

Sag C-687/23

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

15. november 2023

Forelæggende ret:

Tribunal Supremo (Spanien)

Afgørelse af:

2. november 2023

Kassationsappellant:

D.E.

Kassationsindstævnt:

Banco Santander, S.A.

TRIBUNAL SUPREMO (ØVERSTE DOMSTOL), FØRSTE AFDELING FOR CIVILE SAGER.

[Udelades] [processuelle bemærkninger]

TRIBUNAL SUPREMO (ØVERSTE DOMSTOL)

Afdeling for civile sager

sagsnr. /

[Udelades] [rettens sammensætning]

Madrid, den 2. november 2023.

[Udelades] [refererende dommer]

FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

A. Relevante omstændigheder.

1. Banco Popular Español, S.A. (herefter »Banco Popular«), gennemførte en udstedelse af »Bonos Popular I/2010 Capital Convertible 8%« (også kaldet »Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S.A. I/2009«) (»efterstillede kortfristede obligationer, som kan konverteres til efterstillede obligationer i Banco Popular Español, S.A., I/2009«).

Den 3. oktober 2009 tegnede D.E. som enedirektør for selskabet Lera Blava, S.L.U., 15 af disse konvertible kortfristede obligationer til et samlet beløb af 15 000 EUR.

I maj 2012 indvilgede D.E., også som repræsentant for Lera Blava, S.L.U., i en konvertering af disse efterstillede kortfristede obligationer, I/2009, som udløb i oktober 2013, til andre efterstillede kortfristede obligationer, som obligatorisk kunne konverteres (II/2012), og som udløb i november 2015.

Den 14. januar 2013 overdrog selskabet som betaling for udestående løn ejerskabet til disse konvertible kortfristede obligationer til D.E., og banken gav den 22. februar 2013 samtykke til, at D.E. indtrådte i ejerskabet til de kortfristede obligationer.

De efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres obligatorisk (II/2012), var genstand for en obligatorisk konvertering til aktier i Banco Popular den 25. november 2015.

2. Den 7. juni 2017 vedtog Europa-Kommissionen afgørelse (EU) 2017/1246 om godkendelse af afviklingsordningen for Banco Popular Español S.A. (EUT 2017, L 178, s. 15); Den Fælles Afviklingsinstans (herefter »Afviklingsinstansen«) traf afgørelse SRB/EES/2017/08, som indledte afviklingsforanstaltningen for Banco Popular.

Afviklingsmekanismen for Banco Popular bestod i at sælge virksomheden ved at overføre aktierne til en køber, Banco Santander, som erhvervede dem til en værdi af 1 EUR.

Afviklingsinstansens afgørelse SRB/EES/2017/08 blev gennemført ved afgørelse af 7. juni 2017 truffet af Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (omstruktureringsfond for banker, herefter »FROB«) – som afviklingsmyndighed i henhold til artikel 2, stk. 1, litra d) – (BOE nr. 155 af 30.6.2017, s. 55470).

FROB traf afgørelse om at nedbringe Banco Popular Españols aktuelle aktiekapital til 0 EUR fra dette tidspunkt ved en nedskrivning af alle aktier, der var i omløb, med henblik på at opbygge en fri reserve, der ikke var til rådighed. På dette tidspunkt ophørte D.E. med at være ejer af de aktier, som han havde erhvervet ved konverteringen af de undertegnede kortfristede obligationer, uden at modtage nogen modydelse.

3. Som følge af de afviklingsforanstaltninger, der blev iværksat af FROB til gennemførelse af Afviklingsinstansens afgørelse, erhvervede Banco Santander

alle de nyudstedte aktier i Banco Popular, hvis udstedelse var sket ved konverteringen af de supplerende kapitalinstrumenter til nyudstedte aktier som fastsat i denne afgørelse. Efterfølgende blev Banco Santander i 2018 ved en fusion ved overtagelse universel efterfølger til Banco Popular, der ophørte med at være en juridisk person.

B. Tvisten, som ligger til grund for forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål. Afgørelserne i første og anden instans.

