



Datum van inontvangstneming : 06/06/2017

Zaak C-219/17

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

25 april 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

23 februari 2017

Verzoekende partijen:

██████████

Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)

Verwerende partijen:

Banca d'Italia

Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS)

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Tenuitvoerleggingsprocedure

Nietigheid van bepaalde maatregelen van Banca d'Italia

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van artikel 263, leden 1, 2 en 5, en artikel 256, lid 1, VWEU

De prejudiciële vragen

„Moeten artikel 263, leden 1, 2 en 5, en artikel 256, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in onderlinge samenhang gelezen, aldus worden uitgelegd dat een beroep tegen inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten van de nationale bevoegde autoriteit (zoals gespecificeerd in § 1 van de onderhavige beslissing) in het kader van de procedure van de artikelen 22 en 23 van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013, artikel 1, lid 5, artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013, de artikelen 85, 86 en 87 van verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014, en de artikelen 19, 22 en 25 van Italiaanse geconsolideerde wet inzake banken, onder de bevoegdheid van de Unierechter dan wel onder die van de nationale rechter valt?

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

Aangevoerde nationale bepalingen

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.

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)

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.

Aangevoerde nationale bepalingen

Decreto legislativo 1^o settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (wetsbesluit nr. 385 van 1 september 1993, gecoördineerde tekst van de wetten op het bank- en kredietwezen, hierna: „TUB”).

Decreto ministeriale 18 marzo 1998, n. 144, recante norme per l’individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (ministerieel besluit nr. 144 van 18 maart 1998 houdende criteria voor de vaststelling van de reputatievereisten voor aandeelhouders van banken en de vaststelling van de drempelwaarde).

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

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 ██████████ hield sinds midden jaren negentig via zijn dochteronderneming Fininvest SpA een gekwalificeerde deelneming in Mediolanum SpA van meer dan 30 %.
- 2 Mediolanum SpA was een beursgenoteerde gemengde financiële holding en de moedermaatschappij van het financieel conglomeraat Mediolanum, waarvan Banca Mediolanum SpA, een volledige dochteronderneming van Mediolanum SpA, deel uitmaakte.
- 3 Op 1 augustus 2013 is de veroordeling van ██████████ tot een gevangenisstraf van vier jaar (waarvan drie jaar werd kwijtgescholden) voor belastingfraude onherroepelijk geworden.
- 4 Bij besluit van 7 oktober 2014 heeft Banca d’Italia, in overleg met de IVASS, vastgesteld dat ██████████ niet langer voldeed aan het „reputatievereiste” voor het houden van gekwalificeerde deelnemingen in financiële intermediairs. Als gevolg daarvan heeft zij het goedkeuringsverzoek van Fininvest SpA (ook voor ██████████ voor het houden van gekwalificeerde deelnemingen in Mediolanum SpA afgewezen, en geoordeeld dat de stemrechten moeten worden opgeschort en de aandelen in deze gemengde financiële holding (die de wettelijke drempel overschrijden) moeten worden verkocht.
- 5 Bij dezelfde beslissing aanvaardde Banca d’Italia het door Fininvest tijdens de procedure opgestelde voorstel dat een trust wordt opgericht waarin de betrokken deelneming wordt overgebracht, en heeft zij aan Fininvest een termijn van twintig dagen toegekend om mee te delen dat is voldaan aan de voorwaarden om in de op te richten trust te worden opgenomen.

