



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

21 december 2021 *

„Hogere voorziening – Economische en Monetaire Unie – Bankenunie – Herstel en afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen – Gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme voor kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen (GAM) – Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) – Afwikkelingsprocedure die van toepassing is indien een entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen – Vaststelling van een afwikkelingsregeling voor Banco Popular Español SA – Instrument van verkoop van de onderneming – Afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten – Verordening (EU) nr. 806/2014 – Artikel 20 – Begrip ‚definitieve waardering‘ – Gevolgen – Weigeren of nalaten van een definitieve waardering ex post – Beroepsmogelijkheden – Beroep tot nietigverklaring”

In zaak C-934/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 20 december 2019,

Algebris (UK) Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),

Anchorage Capital Group LLC, gevestigd te New York (Verenigde Staten),

vertegenwoordigd door T. Soames, advocat, R. East, solicitor, N. Chesaites, advocaat, en D. Mackersie, barrister,

rekwirantes,

andere partij in de procedure:

Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR), vertegenwoordigd door J. King, L. Pogarcic Mataija en E. Muratori als gemachtigden, bijgestaan door H.-G. Kamann en L. Hesse, Rechstanwälte, en door F. Louis, advocat,

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

* Procestaal: Engels.

samengesteld als volgt: A. Prechal, president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, J. Passer, F. Biltgen, L. S. Rossi en N. Wahl (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 juli 2021,

het navolgende

Arrest

- 1 Met hun hogere voorziening verzoeken Algebris (UK) Ltd en Anchorage Capital Group LLC om vernietiging van de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie van 10 oktober 2019, Algebris (UK) en Anchorage Capital Group/GAR (T-2/19, EU:T:2019:741, niet gepubliceerd; hierna: „bestreden beschikking”), houdende niet-ontvankelijkverklaring van hun beroep tot nietigverklaring van de vermeende weigering van de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) om een definitieve waardering ex post van Banco Popular Español SA (hierna: „Banco Popular”) te verrichten, waarover rekwirantes per brief van 18 december 2018 waren geïnformeerd.

Toepasselijke bepalingen

- 2 Overweging 64 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 (PB 2014, L 225, blz. 1) luidt:

„Het is belangrijk dat de verliezen bij het falen van de entiteit worden onderkend. De waardering van de activa en passiva van falende entiteiten moet berusten op eerlijke, prudente en realistische aannamen op het moment dat de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast. De financiële toestand van de entiteit mag echter geen gevolgen hebben voor de waardering van de passiva. In spoedeisende situaties moet het mogelijk zijn dat de afwikkelingsraad een snelle waardering uitvoert van de activa of passiva van een falende entiteit. Deze waardering dient voorlopig te zijn en te gelden totdat er een onafhankelijke waardering is uitgevoerd.”

- 3 Artikel 20 van verordening nr. 806/2014 draagt het opschrift „Waardering ten behoeve van de afwikkeling” en bepaalt het volgende:

„1. Alvorens een besluit te nemen over afwikkelingsmaatregelen of over het uitoefenen van de bevoegdheid om relevante kapitaalinstrumenten af te schrijven of om te zetten, draagt de afwikkelingsraad er zorg voor dat een eerlijke, prudente en realistische waardering van de activa en passiva van een in artikel 2 bedoelde entiteit wordt verricht door een persoon die onafhankelijk is van een overheidsinstantie, daaronder begrepen de afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteit, alsook van de betrokken entiteit.

2. Behoudens lid 15 wordt de waardering als definitief beschouwd, mits aan alle vereisten van de leden 1 en 4 tot en met 9 is voldaan.

3. Indien onafhankelijke waardering overeenkomstig lid 1 onmogelijk is, mag de afwikkelingsraad overeenkomstig lid 10 van dit artikel een voorlopige waardering van de activa en passiva van de in artikel 2 bedoelde entiteit verrichten.

4. De waardering heeft tot doel de waarde te bepalen van de activa en passiva van een in artikel 2 bedoelde entiteit die voldoet aan de in de artikelen 16 en 18 genoemde voorwaarden voor afwikkeling.

5. De waardering heeft tot doel:

a) als onderbouwing te dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling of aan de voorwaarden voor de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten;

b) als aan de afwikkelingsvoorwaarden is voldaan, als onderbouwing te dienen voor het besluit welke de passende afwikkelingsmaatregel is die ten aanzien van een in artikel 2 bedoelde entiteit moet worden genomen;

c) wanneer de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend, als onderbouwing te dienen voor het besluit over de omvang van de intrekking of verwatering van eigendomsinstrumenten, en de omvang van de afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten;

[...]

g) er in alle gevallen zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig is erkend op het ogenblik waarop de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast of de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend.

6. Onverminderd de staatssteunregels van de [Europese] Unie is, in voorkomend geval, de waardering gebaseerd op prudente aannamen, onder meer met betrekking tot wanbetalingspercentages en de ernst van de verliezen. Bij de waardering wordt niet uitgegaan van een eventuele toekomstige toekenning van buitengewone openbare financiële steun, noodliquiditeitssteun van een centrale bank of liquiditeitssteun van een centrale bank onder niet-standaardvoorwaarden inzake zekerheidstelling, looptijd en rentevoet aan een in artikel 2 bedoelde entiteit vanaf het ogenblik waarop een afwikkelingsmaatregel is genomen of de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten wordt uitgeoefend. [...]

[...]

7. De waardering wordt aangevuld met de volgende informatie zoals deze voorkomt in de boeken en bescheiden van een in artikel 2 bedoelde entiteit:

a) een geactualiseerde balans en een verslag over de financiële positie van een in artikel 2 bedoelde entiteit;

- b) een analyse en een raming van de boekwaarde van de activa;
- c) de lijst van de uitstaande buitenbalans- en balansverplichtingen zoals die [voorkomen] in de boeken en bescheiden van een in artikel 2 bedoelde entiteit, met vermelding van de respectieve kredieten en de in artikel 17 bedoelde rangorde van vorderingen.

[...]

9. Bij de waardering wordt de onderverdeling van de crediteuren in categorieën overeenkomstig de in artikel 17 bedoelde rangorde van vorderingen aangegeven, samen met een inschatting van de behandeling die elke categorie van aandeelhouders en crediteuren naar verwachting had gekregen indien een in artikel 2 bedoelde entiteit volgens een normale insolventieprocedure zou zijn geliquideerd. Die raming laat de toepassing van het beginsel van ‚geen schuldeiser in een slechtere positie’ bedoeld in artikel 15, lid 1, [onder] g), onverlet.

10. Indien wegens de spoedeisende omstandigheden van de zaak ofwel onmogelijk aan de in leden 7 en 9 opgenomen vereisten kan worden voldaan, ofwel lid 3 van toepassing is, wordt een voorlopige waardering verricht. De voorlopige waardering voldoet aan de in lid 4 opgenomen vereisten en, voor zover dit gezien de omstandigheden redelijkerwijze haalbaar is, aan de in de leden 1, 7 en 9 opgenomen vereisten.

De in de eerste alinea bedoelde voorlopige waardering omvat een buffer voor bijkomende verliezen, die passend wordt gemotiveerd.

11. Een waardering die niet aan alle vereisten van lid 1 en de leden 4 tot en met 9 voldoet, wordt als voorlopig beschouwd totdat een onafhankelijk persoon als bedoeld in lid 1 een waardering heeft verricht die ten volle aan alle vereisten van die leden voldoet. Deze definitieve waardering ex post wordt zo spoedig mogelijk verricht. Zij kan hetzij afzonderlijk van de in de leden 16, 17 en 18 bedoelde waardering, hetzij tegelijk met en door dezelfde onafhankelijke persoon als die waardering worden verricht, maar staat los van die waardering.

