



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 27 juni 2018¹

Mål C-219/17

Silvio Berlusconi,
Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)
mot
Banca d'Italia,
Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS),
Intervenient:
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

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Tillsyn över kreditinstitut – Gemensam tillsynsmekanism – Förvärv av ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut – Unionens sammansatta administrativa förfaranden – Domstolsprövning i sammansatta administrativa förfaranden – Domstol som är behörig att pröva en talan som väckts mot åtgärder som vidtagits av en nationell myndighet – Principen om rättskraft”

1. Bankunionen har utgjort en hörnsten i den europeiska integrationsprocessen ända sedan den gemensamma valutan infördes. Trots dess enorma tekniska komplexitet har regelverket kring denna union utarbetats synnerligen fort, som en reaktion på den stora finanskrisen 2008.
2. Medlemsstaterna har överlåtit befogenheter till unionens institutioner som rör tillsyn över och upplösning av kreditinstitut när dessa har solvensproblem. Europeiska centralbanken (nedan kallad ECB) har getts rätt att utöva merparten av dessa befogenheter som medlemsstaterna har överlåtit. Medlemsstaternas nationella tillsynsmyndigheter utgör emellertid fortfarande en viktig del av den gemensamma tillsynsmekanismen för banker (nedan kallad tillsynsmekanismen).
3. De unionsrättsliga bestämmelser som reglerar tillsynsmekanismen föreskriver olika administrativa förfaranden där ECB och de nationella tillsynsmyndigheterna medverkar. Sådana förfaranden är inget nytt i unionsrätten utan har funnits tidigare, bland annat inom områden som rör strukturfonder, jordbruk och utnämning av ledamöter till Europaparlamentet. Inom bankunionen används de i mycket högre utsträckning än inom andra områden.

¹ Originalspråk: spanska.

4. I förevarande mål ges domstolen möjlighet att för första gången (om jag inte tar miste) uttala sig om ett av dessa nya förfaranden, nämligen det som reglerar godkännande av förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i kreditinstitut.

5. Den fråga som ska avgöras här är vilken domstol som ska pröva åtgärder som vidtas inom ramen för ett sådant förfarande. Närmare bestämt undrar den hänskjutande domstolen huruvida vissa förslag till beslut som de nationella tillsynsmyndigheterna lägger fram för ECB får överklagas till nationella domstolar eller om deras innehåll och ECB:s efterföljande slutliga beslut bara får prövas av Europeiska unionens domstol.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

6. Om det förfarande genom vilket de beslut som har överklagats till den hänskjutande domstolen har fattats handlar följande unionsrättsliga bestämmelser:

- Artiklarna 22 och 23 i direktiv 2013/36/EU² genom vilket Basel III-regelverket som antagits av Baselkommittén för banktillsyn – som handlar inom ramen för Banken för internationell betalningsutjämning³ – har införlivats med unionsrätten.
- Artiklarna 1.5 och 15 i förordning (EU) nr 1024/2013.⁴
- Artiklarna 85–87 i förordning (EU) nr 468/2014.⁵

1. CRD IV-direktivet

7. Artikel 22 ("Anmälan och bedömning av tilltänkta förvärv") har följande lydelse:

"1. Medlemsstaterna ska kräva att alla fysiska eller juridiska personer, eller sådana personer som handlar i samförstånd (nedan kallade tilltänkta förvärvare), som har fattat ett beslut om att direkt eller indirekt förvärva ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut eller om att ytterligare öka, direkt eller indirekt, ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut, varigenom andelen av röstetalet eller kapitalet kommer att överstiga 20 %, 30 % eller 50 % eller så att kreditinstitutet kommer att få ställning som dotterföretag (nedan kallat tilltänkt förvärv), skriftligen före förvärvet underrättar de behöriga myndigheterna för det kreditinstitut i vilket de avser att förvärva eller ytterligare öka ett kvalificerat innehav om storleken på det tilltänkta innehavet samt lämnar relevanta uppgifter i enlighet med artikel 23.4. ...

2. Utan dröjsmål och under alla förhållanden senast två arbetsdagar efter mottagandet ska de behöriga myndigheterna skicka ett skriftligt mottagningsbevis för en underrättelse som avses i punkt 1 eller ytterligare uppgifter som avses i punkt 3 till den tilltänkta förvärvaren.

² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag, om ändring av direktiv 2002/87/EG och om upphävande av direktiv 2006/48/EG och 2006/49/EG (EUT L 176, 2013, s. 338) (CRD IV-direktivet).

³ Det regelverk som kallas Basel III utgörs av ett antal åtgärder som har antagits internationellt och som Baselkommittén för banktillsyn har utvecklat som svar på finanskrisen. Syftet med dem är att stärka regleringen av och tillsynen över bankerna och deras riskhantering. Se informationen om detta på Baselkommittén för banktillsyns webbplats https://www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm.

⁴ Rådets förordning av den 15 oktober 2013 om tilldelning av särskilda uppgifter till Europeiska centralbanken i fråga om politiken för tillsyn över kreditinstitut (EUT L 287, 2013, s. 63) (nedan kallad SSM-förordningen).

⁵ Europeiska centralbankens förordning av den 16 april 2014 om upprättande av ramen för samarbete inom den gemensamma tillsynsmekanismen mellan Europeiska centralbanken och nationella behöriga myndigheter samt med nationella utsedda myndigheter (ramförordning om den gemensamma tillsynsmekanismen [SSM]) (EUT L 141, 2014, s. 1).

...

3. De behöriga myndigheterna får under bedömningsperioden vid behov, och inte senare än den femtionde arbetsdagen i bedömningsperioden, begära ytterligare uppgifter som krävs för att slutföra bedömningen. Denna begäran ska vara skriftlig och ska klart ange vilka ytterligare uppgifter som krävs.

... Om de behöriga myndigheterna därefter begär ytterligare uppgifter för komplettering eller förtydligande, vilket de själva får besluta om, får detta inte leda till att bedömningsperioden suspenderas.

...

5. Om de behöriga myndigheterna beslutar att motsätta sig det tilltänkta förvärvet, ska de inom två arbetsdagar efter avslutad bedömning och inom bedömningsperioden skriftligen underrätta den tilltänkta förvärvaren om detta och ange skälen till beslutet. Om inget annat följer av nationell rätt kan en lämplig motivering av beslutet på den tilltänkta förvärvarens begäran göras tillgänglig för allmänheten. Detta ska inte hindra en medlemsstat från att ge den behöriga myndigheten befogenhet att offentliggöra informationen utan att den tilltänkta förvärvaren begär detta.

6. Om de behöriga myndigheterna inom bedömningsperioden inte skriftligen motsätter sig det tilltänkta förvärvet, ska förslaget anses vara godkänt.

7. De behöriga myndigheterna får fastställa en maximiperiod inom vilken det tilltänkta förvärvet skall vara genomfört och förlänga den när det är lämpligt.

8. Medlemsstaterna får inte införa strängare krav på de berörda myndigheternas underrättelse och godkännande av ett direkt eller indirekt förvärv av rösträtter eller kapital än de som föreskrivs i detta direktiv.

...”

8. Artikel 23 (”Bedömningskriterier”) har följande lydelse:

”1. Vid bedömningen av anmälan enligt artikel 22.1 och de uppgifter som avses i artikel 22.3 ska de behöriga myndigheterna, i syfte att säkerställa sund och ansvarsfull ledning av det kreditinstitut som förvärvet gäller och med beaktande av den tilltänkta förvärvarens sannolika påverkan på kreditinstitutet, bedöma om den tilltänkta förvärvaren är lämplig och om det tilltänkta förvärvet är ekonomiskt sunt i enlighet med följande kriterier:

- a) Den tilltänkta förvärvarens anseende:
- b) Anseende, kunskaper, färdigheter och erfarenheter, i enlighet med artikel 91.1, för de medlemmar i ledningsorganet och medlemmar i den verkställande ledningen som kommer att leda kreditinstitutets verksamhet efter det tilltänkta förvärvet.
- c) Den tilltänkta förvärvarens ekonomiska ställning, särskilt när det gäller den typ av verksamhet som bedrivs eller ska bedrivas i det kreditinstitut som förvärvet gäller.

...

2. De behöriga myndigheterna får endast motsätta sig det tilltänkta förvärvet om det finns rimlig anledning enligt kriterierna i punkt 1 eller om de uppgifter som lämnats av den tilltänkta förvärvaren är ofullständiga.

...”

9. I artikel 119 ("Inkluderande av holdingföretag i gruppbaserad tillsyn") föreskrivs följande i punkt 1:

"1. Medlemsstaterna ska när det är lämpligt besluta om de åtgärder som behövs för att finansiella holdingföretag och blandade finansiella holdingföretag ska omfattas av bestämmelserna om gruppbaserad tillsyn."

2. SSM-förordningen

10. Skäl 11 har följande lydelse:

"... En europeisk bankunion bör ... inrättas, underbyggd av ett heltäckande och detaljerat enhetligt regelverk för finansiella tjänster för hela den inre marknaden och bestående av en gemensam tillsynsmekanism och nya ramar för insättningsgarantier samt rekonstruktion och avveckling. ..." Inom ramen för den gemensamma tillsynsmekanismen ger denna förordning ECB särskilda befogenheter som rör tillsyn över kreditinstitut.

11. I artikel 1 ("Syfte och tillämpningsområde") föreskrivs följande:

"Genom denna förordning tilldelas Europeiska centralbanken (ECB) särskilda uppgifter i samband med tillsynen över kreditinstitut i syfte att bidra till kreditinstitutens säkerhet och sundhet och det finansiella systemets stabilitet inom unionen och inom varje medlemsstat med fullständig hänsyn till och skyldighet att beakta den inre marknads enhetlighet och integritet, på grundval av likabehandling av kreditinstitut i syfte att förebygga regelarbitrage.

...

Denna förordning påverkar inte det ansvar och tillhörande befogenheter som de deltagande medlemsstaternas behöriga myndigheter har när det gäller att utföra tillsynsuppgifter som inte tilldelas ECB genom denna förordning."

12. I artikel 4 föreskrivs följande:

"1. Inom ramen för artikel 6 ska ECB, i enlighet med punkt 3 i denna artikel, ha exklusiv befogenhet att för tillsynsändamål utföra följande uppgifter i förhållande till alla kreditinstitut som är etablerade i de deltagande medlemsstaterna:

...

c) Bedöma anmälningar om förvärv och avyttringar av kvalificerade innehav i kreditinstitut, såvida det inte gäller rekonstruktion och avveckling av banker, och med förbehåll för artikel 15.

...

3. ECB ska, för att utföra de uppgifter som ECB tilldelats enligt denna förordning och med målet att säkerställa hög tillsynsstandard, tillämpa all tillämplig unionsrätt och, när denna unionslagsrätt utgörs av direktiv, den nationella lagstiftning som införlivar dessa direktiv. Om den tillämpliga unionsrätten utgörs av förordningar ska ECB där dessa förordningar för närvarande uttryckligen ger medlemsstaterna utrymme för olika alternativ också tillämpa den nationella lagstiftning som utnyttjar dessa möjligheter.

...”