- 6 ██████████ heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium; hierna: „TAR”), dat het beroep heeft verworpen bij vonnis nr. 7966/2015.
- 7 Tegen dit vonnis heeft ██████████ hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter), die bij het beroep arrest nr. 882/2016 van 3 maart 2016 heeft toegewezen en de handeling van 7 oktober 2014 heeft vernietigd.
- 8 Tijdens de beroepsprocedure hebben de bestuursraden van Mediolanum SpA en Banca Mediolanum SpA het voorstel voor „omgekeerde fusie” goedgekeurd, waarmee Mediolanum SpA door Banca Mediolanum SpA werd overgenomen.
- 9 Dit fusievoorstel – dat voorzag in een fusie binnen de groep met een ruilverhouding van 1 op 1, met het openlijke doel de vennootschapsstructuur te vereenvoudigen en de organisatie van de bankgroep te rationaliseren (aangezien Banca Mediolanum SpA een volle dochteronderneming van Mediolanum SpA was) – werd op 26 mei 2015 voor goedkeuring aan Banca d’Italia toegezonden overeenkomstig artikel 57 TUB.
- 10 Banca d’Italia heeft de fusie bij maatregel van 21 juli 2015 goedgekeurd en de maatregel van 7 oktober 2015 vervolgens bij nota van 23 juli 2015 bevestigd; zij preciseerde daarbij dat de bij deze maatregel vastgestelde verkoopverplichting moest worden geacht „betrekking te hebben op de aandelen van Banca Mediolanum die, ten gevolge van de fusie, worden toegekend [aan Fininvest] in ruil voor aandelen van Mediolanum”.
- 11 Tijdens de laatste pleitzitting voor de Consiglio di Stato voerde Banca d’Italia als exceptief verweer aan dat de procedure niet kon worden voortgezet wegens verlies van procesbelang, in wezen op de volgende gronden:
 - a) aangezien het in de nota van 23 juli 2015 vervatte bevel om het deel van de gekwalificeerde deelneming dat de wettelijke grens overschrijdt te verkopen nu betrekking had op de deelneming van Fininvest SPA in Banca Mediolanum SpA (en niet langer, zoals in de bestreden maatregel van 7 oktober 2014, op de deelneming van Fininvest SpA in Mediolanum SpA), heeft een eventuele vernietiging van de maatregel van 7 oktober 2014 voor verzoeker geen enkel nut meer, aangezien het „nieuwe” bevel tot verkoop in deze nota hoe dan ook gevolgen zou sorteren;
 - b) de goedkeuring van de fusie van 21 juli 2015 was verbonden aan de verplichting tot verkoop van de deelneming, met als gevolg dat indien het bevel tot verkoop werd vernietigd, de deelneming in Banca Mediolanum SpA geen gevolgen zou sorteren aangezien de goedkeuring van de fusie was weggefallen.
- 12 De Consiglio di Stato heeft deze exceptie afgewezen bij het genoemde arrest nr. 882/2016, en wel op de volgende gronden:

a) onder verwijzing naar de nota van 23 juli 2015 betreffende „Fusie door overneming van Mediolanum SpA door Banca Mediolanum” heeft de Consiglio di Stato opgemerkt dat deze handeling louter een bevestiging was van de reeds vastgestelde handeling, waarmee de verplichting tot vervreemding die reeds bij de bestreden maatregel ten aanzien van de aandelen van Mediolanum SpA was vastgesteld zich automatisch, zonder nieuwe en aparte beoordeling uitstreckte tot de aandelen van Banca Mediolanum SpA. Hieruit volgde dat indien de eerste handeling (de bevestigde handeling) werd vernietigd, de daarop gebaseerde handeling (die louter een bevestiging inhield) automatisch zou komen te vervallen, aangezien de rechtsgrondslag daarvan kwam te ontbreken;

b) wat betreft de maatregel van 21 juli 2015 tot goedkeuring van de fusie en het verband daarvan met de door Banca d’Italia vastgestelde voorwaarde heeft de Consiglio di Stato opgemerkt dat de eventuele vernietiging van de verkoopverplichting de maatregel tot goedkeuring van de fusie door overneming niet terzijde had kunnen stellen. Indien het beroep tegen de beperkende voorwaarde/voorschrift werd toegewezen, zou de laatstgenoemde maatregel namelijk ook zonder deze voorwaarde in stand zijn gebleven;

c) wat de aard van de fusie betreft, heeft de Consiglio di Stato gewezen op het continuïteitsbeginsel dat de gevolgen van fusie kenmerkt – in de zin dat alle vennootschappen die een fusie aangaan in de tot stand gebrachte vennootschap samenkomen in de toestand waarop zij zich ten tijde van de fusie bevinden –, en dit beginsel kon redelijkerwijs ook gelden voor de aandeelhouders van de vennootschappen die een fusie aangaan, die eveneens samenkomen in de nieuwe vennootschap of in de overnemende vennootschap in de toestand waarin zij zich ten tijde van de fusie bevinden.

