



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 27 juni 2018¹

Zaak C-219/17

Silvio Berlusconi,
Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)
tegen
Banca d'Italia,
Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS),
andere partijen in de procedure:
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Banca Mediolanum SpA,
 Holding Italiana Quarta SpA,
Fin. Prog. Italia di E. Doris & C. s.a.p.a.,
Sirefid SpA,
Ennio Doris

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Prudentieel toezicht op kredietinstellingen –

Gemeenschappelijk toezichtsmechanisme – Verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling – Samengestelde administratieve procedures van de Unie – Rechterlijke toetsing van samengestelde administratieve procedures – Rechter die bevoegd is voor het onderzoek van een beroep tegen handelingen die zijn vastgesteld door een nationale autoriteit – Beginsel van gezag van gewijsde”

1. De bankenunie is een van de belangrijkste mijlpalen in het Europese integratieproces sinds de invoering van de eenheidsmunt. Ondanks haar enorme technische complexiteit, kwam er bijzonder snel een wettelijke regeling tot stand over de bankenunie, als reactie op de grote financiële crisis van 2008.

2. De lidstaten hebben aan de instellingen van de Europese Unie bepaalde bevoegdheden overgedragen met betrekking tot het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en met betrekking tot de afwikkeling van dergelijke instellingen wanneer zij met solvabiliteitsproblemen kampen. De Europese Centrale Bank (ECB) heeft de meeste bevoegdheden gekregen om de door de lidstaten overgedragen taken te verrichten, al blijven de nationale toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten een wezenlijke rol spelen in het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme (hierna: „GTM”) voor het bankwezen.

3. In de regels van de Unie inzake het GTM zijn verschillende administratieve procedures vastgesteld waarin de ECB en de nationale toezichthoudende autoriteiten een rol spelen. Die procedures zijn niets nieuws binnen het Unierecht: er bestonden reeds soortgelijke procedures op het gebied van onder meer de structuurfondsen, de landbouw en de benoeming van de leden van het Europees Parlement. In de bankenunie worden ze veel intensiever en vaker gebruikt dan in andere domeinen.

¹ Oorspronkelijke taal: Spaans.

4. Dit geding biedt (als ik mij niet vergis) het Hof voor het eerst de gelegenheid om zich uit te spreken over een van deze nieuwe procedures: de procedure voor de goedkeuring van de verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in kredietinstellingen.

5. De vraag waarover in het kader van deze prejudiciële verwijzing een uitspraak moet worden gedaan, is wie de rechterlijke toetsing van de in het kader van deze procedure vastgestelde besluiten moet verrichten. Meer in het bijzonder rijst de vraag of er tegen bepaalde voorstellen of ontwerpbesluiten die de nationale toezichthoudende autoriteiten voorleggen aan de ECB beroep kan worden ingesteld bij de nationale toezichthoudende autoriteiten of dat de inhoud ervan en het daaropvolgende definitieve besluit van de ECB alleen kunnen worden getoetst door het Hof van Justitie van de Europese Unie.

I. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

6. De procedure waarbij de voor de verwijzende rechter betwiste besluiten zijn vastgesteld, komt aan bod in de volgende bepalingen van het Unierecht:

- de artikelen 22 en 23 van richtlijn 2013/36/EU², waarbij de door het Bazels Comité voor banktoezicht, dat werkzaam is binnen het kader van de Bank voor Internationale Betalingen (BIB)³, gesloten Bazel III-akkoorden in het Unierecht zijn overgenomen;
- artikel 1, lid 5, en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013⁴;
- de artikelen 85 tot en met 87 van verordening (EU) nr. 468/2014⁵.

1. *CRD IV-richtlijn*

7. Artikel 22 („Kennisgeving en beoordeling van voorgenomen verwervingen”) luidt:

„1. De lidstaten schrijven voor dat iedere natuurlijke of rechtspersoon, of dergelijke in onderlinge overeenstemming handelende personen (de ‚kandidaat-verwerver’), die besloten hebben rechtstreeks of middellijk een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling te verwerven, dan wel rechtstreeks of middellijk een dergelijke gekwalificeerde deelneming verder te vergroten, waardoor het percentage van de gehouden stemrechten of aandelen in het kapitaal 20 %, 30 % of 50 % bereikt of overschrijdt, dan wel de kredietinstelling hun dochteronderneming wordt (de ‚voorgenomen verwerving’), de bevoegde autoriteiten van de kredietinstelling waarin zij een gekwalificeerde deelneming willen verwerven dan wel vergroten, daarvan schriftelijk voorafgaande aan de verwerving in kennis stellen onder vermelding van de omvang van de beoogde deelneming en de in overeenstemming met artikel 23, lid 4, gespecificeerde ter zake doende informatie. [...]

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PB 2013, L 176, blz. 338) (de CRD IV-richtlijn).

3 De zogeheten Bazel III-akkoorden zijn een geheel van internationaal overeengekomen maatregelen, die het Bazels Comité voor banktoezicht heeft ontwikkeld als reactie op de financiële crisis. Zij moeten de regulering van, het toezicht op en het risicobeheer van banken versterken. Zie ook de informatie hierover op de website van het Bazels Comité voor banktoezicht op <https://www.bis.org/bcbs/basel3.htm>

4 Verordening van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287, blz. 63) (hierna: „GTM-verordening”).

5 Verordening van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (GTM-kaderverordening) (PB 2014, L 141, blz. 1).

2. De bevoegde autoriteiten zenden de kandidaat-verwerver terstond en in elk geval binnen twee werkdagen na ontvangst van de kennisgeving, een schriftelijke ontvangstbevestiging van een kennisgeving op grond van lid 1 of van aanvullende informatie op grond van lid 3.

[...]

3. De bevoegde autoriteiten mogen, indien nodig, tijdens de beoordelingsperiode, doch niet na de 50ste werkdag daarvan, aanvullende informatie opvragen die noodzakelijk is om de beoordeling af te ronden. In een dergelijk verzoek, dat schriftelijk wordt gedaan, is vermeld welke aanvullende informatie nodig is.

[...] Eventuele aanvullende verzoeken van de bevoegde autoriteiten ter vervollediging of verduidelijking van de informatie staan ter discretie van de bevoegde autoriteiten maar resulteren niet in een opschorting van de beoordelingsperiode.

[...]

5. Indien de bevoegde autoriteiten besluiten zich te verzetten tegen de voorgenomen verwerving, geven zij de kandidaat-verwerver daarvan binnen twee werkdagen na voltooiing van de beoordeling en zonder de beoordelingsperiode te overschrijden schriftelijk en gemotiveerd kennis. Onverminderd het nationale recht kan een passende motivering van het besluit op verzoek van de kandidaat-verwerver openbaar worden gemaakt. Dit belet niet dat een lidstaat de bevoegde autoriteit kan toestaan deze informatie openbaar te maken zonder dat de kandidaat-verwerver daarom heeft verzocht.

6. Indien de bevoegde autoriteiten zich binnen de beoordelingsperiode niet schriftelijk tegen de voorgenomen verwerving verzetten, wordt deze geacht te zijn goedgekeurd.

7. De bevoegde autoriteiten mogen voor de voltooiing van de voorgenomen verwerving een maximumtermijn vaststellen en deze termijn zo nodig verlengen.

8. De lidstaten leggen geen voorschriften inzake kennisgeving aan of goedkeuring door de bevoegde autoriteiten van rechtstreekse of middellijke verwervingen van stemrechten of kapitaal op die stringenter zijn dan de bepalingen van deze richtlijn.

[...]”

8. In artikel 23 („Beoordelingscriteria”) is bepaald:

„1. Bij de beoordeling van de in artikel 22, lid 1, bedoelde kennisgeving en de in artikel 22, lid 3, bedoelde informatie beoordelen de bevoegde autoriteiten, met het oog op de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de kredietinstelling die het doelwit van de verwerving is, en rekening houdend met de waarschijnlijke invloed van de kandidaat-verwerver op die kredietinstelling, de geschiktheid van de kandidaat-verwerver en de financiële soliditeit van de voorgenomen verwerving in overeenstemming met de volgende criteria:

- a) de reputatie van de kandidaat-verwerver;
- b) de in artikel 91, lid 1, bedoelde reputatie, vaardigheden en ervaring van de leden van het leidinggevend orgaan en van de leden van de directie die als gevolg van de voorgenomen verwerving het bedrijf van de instelling zullen leiden;
- c) de financiële soliditeit van de kandidaat-verwerver, met name met betrekking tot de aard van de werkzaamheden die verricht en beoogd worden in de kredietinstelling die het doelwit van de verwerving is;

[...]

2. De bevoegde autoriteiten mogen zich alleen tegen de voorgenomen verwerving verzetten indien daarvoor goede redenen zijn op grond van de criteria van lid 1 of indien de door de kandidaat-verwerver verstrekte informatie onvolledig is.

[...]”

9. Artikel 119 („Betrekken van holdings in het toezicht op geconsolideerde basis”), lid 1, luidt:

„1. De lidstaten stellen de maatregelen vast die, in voorkomend geval, nodig zijn om financiële holdings en gemengde financiële holdings in het geconsolideerde toezicht te betrekken.”

2. *GTM-verordening*

10. Overweging 11 luidt als volgt:

„[Er] moet een bankenunie worden opgericht in de Unie, die wordt geschraagd door één alomvattend en gedetailleerd rulebook voor financiële diensten voor de interne markt als geheel, en die bestaat uit één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme en nieuwe depositogarantie- en afwikkelingskaders. [...]”
In het kader van het GTM worden in deze verordening specifieke bevoegdheden verleend aan de ECB met betrekking tot het prudentieel toezicht op kredietinstellingen.

11. Artikel 1 („Onderwerp en toepassingsgebied”) bepaalt:

„Bij deze verordening worden aan de ECB specifieke taken betreffende het beleid op het gebied van het prudentieel toezicht op kredietinstellingen opgedragen om bij te dragen aan de veiligheid en de soliditeit van kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel in de Unie en in elke lidstaat, daarbij ten volle rekening houdend met en zorg dragend voor de eenheid en de integriteit van de interne markt, die op gelijke behandeling van de kredietinstellingen berust teneinde regelgevingsarbitrage te voorkomen.

[...]

Deze verordening geldt onverminderd de verantwoordelijkheid en de daaraan gerelateerde bevoegdheid van de bevoegde autoriteiten van de deelnemende lidstaten om andere dan de bij deze verordening aan de ECB opgedragen toezichttaken te verrichten.”

12. In artikel 4 wordt bepaald:

„1. Binnen het kader van artikel 6 heeft de ECB overeenkomstig lid 3 van dit artikel de exclusieve bevoegdheid om met het oog op het prudentieel toezicht ten aanzien van alle in de deelnemende lidstaten gevestigde kredietinstellingen de volgende taken uit te voeren:

[...]

c) kennisgevingen van verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen beoordelen, uitgezonderd bij de afwikkeling van banken, en volgens artikel 15;

[...]

3. Voor het vervullen van de haar bij deze verordening opgedragen taken en het waarborgen van hoogwaardige toezichtsnormen past de ECB alle toepasselijke Uniewetgeving toe, en wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving waarbij die richtlijnen zijn omgezet. Wanneer het toepasselijke Unierecht bestaat uit verordeningen die de lidstaten thans uitdrukkelijk keuzemogelijkheden toekennen, past de ECB tevens de nationale wetgeving toe wanneer door hen van die keuzemogelijkheden gebruikgemaakt wordt.

[...]"

13. Artikel 6, lid 2, bepaalt dat de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten (hierna: „NBA's") zijn gehouden tot loyale samenwerking te goeder trouw en tot informatie-uitwisseling en dat, onverminderd de bevoegdheid van de ECB om rechtstreeks informatie te ontvangen die haar stelselmatig door kredietinstellingen wordt meegedeeld, of daar rechtstreeks inzage in te hebben, de NBA's de ECB met name alle informatie verstrekken die zij nodig heeft om de haar bij deze verordening opgedragen taken te vervullen.