De definitieve waardering ex post heeft tot doel:

- a) er zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen;
- b) als onderbouwing te dienen voor het besluit om overeenkomstig lid 12 van dit artikel de vorderingen van de crediteuren terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen.

12. Indien de geschatte definitieve waardering ex post van de nettowaarde van de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit hoger is dan de geschatte voorlopige waardering van de nettowaarde van de activa van die entiteit, kan de afwikkelingsraad de nationale afwikkelingsautoriteit verzoeken:

- a) haar bevoegdheid uit te oefenen om de waarde te verhogen van de vorderingen van de crediteuren of [eigenaren] van relevante kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven uit hoofde van het instrument van bail-in;

b) een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer de opdracht te geven een verdere betaling te verrichten van de vergoeding met betrekking tot de activa, de rechten of passiva aan een instelling in afwikkeling of, in voorkomend geval, van de vergoeding met betrekking tot de eigendomsinstrumenten aan de eigenaren van deze eigendomsinstrumenten.

13. Niettegenstaande lid 1 vormt een overeenkomstig de leden 10 en 11 verrichte voorlopige waardering voor de afwikkelingsraad een geldige basis om tot afwikkelingsmaatregelen te besluiten, met inbegrip van instructies aan de nationale afwikkelingsautoriteiten om de zeggenschap over een falende instelling over te nemen, of tot uitoefening van de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van de relevante kapitaalinstrumenten.

14. De afwikkelingsraad stelt regelingen vast en houdt deze in stand om ervoor te zorgen dat de beoordeling met het oog op de toepassing van het instrument van bail-in overeenkomstig artikel 27 en de in de leden 1 tot en met 15 bedoelde waardering gebaseerd zijn op informatie over de activa en passiva van de instelling in afwikkeling die zo actueel en compleet is als redelijkerwijs mogelijk is.

15. De waardering vormt een integrerend onderdeel van het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen of een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen of van het besluit om de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten uit te oefenen. De waardering zelf is niet vatbaar voor een afzonderlijk beroep, maar kan vatbaar zijn voor een beroep samen met het besluit van de afwikkelingsraad.

16. Om te beoordelen of aandeelhouders en crediteuren beter zouden zijn behandeld als er een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling in afwikkeling was geopend, draagt de afwikkelingsraad er zorg voor dat er zo spoedig mogelijk na de uitvoering van de afwikkelingsmaatregel of -maatregelen een waardering door een onafhankelijke persoon als bedoeld in lid 1 wordt verricht. Deze waardering staat los van de waardering die uit hoofde van de leden 1 tot en met 15 wordt verricht.

17. Bij de in lid 16 bedoelde waardering wordt het volgende bepaald:

- a) de behandeling die aandeelhouders en crediteuren, of de desbetreffende depositogarantiestelsels, zouden hebben genoten, mocht op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen, een normale insolventieprocedure zijn geopend ten aanzien van een instelling in afwikkeling waarop de afwikkelingsmaatregel of afwikkelingsmaatregelen betrekking had respectievelijk hadden;
- b) de daadwerkelijke behandeling die aandeelhouders en crediteuren hebben genoten bij de afwikkeling van een instelling in afwikkeling; en
- c) of er sprake is van een verschil tussen de [onder] a) van dit lid bedoelde behandeling en de [onder] b) van dit lid bedoelde behandeling.

[...]”

Voorgeschiedenis van het geding

- 4 De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 20 van de bestreden beschikking en kan ten behoeve van de onderhavige procedure als volgt worden samengevat.
- 5 Rekwirantes, Algebris (UK) Ltd en Anchorage Capital Group LLC, zijn beheerders van beleggingsfondsen die verschillende typen kapitaalinstrumenten van Banco Popular aanhielden op het moment dat voor die bank op grond van verordening nr. 806/2014 een afwikkelingsregeling werd getroffen.
- 6 Met het oog op een afwikkelingsbesluit is Banco Popular overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 806/2014 gewaardeerd. Met dat doel zijn in eerste instantie twee verslagen opgesteld.
- 7 Het eerste verslag (hierna: „eerste waarderingsverslag”), gedateerd 5 juni 2017, is opgesteld door de GAR op grond van artikel 20, lid 5, onder a), van die verordening en diende als onderbouwing voor de vaststelling of was voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling in artikel 18, lid 1, van die verordening.
- 8 Het tweede verslag (hierna: „tweede waarderingsverslag”), gedateerd 6 juni 2017, is overeenkomstig artikel 20, lid 10, van de verordening opgesteld door een onafhankelijke deskundige. Deze waardering had tot doel de waarde van de activa en de passiva van Banco Popular te bepalen, een prognose te geven van de behandeling die aandeelhouders en crediteuren zouden genieten als Banco Popular aan een normale insolventieprocedure zou worden onderworpen en als onderbouwing te dienen voor het besluit met betrekking tot de over te dragen aandelen en eigendomsinstrumenten en voor de opvatting van de GAR over wat commerciële voorwaarden waren voor de toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming.
- 9 Op 7 juni 2017 heeft de GAR besluit SRB/EES/2017/08 betreffende een afwikkelingsregeling voor Banco Popular (hierna: „afwikkelingsbesluit”) vastgesteld. Op diezelfde dag heeft de Europese Commissie besluit (EU) 2017/1246 tot goedkeuring van de afwikkelingsregeling voor Banco Popular Español S.A. (PB 2017, L 178, blz. 15) vastgesteld. Eveneens op die dag heeft de Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (fonds voor ordelijke herstructurering van banken; hierna: „FROB”) de nodige maatregelen genomen om het afwikkelingsbesluit uit te voeren.
- 10 Artikel 5, lid 1, van het afwikkelingsbesluit bepaalt:

„De regeling voor de afwikkeling van Banco Popular bestaat in de verkoop van de onderneming krachtens artikel 24 van verordening nr. 806/2014, door overdracht van de aandelen aan een koper. De kapitaalinstrumenten worden onmiddellijk afgeschreven en omgezet, voordat het instrument van verkoop van de onderneming wordt toegepast.”
- 11 Artikel 6 van het afwikkelingsbesluit, over de afschrijving van de kapitaalinstrumenten en het instrument van verkoop van de onderneming, bevat een lid 1, waarin de GAR in wezen besluit:
 - a) het nominale bedrag van het maatschappelijk kapitaal van Banco Popular af te schrijven met een bedrag van 2 098 429 046 EUR, waardoor 100 % van de aandelen van Banco Popular wordt ingetrokken;