13 Ten gronde heeft arrest nr. 882/2016 het beroep van ██████████ toegewezen en de beslissing van 7 oktober 2014 vernietigd op de volgende gronden:

a) doordat de werkingssfeer van de TUB is uitgebreid naar gemengde financiële holdings, waren ook zij onderworpen aan de regeling inzake de „reputatievereisten” die ingevolge artikel 25 TUB geldt voor aandeelhouders van banken. Het tweede lid daarvan verwees voor de specifieke vaststelling van deze vereisten naar een ministerieel besluit (dat wordt vastgesteld door het Italiaanse ministerie van Economie en financiën, na Banca d’Italia te hebben gehoord);

b) ter uitvoering van deze wetsbepaling is ministerieel besluit nr. 144 van 18 maart 1998 [Regolamento recante norme per l’individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (regeling inzake de vaststelling van reputatievereisten voor aandeelhouders van banken en vaststelling van de drempelwaarde)] vastgesteld. Artikel 1 daarvan beschrijft de veroordelingen die de reputatie aldus aantasten dat niet aan het vereiste wordt voldaan, terwijl artikel 2 bepaalt – met een overgangsregeling – dat „indien natuurlijke of rechtspersonen die op de datum van inwerkingtreding van dit besluit een deelneming in het maatschappelijk kapitaal

van een bank niet voldoen aan in artikel 1 vermelde vereisten die niet in de eerdere regeling waren opgenomen, is dit niet relevant indien zij daaraan reeds voor deze datum niet voldeden, uitsluitend met betrekking tot de reeds aangehouden deelneming”.

c) anders dan de TAR oordeelde, kon de overgangsregeling van artikel 2 van ministerieel besluit nr. 144/1998 – volgens welke de regeling van de reputatievereisten met terugwerkende kracht niet van toepassing was op deelnemingen die reeds werden gehouden op de datum van inwerkingtreding van het ministeriële besluit – niet worden geacht te zijn ingetrokken wegens onverenigbaarheid met richtlijn 2007/44 (die is opgegaan in richtlijn 2013/36, die vervolgens op 16 april 2014, bij wetsbesluit nr. 53/2014 in Italiaans recht is omgezet), aangezien de richtlijn uitsluitend van toepassing is op „nog niet verworven deelnemingen”, terwijl de overgangsregeling van artikel 2 van ministerieel besluit nr. 144/1998 betrekking had op „reeds aangehouden deelnemingen”;

d) er kon derhalve geen sprake zijn van een stilzwijgende intrekking van de wetsbepaling als gevolg van de richtlijn, aangezien voor stilzwijgende intrekking de door de bepalingen geregelde situaties gelijk moeten zijn, terwijl in casu de twee regelingen volstrekt verschillende werkingssferen hadden: die van de communautaire regeling had betrekking op de verwerving van de deelneming, terwijl die van de [nationale] regeling betrekking had op de reeds verworven deelneming, die momenteel dus aangehouden wordt;

e) in casu hebben alle significante factoren van de zaak die voorwerp van dit geding is, plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen waarbij de reputatievereisten naar gemengde financiële holdings werden uitgebreid, aangezien zowel de verwerving van de deelneming als het verlies van de goede reputatie voor deze datum hebben plaatsgevonden;

f) in de Italiaanse rechtsorde is ervoor gekozen deze regeling geen terugwerkende kracht te geven, en deze keuze kon worden afgeleid uit de overgangsregeling van artikel 2 van ministerieel besluit nr. 144/1998, die verenigbaar is met het Unierecht, aangezien zij een wettige uitoefening vormt van een door de communautaire rechtsorde toegestane mogelijkheid;

g) het was derhalve onwettig om de betrokken nieuwe regeling op grond van het besluit van 7 oktober 2014 met terugwerkende kracht toe te passen.

14 In de bij de Consiglio di Stato aanhangige tenuitvoerleggingsprocedure vorderen verzoekers derhalve nietigverklaring van de volgende handelingen, die Banca d’Italia na arrest nr. 822/2016 heeft vastgesteld op de gronden die in de punten 17 en volgende van deze beslissing worden uiteengezet:

a) de nota van 14 juli 2016, waarmee Banca d’Italia Fininvest vroeg om een verzoek om goedkeuring als bedoeld in de artikelen 19 en volgende van de TUB en de artikelen 22 en volgende van richtlijn 2013/36 in te dienen, met als

motivatie dat Fininvest SpA –als gevolg van de fusie waarbij Mediolanum SpA in Banca Mediolanum SpA werd opgenomen, welke operatie op 30 december 2015 werd voltooid – een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van de bank had waarvoor een goedkeuringsprocedure moest worden ingeleid en ten aanzien waarvan moest worden getoetst of aan de vereisten van de toepasselijke regelgeving was voldaan, waaronder met name het reputatievereiste;

