van de in 2013 en 2014 gelaste afwikkelings- en saneringsmaatregelen, geheel of ten dele op haar website te publiceren of virtueel toegankelijk te maken voor potentiële eisers in schadevorderingsprocedures. De facto gaat het om de resultaten van de stresstests en de verslagen over de AQR's, die voorafgaande aan de afwikkeling dan wel sanering van de kredietinstellingen hebben plaatsgevonden, alsmede de waardering van de activa en passiva van de bank, op basis waarvan de Banka Slovenije heeft beslist over de concrete omvang van de annulering of afschrijving van kapitaalinstrumenten.

134. De publicatie op de website van de informatie die betrekking heeft op de betrokken bank, geschiedt volgens de verwijzende rechter in samengevatte vorm waarin alle persoonsgegevens, vertrouwelijke gegevens en beroepsgeheimen onleesbaar zijn gemaakt, maar de kredietinstelling wel wordt genoemd, en is voor iedereen toegankelijk. De virtuele toegang wordt aan alle potentiële eisers in schadevorderingsprocedures en hun raadsliden mogelijk gemaakt, de facto dus aan (voormalige) houders van afgeschreven of geannuleerde kapitaalinstrumenten. Persoonsgegevens worden hierbij onleesbaar gemaakt en vertrouwelijke gegevens en beroepsgeheimen worden als zodanig aangeduid.

### **1. Toepasbaarheid *ratione materiae* van de richtlijnen 2006/48 en 2013/36**

135. Richtlijn 2006/48, ook „CRD III” genoemd (Engels: *Capital Requirements Directive*), bevatte geharmoniseerde regelingen over de toegang tot en het toezicht op de werkzaamheden van kredietinstellingen. Deze richtlijn is met ingang van 1 januari 2014 vervangen door richtlijn 2013/36, ofwel „CRD IV”.

136. Artikel 44 van richtlijn 2006/48 en artikel 53 van richtlijn 2013/36 zijn van toepassing op de werkzaamheden van overheidsinstanties die bij nationaal recht zijn belast met het toezicht op de banken<sup>66</sup>, en leggen de verplichting op tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens waarvan deze instanties bij de uitoefening van hun toezichttaken kennis krijgen.

<sup>66</sup> Zie artikel 3, punt 4, van richtlijn 2006/48 en artikel 1, lid 1, punt 36, van richtlijn 2013/36.

**a) Geen rechtstreekse toepasselijkheid op sanerings- en liquidatiemaatregelen in de zin van richtlijn 2001/24**

137. Volgens de verwijzingsbeslissing verrichtte de Banka Slovenije het prudentieel toezicht op de banken reeds onder de vigeur van richtlijn 2006/48. De in 2013 en 2014 gelaste buitengewone maatregelen, naar aanleiding waarvan de thans betwiste gegevens en documenten zijn gebruikt, betreffen echter geen prudentiële maatregelen. De verwijzende rechter en alle partijen in het geding zijn het erover eens dat deze maatregelen veeleer moeten worden beschouwd als sanerings- of liquidatiemaatregelen in de zin van richtlijn 2001/24, die de Banka Slovenije heeft gelast in haar (parallel uitgeoefende) functie van afwikkelingsautoriteit als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2001/24. Dienovereenkomstig gaan genoemde partijen er eveneens eensgezind van uit dat de bepalingen van de richtlijnen 2006/48 en 2013/36 niet rechtstreeks van toepassing zijn op deze taak van de Banka Slovenije.

138. Evenwel benadrukt zowel de Banka Slovenije als de Commissie dat in ieder geval een deel van de gegevens, waarvan de publicatie en het toegankelijk maken zijn geregeld in de artikelen 10 tot en met 22 ZPSVIKOB, inhoudelijk verband houden met het toezicht op de banken.

139. In zoverre blijkt uit artikel 48, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 2006/48, juncto de tweede alinea daarvan, en uit artikel 59, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2013/36 dat informatie die in een prudentiële context beschermd is, deze bescherming niet verliest door de mededeling of het gebruik ervan in het kader van een afwikkeling. Eerstgenoemde voorschriften bepalen namelijk dat de mededeling ervan aan afwikkelingsautoriteiten is toegestaan, met dien verstande dat moet worden gewaarborgd dat voor deze informatie ook in dat geval een bescherming bestaat die ten minste gelijkwaardig is aan die in artikel 44 van richtlijn 2006/48 respectievelijk artikel 63 van richtlijn 2013/36.