13. Enligt artikel 6.2 ska både ECB och nationella behöriga myndigheter ha en skyldighet att samarbeta lojalt och en skyldighet att utbyta information. Utan att det inverkar på ECB:s befogenhet att direkt erhålla eller ha direkt tillgång till information som fortlöpande rapporteras från kreditinstituten ska de nationella behöriga myndigheterna särskilt förse ECB med all information som är nödvändig för utförandet av de uppgifter som ECB tilldelas genom denna förordning.

14. Artikel 15 ("Bedömning av förvärv av kvalificerade innehav") har följande lydelse:

"1. Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som anges i artikel 4.1 c ska varje meddelande om förvärv av ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut som är etablerat i en deltagande medlemsstat och varje upplysning som avser sådant förvärv anmälas till de behöriga nationella myndigheterna i den medlemsstat där kreditinstitutet är etablerat i enlighet med de krav som anges i tillämplig nationell rätt på grundval av de akter som avses i artikel 4.3 första stycket.

2. Den nationella behöriga myndigheten ska bedöma det föreslagna förvärvet, vidarebefordra meddelandet till ECB tillsammans med ett förslag till beslut om att invända eller inte invända mot förvärvet, på grundval av de kriterier som anges i de akter som avses i artikel 4.3 första stycket ... och bistå ECB i enlighet med artikel 6.

3. ECB ska fatta beslut om att invända mot förvärvet eller inte på grundval av de bedömningskriterier som anges i tillämplig unionsrätt och i enlighet med det förfarande och de bedömningsperioder som anges däri."

3. *Ramförordningen om SSM*

15. Ramförordningen om SSM, vilken antogs med stöd av artikel 4.3 i SSM-förordningen, reglerar ramen för samarbete inom SSM mellan ECB och de nationella behöriga myndigheterna.

16. Artikel 85 ("Anmälan till nationella behöriga myndigheter om förvärv av kvalificerade innehav") har följande lydelse:

"1. En nationell behörig myndighet som får en anmälan om avsikten att förvärva ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut som är etablerat i den deltagande medlemsstaten ska underrätta ECB om en sådan anmälan senast fem arbetsdagar från det att den har tagits emot i enlighet med artikel 22.2 i direktiv 2013/36/EU.

2. Den nationella behöriga myndigheten ska underrätta ECB om den måste avbryta bedömningsperioden på grund av en begäran om ytterligare information. Den nationella behöriga myndigheten ska vidarebefordra sådan ytterligare information till ECB inom fem arbetsdagar efter mottagandet.

3. Den nationella behöriga myndigheten ska även underrätta ECB om den dag då beslutet om att invända eller inte invända mot förvärvet av ett kvalificerat innehav ska meddelas sökanden enligt tillämplig nationell rätt."

17. I artikel 86 ("Bedömning av potentiella förvärv") föreskrivs följande:

"1. Den nationella behöriga myndighet som underrättas om ett tilltänkt förvärv av ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut ska bedöma om det tilltänkta förvärvet uppfyller samtliga villkor som anges i tillämplig unionsrätt och nationell rätt. Efter denna bedömning ska den nationella behöriga myndigheten utarbeta ett utkast till beslut till ECB om att invända eller inte invända mot förvärvet.

2. Den nationella behöriga myndigheten ska lämna utkastet till beslut om att invända eller inte invända mot förvärvet till ECB minst femton arbetsdagar före utgången av den bedömningsperiod som anges i tillämplig unionsrätt.”

18. I artikel 87 (”ECB:s beslut om förvärv”) föreskrivs följande:

”ECB ska besluta om att invända eller inte invända mot förvärvet på grundval av sin egen bedömning av det föreslagna förvärvet samt den nationella behöriga myndighetens utkast till beslut. Rätten att bli hörd enligt artikel 31 ska gälla.”

B. Italiensk rätt

*1. Lagstiftning om finansiell tillsyn: Den konsoliderade banklagstiftningen*⁶

19. Enligt artikel 19 TUB tilldelades Banca d’Italia befogenheten att godkänna förvärv av bättre rangordnade andelar i finansinstitut. Närmare bestämt föreskrevs det i punkt 5 att sådana godkännanden fick beviljas om ”villkor som är ägnade att säkerställa sund och ansvarsfull ledning av banken är uppfyllda, varvid det ska bedömas om den tilltänkta förvärvaren är lämplig och om det tilltänkta förvärvet är ekonomiskt sunt på grundval av följande kriterier: den tilltänkta förvärvarens anseende i den mening som avses i artikel 25”.

20. Enligt artikel 25 (”Kapitalandelar”), punkt 1, ska den som har ett sådant ägarintresse som avses i artikel 19 uppfylla krav på gott anseende och kriterier rörande kompetens och integritet för att säkerställa en sund och ansvarsfull ledning av banken.⁷

21. För en övergångsperiod föreskrevs det i artikel 2.8 i lagstiftningsdekret nr 72 av år 2015 att de tidigare bestämmelserna rörande krav på gott anseende för personer med ägarintresse i finansinstitut skulle fortsätta att tillämpas.

22. Dessa bestämmelser återfanns i ministerdekret nr 144 av den 18 mars 1998,⁸ i vilket det i artikel 1 anges vilka domar som ska anses påverka anseendet negativt och medföra att kravet inte anses uppfyllt.

23. I artikel 2 i dekret nr 144 av år 1998 föreskrevs det, för en övergångsperiod, att ”med avseende på personer som har ägarintresse i en bank vid den tidpunkt då detta ministerdekret träder i kraft, ska en underlåtenhet att uppfylla de villkor i artikel 1 som inte föreskrevs i den tidigare lagstiftningen, inte på ett begränsat sätt påverka det befintliga ägarintresset, om detta har uppkommit före den tidpunkten”.

24. Beträffande blandade finansiella holdingföretag föreskrevs det i artikel 63 TUB att den som hade ett kvalificerat innehav i ett sådant skulle vara underkastad samma skyldigheter som den som hade ett kvalificerat innehav i en bank. I artikel 67 *bis*.2 TUB föreskrivs det att Banca d’Italia och Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (nedan kallat IVASS) tillsammans ska säkerställa att dessa skyldigheter iaktas när dessa bolag har sitt säte i Italien och helt eller delvis är moderbolag i italienska finansiella konglomerat.

⁶ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Testo Unico Bancario) (lagstiftningsdekret nr 385 av den 1 september 1993, den konsoliderade italienska banklagstiftningen, nedan kallad TUB). Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i det nationella målet fanns bestämmelserna rörande kvalificerade innehav i finansinstitut i avdelning II i TUB, i dess lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 72 av den 12 maj 2015 som införlivade innehållet i CRD IV-direktivet med italiensk rätt.

⁷ För att avgöra huruvida just dessa krav var uppfyllda hänvisades det i punkt 2 till en framtida bestämmelse (som skulle antas av Ministero dell’Economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet), efter yttrande av Banca d’Italia) som aldrig kom att utarbetas.

⁸ Decreto ministeriale 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 (ministerdekret nr 144 av den 18 mars 1998 om bestämmelser för att fastställa krav på gott anseende som föreskrivs för personer med ägarintresse i banker och tillämplig tröskel) (nedan kallat dekret nr 144 av år 1998).

2. Lagstiftning om förvaltningsprocessen

25. I den italienska förvaltningsprocessen finns möjlighet att väcka så kallad "giudizio di ottemperanza" (talan om verkställighet) och det är inom ramen för en sådan talan som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) har begärt detta förhandsavgörande.

26. I artikel 21-septies.1 i lag nr 241 av den 7 augusti 1990⁹ föreskrivs att "det förvaltningsbeslut ... som antas i strid med eller genom att kringgå rättskraften ... är ogiltigt".

27. I artikel 112.1 i förvaltningsprocesslagen¹⁰ föreskrivs att "förvaltningsdomstolarnas avgöranden ska verkställas av de offentliga myndigheterna och av de andra parterna".

28. Punkt 2 i samma artikel har följande lydelse:

"Talan om verkställighet får väckas med avseende på

...

c) lagakraftvunna domar och motsvarande avgöranden av allmänna domstolar i syfte att uppnå att förvaltningen iakttar sin skyldighet att följa det lagakraftvunna avgörandet i målet.

..."

29. Enligt artikel 114.4 b i förvaltningsprocesslagen ska den domstol vid vilken talan om verkställighet har väckts – förutsatt att talan bifalls – "förklara att eventuella rättsakter som har antagits i strid med eller genom att kringgå rättskraften är ogiltiga".

30. I artikel 2909 i den italienska civillagen föreskrivs att det som slås fast i en lagakraftvunnen dom till alla delar har verkan gentemot parterna, parternas arvingar och de personer som trätt i deras ställe.

II. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

31. Silvio Berlusconi hade sedan i mitten av 1990-talet genom det närstående bolaget Fininvest SpA ett kvalificerat innehav på över 30 procent i Mediolanum SpA (nedan kallat bolaget Mediolanum). Bolaget Mediolanum var ett blandat finansiellt holdingföretag, börsnoterat och moderbolag i det finansiella konglomeratet Mediolanum i vilket Banca Mediolanum SpA – som ägdes helt av bolaget Mediolanum – ingick.

32. Genom dom nr 35729/13 dömde Corte Suprema di Cassazione (Högsta domstolen, Italien) Silvio Berlusconi till fyra års fängelse (varav tre år villkorligt) för skattebrott samt förbud mot att inneha offentliga befattningar och att ingå i den operativa ledningen för juridiska personer under en tid av två år. Denna dom vann laga kraft den 1 augusti 2013.

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, nr 15.

¹⁰ Codice del processo amministrativo, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (förvaltningsprocesslagen, lagstiftningsdekret av den 2 juli 2010, nr 104).

33. Efter att lagstiftningsdekret nr 53 av den 4 mars 2014¹¹ hade antagits, ansökte Fininvest (för Silvio Berlusconi räkning) om godkännande för kvalificerat innehav i bolaget Mediolanum.

34. Genom beslut nr 976145/14 av den 7 oktober 2014 konstaterade Banca d'Italia i samråd med IVASS att Silvio Berlusconi inte uppfyllde det "lämplighetskrav" som föreskrivs för kvalificerade innehav i finansiella mellanhänder och Banca d'Italia avslog därför ansökan.

35. Förutom att avslå ansökan upphävde Banca d'Italia rösträtten samt beslutade att vissa andelar i bolaget Mediolanum (de som översteg den lagstadgade tröskeln på 9,999 %) skulle avyttras. Banca d'Italia godkände däremot Fininvests förslag om att det skulle inrättas en trust till vilken det ifrågavarande innehavet skulle överföras. Banca d'Italia gav Fininvest en frist på 20 dagar för att meddela samtycke till de ställda villkoren, så att dessa villkor kunde införlivas i den trust som skulle inrättas.

36. Silvio Berlusconi väckte talan mot ovannämnda beslut vid Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regional förvaltningsdomstol i Lazio, Italien), vilken ogillade talan genom dom nr 7966/2015 av den 5 juni 2015.

37. Silvio Berlusconi överklagade denna dom till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) (och Fininvest anslutningsöverklagade domen). Banca d'Italia gjorde i detta förfarande gällande att klagandenas intresse av att få saken prövad hade bortfallit efter fusionen genom "omvänd absorption" av bolaget Mediolanum i Banca Mediolanum.

