

JOR 2019/61, HvJ EG, 19-12-2018, C-219/17 (annotatie)

Instantie: Hof van Justitie
Datum uitspraak: 19-12-2018
Publicatie: JOR 2019/61 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 3, 2019
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • prof. dr. E.P.M. Joosen
ECLI: ECLI:EU:C:2018:1023
Zaaknummer: C-219/17
Rechtsgebied: Bankenrecht, Effectenrecht
Rubriek: Bank- en effectenrecht
Rechtshouders: <ul style="list-style-type: none"> • Lenaerts • Bonichot • Prechal • Vilaras • Regan • Von Danwitz • Jürimäe • Lycourgos • Rosas • Juhász • Malenovský • Levits • Bay Larsen
Partijen: S. Berlusconi, Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest), tegen Banca d'Italia, Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS).
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • VWEU - 263

Inhoudsindicatie

Prejudiciële beslissing, Europees prudentieel toezicht op kredietinstellingen, Verwerving van gekwalificeerde deelneming in kredietinstelling, Eenheid van rechterlijke toetsing, Exclusieve bevoegdheid van ECB om goedkeuring te verlenen aan voorgenomen deelneming

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Art. 263 VWEU verzet zich ertegen dat nationale rechterlijke instanties de wettigheid toetsen van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die de nationale bevoegde autoriteiten hebben vastgesteld in het kader van de procedure van art. 22 en art. 23 van Richtlijn 2013/36/EU, van art. 4 lid 1, onder c, en

art. 15 van Verordening (EU) nr. 1024/2013, waarbij aan de ECB specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, en van art. 85 t/m 87 van Verordening (EU) nr. 468/2014 van de ECB van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de ECB en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (GTM-kaderverordening). Het feit dat bij een nationale rechterlijke instantie een specifieke vordering tot nietigverklaring is ingesteld wegens een vermeende schending van het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke beslissing is in dit verband irrelevant.

Uitspraak

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 256, lid 1, en artikel 263, eerste, tweede en vijfde alinea, VWEU.
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Silvio Berlusconi en Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) enerzijds, en Banca d'Italia (Italiaanse centrale bank) en de Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS) (instituut voor toezicht op verzekeringen in Italië; hierna: "IVASS") anderzijds, over het toezicht op de verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

CRD IV-richtlijn

3. Artikel 22, met het opschrift "Kennisgeving en beoordeling van voorgenomen verwervingen", van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en 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 zogenoemde richtlijn kapitaalvereisten; hierna: "CRD IV-richtlijn") bepaalt:

"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. 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.

De bevoegde autoriteiten hebben vanaf de datum van de schriftelijke bevestiging van ontvangst van de kennisgeving en van alle door de lidstaat vereiste documenten van de in artikel 23, lid 4, bedoelde lijst die bij de kennisgeving gevoegd

moeten worden, een termijn van 60 werkdagen (de 'beoordelingsperiode'), om de in artikel 23, lid 1, bedoelde beoordeling (de 'beoordeling'), uit te voeren.

De bevoegde autoriteiten stellen de kandidaat-verwerver bij de ontvangstbevestiging in kennis van de datum waarop de beoordelingsperiode afloopt.

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.

Vanaf de datum van het verzoek van de bevoegde autoriteiten om informatie tot de ontvangst van een antwoord daarop van de kandidaat-verwerver wordt de beoordelingsperiode onderbroken. De onderbreking duurt ten hoogste 20 werkdagen. 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.

4. De bevoegde autoriteiten kunnen de in lid 3, tweede alinea, bedoelde opschorting tot ten hoogste 30 werkdagen verlengen indien de kandidaat-verwerver in een derde land is gevestigd of onder toezicht staat, of indien hij een natuurlijke of rechtspersoon is, die niet onderworpen is aan toezicht uit hoofde van deze richtlijn of uit hoofde van de richtlijnen 2009/65/EG, 2009/138/EG of 2004/39/EG.

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.

[...]"

4. In artikel 23 van de CRD IV-richtlijn, met het opschrift "Beoordelingscriteria", wordt 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.

[...]"

5. Artikel 119 van die richtlijn, met het opschrift "Betrekken van holdings in het toezicht op gecoördineerde basis", bepaalt in lid 1:

"De lidstaten stellen de maatregelen vast die, in voorkomend geval, nodig zijn om financiële holdings en gemengde financiële holdings in het gecoördineerde toezicht te betrekken."

GTM-verordening

6. Overweging 11 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 (PB 2013, L 287, blz. 63; de zogenoemde verordening "gemeenschappelijk toezichtsmechanisme" of GTM-verordening; hierna: "GTM-verordening") luidt.

"[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. [...]"

7. Artikel 1 van die verordening, met het opschrift "Onderwerp en toepassingsgebied", bepaalt:

"Bij deze verordening worden aan de [Europese Centrale Bank (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.

[...]"

8. Artikel 4 van de verordening luidt als volgt:

"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.

[...]"

9. Artikel 6, lid 1, van de GTM-verordening bepaalt dat de ECB haar taken vervult binnen één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme, dat bestaat uit de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten (hierna: "NBA's"), en dat de ECB verantwoordelijk is voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van het GTM. Ingevolge artikel 6, lid 2, zijn de ECB en de NBA's gehouden tot loyale samenwerking te goeder trouw en tot informatie-uitwisseling. 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, verstrekken de NBA's de ECB met name alle informatie die zij nodig heeft om de haar bij die verordening opgedragen taken te vervullen.