1. I oktober 2016 anlagde D.E. et søgsmål mod Banco Popular med påstand om, at erhvervelsen af de konvertible efterstillede kortfristede obligationer blev erklæret ugyldig på grund af mangler ved samtykket, og at Banco Popular blev tilpligtet at tilbagebetale det oprindeligt betalte beløb (15 000 EUR) med tillæg af de lovpligtige renter, der var betalt fra tidspunktet for tegningen af produktet. Subsidiært nedlagde D.E. påstand om erstatning for den skade, der blev forvoldt som følge af sagsøgtes tilsidesættelse af sine lovbestemte oplysningsforpligtelser med hensyn til tegningsordren for de kortfristede obligationer i 2009 og deres efterfølgende konvertering i 2012. Sagsøgeren har støttet sine påstande på den mangelfulde markedsføring af produktet henset til de krav, der følger af MiFID-reglerne.

2. Juzgado de Primera Instancia (ret i første instans), som behandlede sagen, tog sagsøgerens påstande til følge og erklærede tegningen af de efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres obligatorisk, for ugyldig.

3. Den sagsøgte bank iværksatte appel til prøvelse af denne dom, og Audiencia Provincial (regional domstol) tog appellen til følge med den begrundelse, at D.E. ikke havde søgsmålskompetence.

C. Kassationsappellen, som verserer for Tribunal Supremo (øverste domstol), på baggrund af hvilken retten har besluttet at forelægge dette præjudicielle spørgsmål.

1. Sagsøgeren har iværksat kassationsappel til prøvelse af Audiencia Provincials (regional domstols) dom. Ved kassationsappellen har sagsøgeren navnlig anfægtet Audiencia Provincials (regional domstols) konklusion om, at han ikke havde søgsmålskompetence, idet overdragelsen af ejerskabet over de kortfristede obligationer i selskabet til dets enedirektør og eneaktionær ifølge sagsøgeren var gyldig.

Såfremt denne begrundelse tages til følge, skal der træffes afgørelse om, hvorvidt erhvervelsen af de efterstillede kortfristede obligationer I/2009 og deres efterfølgende konvertering til andre efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres obligatorisk (II/2012), er ugyldig.

2. Ved behandlingen af kassationsappellen har retten givet parterne mulighed for at udtale sig om, hvorvidt det vil være relevant at indgive en anmodning om

præjudiciel afgørelse til Domstolen. Begge parter har modsat sig forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål.

D. [Udelades] [identifikation af parterne og deres repræsentanter]

RETSGRUNDLAG

A. EU-retten

Dette præjudicielle spørgsmål er et supplement til det, der blev forelagt af den forelæggende ret ved kendelse af 15. december 2022. De relevante EU-retlige bestemmelser er de samme og vil her blot blive skitseret:

- a) Artikel 34, stk. 1, litra a) og b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU af 15. maj 2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (herefter »direktiv 2014/59/EU«).
- b) Artikel 53, stk. 1 og 3, i direktiv 2014/59/EU.
- c) Artikel 60, stk. 2, litra a)-c), i direktiv 2014/59/EU.

Direktiv 2014/59/EU blev gennemført i Spanien ved Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (lov nr. 11/2015 om genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber) af 18. juni 2015, idet visse af denne lovs bestemmelser er enslydende eller næsten enslydende med de ovenfor anførte bestemmelser i dette direktiv.

Spørgsmålet vedrører endvidere den retspraksis, der følger af Domstolens dom af 5. maj 2022 i sag C-410/20 (EU:C:2022:351).

