

Rechtsbescherming voor aandeelhouders van banken bij maatregelen van ECB en SRB

prof. mr. drs. T.M.C. Arons¹

In het *Trasta Komercbanka*-arrest oordeelde het HvJ EU op 15 november 2019 dat aandeelhouders van een bank in vereffening geen rechtstreeks belang hebben om bij dat hof te ageren tegen een vergunningintrekkingsbesluit van de ECB. Ook binnen het kader van het gemeenschappelijke afwikkelingsmechanisme is niet voorzien in een heldere toebedeling van rechtsmacht om deze aandeelhouders rechtsbescherming te bieden. Het is verstandig als zij een tweesporenbeleid volgen. Zowel bij de bevoegde nationale rechter als rechtstreeks bij het HvJ EU zullen zij beroep moeten instellen tegen afwikkelingsbesluiten van de SRB.

1. Inleiding

Met de coronacrisis is de wereldeconomie tot stilstand gekomen. Ondanks de overheidssteun voor bedrijven en burgers zal ook deze crisis een negatieve invloed hebben op de financiële sector.² De financiële buffers zijn bij Europese banken na de financiële crisis van 2008 verstevigd. Niettemin valt een deconfiture van Europese banken als gevolg van deze coronacrisis niet uit te sluiten. Anders dan bij de vorige crisis is er nu een gemeenschappelijk Europees banktoezicht en een afwikkelingsmechanisme operationeel. Met uitzondering van qua omvang minder belangrijke banken³, staan alle banken die zijn gevestigd in de Eurozone vanaf 4 november 2014 onder rechtstreeks prudentieel toezicht van de ECB.⁴ De ECB verleent de bankvergunning en kan besluiten deze in te trekken. Bij dreigend falen van deze banken kan op instigatie van ECB de gemeenschappelijke afwikkelingsraad (SRB)⁵ vanaf 1 januari 2016 een afwikkelingsmaatregel opleggen. Een van de

leidende beginselen hierbij is dat aandeelhouders van deze bank de eerste verliezen dragen.⁶

Het onderwerp dat in dit artikel centraal staat is welke rechtsbescherming aandeelhouders van een af te wikkelen bank hebben.⁷ Kunnen aandeelhouders van banken bij de rechter beroep instellen tegen het ECB-besluit over vergunningintrekking of vaststelling dat de bank faalt? Welke rechtsbescherming is er voor aandeelhouders die in hun belangen worden geraakt door SRB-afwikkelingsbesluiten?

De mogelijkheid van rechterlijke toetsing wordt ook bij de uitoefening van het gemeenschappelijk Europees banktoezicht en toepassing van het afwikkelingsmechanisme beschouwd als een van de grondstenen van een democratische rechtsstaat.⁸

1. Tomas Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht. Hij is ook als juridisch adviseur verbonden aan de Vereniging van Effectenbezitters.
2. ECB Economic Bulletin, Issue 3/2020.
3. Art. 6 lid 4 SSM-verordening. Zie Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen [2013] *PbEU* L287/63.
4. Art. 4 SSM-verordening.
5. Ik gebruik voor de eenvoud en kenbaarheid de Engelse afkorting van de Single Resolution Board.

6. Art. 15 lid 1 sub a SRM-verordening. Zie 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 bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad [2014] *PbEU* L225/1.

7. Buiten beschouwing laat ik de procedures die aandeelhouders van banken kunnen voeren tegen een onteigeningsbesluit. Naast afwikkeling op grond van deel 3 Wft en de SRM-verordening heeft de Nederlandse Minister van Financiën de onteigeningsbevoegdheid behouden ten aanzien financiële ondernemingen. De rechtsbescherming tegen de gevolgen van dit besluit is in deel 6 Wft geregeld. Zie uitgebreid Asser/De Serië 2-IV 2017/937 ev.

8. Zie Commission Staff Working Document accompanying the document Report from the

Met rechtsbescherming bedoel ik de effectieve mogelijkheid voor partijen die worden geraakt door overheidsmaatregelen om deze maatregelen bij de rechter te laten toetsen.

Op 5 november 2019 heeft het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) een belangrijk arrest gewezen over de positie van aandeelhouders bij ingrijpende besluiten van de ECB. Aandeelhouders van de Letse bank Trasta Komerbanka AS werden niet ontvankelijk verklaard in hun beroep dat zij bij het HvJ EU hadden ingesteld tegen het besluit van de ECB waardoor de bankvergunning werd ingetrokken.⁹ De vereffening van de bank door een curator waardoor deze aandeelhouders hun eigendoms- en aandeelhoudersrechten (recht op dividend, stem-, vergader- en agenderingsrecht) werden geraakt, zou niet het rechtstreekse gevolg zijn geweest van het intrekkingbesluit van de bankvergunning.

