

**Zaak C-687/23**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

15 november 2023

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Supremo (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

2 november 2023

**Verzoekende partij:**

D.E.

**Verwerende partij**

Banco Santander, S. A.

---

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL.**

[OMISSIS] [procedurele formules]

**TRIBUNAL SUPREMO (hoogste rechterlijke instantie, Spanje)**

**Sala de lo Civil (kamer voor burgerlijke zaken)**

**Beschikking nr. /**

[OMISSIS] [samenstelling van het gerecht]

Madrid, 2 november 2023

[OMISSIS] [rechter-rapporteur]

**FEITEN**

**EEN.- Relevante feiten.**

**1.** - Banco Popular Español, S. A. (hierna: „Banco Popular”) heeft „Bonos Popular I/2010 Capital Convertible 8 %” (ook aangeduid als „In achtergestelde

obligaties met een looptijd van langer dan 5 jaar converteerbare achtergestelde obligaties met een looptijd tot 5 jaar van Banco Popular Español, S. A. I/2009”) uitgegeven.

Op 3 oktober 2009 heeft D.E., in zijn hoedanigheid van enige bestuurder van de vennootschap Lera Blava, S. L. U., ingeschreven op 15 van deze converteerbare obligaties, voor een totaalbedrag van 15 000 EUR.

In mei 2012 heeft D.E., mede namens Lera Blava, S. L. U., ingestemd met de omzetting van die achtergestelde obligaties I/2009, die in oktober 2013 zouden komen te vervallen, in andere gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties (II/2012) met vervaldatum in november 2015.

Op 14 januari 2013 heeft de vennootschap, ter betaling van verschuldigde salarissen, D.E. de eigendom van deze converteerbare obligaties toegekend, waarna de subrogatie van D.E. in de eigendom van de obligaties op 22 februari 2013 is goedgekeurd door de bank.

Op 25 november 2015 zijn de gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties (II/2012) gedwongen omgezet in aandelen Banco Popular.

**2.** - Op 7 juni 2017 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 en heeft de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad (GAR) besluit SRB/EES/2017/08 vastgesteld, waarbij het afwikkelingsmechanisme voor Banco Popular werd geactiveerd.

Het vastgestelde afwikkelingsinstrument bestond uit de verkoop van het bedrijf door de overdracht van de aandelen aan een koper, Banco Santander, die de aandelen verwierf voor de prijs van 1 EUR.

Besluit SRB/EES/2017/08 van de GAR is uitgevoerd bij het besluit van 7 juni 2017 van de Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (Spaans fonds voor de ordelijke herstructurering van de bankensector – als de uitvoerende afwikkelingsautoriteit volgens wet 11/2015 van 18 juni 2015 (hierna: „FROB”) (BOE nr. 155 van 30 juni 2017, blz. 55470).

Het FROB besloot het op dat moment bestaande aandelenkapitaal van Banco Popular Español te verlagen tot nul (0 EUR) middels de afschrijving van alle uitstaande aandelen, met als doel om een vrijwillige, niet-beschikbare reserve te vormen. Op dat moment hield D.E. op de eigenaar te zijn van de aandelen die hij had verkregen door de omzetting van de obligaties waarop hij had ingeschreven, zonder daarvoor enige tegenprestatie te ontvangen.

**3.** - Als gevolg van de door de FROB ter uitvoering van het besluit van de GAR vastgestelde afwikkelingsmaatregelen verwierf Banco Santander alle nieuw uitgegeven aandelen van Banco Popular, waarvan de uitgifte voortvloeide uit de in voornoemd besluit opgelegde omzetting van de tier 2-kapitaalinstrumenten in

nieuwe aandelen. Later, in 2018, werd Banco Santander, door middel van een fusie door overname van Banco Popular, de universele rechtsopvolger van Banco Popular, waarvan de rechtspersoonlijkheid werd beëindigd.