B. *Begrundelsen for forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål. Tvivlsspørgsmål, der er opstået på baggrund af Domstolens dom af 5. maj 2022 (sag C-410/20)*

1. De spanske retter har anlagt modstridende fortolkninger af de forskellige bestemmelser i direktiv 2014/59/EU vedrørende afviklingsforanstaltningerne for Banco Popular, hvilket har medført, at afgørelserne af tvisterne har været divergerende. Dette har givet anledning til et betydeligt antal kassationsappeller vedrørende dette spørgsmål ved Tribunal Supremo (øverste domstol).
2. Domstolens dom af 5. maj 2022 i sag C-410/20 (EU:C:2022:351) fastslog, hvorledes artikel 34, stk. 1, litra a), sammenholdt med artikel 53, stk. 1 og 3, og artikel 60, stk. 2, første afsnit, litra b) og c), i direktiv 2015/59/EU skal fortolkes

med hensyn til i) søgsmål vedrørende ansvaret for oplysningerne i prospektet og søgsmål med påstand om, at tegningsaftalen for aktierne i Banco Popular erklæres ugyldig, ii) erhvervelser i forbindelse med et offentligt tegningstilbud, iii) som blev nedskrevet i forbindelse med afviklingsproceduren for denne bank, og iv) søgsmål anlagt af de personer, som var ejere af sådanne aktier i Banco Popular inden afviklingsprocedurens indledning.

3. I den foreliggende sag, hvor den forelæggende ret indgiver denne anmodning om præjudiciel afgørelse, svarer de efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres til aktier i Banco Popular I/2009, og deres efterfølgende konvertering til andre efterstillede kortfristede obligationer (II/2012), ikke til nogen af de kernekapitalinstrumenter, der blev nedskrevet eller ophævet som følge af afviklingsordningen for Banco Popular. Alligevel blev disse kortfristede obligationer ombyttet eller konverteret til aktier i Banco Popular den 25. november 2015 i overensstemmelse med betingelserne i den udstedelse, de var en del af (serie II/2012). Appellanten var ejer af disse aktier fra datoen for konverteringen og indtil den 7. juni 2017, hvor de blev nedskrevet sammen med resten af aktiekapitalen i forbindelse med afviklingsordningen for Banco Popular.

Eftersom disse kortfristede obligationer blev konverteret til aktier i Banco Popular den 25. november 2015, før afgørelsen om at afvikle banken (den 7.6.2017), synes det åbenbart, at afviklingsforanstaltningens virkninger også påvirker de aktier, som sagsøgeren erhvervede ved denne konvertering og fortsat ejede på tidspunktet for foranstaltningen og den efterfølgende nedskrivning, idet den første af de foranstaltninger, der blev fastsat i afgørelsen truffet af FROB's direktion den 7. juni 2017, bestod i at »nedbringe den aktuelle aktiekapital i Banco Popular Español, S.A., fra 2 098 429 046 EUR til 0 EUR ved nedskrivning af alle aktier, der aktuelt var i cirkulation [...]«, uanset hvorledes aktierne blev erhvervet.

Denne sag rejser et tvivlsspørgsmål for den forelæggende ret, som er delvist sammenfaldende med det, der var genstand for det præjudicielle spørgsmål, der blev forelagt ved kendelsen af 15. december 2022. Tvivlen drejer sig om omfanget af Banco Santanders fritagelse fra enhver forpligtelse eller ethvert ansvar som universel efterfølger til Banco Popular, navnlig med hensyn til den fordring eller rettighed, som følger af en dom, hvorved tegningen af de efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres obligatorisk, I/2009, og de efterstillede kortfristede obligationer, der blev erhvervet ved konverteringen, II/2012, erklæres ugyldig, og hvorved der pålægges en forpligtelse til at tilbagebetale det beløb, der oprindeligt blev erlagt for erhvervelsen af disse kortfristede obligationer (15 000 EUR), henset til, at disse efterstillede kortfristede obligationer, som kunne konverteres til aktier, ikke var et af de kernekapitalinstrumenter, som afviklingsforanstaltningerne for Banco Popular vedrører, men endte med at blive konverteret til aktier i denne bank som planlagt ved deres udstedelse, inden de omhandlede afviklingsforanstaltninger blev iværksat.

I dette tilfælde består den forskel, som begrunder udvidelsen af det tidligere forelagte præjudicielle spørgsmål, i, at annulationssøgsmålet blev anlagt inden

afslutningen af afviklingsproceduren for banken. Dermed drejer tvivlen sig i dette tilfælde om, hvorvidt denne fordring eller rettighed er et passiv, som berøres af bestemmelsen i direktivets artikel 53, stk. 3, idet søgsmålet er anlagt inden afslutningen af afviklingsproceduren for banken og henset til den i denne bestemmelse fastsatte undtagelse for »forpligtelser, der ikke er opstået«.