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 zet ik kort uiteen welke bevoegdheden de ECB en de SRB hebben bij het toezicht op en de afwikkeling van banken die rechtstreeks het aandeelhoudersbelang kunnen raken. Paragraaf 3 bevat de mogelijkheden voor aandeelhouders van een bank om beroep in te stellen tegen besluiten van de ECB en de SRB die hun belangen raken. In paragraaf 4 staat de rechtspraak van het HvJ EU centraal over de daadwerkelijke toegang tot de rechter voor deze aandeelhouders. In paragraaf 5 plaats ik enkele kritische kanttekeningen bij het Trasta Komerbanka-arrest. Paragraaf 6 sluit af met enkele slotopmerkingen.

2. Bevoegdheden ECB en SRB

De belangrijkste pijlers van de Europese Bankenunie zijn: I. het rechtstreekse prudentiële toezicht door de ECB (SSM)¹⁰ en II. de gemeenschappelijke afwikkelingsregeling en -procedure van de SRB (SRM¹¹). Het rechtstreekse toezicht door de ECB ziet op handhaving van de Europese toezichtregelgeving door uitoefening van bevoegdheden toegekend in met name de Capital Requirements Directive (CRD)¹² en Capital

Requirements Regulation (CRR)^{13,14} Deze richtlijn en verordening bestrijken het prudentieel toezicht op banken¹⁵. Het doel van dit toezicht is de financiële stabiliteit van de banken alsook een hoge mate van bescherming van beleggers en depositohouders te garanderen.¹⁶ Uitoefening van de bevoegdheden door de ECB raken de belangen van de onder toezichtstaande bank rechtstreeks.

De meest verstrekkende bevoegdheid van de ECB is de vergunningverlening en -intrekking.¹⁷ Deze bevoegdheid is exclusief. De vergunningaanvraag moet door de vergunningplichtige bank worden gericht aan de nationale toezichthouder. Voor Nederlandse banken is dit DNB.¹⁸ Als zij van oordeel is dat dat de aanvrager aan alle toepasselijke voorwaarden voldoet, stuurt DNB een ontwerpbesluit op waarin zij de ECB voorstelt de vergunning te verlenen.¹⁹ Zonder bezwaaraantekening door de ECB binnen tien werkdagen geldt dit ontwerpbesluit als definitief vastgesteld ECB-besluit.²⁰ Ook voor de intrekking van de bankvergunning is de ECB exclusief bevoegd. Op eigen initiatief of daartoe op voorstel van DNB, kan de ECB na overleg met DNB, besluiten tot intrekking van de vergunning van een Nederlandse bank.²¹ Bij dat overleg geeft de ECB, alvorens een besluit tot intrekking te nemen, de nationale autoriteiten voldoende tijd om te besluiten tot de vereiste herstelmaatregelen, waaronder eventuele afwikkelingsmaatregelen, en neemt zij die maatregelen in aanmerking.²²

Voor wat betreft de afwikkelingsprocedure is het volgende van belang. De ECB stelt na raadpleging van de SRB in een besluit vast of een ondertoezichtstaande bank faalt of dreigt te falen.²³ Vervolgens stelt de SRB een afwikkelingsregeling vast.²⁴ In deze afwikkelingsregeling kiest de SRB

beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG [2013] *PbEU* L176/338.

Commission to the European Parliament and the Council on the Single Supervisory Mechanism established pursuant to Regulation (EU) No 1024/2013 [COM(2017) 591 final] SW D(2017) 336 fin., p. 9.

9. HvJ EU 5 november 2019, gevoegde zaken C-663/17 P, C-665/17 P en C-669/17 P, ECLI:EU:C:2019:923, *JOR* 2020/87 m.nt. K. Frielink (*ECB/Trasta Komerbanka AS ea*).

10. Ook hier hanteer ik vanwege eenvoud en herkenbaarheid de Engelse afkorting van het Single Supervisory Mechanism.

11. De Engelse afkorting van Single Resolution Mechanism.

12. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en

13. Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 [2013] *PbEU* L176/1.

14. Art. 6 lid 1 SSM-verordening.

15. Met 'bank' verwijs ik naar kredietinstelling in de zin van art. 4 lid 1 sub 1 CRR: 'een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening'.

