

bijvoorbeeld overeenstemming bereiken over aanpassing van een concurrentiebeding in een relatiebeding (zoals in Rb. Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6342 (*Elvis Models*)), zou dat tot verkleining van het geschil kunnen leiden. Of als de achterblijvende aandeelhouder zorgdraagt dat de uittreder wordt ontslagen uit een hoofdelijke verplichting jegens de verhuurder (zoals speelde in Vzng. Rb. Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2024:3085 (*Amsteldijk*)), kan voorkomen worden dat daarover in de toekomst nieuwe geschillen ontstaan. Zo kunnen partijen, als hun door de OK eenmaal te verstaan is gegeven wie gaat en wie blijft, zelf een bijdrage leveren aan het vermijden van nieuwe geschillen.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven

Financieel recht

113

Verwerving van gekwalificeerde deelneming

Hof van Justitie van de Europese Unie
19 september 2024, nrs. C-512/22 P en
C-513/22 P, ECLI:EU:C:2024:774
(Lycourgos, Spineanu-Matei, Bonichot,
Rodin, Rossi)
Noot mr. B. Bierman

Gekwalificeerde deelneming. Juridische structuur is niet van belang. Wijziging van indirecte naar directe deelneming vereist geen nieuwe verklaring van geen bezwaar. Verband met HvJ EU 19 december 2018, «JOR» 2019/61, m.nt. Joosen.

[Richtlijn 2013/36/EU art. 22 lid 1]

Ten aanzien van de vraag of de gekwalificeerde deelneming die het voorwerp van de verwerving is rechtstreeks of middellijk is, bepaalt art. 22 lid 1 CRD IV-richtlijn uitdrukkelijk dat het niet van belang is of deze deelneming "rechtstreeks of middellijk" is verworven.

Dat de juridische structuur van de gekwalificeerde deelneming niet van belang is, volgt meer in het algemeen uit art. 4 lid 1, punt 36, Verordening (EU) nr. 575/2013, waarbij in de definitie van de gekwalificeerde deelneming als "het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10% of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen" een nevenschikkend voegwoord wordt gebruikt. Niet de juridische structuur van een deelneming – met name of die rechtstreeks of middellijk is – is dus bepalend voor het bestaan van een gekwalificeerde deelneming, maar wel of die deelneming gepaard gaat met een bepaald niveau van zeggenschap of invloed op de kredietinstelling. Deze uitleg vindt steun in het doel dat de Uniewetgever nastreeft met de invoering van toezicht op de verwerving van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen. Dat toezicht streeft er volgens art. 23 lid 1 CRD IV-richtlijn naar "de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de kredietinstelling die het doelwit van de verwerving is, [te waarborgen] rekening houdend met de waarschijnlijke invloed van de kandidaat-verwerver op die kredietinstelling."

Het Gerecht heeft in het bestreden arrest dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de wijziging van de juridische structuur van de gekwalificeerde deelneming kon worden aangemerkt als verwerving van een dergelijke deelneming, ook al was de omvang van die deelneming niet gewijzigd.

In de zaak met zaaknummer C-512/22 van

Finanziaria d'investimento Fininvest SpA te Rome (Italië),
requirante,
andere partijen in de procedure:

Silvio Berlusconi,
verzoeker in eerste aanleg,
Europese Centrale Bank (ECB),
verweerster in eerste aanleg,
Europese Commissie,
interveniënte in eerste aanleg,

en in de zaak met zaaknummer C-513/22 van

1. *M.E. Berlusconi*,
 2. *P.S. Berlusconi*,
 3. *B. Berlusconi*,
 4. *E. Berlusconi*,
 5. *L. Berlusconi*,
 als rechtsoptvolgers van Silvio Berlusconi,
 requiranten,
 andere partijen in de procedure:

Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) te Rome,
 verzoekster in eerste aanleg,
Europese Centrale Bank (ECB),
 verweerster in eerste aanleg,
Europese Commissie,
 interveniënte in eerste aanleg.

Arrest

1. Met hun respectieve hogere voorzieningen verzoeken *Finanziaria d'investimento Fininvest SpA* (Fininvest) enerzijds, en *Marina Elvira Berlusconi*, *Pier Silvio Berlusconi*, *Barbara Berlusconi*, *Eleonora Berlusconi* en *Luigi Berlusconi*, als rechtsoptvolgers van Silvio Berlusconi, anderzijds, het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 11 mei 2022, *Fininvest en Berlusconi/ECB* (T-913/16, ECLI:EU:T:2022:279; hierna: “bestreden arrest”), houdende verwerping van het beroep van *Fininvest* en *S. Berlusconi* tot nietigverklaring van besluit ECB/SSM/2016 – 7LVZJ6XRIE7VN-ZAUBX81/4 van de Europese Centrale Bank (ECB) van 25 oktober 2016, waarbij de ECB heeft besloten zich te verzetten tegen de verwerving door *Fininvest* en *Berlusconi* van een gekwalificeerde deelneming in *Banca Mediolanum SpA* (hierna: “litigieus besluit”).