- b) de volledige hoofdsom van de door Banco Popular uitgegeven en op de datum van het afwikkelingsbesluit in omloop zijnde aanvullende tier 1-instrumenten om te zetten in nieuw uitgegeven aandelen van Banco Popular, „nieuwe aandelen I” genaamd;
 - c) de nominale waarde van de „nieuwe aandelen I” tot nul af te schrijven, waardoor 100 % van deze „nieuwe aandelen I” wordt ingetrokken;
 - d) de volledige hoofdsom van de door Banco Popular uitgegeven en op de datum van het afwikkelingsbesluit in omloop zijnde tier 2-instrumenten om te zetten in nieuw uitgegeven aandelen van Banco Popular, „nieuwe aandelen II” genaamd.
- 12 Deze afschrijvings- en omzettingsmaatregelen waren volgens artikel 6, lid 3, van het afwikkelingsbesluit gebaseerd op het tweede waarderingsverslag, dat werd bevestigd door de resultaten van een transparant en open verkoopproces door de FROB.
- 13 In artikel 6, lid 5, van het afwikkelingsbesluit heeft de GAR eveneens gelast om de „nieuwe aandelen II” onbezwaard en zonder enig recht of voorrecht voor een derde voor 1 EUR over te dragen aan Banco Santander SA, en daarbij aangegeven dat de koper reeds had ingestemd met de overdracht.
- 14 Op 17 augustus 2017 hebben rekwirantes beroep tot nietigverklaring van het afwikkelingsbesluit ingesteld bij het Gerecht. Het beroep is geregistreerd onder nummer T-570/17. Op diezelfde dag hebben zij tevens beroep tot nietigverklaring van besluit 2017/1246 ingesteld, dat is geregistreerd onder nummer T-575/17.
- 15 Op 14 juni 2018 heeft de GAR het in artikel 20, leden 16 en 17, van verordening nr. 806/2014 bedoelde definitieve waarderingsverslag van de onafhankelijke deskundige ontvangen, dat diende om vast te stellen of de aandeelhouders en crediteuren die waren getroffen door het besluit om Banco Popular af te wikkelen, een betere behandeling zouden hebben genoten als ten aanzien van die instelling een normale insolventieprocedure was geopend (hierna: „derde waarderingsverslag”).
- 16 Op 2 augustus 2018 heeft de GAR een schrijven aan de onafhankelijke deskundige gericht, waarin het volgende staat te lezen:
- „Na aandachtige bestudering van het rechtskader is de GAR van mening dat het, gezien de omstandigheden waarin Banco Popular wordt afgewikkeld, niet nodig is om een definitieve waardering ex post op te stellen zoals bedoeld in artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, met name omdat een dergelijke waardering geen gevolgen zou hebben voor de verkoop van Banco Popular aan Banco Santander, waarbij de marktprijs van Banco Popular als entiteit is bepaald in een open, eerlijke en transparante procedure.”
- 17 Op 7 augustus 2018 heeft de GAR een mededeling gepubliceerd betreffende de „aankondiging [...] van 2 augustus 2018 betreffende zijn voorlopige besluit over het al dan niet toekennen van een vergoeding aan de aandeelhouders en crediteuren ten aanzien van wie de

afwikkelingsmaatregelen aangaande Banco Popular Español [waren] genomen en betreffende de inleiding van de procedure om te worden gehoord (SRB/EES/2018/132)” (PB 2018, C 277 I, blz. 1), vergezeld van het derde waarderingsverslag. De GAR verklaarde daarin het volgende:

„Uit het [derde] waarderingsverslag [...] volgt dat er geen verschil bestaat tussen de feitelijke behandeling van de getroffen aandeelhouders en crediteuren en de behandeling die zij zouden hebben genoten als er op het tijdstip van afwikkeling een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling was geopend. Gezien het voorgaande stelt de GAR in zijn aankondiging voorlopig vast dat hij geen schadevergoeding hoeft te betalen aan de getroffen aandeelhouders en crediteuren [...].

Om definitief te kunnen besluiten of het nodig is een schadevergoeding toe te kennen, verzoekt de GAR de getroffen aandeelhouders en crediteuren met deze aankondiging om gebruik te maken van hun recht om volgens de consultatieprocedure gehoord te worden over bovengenoemd voorlopig besluit van de GAR [...].”

- 18 Op 28 september 2018 is Banco Santander na een fusie door overname rechtsoptvolgster onder algemene titel van Banco Popular geworden. In het kader daarvan heeft de FROB ermee ingestemd dat de nieuwe aandelen van Banco Popular uit de omzetting van de tier 2-instrumenten aan Banco Santander zouden worden overgedragen.
- 19 Bij brief aan de GAR van 3 oktober 2018 hebben rekwirantes aangegeven dat de eerste twee waarderingsverslagen voorlopig waren en erop gewezen dat, volgens artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, een „definitieve waardering ex post [...] zo spoedig mogelijk [wordt] verricht”. Zij hebben erop gewezen dat de GAR niet had aangekondigd wanneer de definitieve versies van deze verslagen beschikbaar zouden zijn en dat zij uit de Spaanse pers hadden vernomen dat de GAR per brief aan het Gerecht had meegedeeld dat er geen definitieve waardering ex post van Banco Popular zou worden verricht. Zij hebben de GAR ten eerste verzocht om die informatie te bevestigen, ten tweede om een kopie van die brief bekend te maken of aan hen te doen toekomen, en ten derde om aan te geven op welke gronden was beslist om geen definitieve waardering ex post te verrichten.
- 20 Op 16 oktober 2018 heeft de GAR op zijn website de in punt 16 van dit arrest genoemde brief van 2 augustus 2018 bekendgemaakt.
- 21 Bij brief van 25 oktober 2018 heeft de GAR geantwoord op de brief van rekwirantes van 3 oktober 2018. Ten eerste heeft de GAR aangegeven dat hij informatie in een document dat in het kader van een aanhangige procedure aan het Gerecht was gezonden, niet kon bespreken, publiceren of openbaar maken. Ten tweede heeft de GAR rekwirantes, op hun verzoek om aan te geven op welke gronden hij had afgezien van een definitieve waardering ex post, ervan in kennis gesteld dat hij de brief van 2 augustus 2018 aan de onafhankelijke deskundige op zijn website had geplaatst.
- 22 Bij brief aan de GAR van 16 november 2018 hebben rekwirantes herinnerd aan de inhoud van hun brief van 3 oktober 2018. Zij hebben zich tevens gekeerd tegen de inhoud van het antwoord van de GAR van 25 oktober 2018, met name het punt dat de GAR in strijd met de motiveringsplicht had geweigerd om de brief aan het Gerecht of de inhoud daarvan mede te delen omdat er een procedure aanhangig was, en tegen de verwijzing door de GAR naar de inhoud van zijn brief van 2 augustus 2018. Rekwirantes hebben aangegeven dat de GAR weliswaar had geweigerd om uitdrukkelijk te bevestigen dan wel te ontkennen of hij had besloten om geen definitieve versie ex

post van het eerste en het tweede waarderingsverslag op te stellen, maar dat zij die brief van 2 augustus hadden beschouwd als aanvullende bevestiging dat de GAR had besloten om dat niet te doen. Zij hebben daaraan toegevoegd dat, mocht dat inderdaad zo zijn, daarmee artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 werd geschonden. Daarnaast hebben rekwirantes aangegeven dat die brief niet beschouwd kon worden als „bekendgemaakt” op de website van de GAR, aangezien zij deze slechts hadden kunnen vinden door te zoeken op de term „Deloitte”. Zij zijn tot de conclusie gekomen dat met die brief niet was voldaan aan de motiveringsplicht. Rekwirantes hebben de GAR dus verzocht om uitdrukkelijk aan hen te bevestigen of hij had besloten om geen definitieve versie ex post van die waarderingsverslagen op te stellen en hun, indien dat het geval was, een kopie van dat besluit te verstrekken.