14. Artikel 15 („Beoordeling van verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen") luidt als volgt:

„1. Onverminderd de in artikel 4, lid 1, onder c), bepaalde vrijstellingen wordt een kennisgeving van verwerving van gekwalificeerde deelneming in een in een deelnemende lidstaat gevestigde kredietinstelling bij de nationale bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling is gevestigd, ingediend, overeenkomstig de in de betrokken nationale wetgeving op grond van de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, bedoelde handelingen vastgestelde voorschriften.

2. De nationale bevoegde autoriteit beoordeelt de voorgestelde verwerving en zendt de kennisgeving alsmede een voorstel voor een besluit om op basis van de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, bedoelde criteria al dan niet bezwaar te maken tegen de verwerving [...] aan de ECB toe, en verleent overeenkomstig artikel 6 bijstand aan de ECB.

3. De ECB besluit of zij op grond van de bij de toepasselijke Uniewetgeving vastgestelde beoordelingscriteria, alsmede volgens de procedure en binnen de daarin bepaalde beoordelingstermijnen, bezwaar maakt tegen de verwerving."

3. *GTM-kaderverordening*

15. De GTM-kaderverordening, die is aangenomen overeenkomstig artikel 4, lid 3, van de GTM-verordening, regelt het kader voor samenwerking binnen het GTM tussen de ECB en de NBA's.

16. Artikel 85 („Kennisgeving aan de NBA's inzake de verwerving van een gekwalificeerde deelneming") luidt:

„1. Een NBA die een kennisgeving ontvangt inzake het voornemen tot verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling die is gevestigd in die deelnemende lidstaat brengt de ECB op de hoogte van een dergelijke kennisgeving, zulks niet later dan vijf werkdagen na de bevestiging van ontvangst in overeenstemming met artikel 22, lid 2, van richtlijn 2013/36/EU.

2. Indien de NBA de beoordelingsperiode moet opschorten als gevolg van een verzoek tot aanvullende informatie, brengt de NBA de ECB hiervan op de hoogte. De NBA stuurt dergelijke aanvullende informatie naar de ECB binnen vijf werkdagen na ontvangst hiervan door de NBA.

3. De NBA stelt de ECB ook in kennis van de datum waarop het besluit inzake bezwaar of geen bezwaar tegen de verwerving van een gekwalificeerde deelneming gemeld moet worden aan de aanvrager op basis van de toepasselijke nationale wetgeving."

17. In artikel 86 („Beoordeling van potentiële verwervingen”) is bepaald:

„1. De NBA die in kennis is gesteld van een intentie tot verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling, beoordeelt of de potentiële verwerving voldoet aan alle voorwaarden op basis van het betreffende Unierecht en nationaal recht. Na deze beoordeling stelt de NBA een ontwerpbesluit op inzake bezwaar of geen bezwaar van de ECB tegen de verwerving.

2. De NBA dient het ontwerpbesluit inzake bezwaar of geen bezwaar tegen de verwerving ten minste 15 werkdagen voor het verstrijken van de door het toepasselijke Unierecht voorgeschreven beoordelingsperiode in bij de ECB.”

18. Artikel 87 („ECB-besluit inzake verwerving”) schrijft voor:

„De ECB beslist of zij wel of niet bezwaar heeft tegen de verwerving op basis van haar beoordeling van de voorgestelde verwerving en het ontwerpbesluit van de NBA. Het in artikel 31 omschreven recht gehoord te worden is van toepassing.”

B. Italiaans recht

1. Regeling inzake financieel toezicht: geconsolideerde wet inzake banken

19. Bij artikel 19 van decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385⁶, werd de bevoegdheid voor het verlenen van goedkeuringen voor de verwerving van bevoorrechte deelnemingen in financiële instellingen toegekend aan de Banca d'Italia. In lid 5 van dat artikel is meer in het bijzonder gespecificeerd dat die goedkeuringen worden verleend indien „aan de nodige voorwaarden is voldaan om een gezonde en prudente bedrijfsvoering van de bank te garanderen, door de potentiële kwaliteit van de verwerfer en de financiële soliditeit van de voorgenomen verwerving te beoordelen op grond van de volgende criteria: reputatie van de kandidaat-verwerfer in de zin van artikel 25”.

20. Volgens artikel 25 („Deelnemingen in het aandelenkapitaal”), lid 1, moeten de houders van de in artikel 19 genoemde deelnemingen aan bepaalde reputatievereisten en bekwaamheids- en integriteitscriteria voldoen om een gezonde en prudente bedrijfsvoering van de bank te garanderen.⁷

21. In de tussentijd was in artikel 2, lid 8, van decreto legislativo n. 72 van 2015 bepaald dat de eerdere voorschriften inzake de reputatievereisten voor aandeelhouders in financiële instellingen van toepassing zouden blijven.

22. Die voorschriften waren opgenomen in decreto ministeriale n. 144 van 18 maart 1998⁸, waarvan artikel 1 de veroordelingen beschrijft die de reputatie aldus aantasten dat niet aan het vereiste wordt voldaan.

6 Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Testo unico bancario) (wetsbesluit nr. 385 van 1 september 1993, gecoördineerde tekst van de wetten op het bank- en kredietwezen, geconsolideerde wet inzake banken; hierna: „TUB”). Op het tijdstip van de feiten in het hoofdgeding waren de regels inzake gekwalificeerde deelneming in financiële instellingen vervat in titel II van de TUB, zoals gewijzigd bij decreto legislativo n. 72 (wetsbesluit nr. 72) van 12 mei 2015, waarmee de inhoud van de CRD IV-richtlijn in het Italiaanse recht is omgezet.

7 Het tweede lid daarvan verwees voor de specifieke vaststelling van deze vereisten naar een toekomstige regel [die moest worden vastgesteld door het Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economie en Financiën, Italië) na Banca d'Italia te hebben gehoord], die niet is opgesteld.

8 Decreto 18 marzo 1998, n. 144, regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (ministerieel besluit nr. 144 van 18 maart 1998 inzake de vaststelling van reputatievereisten voor aandeelhouders van banken en vaststelling van de drempelwaarde; hierna: „wetsbesluit nr. 144 van 1998”).

23. In artikel 2 van wetsbesluit nr. 144 van 1998 was met een overgangsregeling bepaald dat „indien natuurlijke of rechtspersonen die op de datum van inwerkingtreding van dit besluit een deelneming houden in het maatschappelijk kapitaal van een bank niet voldoen aan in artikel 1 vermelde vereisten die niet in de eerdere regeling waren opgenomen, dit niet relevant [is] indien zij daaraan reeds voor deze datum niet voldeden, uitsluitend met betrekking tot de reeds aangehouden deelneming”.

24. Gekwalificeerde aandeelhouders in gemengde financiële holdings waren overeenkomstig artikel 63 TUB onderworpen aan dezelfde verplichtingen als die in banken. In artikel 67 bis, lid 2, TUB is bepaald dat Banca d'Italia en het Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (hierna: „IVASS”) samen de naleving van die verplichtingen moesten verzekeren wanneer die holdings in Italië zijn gevestigd en moederondernemingen zijn van Italiaanse financiële conglomeraten, in hun geheel of ten dele.

2. Regeling inzake de administratieve procedure

25. In de Italiaanse administratieve procedure is voorzien in de zogeheten „giudizio di ottemperanza” (tenuitvoerleggingsprocedure) in het kader waarvan de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) deze prejudiciële vragen heeft geformuleerd.

26. Overeenkomstig artikel 21 septies, lid 1, van wet nr. 241 van 7 augustus 1990⁹ „[zijn] alle bestuurlijke maatregelen [...] die in schending van of ontwijking van het gezag van gewijsde zijn vastgesteld, nietig [...]”.

27. Volgens artikel 112, lid 1, van het Italiaanse wetboek van bestuursprocesrecht¹⁰ „moeten de maatregelen van de administratiefrechtelijke instanties worden uitgevoerd door de overheid en door de andere partijen”.

28. In lid 2 van dat artikel staat te lezen:

„De tenuitvoerleggingsprocedure kan worden ingeleid voor de toepassing van:

[...]

c) de in gezag van gewijsde gegane beslissingen en overige soortgelijke maatregelen van gewone rechters teneinde tenuitvoerlegging te verkrijgen van de overheidsdienst die de gewezen beslissing in de zaak waarin uitspraak is gedaan, moet nakomen.

[...]”

29. Artikel 114, lid 4, onder b), van het wetboek van bestuursprocesrecht bepaalt immers dat de rechter bij wie de tenuitvoerleggingsprocedure is ingesteld, indien hij het beroep toewijst, „eventuele handelingen die het gezag van gewijsde schenden of ontwijken, nietig verklaart”.

30. In artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek is bepaald dat de vaststellingen in een arrest dat gezag van gewijsde heeft, in al hun onderdelen verbindend zijn voor partijen, hun erfgenamen en hun rechtverkrijgenden.

⁹ Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (wet nr. 241 van 7 augustus 1990 houdende nieuwe regels voor de administratieve procedure en het recht op toegang tot documenten).

¹⁰ Codice del processo amministrativo, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (wetboek van bestuursprocesrecht, wetsbesluit van 2 juli 2010, nr. 104).

II. Hoofddeding en prejudiciële vragen

31. Silvio Berlusconi hield sinds midden jaren negentig via zijn dochteronderneming Fininvest SpA een gekwalificeerde deelneming van meer dan 30 % in Mediolanum SpA (hierna: „vennootschap Mediolanum”). De vennootschap Mediolanum was een beursgenoteerde gemengde financiële holding en de moedermaatschappij van het financieel conglomeraat Mediolanum, waarvan Banca Mediolanum SpA, een volledige dochteronderneming van de vennootschap Mediolanum, deel uitmaakte.

32. In zijn arrest nr. 35729/13 heeft de Corte Suprema di Cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) Berlusconi veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar (waarvan drie jaar werd kwijtgescholden) voor belastingfraude, en tot de bijkomende straffen van een verbod op het uitoefenen van publieke functies en van uitvoerende bestuursfuncties in rechtspersonen, gedurende een periode van twee jaar. Het arrest is op 1 augustus 2013 onherroepelijk geworden.

33. Na de vaststelling van wetsbesluit nr. 53 van 4 maart 2014¹¹ heeft Fininvest (voor Berlusconi) een goedkeuringsverzoek ingediend voor het houden van gekwalificeerde deelnemingen in de vennootschap Mediolanum.

34. Banca d'Italia en IVASS hebben dat verzoek bij besluit nr. 976145/14 van 7 oktober 2014 afgewezen, aangezien zij van oordeel was dat Berlusconi niet voldeed aan het reputatievereiste voor het houden van gekwalificeerde deelnemingen in financiële intermediairs.

35. Banca d'Italia heeft niet alleen het verzoek afgewezen, maar tevens geoordeeld dat de stemrechten moesten worden opgeschort en de aandelen in de vennootschap Mediolanum (die de wettelijke drempel van 9,999 % overschreden) moesten worden verkocht. Zij heeft echter het voorstel van Fininvest aanvaard om een trust op te richten waarin de betrokken deelnemingen moesten worden ondergebracht, en heeft aan Fininvest een termijn van twintig dagen toegekend voor de kennisgeving dat was voldaan aan de voorwaarden die waren opgelegd met het oog op de overdracht aan die trust.

36. Berlusconi heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), die het beroep bij vonnis nr. 7966/2015 van 5 juni 2015 heeft verworpen.