I. Toepasselijke bepalingen

A. CRD IV-richtlijn

2. Artikel 3 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; hierna: “CRD IV-richtlijn”), met als opschrift “Definities”, bepaalt:

“1. Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[...]

‘gekwalificeerde deelneming’: een gekwalificeerde deelneming als gedefinieerd in artikel 4, lid 1, punt 36), van verordening (EU) nr. 575/2013 [van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2013, L 176, blz. 1)];

[...]”

3. Artikel 22 (“Kennisgeving en beoordeling van voorgenomen verwervingen”) van die richtlijn luidt:

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

[...]

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

[...]

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.

[...]”

Artikel 22 (“Kennisgeving en beoordeling van voorgenomen verwervingen”) van die richtlijn luidt:

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

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

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 direc-

tie 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.”

B. Verordening nr. 575/2013

5. Overweging 5 van verordening nr. 575/2013 luidt als volgt:

“Deze verordening en [richtlijn 2013/36] moeten samen het juridische kader vormen dat van toepassing is op de toegang tot de werkzaamheden, het toezichtskader en de prudentiële voorschriften voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen [...]. Om die reden moet deze verordening in onderlinge samenhang worden gelezen met die richtlijn.”

6. In artikel 4 van die verordening, met als opschrift “Definities”, staat te lezen:

“1. Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

36) ‘gekwalificeerde deelneming’: het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10 % of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen;

[...]”

C. GTM-verordening

7. 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; hierna: “GTM-verordening”) luidt:

“[Er] moet een bankenunie worden opgericht in de [Europese] Unie, die wordt geschraagd door één alomvattend en gedetailleerd rulebook voor financiële diensten voor de interne markt als ge-

heel, en die bestaat uit één gemeenschappelijk toezichtsmechanisme en nieuwe depositogarantie- en afwikkelingskaders. [...]"

8. Overweging 22 van die verordening luidt:

"Een beoordeling van de geschiktheid van elke nieuwe eigenaar, vóór de aankoop van een significant belang in een kredietinstelling, is een onmisbaar instrument voor de waarborging van de continue geschiktheid en financiële soliditeit van eigenaren van kredietinstellingen. De ECB is als Unie-instelling bij uitstek geschikt om een dergelijke beoordeling te verrichten zonder dat de interne markt onnodig wordt ingeperkt. Derhalve moet zij tot taak krijgen de verwerving en afstoting van significante deelnemingen in kredietinstellingen te beoordelen, uitgezonderd in het kader van de afwikkeling van banken."

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

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

10. Artikel 4 van die 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 uitdrukkelijk keuzemogelijkheden toekennen, past de ECB te-

vens de nationale wetgeving toe wanneer door hen van die keuzemogelijkheden gebruikgemaakt wordt. [...]"

11. Artikel 15 van die verordening draagt het opschrift "Beoordeling van verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen" en 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 nationale bevoegde autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling is gevestigd, ingediend, overeenkomstig de in de betrokken nationale wetgeving op grond van de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, bedoelde handelingen vastgestelde voorschriften.

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

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

II. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

12. Fininvest is een holdingmaatschappij naar Italiaans recht die voor 61,21 % in handen was van S. Berlusconi. Fininvest bezat 30,1 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediolanum, een beursgenoteerde gemengde financiële holding waarvan Fin. Prog. Italia 26,5 % van het kapitaal bezat. Tot 30 december 2015 had Mediolanum 100 % van het kapitaal van de kredietinstelling Banca Mediolanum in handen.

13. 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 S. Berlusconi schuldig is bevonden aan belastingfraude, heeft Banca d'Italia (Italiaanse centrale bank) bij besluit van 7 oktober 2014 (hierna: "besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014") vastgesteld dat hij niet langer voldeed aan de reputatievoorwaarde van de wettelijke regeling ter omzetting van artikel 23, lid 1, onder a), van de CRD IV-richtlijn. Bij dat besluit heeft Banca d'Italia als gevolg daarvan

de verkoop gelast van de deelneming van Fininvest in Mediolanum die de drempel van 9,99 % overschreed, binnen een termijn van 30 maanden vanaf de oprichting van een met de verkoop belaste trust, en heeft zij de uitoefening van de stemrechten van Fininvest die overeenstemden met de aandelen die moesten worden overgedragen, geschorst voor de termijn die nodig was voor de verwezenlijking van die verkoop.

14. De Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië), waarbij S. Berlusconi en Fininvest beroep hadden ingesteld, heeft op 4 december 2015 de tenuitvoerlegging van dat besluit opgeschort en vervolgens bij arrest van 3 maart 2016 dat besluit nietig verklaard (hierna: “arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016”).