- 23 Bij brief van 18 december 2018 heeft de GAR geantwoord op de brief van rekwirantes van 16 november 2018. Hij heeft daarin hun verzoeken van 3 oktober 2018 in herinnering gebracht, evenals het antwoord in zijn brief van 25 oktober 2018. De GAR heeft aangegeven dat rekwirantes in hun brief van 16 november 2018 opnieuw hadden verzocht om te bevestigen dat hij besloten had om geen definitieve versie ex post op te stellen van het eerste en het tweede waarderingsverslag. Hij heeft eraan herinnerd dat zijn brief van 25 oktober 2018 zijn standpunt daarover duidelijk weergaf en verwees naar de brief aan de onafhankelijke deskundige waarin was uiteengezet waarom hij geen definitieve waardering ex post zou verrichten.
- 24 De GAR heeft aangegeven dat hij zich met zijn brief van 25 oktober 2018 had gekweten van de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU, aangezien hij daarin verwees naar de brief aan die deskundige waarin was vermeld waarom hij had besloten geen definitieve waardering ex post te verrichten. Volgens de GAR konden rekwirantes het wel met die motivering oneens zijn, maar betekende dat niet dat zijn brief niet was gemotiveerd. Tot slot heeft hij het verwijt van rekwirantes bestreden dat de brief aan de onafhankelijke deskundige niet op zijn website was bekendgemaakt.

Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikking

- 25 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 januari 2019, hebben rekwirantes beroep tot nietigverklaring ingesteld van „het besluit van de GAR, dat bij de eerste brief van 18 december 2018 ter kennis is gebracht, om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten”.
- 26 Bij de bestreden beschikking heeft het Gerecht dat beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond dat rekwirantes geen procesbevoegdheid hadden omdat het besluit van de GAR om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten hen niet rechtstreeks raakte, aangezien dat besluit geen rechtsgevolgen sorteerde die hun rechtspositie konden aantasten.
- 27 Het Gerecht heeft daartoe om te beginnen geoordeeld dat eerst moest worden onderzocht of de rechtspositie van rekwirantes was aangetast door het besluit om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten en door de eventuele vergoeding die daaruit zou voortvloeien, aangezien de GAR had betoogd dat hun beroep niet-ontvankelijk was omdat zij geen procesbevoegdheid hadden.
- 28 Nadat het Gerecht de inhoud van artikel 20, leden 11 en 12, van verordening nr. 806/2014 had uiteengezet, heeft het erop gewezen dat de definitieve waardering ex post twee doelen heeft. Het heeft aangegeven dat rekwirantes niet betoogden dat het eerste doel, neergelegd in artikel 20,

- lid 11, onder a) van verordening nr. 806/2014, namelijk dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 van die verordening bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen, in casu van toepassing was.
- 29 Het Gerecht heeft verduidelijkt dat, ter uitvoering van het afwikkelingsbesluit, na het uitoefenen van de bevoegdheid om de relevante kapitaalinstrumenten van Banco Popular af te schrijven en om te zetten, ter uitvoering van het instrument van verkoop van de onderneming alle aandelen van Banco Popular aan Banco Santander waren overgedragen. Het heeft daaruit afgeleid dat Banco Santander moest waarborgen dat ieder eventueel verlies bij de consolidatie van de activa en passiva van Banco Popular in de boekhouding werd opgenomen.
- 30 Wat het tweede doel betreft, dat is neergelegd in artikel 20, lid 11, onder b), van verordening nr. 806/2014, namelijk om als onderbouwing te dienen voor het besluit om de vorderingen terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen, heeft het Gerecht benadrukt dat die bepaling moet worden gelezen in het licht van artikel 20, lid 12, van die verordening. Volgens die bepaling kan de GAR, indien de geschatte definitieve waardering ex post hoger is dan de geschatte voorlopige waardering, de nationale afwikkelingsautoriteit verzoeken om een hogere waardering van de vorderingen van de crediteuren of eigenaren van relevante kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven uit hoofde van het instrument van bail-in, of een overbruggingsinstelling dan wel een vehikel voor activabeheer de opdracht kan geven een verdere betaling te verrichten aan een instelling in afwikkeling.
- 31 Deze laatste bepaling geeft uitdrukkelijk aan in welke situaties een vergoeding kan worden betaald – door de waarde van de vorderingen te verhogen of een verdere betaling te verrichten – nadat een definitieve waardering ex post is verricht, namelijk uitsluitend wanneer de afwikkelingsregeling voor de entiteit gebruikmaakt van het instrument van bail-in neergelegd in artikel 27 van verordening nr. 806/2014, de overbruggingsinstelling genoemd in artikel 25 van die verordening, of het instrument van afsplitsing van activa waarnaar artikel 26 van die verordening verwijst. Het Gerecht heeft opgemerkt dat deze afwikkelingsinstrumenten in casu niet waren toegepast omdat ten aanzien van Banco Popular tot verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014 was besloten, en de toepassing van dat instrument ertoe had geleid dat Banco Popular in haar geheel was verkocht aan Banco Santander.
- 32 Het Gerecht heeft dus vastgesteld dat het instrument van verkoop van de onderneming, dat op Banco Popular was toegepast, niet een van de gevallen in artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014 is waarin na een definitieve waardering ex post een vergoeding kan worden betaald, en bovendien dat die bepaling niet toestaat dat voormalige aandeelhouders en crediteuren van een entiteit waarvan de kapitaalinstrumenten in hun geheel zijn omgezet, afgeschreven en aan een derde overgedragen, schadeloos worden gesteld.
- 33 Het Gerecht heeft vervolgens het argument van rekwirantes afgewezen dat het ontbreken van een definitieve waardering ex post de door hun vertegenwoordigde fondsen benadeelt omdat daardoor niet wordt onderzocht of de waarde van hun aanvullende tier 1-instrumenten en hun tier 2-instrumenten moest worden teruggenomen dan wel de door Banco Santander betaalde vergoeding moest worden verhoogd.
- 34 Naar het oordeel van het Gerecht betoogden rekwirantes met dat argument in wezen dat zij, indien er een definitieve waardering ex post van Banco Popular was uitgevoerd, aanspraak hadden kunnen maken op een terugname van hun vorderingen of een verhoging van de waarde van de door Banco Santander betaalde vergoeding. Volgens het Gerecht kon dat argument niet

slagen omdat de aanvullende tier 1-instrumenten bij de afwikkeling van Banco Popular waren omgezet in aandelen, volledig afgeschreven en ingetrokken, en de tier 2-instrumenten daarbij waren omgezet, afgeschreven en in hun geheel overgedragen aan Banco Santander. Die rechter heeft daaruit geconcludeerd dat de voormalige aandeelhouders van Banco Popular door de vaststelling van het afwikkelingsbesluit hun hoedanigheid van aandeelhouder hadden verloren.

- 35 Het Gerecht heeft dus geoordeeld dat rekwirantes na het uitoefenen van de bevoegdheid om de kapitaalinstrumenten van Banco Popular af te schrijven en om te zetten en na de daaropvolgende overdracht van alle uit die operatie voortvloeiende aandelen aan Banco Santander geen kapitaalinstrumenten meer hielden die het voorwerp konden vormen van een vergoeding krachtens artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014, en dat rekwirantes dus niet konden stellen dat zij rechtstreeks waren geraakt door het besluit van de GAR om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten, aangezien zij op grond van die bepaling geen aanspraak konden maken op enige vergoeding. Het Gerecht heeft daaruit geconcludeerd dat het besluit van de GAR om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten, geen bindende rechtsgevolgen had waardoor de rechtspositie van rekwirantes kon worden aangetast.
- 36 Ter afwijzing van het betoog van rekwirantes heeft het Gerecht verduidelijkt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het derde waarderingsverslag in de zin van artikel 20, lid 16, van verordening nr. 806/2014 en de definitieve waardering ex post genoemd in artikel 20, lid 11, van die verordening, omdat het doel van het derde waarderingsverslag is om te beoordelen of de aandeelhouders en de crediteuren beter zouden zijn behandeld als er een normale insolventieprocedure ten aanzien van de instelling in afwikkeling was geopend, en om hen eventueel schadeloos te stellen. Het Gerecht heeft overwogen dat rekwirantes potentieel aanspraak konden maken op een vergoeding op grond van het derde waarderingsverslag, maar dat zij daarop geen aanspraak konden maken op grond van de definitieve waardering ex post.
- 37 Het heeft derhalve geoordeeld dat het besluit van de GAR om geen definitieve waardering ex post van Banco Popular te verrichten rekwirantes niet rechtstreeks raakte, aangezien dat besluit geen rechtsgevolgen had die hun rechtspositie konden aantasten.