37. Tegen dat vonnis heeft Berlusconi hoger beroep (en Fininvest incidenteel beroep) ingesteld bij de Consiglio di Stato. Banca d'Italia voerde in die procedure aan dat appellanten na de fusie door middel van de „omgekeerde overname” van de vennootschap Mediolanum door Banca Mediolanum, geen procesbelang meer hadden.

38. Tijdens de behandeling van dat geding zijn de bestuursraden inderdaad een „omgekeerde overname” overeengekomen waarbij de vennootschap Mediolanum werd opgenomen in Banca Mediolanum.¹² Dat voorstel voor een fusie werd op 26 mei 2015 aan Banca d'Italia toegezonden voor goedkeuring, overeenkomstig artikel 57 TUB. Als gevolg daarvan werd Fininvest houder van een gekwalificeerde deelneming in een financiële instelling.¹³

11 Decreto legislativo 4 de marzo 2014, n. 53, attuazione della direttiva 2011/89/UE [wetsbesluit nr. 53 van 4 maart 2014 dat strekt tot omzetting in het Italiaans recht van richtlijn 2011/89/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2011 houdende wijziging van de richtlijnen 98/78/EG, 2002/87/EG, 2006/48/EG en 2009/138/EG betreffende het aanvullende toezicht op financiële entiteiten in een financieel conglomeraat (PB 2011, L 136, blz. 113)], waarmee de toepassing van de reputatievereisten voor bestuurders van bankinstellingen werd uitgebreid naar gemengde financiële holdings.

12 Het ging om een fusie binnen de groep met een ruilverhouding van 1 op 1, met het doel de vennootschapsstructuur te vereenvoudigen en de organisatie van de bankgroep te rationaliseren, aangezien de vennootschap Mediolanum 100 % van de aandelen van Banca Mediolanum in handen had.

13 Fininvest kreeg ongeveer 30,124 % van het kapitaal van Banca Mediolanum in handen, maar had slechts de effectieve controle over 9,999 %, aangezien de stemrechten van de overige 20,125 % reeds waren geschorst en er op dat deel een verkoopverplichting rustte, zoals opgelegd door Banca d'Italia.

39. Banca d'Italia heeft de voorgestelde fusie bij besluit nr. 7969932/21 van 21 juli 2015 goedgekeurd. In de schriftelijke kennisgeving van dat besluit van 23 juli 2015 bevestigde zij de maatregel van 7 oktober 2014, waarbij zij preciseerde dat de bij deze maatregel vastgestelde verkoopverplichting moest worden geacht „betrekking te hebben op de aandelen van Banca Mediolanum die, ten gevolge van de fusie, worden toegekend [aan Fininvest] in ruil voor aandelen van [de vennootschap] Mediolanum”.

40. De Consiglio di Stato heeft de hogere beroepen van Berlusconi en Fininvest bij arrest nr. 882/2016 van 3 maart 2016 toegewezen en het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 nietig verklaard.¹⁴

41. Naar het oordeel van de Consiglio di Stato was het besluit van 7 oktober 2014 onwettig wegens schending van het verbod van terugwerkende kracht. Met het besluit werden de regels inzake de evaluatie van gekwalificeerde deelnemingen die bij richtlijn 2007/44/EG¹⁵ in de CRD IV-richtlijn zijn opgenomen immers toegepast op deelnemingen die reeds werden aangehouden vóór de inwerkingtreding van die richtlijn. Richtlijn 2007/44 was van toepassing op toekomstige deelnemingen, terwijl artikel 2 van wetsbesluit nr. 144 van 1998 betrekking had op „reeds aangehouden deelnemingen”.¹⁶ Aangezien de feiten zich hadden afgespeeld voor de inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving, konden de reputatievereisten niet op Fininvest worden toegepast.

42. In nota nr. 491595/16 van 4 april 2016 deelde Banca d'Italia aan de ECB mee dat Berlusconi, vanwege de fusie van Banca Mediolanum en de vennootschap Mediolanum, via zijn dochteronderneming Fininvest aandeelhouder was geworden van de kredietinstelling Banca Mediolanum. Zij voegde daaraan toe dat na het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 zowel de verplichting het gedeelte van zijn aandelen te verkopen dat de drempel van 9,999 % van het kapitaal van de genoemde bank overschreed, als de schorsing van de daaraan verbonden stemrechten ophield rechtsgevolgen te sorteren. Banca d'Italia was derhalve van oordeel dat Fininvest een goedkeuringsverzoek moest indienen voor haar gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum, in overeenstemming met de artikelen 22 en volgende van de CRD IV-richtlijn en de artikelen 19 en volgende TUB.

43. Overeenkomstig instructies van de ECB (nota van 24 juni 2016) heeft Banca d'Italia Fininvest op 14 juli 2016 gelast binnen een termijn van vijftien dagen een goedkeuringsverzoek in te dienen. Aangezien die verplichting zonder gevolg bleef, heeft Banca d'Italia op 3 augustus 2016 besloten de administratieve procedure ambtshalve in te leiden, waarbij zij verduidelijkte dat de beslissingsbevoegdheid ter zake bij de ECB lag, krachtens artikel 4 van de GTM-verordening.

44. Zodra zij de documenten van Fininvest had ontvangen, heeft Banca d'Italia overeenkomstig artikel 15, lid 2, van de GTM-verordening een voorstel voor een besluit met een negatief advies over de reputatie van de kopers aan de ECB toegezonden, waarin zij de ECB verzocht zich tegen de verwerving te verzetten.

14 Wat de door Banca d'Italia aangevoerde afwezigheid van procesbelang betreft, beschouwde de Consiglio di Stato de nota van 23 juli 2015 louter als een bevestiging, aangezien de verplichting tot verkoop die reeds was vastgesteld ten aanzien van de aandelen van de vennootschap Mediolanum, zonder nieuwe en aparte beoordeling werd uitgebreid. Het eventuele verval van de bevestigde handeling leidde dus automatisch tot het verval van de bevestigende handeling.

15 Richtlijn 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot wijziging van richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PB 2007, L 247, blz. 1)

16 Volgens de Consiglio di Stato was er geen sprake geweest van een stilzwijgende afwijking uit hoofde van richtlijn 2007/44. Om van een stilzwijgende afwijking te kunnen spreken, zou de situatie waarop de regel betrekking heeft, identiek moeten zijn. In deze zaak verschilt het toepassingsgebied van beide regels echter: de Unieregel had betrekking op de verwerving van de deelnemingen, terwijl in wetsbesluit nr. 144 van 1998 werd verwezen naar reeds aangehouden deelnemingen, waarvan de betrokkene bijgevolg nog steeds houder is.

45. De raad van prudentieel toezicht van de ECB heeft de argumenten van Banca d'Italia toegewezen en een ontwerpbesluit goedgekeurd, dat aan Fininvest en Berlusconi werd overgemaakt opdat zij hun opmerkingen kenbaar konden maken. Na deze stap in de procedure, heeft de voornoemde raad het besluit van 25 oktober 2016¹⁷ goedgekeurd zonder latere bezwaren van de raad van bestuur van de ECB.

46. In dat besluit oordeelde de ECB dat er gegronde twijfels bestonden ten aanzien van de reputatie van de verwervers van de deelneming in Banca Mediolanum. Gezien het feit dat Berlusconi, als meerderheidsaandeelhouder en uiteindelijke gerechtigde van Fininvest, de indirecte verwerper was van de deelneming in Banca Mediolanum en onherroepelijk was veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar voor belastingfraude, was de ECB van oordeel dat hij niet voldeed aan het in de nationale wetgeving vastgestelde reputatievereiste voor houders van gekwalificeerde deelnemingen. Bovendien had Berlusconi andere onregelmatigheden begaan en waren er andere veroordelingen jegens hem uitgesproken, evenals jegens andere leden van de bestuursorganen van Fininvest.

47. In het licht van het voorgaande kwam de ECB tot de conclusie dat de verwervers van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum niet aan het reputatievereiste voldeden en dat er ernstige twijfels bestonden ten aanzien van de vraag of zij een gezonde en prudente bedrijfsvoering van deze financiële instelling in de toekomst konden garanderen. De ECB verzette zich bijgevolg tegen de verwerving van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum door Fininvest en Berlusconi.

48. Fininvest en Berlusconi zijn langs drie gerechtelijke wegen opgekomen tegen het ECB-besluit van 2016:

- bij het Gerecht¹⁸ hebben zij een beroep ingesteld waarvan de behandeling is geschorst in afwachting van de uitspraak in deze prejudiciële verwijzing;
- Fininvest heeft zich eveneens tot de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio gewend om de voorbereidende handelingen van Banca d'Italia met het oog op het besluit van de ECB nietig te laten verklaren;
- bij de Consiglio di Stato hebben zij een vordering tot „ottemperanza” (tenuitvoerlegging) ingesteld, waarbij zij hebben aangevoerd dat de voornoemde handelingen ongeldig waren omdat zij in strijd waren met onherroepelijk arrest nr. 882/2016 van 3 maart 2016.

49. Banca d'Italia voerde aan dat de nationale rechter niet bevoegd was om dit beroep tegen de voorbereidende handelingen te behandelen, omdat zij geen besluiten bevatten en strekken tot goedkeuring van een besluit dat tot de exclusieve bevoegdheid van de ECB behoort. Het definitieve besluit van die instelling van de Unie kan alleen worden getoetst door het Hof van Justitie.

50. Na voeging van de beroepen van Berlusconi en Fininvest was de Consiglio di Stato van oordeel dat er geen specifieke precedents van het Hof waren inzake de verdeling van rechtsmacht tussen de nationale rechter en de Unierechter in gedingen waarin wordt aangevoerd dat handelingen van NBA's in het kader van dit soort procedures ongeldig zijn. De rechter merkt bovendien op dat de kwestie objectief omstreden is, aangezien er zowel gronden zijn om aan te nemen dat de procedure uit één fase bestaat (zoals Banca d'Italia aanvoert), als gronden om aan te nemen dat de procedure uit meer fasen bestaat (zoals Berlusconi en Fininvest aanvoeren). Hij wijst er evenwel op dat de procedurele fase voor de nationale autoriteit niet wordt afgesloten met een handeling die bindend is voor de Europese autoriteit die het uiteindelijke besluit moet nemen.

¹⁷ ECB/SSM/20016-7LVZJ6XRIE7VNZ4UBX81/4 (hierna: „ECB-besluit van 2016”).

¹⁸ Zaak Fininvest en Berlusconi/ECB (T-913/16).

51. Binnen deze context verzoekt de Consiglio di Stato het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende prejudiciële vragen:

„Moeten artikel 263, leden 1, 2 en 5, en artikel 256, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in onderlinge samenhang gelezen, aldus worden uitgelegd dat een beroep tegen inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten van de nationale bevoegde autoriteit (zoals gespecificeerd in § 1 van de onderhavige beslissing) in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad, artikel 1, lid 5, artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad, de artikelen 85, 86 en 87 van verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank, en de artikelen 19, 22 en 25 van de Italiaanse geconsolideerde wet inzake banken, onder de bevoegdheid van de Unierechter dan wel onder die van de nationale rechter valt?

Meer in het bijzonder, kan de bevoegdheid van de Unierechter worden bevestigd indien tegen deze handelingen geen algemene vordering tot vernietiging is ingesteld, maar een vordering tot nietigheid wegens schending of ontwijking van het gezag van gewijsde van arrest nr. 882/2016 van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016, in het kader van een tenuitvoerleggingsprocedure als bedoeld in de artikelen 112 en volgende van het Italiaanse wetboek van bestuursprocesrecht – ofwel in het kader van een bijzondere rechtsfiguur van het nationale bestuursprocesrecht – bij de beoordeling waarvan de objectieve grenzen aan het gezag van gewijsde van dit arrest volgens het nationale recht moeten worden uitgelegd en vastgesteld?”