10. Artikel 9 van de GTM-verordening, met het opschrift "Toezichtbevoegdheden en onderzoeksbevoegdheden", bepaalt in lid 1:

"Met het exclusieve oogmerk om de haar bij artikel 4, leden 1 en 2, en artikel 5, lid 2, opgedragen taken uit te voeren, wordt de ECB, in voorkomend geval, aangemerkt als de bevoegde autoriteit of de aangewezen autoriteit van de deelnemende lidstaten zoals vastgelegd in het toepasselijke Unierecht.

Met datzelfde exclusieve oogmerk beschikt de ECB over alle in deze verordening bepaalde bevoegdheden en verplichtingen. Zij heeft ook alle bevoegdheden en verplichtingen die de bevoegde en de aangewezen autoriteiten krachtens het toepasselijke Unierecht hebben, tenzij in deze verordening anders is bepaald. Met name heeft de ECB de bevoegdheden die zijn opgesomd in de afdelingen 1 en 2 van dit hoofdstuk.

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."

11. Artikel 15 van die verordening, met het opschrift "Beoordeling van verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen", bepaalt:

"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 [NBA's] 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 [NBA] 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."

GTM-kaderverordening

12. 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 (GTM-kaderverordening) (PB 2014, L 141, blz. 1), vastgesteld overeenkomstig artikel 4, lid 3, van de GTM-verordening, stelt het kader vast voor de samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de ECB en de NBA's.

13. Artikel 85 van de GTM-kaderverordening, met het opschrift "Kennisgeving aan de NBA's inzake de verwerving van een gekwalificeerde deelneming", bepaalt:

"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 [de CRD IV-richtlijn].

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."

14. In artikel 86 van die verordening, met het opschrift "Beoordeling van potentiële verwervingen", wordt 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."

15. Artikel 87 van die verordening, met het opschrift "ECB-besluit inzake verwerving", luidt als volgt:

"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."

Italiaans recht

Wetgeving inzake banktoezicht

16. Artikel 19 van decreto legislativo n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (wetsbesluit nr. 385 – gecoördineerde tekst van de wetten op het bank- en kredietwezen) van 1 september 1993 (gewoon supplement bij GURI nr. 230 van 30 september 1993), zoals gewijzigd bij decreto legislativo n. 72 (wetsbesluit nr. 72) van 12 mei 2015 (hierna: "TUB"), waarbij de inhoud van de CRD IV-richtlijn in Italiaans recht is omgezet, verleent Banca d'Italia de bevoegdheid om goedkeuring te verlenen voor de verwerving van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen. Artikel 19, lid 5, preciseert 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 kwaliteit van de potentiële verwerver en de financiële soliditeit van de voorgenomen verwerving te beoordelen op grond van de volgende criteria: reputatie van de kandidaat-verwerver in de zin van artikel 25 [...]".

17. Artikel 25 TUB, met het opschrift "Deelnemingen in het aandelenkapitaal", preciseert in lid 1 dat de houders van de in artikel 19 TUB genoemde deelnemingen aan bepaalde reputatievereisten en bekwaamheids- en integriteitscriteria moeten voldoen om een gezonde en prudente bedrijfsvoering van de bank te garanderen.

18. Als overgangsregeling bepaalt artikel 2, lid 8, van decreto legislativo n. 72 van 12 mei 2015 dat de eerdere voorschriften inzake de reputatievereisten voor aandeelhouders in financiële instellingen die van kracht waren vóór de vaststelling van die regeling van toepassing blijven.

19. De aan de orde zijnde bepalingen waren opgenomen in decreto ministeriale 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 inzake de vaststelling van reputatievereisten voor aandeelhouders van banken en vaststelling van de relevante drempelwaarde) van 18 maart 1998, waarvan artikel 1 de veroordelingen beschrijft die de reputatie van de betrokken persoon aldus aantasten dat niet aan het vereiste wordt voldaan.

20. In artikel 2 van decreto ministeriale n. 144 van 18 maart 1998 is als 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”.

21. Wat betreft gemengde financiële holdings (hierna: “GFH's”) heeft artikel 63 TUB, vastgesteld overeenkomstig artikel 119 van de CRD IV-richtlijn, de gekwalificeerde aandeelhouders daarvan onderworpen aan dezelfde verplichtingen als gelden voor aandeelhouders in bankinstellingen.

22. Artikel 67 bis, lid 2, TUB bepaalt dat Banca d'Italia en de IVASS samen moeten zorgen voor de naleving van deze verplichtingen wanneer de betrokken vennootschappen hun statutaire zetel in Italië hebben en aan het hoofd staan van financiële conglomeraten die geheel of gedeeltelijk Italiaans zijn.

Regeling inzake administratieve geschillen

23. De Italiaanse administratieve geschillenprocedure voorziet in een azione di ottemperanza.

24. Dienaangaande wordt in artikel 21 septies, lid 1, van legge n. 241 – nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (wet nr. 241 – nieuwe voorschriften inzake de bestuursrechtelijke procedure en de toegang tot bestuurlijke documenten) van 7 augustus 1990, zoals gewijzigd bij wet nr. 15 van 11 februari 2005, bepaald:

“Alle bestuurlijke maatregelen [...] die in schending van of ontwijking van het gezag van gewijsde zijn vastgesteld, zijn nietig [...]”.

25. Artikel 112, lid 1, van de Codice del processo amministrativo (Italiaans wetboek bestuursprocesrecht) bepaalt:

“1. De maatregelen van de bestuursrechter moeten worden uitgevoerd door de overheid en door de andere partijen.

2. De azione di ottemperanza kan worden ingeleid met het oog op de tenuitvoerlegging van:

[...]

c) de in gezag van gewijsde gegane beslissingen en overige daarmee gelijkgestelde maatregelen van gewone rechters teneinde nakoming te verkrijgen van de verplichting van de overheidsdienst om zich te voegen naar een in kracht van gewijsde gegane beslissing.