15. Ondertussen werd Mediolanum op 30 december 2015 geabsorbeerd door haar dochteronderneming Banca Mediolanum.

16. Banca d'Italia en de ECB hebben zich op het standpunt gesteld dat Fininvest en S. Berlusconi als gevolg van die fusie en het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum hadden verworven en hebben hen overeenkomstig de nationale wetgeving tot omzetting van de artikelen 22 en volgende van de CRD IV-richtlijn verzocht om over te gaan tot kennisgeving van die verwerving.

17. Aangezien dat verzoek zonder gevolg bleef, heeft Banca d'Italia op 3 augustus 2016 besloten om ambtshalve de procedure te openen om die verwerving te beoordelen.

18. Banca d'Italia heeft op 15 oktober 2016 de ECB overeenkomstig artikel 15, lid 2, van de GTM-verordening een voorstel voor een besluit gezonden met daarin een negatief advies over de reputatie van de verwervers van de betrokken gekwalificeerde deelneming en die instelling verzocht zich tegen de verwerving te verzetten.

19. Bij het litigieuze besluit heeft de ECB zich verzet tegen de verwerving van de gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum door Fininvest en S. Berlusconi.

III. Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

20. Bij op 23 december 2016 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben Fininvest en S. Berlusconi beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

21. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht hun beroep verworpen.

IV. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen in hogere voorziening

22. Met hun identieke hogere voorzieningen hebben Fininvest (zaak C-512/22 P) en S. Berlusconi (zaak C-513/22 P) het Hof verzocht:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- diensgevolge, het litigieuze besluit nietig te verklaren;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- de ECB te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten met betrekking tot de procedure in eerste aanleg;
- bij wijze van maatregel van instructie, voor zover het Hof dit noodzakelijk acht, te gelasten dat het proces-verbaal van de terechtzitting van 16 september 2021 voor het Gerecht en de geluidsopname van die terechtzitting worden opgenomen in het dossier volgens de uitvoeringsvoorschriften die het Hof nuttig acht.

23. Bij beslissing van 29 augustus 2022 zijn de zaken C-512/22 P en C-513/22 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

24. Na het overlijden van S. Berlusconi hebben M.E. Berlusconi, P.S. Berlusconi, B. Berlusconi, E. Berlusconi en L. Berlusconi bij brief van 6 november 2023 verklaard dat zij als rechtsopvolgers van de overledene zaak C-513/22 P zouden voortzetten.

V. Verzoeken tot heropening van de mondelinge behandeling

25. Bij op 13 juni 2024 ter griffie van het Hof neergelegde brief heeft de ECB op grond van artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof om heropening van de mondelinge behandeling verzocht.

26. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het Hof krachtens artikel 83 van zijn Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling kan gelasten, met name wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de belanghebbenden hun standpunten niet hebben uitgewisseld (arrest van 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27. Ter ondersteuning van haar verzoek voert de ECB aan dat de advocaat-generaal zich in zijn conclusie heeft gebaseerd op een nieuw element

waarover tussen partijen geen discussie is gevoerd, namelijk het bestaan van een autonoom Unierechtelijk begrip middellijke gekwalificeerde deelneming.

28. In casu hoeft de zaak niet te worden beslecht op basis van een argument waarover partijen hun standpunten niet hebben kunnen uitwisselen. Zowel in eerste aanleg voor het Gerecht als in het kader van de eerste middelen van de hogere voorzieningen hebben partijen zich immers kunnen uitspreken over het begrip “gekwalificeerde deelneming” in de zin van het Unierecht en over de rechtstreekse of middellijke aard van de deelneming van Fininvest en S. Berlusconi in Banca Mediolanum.

29. Derhalve dient het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling, de advocaat-generaal gehoord, te worden afgewezen.

30. Bij een ter griffie van het Hof neergelegde brief van 15 juli 2024 hebben ook de rechtsopvolgers van S. Berlusconi en Fininvest de heropening van de mondelinge behandeling gevraagd teneinde hun standpunt kenbaar te kunnen maken over het verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling van de ECB en over de eventuele nieuwe argumenten van die instelling in dat verzoek.

31. Aangezien het verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling van de ECB echter werd afgewezen dient, de advocaat-generaal gehoord, ook het verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling van de rechtsopvolgers van S. Berlusconi en Fininvest te worden afgewezen.

VI. Hogere voorzieningen

A. Ontvankelijkheid van de hogere voorzieningen

1. Argumenten van partijen

32. De ECB betoogt in de eerste plaats dat de rehabilitatie van S. Berlusconi in 2018 hem in staat stelde om een herbeoordeling van zijn reputatie te vragen in het kader van een nieuw verzoek om een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum te mogen bezitten. Die rehabilitatie ontnemt rekwiranten bijgevolg hun belang bij de nietigverklaring van het litigieuze besluit en de vernietiging van het bestreden arrest, zodat hun hogere voorzieningen niet-ontvankelijk zijn, aldus de ECB.