140. In het onderhavige geval moet onderscheid worden gemaakt tussen de waardering van de activa en de passiva teneinde de vereiste omvang van een afschrijving en annulering van kapitaalinstrumenten vast te stellen enerzijds, en stresstests en AQR's anderzijds.

141. De waardering is een wezenlijke en typische procedurefase wanneer de overheid een sanerings- of afwikkelingsmaatregel gelast.<sup>67</sup> Zoals reeds is vastgesteld, vallen deze maatregelen inhoudelijk gezien niet onder de richtlijnen 2006/48 en 2013/36.<sup>68</sup>

142. Daarentegen is het juist dat regelmatige stresstests en AQR's prudentiële instrumenten zijn.<sup>69</sup> Tezamen wordt dit een *Comprehensive Assessment* genoemd, waarvan het resultaat doorgaans moet zorgen voor transparantie over de belastbaarheid van een bank en aldus voor een versterking van het vertrouwen in de financiële sector. Om die reden staat de geheimhoudingsplicht in artikel 53, lid 1, van richtlijn 2013/36 juist niet in de weg aan de bekendmaking van stresstests als bedoeld in lid 3 daarvan.

143. Uit het besluit van de Commissie betreffende de buitengewone maatregelen in 2013 en 2014 kan bovendien worden afgeleid dat Slovenië de in casu aan de orde zijnde stresstests net als de AQR's op verzoek van de Commissie zelf heeft verricht ter voorbereiding van de saneringsmaatregelen (die in wezen bestonden uit een staatssteunmaatregel die voorzag in een

<sup>67</sup> Zie onder de vigeur van het huidige recht artikel 20 van de GAM-verordening en artikel 36 van richtlijn 2014/59. Zie voor de betekenis van deze waardering in het kader van een afwikkeling reeds punt 110 van deze conclusie en het aangehaalde in voetnoot 46.

<sup>68</sup> Zie met name de punten 135 en 137 van deze conclusie.

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 100 van richtlijn 2013/36.

herkapitalisatie) en haar goedkeuring van die steunmaatregelen.<sup>70</sup> Bijgevolg lijkt er in elk geval geen sprake te zijn van een situatie waarin de in een prudentiële context bijeengebrachte informatie als bedoeld in artikel 48, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/48 en in artikel 59, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2013/36, aan de afwikkelingsautoriteit is verstrekt.

***b) Toepasselijkheid van de richtlijnen 2006/48 en 2013/36 door verwijzing?***

144. Artikel 33 van richtlijn 2001/24 betreffende de wederzijdse erkenning van sanerings- en liquidatiemaatregelen voor kredietinstellingen bevat evenwel een verwijzing naar het beroepsgeheim „overeenkomstig de regels en voorwaarden van artikel 30 van richtlijn [2000/12]”, die volgens de overgangsbepaling in artikel 158, lid 2, van richtlijn 2006/48, die richtlijn 2000/12 vervangt, als verwijzing naar de artikelen 44 en volgende moet worden gelezen. Aangezien richtlijn 2006/48 op haar beurt bij richtlijn 2013/36 is ingetrokken, moet deze verwijzing na inwerkingtreding ervan als verwijzing naar de artikelen 53 en volgende van richtlijn 2013/36 worden gelezen (zie artikel 163 van richtlijn 2013/36).

145. Hieruit concludeert de Banka Slovenije dat in het bijzonder artikel 53 van richtlijn 2013/36 ook van toepassing is op sanerings- en liquidatiemaatregelen in de zin van richtlijn 2001/24.

146. Zoals het Hof echter reeds heeft geoordeeld, beoogde richtlijn 2001/24 niet de wettelijke regelingen van de lidstaten op het gebied van sanering en liquidatie van kredietinstellingen te harmoniseren.<sup>71</sup> Veeleer moest deze richtlijn de wederzijdse erkenning van dergelijke maatregelen in de lidstaten regelen.<sup>72</sup> Dienovereenkomstig heeft artikel 33 van deze richtlijn alleen al volgens de bewoordingen ervan, slechts betrekking op gegevens die in het kader van de informatie- of overlegprocedures tussen de autoriteiten van verschillende lidstaten worden uitgewisseld, die juist zijn bedoeld voor de wederzijdse erkenning van deze maatregelen. Voor zover dit uit de verwijzingsbeslissing kan worden afgeleid, houden de in het hoofdgeding bestreden gegevens geen enkel verband met dergelijke grensoverschrijdende procedures.

147. In tegenstelling tot het toezicht op banken, waarvoor reeds sinds 2000 uniforme regels zijn vastgelegd<sup>73</sup>, is de afwikkeling van banken pas bij richtlijn 2014/59 in 2014 en bij de GAM-verordening in datzelfde jaar geharmoniseerd en dus na de uitvaardiging van de maatregelen die in casu aan de orde zijn.