[...]”

26. Artikel 114, lid 4, onder b), van het wetboek bestuursprocesrecht bepaalt dat de rechter bij wie de azione di ottemperanza is ingesteld, indien hij het beroep toewijst, “eventuele handelingen die een in gezag van gewijsde gegane

beslissing schenden of ontwijken, nietig verklaart”.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

27. Berlusconi heeft in de jaren negentig via Fininvest een deelneming van ongeveer 30% verworven in de vennootschap Mediolanum SpA, die destijds een GFH was die met name een meerderheidsbelang had in een bank, Banca Mediolanum SpA, en uit dien hoofde vanaf 2014 onderworpen was aan het toezicht op gekwalificeerde deelnemingen in Italië.

28. Ingevolge arrest nr. 35729/13 van de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië), dat op 1 augustus 2013 definitief is geworden en waarbij Berlusconi schuldig is bevonden aan belastingfraude, is tegen laatstgenoemde door de bevoegde Italiaanse toezichthoudende autoriteiten, Banca d'Italia en de IVASS, een procedure ingeleid die resulteerde in het besluit dat hij niet langer voldeed aan het in de toepasselijke wetgeving neergelegde reputatievereiste en dat de deelneming van Fininvest in Mediolanum die 9,999% overschreed moest worden overgedragen.

29. Berlusconi en Fininvest hebben dat besluit aangevochten bij de Italiaanse rechterlijke instanties, waarbij zij met name een middel betreffende de toepassing van de wet in de tijd aanvoerden. In dat middel werd gesteld dat de reputatieaantasting die het bezwaar tegen de verwerving van de betrokken gekwalificeerde deelneming rechtvaardigde, was ontstaan vóór de inwerkingtreding van de wettelijke regeling die dit reputatievereiste stelt, en dus niet binnen de werkingssfeer van die regeling viel. Nadat hun beroep in eerste aanleg was verworpen, werden verzoekers door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) in het gelijk gesteld. De Consiglio di Stato oordeelde op 3 maart 2016 dat de door verzoekers aangevoerde wettelijke regeling van vóór vaststelling van de reputatiecriteria van toepassing was gebleven, ondanks tegenargumenten volgens welke die regeling moest worden geacht stilzwijgend te zijn ingetrokken daar zij strijdig was met het recht van de Unie.

30. Ondertussen was de GFH Mediolanum opgenomen in haar dochteronderneming Banca Mediolanum, waardoor Fininvest in plaats van een gekwalificeerde aandeelhouder in een GFH een gekwalificeerde aandeelhouder rechtstreeks in een kredietinstelling werd. Banca d'Italia en de ECB hebben hieruit afgeleid dat met betrekking tot deze gekwalificeerde deelneming ingevolge de artikelen 22 en volgende van de CRD IV-richtlijn alsook de artikelen 19 en volgende TUB een nieuwe goedkeuring vereist was.

31. Banca d'Italia heeft Fininvest, overeenkomstig de door de ECB bij brief van 24 juni 2016 verstrekte instructies, op 14 juli 2016 aangemaand om binnen een termijn van vijftien dagen een goedkeuringsverzoek in te dienen. Aangezien die aanmaning zonder gevolg bleef, heeft Banca d'Italia op 3 augustus 2016 besloten ambtshalve een administratieve procedure in te leiden, waarbij zij heeft verduidelijkt dat de beslissingsbevoegdheid op dit gebied krachtens artikel 4 van de GTM-verordening bij de ECB lag.

32. Zodra zij de documenten van Fininvest had ontvangen, heeft Banca d'Italia de ECB overeenkomstig artikel 15, lid 2, van de GTM-verordening een voorstel gezonden, gedateerd 23 september 2016, voor een besluit met een negatief advies over de reputatie van de verwervers van de betrokken deelneming in Banca Mediolanum, waarin zij de ECB heeft verzocht zich tegen de verwerving te verzetten.

33. De ECB heeft zich aangesloten bij de argumenten van Banca d'Italia en een ontwerpbesluit goedgekeurd, dat aan Berlusconi en Fininvest is gezonden opdat zij hun opmerkingen kenbaar konden maken. Op 25 oktober 2016 heeft de ECB een eindbesluit vastgesteld.

34. 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 uiteindelijk gerechtigde van Fininvest, de indirecte verwerver 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. Deze instelling heeft zich voorts gebaseerd op het feit dat Berlusconi ook nog andere onregelmatigheden had begaan en dat er ook nog andere veroordelingen tegen hem waren hem uitgesproken, evenals tegen andere leden van de bestuursorganen van Fininvest.

35. Om die redenen is de ECB tot de conclusie gekomen dat de verwervers van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum niet aan dat reputatievereiste voldeden en dat er ernstige twijfels bestonden ten aanzien van de vraag of zij in de toekomst een gezonde en prudente bedrijfsvoering van die financiële instelling konden garanderen. Bijgevolg heeft de ECB zich verzet tegen de verwerving door Fininvest en Berlusconi van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum.

36. Fininvest en Berlusconi zijn ten eerste opgekomen tegen het besluit van de ECB van 25 oktober 2016 door bij het Gerecht van de Europese Unie een beroep tot nietigverklaring in te stellen (zaak Fininvest en Berlusconi/ECB, T-913/16.) Ten tweede heeft Fininvest zich tot de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) gewend om de voorbereidende handelingen van Banca d'Italia voor dat besluit nietig te laten verklaren. Ten derde hebben Berlusconi en Fininvest bij de Consiglio di Stato een azione di ottemperanza ingeleid.