33. In de tweede plaats is de ECB van mening dat de hogere voorzieningen ook niet-ontvankelijk zijn omdat de rekwiranten daarin slechts argu-

menten herhalen die het Gerecht reeds heeft afgewezen.

34. Volgens rekwiranten kunnen deze middelen van niet-ontvankelijkheid niet slagen.

2. Beoordeling door het Hof

35. In de eerste plaats dient de vaste rechtspraak in herinnering te worden gebracht volgens welke het procesbelang van een verzoeker, gelet op het voorwerp van het beroep, op straffe van niet-ontvankelijkheid moet bestaan in het stadium van de instelling van dat beroep. Het voorwerp van het geding moet, net zoals het procesbelang, op straffe van afdoening zonder beslissing blijven bestaan tot aan de rechterlijke beslissing, hetgeen veronderstelt dat de uitkomst van het beroep, of in voorkomend geval de hogere voorziening, een voordeel kan verschaffen aan de partij die het beroep of de hogere voorziening heeft ingesteld (arrest van 7 september 2023, Versobank/ECB, C-803/21 P, ECLI:EU:C:2023:630, punt 159 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. In dit verband betoogt de ECB dat de rehabilitatie van Berlusconi in 2018 rekwiranten in staat stelt om een herbeoordeling van zijn reputatie te vragen in het kader van een nieuw verzoek om een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum te mogen bezitten, zodat zij geen belang meer hebben bij de nietigverklaring van het litigieuze besluit. Aangezien die rehabilitatie heeft plaatsgevonden vóór de instelling van de hogere voorzieningen, zijn die dus niet-ontvankelijk op grond van de in het vorige punt aangehaalde rechtspraak, aldus die instelling.

37. Anders dan de ECB stelt, verschaft de rehabilitatie van S. Berlusconi rekwiranten echter niet hetzelfde voordeel als de nietigverklaring van het litigieuze besluit.

38. Zelfs indien wordt aangenomen dat de rehabilitatie van S. Berlusconi de grond wegneemt waarop de ECB zich bij het bestreden besluit heeft verzet tegen de verwerving door rekwiranten van een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum, wordt dat besluit daardoor immers niet ongedaan gemaakt, anders dan bij nietigverklaring ervan door het Hof.

39. Voorts zou het litigieuze besluit worden geacht nooit te hebben bestaan indien het nietig wordt verklaard, terwijl de rehabilitatie van S. Berlusconi pas gevolgen heeft vanaf de datum

waarop zij heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen in 2018.

40. Uit het voorgaande volgt dat het middel van niet-ontvankelijkheid dat is ontleend aan het feit dat de rehabilitatie van S. Berlusconi rekwiranten het belang heeft ontnomen om op te komen tegen het litigieuze besluit, moet worden afgewezen.

41. In de tweede plaats moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak volgens welke een hogere voorziening waarmee in werkelijkheid slechts wordt beoogd dat het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift opnieuw wordt onderzocht, buiten de bevoegdheid van het Hof krachtens artikel 56 van zijn Statuut valt (zie in die zin arrest van 11 juni 2024, Commissie/Deutsche Telekom, C-221/22 P, ECLI:EU:C:2024:488, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42. Wanneer een verzoeker echter de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht betwist, kunnen de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De procedure in hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen indien de verzoeker zijn hogere voorziening niet op die manier kon baseren op middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd. Bovendien mag een rekwirant een hogere voorziening instellen waarin hij middelen aanvoert die uit het bestreden arrest zelf voortvloeien en die ertoe strekken de gegrondheid daarvan in rechte te betwisten (arrest van 11 juni 2024, Commissie/Deutsche Telekom, C-221/22 P, ECLI:EU:C:2024:488, punten 28 en 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43. In casu geven rekwiranten, anders dan de ECB overigens zonder uitleg stelt, wel nauwkeurig aan tegen welke onderdelen van het bestreden arrest zij opkomen en waarom die volgens hen blijkt geven van onjuiste rechtsopvattingen. Zij beperken zich dus niet tot een loutere herhaling van de argumenten die zij voor het Gerecht hebben aangevoerd.

44. Ook het tweede door de ECB aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid kan dus niet slagen.

B. Ten gronde

45. Ter ondersteuning van de hogere voorzieningen van rekwiranten die in nagenoeg identieke bewoordingen zijn geformuleerd, voeren zij elf middelen aan, ontleend aan respectievelijk, wat het eerste tot en met het zesde middel betreft,

onjuiste rechtsopvattingen van het Gerecht bij zijn beoordeling van het litigieuze besluit, wat het zevende en het achtste middel betreft, onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling door het Gerecht van de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van dat besluit, en, wat het negende, tiende en elfde middel betreft, onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door bepaalde aangevoerde middelen en een deel van de aan die rechterlijke instantie overgelegde documenten niet-ontvankelijk te verklaren.