Spørgsmålet opstår, fordi artikel 53, stk. 3, i direktiv 2014/59/EU, som anført i Domstolens dom af 5. maj 2022, Banco Santander (C-410/20), fastsætter, at »når en afviklingsmyndighed nedsætter hovedstolen af et passiv eller det udestående beløb, der skal erlægges i forhold til et passiv, til nul, behandles **enhver forpligtelse eller ethvert krav hidrørende herfra, som ikke er opstået** på afviklingstidspunktet, som værende afviklet i alle henseender, og det kreditinstitut eller investeringsselskab, der er under afvikling, eller en efterfølgende enhed skal ikke erlægge bevis herfor i nogen efterfølgende likvidation« [den forelæggende rets fremhævelse]. Tilsvarende understregede Domstolen i samme dom, at samme direktivs artikel 60, stk. 2, vedrørende bestemmelser om nedskrivning eller konvertering af kapitalinstrumenter fastsætter, at »[n]år hovedstolen af et relevant kapitalinstrument nedskrives: [...] b) **er der ikke længere nogen forpligtelse** over for ejeren af det relevante kapitalinstrument under eller i forbindelse med det nedskrevne instruments beløb, **undtagen for enhver forpligtelse, som allerede fandtes**, og enhver forpligtelse til skadeserstatning, som kan opstå som følge af en påklage vedrørende lovligheden af udøvelsen af nedskrivningsbeføjelsen« [den forelæggende rets fremhævelse].

4. I hovedsagen, som dette præjudicielle spørgsmål vedrører, udløb de konvertible kortfristede obligationer og blev konverteret til aktier før indledningen af afviklingsproceduren for Banco Popular, og annullationssøgsmålet blev også anlagt før indledningen af denne afviklingsprocedure.

5. Som tidligere anført indeholder Domstolens dom af 5. maj 2022, selv om den vedrører »de personer, der inden for rammerne af et offentligt tegningstilbud udskrevet af dette institut eller dette selskab har erhvervet aktier inden indledningen af en sådan afviklingsprocedure«, visse betragtninger med relevans for en sag som den foreliggende.

Dels bemærkes det i dommen, at det i henhold til artikel 34, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2014/59 »er aktionærene, og derefter kreditorerne, i et kreditinstitut eller et investeringsselskab, der er under afvikling, som forud for andre skal bære de tab, der er lidt som følge af anvendelsen af denne afviklingsprocedure«. Nærmere bestemt følger det af direktivets artikel 53, stk. 3, at »når en afviklingsmyndighed nedsætter hovedstolen af et passiv eller det udestående beløb, der skal erlægges i forhold til et passiv, til nul, behandles **enhver forpligtelse eller ethvert krav hidrørende herfra, som ikke er opstået** på afviklingstidspunktet, som værende afviklet i alle henseender, og det kreditinstitut eller investeringsselskab, der er under afvikling, eller en efterfølgende enhed skal ikke erlægge bevis herfor i nogen efterfølgende likvidation« (præmis 33).

Herefter tilføjes det, at »[a]rtikel 60 i direktiv 2014/59, der vedrører nedskrivning eller konvertering af kapitalinstrumenter, præciserer i stk. 2, første afsnit, litra b), at der ikke længere er nogen forpligtelse over for ejeren af det kapitalinstrument, som er blevet nedskrevet i medfør af afviklingsafgørelsen, **undtagen for enhver forpligtelse, som allerede fandtes**, og enhver forpligtelse til skadeserstatning, som kan opstå som følge af en påklage vedrørende lovligheden af udøvelsen af nedskrivningsbeføjelsen«.

I spansk lovgivning forstås ved »indtræden« det tidspunkt, hvor retten til at kræve opfyldelsen af en forpligtelse opstår. Ved »udløb« forstås afslutningen af den fastsatte frist for opfyldelsen af en forpligtelse, hvorfra den er forfalden.