37. In het kader van die azione di ottemperanza betogen Berlusconi en Fininvest dat het in punt 32 van het onderhavige arrest genoemde voorstel van Banca d'Italia nietig is wegens miskenning van het gezag van gewijsde van het in punt 29 van dit arrest genoemde arrest van de Consiglio di Stato, gewezen in het kader van het geschil over hun gekwalificeerde deelneming in Mediolanum. In haar verweer heeft Banca d'Italia met name gesteld dat de nationale rechterlijke instanties niet bevoegd zijn om kennis te nemen van deze vordering, aangezien het gaat om voorbereidende handelingen van niet-beslissende aard die gericht zijn op de vaststelling van een besluit waarvoor een instelling van de Unie exclusief bevoegd is en die, evenals het definitieve besluit, onder de exclusieve bevoegdheid van de rechter van de Unie vallen.

38. De Consiglio di Stato heeft de verzoeken van Berlusconi en Fininvest gevoegd en geoordeeld dat de betrokken procedure kon worden gelijkgesteld zowel met een "enkele procedure", waarvan de handelingen uitsluitend aan toetsing door de rechter van de Unie zijn onderworpen, als met een "samengestelde procedure", waarvan de handelingen die onder de nationale fase vallen op nationaal niveau aan rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen, zelfs indien die nationale fase wordt afgesloten met een handeling die niet bindend is voor de autoriteit van de Unie die bevoegd is om het definitieve besluit te nemen.

39. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Moeten artikel 263, eerste, tweede en vijfde alinea, en artikel 256, lid 1, VWEU, in onderlinge samenhang gelezen, aldus worden uitgelegd dat een beroep tegen inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten van de [NBA] [...] in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van [de CRD IV-richtlijn], artikel 1, lid 5, artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van [de GTM-verordening], de artikelen 85 tot en met 87 van [de GTM-kaderverordening] en de artikelen 19, 22 en 25 [TUB], onder de bevoegdheid van de Unierechter dan wel onder die van de nationale rechter valt?

2) 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 [het] arrest [...] van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016, in het kader van een procedure voor de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing of maatregel [azione di ottemperanza] als bedoeld in de artikelen 112 en volgende van het Italiaanse wetboek 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?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

40. Met zijn vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 263 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de nationale rechterlijke instanties de wettigheid toetsen van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die de NBA's hebben vastgesteld in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van de CRD IV-richtlijn, van artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van de GTM-verordening, en van de artikelen 85 tot en met 87 van de GTM-kaderverordening, en of het antwoord op deze vraag anders luidt wanneer bij een nationale rechterlijke instantie een specifieke vordering tot nietigverklaring wordt ingesteld wegens een vermeende schending van het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke beslissing.

41. Om te beginnen dient te worden gepreciseerd wat de gevolgen zijn van de betrokkenheid van nationale autoriteiten bij een procedure als die in het hoofdgeding, die tot de vaststelling van een handeling van de Unie leidt, voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de rechterlijke instanties van de Unie en die van de lidstaten.

42. In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 263 VWEU het Hof van Justitie van de Europese Unie de exclusieve bevoegdheid verleent om de wettigheid na te gaan van handelingen van de instellingen van de Unie, waaronder de ECB.

43. De eventuele betrokkenheid van de nationale autoriteiten bij de procedure die tot de vaststelling van dergelijke handelingen leidt, kan geen afbreuk doen aan hun status van handelingen van de Unie, wanneer de door de nationale autoriteiten vastgestelde handelingen een fase vormen in een procedure waarin een instelling van de Unie de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid alleen uitoefent, zonder gebonden te zijn aan voorbereidende handelingen of voorstellen van de nationale autoriteiten (zie in die zin arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie, C-64/05 P, EU:C:2007:802, punten 93 en 94).

44. In een dergelijk geval, waarin het recht van de Unie niet beoogt een scheiding aan te brengen tussen twee bevoegdheden – een nationale bevoegdheid en een bevoegdheid van de Unie – die verschillende doelstellingen hebben, maar juist de exclusieve beslissingsbevoegdheid vaststelt van een instelling van de Unie, is het immers aan de rechter van de Unie om op grond van zijn exclusieve bevoegdheid krachtens artikel 263 VWEU de wettigheid van de handelingen van de Unie te toetsen (zie naar analogie arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, punt 17), zich uit te spreken over de wettigheid van het definitieve besluit van de betrokken Unie-instelling en eventuele gebreken in de voorbereidende handelingen of voorstellen van de nationale autoriteiten die de geldigheid van dat definitieve besluit kunnen aantasten, te onderzoeken teneinde een doeltreffende rechterlijke bescherming van de betrokken personen te waarborgen.

45. Een handeling van een nationale autoriteit die plaatsvindt binnen het kader van een besluitvormingsproces van de Unie valt echter niet onder de exclusieve bevoegdheid van de rechter van de Unie wanneer uit de verdeling van bevoegdheden op het betrokken gebied tussen de nationale autoriteiten en de instellingen van de Unie volgt dat de door de nationale autoriteit vastgestelde handeling een noodzakelijke stap is in een procedure voor de vaststelling van een handeling van de Unie waarin de instellingen van de Unie slechts over een beperkte of geen beoordelingsmarge beschikken, zodat de nationale handeling de instelling van de Unie bindt (zie in die zin arrest van 3 december 1992, Oleificio Borelli/Commissie, C-97/91, EU:C:1992:491, punten 9 en 10).