38. Medan överklagandeförfarandet pågick godkände styrelserna planen om fusion genom omvänd absorption av bolaget Mediolanum i Banca Mediolanum.¹² Denna fusionsplan översändes den 26 maj 2015 till Banca d'Italia för godkännande i enlighet med artikel 57 TUB. Till följd av detta kom Fininvest att få ett kvalificerat innehav i ett finansinstitut.¹³

39. Banca d'Italia gav tillstånd för fusionen genom beslut nr 7969932/21 av den 21 juli 2015. I meddelandet om beslutet, daterat den 23 juli 2015, bekräftade Banca d'Italia beslutet av den 7 oktober 2014 och preciserade att den genom detta beslut fastställda avyttringsskyldigheten skulle förstås så, att den "gällde Banca Mediolanums aktier som till följd [av] fusionen skulle tilldelas [Fininvest] i utbyte mot [bolaget] Mediolanums aktier".

40. Genom dom nr 882/2016 av den 3 mars 2016 biföll Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) Silvio Berlusconi och Fininvests överklaganden och upphävde Banca d'Italias beslut av den 7 oktober 2014.¹⁴

11 Decreto Legislativo 4 de marzo 2014, nr 53, attuazione della direttiva 2011/89/UE (lagstiftningsdekret nr 53 av den 4 mars 2014 om införlivande av (Europaparlamentets och rådets) direktiv 2011/89/EU (av den 16 november 2011 om ändring av direktiven 98/78/EG, 2002/87/EG, 2006/48/EG och 2009/138/EG vad gäller extra tillsyn över finansiella enheter i ett finansiellt konglomerat) (EUT L 136, 2011, s. 113) i italiensk rätt, genom vilket kravet på gott anseende som gäller för personer med ägarintresse i banker utsträcktes till att omfatta blandade finansiella holdingföretag.

12 Det rörde sig om en "koncernintern fusion med ett bytesförhållande för aktierna på 1:1" med målet att förenkla bolagsstrukturen och rationalisera bankkoncernens organisation, eftersom bolaget Mediolanum innehade samtliga aktier i Banca Mediolanum.

13 Fininvest kom att inneha omkring 30,124 % av kapitalet i Banca Mediolanum. Fininvests faktiska innehav uppgick emellertid bara till 9,999 procent, eftersom rösträtten hade upphävts för de återstående 20,125 procenten som dessutom omfattades av den avyttringsskyldighet som Banca d'Italia hade beslutat om.

14 Beträffande Banca d'Italias invändning att klagandenas intresse av att få saken prövad hade bortfallit, fann Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att meddelandet av den 23 juli 2015 enbart hade karaktären av en bekräftelse, eftersom Banca d'Italia utvidgade den avyttringsskyldighet som tidigare hade beslutats beträffande bolaget Mediolanums aktier, utan att det gjordes någon ny självständig prövning. Det innebär att om det bekräftade beslutet upphörde att gälla så upphörde bekräftelsen automatiskt att gälla.

41. Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) var beslutet av den 7 oktober 2014 rättsstridigt på grund av att det åsidosatte förbudet mot retroaktiv verkan genom att bestämmelserna om bedömning av kvalificerade innehav, vilka infördes i CRD-direktivet genom direktiv 2007/44/EG,¹⁵ tillämpades på innehav som förelåg innan bestämmelserna trädde i kraft. Direktiv 2007/44 tillämpades på framtida innehav, medan artikel 2 i dekret nr 144 av år 1998 avsåg ”redan förvärvade innehav”.¹⁶ Eftersom de faktiska omständigheterna förelåg innan de nya bestämmelserna trädde i kraft, kunde kraven på anseende inte tillämpas på Fininvest.

42. I meddelande nr 491595 av den 4 april 2016 förklarade Banca d'Italia för ECB att Silvio Berlusconi till följd av fusionen mellan Banca Mediolanum och bolaget Mediolanum, genom det närstående bolaget Fininvest fick ställning som aktieägare i kreditinstitutet Banca Mediolanum. Banca d'Italia uppgav vidare att såväl skyldigheten att avyttra den del av dess aktier som översteg 9,999 % av kapitalet i den banken som upphävandet av rösträtten som var knuten till den delen, upphörde att gälla efter Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolen) dom av den 3 mars 2016. Banca d'Italia ansåg således att Fininvest måste ansöka om godkännande av sitt kvalificerade innehav i Banca Mediolanum, i enlighet med artikel 22 och följande artiklar i CRD IV-direktivet samt artikel 19 och följande artiklar TUB.

43. I enlighet med ECB:s anvisningar (meddelande av den 24 juni 2016) uppmanade Banca d'Italia den 14 juli 2016 Fininvest att inom 15 dagar inkomma med ansökan om godkännande. När Fininvest inte följde denna uppmaning valde Banca d'Italia den 3 augusti 2016 att inleda ett administrativt förfarande ex officio och klargjorde att ECB hade befogenhet att fatta beslut inom detta område enligt artikel 4 i SSM-förordningen.

44. När Banca d'Italia hade mottagit handlingarna från Fininvest, lade den i enlighet med artikel 15.2 i SSM-förordningen fram ett förslag till beslut med ett negativt yttrande rörande köparnas anseende och uppmanade ECB att invända mot förvärvet.

45. ECB:s tillsynsorgan godtog Banca d'Italias argument och godkände ett utkast till beslut som det översände till Fininvest och till Silvio Berlusconi för att de skulle få tillfälle att yttra sig över det. Tillsynsorganet godkände därefter beslutet av den 25 oktober 2016,¹⁷ utan att ECB-rådet därefter framställde några invändningar.

46. I det beslutet slog ECB fast att det fanns skäl att ifrågasätta lämpligheten hos dem som förvärvat innehavet i Banca Mediolanum. Med beaktande av att Silvio Berlusconi, som var kontrollerande aktieägare i och faktisk ägare av Fininvest, var indirekt förvärvare av innehavet i Banca Mediolanum och att han genom en lagakraftvunnen dom hade dömts till fyra års fängelse för skattebrott, fann ECB att han inte uppfyllde det krav på gott anseende för den som har ett kvalificerat innehav som föreskrevs i den nationella lagstiftningen. Silvio Berlusconi hade dessutom gjort sig skyldig till andra oegentligheter och blivit föremål för andra domar, vilket även var fallet med andra medlemmar av Fininvests ledningsorgan.

15 Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/44/EG av den 5 september 2007 om ändring av direktiv 92/49/EEG och direktiven 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG och 2006/48/EG vad gäller förfaranderegler och utvärderingskriterier för bedömning av förvärv och ökning av innehav inom finanssektorn (EUT L 247, 2007, s. 1).

16 Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) kunde det inte vara fråga om ett underförstått upphävande av bestämmelsen genom direktiv 2007/44. Underförstått upphävande förutsätter ofrånkomligen att de två situationerna som regleras i var sitt regelverk är identiska. I ifrågavarande fall hade de två regelverken helt olika tillämpningsområde, eftersom unionsbestämmelserna hänvisade till förvärvet av innehavet, medan dekret nr 144 av år 1998 hänvisade till det befintliga – och således det dåvarande – innehavet.

17 ECB/SSM/20016–7LVZJ6XRIE7VNZ4UBX81/4 (nedan kallat ECB:s beslut av år 2016).

47. Mot bakgrund av detta drog ECB slutsatsen att förvärvarna av det kvalificerade innehavet i Banca Mediolanum inte uppfyllde kravet på gott anseende och att det fanns allvarliga tvivel kring deras förmåga att säkerställa en sund och ansvarsfull ledning av detta finansinstitut i framtiden. Följaktligen invände ECB mot Fininvests och Silvio Berlusconis förvärv av det kvalificerade innehavet i Banca Mediolanum.

48. Fininvest och Silvio Berlusconi angrep BCE:s beslut av år 2016 i tre olika domstolsinstanser:

- De överklagade beslutet till tribunalen,¹⁸ som vilandeförklarade målet i avvaktan på EU-domstolens avgörande i förevarande mål.
- Fininvest väckte även talan vid Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regional förvaltningsdomstol i Lazio) och yrkade att Banca d'Italias förberedande åtgärder inför ECB:s beslut skulle förklaras ogiltiga.
- De väckte talan om verkställighet ("ottemperanza") vid Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) och gjorde gällande att åtgärderna var ogiltiga med retroaktiv verkan på grund av att de åsidosatte den lagkraftvunna domen nr 882/2016 av den 3 mars 2016.

49. Banca d'Italia har gjort gällande att den nationella domstolen saknar behörighet att pröva denna talan, vilken riktar sig mot förberedande åtgärder som saknar beslutsmässigt innehåll och som ska ligga till grund för ett beslut som uteslutande får fattas av ECB. ECB:s slutliga beslut får enbart prövas av EU-domstolen.

50. Efter att ha förenat de mål där Silvio Berlusconi respektive Fininvest har väckt talan, har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) påpekat att det inte finns någon specifik praxis från EU-domstolen om behörighetsfördelning mellan nationella domstolar och EU-domstolen i tvister där det görs gällande att åtgärder som vidtagits av nationella myndigheter inom ramen för denna typ av förfaranden är ogiltiga. Den anser även att frågan objektivt sett är omtvistad, eftersom förfarandet både har drag av ett enhetligt förfarande (vilket Banca d'Italia har gjort gällande) och av ett sammansatt förfarande (vilket Silvio Berlusconi och Fininvest har gjort gällande). Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) påpekar under alla omständigheter att den del av förfarandet som genomförs vid den nationella myndigheten inte utmynnar i en rättsakt som är bindande för den EU-myndighet som har befogenhet att fatta det slutliga beslutet.

51. Mot bakgrund av detta har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hänskjutit följande tolkningsfrågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

"Ska artikel 263 första, andra och femte stycket jämförd med artikel 256.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt tolkas så, att det är EU-domstolen som har behörighet att pröva en talan mot beslut avseende inledande av förfarande, utredning och icke bindande förslag till beslut, vilka har antagits av en nationell behörig myndighet (och specificeras i 1 § i förevarande beslut) inom ramen för det förfarande som regleras i artiklarna 22 och 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013, artiklarna 1 femte stycket, 4.1 c och 15 i rådets förordning (EU) nr 1024/2013 av den 15 oktober 2013, artiklarna 85–87 i Europeiska centralbankens förordning (EU) nr 468/2014 av den 16 april 2014 samt artiklarna 19, 22 och 25 i den konsoliderade italienska banklagstiftningen, eller ska dessa bestämmelser tolkas så, att det är den nationella domstolen som har denna behörighet?"

¹⁸ Målet Fininvest och Berlusconi/ECB (T-913/16).

Går det i synnerhet att fastställa att EU-domstolen har behörighet när det mot dessa rättsakter inte har väckts allmän talan om ogiltigförklaring utan talan om ogiltigförklaring med retroaktiv verkan [nullitet] på grund av påstått åsidosättande eller kringgående av rättskraften av Consiglio di Stato dom nr 882/2016 av den 3 mars 2016 som har väckts inom ramen för en talan om verkställighet enligt artikel 112 och följande artiklar i den italienska förvaltningsprocesslagen – det vill säga inom ramen för ett speciellt rättsinstitut i de nationella förvaltningsprocessbestämmelserna – där beslutet om talan om verkställighet förutsätter att de objektiva gränserna för rättskraften av ovannämnda dom ska tolkas och fastställas enligt de nationella bestämmelserna?”

III. Bedömning av tolkningsfrågorna

52. Såsom kommissionen har gjort gällande behöver den hänskjutande domstolens frågor omformuleras något för att EU-domstolen ska kunna besvara dem på ett lämpligt sätt.