1. Eerste middelen van de hogere voorzieningen

a) Ontvankelijkheid

46. De ECB betoogt dat de eerste middelen, waarmee in wezen wordt gesteld dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat rekwiranten in 2016 een gekwalificeerde deelneming in het kapitaal van Banca Mediolanum hadden verworven, niet-ontvankelijk is omdat met die middelen wordt opgekomen tegen de beoordeling door het Gerecht van een feit en tegen de kwalificatie van dat feit in het licht van het toepasselijke nationale recht.

47. Volgens vaste rechtspraak levert de beoordeling van de feiten en van het bewijs, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening door het Hof kan worden getoetst (arrest van 28 september 2023, Changmao Biochemical Engineering/Commissie, C-123/21 P, ECLI:EU:C:2023:708, punt 121 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Onder hetzelfde voorbehoud staat eveneens vast dat de kwalificatie van de feiten in het licht van het nationale recht die een uitlegging van dit recht impliceert, evenmin tot de bevoegdheid van het Hof behoort (arrest van 18 januari 2024, Jenkinson/Raad e.a., C-46/22 P, ECLI:EU:C:2024:50, punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48. Zoals het Gerecht terecht in punt 49 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, is het begrip verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling echter een autonoom Unierechtelijk begrip. Dit blijkt uit het feit dat noch de definitie van “gekwalificeerde deelneming” in artikel 4, lid 1, punt 36, van verordening nr. 575/2013, noch artikel 15 van de GTM-verordening, noch artikel 22 van de CRD IV-richtlijn waarin de nadere regels voor het toezicht op een dergelijke verwerving zijn neergelegd, verwijst

naar het nationale recht. Dit blijkt ook uit de door de Uniewetgever nagestreefde doelstelling – zoals die met name naar voren komt uit overweging 11 en artikel 1 van de GTM-verordening – om een geharmoniseerd prudentieel toezicht op het financiële stelsel in te voeren, in het bijzonder – zoals blijkt uit overweging 22 van die verordening – op de verwerving van belangrijke, zogenoemde “gekwalficeerde” deelnemingen in kredietinstellingen.

49. Bijgevolg vormt de vaststelling van het Gerecht dat rekwiranten in 2016 een gekwalficeerde deelneming in Banca Mediolanum hebben verworven, geen kwalificatie van dat feit op basis van het toepasselijke nationale recht en evenmin een feitelijke beoordeling, maar wel een kwalificatie van dat feit in het licht van een Unierechtelijk begrip dat door het Gerecht wordt uitgelegd.

50. Het Hof is in het kader van een hogere voorziening niet alleen bevoegd om toezicht uit te oefenen op de uitlegging door het Gerecht van een Unierechtelijk begrip, zoals het begrip “gekwalficeerde deelneming” in de zin van de CRD IV-richtlijn, en op de kwalificatie van een transactie in het licht van dat begrip, maar ook, gelet op de in punt 47 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak, om na te gaan of het Gerecht de aan die kwalificatie ten grondslag liggende feiten of bewijselementen onjuist heeft opgevat, zoals door rekwiranten overigens herhaaldelijk aangevoerd is in het kader van de eerste middelen van de hogere voorzieningen.

51. Het door de ECB aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid kan dus niet slagen.

b) Ten gronde

1) Argumenten van partijen

52. Met het eerste onderdeel van hun eerste middelen betogen rekwiranten dat het Gerecht tot de slotsom had moeten komen dat de goedkeuringsprocedure niet kon worden geopend aangezien het in punt 81 van het bestreden arrest had vastgesteld dat Fininvest en, via die vennootschap, S. Berlusconi gezamenlijk zeggenschap uitoefenden over Banca Mediolanum door middel van een aandeelhoudersovereenkomst met Fin. Prog. Italia.

53. Met het tweede onderdeel van hun eerste middelen voeren rekwiranten aan dat het Gerecht, door te oordelen dat de deelneming van Fininvest van 30,16 % in Banca Mediolanum door het be-

sluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 was teruggebracht tot een deelneming van 9,99 % en na het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 opnieuw een gekwalficeerde deelneming was geworden, in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en van verschillende onjuiste rechtsopvattingen.

54. Ten eerste wordt betoogd dat het Gerecht in punt 72 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 de gekwalficeerde deelneming van 30,16 % van Fininvest in Banca Mediolanum tot 9,99 % had teruggebracht. Die gekwalficeerde deelneming van 30,16 % bleef een gekwalficeerde deelneming, ook al was zij tijdelijk het voorwerp van een bevel tot verkoop en van een daarmee gepaard gaand verbod op de uitoefening van de stemrechten.