16. Overweging 7 considerans CRR.

17. Art. 4 lid 1 sub a SSM-verordening.

18. Art. 2:12 en art. 2:13 Wft.

19. Art. 14 lid 1 SSM-verordening jo. art. 2:12 lid 2 Wft.

20. Art. 14 lid 2 SSM-verordening.

21. Art. 14 lid 5 SSM-verordening.

22. Art. 14 lid 5 en 6 SSM-verordening.

23. Art. 18 lid 1 SRM-verordening.

24. Art. 18 lid 6 SRM-verordening. De Raad en de Europese Commissie hebben het recht om binnen 24 uur na toezending van de regeling hiertegen bezwaar te maken. In het geval dat het bezwaar ziet op de financiering uit het gemeenschappelijk

welk afwikkelingsinstrument bij de af te wikkelen bank wordt ingezet: a. verkoop aan een andere bank; b. overdracht van vermogensbestanddelen aan een overbruggingsinstelling; c. afsplitsing van activa; en d. bail-in.²⁵ De afwikkelingsregeling wordt tot de relevante nationale afwikkelingsautoriteiten gericht en bevat instructies voor deze autoriteiten, die alle maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om deregeling uit te voeren door het uitoefenen van haar toekomstige afwikkelingsbevoegdheden.²⁶ Deze vastgestelde afwikkelingsregeling wordt dus pas effectief door uitvoering ervan door de nationale afwikkelingsautoriteit.²⁷ In Nederland is DNB aangewezen als afwikkelingsautoriteit.²⁸ Na vaststelling van de afwikkelingsregeling en de gegeven instructies heeft de SRB, behoudens de bevoegdheid tot wijziging van de regeling vanwege gewijzigde omstandigheden²⁹, in beginsel een toezichthoudende rol.³⁰ Het is voor wat betreft Nederlandse banken aan DNB om besluiten tot uitvoering van deze regeling te nemen.³¹ Deze uitvoeringsbesluiten zijn gericht tot de af te wikkelen bank. DNB heeft hierin dus een zekere autonome keuzevrijheid.

Deze keuzevrijheid is mede noodzakelijk vanwege het feit dat de inzet van bepaalde afwikkelingsinstrumenten leidt tot privaatrechtelijke rechtshandelingen als verkoop, overdracht en splitsing van activa alsmede beperking van contractuele rechten bij bail-in. Aangezien het privaatrecht in de diverse lidstaten niet geharmoniseerd is, vergt dit voor de nationale afwikkelingsautoriteit maatwerk. Aan de voorwaarden die het toepasselijke nationale privaatrecht stelt voor verkoop, overdracht of splitsing zal moeten worden voldaan.³²

3. Beroepsmogelijkheden voor aandeelhouders

Rechtsbescherming tegen besluiten van de ECB, SRB en DNB valt uiteen in een aantal aspecten. Ten eerste de vraag welke partijen hierop een beroep kunnen doen. Ten tweede de vraag of deze partij bezwaar of beroep moet instellen bij een andere orgaan alvorens zij ontvankelijk is bij de rechter. Ten slotte

de vraag welke rechter, op Europees of nationaal niveau, bevoegd is of kan zijn om het besluit van de ECB, SRB of DNB te toetsen op rechtmatigheid.³³ De eerste en laatste vraag hangen nauw met elkaar samen en zal ik gezamenlijk behandelen. Eerst behandel ik kort de tweede vraag. Voor wat betreft de bezwaarprocedure geldt het volgende. ECB-besluiten worden eerst getoetst door de interne Administratieve raad voor toetsing (ABoR)³⁴; zijn oordeel is adviserend.³⁵ Tegen SRB-besluiten moet administratief beroep worden ingesteld bij het Beroepspanel^{36,37}. Beide administratieve toetsingen hebben geen schorsende werking.³⁸

Bij de vraag voor welke partijen er een beroepsmogelijkheid bij de rechter openstaat, zijn twee voorwaarden van belang. Het moet gaan om een partij tot wie het besluit is gericht of een partij die rechtstreeks en individueel door het ECB- of SRB-besluit wordt geraakt. Aan art. 263 VWEU ontleen justitiabelen in de EU het recht om besluiten van EU-instellingen en agentschappen³⁹ waaronder de ECB en SRB ter beoordeling aan het HvJ EU voor te leggen. De gronden voor beroep zijn onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Europese Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid.⁴⁰ Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder deze voorwaarden beroep instellen mits het besluit tot hem is gericht of hem rechtstreeks en individueel raakt.

Beroep tegen besluiten die de ECB neemt op grond van een haar toekomstige exclusieve bevoegdheid, zoals vergunningverlening of -intrekking, dient bij uitsluiting aan het HvJ EU te worden voorgelegd. Ook de voorbereidende werkzaamheden die de nationale autoriteit heeft verricht op basis waarvan de ECB het besluit heeft genomen, vallen onder deze exclusieve bevoegdheid.⁴¹ Deze vergunningsbesluiten zijn tot de bank gericht; deze kan en moet rechtstreeks beroep bij het HvJ EU instellen. De besluiten van de ECB en SRB die zij op grond van de SRM-verordening nemen richten zich niet rechtstreeks tot de desbetreffende bank. Het ECB-besluit dat een bank faalt in de zin van art. 18 SRM-verordening is gericht aan de

afwikkelingsfonds (in de zin van art. 1 alinea 2 SRM-verordening), is de SRB gehouden dit bezwaar over te nemen.