53. I princip följer det av fast praxis att EU-domstolen inte är behörig att inom ramen för en talan som väckts med stöd av artikel 263 FEUF avgöra huruvida en åtgärd som vidtagits av en nationell myndighet är lagenlig.¹⁹

54. Den första frågan ska således förstås så, att den hänskjutande domstolen härigenom vill få klarlagt huruvida den exklusiva behörighet som artikel 263 FEUF ger EU-domstolen att pröva om unionsrättsakter är lagenliga, utgör hinder för att nationella domstolar prövar lagenligheten av nationella rättsakter rörande inledande, utredning och icke bindande förslag, som antagits av en nationell behörig myndighet inom ramen för det förfarande som avses i artiklarna 4.1 c och 15 i SSM-förordningen och artiklarna 85, 86 och 87 i ramförordningen om SSM, vilket utmynnar i ett bindande beslut av ECB.

55. Med den andra tolkningsfrågan, som ställs i andra hand, vill den hänskjutande domstolen få klargjort om EU-domstolen är behörig att pröva lagenligheten av nationella rättsakter som är förberedande för ECB:s slutliga beslut, när dessa rättsakter inte angrips genom en ”allmän talan om ogiltigförklaring”, utan genom en (specifik) talan om ogiltigförklaring med retroaktiv verkan [nullitet] på grund av påstått åsidosättande eller kringgående av rättskraften av en nationell domstols dom, där talan väckts inom ramen för ett så kallat ”*giudizio di ottemperanza*”.

56. Innan jag gör en bedömning av tolkningsfrågorna anser jag att det är nödvändigt att

- redogöra för domstolens praxis rörande domstolsprövning av rättsakter som antagits inom ramen för sammansatta administrativa förfaranden där unionens institutioner och nationella myndigheter i medlemsstaterna medverkar, och
- redogöra för vad som utmärker det administrativa förfarande som ECB och de nationella behöriga myndigheterna tillämpar på godkännande av förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i kreditinstitut.

¹⁹ Dom av den 3 december 1992, Oleificio Borelli/kommissionen (C-97/91, EU:C:1992:491), punkt 9, dom av den 25 januari 2007, Dalmine/kommissionen (C-407/04 P, EU:C:2007:53), punkt 62, dom av den 18 december 2007, Sverige/kommissionen (C-64/05 P, EU:C:2007/802), punkt 91, och dom av den 17 september 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229), punkt 48.

A. Domstolsprövning av rättsakter som antagits inom ramen för sammansatta administrativa förfaranden i unionsrätten

57. Det ankommer som huvudregel på myndigheterna i medlemsstaterna att tillämpa unionsrätten. När de handlar genom administrativa förfaranden enligt nationell rätt, ankommer det på de nationella domstolarna, vilka har möjlighet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen, att pröva myndigheternas rättsakter. Inom ett begränsat antal områden, där unionen normalt sett har exklusiv behörighet, sker den administrativa tillämpningen av unionsrätten direkt av unionens institutioner, organ eller byråer och de utvecklar sina egna förfaranden under tribunalens och domstolens kontroll.

58. Det blir emellertid allt vanligare att unionsrätten tillämpas i förfaranden där såväl unionens som medlemsstaternas institutioner, organ eller byråer medverkar.²⁰ De regleras inte generellt²¹ i unionsrätten, men de har blivit föremål för omfattande analyser i doktrinen.²²

59. Domstolen har hittills uttalat sig,²³ från fall till fall och på ett icke-uttömmande sätt, om domstolsprövningen i sådana sammansatta förfaranden och om de rättsakter genom vilka de avslutas, genom att pröva frågan om vilken domstol som är behörig mot bakgrund av de rättsakter som kan angripas.²⁴ Behandlingen av dessa förfaranden inom ramen för bankunionen kommer att utgöra ett betydelsefullt bidrag till denna rättspraxis.²⁵

60. För att fastställa vilken domstol som är behörig måste det som huvudregel avgöras vem som har den *verkliga* beslutanderätten i det sammansatta administrativa förfarandet. Enligt denna regel ska de nationella domstolarna pröva lagenligheten av de nationella myndigheternas förvaltningsbeslut när de slutgiltigt avgör den typen av förfaranden. På motsvarande sätt ska Europeiska unionens domstol pröva de administrativa rättsakter från EU-institutionerna som avslutar sammansatta förfaranden.

61. Denna regel kan emellertid bli mindre tydlig i två fall, vid den här typen av förfaranden, när

- en slutlig rättsakt från unionens institutioner har grundat sig på föregående eller förberedande rättsakter från nationella myndigheter vars laglighet ifrågasätts.

20 Den här typen av förfaranden motsvarar det som i doktrinen brukar kallas för samförvaltning eller integrerad förvaltning. Se Ziller, J., "Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen", i Auby, J.-B. och Dutheil de la Rochère, J. (red.), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bryssel, 2014, s. 327 och följande sidor; Hofmann, H.C.H., "Conclusions: Europe's integrated administration", i Hofmann, H.C.H. och Türk, A. (red.), *EU Administrative Governance*, s. 583; Schmidt-Aßmann, E., "Introduction", i Jansen, O. och Schöndorf-Haubold, B. (red.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Bryssel, 2011, s. 6–8.

21 Ett ambitiöst förslag till kodifiering av unionens administrativa förfaranden finns i Mir, O., Hofmann, H.C.H., Schneider, J.-P., Ziller, J., m.fl. (red.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. I artikel I-4 (4) i Código ReNEUA definieras begreppet "sammansatt förfarande" som ett administrativt förfarande där unionens myndigheter och myndigheterna i en medlemsstat, eller i olika medlemsstater, har tilldelats olika uppgifter som är beroende av varandra. En kombination av två administrativa förfaranden som har ett direkt samband mellan sig är också ett administrativt förfarande.

22 Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017; Della Cananea, G., "I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea", i Bignami, F. och Cassese, S. (red.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 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", i Hofmann, H.C.H., Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, s. 136.

23 En nyligen genomförd studie redovisas i Brito Bastos, F., "Derivative illegality in European composite administrative procedures", *Common Market Law Review*, 2018, nr 1, s. 101–134.

24 Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017, s. 273–318. Se även bidragen av Eliantonio, M., "Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of 'Composite Procedures'", *Review of European Administrative Law*, 2014 nr 2, s. 65–102, och av Türk, A., "Judicial Review of integrated administration in the EU", i Hofmann, H.C.H. och Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, s. 218–256, i synnerhet s. 222–224.

25 Se Prechal, S., Widdershoven, R., Jans, J., "Introduction", i Jans, J., Prechal, S., Widdershoven, R. (red.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2015, s. 33.

– Omvänt kan ett slutligt beslut som fattats av en nationell myndighet *påverkas* av ett föregående agerande från EU-institutionernas sida som påstås vara rättsstridigt och som den nationella myndighetens beslut bygger på.

62. Det sistnämnda fallet innebär inte några större svårigheter – här kvarstår den behörighet att pröva beslutet som tilldelats de nationella domstolarna, även om de är skyldiga att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende giltigheten av en unionsakt när de anser att den kan vara ogiltig.²⁶

63. I det förstnämnda fallet är problemen däremot mer delikata. Vilken domstol (den nationella eller unionens) som är behörig att göra en prövning är beroende av vilken karaktär förfarandet i fråga har. Närmare bestämt beror det på hur beslutanderätten är fördelad inom ramen för det förfarandet. På grundval av detta kriterium kan två typer av fall urskiljas vid en granskning av domstolens praxis:

- Sammansatta administrativa förfaranden i EU där de nationella myndigheterna har beslutanderätt (domen Borelli).
- Sammansatta administrativa förfaranden i EU där unionens institutioner har beslutanderätt (domen Sverige/kommissionen).

1. Domen Borelli

64. Domen Oleificio Borelli/kommissionen²⁷ handlade om ett sammansatt administrativt förfarande, där befogenheten att fatta beslut låg hos de nationella myndigheterna. Domstolen slog fast att ett projekt bara kan komma i fråga för stöd från EUGFJ om det har tillstyrkts av den medlemsstat inom vars territorium det ska genomföras. Därför kan kommissionen, om yttrandet är negativt, varken fortsätta bedömningen av projektet eller ens granska lagenligheten av det yttrande som avgetts.

65. Domstolen fann att den inte är behörig att avgöra om en åtgärd som vidtagits av en nationell myndighet är lagenlig, inte ens om åtgärden utgör en del av en beslutsprocess i unionen där den nationella myndighetens åtgärd är bindande för unionens institutioner. Eventuella felaktigheter vad gäller det nationella yttrandet kan under inga omständigheter ha någon inverkan på giltigheten av det beslut genom vilket kommissionen avslagit stödansökan.²⁸

66. Domstolen uteslöt således att en unionsakt kan påverkas av att en nationell rättsakt i ett sammansatt förfarande där beslutanderätten främst ligger hos den nationella myndigheten inte är lagenlig. Denna lösning, som kan förefalla ologisk, motiverades av behovet av att förhindra att unionens administrativa rättsakter kan bli ogiltiga till följd av att nationella domstolar ogiltigförklarar nationella administrativa rättsakter på grund av åsidosättande av nationella bestämmelser.

67. För att undvika luckor i domstolsprövningen i den här typen av fall, slog domstolen fast att det ankommer på de nationella domstolarna att, i förekommande fall efter ett förhandsavgörande från domstolen, avgöra om den nationella rättsakten i fråga är lagenlig. De ska härvid tillämpa samma kriterier som vid prövning av alla andra slutgiltiga beslut som antagits av samma nationella myndighet och som kan antas skada tredje mans rättigheter.²⁹

26 Dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), punkterna 14 och 15. Se även dom av den 10 januari 2006, IATA och ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10), punkterna 27 och 30, och dom av den 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./Europaparlamentet och rådet (C-583/11 P, nedan kallad domen Inuit I, EU:C:2013:625), punkt 95.

27 Dom av den 3 december 1992 (C-97/91, nedan kallad domen Borelli, EU:C:1992:491).

28 Domen Borelli, punkterna 9–12, samt beslut meddelat av domstolens ordförande den 13 januari 2009, Occhetto och Europaparlamentet/Donnici (C-512/07 P(R)) och C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punkt 50.

29 Domen Borelli, punkt 13. Enligt domen ska den nationella domstolen ta upp en sådan talan till sakprövning, även om de nationella processuella reglerna inte föreskriver detta i ett sådant fall.

68. Domstolen har utsträckt denna praxis till att omfatta sammansatta förfaranden där beslutanderätten främst ligger hos de nationella myndigheterna, när det rör sig om förvaltning av strukturfonder, skydd för geografiska beteckningar och utnämmande och entledigande av ledamöter i Europaparlamentet. Jag ska ta upp några av dessa fall här.