I den foreliggende sag vedrører den mulige forpligtelse til at tilbagebetale det beløb, der oprindeligt blev erlagt for erhvervelsen af de efterstillede kortfristede obligationer, som følge af, at erhvervelsen og den efterfølgende konvertering erklæres ugyldige, derimod ikke en forpligtelse eller et ansvar, som skyldes »udøvelsen af nedskrivningsbeføjelsen«, men markedsføringen af de finansielle produkter, som den oprindelige investering bestod af. Tilbagebetalingsforpligtelsen skyldes altså ikke værditabet af investeringen som følge af nedskrivningen af aktierne, men vedrører derimod ansvaret for den oprindelige tegningstransaktion for de kortfristede obligationer, der efterfølgende blev konverteret til aktier.

I denne forstand er det forhold, at den mulige erstatningsfordring er opstået udenretsligt (og dermed skal anses for at være indtrådt) og er udløbet (som følge af manglende overholdelse af fristen), ikke til hinder for, at fordringen kan kvalificeres som en »betinget fordring«, indtil den bliver endeligt konstateret (eller afvist) af en domstol, og i denne forstand forekommer det rimeligt, at de fordringer, som foreligger i denne situation (i forbindelse med et verserende eller potentielt søgsmål), kan tages i betragtning ved en forsigtig værdiansættelse af instituttets forpligtelser, idet der er rejst krav mod instituttet om erstatning eller tilbagebetaling som følge af markedsføringen af disse finansielle produkter.

6. Hvis det antages, at disse forpligtelser, som hidrører fra et eventuelt ansvar for markedsføringen af de efterstillede kortfristede obligationer, som obligatorisk kunne konverteres til aktier, i intet tilfælde udgør en af disse »forpligtelser, der allerede fandtes«, som udløser undtagelsen fra de frigørende virkninger af nedskrivningen i artikel 60, stk. 2, litra b), i direktiv 2014/59, og heller ikke udgør en af de forpligtelser eller et af de krav, der allerede var udløbet på tidspunktet for afviklingen af Banco Popular, som omhandlet i direktivets artikel 53, stk. 3, har D.E. ikke søgsmålskompetence til at anlægge det søgsmål, han har anlagt mod Banco Santander, og hvis afgørelse afhænger af udfaldet af den kassationsappel, der verserer for den forelæggende ret.

KONKLUSION

AFDELINGEN AFSIGER FØLGENDE KENDELSE: [Udelades] Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende anmodning om præjudiciel afgørelse:

Skal bestemmelserne i artikel 34, stk. 1, litra a) og b), sammenholdt med artikel 53, stk. 1 og 3, og artikel 60, stk. 2, første afsnit, litra b) og c), i direktiv 2014/59/EU fortolkes således, at den eventuelle fordring eller rettighed, som vil opstå, hvis den enhed, der har efterfulgt Banco Popular, dømmes til at betale erstatning som følge af et erstatningssøgsmål vedrørende markedsføringen af et finansielt produkt (efterstillede kortfristede obligationer, som obligatorisk kan konverteres til aktier i samme bank), der ikke er et af de kernekapitalinstrumenter, som foranstaltningerne til afvikling af Banco Popular vedrørte, og som endte med at blive konverteret til aktier i banken, inden foranstaltningerne til afvikling af banken blev iværksat (den 7.6.2017), kan anses for et passiv, der berøres af bestemmelsen om nedskrivning eller ophævelse i artikel 53, stk. 3, i direktiv 2014/59/EU, idet dette passiv udgør en forpligtelse eller et krav, »der ikke er opstået«, således at denne fordring eller rettighed vil være afviklet og ikke vil kunne gøres gældende over for Banco Santander som efterfølger til Banco Popular, når det søgsmål, som ville føre til en domfældelse til at betale erstatning, er anlagt **før afslutningen** af proceduren for afvikling af banken?

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

[Udelades] [afsluttende processuelle bemærkninger og dommernes underskrifter]