25. Art. 18 lid 6 jo. 22 lid 2 SRM-verordening.

26. Art. 18 lid 8 tweede zin SRM-verordening.

27. Art. 23 eerste paragraaf SRM-verordening.

28. Zie art. 3a Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten.

29. Art. 23 vierde paragraaf SRM-verordening.

30. Art. 28 SRM-verordening.

31. De bevoegdheden tot het nemen van afwikkelingsmaatregelen zijn te vinden in afdeling Afdeling 3a.15. van de Wft. Deze bevoegdheden kan DNB gebruiken ter uitvoering van de afwikkelingsregeling van de SRB. Zie art. 3a:27 Wft.

32. *Kamerstukken II 2011/12, 33059, nr. 3 (MvT)*, p. 32-33, 41.

33. Overweging 120 considerans SRM-verordening.

34. De afkorting van Administrative Board of Review.

35. Art. 24 lid 7 SSM-verordening.

36. Appeal Panel.

37. Art. 85 SRM-verordening.

38. Art. 24 lid 8 SSM-verordening; art. 85 lid 6 SRM-verordening.

39. Op grond van art. 13 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de ECB een EU-instelling. De SRB is een agentschap van de EU (art. 42 SRM-verordening). De handelingen van de agentschappen vallen ook onder de reikwijdte van art. 263 VWEU. Zie R. Barents, 'Het particulier beroep tot nietigverklaring en het Montessori-arrest', *NtEr* 2019/3-4, p. 84.

40. Art. 263 tweede paragraaf VWEU.

41. HvJ EU 19 december 2018, zaak C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Fininvest/Banca d'Italia*), r.o. 58.

SRB en de Europese Commissie.⁴² Het SRB-besluit ter vaststelling van de afwikkelingsregeling is gericht tot de desbetreffende nationale afwikkelingsautoriteit, in Nederland: DNB.⁴³ Slechts de besluiten van DNB ter uitvoering van deze afwikkelingsregeling worden rechtstreeks gericht aan de af te wikkelen bank. Beroep tegen deze DNB-besluiten moet volgens het toepasselijke nationale recht bij de bevoegde nationale rechter worden ingesteld.⁴⁴ Indien belanghebbenden bij de bank zoals haar crediteuren en aandeelhouders rechtstreeks beroep willen instellen bij het HvJ EU tegen het faalbesluit van de ECB of het afwikkelingsbesluit van de SRB moeten zij hierdoor rechtstreeks en individueel geraakt zijn.

Van rechtstreeks raken is slechts sprake indien de nationale instantie (DNB) tot wie instructies van een EU-instelling of -agentschap is gericht, geen autonome beslissingsbevoegdheid heeft bij het uitvoeringsbesluit genomen richting de justitiabele.⁴⁵ Bij beide voornoemde besluiten heeft DNB die wel, waardoor van rechtstreeks raken geen sprake is. Het ECB-besluit dient ter vaststelling of er aan één van de toepassingsvoorwaarden voor afwikkeling is voldaan. Dit besluit zal de bank (en haar aandeelhouders) niet rechtstreeks en individueel raken. Immers, het oordeel dat de bank faalt is wel een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde die ertoe leidt dat de bank wordt afgewikkeld. Slechts indien de SRB oordeelt dat een oplossing via de particuliere sector redelijkerwijze niet te verwachten is om zo binnen een redelijk tijdsbestek het falen van de bank te voorkomen, en afwikkeling noodzakelijk is in het algemeen belang, wordt de bank afgewikkeld.⁴⁶

Het SRB-besluit over de afwikkelingsregeling wordt uitgevoerd door de nationale afwikkelingsautoriteit die autonoom zal vaststellen op welke wijze het door de SRB gekozen afwikkelingsinstrument

concreet wordt gehanteerd. Vanwege deze beslissingsmarge voor DNB is niet voldaan aan het vereiste dat het SRB-besluit tot vaststelling van de afwikkelingsregeling de aandeelhouders van de af te wikkelen bank rechtstreeks en individueel raakt.

Zij zullen hun geschil over de geldigheid van zowel het ECB- als het SRB-besluit aan de bevoegde nationale rechter overeenkomstig de nationale procedureregels moeten voorleggen. Een eventuele betwisting van het oordeel van de ECB dat de bank faalt, kan alleen aan de nationale rechter worden voorgelegd indien ook wordt opgekomen tegen de uitvoeringsbesluiten van DNB. Dit gemengde besluit – gemengd in de zin dat de SRB het instrument kiest en DNB de wijze waarop hieraan uitvoering wordt gegeven – moet aan de bevoegde nationale rechter ter beoordeling worden voorgelegd.⁴⁷ Er is een korte⁴⁸ beroepsprocedure bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB) dat als enige rechterlijke instantie deze DNB-besluiten toetst.⁴⁹ Het CbB is verplicht de betwisting van de geldigheid van het ECB- of SRB-besluit bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJ EU ter beoordeling voor te leggen.⁵⁰ De nationale rechter mag geen besluiten van EU-instellingen ongeldig verklaren.⁵¹ Kort, bij de afwikkeling van banken kunnen partijen die door besluiten van de ECB of SRB in hun belangen worden geraakt alleen bij de bevoegde nationale rechter overeenkomstig de toepasselijke nationale procedure hiertegen ageren. In de