69. I domen *Liivimaa Lihaveis*³⁰ slog domstolen fast att en ”programguide” som antagits av en övervakningskommitté inom ramen för ett operativt program som omfattas av förordning (EG) nr 1083/2006³¹ och som syftade till att främja det europeiska territoriella samarbetet mellan två medlemsstater, inte utgjorde en rättsakt som beslutats av en av unionens institutioner, organ eller byråer och att domstolen följaktligen inte var behörig att pröva dess giltighet. Denna administrativa åtgärd kunde emellertid överklagas till de nationella domstolarna, vilka fick begära ett förhandsavgörande för att få klarlagt huruvida den var förenlig med unionsrätten.³²

70. Inom området skydd för geografiska beteckningar förekommer också sammansatta administrativa förfaranden där beslutanderätten främst ligger hos de nationella myndigheterna.³³ I domen *Carl Kühne m.fl.*³⁴ slog domstolen fast att kompetensfördelningen mellan kommissionen (som registrerar den beteckning som ansökan gäller) och de nationella myndigheterna (som dessförinnan har yttrat sig över den och prövat om den uppfyller kraven i förordningen) gör att den omständigheten att den nationella administrativa rättsakten eventuellt är rättsstridig inte påverkar lagenligheten av förordning nr 590/1999.³⁵

71. Domstolen slog liksom i domen *Borelli* även fast att det ankommer på de nationella domstolarna att avgöra om ansökan om registrering är lagenlig. De ska härvid tillämpa samma kriterier som vid prövning av alla andra slutliga beslut som fattats av samma nationella myndighet och som kan antas skada tredje parter rättigheter enligt unionsrätten, och sålunda ta upp en sådan talan till sakprövning, även om de nationella processuella reglerna inte föreskriver detta i ett sådant fall.³⁶

72. För val av ledamöter till Europaparlamentet föreskrivs det också sammansatta förfaranden där besluten främst ska fattas av nationella myndigheter. Efter att ha avgränsat Europaparlamentets respektive de nationella myndigheternas befogenheter beträffande valprövning av Europaparlamentets ledamöter, slog domstolen fast att det ankommer på de nationella myndigheterna att tillkännage de

30 Dom av den 17 september 2014 (C-562/12, EU:C:2014:2229), punkt 56.

31 Rådets förordning av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999 (EUT L 210, 2006, s. 25).

32 Domstolen slog fast att ”[f]örordning nr 1083/2006, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för en bestämmelse i en programguide, antagen av en övervakningskommitté inom ramen för ett operativt program som ingåtts mellan två medlemsstater och som syftar till att främja det europeiska territoriella samarbetet, vilken inte föreskriver att ett beslut av kommittén att avslå en stödansökan kan överklagas till en nationell domstol i en medlemsstat” (dom av den 17 september 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12, EU:C:2014:2229, punkt 76).

33 Genom rådets förordning (EEG) nr 2081/92 av den 14 juli 1992 om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel (EGT L 208, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 3, volym 43, s. 153) infördes ett sammansatt förfarande i vilket grupper av producenter ger in ansökningar om registrering av en skyddad ursprungsbeteckning eller en skyddad geografisk beteckning till de nationella myndigheterna. Dessa ska kontrollera att ansökan uppfyller de krav som uppställts i denna förordning och om den finner att så är fallet tillstålla kommissionen ansökan. Kommissionen ska enbart göra en formell granskning för att kontrollera om kraven är uppfyllda.

34 Dom av den 6 december 2001 (C-269/99, EU:C:2001:659), punkterna 57 och 58. Se även dom av den 2 juli 2009, *Bavaria och Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415), punkterna 55–57.

35 Det rörde sig om en registrering av beteckningen ”Spreewälder Gurken”, vilken gjorts i enlighet med kommissionens förordning (EG) nr 590/1999 av den 18 mars 1999 om komplettering av bilagan till förordning (EG) nr 1107/96 beträffande registrering av geografiska beteckningar och ursprungsbeteckningar enligt förfarandet i artikel 17 i förordning (EEG) nr 2081/92 (EGT L 74, 1999, s. 8).

36 Dom av den 6 december 2001, *Carl Kühne m.fl.* (C-269/99, EU:C:2001:659), punkterna 57 och 58. Se även dom av den 2 juli 2009, *Bavaria och Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415), punkterna 64–67.

resultat som har fastställts med tillämpning av nationella bestämmelser som är förenliga med unionsrätten. Följaktligen var Europaparlamentet, enligt artikel 12 i 1976 års akt, skyldigt att beakta tillkännagivandet och saknade behörighet att frångå detta på grund av den nationella rättsaktens påstådda rättsstridighet.³⁷

2. Domen Sverige/kommissionen

73. Domstolen har även uttalat sig om sammansatta administrativa förfaranden där de slutliga besluten fattas av unionens institutioner och de nationella myndigheterna medverkar i de inledande eller förberedande skedena.

74. I sådana fall ankommer det på unionsinstitutionen att anta den slutgiltiga rättsakt genom vilket förfarandet avslutas, vilket innebär att det av nödvändighet är tribunalen och domstolen som är behöriga att pröva denna rättsakt. Dessutom är de nationella myndigheternas åtgärder i dessa förfaranden enbart av förberedande karaktär, vilket innebär att de i allmänhet inte behöver prövas, varken av de nationella domstolarna eller av EU-domstolen.³⁸

75. I domen Nederländerna/kommissionen³⁹ gjorde domstolen åtskillnad mellan sammansatta förfaranden där unionens institutioner har beslutanderätt och sådana förfaranden där de nationella myndigheternas medverkan är avgörande. Närmare bestämt slog den fast att den gemensamma organisationen av marknaden för bananer inte grundar sig på en decentraliserad förvaltning av tullkvoten beträffande vilken medlemsstaterna har beslutanderätt.⁴⁰

76. Ett annat sammansatt förfarande i vilket unionens institutioner hade slutlig beslutanderätt var det som var föremål för prövning i domen Greenpeace France m.fl.⁴¹ Det rörde sig närmare bestämt om ett tillstånd för en typ av genetiskt modifierad majs, i enlighet med direktiv 90/220.⁴² Domstolen fann att när den nationella domstolen konstaterar att den behöriga nationella myndigheten, på grund av fel som begåtts under den kontroll av anmälan som föreskrivs i artikel 12.1 i direktiv 90/220, inte på ett giltigt sätt har kunnat översända handlingarna med tillstyrkan till kommissionen i den mening som avses i artikel 12.2, innebär det inte att den nationella domstolen får pröva giltigheten av kommissionens rättsakt, utan det är en befogenhet som indirekt är förbehållen domstolen genom ett förhandsavgörande rörande giltigheten.⁴³

37 Så var fallet med den italienska valbyråns tillkännagivanden, vilka var föremålet för domen av den 30 april 2009, Italien och Donnici/Europaparlamentet (C-393/07 och C-9/08, EU:C:2009:275), punkterna 74 och 75, och beslutet som meddelades av domstolens ordförande den 13 januari 2009, Occhetto och Europaparlamentet/Donnici (C-512/07 P(R) och C-15/08 P(R), EU:C:2009:3). Genom att parlamentet i strid med detta tillkännagivande ogiltigförklarade Beniamino Donnici's mandat och bekräftade A. Occhetto's mandat, åsidosatte det angripna beslutet artikel 12 i den akten.

38 Dom av den 11 november 1981, IBM/kommissionen (60/81, EU:C:1981:264), punkt 12, och av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656).

39 Dom av den 17 oktober 1995 (C-478/93, EU:C:1995:324), punkterna 34–40.

40 Varken rådet eller kommissionen hade gett medlemsstaterna befogenhet att fatta beslut i fråga om förvaltningen av importkvoten, utan de hade ålagts att åta sig vissa tekniska uppgifter för kommissionens räkning och under dess kontroll (exempelvis att upprätta en förteckning över aktörer samt den genomsnittliga kvantitet bananer som varje aktör hade sålt under de tre senaste år för vilka siffror fanns att tillgå). Denna roll som medlemsstaterna hade i samband med insamlandet och överföringen av uppgifter kunde dock inte hindra kommissionen – som ska ombesörja den dagliga förvaltningen av den gemensamma organisationen av marknaden – att kontrollera riktigheten av dessa uppgifter och rätta dem, om det visade sig att det förhållandet att vissa kvantiteter räknats två gånger riskerade att snedvrider grunden för ordningen för import.

41 Dom av den 21 mars 2000 (C-6/99, EU:C:2000:148).

42 Rådets direktiv 90/220/EEG av den 23 april 1990 om avsiktlig utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön (EGT L 117, 1990, s. 15), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 97/35/EG av den 18 juni 1997 om anpassning till den tekniska utvecklingen för andra gången av rådets direktiv 90/220 (EGT L 169, 1997, s. 72). För att få tillstånd för genetiskt modifierat utsäde var det nödvändigt att ge in en ansökan till den behöriga nationella myndigheten. Efter att ha gjort en bedömning av inverkan på människors hälsa och på miljön, överlämnade myndigheten ansökan till kommissionen med tillstyrkan. Kommissionen underrättade i sin tur alla medlemsstater om denna ansökan för att ge dem möjlighet att göra invändningar. Om kommissionen fattar ett "positivt beslut" i enlighet med artikel 13.4 i det direktivet, är den behöriga myndigheten skyldig att utfärda ett "skriftligt medgivande" för att släppa ut produkten på marknaden.

43 Dom av den 21 mars 2000, Greenpeace France m.fl. (C-6/99, EU:C:2000:148), punkt 57.

77. Avslutningsvis tog domstolen i domen Sverige/kommissionen⁴⁴ upp ett annat slags sammansatt förfarande med prövning av unionens myndigheter. Det rörde sig om en ansökan om tillgång till institutionernas handlingar när dessa härrör från medlemsstaterna, i enlighet med artiklarna 4 och 5 i förordning nr 1049/2001.⁴⁵ Europeiska unionens institution fattar beslut att avslå eller medge tillgång till den begärda handlingen, efter godkännande av ursprungsmedlemsstaten.

78. Domstolen slog fast att det var ett förfarande där såväl gemenskapsinstitutionen som den berörda medlemsstaten deltar, för att avgöra om tillgång till en handling ska vägras i enlighet med ett av de materiella undantag som föreskrivs i artikel 4.1–4.3 i nämnda förordning.

79. Under sådana förhållanden, slog domstolen fast, ”är gemenskapsdomstolen behörig att, på begäran av den sökande som har vägrats tillgång till handlingar av den institution som har mottagit ansökan tillgång om till handlingar, att pröva om denna vägran grundas på de nämnda undantagen, oavsett om denna vägran följer av den bedömning av undantagen som institutionen själv har gjort eller av den som den berörda medlemsstaten har gjort. Det ska för övrigt framhållas, beträffande den nämnda sökanden, att medlemsstatens delaktighet inte påverkar den gemenskapsrättsliga karaktären hos det beslut som institutionen senare riktar till denne som svar på den ansökan om tillgång till handlingar som sökanden har lämnat in till institutionen beträffande en handling som institutionen innehar.”⁴⁶

B. Administrativt förfarande för godkännande av kvalificerade innehav i kreditinstitut

80. Syftet med (det obligatoriska) godkännandet av kvalificerade innehav är att säkerställa att endast fysiska och juridiska personer som inte riskerar att äventyra att banksektorns verksamhet fungerar väl får tillgång till denna sektor. I synnerhet syftar bedömningen till att kontrollera att den tilltänkta förvärvaren har det anseende och den ekonomiska ställning som krävs, så att kreditinstitutet i vilket innehav ska förvärvas kan fortsätta att uppfylla sina tillsynskrav. Bedömningen bidrar även till att förhindra att transaktionen finansieras med medel som härrör från olaglig verksamhet.