Conclusies van partijen

- 38 Rekwirantes verzoeken het Hof:
- het dictum van de bestreden beschikking te vernietigen;
 - de GAR te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten in eerste aanleg, en
 - hun procesbevoegdheid in eerste aanleg te erkennen.
- 39 De GAR verzoekt het Hof:
- primair, de hogere voorziening niet-ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond te verklaren;
 - subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
 - meer subsidiair, mocht het Hof de zaak zelf afdoen, het beroep in eerste aanleg te verwerpen, en

- rekwirantes te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en de procedure voor het Gerecht alsook, subsidiair, de beslissing omtrent de kosten van de hogere voorziening aan te houden.

Hogere voorziening

- 40 Ter ondersteuning van hun hogere voorziening voeren rekwirantes twee middelen aan. Met het eerste middel betogen zij dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rekening te houden met de consequenties van de eerste twee volzinnen van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, en dat inbreuk is gemaakt op het eigendomsrecht. Met het tweede middel betogen zij dat het Gerecht artikel 20, lid 12, onder a), van die verordening onjuist heeft uitgelegd en het beginsel van non-discriminatie heeft geschonden.

Ontvankelijkheid van de hogere voorziening

- 41 Volgens de GAR is de hogere voorziening niet-ontvankelijk vanuit het oogpunt van artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, omdat zij gebaseerd is op nieuwe middelen in rechte. De GAR betwijfelt daarnaast of rekwirantes kunnen opkomen namens de fondsen die zij beweerdelijk vertegenwoordigen.
- 42 Dat betoog kan niet slagen.
- 43 In de eerste plaats volgt uit artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de middelen van de hogere voorziening gebaseerd moeten zijn op argumenten die aan de procedure voor het Gerecht zijn ontleend. Bovendien mag volgens artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering in hogere voorziening het voorwerp van het geschil voor het Gerecht niet worden gewijzigd. De bevoegdheid van het Hof is in het kader van een hogere voorziening dus beperkt tot de beoordeling van de juridische oplossing die is gegeven aan de middelen en argumenten die voor de eerste rechter zijn behandeld (beschikking van 21 juli 2020, Abaco Energy e.a./Commissie, C-436/19 P, EU:C:2020:606, niet gepubliceerd, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 44 Anders dan de GAR betoogt, betwisten rekwirantes met hun twee middelen de uitlegging of toepassing die het Gerecht aan het Unierecht heeft gegeven, in de zin dat de definitieve waardering ex post naar hun mening verplicht was en dat de weigering van de GAR om die uit te voeren rechtsgevolgen had waardoor hun beider rechtspositie, als beheerders van fondsen die obligaties van Banco Popular hielden, werd gewijzigd.
- 45 De kwestie van de vermeende inbreuk op het eigendomsrecht en die van de vermeende schending van het beginsel van gelijke behandeling zijn slechts uitvloeisels van de kritiek op de uitlegging van het Gerecht en dus van deze twee middelen. De genoemde middelen zijn dus niet nieuw (zie in die zin arrest van 28 juli 2016, Tomana e.a./Raad en Commissie, C-330/15 P, EU:C:2016:601, niet gepubliceerd, punt 35).
- 46 In de tweede plaats heeft de GAR wel de vraag opgeworpen of rekwirantes met recht optreden namens de fondsen, maar deze niet vergezeld van concrete gegevens aan de hand waarvan de door hen aangenomen hoedanigheid in twijfel kan worden getrokken.
- 47 De hogere voorziening is derhalve ontvankelijk.

Middelen van de hogere voorziening

- 48 De twee middelen van de hogere voorziening moeten gezamenlijk worden onderzocht, aangezien rekwirantes betogen dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rekening te houden met de consequenties van de eerste twee volzinnen van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, en artikel 20, lid 12, onder a), van die verordening onjuist heeft uitgelegd. In de bestreden beschikking heeft het Gerecht namelijk terecht geoordeeld dat deze bepalingen nauw met elkaar samenhangen. Vervolgens moet, in voorkomend geval, de vermeende schending van artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en van het beginsel van gelijke behandeling worden behandeld.

Argumenten van partijen

- 49 Met hun eerste middel voeren rekwirantes aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de ingrijpende consequenties van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 niet te onderzoeken. Het Gerecht heeft weliswaar de gehele bepaling aangehaald maar vervolgens nagelaten om de eerste twee volzinnen te bespreken, en het heeft uitsluitend de betekenis van de tekst onder a) en b) onderzocht. In deze volzinnen staat echter helder en expliciet dat iedere voorlopige waardering „zo spoedig mogelijk” moet worden gevolgd door een definitieve waardering ex post. Dit is een absolute wettelijke verplichting die er niet van afhangt of bijzondere omstandigheden worden vastgesteld, zoals de inzet van bepaalde afwikkelingsinstrumenten, en ook niet afhangt van de onder a) en b) genoemde doelen. Uit deze bepaling blijkt dus duidelijk dat een definitieve waardering ex post is vereist in alle omstandigheden waarin de GAR zich wegens spoed baseert op een voorlopige waardering.
- 50 Deze dwingende verplichting is logisch omdat in voorlopige waarderingsverslagen aanzienlijke uitzonderingen worden gemaakt en omdat verordening nr. 806/2014 de GAR draconische en zeer ruime onteigeningsbevoegdheden verleent. In spoedeisende omstandigheden kan de GAR de vereisten van artikel 20, leden 7 en 9, van de verordening volgens artikel 20, lid 10, ervan dus negeren en hoeft hij slechts, voor zover dit gezien de omstandigheden redelijkerwijze haalbaar is, te voldoen aan de voorwaarde van lid 1 van dat artikel, dat een eerlijke, prudente en realistische waardering wordt verricht door een persoon die onafhankelijk is van enige overheidsinstantie.
- 51 Artikel 20, lid 7, van deze verordening is ook van groot belang voor de waarderingsverslagen, want hierin wordt bepaald dat de waardering moet worden aangevuld met een geactualiseerde balans en een verslag over de financiële positie van de betrokken entiteit, een analyse en een raming van de boekwaarde van de activa, alsook met de lijst van de uitstaande buitenbalans- en balansverplichtingen zoals die voorkomen in de boeken en bescheiden van die entiteit, met vermelding van de respectieve crediteuren en de rangorde van de vorderingen. Bovendien moet een voorlopige waardering volgens artikel 20, lid 10, tweede alinea, van verordening nr. 806/2014 een buffer voor bijkomende verliezen bevatten, zodat een voorlopige waardering hoe dan ook verschilt van en waarschijnlijk lager is dan een definitieve waardering.
- 52 De onafhankelijke deskundige zelf heeft de GAR in het tweede waarderingsverslag verzocht om het voorzichtig te gebruiken en duidelijk de tekortkomingen ervan aangegeven. Het was namelijk in slechts twee weken in plaats van de oorspronkelijk overeengekomen zes weken opgesteld, zonder toegang tot bepaalde essentiële gegevens en zonder dat de conclusies van het verslag konden worden besproken met de directie, de accountants, de toezichthouders en andere personen die Banco Popular goed kenden.