46. Derhalve staat het aan de nationale rechterlijke instanties om zich uit te spreken over de eventuele onregelmatigheden van een dergelijke nationale handeling – in voorkomend geval door de zaak naar het Hof te verwijzen voor een prejudiciële beslissing – volgens dezelfde toetsingsmaatstaven als die welke gelden voor elk definitief besluit van dezelfde nationale autoriteit dat voor derden bezwarend kan zijn. Zij dienen het daartoe ingestelde beroep in naam van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming bovendien als ontvankelijk te beschouwen, zelfs indien het nationale procesrecht hier niet in voorziet (zie in die zin arresten van 3 december 1992, Oleificio Borelli/Commissie, C-97/91, EU:C:1992:491, punten 11-13; 6 december 2001, Carl Kühne e.a., C-269/99, EU:C:2001:659, punt 58, en 2 juli 2009, Bavaria en Bavaria Italia, C-343/07, EU:C:2009:415, punt 57).

47. Na deze verduidelijking moet worden opgemerkt dat uit een lezing van artikel 263 VWEU in het licht van het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking tussen de Unie en de lidstaten volgt dat handelingen van de nationale autoriteiten in het kader van een procedure als bedoeld in de punten 43 en 44 van het

onderhavige arrest niet kunnen worden onderworpen aan toetsing door de rechterlijke instanties van de lidstaten.

48. In dit verband dient te worden benadrukt dat wanneer de wetgever van de Unie kiest voor een administratieve procedure die voorziet in de vaststelling door de nationale autoriteiten van handelingen ter voorbereiding van een definitief besluit van een instelling van de Unie dat rechtsgevolgen heeft en bezwarend kan zijn voor derden, hij ernaar streeft tussen die instelling en die nationale autoriteiten een speciaal samenwerkingsmechanisme in te stellen, dat berust op de exclusieve beslissingsbevoegdheid van de Unie-instelling.

49. De doeltreffendheid van een dergelijk besluitvormingsproces veronderstelt echter noodzakelijkerwijs één enkele rechterlijke toetsing, die uitsluitend door de rechterlijke instanties van de Unie wordt uitgeoefend, en pas nadat het besluit van de instelling van de Unie tot beëindiging van de administratieve procedure is genomen. Enkel dat besluit kan bindende rechtsgevolgen hebben die de belangen van de verzoeker kunnen schaden doordat zij zijn rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.

50. Dienaangaande zou de co-existentie van nationale rechtsmiddelen tegen voorbereidende handelingen of voorstellen van de autoriteiten van de lidstaten in een dergelijke procedure en het beroep als bedoeld in artikel 263 VWEU tegen het besluit van de Unie-instelling waarmee een einde komt aan de door de wetgever van de Unie ingevoerde administratieve procedure niet gevrijwaard zijn van het risico van uiteenlopende beoordelingen in één en dezelfde procedure en derhalve de exclusieve bevoegdheid van het Hof om zich uit te spreken over de wettigheid van dat eindbesluit kunnen ondergraven, met name wanneer in dat besluit de analyse en het voorstel van deze autoriteiten worden gevolgd.

51. Gelet op die noodzakelijke eenheid van rechterlijke toetsing is zowel de aard van het nationale rechtsmiddel waarmee voorbereidende handelingen van de nationale autoriteiten zijn onderworpen aan toetsing door een rechterlijke instantie van een lidstaat, als de aard van de daartoe aangevoerde conclusies of middelen irrelevant.

52. In het licht van deze overwegingen moet de aard van de procedure worden onderzocht in het kader waarvan de handelingen van Banca d'Italia zijn vastgesteld waarover de Consiglio di Stato zich in het hoofdgeding dient uit te spreken.

53. Deze procedure maakt deel uit van het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme van de bankenunie, voor het doeltreffend en samenhangend functioneren waarvan de ECB krachtens artikel 6, lid 1, van de GTM-verordening verantwoordelijk is. Zij beoogt artikel 22 van de CRD IV-richtlijn ten uitvoer te leggen, dat met het oog op de goede werking van de bankenunie voorziet in een voorafgaande goedkeuring voor het verwerven of vergroten van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen, op basis van de geharmoniseerde beoordelingscriteria van artikel 23 van dezelfde richtlijn.

54. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), van de GTM-verordening junctis artikel 15, lid 3, van dezelfde verordening en artikel 87 van de GTM-kaderverordening is de ECB exclusief bevoegd om aan het einde van de procedure die met name is neergelegd in artikel 15 van de GTM-verordening en de artikelen 85 en 86 van de GTM-kaderverordening al dan niet goedkeuring te verlenen aan de voorgenomen verwerving.

55. In het kader van de betrekkingen waarvoor krachtens artikel 6, lid 2, van de GTM-verordening het beginsel van loyale samenwerking geldt, bestaat de rol van de nationale autoriteiten – zoals volgt uit die bepaling, uit artikel 15, leden 1 en 2, van deze verordening en uit de artikelen 85 en 86 van de GTM-kaderverordening – erin dat zij goedkeuringsverzoeken registreren en bijstand verlenen aan de ECB, die als enige beslissingsbevoegdheid heeft, met name door haar alle informatie te verstrekken die nodig is voor de vervulling van haar taken, door dergelijke verzoeken te onderzoeken en door vervolgens aan de ECB een voorstel voor een besluit toe te zenden dat niet bindend is voor de ECB en waarvan de verzoeker volgens het recht van de Unie niet in kennis hoeft te worden gesteld.

56. Derhalve is de procedure waarbij de handelingen zijn vastgesteld die bij de verwijzende rechter worden bestreden, een van de procedures waarop de overwegingen in de punten 43 en 44 van het onderhavige arrest betrekking hebben.

57. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan dat de Unierechter als enige bevoegd is om incidenteel te beoordelen of de

wettigheid van het besluit van de ECB van 25 oktober 2016 wordt aangetast door eventuele gebreken in de wettigheid van de handelingen van Banca d'Italia ter voorbereiding van dat besluit. Die bevoegdheid sluit elke bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties ter zake van deze handelingen uit, waarbij het irrelevant is dat bij een nationale rechterlijke instantie een vordering als de azione di ottemperanza is ingesteld.