81. I artikel 2.8 i SSM-förordningen hänvisas det till definitionen av ”kvalificerat innehav” i artikel 4.1.36 i förordning (EU) nr 575/2013.⁴⁷ Härmed avses ”direkt eller indirekt ägande i ett företag, där innehavet representerar 10 % eller mer av kapitalet eller samtliga röster eller möjliggör ett väsentligt inflytande över ledningen av detta företag”.

82. Enligt artikel 22 i CRD IV-direktivet ska förvärv eller ökning⁴⁸ av kvalificerade innehav godkännas. Alla tillsynsmyndigheter i unionen, i såväl de stater som ingår i bankunionen som de som inte gör det, ska iakttä godkännandeförfarandet.

44 Dom av den 18 december 2007 (C-64/05 P, EU:C:2007:802).

45 Europaparlamentets och rådets förordning av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

46 Dom av den 18 december 2007, Sverige/kommissionen (C-64/05 P, EU:C:2007:802), punkt 94. Se även det beslut som domstolens ordförande meddelade den 13 januari 2009, Occhetto och Europaparlamentet/Donnici (C-512/07 P(R) och C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), punkt 53.

47 Europaparlamentets och rådets förordning av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 (EUT L 176, 2013, s. 1).

48 I artikel 22 i CRD IV-direktivet likställs, beträffande deras behandling, förvärv av ett kvalificerat innehav med en sådan direkt eller indirekt ökning, varigenom andelen av rösttalet eller kapitalet kommer att överstiga 20 %, 30 % eller 50 % eller så att kreditinstitutet kommer att få ställning som dotterföretag.

1. Kriterier för godkännande

83. Genom artikel 23 i CRD IV-direktivet harmoniseras de materiella kriterierna för att bedöma ett förvärv eller en ökning av ett kvalificerat innehav.⁴⁹ Denna harmonisering är emellertid inte fullständig, eftersom det i direktivet inte anges närmare vilken information som krävs för att uppfylla vart och ett av dessa kriterier, vilka ska bedömas genom tillämpning av nationella bestämmelser.

84. För att skapa en enhetlig praxis i medlemsstaterna antog de europeiska tillsynsmyndigheterna år 2016 gemensamma riktlinjer för bedömning av förvärv och ökning av kvalificerade innehav i den finansiella sektorn.⁵⁰ Beträffande banker finns den rättsliga grunden för dessa riktlinjer i artikel 16.1 i förordning nr 1093/2010⁵¹, där det föreskrivs att Europeiska bankmyndigheten, i syfte att upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis inom ESFS och säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten, ska utfärda riktlinjer och rekommendationer riktade till behöriga myndigheter eller finansinstitut.

85. Även om riktlinjerna inte är bindande rättsakter, förbinder sig staterna att göra sitt bästa för att följa dem (och rekommendationerna) genom den metod som brukar kallas "comply or explain".⁵² Enligt de upplysningar som lämnades vid förhandlingen valde de italienska myndigheterna att tillämpa dessa riktlinjer från år 2016 på ett beslut av Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (interministeriell kommitté för krediter och sparande) som fattades år 2017.

2. Förfarande för godkännande

86. Vad beträffar förfarandet för den här typen av godkännande, regleras det av artiklarna 4.1 c, 6.4 och 15 i SSM-förordningen, vilka kompletteras av artiklarna 85–87 i ramförordningen om SSM.

87. Enligt artikel 4.1 c, jämförd med artikel 6.4, i SSM-förordningen, ska ECB ha exklusiv befogenhet att bedöma och fatta beslut om förvärv och ökning av kvalificerade innehav i alla kreditinstitut som omfattas av den gemensamma tillsynsmekanismen, oberoende av hur betydande de är och om de står under direkt tillsyn av ECB eller av de nationella behöriga myndigheterna.

88. Denna omständighet visar att SSM-förordningen har skapat "en verkligt integrerad tillsynsmekanism" där de avgörande processerna i princip är identiska för samtliga kreditinstitut, oavsett om de är "betydande" eller "mindre betydande", och där såväl ECB som de nationella behöriga myndigheterna medverkar.

89. De gemensamma administrativa förfaranden som infördes genom SSM-förordningen används för att bevilja tillstånd för att bedriva bankverksamhet eller för att återkalla sådana tillstånd, och för att bedöma förvärv och ökning av kvalificerade innehav.

49 Dessa kriterier är den tilltänkta förvärvarens anseende, anseende och erfarenheter för de tilltänkta nya medlemmarna i ledningsorganet, den tilltänkta förvärvarens ekonomiska ställning, inflytandet över kreditinstitutet och risken för kopplingar till penningtvätt eller finansiering av terrorism.

50 Europeiska bankmyndighetens, Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten och Europeiska värdepappers- och marknadsmyndighetens gemensamma riktlinjer för bedömning av förvärv och ökning av kvalificerade innehav i den finansiella sektorn (JC/GL/2016/01), s. 15–24. De olika språkversionerna av riktlinjerna finns på webbplatsen för Joint Committee of the European Supervisory Authorities på <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>.

51 Europaparlamentets och rådets förordning av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten), om ändring av beslut nr 716/2009/EG och om upphävande av kommissionens beslut 2009/78/EG (EUT L 331, 2010, s. 12) (nedan kallad EBA-förordningen).

52 I artikel 16.3 andra stycket i EBA-förordningen föreskrivs det att "[i]nom två månader efter utfärdandet av en riktlinje eller rekommendation, ska varje behörig myndighet bekräfta att den följer eller tänker följa denna riktlinje eller rekommendation. Om en behörig myndighet inte följer eller avser att inte följa riktlinjen eller rekommendationen, ska den informera myndigheten och ange skälen för detta."

90. Närmare bestämt utövar ECB sina kontrollbefogenheter med avseende på förvärv och ökning av kvalificerade innehav på de villkor som anges i artikel 15 i SSM-förordningen, vilken kompletteras av artiklarna 85–87 i ramförordningen om SSM. I det förfarande som ska tillämpas i sådana fall medverkar ECB som beslutande institution och de nationella behöriga myndigheterna som instanser som har till uppgift att förbereda besluten.

91. Detta förfarande går till på följande sätt:⁵³

- Sökanden gör en anmälan om förvärv eller ökning av ett kvalificerat innehav till den berörda nationella behöriga myndigheten, vilket är myndigheten i den medlemsstat där det institut som sökanden har för avsikt att förvärva är hemmahörande.
- Den nationella behöriga myndigheten underrättar ECB om att den har tagit emot anmälan om avsikten att förvärva eller öka ett kvalificerat innehav. Det ska ske inom högst fem arbetsdagar från den tidpunkt då mottagandet bekräftades för sökanden. Förfarandet kan inte avslutas förrän den efterfrågade informationen har tillhandahållits. Sökandena ska därför förvissa sig om att deras ansökningar är fullständiga och korrekt utformade. Om den första granskningen av en ansökan visar att det saknas eller finns motstridiga uppgifter, ska den nationella behöriga myndighet som tagit emot den omedelbart uppmana sökanden att göra de ändringar som krävs.
- Efter att ansökan har getts in och det har kontrollerats att den innehåller erforderliga uppgifter, ska den nationella behöriga myndighet som har tagit emot den, ECB och eventuella andra berörda nationella behöriga myndigheter göra en kompletterande bedömning. Denna bedömning syftar till att säkerställa att samtliga inblandade parter har ingående kunskaper om affärsmodellen och dess genomförbarhet, och den ska därför omfatta alla kriterier som anges i den nationella lagstiftningen och i unionslagstiftningen.
- Den nationella behöriga myndigheten delger ECB ett utkast till beslut, av vilket framgår huruvida myndigheten motsätter sig förvärvet eller ökningen av de kvalificerade innehaven. Från och med den tidpunkten ankommer det uteslutande på ECB att fatta det slutliga beslutet om att bevilja eller avslå ansökan. Om ECB anser att ansökan ska avslås eller om ytterligare villkor behöver ställas, ska sökanden beredas tillfälle att yttra sig.
- Det beslut som avslutar förfarandet fattas av ECB, som använder sig av de sedvanliga former för beslutsfattande inom ramen för bankunionen som föreskrivs i artikel 26.6 och 26.8 i SSM-förordningen: ECB:s tillsynsnämnd lägger fram det fullständiga utkastet till beslut för antagande av ECB-rådet och beslutet anses vara antaget, såvida inte ECB-rådet motsätter sig detta inom högst tio dagar.
- När det slutliga beslutet har fattats delger ECB sökanden beslutet. Om förvärvet avslås eller om den tilltänkta förvärvaren anser att beslutet på något sätt är till nackdel för honom, får han begära beslutet omprövat hos BCE:s administrativa omprövningsnämnd, i enlighet med artikel 24 i SSM-förordningen.

⁵³ ECB, *Vägledning för banktillsyn*, 2014, s. 27–30.

C. Den första tolkningsfrågan: domstolsprövning av nationella förberedande rättsakter i förfarandet för godkännande av förvärv av kvalificerade innehav i kreditinstitut

92. Förfarandet för att godkänna förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i finansinstitut är som nämnts ett sammansatt förfarande. Där medverkar såväl ECB, i egenskap av beslutande myndighet, som de nationella behöriga myndigheterna, i egenskap av instanser som har till uppgift att förbereda besluten. Jag ska till att börja med behandla de frågor som har anknytning till befogenheten att fatta beslut och därefter ta upp domstolsprövningen av det slutliga beslut som ska fattas.

1. Befogenhet att fatta slutliga beslut

93. De nationella behöriga myndigheternas medverkan, efter att ansökan har getts in, begränsar sig till att kontrollera om villkoren i unionsrätten och i den nationella rätten för att godkänna transaktionen är uppfyllda. Denna kontroll utmynnar i att de delger ECB ett utkast eller förslag till beslut, vilket inte under några förhållanden är bindande för ECB.

94. När det förslaget har lagts fram inleds beslutsskedet i det sammansatta förfarandet, för vilket ECB bär det fulla ansvaret och slutgiltigt ska bevilja eller avslå ansökan om förvärv eller ökning av det kvalificerade innehavet. Det rör sig enligt min uppfattning om en beslutsbefogenhet som uteslutande tillkommer ECB, vilket följande skäl talan för.

95. För det första föreskrivs det i artikel 87 i ramförordningen om SSM att ”ECB ska besluta om att invända eller inte invända mot förvärvet på grundval av sin egen bedömning av det föreslagna förvärvet samt den nationella behöriga myndighetens utkast till beslut”. Såsom Banca d’Italia har påpekat följer det av denna bestämmelse att ECB har en fullständig befogenhet att pröva de faktiska och rättsliga omständigheterna när den fattar sitt slutliga beslut. Det förslag som den nationella behöriga myndigheten delger ECB utgör ett underlag för bedömningen, men det är inte nödvändigtvis det enda underlaget. Det finns inget som hindrar att ECB gör egna självständiga undersökningar⁵⁴ och kommer fram till en annan slutsats än den som den nationella behöriga myndigheten har föreslagit, vilken inte är bindande för ECB.⁵⁵

96. Den nationella behöriga myndighetens utkast är således inte rättsligt bindande för ECB då den fattar sitt slutliga beslut. Den kan utifrån sina egna förutsättningar i högre eller lägre grad påverka det beslutet, men så är även fallet när det gäller andra åtgärder (till exempel ett icke bindande yttrande) i alla slags förfaranden. Den nationella behöriga myndigheten har ingen specifik beslutanderätt (förutom att den ansvarar för det första skedet i förfarandet), efter att ansökan om godkännande har getts in. Det rör sig således inte om något förfarande med medbeslutande mellan den nationella behöriga myndigheten och ECB, vilket Silvio Berlusconi tycks göra gällande i sitt skriftliga yttrande.