- 53 De voorwaarden in artikel 20, leden 1 tot en met 9, van verordening nr. 806/2014 zijn aan de GAR gesteld opdat deze zorg draagt voor voldoende solide waarderingen, en het eigendomsrecht wordt geëerbiedigd. Daarom zijn de uitzonderingen op de naleving van deze voorwaarden slechts bij spoed toegestaan. Tenzij de waarderingsverslagen zo snel mogelijk worden gevolgd door een definitieve waardering ex post, blijven zij provisorisch en worden deze voorwaarden, met name dat een onafhankelijke persoon een eerlijke, prudente en realistische waardering verricht, gereduceerd tot een vrome wens.
- 54 De redenering van het Gerecht volgens welke artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 wordt gelezen alsof het moet worden uitgelegd aan de hand van de tekst onder a) en b) ervan en van artikel 20, lid 12, van deze verordening, heeft niet alleen gevolgen voor de vraag wanneer een vergoeding moet worden toegekend maar eveneens voor de vraag wanneer een definitieve waardering ex post moet worden verricht.
- 55 In wezen leidt het Gerecht daaruit af dat de onteigende partijen, net als rekwirantes, slechts bevoegd zijn op te komen tegen het ontbreken van een definitieve waardering ex post wanneer zij krachtens artikel 20, lid 11, onder b), van die verordening een vergoeding kunnen ontvangen, die uit hoofde van die bepaling uitsluitend verschuldigd is wanneer het toegepaste afwikkelingsinstrument heeft bestaan in bail-in overeenkomstig artikel 27 van verordening nr. 806/2014, een overbruggingsinstelling overeenkomstig artikel 25 van die verordening, of afsplitsing van activa overeenkomstig artikel 26 van de verordening.
- 56 Als gevolg daarvan hebben aandeelhouders en crediteuren geen procesbevoegdheid en in de omstandigheden van het onderhavige geval is moeilijk voorstelbaar dat andere partijen dan onteigende aandeelhouders en crediteuren bevoegd zijn om op te komen tegen het ontbreken van een definitieve waardering ex post. Dankzij de uitlegging van het Gerecht kan de GAR zich dus baseren op de eerste twee waarderingsverslagen, die voorlopig, verre van volledig en zeer onbetrouwbaar zijn.
- 57 Rekwirantes bestrijden eveneens de redenering dat de onteigende crediteuren schadevergoeding kunnen verkrijgen door een beroep tot nietigverklaring of schadevergoeding in te stellen tegen het onjuiste afwikkelingsbesluit op grond dat het eerste en het tweede waarderingsverslag gebrekkig zijn. De Uniewetgever heeft daarvoor een veiligheidsmechanisme ingesteld, namelijk de verplichting om overeenkomstig artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014 een definitieve waardering ex post te verrichten waarmee de hoogte van de in de huidige omstandigheden verschuldigde schadevergoeding beter kan worden bepaald, aangezien de onafhankelijke beoordelaar toegang heeft tot alle relevante onderliggende gegevens, hetgeen crediteuren bij een beroep zoals hierboven genoemd waarschijnlijk niet hebben.
- 58 Een definitieve waardering ex post zou zeer waarschijnlijk bevestigen dat Banco Popular onjuist was gewaardeerd en dat de afschrijving van de obligaties gehouden door rekwirantes nutteloos was of te ver was doorgevoerd, hetgeen ten minste zou leiden tot een afwikkelingsregeling met sterk verschillende verkoopvoorwaarden.
- 59 Als de GAR na die definitieve waardering ex post zou besluiten om rekwirantes niet schadeloos te stellen door hun obligaties terug te nemen, konden het besluit van de GAR en mogelijk de definitieve waardering krachtens artikel 20, lid 15, van die verordening hoe dan ook worden bestreden met een beroep tot nietigverklaring, een beroep wegens nalaten of een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid krachtens artikel 340 VWEU.

- 60 Het verlies van deze concrete mogelijkheden heeft rechtstreekse gevolgen voor de rechtspositie van rekwirantes. Het besluit waarvan zij de nietigverklaring vorderen raakt hen dus rechtstreeks.
- 61 In hun memorie van repliek bestrijden rekwirantes ten eerste de uitlegging door de GAR van de functie van de buffer voor bijkomende verliezen. Ten tweede is de redenering van de GAR dat een definitieve waardering ex post niet vereist is omdat rekwirantes beschikken over de verkoopprijs die is verkregen na een rechtmatig uitgevoerde aanbestedingsprocedure, een cirkelredenering, want de in het tweede waarderingsverslag genoemde waarde heeft die verkoopprijs beïnvloed.
- 62 Met het tweede middel voeren rekwirantes aan dat het Gerecht hoe dan ook ten onrechte heeft geoordeeld dat zij niet rechtstreeks worden geraakt door het besluit waarvan zij de nietigverklaring vorderen.
- 63 Het Gerecht heeft dat oordeel volgens hen gegrond op twee argumenten, die beide voortkomen uit een onjuiste uitlegging van verordening nr. 806/2014. Het eerste is dat artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014 slechts van toepassing is wanneer de GAR het instrument van bail-in, een overbruggingsinstelling of het instrument van afsplitsing van activa inzet, hetgeen in casu niet is gebeurd, en het tweede is dat artikel 20, lid 12, van die verordening niet voorziet in een vergoeding voor voormalige aandeelhouders en crediteuren van een entiteit van wie de kapitaalinstrumenten volledig zijn omgezet, afgeschreven en verkocht aan een derde.
- 64 Ten eerste verwijst artikel 20, lid 12, onder a), van verordening nr. 806/2014 uitdrukkelijk naar „eigenaars van relevante kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven uit hoofde van het instrument van bail-in”. Aangezien kapitaalinstrumenten in de verordening zijn gedefinieerd als obligaties zoals die van rekwirantes, kan niet worden betwist dat deze bepaling op hen van toepassing is. Het Gerecht heeft dit punt niet onderzocht en heeft in de bestreden beschikking in het geheel geen rekening gehouden met de betekenis van de woorden „relevante kapitaalinstrumenten”.
- 65 In casu is het instrument van bail-in inderdaad niet gebruikt. De verwijzing daarnaar in artikel 20, lid 12, onder a), van verordening nr. 806/2014 moet evenwel worden gelezen in samenhang met de verwijzing naar de afschrijving van de relevante kapitaalinstrumenten. Deze bepaling kan niet formeel worden uitgelegd in de zin dat zij uitsluitend van toepassing is op afschrijvingen die voortvloeien uit de toepassing van het instrument van bail-in, maar moet ook slaan op de gevallen waarin de relevante kapitaalinstrumenten voor 100 % worden afgeschreven, zoals in casu, ongeacht of dat ter uitvoering van artikel 22, lid 1, van die verordening is of van het instrument van bail-in.
- 66 Ten tweede staat niets de uitlegging van het Gerecht dat rekwirantes niet in aanmerking komen voor schadevergoeding overeenkomstig artikel 20, lid 12, van verordening nr. 806/2014 omdat hun kapitaalinstrumenten volledig zijn omgezet en afgeschreven en voor 1 EUR zijn overgedragen aan een derde, Banco Santander.
- 67 De bestreden beschikking vermeldt op dit punt dat rekwirantes geen kapitaalinstrumenten van Banco Popular meer houden waarvoor zij gecompenseerd kunnen worden en dat die bepaling geen uitzondering bevat voor de schuldvorderingen van crediteuren of eigenaren wanneer de afschrijving is gevolgd door verkoop van de onderneming.