b) de nota van 3 augustus 2016, waarmee Banca d'Italia ambtshalve de genoemde goedkeuringsprocedure heeft ingeleid, waarbij zij heeft gepreciseerd dat de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”) overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening (EU) nr. 1024/2013 bevoegd is om, op voorstel van Banca d'Italia, het definitieve besluit te nemen volgens de voorschriften van artikel 15 van de genoemde verordening en artikel 85 en volgende van verordening (EU) nr. 468/2014;

c) ontwerpbesluit van Banca d'Italia van 23 september 2016, waarmee zij de ECB heeft voorgesteld de verwerving door Fininvest van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum SpA niet goed te keuren omdat [REDACTED] de controlerend aandeelhouder van Fininvest, niet voldeed aan het reputatievereiste als bedoeld in artikel 23, lid 1, onder a), van richtlijn 2013/36, met als gevolg dat de stemrechten verbonden aan de aandelen die de drempel van gekwalificeerde deelneming overschrijden volgens het Italiaanse recht automatisch werden geschorst en Fininvest de „overtollige aandelen” in Banca Mediolanum SpA moest verkopen;

d) de nota van Banca d'Italia van 4 april 2016, waarmee zij aan de ECB heeft uiteengezet waarom een goedkeuringsprocedure voor de verwerving door Fininvest van een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum SpA moet worden ingeleid.

- 15 In deze procedurele context heeft de verwijzende rechter besloten om het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.
- 16 De verwijzende rechter merkt overigens op dat verzoekers bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht van de Europese Unie op 23 december 2016 en ingeschreven onder zaaknummer T-913/16, eveneens beroep hebben ingesteld tegen het besluit van de ECB van 25 oktober 2016 waarmee zij bezwaar tegen de verwerving door Fininvest SpA van de gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum SpA heeft gemaakt.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

Argumenten van verzoekers

- 17 Volgens verzoekers zijn de bestreden maatregelen in strijd met het door de Consiglio di Stato aangehaalde – in kracht van gewijsde gegane – arrest

nr. 882/2016, waarbij het door ██████ ingestelde beroep tegen de handeling van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 werd toegewezen.

- 18 Naar hun mening moet op de omgekeerde fusie door overneming het beginsel van neutraliteit/continuïteit worden toegepast, op grond waarvan als gevolg van deze transactie tussen ondernemingen geen nieuwe deelnemingen zijn verworven.
- 19 Bovendien menen verzoekers dat deze fusie, door middel van de exceptie van Banca d'Italia in de procedure die heeft geleid tot arrest nr. 882/2016 dat de procedure niet kon worden voortgezet wegens verlies van procesbelang – welke exceptie de Consiglio di Stato volgens verzoekers bij in gezag van gewijsde gegane beslissing heeft afgewezen – mede voorwerp van het genoemde vonnis is geworden. Het gezag van gewijsde zou derhalve ook gelden voor dit aspect van het geschil.
- 20 Banca d'Italia had op grond van de plaatsgevonden fusie derhalve geen nieuwe goedkeuringsprocedure tegen verzoekers kunnen instellen.
- 21 De bestreden handelingen moeten derhalve nietig worden verklaard wegens schending of ontwijking van het gezag van gewijsde van arrest nr. 882/2016, overeenkomstig artikel 21 septies, lid 1, van wet nr. 241 van 7 augustus 1990, dat bepaalt: „alle bestuurlijke maatregelen [...] die in schending van of ontwijking van het gezag van gewijsde zijn vastgesteld, zijn nietig [...]”.
- 22 Volgens verzoekers kunnen deze handelingen worden aangemerkt als een „samengestelde” procedure, gebaseerd op een criterium van „scheiding van bevoegdheden” tussen nationale autoriteiten en Europese instellingen, waarbij de fasen van inleiding van de procedure, onderzoek en het ontwerpbesluit onder de bevoegdheden van de nationale autoriteit (in casu Banca d'Italia) vallen, terwijl het uiteindelijke besluit in de procedure (besluit bezwaar of geen bezwaar te maken tegen een voorgenomen verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling) onder de bevoegdheid van de Europese instelling (in casu de ECB) valt.
- 23 Verzoekers menen op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie over dit onderwerp dat de Unierechter niet bevoegd is om zich in het kader van een beroepsprocedure in de zin van artikel 263 VWEU uit te spreken over de wettigheid van de door de nationale autoriteit vastgestelde handelingen. Het staat immers aan de nationale rechterlijke instanties om zich, in voorkomend geval na een prejudiciële verwijzing naar het Hof, uit te spreken over de wettigheid van de betrokken nationale handeling (in een procedure tot vaststelling van een Uniehandeling), en wel onder dezelfde voorwaarden als gelden bij elk definitief besluit van dezelfde nationale autoriteit dat voor derden bezwarend kan zijn, en zij dienen het daartoe ingestelde beroep derhalve als ontvankelijk te beschouwen, ook indien het nationale procesrecht niet in een dergelijk geval voorziet, aangezien het vereiste van rechterlijke controle van elk besluit van een nationale autoriteit een algemeen beginsel van Unierecht vormt.