III. Analyse van de prejudiciële vragen

52. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechter moeten, zoals de Commissie aanvoert, enigszins anders worden geformuleerd opdat het Hof er een passend antwoord op kan geven.

53. In beginsel is het Hof volgens de vaste rechtspraak niet bevoegd om de wettigheid van door nationale autoriteiten vastgestelde handelingen na te gaan in het kader van beroepen tot nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU.¹⁹

54. Wat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag wenst te vernemen, is dan ook of de exclusieve bevoegdheid die in artikel 263 VWEU aan het Hof is verleend om de wettigheid van de handelingen van de Unie na te gaan, de nationale rechterlijke instanties belet de wettigheid na te gaan van nationale inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die door een NBA zijn aangenomen in het kader van de procedure van artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van de GTM-verordening en de artikelen 85 tot en met 87 van de GTM-kaderverordening, die wordt afgesloten met een handeling die bindend is voor de ECB.

55. Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter subsidiair te vernemen of het Hof bevoegd is om de wettigheid van nationale voorbereidende handelingen op het eindbesluit van de ECB na te gaan, wanneer tegen die handelingen geen algemene vordering tot vernietiging is ingesteld, maar een (specifieke) vordering tot nietigheid wegens schending of ontwijking van het gezag van gewijsde van het arrest van een nationale rechter, in het kader van een „*giudizio di ottemperanza*”.

¹⁹ Arresten van 3 december 1992, *Oleificio Borelli/Commissie* (C-97/91, EU:C:1992:491, punt 9); 25 januari 2007, *Dalmine/Commissie* (C-407/04 P, EU:C:2007:53, punt 62); 18 december 2007, *Zweden/Commissie* (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punt 91), en 17 september 2014, *Liivimaa Lihaveis* (C-562/12, EU:C:2014:2229, punt 48).

56. Voordat ik me over beide prejudiciële vragen buig, lijkt het mij noodzakelijk:

- de rechtspraak van het Hof te doorlopen betreffende de rechterlijke toetsing van handelingen die zijn vastgesteld in het kader van samengestelde of gemengde procedures, waarbij zowel instellingen van de Unie als nationale autoriteiten van de lidstaten betrokken zijn, en
- de kenmerken te schetsen van de administratieve procedure die de ECB en de NBA's toepassen voor de goedkeuring van verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen.

A. Rechterlijke toetsing van handelingen die zijn vastgesteld in het kader van samengestelde of gemengde administratieve procedures in het Unierecht

57. De uitvoering van het Unierecht komt in het algemeen toe aan de autoriteiten van de lidstaten. Wanneer die laatste optreden middels administratieve procedures naar nationaal recht, zijn het de nationale rechters die instaan voor de toetsing van de door hen vastgestelde handelingen. De nationale rechters kunnen daarbij prejudiciële vragen voorleggen aan het Hof. In een beperkt aantal aangelegenheden, die gewoonlijk tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie behoren, is het Unierecht rechtstreeks van toepassing en zijn het de instellingen, organen of instanties van de Unie die instaan voor de administratieve uitvoering ervan. Zij werken in dat geval hun eigen procedures uit onder het rechterlijk toezicht van het Gerecht en het Hof.

58. Nu zijn er steeds meer gevallen waarin het Unierecht wordt toegepast via procedures waarbij de instellingen, organen of instanties van zowel de Unie als de lidstaten betrokken zijn.²⁰ Voor dergelijke situaties zijn er geen algemene regels vastgesteld²¹ in het Unierecht, hoewel zij uitgebreid zijn besproken in de rechtsleer²².

59. Het Hof heeft zich tot hiertoe slechts op gevalsbasis en nog niet in het algemeen uitgesproken²³ over de rechterlijke toetsing van dergelijke samengestelde procedures en de handelingen tot afronding ervan, waarbij het de vaststelling van de bevoegde rechter heeft beoordeeld in het licht van de aanvechtbare handelingen.²⁴ De behandeling van dergelijke procedures op het domein van de bankenunie zal een mijlpaal vormen voor deze rechtspraak.²⁵

20 Dit soort procedures valt onder wat in de rechtsleer medebeheer of geïntegreerd beheer wordt genoemd. Zie Ziller, J., „Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen”, in Auby, J.-B., en Duthéil de la Rochère, J. (red.), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, Brussel, 2014, blz. 327 e.v.; Hofmann, H.C.H., „Conclusions: Europe's integrated administration”, in Hofmann, H.C.H., en Türk, A. (red.), *EU Administrative Governance*, blz. 583; Schmidt-Aßmann, E., „Introduction”, in Jansen, O., en Schöndorf-Haubold, B. (red.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Brussel, 2011, blz. 6-8.

21 Een ambitieus voorstel in de rechtsleer tot codificatie van de administratieve procedures van de Unie is dat van Mir, O., Hofmann, H.C.H., Schneider, J.-P., Ziller, J., e.a. (red.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. In artikel 1-4, punt 4, van de Código ReNEUAL is het begrip „samengestelde procedure” gedefinieerd als een administratieve procedure waarbinnen de autoriteiten van de Unie en die van een of meerdere lidstaten verschillende, onderling afhankelijke taken hebben. Ook de combinatie van twee administratieve procedures die rechtstreeks met elkaar verband houden, wordt als een samengestelde procedure beschouwd.

22 Alonso de León, S., *Composite administratives procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017; Della Cananea, G., „I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea”, in Bignami, F., en Cassese, S., (red.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milaan, Giuffrè, 2004; Mastrodonato, G., *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007; Hofmann, H.C.H., „Composite decision-making procedures in EU administrative law”, in Hofmann, H.C.H., Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, blz. 136.

23 Een recente studie is te vinden in Brito Bastos, F., „Derivative illegality in European composite administrative procedures”, *Common Market Law Review*, 2018, nr. 1, blz. 101-134.

24 Alonso de León, S., *Composite administratives procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017, blz. 273-318. Zie ook het werk van Eliantonio, M., „Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of ‚Composite Procedures””, *Review of European Administrative Law*, 2014 nr. 2, blz. 65-102; en Türk, A., „Judicial Review of integrated administration in the EU”, in Hofmann, H.C.H. en Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, blz. 218-256, in het bijzonder blz. 222-224.

25 Zie Prechal, S., Widdershoven, R., Jans, J., „Introduction”, in Jans, J., Prechal, S., Widdershoven, R., *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2015, blz. 33.

60. Om te bepalen welke rechter bevoegd is, moet in de regel worden bepaald bij wie de *werkelijke* beslissingsbevoegdheid ligt in de samengestelde administratieve procedure. Volgens die regel toetsen de nationale rechters de wettigheid van de door de nationale autoriteiten vastgestelde administratieve handelingen wanneer die laatste dit soort procedures afronden. Parallel daaraan oordeelt het Hof van Justitie van de Europese Unie over administratieve handelingen van de Europese instellingen tot afronding van samengestelde procedures.

61. In twee gevallen is deze regel echter niet zo duidelijk, te weten wanneer in dit soort procedures:

- een definitieve handeling van de Unie gebaseerd is op eerdere of voorbereidende handelingen van de nationale autoriteiten waarvan de wettigheid wordt betwist, of
- omgekeerd een definitieve handeling van de nationale autoriteiten kan zijn *aangetast* door een eerder, beweerdelijk onwettig optreden van de instellingen van de Unie, in het kader waarvan zij is vastgesteld.

62. Die tweede stelling levert geen grote problemen op: de rechterlijke toetsing die aan de nationale rechters is toegewezen, blijft bestaan, al zijn die laatste wel verplicht een prejudiciële geldigheidsvraag voor te leggen aan het Hof indien zij van oordeel zijn dat de handeling van de Unie ongeldig zou kunnen zijn.²⁶

63. In het eerste geval liggen de problemen daarentegen gevoeliger. Welke rechter (de nationale of die van de Unie) bevoegd is voor de rechterlijke toetsing, is in dat geval afhankelijk van de eigenschappen van de procedure die aan de orde is, en meer in het bijzonder van de verdeling van de beslissingsbevoegdheid in die procedure. Op basis van dat criterium kunnen in de rechtspraak van het Hof twee situaties worden onderscheiden:

- samengestelde administratieve procedures van de EU waarin de beslissingsbevoegdheid bij de nationale autoriteiten ligt (Borelli-rechtspraak);
- samengestelde administratieve procedures van de EU waarin de beslissingsbevoegdheid bij de instellingen van de Unie ligt (Zweden/Commissie-rechtspraak).

1. Borelli-rechtspraak

64. Het arrest Oleificio Borelli/Commissie²⁷ had betrekking op een samengestelde administratieve procedure waarin de beslissingsbevoegdheid aan de nationale autoriteiten was toegewezen. Het Hof was van oordeel dat een project slechts voor bijstand van het EOGFL in aanmerking kon komen indien het een gunstig advies had ontvangen van de lidstaat op het grondgebied waarvan het moest worden uitgevoerd. In geval van een negatief advies kon de Commissie de procedure voor het onderzoek van het project derhalve niet voortzetten noch, a fortiori, de regelmatigheid van dat advies onderzoeken.

²⁶ Arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punten 14 en 15). Zie voorts de arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, punten 27 en 30), en 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 95).

²⁷ Arrest van 3 december 1992 (C-97/91, EU:C:1992:491; hierna: „arrest Borelli”).

65. Het Hof besloot dat het niet bevoegd was om zich uit te spreken over de wettigheid van een handeling van een nationale autoriteit, ook niet als die handeling is verricht in het kader van het communautaire besluitvormingsproces in die zin, dat zij de instellingen van de Unie bindt. Eventuele onregelmatigheden van het nationale advies konden geen invloed hebben op de geldigheid van de beschikking van de Commissie waarbij de gevraagde bijstand is geweigerd.²⁸

66. Het Hof sloot zo uit dat een handeling van de Unie invloed zou kunnen ondervinden van de onwettigheid van een nationale handeling in een samengestelde procedure waarbij de beslissingsbevoegdheid hoofdzakelijk bij de nationale autoriteit ligt. Voor die oplossing, die misschien onlogisch lijkt, werd als argument aangevoerd dat moest worden voorkomen dat administratieve handelingen van de Unie als ongeldig zouden kunnen worden beschouwd vanwege de nietigverklaring door nationale rechters van ook nationale administratieve handelingen, op grond van schendingen van eveneens nationale regels.

67. Teneinde in dergelijke gevallen leemtes in de rechterlijke toetsing te voorkomen, heeft het Hof verklaard dat het aan de nationale rechterlijke instanties staat om zich, in voorkomend geval na een prejudiciële verwijzing naar het Hof, uit te spreken over de wettigheid van de betrokken nationale handeling, en wel onder dezelfde voorwaarden als gelden bij elk definitief besluit van dezelfde nationale autoriteit dat voor derden bezwarend kan zijn.²⁹

68. Het Hof heeft diezelfde rechtsopvatting uitgebreid naar samengestelde procedures waarin de beslissingsbevoegdheid hoofdzakelijk bij de nationale autoriteiten ligt, wanneer die betrekking hadden op het beheer van de structuurfondsen, de bescherming van geografische benamingen of de benoeming en het ontslag van leden van het Europees Parlement. Op een aantal van die procedures kom ik zo meteen terug.

69. In het arrest *Liivimaa Lihaveis*³⁰ heeft het Hof verklaard dat een in het kader van een operationeel programma van verordening (EG) nr. 1083/2006³¹ ter bevordering van de Europese territoriale samenwerking tussen twee lidstaten door een comité van toezicht vastgestelde programmagids geen handeling van een Unie-instelling, -orgaan of -organisatie vormt en het Hof dus onbevoegd is om de geldigheid van een dergelijke gids te toetsen. Tegen die administratieve handeling kon echter beroep worden ingesteld bij de nationale rechterlijke instanties, die een prejudiciële vraag konden voorleggen om na te gaan of de handeling verenigbaar was met het recht van de Unie.³²

28 Arrest *Borelli*, punten 9 en 12, en beschikking van de president van het Hof van 13 januari 2009, *Occhetto en Parlement/Donnici* [C-512/07 P(R) en C-15/08 P(R)], EU:C:2009:3, punt 50].