148. Derhalve kan de verwijzing in artikel 33 van richtlijn 2001/24 niet aldus worden begrepen dat daardoor de vertrouwelijkheid wordt gelast van alle gegevens die in verband staan met een sanerings- of afwikkelingsmaatregel die voorheen uitsluitend aan de nationale wetgeving onderworpen was. Een harmonisatie van de voorwaarden van deze maatregelen was namelijk onder de vigeur van richtlijn 2001/24 juist niet beoogd.

<sup>70</sup> Zie overweging 9 van het besluit van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de steunmaatregel SA.33229 (2012/C) (ex 2011/N) – Herstructurering van NLB – Slovenië, die Slovenië voornemens is ten uitvoer te leggen ten gunste van Nova Ljubljanska banka d.d. (PB 2014, L 246, blz. 28). Zie dienaangaande tevens EHRM, arrest van 14 september 2021, Pintar e.a. tegen Slovenië (CE:ECHR:2021:0914JUD004996914, §§ 7 en 9).

<sup>71</sup> 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).

<sup>72</sup> 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).

<sup>73</sup> In het bijzonder in de reeds genoemde richtlijnen 2000/21, 2006/48 en 2013/36.

***c) Toepasselijkheid van richtlijn 2006/48 bij de uitoefening van toezicht- en afwikkelingstaken door dezelfde autoriteit?***

149. Tegen deze achtergrond moeten tot slot ook de argumenten van de Commissie die pleiten voor de toepasselijkheid van richtlijn 2006/48, worden afgewezen. Zij heeft in de procedure bij het Hof aangevoerd dat uit de enkele omstandigheid dat Slovenië, toen richtlijn 2006/48 van kracht was, de afwikkeling van banken – die in die richtlijn niet is geregeld – heeft opgedragen aan de autoriteit die tevens zorg draagt voor het – bij richtlijn 2006/48 wel geregelde – toezicht op de banken, volgt dat deze richtlijn ook geldt voor de afwikkeling van banken.

150. In richtlijn 2006/48 is zulks echter niet bepaald. Deze richtlijn voorziet – in tegenstelling tot latere richtlijnen<sup>74</sup> – weliswaar niet in een strikte scheiding van autoriteiten voor het toezicht op banken en die voor de afwikkeling van banken, maar daaruit vloeit niet voort dat voor het toezicht op en de afwikkeling van banken dezelfde regels gelden, met name niet tegen de achtergrond van het feit dat de afwikkeling van banken, toen richtlijn 2006/48 van kracht was, in het Unierecht helemaal niet was geharmoniseerd.<sup>75</sup>

151. Voorts kan uit het enkele feit dat afwikkelingstaken aan de toezichthoudende autoriteit zijn opgedragen, niet worden geconcludeerd dat de betrokken lidstaat met het oog op de afwikkeling van kredietinstellingen de voor de toezichthoudende autoriteiten geldende geharmoniseerde rechtsregels van toepassing wilde laten zijn. Veeleer zou een dergelijke veronderstelling vereisen dat de nationale rechterlijke instanties van deze lidstaat vaststellen dat de betrokken lidstaat ook met betrekking tot een gebied dat niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, aan de voorschriften ervan gebonden wenst te zijn.<sup>76</sup> In casu is het tegendeel het geval, aangezien de Ustavno sodišče het Hof juist de vraag stelt of de richtlijnen die het prudentieel toezicht op de banken regelen, in de periode vóór de oprichting van de bankenunie en de daaraan verbonden harmonisatie van de afwikkeling van banken ook van toepassing waren op de taak van de afwikkelingsautoriteiten van de lidstaten.

***d) Conclusie***

152. Artikel 44 van richtlijn 2006/48 en artikel 53 van richtlijn 2013/36 zijn bijgevolg niet van toepassing op de resultaten van de stresstests en de verslagen over de AQR van een kredietinstelling, die zijn verricht ten behoeve van de uitvoering van een sanerings- of liquidatiemaatregel in de zin van richtlijn 2001/24 en uitsluitend onder de vigeur van die richtlijn, en evenmin op de in dit verband opgestelde waardering van de activa en de passiva van een dergelijke kredietinstelling.

153. Gelet op deze conclusie is de beantwoording van de vijfde tot en met de achtste prejudiciële vraag overbodig.

<sup>74</sup> Zie artikel 4, leden 1 en 7, van richtlijn 2013/36 alsmede artikel 3, lid 3, van richtlijn 2014/59.