- 24 Aangezien de eventuele onwettigheid van handelingen die deel uitmaken van de nationale procedure – waarvan de Unierechter geen kennis kan nemen – als zodanig geen grond voor ongeldigheid van het door de Europese autoriteit genomen besluit kan vormen, kan alleen het ontbreken van een dergelijke handeling (en niet louter een gebrek daarvan dat niet rechterlijk is vastgesteld) de gevolgen sorteren die het uiteindelijke besluit aantasten; om de door de nationale autoriteit verrichte handelingen te vernietigen, moet dus de nationale rechter worden aangezocht, opdat de Unierechter, die bevoegd is om over het eindbesluit van de Europese autoriteit beslissen, daarmee rekening kan houden.
- 25 Tot slot menen verzoekers, anders dan Banca d'Italia, dat het uiteindelijke besluit van de ECB niet volledig los staat van de beoordeling van de nationale autoriteit in het overeenkomstig artikel 86 van verordening (EU) nr. 468/2014 op te stellen ontwerpbesluit; het besluit van de ECB wordt namelijk sterk beïnvloed door de beoordeling van de nationale autoriteit, die in het kader van de in artikel 4, lid 3, van verordening (EU) nr. 1024/2013 beschreven samenwerking de taak heeft het nationale rechtskader vast te stellen op grond waarvan de beoordeling wordt gemaakt.

Argumenten van verweerders

- 26 Banca d'Italia merkt in de eerste plaats op dat de ECB na het ontwerpbesluit van 23 september 2016, dat naar de ECB is doorgezonden, bij maatregel van 25 oktober 2016 (ter afsluiting van de procedure) heeft geoordeeld dat Fininvest niet voldoet aan het reputatievereiste als bedoeld in de artikelen 19 TUB en 23 van richtlijn 2013/36 en bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat Fininvest een gekwalificeerde deelneming heeft in Banca Mediolanum SpA (zie punt 14 hierboven).
- 27 Volgens Banca d'Italia is het beroep dat verzoekers tegen de betrokken handelingen hebben ingesteld niet-ontvankelijk, aangezien deze handelingen slechts interne onderzoekshandelingen zijn die deel uitmaken van de procedure, waarin inhoudelijk geen besluiten zijn genomen en die geen schade kunnen berokkenen, ook omdat het overeenkomstig artikel 86 van verordening (EU) nr. 468/2014 opgestelde ontwerpbesluit van de nationale bevoegde autoriteit (hierna: „NBA”, in casu Banca d'Italia) geen bindend karakter heeft: de ECB kan de beoordelingen van de NBA immers ook naast zich kan neerleggen en aanvullende onderzoeksgegevens verzamelen alvorens een definitief besluit in de zin van artikel 87 van verordening (EU) nr. 468/2014 vast te stellen.
- 28 Daarnaast voert zij aan dat de Italiaanse rechter niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen, dat volgens haar ingevolge artikel 263 VWEU onder de bevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie valt. Er is hier immers sprake van één procedure die bedoeld is voor de uitoefening van de – uitsluitend aan de ECB toekomende – bevoegdheid de vereisten voor het verwerven/houden van een gekwalificeerde deelneming in een bank die onder de werkingssfeer van verordening (EU) nr. 1024/2014 te beoordelen. Meer in het bijzonder:

a) de bestreden handelingen zijn volgens haar onderzoekshandelingen waarin geen besluiten worden genomen, die betrekking hebben op een procedure die volledig wordt beheerst door Unierechtelijke bepalingen (en wel de artikelen 4 en 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 en de artikelen 86 en 87 van verordening (EU) nr. 468/2014) en strekken tot de vaststelling van een maatregel die aan de exclusieve en discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de ECB is voorbehouden;

b) volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie komt de bevoegdheid over deze handelingen binnen de procedure, samen met die over het eindbesluit, uitsluitend toe aan de Unierechter, die overeenkomstig artikel 263 VWEU moet oordelen over de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid die resulteert in de vaststelling van het eindbesluit, het enige besluit met dwingende gevolgen;