97. För det andra är det möjligt för ECB att ändra sitt slutliga beslut och frånga det förslag från den nationella behöriga myndigheten som den har godtagit, efter ingripande av dess administrativa omprövningsnämnd,⁵⁶ om den tilltänkta förvärvarens begäran helt eller delvis bifalls.⁵⁷ ECB får dessutom i sitt slutliga beslut föra in villkor för att godkänna förvärvet eller ökningen av ett kvalificerat innehav som inte finns med i den nationella behöriga myndighetens förslag.

54 I förevarande mål ändrade ECB vissa punkter i det utkast till beslut som Banca d’Italia hade lagt fram, till följd av Fininvests påpekanden vid förhandlingen vid ECB. Denna omständighet bekräftar att ECB är oberoende när den ska fatta slutgiltiga beslut i den här typen av förfaranden.

55 Se, beträffande detta, Lackhoff, K., *Single Supervisory Mechanism. A Practitioner’s Guide*, Beck, Hart, Nomos, München, 2017, s. 172: förfarandet för godkännande av kvalificerade innehav ”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 Europeiska centralbankens beslut av den 14 april 2014 om inrättandet av en administrativ omprövningsnämnd och nämndens arbetsordning (EUT L 175, 2014, s. 47). Beträffande verksamheten vid detta interna administrativa kontrollorgan, se Brescia Morra, C., Smits och R., Magliari, A., ”The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years”, *European Business Organisation Law Review*, 2017, s. 567–589.

57 Vid förhandlingen uppgav ECB att det inte är vanligt att detta sker.

98. För det tredje betyder den omständigheten att det inledande skedet äger rum vid den nationella behöriga myndigheten inte att ECB inte medverkar i det. I artikel 85.1 i ramförordningen om SSM föreskrivs att en nationell behörig myndighet som får en anmälan om avsikten att förvärva ett kvalificerat innehav i ett kreditinstitut ska underrätta ECB om en sådan anmälan senast fem arbetsdagar från det att den har tagits emot. Vidare föreskrivs det i artikel 6.2 i SSM-förordningen att både ECB och nationella behöriga myndigheter ska ha en skyldighet att samarbeta lojalt och en skyldighet att utbyta information.

99. För det fjärde delges inte sökanden det utkast till beslut som den nationella behöriga myndigheten lägger fram för ECB, vilket bekräftar att det enbart rör sig om en intern förberedande åtgärd inför ECB:s slutliga beslut och att den inte är rättsligt bindande för ECB eller för tredje man.⁵⁸

100. För det femte skiljer sig förfarandet för godkännande av förvärv eller ökning av kvalificerade andelar från andra liknande förfaranden, exempelvis förfarandet för tillstånd att driva bankverksamhet. I det sistnämnda förfarandet får den nationella behöriga myndigheten enligt artikel 14.2 i SSM-förordningen⁵⁹ självständigt fatta beslut att avslå en ansökan om tillstånd, vilket ska delges sökanden och får verkan gentemot denne och gentemot tredje man. Det rör sig om ett slutligt beslut som får prövas av de nationella domstolarna, vilka har möjlighet att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. I förfarandet för godkännande av förvärv av kvalificerade innehav saknar däremot de nationella behöriga myndigheterna sådana befogenheter.

101. För det sjätte föreskrivs det i artikel 22.6 i CRD IV-direktivet att om de behöriga myndigheterna inom bedömningsperioden inte skriftligen motsätter sig det tilltänkta förvärvet, ska förslaget anses vara godkänt. Om den nationella behöriga myndigheten inte vidtar några åtgärder, får ECB (enligt artikel 9.1 tredje stycket i SSM-förordningen)⁶⁰ för att undvika att denna tystnad leder till att förslaget anses vara godkänt, uppmana myndigheten att yttra sig över ansökan om godkännande av förvärv eller ökning av ett kvalificerat innehav. Detta visar att ECB medverkar i förfarandet redan från början och att det uteslutande är ECB som utövar kontrollen över det.

2. Domstolsprövning av beslut som fattats i dessa förfaranden

102. Efter att det slagits fast att godkännanden för förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i finansinstitut handläggs i ett sammansatt förfarande, i vilket det slutliga beslutet uteslutande får fattas av ECB, ska det klargöras vilken domstol som får pröva de beslut som fattas inom ramen för ett sådant förfarande.

103. För att avgöra vilket system för domstolsprövning som är tillämpligt, beaktas i såväl domen Borelli som domen Sverige/kommissionen den konkreta kompetensfördelningen mellan de nationella myndigheterna och unionens institutioner. Om beslutanderätten tillkommer de nationella myndigheterna tillämpas den praxis som följer av domen Borelli. Om den tillkommer unionens myndighet, är det den praxis som följer av domen Sverige/kommissionen som gäller.

58 Den nationella behöriga myndighetens utkast till beslut upprättas på engelska språket i samtliga fall för att översändas till ECB, eftersom engelska är det språk som används för kommunikation mellan de nationella behöriga myndigheterna och ECB inom ramen för SSM (artikel 23 i ramförordningen om SSM). ECB:s slutliga beslut översätts däremot till sökandens språk.

59 I den bestämmelsen föreskrivs det att "[o]m sökanden uppfyller alla de villkor för tillstånd som föreskrivs i ... medlemsstatens tillämpliga nationella rätt ska den nationella behöriga myndigheten, inom den period som föreskrivs i den tillämpliga nationella rätten, utarbeta ett utkast till beslut där det föreslås att ECB beviljar tillståndet. Utkastet till beslut ska delges ECB och den som ansöker om tillstånd. I annat fall ska den nationella behöriga myndigheten avslå ansökan om tillstånd."

60 Det har följande lydelse: "I den mån det är nödvändigt för att utföra de uppgifter som ECB tilldelas genom denna förordning får ECB genom instruktioner kräva att dessa nationella myndigheter använder sina befogenheter på de villkor som anges i nationell rätt, om sådana befogenheter inte tilldelas ECB genom denna förordning. Dessa nationella myndigheter ska hålla ECB fullständigt underrättat om utövandet av dessa befogenheter."

104. SSM är en komplicerad struktur med flera nivåer där ECB och de nationella behöriga myndigheterna ingår och där ECB har en viktig ställning. Den ansvarar för att systemet fungerar och kontrollerar samtliga uppgifter i mekanismen.⁶¹ För att utföra dessa uppgifter har ECB exklusiva befogenheter inom ramen för SSM. De nationella behöriga myndigheternas medverkan beror på det decentraliserade utövandet av dessa befogenheter och inte på en fördelning av egentliga befogenheter mellan ECB och de nationella myndigheterna.⁶²

105. I förfarandet för godkännande av kvalificerade innehav är befogenheten att fatta det slutliga beslutet uteslutande koncentrerad till ECB, vilket även är fallet i merparten av bankunionens sammansatta administrativa förfaranden. På motsvarande sätt bör befogenheten att pröva utövandet av denna koncentrerade befogenhet uteslutande tillkomma tribunalen och domstolen.⁶³

106. Jag anser att detta påstående knappast kan tillbakavisas. Fininvest har också väckt talan om ogiltigförklaring av ECB:s beslut att avslå förvärvet av det kvalificerade innehavet i Banca Mediolanum, vilken är föremål för prövning av tribunalen (T-913/16).

107. Att de nationella behöriga myndigheternas åtgärder i det inledande skedet av förfarandet är av förberedande karaktär bekräftar att domstolen har exklusiv behörighet att pröva såväl beslut om godkännande av förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i banker, som beslut om förslag som föregår dessa beslut.

108. Enligt domstolens fasta praxis kan giltigheten av rättsakter som antagits av unionens institutioner, oavsett vilken karaktär eller form de har, endast angripas om de medför bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att på ett tydligt sätt förändra dennes rättsliga läge. När det rör sig om rättsakter eller beslut som utarbetas i flera skeden, är det därför endast de åtgärder som efter detta förfarande slutgiltigt fastslår ställningstagandet (normalt kommissionens eller rådets) som kan angripas. Däremot kan mellankommande åtgärder som syftar till att förbereda det slutliga beslutet inte angripas.⁶⁴

109. Denna rättspraxis kan överföras på förfaranden där den förberedande åtgärden, som endast utgör ett stöd, vidtagits av en nationell myndighet. När den myndighetens åtgärd endast utgörs av ett förslag, vilket per definition inte har karaktären av ett beslut, kan den åtgärden inte ha någon rättslig inverkan på fysiska eller juridiska personer. Den är således inte av sådan karaktär att den kan angripas självständigt. Eventuella fel som myndigheten har begått då den utarbetade förslaget får dessutom göras gällande vid ett överklagande av det slutliga beslutet där förslagets innehåll godkänns.

61 Se analyserna i Chiti, E. och Recine, F., "The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position", *European Public Law*, 2018, nr 24, s. 103–108; och i Lamandini, M. och Ramos Muñoz, D., *EU Financial Law*, CEDAM Legal Studies, Wolters Kluwer, 2016, s. 183–212.

62 Denna tanke betonades av tribunalen i dess dom av den 16 maj 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB* (T-122/15, EU:T:2017:337), punkt 54, vilken har överklagats till domstolen (mål C-450/17 P). Se kommentarerna i D'Ambrosio, R. och Lamandini, M., "La 'prima volta' del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico", *Giurisprudenza commerciale*, 2017, s. 594–599, och i Adalid, S., "Le MSU, nouveau sous-système de droit de l'Union européenne", *Revue des affaires européennes*, 2017, nr 2, s. 373–370.

63 Dom av den 18 december 2007, *Sverige/kommissionen* (C-64/05 P, EU:C:2007:802), punkterna 93 och 94. Se även det beslut som domstolens ordförande meddelade den 13 januari 2009, *Occhetto och Europaparlamentet/Donnici* (C-512/07 P(R) och C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), punkt 53.

64 Se, bland annat, dom av den 11 november 1981, *IBM/kommissionen* (60/81, EU:C:1981:264), punkterna 9 och 10, dom av den 9 september 2015, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/kommissionen* (C-506/13 P, EU:C:2015:562, punkt 16), och dom av den 20 september 2016, *de Mallis m.fl./kommissionen och ECB* (C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702), punkt 51.

110. Sammanfattningsvis får de nationella domstolarna inte pröva rent förberedande åtgärder som beslutats av de nationella behöriga myndigheter som har medverkat i ett sammansatt förfarande där endast ECB får fatta beslut. I annat fall skulle de nationella domstolarna i själva verket göra en materiell prövning av beslut som det inte ankommer på de nationella behöriga myndigheterna att fatta utan på ECB, vilket dessutom skulle kunna ge upphov till paradoxala situationer.⁶⁵

111. Jag anser således att behörigheten att pröva samtliga beslut som fattats inom ramen för förfarandet för godkännande av förvärv eller ökning av kvalificerade innehav i banker ska tillkomma unionens domstolar och inte de nationella domstolarna.