29 Arrest *Borelli*, punt 13. Volgens het arrest moest de nationale rechter het ingestelde beroep in dergelijke omstandigheden als ontvankelijk te beschouwen, ook indien het nationale procesrecht niet in een dergelijk geval voorziet.

30 Arrest van 17 september 2014 (C-562/12, EU:C:2014:2229, punt 56).

31 Verordening van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999 (PB 2006, L 210, blz. 25).

32 Het Hof van was oordeel dat „verordening nr. 1083/2006 juncto artikel 47 van het Handvest aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een door een comité van toezicht in het kader van een tussen twee lidstaten overeengekomen operationeel programma ter bevordering van de Europese territoriale samenwerking opgestelde bepaling van een programmagids, voor zover deze bepaling niet voorschrijft dat een besluit van dit comité van toezicht tot afwijzing van een subsidieaanvraag vatbaar is voor beroep bij een rechter van een lidstaat” (arrest van 17 september 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12, EU:C:2014:2229, punt 76).

70. Op het gebied van bescherming van geografische benamingen zijn eveneens voorbeelden te vinden van samengestelde administratieve procedures waarin de beslissingsbevoegdheid hoofdzakelijk bij de nationale autoriteiten ligt.³³ In het arrest *Carl Kühne e.a.*³⁴ heeft het Hof bevestigd dat de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie (die de aangevraagde benaming inschrijft) en de nationale autoriteiten (die zich daar vooraf over hebben uitgesproken, waarbij zij zijn nagegaan of aan de eisen van de verordening is voldaan) bepaalt dat de mogelijke onwettigheid van de nationale administratieve handeling geen gevolgen heeft voor de wettigheid van verordening nr. 590/1999.³⁵

71. Het Hof heeft daar, net als in het arrest *Borelli*, aan toegevoegd dat het aan de nationale rechterlijke instanties staat om zich uit te spreken over de wettigheid van een aanvraag tot registratie van een benaming, volgens dezelfde toetsingsmaatstaven als die welke gelden voor elk definitief besluit van dezelfde nationale autoriteit dat afbreuk kan doen aan de rechten die derden aan het Unierecht ontleen en dat zij het daartoe ingestelde beroep dus als ontvankelijk dienen te beschouwen, zelfs indien het nationale procesrecht hier in een dergelijk geval niet in voorziet.³⁶

72. Ook voor de verkiezing van de leden van het Europees Parlement is voorzien in samengestelde procedures waarin de nationale autoriteiten de grootste rol spelen. Het Hof heeft, na de respectieve bevoegdheden van het Parlement en de nationale autoriteiten voor het onderzoek van de geloofsbriefjes van de leden van het Europees Parlement te hebben afgebakend, verklaard dat het aan de nationale autoriteiten staat de uitslagen bekend te maken op basis van de met het Unierecht strokende nationale bepalingen. Het Europees Parlement diende op grond van artikel 12 van de Akte van 1976 derhalve nota te nemen van de bekendmaking, zonder dat het daarvan op grond van beweerde onregelmatigheden van die nationale handeling mocht afwijken.³⁷

2. *Zweden/Commissie-rechtspraak*

73. Het Hof heeft zich eveneens uitgesproken over samengestelde administratieve procedures waarin de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij de instellingen van de Unie ligt en de nationale autoriteiten in de inleidende of voorbereidende fase optreden.

74. In die gevallen berust de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de definitieve handeling, waarmee de procedure wordt beëindigd, bij de instelling van de Unie en zijn het bijgevolg het Gerecht en het Hof die de rechterlijke toetsing moeten verrichten. De handelingen van de nationale autoriteiten zijn in deze procedures bovendien zuiver voorbereidend, waardoor controle ervan door de nationale rechters of het Hof gewoonlijk niet nodig is.³⁸

33 Bij verordening (EEG) nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen (PB 1992, L 208, blz. 1) is een samengestelde procedure ingesteld waarbij producentenverenigingen aanvragen tot registratie van een BOB of BGA indienen bij hun nationale autoriteiten. Die gaan na of de aanvraag gerechtvaardigd is en zenden de aanvraag naar de Commissie indien zij van mening zijn dat aan de eisen van de verordening is voldaan. De Commissie gaat louter door middel van een formeel onderzoek na of aan deze eisen is voldaan.

34 Arrest van 6 december 2001 (C-269/99, EU:C:2001:659, punten 57 en 58). Zie ook arrest van 2 juli 2009, *Bavaria en Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415, punten 55-57).

35 Het ging om de inschrijving van de benaming „Spreewälder Gurken” volgens verordening (EG) nr. 590/1999 van de Commissie van 18 maart 1999 tot aanvulling van de bijlage van verordening (EG) nr. 1107/96 betreffende de registratie van de geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen in het kader van de procedure van artikel 17 van verordening (EEG) nr. 2081/92 (PB 1999, L 74, blz. 8).

36 Arrest van 6 december 2001, *Carl Kühne e.a.* (C-269/99, EU:C:2001:659, punten 57 en 58). Zie in die zin ook arrest van 2 juli 2009, *Bavaria en Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415, punten 64-67).

37 Dat was het geval bij de bekendmakingen door het Italiaanse stembureau, waarop arrest van 30 april 2009, *Italia en Donnici/Parlement* (gevoegde zaken C-393/07 en C-9/08, EU:C:2009:275, punten 74 en 75), en beschikking van de president van het Hof van 13 januari 2009, *Occhetto en Parlement/Donnici* [C-512/07 P(R) en C-15/08 P(R), EU:C:2009:3], betrekking hebben. Door in afwijking van deze bekendmaking het mandaat van Donnici niet geldig te verklaren en het mandaat van Occhetto te bekrachtigen, heeft het bestreden besluit artikel 12 van die Akte geschonden.

38 Arresten van 11 november 1981, *IBM/Commissie* (60/81, EU:C:1981:264, punt 12), en 13 oktober 2011, *Deutsche Post en Duitsland/Commissie* (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656).

75. In het arrest Nederland/Commissie³⁹ heeft het Hof het onderscheid gemaakt tussen samengestelde procedures waarbij de beslissingsbevoegdheid bij de instellingen van de Unie ligt en procedures waarin het optreden van de nationale autoriteiten doorslaggevend is. Het heeft meer in het bijzonder verklaard dat de gemeenschappelijke marktordening in de sector bananen niet gebaseerd was op een gedecentraliseerd beheer van het tariefcontingent met een beslissingsbevoegdheid voor de lidstaten.⁴⁰

76. Een andere samengestelde procedure met definitieve beslissingsbevoegdheid van de instellingen van de Unie werd onderzocht in het arrest Greenpeace France e.a.⁴¹, dat meer in het bijzonder betrekking had op de vergunning voor het in de handel brengen van een genetisch gemodificeerde maïssoort overeenkomstig richtlijn 90/220/EEG⁴². Het Hof oordeelde dat wanneer een nationale rechterlijke instantie vaststelt dat de bevoegde nationale instantie wegens onregelmatigheden in het verloop van haar in artikel 12, lid 1, van richtlijn 90/220 bedoelde onderzoek van de kennisgeving, het dossier niet op goede gronden met een gunstig advies aan de Commissie heeft kunnen toezenden in de zin van lid 2 van dit artikel, dat niet betekent dat die rechterlijke instantie de geldigheid van het besluit van de Commissie kan controleren, aangezien die bevoegdheid indirect voorbehouden is aan het Hof, via een prejudiciële geldigheidsvraag.⁴³

77. Tot slot heeft het Hof in het arrest Zweden/Commissie⁴⁴ een andere soort samengestelde procedure met controle door de autoriteiten van de Unie onderzocht. Het betrof het verzoek om toegang tot documenten van de instellingen, wanneer die van de lidstaten afkomstig zijn, zoals voorzien in de artikelen 4 en 5 van verordening (EG) nr. 1049/2001⁴⁵. De instelling van de Unie neemt het besluit om de gevraagde toegang tot het document te weigeren of te verlenen, nadat de lidstaat waaruit het document afkomstig is zijn toestemming heeft gegeven.

78. Het Hof was van oordeel dat dit een procedure was waaraan zowel de gemeenschapsinstelling als de betrokken lidstaat deelneemt, teneinde te bepalen of toegang tot een document moet worden geweigerd op grond van een van de in artikel 4, leden 1 tot en met 3, van deze verordening neergelegde materiële uitzonderingen.

79. In dergelijke omstandigheden, zo verklaarde het Hof, „behoort het tot de bevoegdheid van de gemeenschapsrechter om op verzoek van de belanghebbende aan wie door de instelling toegang tot een document is geweigerd, te toetsen of die weigering op bedoelde uitzonderingen kon worden gebaseerd, ongeacht of die weigering voortvloeit uit de beoordeling van die uitzonderingen door de

39 Arrest van 17 oktober 1995 (C-478/93, EU:C:1995:324, punten 34-40).

40 De lidstaten hadden van de Raad noch van de Commissie beslissingsbevoegdheid gekregen voor het beheer van het invoercontingent. Zij moesten enkel bepaalde technische taken verrichten, voor rekening en onder toezicht van de Commissie (bijvoorbeeld de lijst van marktdeelnemers vaststellen alsmede de hoeveelheid bananen die elke marktdeelnemer in de laatste drie jaren waarover gegevens beschikbaar zijn, heeft verkocht). Deze rol van de lidstaten bij het verzamelen en doorgeven van de gegevens belette echter niet, dat de Commissie, die belast was met het dagelijks beheer van de gemeenschappelijke marktordening, de juistheid van die gegevens kon controleren en ze kon corrigeren wanneer bleek dat dubbelstellingen de grondslag van de invoerregeling dreigden te vervalsen.

41 Arrest van 21 maart 2000 (C-6/99, EU:C:2000:148).

42 Richtlijn van de Raad van 23 april 1990 inzake de doelbewuste introductie van genetisch gemodificeerde organismen in het milieu (PB 1990, L 117, blz. 15), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/35/EG van de Commissie van 18 juni 1997 houdende tweede aanpassing aan de vooruitgang van de techniek van richtlijn 90/220 (PB 1997, L 169, blz. 72). Voor de vergunning van genetisch gemodificeerd zaaigoed moest een verzoek worden ingediend bij de bevoegde nationale autoriteit. Die bracht na de effecten op de menselijke gezondheid en het milieu te hebben onderzocht een gunstig advies uit aan de Commissie. De Commissie zond het verzoek op haar beurt aan alle lidstaten toe zodat zij eventuele bezwaren kenbaar konden maken. Als de Commissie een „gunstig besluit” heeft genomen, overeenkomstig artikel 13, lid 4, van de genoemde richtlijn, is de bevoegde instantie verplicht de „schriftelijke toestemming” te verlenen, zodat het product in de handel kan worden gebracht.

43 Arrest van 21 maart 2000, Greenpeace France e.a. (C-6/99, EU:C:2000:148, punt 57).

44 Arrest van 18 december 2007 (C-64/05 P, EU:C:2007:802).

45 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43).

instelling zelf dan wel door de lidstaat. Voor het overige dient te worden opgemerkt dat jegens de belanghebbende de tussenkomst van de lidstaat er niet aan afdoet dat de beslissing die de instelling nadien tot hem richt in antwoord op het door hem bij haar ingediende verzoek om toegang tot een document dat in haar bezit is, een communautaire beslissing is”.⁴⁶

B. Administratieve procedure voor de goedkeuring van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen

80. De (verplichte) goedkeuring van gekwalificeerde deelnemingen moet verzekeren dat alleen natuurlijke of rechtspersonen die de goede werking van het bankwezen niet in het gedrang brengen, er toegang toe hebben. De beoordeling is meer in het bijzonder bedoeld om na te gaan of de kandidaat-verwerver een goede reputatie geniet en over de nodige financiële soliditeit beschikt opdat de entiteit waarvan aandelen worden verworven aan de prudentiële vereisten blijft voldoen. De beoordeling helpt ook voorkomen dat de transactie zou worden gefinancierd met middelen uit onwettige activiteiten.