**TWEE.-** *Geding dat aanleiding heeft gegeven tot de prejudiciële verwijzing. Beslissing in eerste en tweede aanleg.*

1. - In oktober 2016 heeft D.E. een vordering ingesteld tegen Banco Popular waarin hij verzocht om nietigverklaring van de verwerving van de converteerbare achtergestelde obligaties wegens dwaling bij de instemming, en om terugbetaling van het oorspronkelijk belegde bedrag (15 000 EUR) vermeerderd met wettelijke rente gerekend vanaf de datum van inschrijving op het product. Subsidiair vorderde hij schadevergoeding wegens niet-nakoming door verweerster van haar wettelijke informatieverplichtingen in verband met de inschrijving op de obligaties in 2009 en de daaropvolgende omzetting van die obligaties in 2012. Eiser stoelt zijn vordering op het argument dat de wijze waarop het product op de markt is gebracht niet in overeenstemming was met de vereisten van de MiFID [richtlijn markten voor financiële instrumenten].

2. - De rechter die in eerste aanleg heeft kennisgenomen van het geschil, heeft de vordering toegewezen en de inschrijving op de gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties nietig verklaard.

3. - De verwerende bank heeft hoger beroep ingesteld tegen dat vonnis, en de Audiencia Provincial (rechter in tweede aanleg, Spanje) heeft het beroep toegewezen op grond dat D.E. geen procesbevoegdheid had.

**DRIE.-** *Cassatieberoep bij de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje), in het kader waarvan is besloten tot het stellen van deze prejudiciële vraag.*

1. - Eiser heeft cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van de Audiencia Provincial. Eiser spitst het beroep toe op de ontzegging van zijn procesbevoegdheid, waarbij hij betoogt dat de overdracht van de eigendom van de obligaties van de vennootschap aan haar enige bestuurder en vennoot rechtsgeldig was.

Mocht dit middel worden toegewezen, dan zou de nietigheid van de verwerving van de achtergestelde obligaties I/2009 en de latere omzetting ervan in andere gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties (II/2012) moeten worden beoordeeld.

2. - In de beraadslaging over het cassatieberoep heeft de Tribunal Supremo besloten partijen te horen over de opportuniteit van het indienen van een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof van Justitie. Beide partijen hebben te kennen geven tegen de indiening van de prejudiciële vraag te zijn.

**VIJF.-** [OMISSIS] [identificatie van partijen en hun vertegenwoordigers]

## RECHTSGRONDEN

### **EEN.**- *Recht van de Europese Unie.*

Deze prejudiciële vraag vormt een aanvulling op de prejudiciële vraag die de Tribunal Supremo heeft geformuleerd in zijn beschikking van 15 december 2022. De toepasselijke Unierechtelijke regeling is dezelfde, waardoor deze thans enkel hoeft te worden vermeld:

a) Artikel 34, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen 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 (PB 2014, L 2014, blz. 190).

b) Artikel 53, leden 1 en 3, van richtlijn 2014/59/EU.

c) Artikel 60, lid 2, onder a), b) en c), van richtlijn 2014/59/EU.

Richtlijn 2014/59/EU is in Spanje omgezet bij Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (wet 11/2015 van 18 juni 2015 inzake het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen; hierna: „wet 11/2015”), waarvan diverse bepalingen zijn gesteld in dezelfde of soortgelijke bewoordingen als de bepalingen van die richtlijn.

De vraag valt ook binnen het kader van de rechtspraak die is uiteengezet in het arrest van het Hof van Justitie van 5 mei 2022, zaak C-410/20 (EU:C:2022:351).

**TWEE.**- *Motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing. Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 5 mei 2022 (C-410/20) gerezen vragen.*

**1.** - De Spaanse rechters hebben enkele bepalingen van richtlijn 2014/59/EU met betrekking tot de afwikkelingsmaatregelen voor Banco Popular op uiteenlopende wijze uitgelegd, wat ertoe heeft geleid dat gedingen op verschillende wijze zijn beslecht. Als gevolg daarvan is er een aanzienlijk aantal cassatieberoepen over deze kwestie aanhangig bij de Tribunal Supremo.

**2.** - In het arrest van het Hof van Justitie van 5 mei 2022, zaak C-410/20 (EU:C:2022:351) is verklaard dat artikel 34, lid 1, onder a), en artikel 53, leden 1 en 3, juncto artikel 60, lid 2, onder b) en c), van richtlijn 2014/59/EU moeten worden uitgelegd met betrekking tot vorderingen tot aansprakelijkheid voor de informatie in het prospectus en vorderingen tot nietigverklaring van de overeenkomst tot inschrijving op aandelen van Banco Popular die zijn verworven

in het kader van een openbaar aanbod tot inschrijving en zijn afgeschreven in de afwikkelingsprocedure voor deze bank, zoals uitgeoefend door personen die houder van die aandelen van Banco Popular waren voordat de afwikkelingsprocedure werd ingeleid.