42. Art. 18 paragraaf 3 SRM-verordening.

43. Art. 18 lid 9 SRM-verordening. Zie ook art. 23 jo. 28 SRM-verordening.

44. Zie voor de bijzondere bepaling over rechtsbescherming bij de afwikkeling: art. 3a:64 Wft. Deze bepaling is ook van toepassing op besluiten die DNB neemt ter uitvoering van de overeenkomstig art. 18 SRM-verordening vastgestelde afwikkelingsregeling (art. 3a:64 lid 1 Wft).

45. HvJ EG 13 mei 1971, zaken 41-44/70, ECLI:EU:C:1971:53 (*NV International Fruit Company/Commissie*) r.o. 25-26; HvJ EG 16 juni 1970, zaak 69/69, ECLI:EU:C:1970:53 (*Alcan Aluminium Raeren/Commissie*), r.o. 5.; HvJ EG 23 november 1971, zaak 62/70, ECLI:EU:C:1971:108 (*Bock/Commissie*); HvJ EG 11 juli 1984, zaak 222/83, ECLI:EU:C:1984:266 (*Gemeente Differdange/Commissie*); HvJ EG 26 april 1988, zaak 207/86, ECLI:EU:C:1988:200 (*Apesco v Commissie*) r.o. 12; Gerecht van Eerste Aanleg 9 december 1997, Gevoegde zaken T-132/96, T-143/96, ECLI:EU:T:1999:326 (*Freistaat Sachsen/Commissie*) r.o. 89-90; Gerecht van Eerste Aanleg 5 oktober 2005, Gevoegde zaken T-366/03 en T-235/04, ECLI:EU:T:2005:347 (*Land Oberösterreich en Oostenrijk/Commissie*) r.o. 29; HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-133/12 P, ECLI:EU:C:2014:105 (*Stichting Woonlinie e.a./Commissie*) r.o.55.

46. Art. 18 lid 1 sub b en c SRM-verordening.

47. DNB-besluiten die zijn genomen op grond van de bij of krachtens de SRM-verordening gestelde regels zijn voor de toepassing van de Wft gelijkgesteld met DNB-besluiten genomen op grond van de Wft (art. 1:3a lid 1 Wft). Voor deze DNB-besluiten is de bezwaarschriftprocedure niet van toepassing. Art. 7:1 lid 1 sub g en bijlage 1 Awb. In Bijlage 1 Awb wordt verwezen naar artikelen 16, 18 en 21 SRM-verordening.

48. Op grond van art. 3a:64 lid 1 Wft is de termijn voor indienen van een beroepschrift tien dagen. Het CbB moet uitspraak doen binnen 14 dagen na ontvangst van het beroepschrift. Zie art. 3a:64 lid 6 Wft.

49. Tegen DNB-besluiten die zijn genomen op grond van de bij of krachtens de SRM-verordening gestelde regels staat rechtstreeks beroep bij het CbB open. In art. 4 van Bijlage 2 Awb wordt verwezen naar de volgende bepalingen van de SRM-verordening: art. 16, 18 en 21.

50. Art. 267 paragraaf 4 VWEU. Indien een vraag over de geldigheid van een besluit van een EU-instelling wordt opgeworpen in een procedure aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het HvJ EU te wenden om deze vraag te beantwoorden.

51. Zie art. 263 VWEU. Het exclusieve karakter van de bevoegdheid van het HvJ EU om over de geldigheid besluiten van EU-instellingen volgt uit haar jurisprudentie. Zie HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems/Data Protection Commissioner*), r.o. 61; HvJ EU 22 oktober 1987, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost tegen Hauptzollamt Lübeck-Ost*), r.o. 11-20.

Nederlandse sfeer zullen partijen dat kunnen doen binnen een beroepsprocedure aangespannen tegen het DNB-besluit ter uitvoering van de door de SRB vastgestelde afwikkelingsregeling. Binnen die procedure zal het CbB als eerste en enige instantie gehouden zijn de geldigheidsvraag van het ECB- of het SRB-besluit aan het HvJ EU voor te leggen.⁵² In de volgende paragraaf behandel ik de vraag of aandeelhouders van een bank rechtstreeks en individueel worden geraakt door deze besluiten.