81. In artikel 2, punt 8, van de GTM-verordening wordt verwezen naar de definitie van „gekwalificeerde deelneming” in artikel 4, lid 1, punt 36, verordening (EU) nr. 575/2013⁴⁷. Onder gekwalificeerde deelneming wordt verstaan: het in een onderneming, direct of indirect, bezitten van 10 % of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen.

82. Artikel 22 van de CRD IV-richtlijn schrijft voor dat de verwerving of vergroting⁴⁸ van gekwalificeerde deelnemingen vooraf moet worden goedgekeurd. Alle toezichthouders van de Unie, zowel van de lidstaten die deel uitmaken van de bankenunie als van die welke er geen deel van uitmaken, moeten de goedkeuringsprocedure in acht nemen.

1. Criteria voor het verlenen van de goedkeuring

83. In artikel 23 van de CRD IV-richtlijn worden de materiële criteria voor de beoordeling van de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen geharmoniseerd.⁴⁹ Het gaat echter om een gedeeltelijke harmonisering, aangezien de richtlijn geen nadere informatie bevat over hoe kan worden voldaan aan de afzonderlijke criteria, die overeenkomstig de nationale voorschriften moeten worden beoordeeld.

84. Teneinde de praktijk in de lidstaten te homogeniseren, hebben de Europese toezichthoudende autoriteiten in 2016 Gemeenschappelijke richtsnoeren inzake de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector vastgesteld.⁵⁰ Wat bankinstellingen betreft, wordt de rechtsgrondslag voor deze richtsnoeren gevormd door

⁴⁶ Arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punt 94); zie in die zin ook beschikking van de president van het Hof van 13 januari 2009, Occhetto en Parlement/Donnici [C-512/07 P(R) en C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punt 53].

⁴⁷ Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2013, L 176, blz. 1).

⁴⁸ De verwerving van een gekwalificeerde deelneming wordt in artikel 22 van de CRD IV-richtlijn op dezelfde manier behandeld als de rechtstreekse of middellijke vergroting van een gekwalificeerde deelneming, waardoor het percentage van de gehouden stemrechten of aandelen in het kapitaal 20 %, 30 % of 50 % bereikt of overschrijdt, dan wel de kredietinstelling haar dochteronderneming wordt.

⁴⁹ Het betreft de reputatie van de kandidaat-verwerver; de reputatie en ervaring van de leden van de nieuwe voorgestelde directie; de financiële soliditeit van de kandidaat-verwerver; de invloed in de instelling en het risico van banden met witwasoperaties of terrorismefinanciering.

⁵⁰ Gemeenschappelijke richtsnoeren van de EBA, de Eiopa en de ESMA inzake de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector (JC/GL/2016/01), blz. 15-24. De verschillende taalversies zijn te vinden op de website van het Joint Committee of the European Supervisory Authorities op <https://esas-joint-committee.europa.eu/Pages/Guidelines/Joint-Guidelines-on-the-prudential-assessment-of-acquisitions-and-increases-of-qualifying-holdings-in-the-banking,-insuranc.aspx>

artikel 16, lid 1, van verordening (EU) nr. 1093/2010⁵¹, waarin is bepaald dat de Europese Bankautoriteit met het oog op het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken binnen het ESFS en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht de richtsnoeren en aanbevelingen tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen richt.

85. Hoewel de richtsnoeren niet-bindende rechtshandelingen zijn, verbinden de lidstaten zich ertoe al het mogelijke te doen om zich aan deze richtsnoeren (en aan de aanbevelingen) te houden volgens het zogeheten „comply or explain”-beginsel.⁵² Volgens de informatie die tijdens de terechtzitting werd aangedragen, hebben de Italiaanse autoriteiten ervoor gekozen deze richtsnoeren van 2016 toe te passen bij een besluit van het Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (interministerieel comité voor het krediet- en spaarwezen) dat in 2017 werd vastgesteld.

2. Goedkeuringsprocedure

86. De procedure voor het verlenen van dit soort goedkeuringen is geregeld in artikel 4, lid 1, onder c), artikel 6, lid 4, en artikel 15 van de GTM-verordening, aangevuld met de artikelen 85 tot en met 87 van de GTM-kaderverordening.

87. Volgens artikel 4, lid 1, onder c), gelezen in samenhang met artikel 6, lid 4, van de GTM-verordening, heeft de ECB de exclusieve bevoegdheid om verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in alle aan het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme onderworpen kredietinstellingen te beoordelen en erover te beslissen, ongeacht of zij meer of minder belangrijk zijn en of zij onder het rechtstreekse toezicht door de ECB of door de NBA's staan.

88. Daaruit blijkt dat met de GTM-verordening een „waarlijk geïntegreerd toezichtsmechanisme” tot stand is gebracht. Dat betekent dat de belangrijkste processen in het algemeen voor alle kredietinstellingen gelijk zijn, ongeacht of de instelling belangrijk of minder belangrijk is, en dat hierbij zowel de ECB als de NBA's betrokken zijn.

89. De gemeenschappelijke administratieve procedures die zijn ingevoerd bij de GTM-verordening worden gebruikt voor het verlenen van vergunningen die toegang bieden tot de werkzaamheden van een bank of voor het intrekken daarvan, en voor de beoordeling van verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen.

90. De ECB oefent haar bevoegdheid om verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen te controleren uit volgens de voorwaarden die zijn vastgesteld in artikel 15 van de GTM-verordening, aangevuld met de artikelen 85 tot met 87 van de GTM-kaderverordening. In de procedure die daartoe dient te worden gevolgd, treedt de ECB op als besluitvormend orgaan en zijn de NBA's belast met de voorbereiding van de besluiten.

91. De procedure verloopt als volgt⁵³:

- Meldingen van een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming moeten altijd worden ingediend bij de relevante NBA. Dit is de NBA van de lidstaat waar de verworven instelling is gevestigd.

51 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB 2010, L 331, blz. 12; hierna: „EBA-verordening”).

52 Volgens artikel 16, lid 3, tweede alinea, van de EBA-verordening „bevestigt elke bevoegde autoriteit [binnen twee maanden nadat een richtsnoer of aanbeveling is gegeven] of zij aan dat richtsnoer of die aanbeveling voldoet of voornemens is die op te volgen. Wanneer een bevoegde autoriteit daaraan niet voldoet of niet voornemens is die op te volgen, stelt zij de Autoriteit daarvan in kennis, met opgave van de redenen.”

53 ECB, *Gids voor banktoezicht*, 2014, blz. 27-30.

- De NBA moet een melding van het voornemen om een gekwalificeerde deelneming te verwerven of te vergroten vijf werkdagen na bevestiging van ontvangst aan de indiener aan de ECB melden. Een gemeenschappelijke procedure kan niet worden voltooid zolang de vereiste informatie niet is ingediend. Indieneren moeten er derhalve voor zorgen dat hun aanvragen compleet en goed gestructureerd zijn. Indien er bij de eerste controle van een aanvraag omissies of afwijkingen worden geconstateerd, zal de ontvangende NBA de indiener onmiddellijk verzoeken de benodigde aanpassingen te maken.
- Zodra aanvragen zijn ingediend en hun volledigheid is vastgesteld, worden ze nogmaals door de ontvangende NBA, de ECB en eventuele andere betrokken NBA's beoordeeld. Deze beoordeling moet garanderen dat alle relevante partijen een goed inzicht in het bedrijfsmodel en de levensvatbaarheid ervan krijgen. Om dit te bereiken omvat de beoordeling alle criteria die in de relevante nationale en EU-wetgeving worden vermeld.
- De NBA stuurt de ECB een conceptbesluit waarin ze aangeeft wel of geen bezwaar tegen de verwerving of vergroting van de gekwalificeerde deelnemingen te hebben. Het definitieve besluit over de goedkeuring of afwijzing wordt vervolgens door de ECB genomen. Als een aanvraag moet worden afgewezen of aanvullende voorwaarden moeten worden opgelegd, zal deze verder middels een hoorzitting worden afgehandeld.
- Het besluit waarmee de procedure wordt afgerond, wordt genomen door de ECB, waarbij de gebruikelijke besluitvormingsprocedure voor het bankwezen wordt gevolgd, zoals bepaald in artikel 26, leden 6 en 8, van de GTM-verordening: de raad van toezicht van de ECB legt de raad van bestuur van de ECB het volledige ontwerpbesluit voor, dat wordt geacht te zijn aangenomen tenzij binnen ten hoogste tien werkdagen bezwaar wordt gemaakt.
- Zodra een definitief besluit is genomen wordt de indiener hiervan op de hoogte gesteld door de ECB. Als de verwerving wordt geweigerd of de kandidaat-verwerver van mening is dat het besluit hem schaadt, kan hij de bij artikel 24 van de GTM-verordening ingestelde administratieve raad voor toetsing van de ECB verzoeken om het besluit te toetsen.

C. Eerste prejudiciële vraag: rechterlijke toetsing van nationale voorbereidende handelingen in de procedure voor de goedkeuring van verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen

92. De procedure voor de goedkeuring van verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in financiële instellingen is, zoals ik heb toegelicht, een samengestelde procedure. In deze procedure is immers een rol weggelegd voor zowel de ECB, als besluitvormend orgaan, als de NBA's, die instaan voor de voorbereiding van de besluiten. Ik zal eerst ingaan op de vragen in verband met de beslissingsbevoegdheid tot afronding van de procedure en vervolgens op de rechterlijke toetsing van het definitieve besluit dat in die procedure moet worden genomen.

1. Uiteindelijke beslissingsbevoegdheid

93. Het optreden van de NBA's beperkt zich, na de indiening van de aanvraag, tot de controle op de naleving van de voorwaarden om de transactie goed te keuren, zoals vastgesteld in het Unierecht en het nationale recht. Hun taak is volbracht als zij een ontwerp- of conceptbesluit voorleggen aan de ECB, die geenszins gebonden is door dergelijke ontwerpbesluiten.

94. Zodra dat ontwerpbesluit is voorgesteld, komt de samengestelde procedure in de besluitvormingsfase, die reeds volledig onder de verantwoordelijkheid valt van de ECB, die de aanvraag tot verwerving of vergroting van de gekwalificeerde deelneming goedkeurt of verwierpt. Dit is mijns inziens een exclusieve beslissingsbevoegdheid van de ECB, en wel om de volgende redenen.

95. Ten eerste schrijft artikel 87 van de GTM-kaderverordening voor dat „de ECB beslist of zij wel of niet bezwaar heeft tegen de verwerving op basis van haar beoordeling van de voorgestelde verwerving en het ontwerpbesluit van de NBA”. Zoals Banca d'Italia aanvoert, is uit die bepaling af te leiden dat de ECB volledig bevoegd is voor het beoordelen van de feitelijke en juridische elementen wanneer zij haar eindbesluit moet vaststellen. Het voorstel dat de NBA aan de ECB voorlegt, is een van de elementen in die beoordeling, maar niet noodzakelijk het enige. Niets belet de ECB zelfstandig onderzoeken te verrichten⁵⁴ en tot een andere conclusie te komen dan die van het voorstel van de NBA, waardoor zij niet gebonden is.⁵⁵

96. Het ontwerp van de NBA is, zoals ik al aangaf, uit juridisch oogpunt niet bepalend voor het latere besluit van de ECB. Het kan het besluit van die laatste, naargelang van de merites daarvan, in meer of mindere mate beïnvloeden, maar dat geldt evenzeer voor andere handelingen (zoals een niet-bindend advies), binnen om het even welke procedure. De NBA heeft geen specifieke beslissingsbevoegdheid; zij is alleen bevoegd om de eerste fase van de procedure uit te voeren zodra een goedkeuringsverzoek is ingediend. Het betreft hier derhalve geen procedure van medebeslissing tussen de NBA en de ECB, zoals Berlusconi in zijn schriftelijke opmerkingen te verstaan lijkt te geven.