<sup>75</sup> Dit is mijns inziens overigens de reden waarom richtlijn 2006/48 de afwikkeling van banken niet noemt en dus ook geen institutionele scheiding van de toezichthoudende taak voorschrijft.

<sup>76</sup> Zie in die zin arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punten 53 en 56).

## ***2. Betekenis van de publicatie en het toegankelijk maken van de betrokken documenten om de rechten van de (voormalige) houders van afgeschreven of geannuleerde kapitaalinstrumenten op effectieve wijze te kunnen doen gelden***

154. Deze conclusie is in overeenstemming met de eisen die het EHRM voor de bescherming van eigendom heeft omschreven. In zijn beslissing in de zaak Pintar e.a. tegen Slovenië heeft het EHRM geoordeeld dat het Sloveense recht voorafgaande aan de vaststelling en toepassing van de ZPSVIKOB, met het oog op de rechten van de voormalige houders van afgeschreven of geannuleerde kapitaalinstrumenten een schending vormde van de procedurele dimensie van het grondrecht op eigendom als bedoeld in artikel 1 van aanvullend protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

155. Volgens het EHRM worden deze personen door de vertrouwelijkheid van de gegevens en documenten op basis waarvan het besluit over de afschrijving en annulering van de betrokken kapitaalinstrumenten is genomen, belet om te begrijpen onder welke omstandigheden de inmenging in hun eigendomsrecht heeft plaatsgevonden en op welke gronden die is gebaseerd.<sup>77</sup>

156. De kennis van deze omstandigheden en gronden is echter noodzakelijk om in voorkomend geval beroep in te stellen tegen de inmenging in het grondrecht op eigendom. Het EHRM benadrukt dat met name de resultaten van de stresstests en de verslagen over de AQR's in dit verband beslissende gegevens zijn.<sup>78</sup>

## **VI. Conclusie**

157. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Ustavno sodišče te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 130 VWEU en artikel 7 van Protocol (nr. 4) betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling over het gebruik van de winst van een NCB, die de NCB gedurende meerdere jaren volledig belet om haar algemene reserves aan te vullen en die bovendien inhoudt dat de reeds bestaande reserves van deze NCB tot een bepaald bedrag voor de financiering van overheidstaken kunnen worden gebruikt. Een dergelijke regeling brengt namelijk het risico mee dat in het geval van verliezen in verband met monetaire beleidsoperaties het netto eigen kapitaal van deze NCB gedurende een langere periode tot onder het bedrag van haar nominale kapitaal daalt of zelfs negatief is.
- 2) Artikel 123 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling krachtens welke een NCB als afwikkelingsautoriteit aan de beleggers van een kredietinstelling, waarvan kapitaalinstrumenten in het kader van een door de NCB gelaste sanerings- of afwikkelingsmaatregel afgeschreven of geannuleerd zijn, schadevergoeding moet betalen die als volgt wordt gefinancierd: eerst wordt alle vanaf een bepaalde datum gemaakte winst van deze NCB alsmede een deel van de reeds bestaande reserves gebruikt en, indien dit niet voldoende is, wordt door de betrokken lidstaat een krediet toegekend, voor de terugbetaling waarvan eveneens alle toekomstige winst van de NCB wordt gebruikt totdat het kredietbedrag is afgelost.

<sup>77</sup> EHRM, arrest van 14 september 2021, Pintar e.a. tegen Slovenië (CE:ECHR:2021:0914JUD004996914, § 107).

<sup>78</sup> EHRM, arrest van 14 september 2021, Pintar e.a. tegen Slovenië (CE:ECHR:2021:0914JUD004996914, §§ 99 en 100).

Dit geldt zowel voor het geval dat de schadevergoedingsplicht volgens het nationale recht ontstaat door schending van het zogenoemde beginsel *no creditor worse off* die is veroorzaakt door onzorgvuldigheid van de NCB, als voor het geval dat sprake is van een objectieve verplichting jegens een bepaalde groep beleggers, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat de NCB genoemd beginsel heeft geschonden of niet heeft voldaan aan de zorgvuldigheidsplicht.

- 3) Artikel 44 van richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen en artikel 53 van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op de resultaten van de stresstests en de verslagen over de asset quality review van een kredietinstelling, die zijn verricht ten behoeve van de uitvoering van een sanerings- of liquidatiemaatregel in de zin van richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen en uitsluitend onder de vigeur van die richtlijn, en evenmin op de in dit verband opgestelde waardering van de activa en de passiva van een dergelijke kredietinstelling.”