4. Rechtspraak

De vraag of aandeelhouders tegen de hiervoor omschreven besluiten van de ECB en SRB beroep kunnen instellen bij het HvJ EU⁵³ moet worden bepaald aan de hand van het in de introductie genoemde arrest van 5 november 2019. In die zaak had de ECB op grond van haar bevoegdheid krachtens de SSM-verordening de Letse toezichthouder de instructie gegeven de vergunning van de Trasta Komercbanka in te trekken. De Letse rechter heeft vervolgens op verzoek van de nationale banktoezichthouder een vereffeningprocedure geopend en een vereffenaar benoemd. Na vergeefs beroep tegen dit ECB-besluit te hebben ingesteld bij de ABoR, wenden zij zich op grond van art. 263 VWEU tot het Gerecht van de Europese Unie⁵⁴ met een beroep op nietigverklaring van dit ECB-intrekkingsbesluit. Het Gerecht heeft in eerste instantie geoordeeld dat de aandeelhouders van deze Letse bank belang hadden om op te komen tegen dit besluit en dat zij ook procesbevoegd hiertoe waren.⁵⁵ Hun procesbelang werd ontleend aan het feit dat de vereffenaar exclusief de bevoegdheden van de bestuursorganen van deze bank uitoefende en de aandeelhouders hierdoor niet in staat zijn om door gebruikmaking van hun aandeelhoudersrechten op te komen voor de belangen van de vennootschap. Ondanks het feit dat het ECB-besluit niet tot hen gericht was, waren deze aandeelhouders rechtstreeks en individueel geraakt door het intrekkingsbesluit, aldus het Gerecht. Dit baseerde het Gerecht mede op de intensiteit van de gevolgen

van dit besluit voor de inhoud en omvang van hun aandeelhoudersrechten (recht op dividend, stemrechten en recht om deel te nemen aan het bestuur van de bank). Door de intrekking van de bankvergunning kon Trasta Komercbanka geen economische activiteiten meer verrichten.

De ECB, ondersteund door de Europese Commissie, heeft hiertegen succesvol beroep ingesteld bij het HvJ EU. Het Hof vernietigt het oordeel van het Gerecht over de bevoegdheid van aandeelhouders om beroep in te stellen op grond van art. 263 VWEU. Het Gerecht heeft een onjuiste maatstaf toegepast door de intensiteit van de gevolgen bij zijn oordeel te betrekken. Het enige relevante criterium is of het ECB-besluit rechtstreekse en individuele gevolgen had voor de aandeelhouders.⁵⁶ Bovendien heeft het Gerecht niet (uitsluitend) gekeken naar de rechtsgevolgen van dit besluit, maar ten onrechte ook naar de economische gevolgen ervan voor deze aandeelhouders.⁵⁷ De liquidatie van de vennootschap staat naar Lets recht niet in de weg aan uitoefening van aandeelhoudersrecht (recht op dividend, stemrecht en deelname aan het bestuur).⁵⁸ De vergunningintrekking betekent weliswaar het einde van de bankactiviteiten, maar laat onverlet dat het statutaire vennootschapsdoel kan worden gewijzigd en nieuwe economische activiteiten ontplooid.⁵⁹ De slotsom van het HvJ EU is dat alleen de (door de nationale toezichthouder verzochte) vereffening van de vennootschap en bijgevolg benoeming van de vereffenaar leidt tot rechtstreekse aantasting van de aandeelhoudersrechten.⁶⁰ Deze vereffening is geen uitvoering van het ECB-intrekkingsbesluit die 'zuiver automatisch geschiedt en reeds uit de regelgeving van de Unie voortvloeit'.⁶¹ Deze beslissing tot vereffening werd door de nationale rechterlijke instanties genomen op basis van het nationale recht, aldus het HvJ EU.⁶² De aandeelhouders zijn door het ECB-besluit niet rechtstreeks geraakt en kunnen dus geen rechtstreeks beroep bij het HvJ EU hiertegen instellen.

5. Kanttekeningen bij rechtspraak

Het HvJ EU lijkt voor wat betreft de processuele positie van aandeelhouders van een bank die worden geraakt door een ECB-besluit in het kader van het doorlopend toezicht (zoals in dit geval de vergunningintrekking) te kiezen voor een strikte lijn. De gevolgen van maatregelen die de ECB als toezichthouder neemt met als ultieme sanctie vergunningintrekking, raken de belangen van de aandeelhouders van de gesanctioneerde bank

52. Zie Asser /De Serièrre, 2-IV 2017/935; B.J. Drijber, 'De Europese Bankenunie op weg naar voltooiing: het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme' *SEW* 2015/81.

53. Het HvJ EU bestaat uit twee instanties: het Gerecht (zie voetnoot 54) en het Hof van Justitie (HvJ).

54. Het Gerecht (tot inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon: Gerecht van Eerste Aanleg) behandelt in eerste instantie rechtstreekse beroepen van natuurlijke en rechtspersonen tegen handelingen van, of de weigering om een besluit te nemen door Europese instellingen, organen en instanties worden ingesteld.