- 68 Niets rechtvaardigt dat crediteuren en eigenaren van relevante kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven en daarna overgedragen in het kader van de verkoop van de onderneming, schadevergoeding wordt onthouden als die maatregel is vastgesteld op basis van een gebrekkige, voorlopige waardering van de nettoactiva en nettopassiva van de bank. Zij worden evenzeer, zo niet meer, geraakt als degenen die eigenaar blijven van de relevante instrumenten. Daaruit volgt dat rekwirantes op grond van de bewoordingen van artikel 20, lid 12, onder a), van de verordening rechtstreeks worden geraakt.
- 69 Hoewel het Gerecht de vraagstukken van individuele geraaktheid en procesbelang in de bestreden beschikking niet heeft onderzocht, zijn rekwirantes van mening dat het Hof hun argumenten op dit punt niettemin moet onderzoeken vanuit het oogpunt van proceseconomie.
- 70 Naar hun mening worden zij rechtsreeks geraakt door het besluit waarvan zij nietigverklaring vorderen omdat zij deel uitmaken van een kleine groep identificeerbare beleggers die de door Banco Popular uitgegeven obligaties hielden die door de GAR zijn onteigend.
- 71 In casu is het besluit van de GAR om de beleggingen van rekwirantes in het kapitaal van Banco Popular af te schrijven gebaseerd op het eerste en het tweede waarderingsverslag, hoewel deze zeer weinig betrouwbaar zijn. Bijgevolg worden rekwirantes individueel geraakt door het besluit van de GAR om geen definitieve waardering ex post te verrichten waaruit blijkt dat de GAR onrechtmatig heeft gehandeld door hun goederen af te schrijven.
- 72 Anders dan het betoog van de GAR in eerste aanleg dat de obligaties van dit type wereldwijd verhandeld werden, zodat de eigenaren niet konden worden geïdentificeerd en geen afrekening mogelijk was, waren de obligaties die de GAR in het afwikkelingsbesluit heeft onteigend daarin met uitgiftenummer en waarde vermeld, zodat hun aantal bekend was toen op 7 juni 2017 de afwikkeling plaatsvond.
- 73 Daarnaast betogen rekwirantes belang te hebben bij de gevorderde nietigverklaring, die hen bij toewijzing ongetwijfeld een voordeel oplevert. Bij nietigverklaring zou de GAR namelijk een definitieve waardering ex post moeten verrichten, waaruit zou blijken dat Banco Popular meer dan 2 miljard EUR waard was. Daardoor zou de GAR verplicht zijn om de terugname van de waarde van rekwirantes' obligaties te onderzoeken. Bovendien zijn rekwirantes grote beleggers in banken waarop het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme van toepassing is, zodat zij een separaat belang hebben om toekomstige schendingen van verordening nr. 806/2014 door de GAR te voorkomen.
- 74 De GAR betwist de ontvankelijkheid van het eerste en het tweede middel op grond van dezelfde argumenten die hij heeft aangevoerd voor de niet-ontvankelijkheid van de hogere voorziening in haar geheel, en hij betwist tevens de gegrondheid van deze middelen.

Beoordeling door het Hof

- 75 Om te beginnen moet het betoog van de GAR dat beide middelen niet ontvankelijk zijn, worden afgewezen om dezelfde redenen die in de punten 43 tot en met 46 van dit arrest zijn uiteengezet voor de hogere voorziening in haar geheel, namelijk dat de vraagstukken van de vermeende inbreuk op het eigendomsrecht en die van de vermeende inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling slechts uitvloeisels zijn van de uitlegging die het Gerecht wordt verweten en het voorwerp van het geding in eerste aanleg dus niet wijzigen.

- 76 Ten gronde zij er vooraf aan herinnerd dat de GAR in het onderhavige geval, gezien de snelle verslechtering van de financiële positie en met name de onvoldoende liquide middelen van Banco Popular, heeft beslist dat het passende afwikkelingsinstrument niet de bail-in zou zijn, dat volgens de GAR ontoereikend was, maar de verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014. Bij de inzet van dat afwikkelingsinstrument heeft de GAR gebruikgemaakt van zijn bevoegdheid om relevante kapitaalinstrumenten af te schrijven en om te zetten die is neergelegd in artikel 21 van verordening nr. 806/2014.
- 77 Zoals aangegeven in de punten 7 en 8 van dit arrest was het eerste waarderingsverslag – opgesteld door de GAR – bedoeld om als onderbouwing te dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling, terwijl het tweede waarderingsverslag – opgesteld door een onafhankelijke, door de GAR aangewezen deskundige – tot doel had om de waarde te bepalen van de activa en de passiva van Banco Popular, een inschatting te geven van de behandeling die de aandeelhouders en crediteuren zouden hebben genoten als Banco Popular aan een normale insolventieprocedure was onderworpen, en als onderbouwing te dienen voor het besluit met betrekking tot de over te dragen aandelen en eigendomsinstrumenten en voor de opvatting van de GAR over wat commerciële voorwaarden waren voor de toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming. Het derde waarderingsverslag – eveneens opgesteld door de onafhankelijke deskundige – had als doel om vast te stellen of de door de afwikkeling van Banco Popular getroffen aandeelhouders en crediteuren een betere behandeling zouden hebben genoten als de instelling aan een normale insolventieprocedure was onderworpen.
- 78 Volgens de GAR hoefde in casu geen versie ex post van het eerste waarderingsverslag te worden opgesteld en was het ook niet nodig om een definitieve waardering ex post te laten volgen op het tweede waarderingsverslag. Op vragen van rekwirantes over dit punt heeft de GAR hun dit standpunt medegedeeld door te verwijzen naar de brief van 2 augustus 2018 die hij aan de onafhankelijke deskundige had gericht. Rekwirantes hebben de GAR om verduidelijking verzocht, die hun is verschaft bij brief van 18 december 2018. Het beroep in eerste aanleg was tegen deze laatste brief gericht.
- 79 Aangezien beide middelen van de hogere voorziening berusten op het verwijt dat de GAR artikel 20 van verordening nr. 806/2014 heeft miskend, moet de inhoud van die bepaling worden uitgelegd zoals verduidelijkt in het licht van overweging 64 van deze verordening.
- 80 Uit deze overweging 64 volgt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de voorlopige waardering van de activa en de passiva van falende entiteiten door de GAR in spoedeisende situaties en anderzijds de onafhankelijke waardering, die in beginsel een einde maakt aan dat voorlopige karakter.
- 81 Artikel 20, leden 11 en 16, van verordening nr. 806/2014 voorziet uitdrukkelijk in twee typen waardering, namelijk de waardering „die uit hoofde van de leden 1 tot en met 15 wordt verricht” en de „in de leden 16, 17 en 18 bedoelde waardering”. Volgens artikel 20, leden 11 en 16, zijn en blijven deze waarderings apart en worden zij door een onafhankelijke persoon verricht, maar kunnen zij hetzij afzonderlijk, hetzij tegelijkertijd en door dezelfde onafhankelijke persoon worden verricht.