58. Wat dit laatste betreft verzetten, zoals de Commissie opmerkt, de exclusieve bevoegdheid van de ECB om te beslissen of zij de verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling goedkeurt, en de overeenkomstige exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke instanties van de Unie om de geldigheid van een dergelijk besluit te toetsen en, incidenteel, te beoordelen of de nationale voorbereidende handelingen gebreken vertonen die de geldigheid van het besluit van de ECB kunnen aantasten, zich ertegen dat een nationale rechterlijke instantie kennis kan nemen van een beroep waarmee wordt beoogd de verenigbaarheid van een dergelijke handeling met een nationale bepaling betreffende het beginsel van het gezag van gewijsde aan te vechten (zie naar analogie arrest van 18 juli 2007, Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434, punten 62 en 63).

59. Derhalve moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 263 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de nationale rechterlijke instanties de wettigheid toetsen van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die de NBA's hebben vastgesteld in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van de CRD IV-richtlijn, van artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van de GTM-verordening, en van de artikelen 85 tot en met 87 van de GTM-kaderverordening. Het feit dat bij een nationale rechterlijke instantie een specifieke vordering tot nietigverklaring is ingesteld wegens een vermeende schending van het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke beslissing is in dit verband irrelevant.

Kosten

60. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Artikel 263 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de nationale rechterlijke instanties de wettigheid toetsen van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die de nationale bevoegde autoriteiten hebben vastgesteld in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, van 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 van de artikelen 85 tot en met 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 (GTM-kaderverordening). Het feit dat bij een nationale rechterlijke instantie een specifieke vordering tot nietigverklaring is ingesteld wegens een vermeende schending van het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke beslissing is in dit verband irrelevant.

Noot

1. Deze zaak gaat ten eerste over het op grond van art. 22 van Richtlijn 2014/36/EU ("CRD IV") uitgeoefende toezicht op gekwalificeerde deelnemingen in banken. Ten tweede gaat deze zaak over de verdeling van bevoegdheden tussen de nationale prudentiële toezichthouders en de Europese Centrale Bank ("ECB") in het kader van het op grond van Verordening (EU) nr. 1024/2013 ("SSM-Verordening") in de Eurozone door de ECB uitgeoefende toezicht op significante banken in het kader van het Single Super-

visory Mechanism (“SSM”).

2. De heer Silvio Berlusconi heeft in de jaren negentig via de door hem gecontroleerde vennootschap Fininvest (de heer Berlusconi en Fininvest, hierna gezamenlijk aangeduid als “Fininvest c.s.”) een deelneming van ongeveer 30% verkregen in Mediolanum SpA, die op haar beurt weer een 100%-belang heeft in een in Italië gevestigde bank: Banca Mediolanum SpA (“Mediolanum”). Mediolanum is een zogenoemde gemengde financiële holding omdat deze vennootschap belangen hield in banken en verzekeraars. Op 10 oktober 2014, kort voor de inwerkingtreding op 4 november 2014 van het SSM, geven de Italiaanse prudentiële toezichthouders (Banca d'Italia voor het banktoezicht en IVASS voor het verzekeringstoezicht, hierna: de “NCAs”) aan Fininvest c.s. de aanwijzing dat het (in)directe belang van circa 30% in Mediolanum moet worden afgebouwd tot net onder 10%. Een essentieel element voor de (instandhouding van de) goedkeuring voor de verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een bank is immers dat de (kandidaat-)verwerver van onbesproken gedrag is.

3. Art. 23 lid 1 onder a CRD IV bepaalt dat de reputatie van de kandidaat-verwerver een beoordelingscriterium is voor het besluit betreffende goedkeuring van de verwerving van de gekwalificeerde deelneming. Op 1 augustus 2013 werd de heer Berlusconi in hoogste instantie onherroepelijk veroordeeld wegens belastingfraude waardoor hij volgens de NCAs niet langer aan de criteria voor de in het verleden gegeven goedkeuring voldoet. Met het afbouwen van het belang net onder 10% zou Fininvest (en daardoor indirect ook Berlusconi) niet langer een gekwalificeerde deelneming in Mediolanum houden. Hierdoor zouden eventuele conflicten met de regels betreffende het toezicht op houders van gekwalificeerde deelnemingen in banken uit de weg worden gegaan.

4. Fininvest c.s. stellen tegen het besluit van de NCAs van 10 oktober 2014 beroep in bij de Italiaanse bestuursrechter. Het belangrijkste argument waarop Fininvest c.s. zich baseren, betreft een beroep op de toepassing van de Italiaanse wet in de tijd. De verwerving door Fininvest c.s. van de gekwalificeerde deelneming in Mediolanum heeft plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van de Italiaanse wettelijke regeling die het eerdergenoemde, uit art. 23 lid 1 onder a CRD IV voortvloeiende reputatievereiste stelt. In eerste aanleg wordt hun beroep verworpen, maar bij de hoogste Italiaanse bestuursrechter (“Consiglio di Stato”) worden zij bij arrest van 3 maart 2016 in het gelijk gesteld.

5. In de tussentijd wordt Mediolanum SpA opgenomen in haar dochteronderneming Banca Mediolanum SpA, waardoor verzoeksters rechtstreeks een gekwalificeerde deelneming houden in de bank. De NCAs en de ECB vinden dat hiervoor op grond van art. 22 CRD IV en de Italiaanse wet die deze richtlijnbevestiging implementeerde een nieuwe goedkeuring vereist is. De ECB instrueert de Banca d'Italia (“Bdl”) op grond van art. 9 SSM-Verordening om Fininvest c.s. aan te manen om een verzoek tot goedkeuring van de verwerving in te dienen. Deze door de NCAs aan Fininvest c.s. gegeven aanmaning blijft echter zonder gevolg.