c) anders dan in gevallen van „samengestelde” procedures, waarin de bestuursbevoegdheid tussen de Europese autoriteit en de nationale autoriteit is verdeeld, is in de onderhavige zaak – waarin de bestuursbevoegdheid niet tussen verschillende autoriteiten is verdeeld maar door de Europese regelgeving uitsluitend aan de Europese instellingen is toegekend, al spelen de (niet-bindende onderzoeks)handelingen van de nationale autoriteiten daarbij wel een rol – de Europese rechter bevoegd om kennis nemen van alle handelingen (ook nationale, mits zonder beslissingskarakter) die ten grondslag liggen aan de uitoefening van de door de Europese instellingen verleende discretionaire bevoegdheid;

d) het procesbelang ontbreekt omdat de eventuele nietigverklaring van de bestreden handelingen verzoekers geen enkel concreet nut zou opleveren, aangezien eventuele gebreken van nationale handelingen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie in geen geval invloed kunnen hebben op de geldigheid van deze beslissingen, ook niet indien de inhoud van de nationale handeling een bindend karakter heeft voor de latere vaststellingen van de instellingen van de Unie (zie arrest van het Hof van 3 december 1992, *Oleificio Borelli/Commissie*, C-97/91, punt 12); dat geldt a fortiori in de onderhavige zaak, waarin het beweerdelijk door de bestreden handelingen geschonden gewijsde niet bindend is voor de ECB, die niet aan het betrokken geding heeft deelgenomen, en evenmin onderworpen is aan de rechtsmacht van de nationale rechters;

- 29 Ten gronde betwist Banca d’Italia dat er sprake is van schending of ontwijking van het gewijsde van arrest nr. 882/2016, aangezien de bestreden handelingen zijn vastgesteld in de uitoefening van de bevoegdheid een gekwalificeerde deelneming in een bank te beoordelen, welke bevoegdheid wordt geregeld in artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 en door de nationale uitvoeringsbepalingen van de artikelen 22 en volgende van richtlijn 2013/36, terwijl de bij arrest nr. 882/2016 vernietigde handeling (de maatregel van Banca d’Italia van 7 oktober 2014) was vastgesteld in de uitoefening van een andere bevoegdheid, namelijk om een gekwalificeerde deelneming in een gemengde financiële holding te beoordelen, welke bevoegdheid wordt geregeld door de artikelen 63 en 67 bis TUB. Hieruit volgt dat het gezag van gewijsde van dit

vonnis zich noch in objectief opzicht, noch in subjectief opzicht – aangezien de ECB geen partij bij dit geding was – kan uitstrekken tot de bevoegdheid de aan aandeelhouders van een bank gestelde vereisten te beoordelen. Deze bevoegdheid was overigens nog niet uitgeoefend toen de ECB het besluit van 25 oktober 2016 vaststelde.