112. En sådan behörighetstilldelning är naturligtvis inte helt okomplicerad. För att säkerställa de berörda parternas rätt till ett effektivt domstolsskydd måste unionens domstolar, om en invändning har framställts till dem, pröva huruvida de nationella behöriga myndigheternas åtgärder vars innehåll senare har godtagits av ECB var rättsstridiga på ett sådant sätt att det oundvikligen har påverkat hela förfarandet.

113. Mot bakgrund av detta bör den eventuella rättsstridigheten hos Banca d'Italias förslag prövas av tribunalen i det mål om ogiltigförklaring där talan väckts mot ECB:s slutliga beslut (mål T-913/16), eftersom ECB skönsmässigt fick avgöra om den skulle godta den nationella behöriga myndighetens förslag eller inte.

114. Denna lösning är dessutom förenlig med vad som föreskrivs i artikel 4.3 i SSM-förordningen.⁶⁶ Enligt den bestämmelsen ska ECB tillämpa nationell lagstiftning som införlivar direktiv och i undantagsfall förordningar som rör bankunionen, vilket talar för att EU-domstolens prövningsrätt även ska omfatta dessa fall.⁶⁷

115. Mot bakgrund av de ovan anförda argumenten, anser jag att artikel 263 FEUF

- ger EU-domstolen exklusiv behörighet att pröva lagenligheten av beslut som fattats inom ramen för det förfarande som föreskrivs i artiklarna 4.1 c och 15 i SSM-förordningen och i artiklarna 85, 86 och 87 i ramförordningen för SSM, och
- utgör hinder för att de nationella domstolarna prövar lagenligheten av nationella rättsakter rörande inledande, utredning och förslag som antagits av den nationella behöriga myndigheten inom ramen för det förfarandet som mynnar ut i ett slutligt beslut av ECB.

⁶⁵ Om en förberedande åtgärd som vidtagits av den nationella behöriga myndigheten har samma innehåll som ECB:s beslut, skulle den nationella domstolens och EU-domstolens domar kunna skilja sig åt. Den situationen skulle kunna uppkomma i förevarande mål om det hade funnits en dom från den italienska domstolen och en annan dom från tribunalen med motstridigt innehåll.

⁶⁶ Den bestämmelsen har följande lydelse: "ECB ska, för att utföra de uppgifter som ECB tilldelats enligt denna förordning och med målet att säkerställa hög tillsynsstandard, tillämpa all tillämplig unionsrätt och, när denna unionslagsrätt utgörs av direktiv, den nationella lagstiftning som införlivar dessa direktiv. Om den tillämpliga unionsrätten utgörs av förordningar ska ECB där dessa förordningar för närvarande uttryckligen ge medlemsstaterna utrymme för olika alternativ också tillämpa den nationella lagstiftning som utnyttjar dessa möjligheter."

⁶⁷ Även inom områden rörande banktillsyn som regleras av bestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning och som inte uttryckligen föreskrivs i unionsrätten, anses ECB vara behörig att utöva tillsyn och noggrant tillämpa nationella bestämmelser. Detta framgår av ett meddelande till de nationella behöriga myndigheterna: BCE, *Additional clarification regarding the ECB's competence to exercise supervisory powers granted under national law*, letter SSM/2017/0140, av den 31 mars 2017, som finns på https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter_to_SI_Entry_point_information_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612. Se kommentarerna i 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, s. 16–24.

D. Den andra tolkningsfrågan: hur nationella lagkraftvunna domar påverkar domstolsprövningen av nationella förberedande rättsakter

116. Av det svar jag föreslår på den första tolkningsfrågan följer, logiskt sett, att den andra frågan också ska besvaras. Eftersom tribunalen och domstolen har *exklusiv* behörighet att pröva beslut som fattats inom ramen för dessa förfaranden och de nationella domstolarna inte får göra det, saknar det betydelse om dessa får fatta beslut inom ramen för så kallad "giudizio di ottemperanza" eller någon annan processform enligt deras nationella rätt.

117. Således är tilldelningen av behörighet en nödvändig förutsättning för att domstolens efterföljande åtgärder ska vara giltiga. Om domstolen inte är behörig får den helt enkelt inte vidta åtgärder, oavsett vilken processform det rör sig om. "Giudizio de ottemperanza" är en sådan processform och enligt den italienska lagstiftningen är syftet med den att rättskraften hos ett föregående domstolsavgörande ska iakttas.⁶⁸

118. Silvio Berlusconi och Fininvest har försökt att använda sig av denna processform och åberopat Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) dom av den 3 mars 2016 som grund för ogiltighet av det förslag som Banca d'Italia delgav ECB inom ramen för förfarandet för godkännande. Om de italienska domstolarna, som jag tidigare nämnt, saknar behörighet att pröva förberedande åtgärder som beslutats av de nationella behöriga myndigheterna, måste det argumentet emellertid åberopas vid tribunalen (såsom skett i mål T-913/16) och inte vid de nationella domstolarna.

119. Jag anser således att det inte är möjligt att hänvisa till den italienska statens processuella autonomi för att motivera att (den eventuella) rättskraften av domen av den 3 mars 2016 ger en nationell domstol behörighet att pröva lagenligheten av Banca d'Italias åtgärder som syftar till att förbereda ECB:s slutliga beslut.

120. Jag anser således inte att domstolen bör sträcka sig längre än så och gripa in i debatten, som ännu inte har avgjorts, om betydelsen av den domen i förevarande mål. I andra hand ska jag emellertid förklara varför jag anser att det varken föreligger subjektiv eller objektiv identitet (vilket krävs för att pröva rättskraften) mellan den tvist som avgjordes genom domen av den 3 mars 2016 och förevarande tvist.

121. Vad beträffar den objektiva identiteten

- rörde det tidigare målet Banca d'Italias och IVASS beslut nr 976145/14 av den 7 oktober 2014, i vilket det slogs fast att Silvio Berlusconi inte uppfyllde det lämplighetskrav som föreskrivs för kvalificerade innehav i finansiella mellanhänder, och
- rör förevarande mål lagenligheten av ett förslag från Banca d'Italia (vilket ECB senare godtog i sitt beslut av år 2016), som invände mot det förvärv av det kvalificerade innehavet i Banca Mediolanum som Silvio Berlusconi indirekt hade gjort genom Fininvest. Denna invändning bygger på en lagkraftvunnen dom på fyra års fängelse för skattebrott, vilken Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hänvisade till i sin dom. Såväl Banca d'Italia som ECB prövade emellertid även andra omständigheter, av vilka vissa uppkommit efter domen av den 3 mars 2016, då de fann att förvärvarna inte hade uppfyllt lämplighetskravet.⁶⁹

⁶⁸ Såsom kommissionen påpekade vid förhandlingen, som svar på att Silvio Berlusconis advokater bestämt hävdade att detta italienska processrättsliga instrument är unikt, finns det i många andra medlemsstater domstolsmekanismer som syftar till att upprätthålla domstolsavgörandens rättskraft.

⁶⁹ I punkt 2.2.1 i sitt beslut av år 2016 beaktade ECB de pågående eller avgjorda straffrättsliga förfarandena eller sanktionsförfarandena, varav vissa var slutliga och andra inte, mot Ubaldo Livolsi, Ferdinando Superti Furga och Silvio Berlusconi, samt mot Fininvest, och slog fast att förvärvarna av det kvalificerade innehavet inte uppfyllde lämplighetskravet enligt den italienska lagstiftningen och de unionsrättsliga bestämmelserna, vilka tillämpades enligt Europeiska bankmyndighetens, Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndighetens och Europeiska värdepappers- och marknadsmyndighetens gemensamma riktlinjer för bedömning av förvärv och ökning av kvalificerade innehav i den finansiella sektorn.

122. Vad beträffar den subjektiva identiteten

- medverkade ECB inte (och kunde heller inte göra det) i det förfarande som utmynnade i domen av den 3 mars 2016, medan dess medverkan i förevarande mål är av avgörande betydelse, och
- anges det i BCE:s beslut av år 2016 att förvärvarna inte är lämpliga, och det gäller inte bara ”Silvio Berlusconi som är kontrollerande aktieägare och indirekt förvärvare, utan även en annan ledamot av Fininvests styrelse och en ledamot av dess tillsynsorgan samt Fininvest självt”.⁷⁰

123. Dessutom rör det sig om olika förvärv av kvalificerade innehav, de tillämpliga bestämmelserna skiljer sig åt och förfarandet har ändrats och det ankommer nu uteslutande på ECB att fatta beslut i det.

124. Eftersom det således varken föreligger objektiv eller subjektiv identitet mellan det mål som avgjordes genom Consiglio di stato (Högsta förvaltningsdomstolen) lagakraftvunna dom av den 3 mars 2016 och förevarande mål, kan en tillämpning av principen om rättskraft knappast godtas.

125. Avslutningsvis, och i tredje hand, skulle principen om rättskraft inte kunna åberopas för att säkerställa verkställigheten av domar som meddelats i uppenbar strid med de unionsrättsliga bestämmelserna,⁷¹ exempelvis sådana domar som åsidosätter ECB:s exklusiva befogenhet att godkänna förvärv av kvalificerade innehav.

IV. Förslag till avgörande

126. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) på följande vis:

- 1) Artikel 263 FEUF, jämförd med artiklarna 4.1 c och 15 i rådets förordning (EU) nr 1024/2013 av den 15 oktober 2013 om tilldelning av särskilda uppgifter till Europeiska centralbanken i fråga om politiken för tillsyn över kreditinstitut, och med artiklarna 85, 86 och 87 i Europeiska centralbankens förordning (EU) nr 468/2014 av den 16 april 2014 om upprättande av ramen för samarbete inom den gemensamma tillsynsmekanismen mellan Europeiska centralbanken och nationella behöriga myndigheter samt med nationella utsedda myndigheter
 - ger Europeiska unionens domstol exklusiv behörighet att pröva lagenligheten av beslut som fattats inom ramen för förfarandet, vilket föreskrivs i de ovannämnda artiklarna i de två förordningarna, för att godkänna förvärv och ökning av kvalificerade innehav i banker, och
 - utgör hinder för att de nationella domstolarna prövar huruvida rättsakter avseende inledande, utredning och förslag till beslut som antagits av de nationella behöriga myndigheterna inom ramen för det förfarandet, i vilket det ankommer på Europeiska centralbanken att fatta det slutliga beslutet, är lagenliga.

⁷⁰ Punkt 2.2.2 *in fine* i ECB:s beslut av år 2016.

⁷¹ I sin dom av den 18 juli 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434) slog domstolen i korthet fast att unionsrätten utgör hinder för att tillämpa en sådan bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, såsom artikel 2909 i den italienska civillagen, om tillämpningen utgör ett hinder för att återvinna statligt stöd som beviljats i strid med unionsrätten och vars oförenlighet med den gemensamma marknaden har slagits fast i ett beslut av kommissionen som har vunnit laga kraft (dom av den 3 september 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punkt 25, dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 61, och dom av den 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, EU:C:2015:742, punkt 45).

- 2) De nationella domstolarnas avsaknad av behörighet att pröva lagenligheten av beslut som fattats inom ramen för det förfarandet kan inte påverkas av att det väcks en talan om ogiltigförklaring med retroaktiv verkan (*giudizio di ottemperanza*), i vilken det görs gällande att rättskraften av en föregående dom av en nationell domstol har åsidosatts eller kringgåts.