97. Ten tweede kan de ECB haar eindbesluit wijzigen in afwijking van het voorstel van de NBA, na tussenkomst van de administratieve raad voor toetsing⁵⁶, indien het beroep van de kandidaat-verwerver geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen.⁵⁷ De ECB kan in haar eindbesluit bovendien voorwaarden voor de goedkeuring van de verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming opnemen die niet in het voorstel van de NBA zijn vermeld.

98. Ten derde betekent het feit dat de eerste fase van de procedure voor de NBA wordt gevoerd niet dat de ECB er niet bij is betrokken. In artikel 85, lid 1, van de GTM-kaderverordening is bepaald dat de NBA die een kennisgeving ontvangt inzake het voornemen tot verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling de ECB op de hoogte brengt van een dergelijke kennisgeving, zulks niet later dan vijf werkdagen na de bevestiging van ontvangst. Bovendien is in artikel 6, lid 2, van de GTM-verordening bepaald dat de ECB en de NBA's zijn gehouden tot loyale samenwerking te goeder trouw en tot informatie-uitwisseling.

99. Ten vierde stelt de NBA de aanvrager niet in kennis van het ontwerpbesluit dat door haar wordt voorgelegd aan de ECB, hetgeen bevestigt dat dit besluit een louter voorbereidend intern besluit is met het oog op het eindbesluit van de ECB, zonder juridische betekenis voor die laatste of voor derden.⁵⁸

54 In deze zaak heeft de ECB enkele paragrafen gewijzigd van het ontwerpbesluit dat door Banca d'Italia werd voorgelegd, naar aanleiding van de opmerkingen van Fininvest tijdens de hoorzitting voor de ECB. Dit zou, voor zover nodig, bevestigen dat de ECB dit soort procedures onafhankelijk kan afronden.

55 Zie in die zin ook Lackhoff, K., *Single Supervisory Mechanism. A Practitioner's Guide*, Beck, Hart, Nomos, München, 2017, blz. 172: de procedure voor de goedkeuring van gekwalificeerde deelnemingen „does not consist in a two-step procedure (with a national and an ECB part) as the authorization procedure but is in its entirety an ECB supervisory procedure”.

56 Besluit ECB/2014/16 van 14 april 2014 betreffende de oprichting van een administratieve raad voor toetsing en zijn werkwijze (PB 2014, L 175, blz. 47). Zie wat het optreden van dit intern orgaan voor administratieve toetsing betreft Brescia Morra, C., Smits, R., Magliari, A., „The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years”, *European Business Organisation Law Review*, 2017, blz. 567-589.

57 Tijdens de terechtzitting heeft de ECB bevestigd dat deze hypothese niet gebruikelijk is.

58 Het ontwerpbesluit van de NBA wordt in alle gevallen opgesteld in het Engels met het oog op de toezending aan de ECB, aangezien dat de taal is waarin de NBA's en de ECB communiceren in het kader van het GTM (artikel 23 van de GTM-kaderverordening). Het eindbesluit van de ECB wordt vertaald naar de taal van de aanvrager.

100. Ten vijfde onderscheidt de procedure voor de goedkeuring van verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen zich van andere, soortgelijke procedures, zoals de vergunningsprocedure voor het uitoefenen van de werkzaamheden van een bank. In die laatste is de NBA overeenkomstig artikel 14, lid 2, van de GTM-verordening⁵⁹ bevoegd om zelfstandig het besluit te nemen om de vergunningsaanvraag te verwerpen, welk besluit zij aan de aanvrager meedeelt en dat effecten jegens hem en jegens derden sorteert. Het gaat om een definitieve handeling, waarvan de rechterlijke toetsing kan worden verricht door de nationale rechterlijke instanties, die daarbij prejudiciële vragen kunnen voorleggen aan het Hof. In de procedure voor de goedkeuring van verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen hebben de NBA's die bevoegdheid echter niet.

101. Ten zesde is in artikel 22, lid 6, van de CRD IV-richtlijn bepaald dat indien de bevoegde autoriteiten zich binnen de beoordelingsperiode niet schriftelijk tegen de voorgenomen verwerving verzetten, deze wordt geacht te zijn goedgekeurd. Indien de NBA's niets ondernemen, kan de ECB optreden om te verhinderen dat deze stilzwijgende toestemming wordt toegepast (overeenkomstig artikel 9, lid 1, derde zin, van de GTM-verordening)⁶⁰ en de NBA verplichten om zich uit te spreken over de aanvraag tot goedkeuring van een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming. Daaruit blijkt dat de ECB vanaf het begin bij deze procedure is betrokken en dat deze instelling het uitsluitende zeggenschap heeft in deze procedure.

2. Rechterlijke toetsing van de besluiten die in het kader van deze procedures worden gegeven

102. Nu vaststaat dat de goedkeuring voor de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen in financiële instellingen volgens een samengestelde procedure wordt behandeld, waarin de definitieve beslissingsbevoegdheid uitsluitend aan de ECB toebehoort, moet de rechterlijke toetsing van de besluiten die in het kader van die procedure worden genomen, worden verduidelijkt.

103. Om te bepalen welke regeling voor de rechterlijke toetsing van toepassing is, wordt zowel in de Borelli-rechtspraak als in de Zweden/Commissie-rechtspraak gekeken naar de verdeling van de bevoegdheden tussen de nationale autoriteiten en de instellingen van de Unie. Wanneer de beslissingsbevoegdheid bij de nationale autoriteiten berust, wordt de Borelli-rechtspraak toegepast; ligt zij bij de Unie, dan is het de Zweden/Commissie-rechtspraak die van toepassing is.

104. Het GTM is een complexe, meerlagige structuur, die bestaat uit de ECB en de NBA's en waarin de ECB een sleutelrol speelt, de verantwoordelijkheid draagt voor de werking van het systeem en toeziet op alle taken binnen het mechanisme.⁶¹ De ECB beschikt daartoe over exclusieve bevoegdheden in het kader van het GTM. Het optreden van de NBA's strookt met de logica van een decentrale uitoefening van die bevoegdheden, en niet met een verdeling van eigen bevoegdheden tussen de ECB en de nationale autoriteiten.⁶²

59 Die bepaling schrijft voor dat indien de aanvrager aan alle vergunningsvoorwaarden voldoet die in de toepasselijke nationale wetgeving van die lidstaat worden gesteld, de nationale bevoegde autoriteit binnen de termijn waarin bij de toepasselijke nationale wetgeving wordt voorzien, een ontwerpbesluit neemt waarin zij de ECB voorstelt de vergunning te verlenen. De ECB en de aanvrager van de vergunning worden van dit ontwerpbesluit in kennis gesteld. In andere gevallen verwerpt de nationale bevoegde autoriteit de vergunningsaanvraag.

60 De precieze tekst luidt: „De ECB kan, voor zover zulks noodzakelijk is om de bij deze verordening aan haar opgedragen taken te verrichten, die nationale autoriteiten bij wijze van instructie verzoeken hun eigen bevoegdheden uit te oefenen krachtens en volgens de in de nationale wetgeving bepaalde voorwaarden, wanneer die bevoegdheden niet bij deze verordening aan de ECB zijn toegekend. Die nationale autoriteiten informeren de ECB volledig over de uitoefening van die bevoegdheden.”

61 Zie de analyses van Chiti, E., en Recine, F., „The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position”, *European Public Law*, 2018, nr. 24, blz. 103-108, en Lamandini, M., en Ramos Muñoz, D., *EU Financial Law*, CEDAM Legal Studies, Wolters Kluwer, 2016, blz. 183-212.

62 Dit idee werd door het Gerecht benadrukt in zijn arrest van 16 mei 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB (T-122/15, EU:T:2017:337, punt 54), waartegen een hogere voorziening is ingesteld (zaak C-450/17 P). Zie het commentaar van D'Ambrosio, R., en Lamandini, M., „La ‚prima volta‘ del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico”, *Giurisprudenza commerciale*, 2017, blz. 594-599; en Adalid, S., „Le MSU, nouveau sous-système de droit de l'Union européenne”, *Revue des affaires européennes*, 2017, nr. 2, blz. 373-370.

105. In de procedure voor de goedkeuring van gekwalificeerde deelnemingen berust de definitieve beslissingsbevoegdheid uitsluitend bij de ECB, net zoals in de meeste samengestelde administratieve procedures van de bankenunie. Parallel daaraan moet de exclusieve bevoegdheid voor het rechterlijke toezicht op de uitoefening van die bevoegdheid toekomen aan het Gerecht en het Hof.⁶³

106. Die stelling is mijns inziens moeilijk te weerleggen. Fininvest heeft inderdaad een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen het besluit van de ECB tot verwerping van de verwerving van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum, dat in behandeling is bij het Gerecht (T-913/16).

107. Het voorbereidende karakter van de handelingen van de NBA in de eerste fase van de procedure bevestigt, voor zover dit nog nodig is, dat het Hof als enige bevoegd is voor de rechterlijke toetsing van zowel de besluiten tot goedkeuring van verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in bankinstellingen als de voorstellen die aan die besluiten voorafgaan.

108. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het alleen mogelijk de geldigheid ter discussie te stellen van handelingen van de instellingen van de Unie, ongeacht de aard of de vorm ervan, die beogen bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen die de verzoeker in zijn belangen raken doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. Handelingen of besluiten die in een uit verschillende fasen bestaande procedure tot stand komen, zijn derhalve slechts voor beroep vatbare handelingen wanneer het maatregelen betreft die aan het einde van die procedure het standpunt (gewoonlijk van de Commissie of de Raad) definitief vastleggen. Louter voorbereidende handelingen of tussenmaatregelen ter voorbereiding van de eindbeschikking, zijn daarentegen niet aanvechtbaar.⁶⁴

109. Deze rechtspraak kan overeenkomstig worden toegepast op procedures waarin het voorbereidende optreden, dat louter bijkomstig is, door een nationale autoriteit wordt verricht. Wanneer de handeling van die autoriteit beperkt is tot een voorstel, dat per definitie geen besluit vormt, is zij dus irrelevant, in die zin dat zij geen rechtsgevolgen kan hebben voor natuurlijke personen of rechtspersonen. Zij is dus niet van dien aard dat zij als dusdanig vatbaar is voor beroep. Eventuele onregelmatigheden bij de uitwerking van het voorstel kunnen bovendien worden aangevoerd in het beroep tegen het eindbesluit waarin de inhoud van dat voorstel is overgenomen.

110. Kortom, de nationale rechterlijke instanties kunnen zich niet uitspreken over louter voorbereidende handelingen van de NBA's in het kader van een samengestelde procedure waarover alleen de ECB beslist. Anders zouden de nationale rechters in werkelijkheid de materiële controle op zich nemen van besluiten die niet door de NBA's worden vastgesteld, maar door de ECB, wat tot paradoxale situaties zou kunnen leiden.⁶⁵

111. Naar mijn oordeel moet de rechterlijke toetsing van alle handelingen die worden vastgesteld in het kader van de procedure voor de goedkeuring van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in bankinstellingen derhalve aan de rechterlijke instanties van de Unie toekomen.