6. Hierop stelt de Bdl, ambtshalve, op grond van art. 15 lid 2 SSM-Verordening en van art. 85 en art. 87 van de ECB-Verordening (EU) nr. 468/2014 (de “SSM-Uitvoeringsverordening”) op 23 september 2016 een voorstel aan de ECB op met het advies om bezwaar te maken tegen de verwerving door Fininvest c.s. van de direct gehouden gekwalificeerde deelneming in Mediolanum (hierna: “Bdl-Voorstel”). De ECB neemt op 25 oktober 2016 een eindbesluit (het “ECB-Besluit”) tot het maken van bezwaar tegen de verwerving van de direct gehouden gekwalificeerde deelneming, nadat Fininvest c.s. door de ECB in de gelegenheid waren gesteld om tegen een ontwerpbesluit van de ECB op te komen. In het ECB-Besluit stelt de ECB, onder meer, dat bezwaar bestaat tegen de verwerving, nu niet aan het reputatievereiste van de (in de Italiaanse wet geïmplementeerde) bepaling van art. 23 lid 1 onder a CRD IV is voldaan.

7. Fininvest c.s. komen ten eerste op tegen het ECB-Besluit op door bij het Gerecht van de Europese Unie een beroep tot vernietiging in te stellen (zaak Fininvest en Berlusconi/ECB, T-913/16). Zij komen echter, ten tweede, ook tegen het Bdl-Voorstel op bij de lagere Italiaanse bestuursrechter. Ten derde komen Fininvest c.s. op tegen het Bdl-Voorstel bij de Consiglio di Stato in een zogenoemde “azione di ottemperanza” (vrij vertaald en hierna: een nalevingsactie). Fininvest c.s. betogen, naast het tegen het ECB-Besluit ingestelde rechtsmiddel bij het Gerecht van de Europese Unie, bij de Consiglio di Stato dat het Bdl-Voorstel vernietigbaar is wegens miskening van het gezag van gewijsde van het arrest van 3 maart 2016 van de Consiglio di Stato. Deze hoogste Italiaanse bestuursrechtelijke instantie heeft immers geoordeeld dat de verwerving in Mediolanum SpA door Fininvest c.s. heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding in Italië van het reputatievereiste en Fininvest c.s. daarom niet aan deze voorwaarde hoefden te voldoen.

8. De NCAs stellen op hun beurt dat de nationale rechterlijke instanties niet bevoegd zijn om te beslissen over deze vordering betreffende de nalevingsactie. Bij het Bdl-Voorstel gaat om voorbereidende handelingen van niet-bindende aard die gericht zijn op de vaststelling van een besluit door de ECB en een beoordeling van de rechtmatigheid van deze voorbereidende handelingen en van het besluit van ECB exclusief is voorbehouden aan de Unierechter.

9. De Consiglio di Stato heeft in de nalevingsactie vervolgens geoordeeld dat de uit hoofde van art. 4 lid 1 onder c en art. 15 SSM-Verordening te volgen goedkeuringsprocedure voor het verwerven of vergoten van gekwalificeerde deelnemingen in banken zowel kan worden aangemerkt als een *enkelvoudige procedure* waarvan de toetsing van besluiten in dat kader uitsluitend aan de Unierechter is voorbehouden als een *samengestelde procedure* waarbij de voorbereidende handelingen aan het oordeel van de nationale rechter zijn voorbehouden, ook al binden die voorbereidende handelingen niet de Europese instelling die een besluit dient te nemen welk besluit exclusief door de Unierechter dient te worden getoetst. De Consiglio di Stato heeft de behandeling van de nalevingsactie geschorst en het Europese Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing te nemen over de twee hiervoor in het volledig afgedrukte arrest weergegeven prejudiciële vragen.

10. Het Hof van Justitie verwerpt met een beroep op art. 263 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie de redenering van de Consiglio di Stato dat er in het geval van toepassing van de procedure voor de toetsing van de verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een bank ingevolge de SSM-Verordening bevoegdheid kan bestaan van de nationale rechter om te oordelen over de voorbereidende handelingen van een nationale bevoegde autoriteit, in casu het Bdl-Voorstel. Deze bevoegdheid bestaat niet ten aanzien van het Bdl-Voorstel in het kader van de toepassing van de procedure van art. 15 SSM-Verordening en die van art. 85 en art. 87 SSM-Uitvoeringsverordening. Deze voorbereidende handelingen dienen immers te leiden tot een besluit van de ECB uit hoofde van art. 4 lid 1 onder c SSM-Verordening, waarvoor de ECB de exclusieve bevoegdheid heeft gekregen. Dergelijke besluiten zijn aan het exclusieve oordeel van de Unierechter voorbehouden. In de toetsing door de Unierechter van dat ECB-besluit zal tevens rekening kunnen worden gehouden met de vraag of de voorbereidende handelingen van de nationale bevoegde autoriteit hebben kunnen leiden tot het door de ECB genomen definitieve besluit. Het Hof van Justitie sorteert daarbij ook voor op de heikele kwestie van het gezag van gewijsde van het eerdere arrest van de Consiglio di Stato in de eerste zaak die door Fininvest c.s. tegen het eerste besluit van 10 oktober 2014 van de NCAs was aangespannen. Daarover overweegt het Hof van Justitie dat de ingestelde vordering wegens de schending van het gezag van gewijsde irrelevant is en snijdt daarmee de pas af voor de Consiglio di Stato om zich in deze zaak nog te buigen over de tweede procedure die door de Banca d'Italia ter uitvoering van de regelingen van de SSM-Verordening bij de ECB is ingeleid ter toetsing van het door Fininvest c.s. gehouden belang in Mediolanum. De Consiglio di Stato zal zich in deze zaak onbevoegd moeten verklaren om te oordelen over de door Fininvest c.s. ingestelde vordering tot vernietiging van het Bdl-Voorstel.