55. Wat het bevel tot verkoop betreft, is het duidelijk dat zolang die verkoop niet had plaatsgevonden, de omvang van de gekwalficeerde deelneming van Fininvest door dat bevel niet werd gewijzigd. Die verkoop heeft ook nooit plaatsgevonden.

56. Wat de stemrechten betreft, heeft de beperking ervan geen invloed gehad op het bezit van een gekwalficeerde deelneming in Banca Mediolanum door rekwiranten.

57. Ten tweede wordt aangevoerd dat die eerste fout het Gerecht ertoe heeft gebracht om in punt 73 van het bestreden arrest een tweede fout te maken. Ofschoon Fininvest na het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 en tot het tijdstip van de fusie door absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum een gekwalficeerde deelneming van 30,16 % in Mediolanum bezat, kon Fininvest volgens rekwiranten na die fusie immers geen rechtstreekse houder worden van slechts 9,99 % van de aandelen van Banca Mediolanum. Fininvest bleef integendeel houder van dezelfde gekwalficeerde deelneming van 30,16 % die zij voorheen bezat en nooit had overgedragen.

58. Ten derde wordt gesteld dat het Gerecht zich in punt 76 van het bestreden arrest ook heeft vergist door te oordelen dat Fininvest ten gevolge van het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 een gekwalficeerde deelneming van 30,16 % in Banca Mediolanum had teruggekregen, aangezien het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 de gekwalficeerde deelneming van Fininvest van 30,16 % niet heeft omgezet in een niet-gekwalficeerde deelneming van 9,99 %

en deze deelneming door die fusie ongewijzigd is gebleven. Dat arrest heeft geen invloed gehad op de omvang van de deelneming. Een beslissing waarbij een onwettig besluit nietig wordt verklaard kan hoe dan ook geen toe-eigening inhouden. Het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 heeft dus geen rechten in het leven geroepen, maar slechts het bevel tot verkoop nietig verklaard.

59. Met het derde onderdeel van hun eerste middelen betogen rekwiranten dat het Gerecht op onrechtmatige wijze zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de auteur van het litigieuze besluit, zoals blijkt uit de hierna uiteenzette argumenten.

60. Met het vierde onderdeel van hun eerste middelen betogen rekwiranten dat het Gerecht artikel 4, lid 3, van de GTM-verordening, artikel 19 van decreto legislativo n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (besluit met kracht van wet nr. 385 houdende de 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 (besluit met kracht van wet nr. 72) van 12 mei 2015 (hierna: “TUB”), en het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde algemene beginsel van loyale samenwerking heeft geschonden door het bestaan van een “uitdrukkelijke verwijzing” naar het nationale recht uit te sluiten en bijgevolg de toepassing van het Italiaanse recht voor de uitlegging van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” af te wijzen.

61. Die onjuiste rechtsopvatting tast het bestreden arrest aan want indien het Gerecht het Italiaanse recht had toegepast, had het “de wijziging van de juridische structuur” van een deelneming niet kunnen aanmerken als een toe-eigening.

62. Aangezien de ECB in het litigieuze besluit uitdrukkelijk had vastgesteld dat het Italiaanse recht de rechtsgrondslag vormde voor de definitie van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming”, heeft het Gerecht bovendien zijn eigen motivering in de plaats gesteld van die van de auteur van het litigieuze besluit en het beginsel van hoor en wederhoor op dit punt geschonden.

63. Volgens het vijfde onderdeel van hun eerste middelen vindt de uitlegging van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” in die zin dat het “de wijziging van de juridische structuur van een deelneming” omvat, geen steun

in de tekst van de CRD IV-richtlijn, de tekst van de GTM-verordening, de omgangstaal of de doelstellingen van de betrokken wettelijke regeling. De CRD IV-richtlijn en de GTM-verordening hebben immers een voorafgaande beoordeling ingevoerd van de geschiktheid van eenieder die voornemens is een deelneming in een kredietinstelling te verwerven. Eventuele “wijzigingen van de juridische structuur” van een reeds gehouden deelneming impliceren – zoals in casu – geen verandering van eigenaar van die deelneming.

64. Bovendien is het door het Gerecht ontwikkelde begrip “wijziging van de juridische structuur” van een deelneming in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien dit begrip geen enkele in het Unierecht omschreven betekenis heeft en volgens het Gerecht niet kan worden uitgelegd aan de hand van het recht van de lidstaten.

65. Ten slotte is het door het Gerecht gehanteerde begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” niet hetzelfde als dat van het litigieuze besluit, zodat partijen niet de gelegenheid hebben gehad om daarover in debat te gaan.