- 82 Hieruit volgt dat in casu zowel het eerste en het tweede waarderingsverslag als een eventuele definitieve waardering ex post onder het eerste type waardering vallen, omdat zij beheerst worden door artikel 20, leden 1 tot en met 15, van verordening nr. 806/2014, terwijl het derde waarderingsverslag, dat beheerst wordt door de leden 16 tot en met 18 van dat artikel, valt onder het tweede type waardering.
- 83 Het is waar dat het bestaan van een andere definitieve waardering dan de definitieve waardering ex post, hetgeen geïmpliceerd wordt door de toevoeging van de woorden „ex post” aan „definitieve waardering” in artikel 20, lid 11, in limine, van verordening nr. 806/2014, in tegenstelling tot een definitieve waardering „ex ante”, van invloed kan zijn op de mogelijkheid voor de GAR om een definitieve waardering ex post te weigeren, omdat een definitieve waardering reeds als grondslag zou dienen voor het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen of om een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen, of voor het besluit om de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten uit te oefenen, en dus overeenkomstig artikel 20, lid 15, van verordening nr. 806/2014 via die besluiten kan worden bestreden.
- 84 Deze uitlegging wordt eveneens ondersteund door artikel 20, lid 2, van die verordening, volgens welke „de waardering als definitief [wordt] beschouwd” mits „aan alle vereisten van de leden 1 en 4 tot en met 9 is voldaan”, behoudens lid 15 van dat artikel 20, dat wil zeggen de mogelijkheid om de waardering indirect te bestrijden via de in punt 83 van dit arrest genoemde besluiten. Een van die vereisten is het vereiste in artikel 20, lid 1, van die verordening dat de waardering moet worden verricht door een persoon die onafhankelijk is van onder meer de GAR, de nationale afwikkelingsautoriteit en de betrokken entiteit.
- 85 Incidenteel moet erop worden gewezen dat als gevolg daarvan niet alleen het door de GAR opgestelde eerste waarderingsverslag (zie punt 7 van dit arrest) daadwerkelijk voorlopig was, maar dat ook een eventuele door de GAR opgestelde versie ex post van dat eerste verslag – die volgens rekwirantes noodzakelijk was (zie de punten 19 en 23 van dit arrest) – geen definitieve waardering had gevormd, omdat zij niet door een onafhankelijke persoon was verricht. Zoals de advocaat-generaal in punt 70 van haar conclusie heeft aangegeven, staat buiten kijf dat het eerste waarderingsverslag in casu voorlopig was omdat het door de GAR is opgesteld. In casu kan alleen het tweede waarderingsverslag, dat aan die voorwaarde voldoet, worden beschouwd als „definitieve waardering” in de zin van artikel 20 van verordening nr. 806/2014.
- 86 Niettemin moet worden benadrukt, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over die laatste kwestie of over de ontwikkeling van het standpunt van de GAR daarover, dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat een waardering ex post in het onderhavige geval hoe dan ook geen gevolgen had gehad voor de rechtspositie van rekwirantes, zodat de brief van 18 december 2018 met de redenen waarom de GAR niet voornemens was om die waardering te verrichten, evenmin rechtsgevolgen sorteerde die hun positie kon aantasten.
- 87 Zoals namelijk ook de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 85 van haar conclusie, valt het vereiste dat de bindende rechtsgevolgen van de bestreden maatregel de belangen van de verzoekende partij aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, samen met de in artikel 263, vierde alinea, VWEU gestelde voorwaarden wanneer door een niet-geprivilegieerde verzoekende partij beroep tot nietigverklaring tegen een niet tot haar gerichte handeling wordt ingesteld, zoals in de onderhavige zaak (arrest van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 38).

- 88 Het antwoord van de GAR aan rekwirantes over de redenen waarom hij in casu geen definitieve waardering ex post wilde laten verrichten, is gegrond op de doeleinden van die waardering.
- 89 Hoewel rekwirantes terecht betogen dat een definitieve waardering ex post op grond van de bewoordingen van artikel 20, lid 11, in limine, van verordening nr. 806/2014 vereist is wanneer de GAR slechts over een voorlopige waardering beschikt, met name vanwege het gebruik van de tegenwoordige tijd van de aantonende wijs in de uitdrukking „worden verricht”, hetgeen doorgaans een dwingend karakter aangeeft [zie in die zin arrest van 3 maart 2020, X (Europees aanhoudingsbevel – Dubbele strafbaarheid), C-717/18, EU:C:2020:142, punt 20], en vanwege de woorden „zo spoedig mogelijk”, heeft het Gerecht niettemin op goede gronden benadrukt dat het nalaten van dat verslag niet van invloed was op de rechtspositie van rekwirantes, met name gelet op de twee doelstellingen van de definitieve waardering ex post die zijn neergelegd in artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014.
- 90 Wat dat betreft volgt de bestaansreden van artikel 20, lid 11, van verordening nr. 806/2014, uitgedrukt in de tweede alinea van deze bepaling, uit de twee specifieke doelstellingen ervan, namelijk „er zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een in artikel 2 bedoelde entiteit volledig in de boekhouding van die entiteit wordt opgenomen” en „als onderbouwing te dienen voor het besluit om overeenkomstig lid 12 van [artikel 20] de vorderingen van de crediteuren terug te nemen of de waarde van de betaalde vergoeding te verhogen”. Hoewel de tekst van deze tweede doelstelling een vrij brede omschrijving geeft van de voorwaarden waaronder een definitieve waardering ex post wordt verricht, moet worden vastgesteld dat deze uitdrukkelijk verwijst naar artikel 20, lid 12, van die verordening, zoals het Gerecht in de bestreden beschikking terecht heeft aangegeven, waaruit voortvloeit dat die tekst slechts op specifieke situaties van toepassing is, namelijk die waarin de GAR gebruik heeft gemaakt van het instrument van bail-in, een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer.
- 91 Gezien de bijzonderheden van de onderhavige zaak had een tweede definitieve waarderingsverslag ex post, zelfs als dat verplicht was, hoe dan ook aan geen van deze twee doelstellingen voldaan. Zoals het Gerecht in punt 43 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, betogen rekwirantes niet dat de doelstelling in artikel 20, lid 11, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 806/2014 in casu van toepassing is. De doelstelling in punt b) van deze bepaling is evenmin van toepassing omdat het voor Banco Popular gebruikte afwikkelingsinstrument de verkoop van de onderneming overeenkomstig artikel 24 van verordening nr. 806/2014 is, zoals het Gerecht in de punten 48 en 49 van de bestreden beschikking terecht heeft benadrukt.
- 92 De toepassing van dat instrument van verkoop van de onderneming is niet een van de in artikel 20, lid 12, van die verordening bedoelde gevallen waarin na een definitieve waardering ex post een vergoeding kan worden betaald.
- 93 Tot slot wordt in een geval zoals het onderhavige, waarin het tweede waarderingsverslag wordt gevolgd door toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming, het in dat verslag genoemde resultaat hoe dan ook bevestigd of ontkracht door de verkoopprijs die wordt verkregen na een rechtmatig uitgevoerde aanbestedingsprocedure. De correcte prijs is dus eenvoudigweg de vastgestelde daadwerkelijke marktprijs. Door het instrument van verkoop van de onderneming kristalliseert aldus, de facto, ieder debat over de mogelijke economische waarde van de activa van de overgedragen instelling. Bijgevolg kan een definitieve waardering ex post, althans in casu, slechts die marktwaarde constateren, zodat het effect ervan ten aanzien van rekwirantes gelijk zou zijn aan nul.

- 94 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen zonder dat de overige argumenten van de genoemde middelen hoeven te worden onderzocht; zoals in punt 45 van dit arrest is opgemerkt, zijn zij overigens slechts een uitvloeisel van de kritiek op de uitlegging van het Gerecht.

Kosten

- 95 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- 96 Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de GAR worden verwezen in hun eigen kosten en in die van de GAR.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Algebris (UK) Ltd en Anchorage Capital Group LLC worden verwezen in de kosten.

ondertekeningen