55. Deze beschikking van het Gerecht van 12 september 2017, zaak T-247/16, EU:T:2017:623 (Fursin e.a./ECB) is niet gepubliceerd. Zie HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 1.

56. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 108.

57. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 109.

58. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 110.

59. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 111.

60. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 113.

61. Voor de relevante rechtspraak: r.o. 103.

62. HvJ EU (Trasta Komercbanka), r.o. 114.

niet rechtstreeks (genoeg). Deze ECB-besluiten hebben gevolgen voor aandeelhoudersrechten (naar Nederlands recht ontlenen aandeelhouders aan boek 2 BW dividend-, vergader-, stem- en agenderingsrechten).

Zoals Frielink in zijn annotatie terecht aan de orde stelt, is eigenlijk niet zo goed voorstelbaar waarom een vergunningintrekking de aandeelhouders niet in hun rechtspositie zou raken. Zij worden immers door de daaropvolgende vereffening geraakt in hun eigendomsrecht van de aandelen in de vennootschap. Dit wordt beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.⁶³ Ook de uitoefening van aandeelhoudersrechten wordt door een vergunningintrekking illusoir. De exclusieve bevoegdheden van de Nederlandse curator ter afwikkeling van de boedel laten weliswaar de formele rechten van bestuur en aandeelhouders onverlet, maar uitoefening ervan treft slechts de lege huls. Het is immers de curator die beschikt over de bezittingen, schulden, rechten en verplichtingen van de af te wikkelen vennootschap.⁶⁴ Uiteraard is hierbij van belang dat de cruciale vraag is of de belangen van de aandeelhouders voldoende rechtstreeks geraakt worden.

Het HvJ EU koerst op een zeer strikte uitleg van het rechtstreeksvereiste van artikel 263 VWEU. Het intrekkingbesluit leidde door tussenkomst van de Letse toezichthouder en rechter tot vereffening van de vennootschap. Pas door deze vereffening worden de belangen van de aandeelhouders rechtstreeks geraakt.⁶⁵ Dit zou dan betekenen dat de aandeelhouders bij de Letse rechter overeenkomstig de naar Lets recht voorgeschreven procedure verweer moeten instellen tegen het verzoek van de toezichthouder om tot vereffening over te gaan.⁶⁶

63. Zie JOR 2020/87.

64. Art. 20 jo. art. 23 Fw.

65. Vgl. art. 3a:6 Wft: een afwikkelingsbesluit alsmede de voorbereiding en uitvoering van dat besluit, is niet onderworpen aan enig instemmingsvereiste ingevolge de wet, de statuten of tussen de entiteit en haar aandeelhouders of leden overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering, met uitzondering van het vereiste van instemming van de verkrijger bij overgang van eigendomsinstrumenten, activa of passiva. Ook andere kennisgevingsvereisten of procedurele voorschriften ingevolge een ander wettelijk voorschrift zijn niet van toepassing.

66. De aandeelhouders zouden zich dan als (derde) belanghebbende in de procedure tussen de vereffeningverzoekende toezichthouder en de bank moeten voegen of tussenkomen (art. 10 Fw). In hoeverre aandeelhouders van de bank kwalificeren als belanghebbende moet bij gebreke van een wettelijke regeling hangt af van zijn eigen belang bij de uitkomst en zijn betrokkenheid bij het onderwerp van de procedure. Zie HR18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3636), r.o. 4.3.1 verwijzend naar HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290. Voor significante banken die onder de SRM-verordening vallen is bij uitsluiting het SRB bevoegd een afwikkelingsregeling vast te stellen. Op grond van art. 3a:30 Wft verzoekt DNB bij een besluit tot overgang van gedeelten van de

De rechter die over dit verzoek moet oordelen zou dan bij betwisting door de (aandeelhouders van de) bank van de geldigheid van het ECB-besluit, dit laatste bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJ EU moeten voorleggen. Dit is niet alleen omslachtig, maar het nationale recht moet ook voorzien in de mogelijkheid voor aandeelhouders van de bank om in deze procedure tussen te komen of zich te voegen. Indien de nationale rechter een dergelijk verzoek afwijst, ontberen de aandeelhouders van de bank effectief recht op toetsing van het ECB-besluit.