66. Met het zesde onderdeel van hun eerste middelen betogen rekwiranten dat het Gerecht artikel 22 van de CRD IV-richtlijn en artikel 22 TUB heeft geschonden door te oordelen dat Fininvest een gekwalificeerde, goedkeuringsplichtige deelneming had verworven omdat haar gekwalificeerde middellijke deelneming in Banca Mediolanum rechtstreeks was geworden.

67. De regelgeving inzake het prudentieel toezicht op banken kent immers noch op het niveau van het Unierecht (overeenkomstig artikel 22, lid 1, van de CRD IV-richtlijn), noch op het niveau van het nationale recht (overeenkomstig artikel 22 TUB) belang toe aan het in het bestreden arrest gemaakte onderscheid tussen een rechtstreekse en een middellijke gekwalificeerde deelneming, aangezien met die regeling wordt beoogd de uiteindelijke houder van een gekwalificeerde deelneming te achterhalen, los van de aanwezigheid van tussenpersonen.

68. Bovendien is het door het Gerecht gemaakte onderscheid tussen rechtstreekse en middellijke deelneming wat S. Berlusconi betreft volledig irrelevant. Hij heeft immers zowel voor als na de fusie en het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 een middellijke deelneming in Banca Mediolanum behouden, aldus rekwiranten.

69. De ECB is van mening dat het eerste onderdeel van de eerste middelen ongegrond is. Het

Gerecht heeft in punt 81 van het bestreden arrest enkel een contextueel element in herinnering gebracht.

70. In antwoord op het tweede onderdeel van de eerste middelen betoogt de ECB dat rekwiranten na het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 hoe dan ook geen gekwalificeerde deelneming bezaten en dat zij die gekwalificeerde deelneming hebben verworven door de fusie en het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016. Bovendien vormde de deelneming van rekwiranten in Mediolanum op grond van het toepasselijke nationale recht geen middellijke gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum aangezien Mediolanum niet onder de uitsluitende zeggenschap van rekwiranten stond.

71. Wat het derde onderdeel van de eerste middelen betreft, heeft het Gerecht zijn eigen motivering niet in de plaats gesteld van die van de auteur van het litigieuze besluit. Het enige verschil tussen het standpunt van de ECB en dat van het Gerecht is de beschrijving van de context die geen invloed heeft op de *ratio decidendi*.

72. Ook het vierde onderdeel van de eerste middelen is ongegrond. Op basis van zowel een tekstuele als een contextuele uitlegging heeft het begrip “verwerving” in het Unierecht immers noodzakelijkerwijs een autonome betekenis, net zoals het samengestelde begrip “verwerving van gekwalificeerde deelnemingen”. Ook indien het Gerecht de Italiaanse wetgeving had toegepast, zou het hoe dan ook hebben vastgesteld dat rekwiranten een gekwalificeerde deelneming hadden verworven.

73. In antwoord op het vijfde onderdeel van de eerste middelen voert de ECB aan dat het Gerecht heeft uitgelegd dat Mediolanum na de fusie niet langer tussen rekwiranten en Banca Mediolanum stond en dat “de mate van indirecte zeggenschap over die deelneming” dus was gewijzigd. Door de wijziging van de “juridische structuur” van de deelneming te vermelden, heeft het Gerecht dan ook een onderscheid willen maken tussen de verhouding tussen rekwiranten en Banca Mediolanum via Mediolanum enerzijds, en hun relatie na de absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum anderzijds.

74. Het zesde onderdeel van de eerste middelen kan volgens de ECB ook niet slagen, omdat het berust op de onjuiste aanname dat S. Berlusconi steeds een middellijke gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum heeft behouden.

75. De Europese Commissie is van mening dat het eerste onderdeel van de eerste middelen, waarmee rekwiranten stellen dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat S. Berlusconi en Fininvest reeds vóór de fusie gezamenlijke zeggenschap uitoefenden over Banca Mediolanum dankzij een aandeelhoudersovereenkomst, moet worden afgewezen omdat het geen kritiek op het bestreden arrest betreft. Deze omstandigheid is hoe dan ook irrelevant voor de beantwoording van de vraag of de fusie aanleiding heeft gegeven tot een nieuwe deelneming waarvoor kennisgeving verplicht is. Van belang is dat de deelneming van Fininvest en S. Berlusconi in Banca Mediolanum nooit eerder ter beoordeling aan de toezichthoudende autoriteit is voorgelegd, zoals blijkt uit bijlage 5 bij het bestreden besluit.

76. De in het tweede onderdeel van de eerste middelen uiteengezette grieven zijn zonder voorwerp aangezien zij betrekking hebben op overwegingen waarop het dictum van het bestreden arrest niet is gebaseerd. Die grieven zijn bovendien niet relevant. Subsidiair, mocht het Hof vaststellen dat er sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten, dan kan het beslissen om het bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht heeft geoordeeld dat de middellijke deelneming van rekwiranten in Banca Mediolanum na het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 geen gekwalificeerde deelneming meer was, en om uitspraak te doen op het beroep in eerste aanleg en om het eerste middel van dit beroep af te wijzen op grond dat Fininvest en S. Berlusconi na de fusie en het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 voor het eerst een rechtstreekse deelneming in Banca Mediolanum hadden.