- 30 Bovendien kon arrest nr. 882/2016 (dat betrekking had op een gekwalificeerde deelneming van Fininvest Mediolanum SpA) de ECB evenmin het recht ontnemen een oordeel uit te spreken over de gekwalificeerde deelneming die Fininvest momenteel als gevolg van de op in 30 december 2015 voltooide „omgekeerde fusie” in Banca Mediolanum SpA heeft, en over de vernietiging in het genoemde arrest nr. 882/2016, waardoor de schorsing van de stemrechten en de verplichting de aandelen die de wettelijke drempel overschrijden te verkopen, teniet zijn gegaan. Zulks temeer als wordt bedacht dat deze gekwalificeerde en rechtstreekse deelneming in het kapitaal van de bank ten tijde dat de vergunning voor de omgekeerde fusie werd verleend niet was beoordeeld en goedgekeurd, omdat op dat moment het besluit van 7 oktober 2014 nog van kracht was, dat pas later bij arrest nr. 882/2016 is vernietigd.
- 31 Tot slot voert Banca d’Italia aan dat de uitlegging die verzoekers aan arrest nr. 882/2016 hebben gegeven onjuist is wat de bestreden handelingen betreft. Enerzijds is het beginsel van terugwerkende kracht in casu niet relevant, aangezien de overgangsregeling in artikel 2 van ministerieel besluit nr. 144/1998 specifiek was vastgesteld voor deelnemingen in het kapitaal van banken die in 1998 reeds in bezit waren, terwijl het verlies van reputatie zich heeft voorgedaan in 2013, en anderzijds had Fininvest als gevolg van de fusie, in combinatie met de vernietiging van de schorsing van het stemrecht ingevolge vonnis nr. 882/2016, voor het eerst kunnen worden aangemerkt als een relevante aandeelhouder van een bank, waardoor het beginsel van neutraliteit niet in acht was genomen, dat in het genoemde arrest nr. 882/2016 was bevestigd met de clausule „rebus sic stantibus”, onder verwijzing naar de toestand waarin de vennootschappen zich ten tijde van de fusie bevonden (die inmiddels achterhaald is).
- 32 Het ministerie van Economie en financiën, waaraan kennis is gegeven van de betrokken beroepsprocedures, heeft aangevoerd dat het geen procesbevoegdheid heeft, aangezien het geen enkele functie had bij de beoordeling van de verwerving van relevante deelnemingen, en de bestreden handelingen zijn vastgesteld in de uitoefening van de exclusieve bevoegdheden van de toezichhoudende autoriteiten.
- 33 Het ministerie heeft zich overigens aangesloten bij de door Banca d’Italia opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, en daaraan toegevoegd dat de uitlegging van het door verzoekers genoemde begrip „neutraliteit van de fusie” ertoe kan leiden dat de regeling inzake de goedkeuring van de verwerving van relevante deelnemingen door middel van transacties tussen vennootschappen eenvoudig kan worden omzeild.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 34 De verwijzende rechter meent dat om te beginnen de exceptie dat de Italiaanse rechter onbevoegd is om van de aan hem voorgelegde geschil kennis te nemen moet worden onderzocht. Volgens deze door Banca d'Italia aangevoerde exceptie is op grond van artikel 263 VWEU het Hof van Justitie van de Europese Unie bevoegd (en dus het Gerecht, ingevolge artikel 256, lid 1, VWEU).
- 35 Met de tenuitvoerleggingsprocedures die overeenkomstig het Italiaanse recht zijn ingeleid, wordt aangevoerd dat de bestreden handelingen nietig zijn in de zin van het aangehaalde artikel 21 septies, lid 1, van wet nr. 241 van 7 augustus 1990.
- 36 Artikel 114, lid 4, onder b), van het wetboek van bestuursprocesrecht bepaalt immers dat de rechter bij wie de vordering tot nakoming is ingesteld, indien het beroep wordt toegewezen, „eventuele handelingen die het gezag van gewijsde schenden of ontwijken, nietig verklaart”.
- 37 De bestreden handelingen zijn vastgesteld door Banca d'Italia in het kader van de procedure die wordt geregeld door artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 en de artikelen 85 en volgende van verordening (EU) nr. 468/2014.
- 38 Deze bepalingen regelen de uitoefening van de bevoegdheid van de ECB om, in samenwerking met de NBA's, alle gegevens te beoordelen, waaronder die betreffende de reputatie, die vereist zijn voor de verwerving van gekwalificeerde deelnemingen in een bank op grond waarvan zeggenschap of invloed van betekenis op deze bank kan worden uitgeoefend, of die een percentage stemrechten of aandelen in het kapitaal toekennen van ten minste 10 procent, rekening houdend met de aandelen die reeds in bezit zijn (in de zin van de artikelen 22 en volgende van richtlijn 2013/36 en artikel 19 en volgende van de TUB).
- 39 Volgens deze regeling heeft de ECB bij de uitoefening van haar taken met het oog op prudentieel toezicht op alle kredietinstellingen die in de deelnemende lidstaten zijn gevestigd de „exclusieve bevoegdheid” bij de beoordeling van kennisgevingen van verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen [artikel 4, lid 1, onder c) van verordening (EU) nr. 1024/2013].
- 40 Volgens artikel 15 van verordening (EU) nr. 1024/2013 „wordt een kennisgeving van verwerving van gekwalificeerde deelneming in een in een deelnemende lidstaat gevestigde kredietinstelling bij de nationale bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling is gevestigd, ingediend, overeenkomstig de in de betrokken nationale wetgeving op grond van de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, bedoelde handelingen vastgestelde voorschriften” (volgens welke de ECB, voor het vervullen van de haar bij deze verordening opgedragen taken en het waarborgen van hoogwaardige toezichtsnormen alle toepasselijke Uniewetgeving toepast, en wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving

waarbij die richtlijnen zijn omgezet, terwijl zij wanneer het toepasselijke Unierecht bestaat uit verordeningen die de lidstaten thans uitdrukkelijk keuzemogelijkheden toekennen, tevens de nationale wetgeving toepast wanneer door hen van die keuzemogelijkheden gebruikgemaakt wordt).