**3.** - In het hoofdgeding in het kader waarvan dit verzoek om een prejudiciële beslissing wordt ingediend, behoren de gedwongen in aandelen converteerbare achtergestelde obligaties van Banco Popular I/2009 en de latere omzetting ervan in andere gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties (II/2012) niet tot enige van de aanvullend-kapitaalinstrumenten die zijn afgeschreven of geannuleerd uit hoofde van het afwikkelingsmechanisme voor Banco Popular. Die obligaties zijn op 25 november 2015 evenwel omgezet, of geconverteerd, in aandelen van Banco Popular, overeenkomstig de voorwaarden van de emissie waarvan zij onderdeel waren (serie II/2012). Eiser was houder van voornoemde aandelen vanaf de datum van omzetting tot 7 juni 2017, toen die aandelen, samen met de overige aandelen waarmee zij het maatschappelijk kapitaal vormden, werden afgeschreven bij het besluit tot afwikkeling van Banco Popular.

Aangezien die obligaties op 25 november 2015, voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling van de bank (7 juni 2017), waren omgezet in aandelen Banco Popular, lijkt het evident dat de werking van het afwikkelingsmechanisme ook ziet op de aandelen die eiser bij die omzetting heeft verworven en die hij in bezit had op de datum van de afwikkeling, inclusief de daaruit voortvloeiende afschrijving, daar de eerste van de afwikkelingsmaatregelen van de raad van bestuur van de FROB van 7 juni 2017 bestond uit de „[v]erlaging van het huidige maatschappelijk kapitaal van Banco Popular Español, S. A. van twee miljard achtennegentig miljoen vierhonderdnegenentwintigduizend zesenvetig euro (2 098 429 046,00 EUR) tot 0,00 euro door de afschrijving van alle momenteel uitstaande aandelen [...]”, ongeacht de titel van verwerving van de aandelen.

In dit geding rijst een vraag die deels overeenkomt met die welke het voorwerp van de prejudiciële vraag in de beschikking van 15 december 2022 vormde. De thans gerezen vraag betreft de reikwijdte van de gevolgen van de bevrijding van iedere verplichting of aansprakelijkheid van Banco Santander, als universele rechtsopvolger van Banco Popular, inzonderheid met betrekking tot het krediet of recht dat zou voortvloeien uit een rechterlijke beslissing waarbij de inschrijving op de gedwongen converteerbare achtergestelde obligaties I/2009 en de later door omzetting verworven obligaties van serie II/2012 nietig wordt verklaard en de terugbetaling van het oorspronkelijk voor de verwerving van die obligaties betaalde bedrag (15 000 EUR) wordt gelast, gegeven het feit dat die in aandelen converteerbare achtergestelde obligaties geen deel uitmaakten van de onder de afwikkelingsmaatregelen voor Banco Popular vallende aanvullend-kapitaalinstrumenten, maar in aandelen van diezelfde bank zijn omgezet, zoals voorzien in de uitgifte ervan, voordat voornoemde afwikkelingsmaatregelen werden vastgesteld.

In de onderhavige zaak bestaat de variant die de uitbreiding van de eerder gestelde prejudiciële vraag rechtvaardigt erin dat het beroep tot nietigverklaring is ingesteld voordat de procedure voor de afwikkeling van de bank was afgesloten. Daardoor rijst in casu de vraag of die vordering of dat recht een verplichting zou zijn die onder artikel 53, lid 3, van de richtlijn valt, aangezien de zaak aanhangig is gemaakt voordat de afwikkelingsprocedure van de bank was afgesloten, gelet op de uitzondering waarin deze bepaling voorziet met betrekking tot „niet-vorderbare verplichtingen”.