11. Wat naar mijn mening een rol speelt in het oordeel van het Hof van Justitie, is dat bij de verdeling van de bevoegdheden in het kader van de toetsing van de verkrijging of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen in banken uit hoofde van de bepalingen van het Single Supervisory Mechanism ("SSM") geen enkele bevoegdheid is gegeven aan de nationale bevoegde autoriteiten om in het kader van de voorbereidingen van het daartoe door de ECB te nemen besluit, op rechtsgevolg gerichte beslissingen te nemen. Sterker nog, degene die uit hoofde van art. 15 SSM-Verordening een verzoek tot goedkeuring van de verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming doet, hoeft niet te worden betrokken bij de door de nationale autoriteit gepleegde voorbereidende handelingen, behoudens dat de verzoeker van de nationale autoriteit ontvangstbevestigingen krijgt van ingediende verzoeken. Het kan dus voorkomen dat de verzoeker geen wetenschap heeft van het door de nationale autoriteit aan de ECB uitgebrachte advies in de vorm van een ontwerpbesluit van de ECB. Het stelsel van de SSM-Verordening heeft op dit vlak dus geen verdeling van bevoegdheden tot het nemen van besluiten tussen de nationale bevoegde autoriteiten en de ECB teweeggebracht, die bevoegdheden zijn exclusief aan de ECB gegeven.

12. Met deze gang van zaken, met name het feit dat Fininvest c.s. ten tweede male een oordeel dienden uit te lokken over het houden van een gekwalificeerde deelneming in Mediolanum door de omgekeerde fusie tussen de houdstermaatschappij van de bank en de bank, is voorkomen dat toegekomen diende te worden aan het juridische moeras van de regelingen van art. 48 en art. 149 e.v. SSM-Verordening betreffende "gezamenlijke procedures". Dat zou bijvoorbeeld aan de orde zijn geweest ten aanzien van de door de NCAs op 10 oktober 2014 genomen beslissing

tot het geven van een aanwijzing dat Fininvest c.s. het belang in Mediolanum van 30% dienden af te bouwen tot onder 10%. Dat zou een procedure in de zin van art. 148 SSM-Verordening (Continuïteit van bestaande procedures) betreffen. Deze bepaling zou de ECB de bevoegdheid hebben gegeven om de door de NCAs ingeleide procedure in Italië te staken zodat de ECB de zaak zelf zou kunnen afdoen. Echter, het bepaalde in art. 148 SSM-Verordening in samenhang met art. 48 SSM-Verordening is, op zijn zachtst gezegd, moeilijk leesbaar. Art. 148 bepaalt immers dat in beginsel door de NCAs ingezette procedure voor 4 november 2014 (de start van het Single Supervisory Mechanism) door de NCA kon worden voortgezet, tenzij de ECB anders zou besluiten. Art. 148 lid 2 verklaart echter art. 48 SSM-Verordening onverkort van toepassing. Op zijn minst zou art. 48 lid 3 SSM-Verordening (dat uitgaat van het verblijven van de bevoegdheid van de NCAs voor de voor 4 november 2014 aangespannen toezichtprocedure) aanleiding hebben gegeven tot een ingewikkelde discussie over de toepassing van het principe van het gezag van gewijsde van het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 dat het oorspronkelijke besluit van de NCAs van 10 oktober 2014 vernietigde, ook al zou de ECB op een bepaald ogenblik (hetzij op grond van art. 48 lid 4 SSM-Verordening, hetzij anderszins) hebben besloten de kwestie die begon met het besluit van 10 oktober 2014 van de NCAs zelf over te nemen.

13. Het ziet er dus naar uit dat het Hof van Justitie met de introductie van de regelingen van het Single Supervisory Mechanism, de overdracht van bevoegdheden van de nationale toezichthouders naar het niveau van de ECB bekrachtigt, in elk geval op het vlak van de toetsing van de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen in banken zoals geregeld in art. 4 lid 1 onder c SSM-Verordening. Of het ECB-besluit van 25 oktober 2016 te dezer zake in stand zal blijven, zal moeten worden afgewacht. Zoals hiervoor is besproken ligt deze kwestie voor bij het Gerecht van de Europese Unie.

14. Met enige nadruk moet nog worden genoemd dat aan deze zaak en beslissing van het Hof van Justitie niet de conclusie mag worden verbonden dat in alle gevallen waarin sprake is van uitoefening van bevoegdheden door de ECB op grond van art. 4 lid 1 SSM-Verordening en waarbij de ECB leunt op voorbereidingshandelingen van de nationale bevoegde autoriteiten, uitgegaan moet worden van eenvormigheid van de procedures. Uitsluitend in het in art. 4 lid 1 onder c SSM-Verordening geregelde geval voor de toetsing van gekwalificeerde deelnemingen is er geen sprake van beslissingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten. In het in art. 4 lid 1 onder a SSM-Verordening (vergunningverlening en -intrekking) bedoelde geval zal er naar mijn mening eerder sprake zijn van een samengestelde bevoegdheid, waarbij de nationale bevoegde autoriteit een op rechtsgevolg voorbereidend besluit neemt en de ECB het eindbesluit. Tegen beide besluiten zullen naar mijn mening rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld.

prof. dr. E.P.M. Joosen, bijzonder hoogleraar Financieel Recht, Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat te Amsterdam