- 41 Ingevolge artikel 15, lid 2, van verordening (EU) nr. 1024/2013 beoordeelt de NBA de voorgestelde verwerving en zendt zij 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 ten minste tien werkdagen vóór het verstrijken van de desbetreffende bij de toepasselijke Uniewetgeving vastgestelde beoordelingstermijn aan de ECB toe, en verleent zij overeenkomstig artikel 6 van de verordening bijstand aan de ECB. Artikel 15 bepaalt in lid 3 dat 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.
- 42 Artikel 6, lid 2, van verordening (EU) nr. 1024/2013 bepaalt dat de ECB en de nationale bevoegde autoriteiten zijn gehouden tot loyale samenwerking te goeder trouw en tot informatie-uitwisseling en dat, onverminderd de bevoegdheid van de ECB om rechtstreeks informatie te ontvangen die haar stelselmatig door kredietinstellingen wordt meegedeeld, of daar rechtstreeks inzage in te hebben, de nationale bevoegde autoriteiten de ECB met name alle informatie verstrekken die zij nodig heeft om de haar bij deze verordening opgedragen taken te vervullen.
- 43 Artikel 86 van verordening (EU) nr. 468/2014, „Beoordeling van potentiële verwervingen”, bepaalt dat 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.
- 44 Na deze beoordeling stelt de NBA een ontwerpbesluit op inzake bezwaar of geen bezwaar van de ECB tegen de verwerving, en zendt zij deze naar de ECB.
- 45 Tot slot bepaalt artikel 87, „ECB-besluit inzake verwerving”: „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.”
- 46 In casu maken de door Banca d’Italia vastgestelde bestreden handelingen deel uit van de procedure voor de NBA en hebben zij geleid tot het besluit van Banca d’Italia van 23 september 2016, waarin laatstgenoemde heeft voorgesteld de verwerving van de gekwalificeerde deelneming door Fininvest SpA in Banca Mediolanum SpA af te keuren omdat ██████████ controlerend aandeelhouder van Fininvest SpA die een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum SpA had verworven, niet voldeed aan het reputatievereiste van artikel 23, lid 1, onder a) van richtlijn 2013/36.

- 47 Daarnaast wijst de verwijzende rechter erop er geen specifieke rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat over de verdeling van rechtsmacht tussen de nationale rechter en de Unierechter in gedingen waarin wordt aangevoerd dat handelingen van nationale autoriteiten in het kader van dit soort procedures ongeldig zijn, en merkt hij op dat de kwestie objectief omstreden is, aangezien er zowel gronden zijn om aan te nemen dat de procedure uit één fase bestaat, zoals Banca d'Italia aanvoert, als gronden om aan te nemen dat de procedure uit meer fasen bestaat, zoals verzoekers aanvoeren, zonder dat de procedurele fase voor de nationale autoriteit evenwel wordt afgesloten met een handeling die bindend is voor de Europese autoriteit die het uiteindelijke besluit moet nemen.
- 48 Na te hebben herinnerd aan artikel 267, derde alinea, VWEU, dat bepaalt dat de nationale rechter in laatste aanleg gehouden is het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken indien er daadwerkelijk een probleem is betreffende de uitlegging van de Verdragen waarvan de oplossing bepalend is voor de beslechting van het geschil, voert de verwijzende rechter enkele specifieke procesrechtelijke redenen aan waarom het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing moet worden verzocht: in de eerste plaats dat het risico van een negatief jurisdictiegeschil moet worden vermeden, waarvan sprake zou zijn indien zowel de nationale als de eventueel later aangezochte Unierechter zou verklaren onbevoegd te zijn om van het geschil kennis te nemen, waardoor het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming zou worden aangetast; in de tweede plaats dat het risico van tegenstrijdige beslissingen moet worden voorkomen, waarvan sprake zou zijn indien de nationale rechter, na zich bevoegd te hebben verklaard, de bestreden handelingen ongeldig zou verklaren wegens strijd met het nationale gezag van gewijsde van arrest nr. 882/2016 van de Consiglio di Stato, en de Unierechter tegelijkertijd het tegen de eindbeslissing van de ECB ingestelde beroep zou verwerpen in een arrest dat in de nationale rechtsorde ten uitvoer moet worden gelegd. Zoals gezegd (zie punt 16), blijken verzoekers bij het Gerecht van de Europese Unie ook beroep te hebben ingesteld tegen het eindbesluit van de ECB van 25 oktober 2016.