Deze vraag rijst omdat, zoals is onderstreept in het arrest van 5 mei 2022, Banco Santander (C-410/20), artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59/EG bepaalt dat „indien een afwikkelingsautoriteit de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting tot nul verlaagt, de **verplichtingen of vorderingen die daaruit voortvloeien en die niet vorderbaar waren** op het moment van de afwikkeling, dan als voldaan worden beschouwd voor alle doeleinden en niet kunnen worden ingebracht met betrekking tot de kredietinstelling of beleggingsonderneming in afwikkeling of een eventuele opvolgende entiteit bij een latere liquidatie” [nadruk in de vorm van vetgedrukte letters toegevoegd]. In hetzelfde arrest van het Hof van Justitie wordt erop gewezen dat in artikel 60, lid 2, van diezelfde richtlijn, in verband met de bepalingen inzake de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten, wordt bepaald dat „[I]ndien de hoofdsom van een relevant kapitaalinstrument [...] wordt afgeschreven: [...] b) [...] voor de houder van het relevante kapitaalinstrument [...] **geen verplichting** uit hoofde van of in verband met het afgeschreven bedrag van het instrument [**resteert**], **met uitzondering van elke reeds opeisbare verplichting** en elke schadevergoedingsverplichting die kan ontstaan als gevolg van een beroep waarbij de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid wordt betwist” [nadruk in de vorm van vetgedrukte letters toegevoegd].

4. - In de zaak die aan de orde is in het hoofdgeding waarop deze prejudiciële verwijzing betrekking heeft, zijn de converteerbare obligaties vervallen en omgezet in aandelen vóórdat de procedure voor de afwikkeling van Banco Popular werd ingeleid, en ook de vordering tot nietigverklaring dateert van vóór de inleiding van die afwikkelingsprocedure.

5. - Zoals eerder opgemerkt, betreft het arrest van het Hof van Justitie van 5 mei 2022, Banco Santander (C-410/20) weliswaar „personen die vóór het begin van de afwikkelingsprocedure aandelen hebben verworven in het kader van een door die instelling of onderneming uitgebracht openbaar aanbod tot inschrijving”, maar bevat het ook enkele overwegingen die van belang zijn voor een zaak als de onderhavige.

In de eerste plaats herinnert het Hof van Justitie eraan dat volgens artikel 34, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 2014/59 „de aandeelhouders en vervolgens de schuldeisers van een kredietinstelling of een beleggingsonderneming in afwikkeling de eerste verliezen als gevolg van de toepassing van die procedure moeten dragen”. Vervolgens heeft het Hof van Justitie gespecificeerd dat

artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 bepaalt dat „indien een afwikkelingsautoriteit de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting tot nul verlaagt, de **verplichtingen of vorderingen die daaruit voortvloeien en die niet vorderbaar waren** op het moment van de afwikkeling, dan als voldaan worden beschouwd voor alle doeleinden en niet kunnen worden ingebracht met betrekking tot de kredietinstelling of beleggingsonderneming in afwikkeling of een eventuele opvolgende entiteit bij een latere liquidatie” (punt 33).

Daar voegde het Hof van Justitie aan toe dat „[a]rtikel 60 van richtlijn 2014/59, dat betrekking heeft op de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten, [...] in lid 2, eerste alinea, onder b), [bepaalt] dat er jegens de houder van de op grond van het afwikkelingsbesluit afgeschreven kapitaalinstrumenten geen verplichting meer bestaat, **met uitzondering van de reeds te betalen verplichtingen** en elke schadevergoedingsverplichting die uit een beroep ingesteld ter betwisting van de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid kan voortvloeien”.

In het Spaanse recht staat het begrip „betaalbaar worden” voor het moment waarop het recht ontstaat om nakoming van een verplichting te vorderen, en betekent „verval” dat de termijn voor de nakoming van een verplichting is verstreken, vanaf welke datum die verplichting opeisbaar wordt.

In casu ziet een eventuele veroordeling tot terugbetaling van het oorspronkelijk voor de verwerving van de converteerbare obligaties betaalde bedrag als gevolg van de nietigverklaring van de inschrijving op en de daaropvolgende omzetting van die obligaties daarentegen niet op enige aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid die voortvloeit „uit de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid”, maar op het op de markt brengen van de financiële producten waarin oorspronkelijk is belegd. Dat wil zeggen dat een eventuele veroordeling niet zou zijn gegrond op het verlies van de waarde van de belegging als gevolg van de afschrijving van de aandelen, maar haar oorsprong zou vinden in de verplichtingen die voortvloeien uit de initiële activiteit van inschrijving op de obligaties die later zijn omgezet in aandelen.