63 Arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punten 93 en 94); zie in die zin ook beschikking van de president van het Hof van 13 januari 2009, Occhetto en Parlement/Donnici en Italië [C-512/07 P(R) en C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punt 53].

64 Zie in het bijzonder de arresten van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, EU:C:1981:264, punten 9 en 10); 9 september 2015, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commissie (C-506/13 P, EU:C:2015:562, punt 16), en 20 september 2016, de Mallis e.a./Commissie en ECB (C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punt 51).

65 De uitspraken van de nationale rechterlijke instantie en van het Hof over een voorbereidende handeling van de NBA met dezelfde inhoud als de handeling van de ECB zouden uiteen kunnen lopen. Die situatie zou zich voordoen als er in deze zaak een uitspraak van de Italiaanse rechter en een andere van het Gerecht zouden zijn, met tegenstrijdige oplossingen.

112. Die toedeling van de rechtsmacht is uiteraard niet zonder problemen. Om het recht op effectieve rechterlijke bescherming van de betrokkenen te waarborgen, moeten de rechters van de Unie, wanneer bij hen bezwaar wordt gemaakt, nagaan of de voorbereidende handelingen van de NBA waarvan de inhoud later is overgenomen door de ECB, gebreken bevatten waardoor zij nietig zijn en die de gehele procedure onherstelbaar hebben aangetast.

113. Uit dat oogpunt moet de mogelijke onwettigheid van het voorstel van Banca d'Italia door het Gerecht worden getoetst in het beroep tot nietigverklaring van het uiteindelijke besluit van de ECB (zaak T-913/16), aangezien die instelling de keuze had om het voorstel van de NBA al dan niet aan te nemen.

114. Die oplossing strookt bovendien met artikel 4, lid 3, van de GTM-verordening.⁶⁶ Daarbij wordt de toepassing van het nationale recht aan de ECB toevertrouwd, die richtlijnen en, in uitzonderlijke gevallen, verordeningen uitwerkt ten aanzien van de bankenunie, hetgeen de uitbreiding van de rechterlijke toetsing door het Hof naar deze situaties ondersteunt.⁶⁷

115. In het licht van bovenstaande argumenten, ben ik van mening dat artikel 263 VWEU:

- het Hof van Justitie de exclusieve bevoegdheid verleent om de wettigheid te controleren van handelingen die worden vastgesteld in het kader van de procedure in artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van de GTM-verordening en de artikelen 85 tot en met 87 van de GTM-kaderverordening, en
- belet dat de nationale rechterlijke instanties de wettigheid controleren van nationale inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en ontwerpbesluiten die door de nationale bevoegde autoriteit worden vastgesteld in het kader van die procedure, die wordt afgesloten met een definitief besluit van de ECB.

D. Tweede prejudiciële vraag: gevolgen van nationale beslissingen met kracht van gewijsde voor de rechterlijke toetsing van nationale voorbereidende handelingen

116. Uit het antwoord dat ik op de eerste vraag in overweging geef, volgt logischerwijs het antwoord op de tweede. Als de exclusieve bevoegdheid voor de rechterlijke toetsing van de in het kader van deze procedures vastgestelde handelingen berust bij het Gerecht en het Hof, en niet bij de nationale rechterlijke instanties, doet het er niet toe of die nationale rechterlijke instanties mogelijk uitspraak dienen te doen in het kader van de „giudizio di ottemperanza” of een andere gerechtelijke procedure op grond van hun nationale recht.

⁶⁶ Deze bepaling luidt als volgt: „Voor het vervullen van de haar bij deze verordening opgedragen taken en het waarborgen van hoogwaardige toezichtsnormen past de ECB alle toepasselijke Uniewetgeving toe, en wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving waarbij die richtlijnen zijn omgezet. Wanneer het toepasselijke Unierecht bestaat uit verordeningen die de lidstaten thans uitdrukkelijk keuzemogelijkheden toekennen, past de ECB tevens de nationale wetgeving toe wanneer door hen van die keuzemogelijkheden gebruikgemaakt wordt.”

⁶⁷ Ook op gebieden van het banktoezicht die geregeld zijn in het nationale recht van de lidstaten en waarvoor het Unierecht geen uitdrukkelijke regeling bevat, acht de ECB zich bevoegd toezicht uit te oefenen en staat zij in voor een brede toepassing van de nationale normen. Dat staat specifiek vermeld in een mededeling aan de NBA's: ECB, *Additional clarification regarding the ECB's competence to exercise supervisory powers granted under national law*, brief SSM/2017/0140 van 31 maart 2017, beschikbaar op https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter_to_SI_Entry_point_information_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612. Zie het commentaar van Smits, R., „Competences and alignment in an emerging future. After L-Bank: how the Eurosystem and the single Supervisory Mechanism may develop”, *ADEMU Working Papers Series*, 2017/077, blz. 16-24.

117. De toekenning van bevoegdheid is immers een noodzakelijke voorwaarde voor de geldigheid van het latere optreden in rechte. Als een rechter niet bevoegd is, kan hij eenvoudigweg niet optreden, ongeacht de procedure. De „giudizio de ottemperanza” is een van die procedures waarmee het Italiaanse procesrecht ervoor probeert te zorgen dat het gezag van gewijsde van eerdere rechterlijke beslissingen wordt geëerbiedigd.⁶⁸

118. Berlusconi en Fininvest willen die juridische weg volgen en het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 inroepen als grond voor de nietigheid van het ontwerpbesluit dat door Banca d’Italia in het kader van de goedkeuringsprocedure aan de ECB werd toegezonden. Als de Italiaanse rechters, zoals ik reeds heb geopperd, echter niet bevoegd zijn om te oordelen over door de NBA’s vastgestelde voorbereidende handelingen, dan moet dit argument voor het Gerecht worden aangevoerd (zoals is gebeurd in het beroep T-913/16) en niet voor de nationale rechters.

119. Ik ben derhalve van mening dat de procedurele autonomie van de Italiaanse Staat niet kan worden ingeroepen om te rechtvaardigen dat het (eventuele) gezag van gewijsde van het arrest van 3 maart 2016 een nationale rechterlijke instantie de bevoegdheid verleent om de wettigheid van de handelingen van Banca d’Italia met het oog op de voorbereiding van het eindbesluit van de ECB te toetsen.

120. Ik denk dan ook niet dat het Hof verder dient te gaan, en zich zou moeten mengen in het lopende debat over de gevolgen van dat arrest voor deze zaak. Louter subsidiair zal ik echter toelichten waarom ik van mening ben dat het geding waarover uitspraak is gedaan in het arrest van 3 maart 2016 noch subjectief noch objectief identiek is aan het onderhavige geding (hetgeen noodzakelijk is voor de beoordeling van het gezag van gewijsde).

121. Wat de objectieve identiteit betreft:

- het voornoemde beroep had betrekking op besluit nr. 976145/14 van Banca d’Italia en IVASS van 7 oktober 2014, waarin werd verklaard dat Berlusconi niet voldeed aan het reputatievereiste voor het houden van gekwalificeerde deelnemingen in financiële intermediairs;
- dit geding heeft betrekking op de wettigheid van het voorstel van Banca d’Italia (dat nadien is overgenomen in het ECB-besluit van 2016), waarin zij zich verzet tegen de indirecte verwerving van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum door Berlusconi via Fininvest. Dat verzet berustte op de onherroepelijke veroordeling tot een gevangenisstraf van vier jaar voor belastingfraude waarnaar werd verwezen in het arrest van de Consiglio di Stato. Zowel Banca d’Italia als de ECB heeft echter ook andere elementen beoordeeld, waarvan sommige dateren van na het arrest van 3 maart 2016, om tot het oordeel te komen dat niet aan het reputatievereiste voor verwervers was voldaan.⁶⁹

122. Wat de subjectieve identiteit betreft:

- de ECB heeft niet deelgenomen aan de procedure die heeft geleid tot het arrest van 3 maart 2016 en kon daar ook niet aan deelnemen, terwijl zij in de procedure in de onderhavige zaak een cruciale rol speelt;

⁶⁸ Zoals de Commissie tijdens de terechtzitting heeft opgemerkt, als reactie op het feit dat de advocaten van Berlusconi bleven aandringen op het unieke karakter van dit Italiaanse procedurele instrument, bestaan er in talrijke lidstaten gerechtelijke mechanismen die beogen het gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen te waarborgen.

⁶⁹ In punt 2.2.1 van haar besluit van 2016 heeft de ECB de strafrechtelijke of sanctieprocedures tegen Ubaldo Livolsi, Ferdinando Superti Furga en Silvio Berlusconi en tegen Fininvest in aanmerking genomen, waarbij zij zowel heeft gekeken naar lopende procedures als naar procedures met al dan niet onherroepelijke veroordelingen, om te oordelen dat de verwervers van de gekwalificeerde deelneming niet aan het reputatievereiste voldeden in de zin van het Italiaanse en het Unierecht, zoals toegepast overeenkomstig de gemeenschappelijke richtsnoeren van de EBA, de Eiopa en de ESMA inzake de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector.

- in het ECB-besluit van 2016 is gewezen op het gebrek aan betrouwbaarheid van de verwervers, dat niet alleen wordt toegeschreven aan de „meerderheidsaandeelhouder en uiteindelijke gerechtigde, Berlusconi, maar ook aan een ander lid van de raad van bestuur en een lid van de raad van toezicht van Fininvest SpA en aan Fininvest zelf”.⁷⁰

123. Voorts gaat het om andere verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen, is er een andere regeling van toepassing en is de procedure gewijzigd, waardoor de beslissingsbevoegdheid nu uitsluitend aan de ECB toekomt.

124. Aangezien er derhalve geen sprake is van objectieve noch van subjectieve identiteit tussen het geding dat is beslecht bij onherroepelijk arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016, en het onderhavige geding, kan de toepassing van het beginsel van gezag van gewijsde moeilijk worden aanvaard.

125. Ten slotte, en meer subsidiair, kan het beginsel van gezag van gewijsde niet worden ingeroepen om de uitvoering te garanderen van arresten die duidelijk in strijd zijn met de rechtsregels van de Unie⁷¹, zoals arresten die zouden kunnen treden in de exclusieve bevoegdheid van de ECB om verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen goed te keuren.

IV. Conclusie

126. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging op de prejudiciële vragen van de Consiglio di Stato te antwoorden als volgt:

„1) Artikel 263 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en met de artikelen 85, 86 en 87 van verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten:

- verleent het Hof van Justitie van de Europese Unie de exclusieve bevoegdheid om de wettigheid na te gaan van de handelingen die worden vastgesteld in het kader van de in voornoemde artikelen van beide verordeningen bedoelde procedure voor de goedkeuring van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in bankinstellingen, en
 - belet dat de nationale rechterlijke instanties de wettigheid nagaan van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en ontwerpbesluiten die door de nationale bevoegde autoriteiten worden vastgesteld in het kader van die procedure, die wordt afgesloten met een definitief besluit van de Europese Centrale Bank.
- 2) De onbevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties om de wettigheid van de in het kader van deze procedure vastgestelde handelingen na te gaan, kan niet worden weerlegd middels een tenuitvoerleggingsprocedure (*giudizio di ottemperanza*) wegens schending of ontwijking van het gezag van gewijsde van een eerdere beslissing van een nationale rechter.”

⁷⁰ Punt 2.2.2 in fine van het ECB-besluit van 2016.

⁷¹ In het arrest van 18 juli 2007, *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434), heeft het Hof in wezen geoordeeld dat het Unierecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, voor zover toepassing daarvan in de weg staat aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het Unierecht is verleend en waarvan de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt bij een definitief geworden besluit van de Europese Commissie is vastgesteld (arresten van 3 september 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punt 25; 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 61, en 11 november 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742, punt 45).