Tot slot schets ik de gevolgen van dit arrest voor besluiten van de ECB en SRB in het kader van de afwikkeling van banken. Aandeelhouders zullen het ECB-besluit dat een bank faalt, waarschijnlijk niet rechtstreeks aan het HvJ EU ter beoordeling kunnen voorleggen. Als de redenering uit het *Trasta Komercbanka*-arrest wordt toegepast bij de beoordeling van het SRB-besluit dat een falende bank moet worden afgewikkeld en op welke wijze zij moet worden afgewikkeld, zou dit tot de slotsom kunnen leiden dat deze besluiten de belangen van de aandeelhouders wel rechtstreeks raken. Het zijn nu immers niet de nationale afwikkelingsautoriteiten die tot (de) afwikkeling(swijze) besluiten; zij voeren dat besluit slechts uit. De aandeelhouders zullen ook rechtstreeks worden geraakt indien de SRB besluit tot inzet van het bail-in instrument conform artikel 27 SRM-verordening (wat wederom door de nationale afwikkelingsautoriteit wordt uitgevoerd). De omzetting van passiva in aandelen als gevolg hiervan leidt tot verwatering van hun aandelenbelang.⁶⁷ Of deze besluiten voldoende rechtstreeks de belangen van deze aandeelhouders raken in de zin van artikel 263 VWEU valt niet met zekerheid te zeggen. Omdat nationale afwikkelautoriteiten als DNB uitvoeringsbesluiten zullen moeten nemen, is het verstandig voor aandeelhouders van de af te wikkelen bank dat zij beroep instellen zowel bij de nationale rechter als bij het HvJ EU. Bij de nationale rechter zal dan beroep moeten worden ingesteld tegen het uitvoeringbesluit waarbij ook de geldigheidsvraag van het ECB- of SRB-besluit aan de orde wordt gesteld. De laatste kwestie wordt dan door het HvJ EU beoordeeld op grond van artikel 267 VWEU. Bij het HvJ EU zullen de aandeelhouders van de af te wikkelen bank een procedure aanhangig moeten maken op grond van artikel 263 VWEU met daarin het verzoek tot ongeldigverklaring van het ECB- of SRB-besluit. Er bestaat immers een risico dat de rechter een verzoek tot voegen of tussenkomen van de aandeelhouders afwijst omdat de rechter veronderstelt dat deze aandeelhouders

activa of passiva, de rechtbank Amsterdam binnen een redelijke termijn het faillissement van de bank in afwikkeling uit te spreken, tenzij het voortbestaan van het overgebleven deel van de bank nodig is om de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken of om aan de beginselen van art. 14 of art. 15 lid 1 SRM-verordening te voldoen.

67. Art. 27 lid 3 SRM-verordening.

aan artikel 263 een rechtstreekse toegang tot rechtsbedeling over het ECB-besluit bij de HvJ EU ontlenen omdat zij rechtstreeks door dit besluit worden geraakt. Ondanks dat dit geen efficiënte wijze van procederen is, zullen aandeelhouders alleen op deze manier effectieve toegang tot de Europese rechter voor toetsing van deze besluiten kunnen bewerkstelligen; de nationale rechter mag een ECB- of SRB-besluit niet ongeldig verklaren. De rechtszekerheid behoeft meer duidelijkheid van de Europese wetgever hierover.⁶⁸

6. Slotopmerkingen

Aandeelhouders van banken die getroffen worden door een besluit van EU-instellingen of -agentschappen worden door de rechtspraak van het HvJ EU gedwongen een tweesporenbeleid te volgen. In het *Trasta Komercbanka*-arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat aandeelhouders geen rechtstreeks belang hebben om op grond van artikel 263 VWEU bij hem te ageren tegen een vergunningintrekkingsbesluit van de ECB. Het is immers het besluit van de nationale toezichthouder tot aanvraag van vereffening dat tot rechtstreekse aantasting van eigendomsrecht en aandeelhoudersrechten (recht op dividend, stem-, vergader- en agenderingsrecht) leidt.

Het ECB-besluit dat een bank faalt, en dus aan een van de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, zal waarschijnlijk eenzelfde lot beschoren zijn. Pas door het besluit van de SRB tot vaststelling van een afwikkelingsregeling treden de gevolgen van dit ECB-besluit voor de bank en haar aandeelhouders in. Het SRB-besluit dat een falende bank moet worden afgewikkeld en op welke wijze zij moet worden afgewikkeld, raakt de belangen van de aandeelhouders mogelijk wel rechtstreeks. De nationale afwikkelingsautoriteiten besluiten niet tot (de) afwikkeling(swijze), maar voeren dit besluit concreet uit. Tegen dit SRB-besluit staat dus mogelijk wel rechtstreeks beroep bij het HvJ EU open. Niettemin doen aandeelhouders er verstandig aan ook bij de bevoegde nationale rechter te ageren tegen het uitvoeringsbesluit van de nationale afwikkelingsautoriteit en die nationale rechter te verzoeken bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJ te verzoeken het SRB-besluit ongeldig te verklaren.

68. Zie ook de oproep hiertoe door Kastelein reeds in 2014. G.W. Kastelein, 'De Bankenunie en het vertrouwen in een goede afwikkeling, preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht, *Serie vanwege het Van der Heijden Instituut* deel 126, Deventer: Kluwer 2014, p. 116-117. De Commissie is verplicht uiterlijk 31 december 2021 met een tweede verslag uit over de toepassing van de SRM-verordening (art. 94 lid 1).