In dit verband is het feit dat de mogelijke schadevordering buitengerechtelijk is ontstaan (en daarom moet worden beschouwd als vorderbaar) en opeisbaar is (vanwege het ontbreken van onderwerping aan een termijn), niet onverenigbaar met de kwalificatie als „voorwaardelijke vordering” tot de definitieve vaststelling (of uitsluiting) ervan door de rechter, en lijkt het als zodanig redelijk dat vorderingen die zich in die situatie bevinden (als feitelijk of potentieel voorwerp van een geding) in aanmerking kunnen worden genomen bij een prudente waardering van de verplichtingen van de entiteit waarvan schadevergoeding of terugbetaling wordt gevorderd in verband met het op de markt brengen van dergelijke financiële producten.

6. - Indien die verplichtingen die mogelijk voortvloeien uit een eventuele aansprakelijkheid voor het op de markt brengen van achtergestelde obligaties die gedwongen converteerbaar zijn in aandelen, in geen geval worden geacht deel uit te maken van die „reeds te betalen verplichtingen” waarop de uitsluiting van de bevrijdende effecten van afschrijvingen als bedoeld in artikel 60, lid 2, onder b), van richtlijn 2014/59 betrekking heeft, of van de verplichtingen of vorderingen die reeds zijn voldaan op het moment van het besluit tot afwikkeling van Banco Popular, zoals bedoeld in artikel 53, lid 3, van de richtlijn, zou eiser geen legitimatie hebben voor het uitoefenen van de vordering tegen Banco Santander, waarvan de toewijzing zal afhangen van het cassatieberoep waarin de Tribunal Supremo een beslissing moet geven.

### DICTUM

**DE KAMER BESLUIT:** [OMISSIS] het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

Moeten artikel 34, lid 1, onder a) en b), en artikel 53, leden 1 en 3, juncto artikel 60, lid 2, eerste alinea, onder b) en c), van richtlijn 2014/59/EU aldus worden uitgelegd dat de vordering die of het recht dat zou voortvloeien uit een veroordeling van de rechtsopvolger van Banco Popular tot betaling van schadevergoeding naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering die is ingesteld in verband met het op de markt brengen van financiële producten (achtergestelde obligaties die verplicht converteerbaar zijn in aandelen van dezelfde bank) die niet behoren tot de aanvullend-kapitaalinstrumenten waarop de ten aanzien van Banco Popular getroffen afwikkelingsmaatregelen betrekking hadden en die uiteindelijk – voordat de afwikkelingsmaatregelen voor de bank werden vastgesteld (7 juni 2017) – zijn omgezet in aandelen, kan worden aangemerkt als een verplichting die valt onder artikel 53, lid 3, van richtlijn 2014/59 en de daarin geregelde afschrijving of annulering, daar het gaat om een „niet vorderbare” verplichting of vordering, zodat deze als voldaan is te beschouwen en niet kan worden tegengeworpen aan Banco Santander, als rechtsopvolger van Banco Popular, wanneer de vordering waaruit de veroordeling tot schadevergoeding zou voortvloeien aanhangig is gemaakt **voordat de afwikkeling van de bank had plaatsgevonden?**

Of moeten die bepalingen daarentegen aldus worden uitgelegd dat die vordering of dat recht is aan te merken als een „vorderbare” verplichting of vordering (artikel 53, lid 3, van de richtlijn) of een bij de afwikkeling van de bank „reeds te betalen verplichting” [artikel 60, lid 2, eerste alinea, onder b)] en als zodanig is uitgesloten van de gevolgen die verbonden zijn aan de voldoening of annulering van dergelijke verplichtingen of vorderingen, zodat die vordering of dat recht kan worden tegengeworpen aan Banco Santander, als rechtsopvolger van Banco Popular, ook wanneer de vordering waaruit de veroordeling tot schadevergoeding zou voortvloeien aanhangig is gemaakt **voordat de afwikkeling van de bank had plaatsgevonden?”**



[OMISSIS] [procedurele slotformules en ondertekening door de rechters]

WERKDOCUMENT