77. Het derde onderdeel van de eerste middelen, volgens hetwelk het Gerecht zijn motivering met betrekking tot de uitlegging van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” in de plaats heeft gesteld van die van het litigieuze besluit, mist feitelijke grondslag.

78. Het vierde onderdeel van de eerste middelen combineert volgens de Commissie twee duidelijk verschillende vragen. De eerste is die van het recht dat de ECB diende toe te passen, namelijk krachtens artikel 4, lid 3, van de GTM-verordening “alle toepasselijke Uniewetgeving [...], en wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving waarbij die richtlijnen zijn omgezet”. De tweede is die van de uitlegging van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deel-

neming” in de zin van artikel 15 van de GTM-verordening.

79. Volgens de in punt 44 van het bestreden arrest in herinnering gebrachte vaste rechtspraak moeten de bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. Reeds bij eenvoudige lezing van de hierboven aangehaalde bepalingen van de GTM-verordening en de CRD IV-richtlijn wordt – aldus de Commissie – bevestigd wat correct is opgemerkt in punt 45 van het bestreden arrest, namelijk dat die bepalingen geen enkele verwijzing naar het recht van de lidstaten bevatten. Hieruit volgt dat het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” een autonoom Unierechtelijk begrip is dat op het grondgebied van alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd.

80. Wat de onjuiste uitlegging van het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” door het Gerecht betreft, richten de grieven van rekwiranten zich op misleidende wijze op het gebruik door het Gerecht van de uitdrukking “wijziging van de juridische structuur”. Zoals blijkt uit een objectieve lezing van de punten 78 tot en met 81 van het bestreden arrest, heeft de redenering van het Gerecht – die gestructureerder en nauwkeuriger is dan wordt beweerd – specifiek betrekking op de omzetting van een middellijke gekwalificeerde deelneming in een rechtstreekse gekwalificeerde deelneming. De grief dat de door het Gerecht gegeven uitlegging in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel is dus ongegrond.

81. Hooguit kan worden aangenomen dat, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, intragroepstransacties binnen de groep van een bestaande aandeelhouder die niet leiden tot een werkelijke of wezenlijke wijziging van het directe of eindaandeelhouderschap van de financiële instelling, worden vrijgesteld van de kennisgevingsverplichting en het toezicht door de toezichhoudende autoriteit, maar alleen op voorwaarde dat reeds eerder een beoordeling is verricht. De gemeenschappelijke richtsnoeren van de Europese toezichthoudende autoriteiten van 2008 (CEBS/2008/214, CEIOPS 3L 3 19/08 en CESR/08 543b) zijn ook in die zin opgesteld. In casu was de deelneming van Fininvest en S. Berlusconi in Banca Mediolanum nooit het voorwerp van een beoordeling.

82. Met het zesde onderdeel van de eerste middelen leveren rekwiranten volgens de Commissie

kritiek op het onderscheid tussen rechtstreekse en middellijke deelneming door aan te voeren dat dit geen invloed heeft op het bestaan van een gekwalificeerde deelneming.

83. Het is juist dat de Europese en Italiaanse regelingen voorzien in toezicht op verwervingen van zowel rechtstreekse als middellijke gekwalificeerde deelnemingen. Dit betekent echter niet dat de aard en de uitvoeringsvoorwaarden van de deelneming irrelevant zijn. Overeenkomstig artikel 23, lid 1, van de CRD IV-richtlijn moet bij de beoordeling immers onder meer rekening worden gehouden met de waarschijnlijke invloed van de kandidaat-verwerver en de financiële soliditeit van de voorgenomen verwerving, en die criteria kunnen worden beïnvloed door de aard en de juridische structuur van de deelneming.

84. Het feit dat de deelneming van S. Berlusconi middellijk is gebleven is evenmin relevant. De aard en de juridische structuur van die deelneming is toch gewijzigd doordat de deelneming van Fininvest een rechtstreekse deelneming is geworden, aldus de Commissie.

2) Beoordeling door het Hof

85. Vooraf zij eraan herinnerd dat de CRD IV-richtlijn, die het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen regelt, met name voorziet in het toezicht op de verwerving van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen.

86. In artikel 4, lid 1, punt 36, van verordening nr. 575/2013, waarnaar artikel 3, lid 1, punt 33, van de CRD IV-richtlijn verwijst, wordt een “gekwalificeerde deelneming” gedefinieerd als “het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10 % of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen”.

87. Artikel 22, lid 1, van de CRD IV-richtlijn verplicht de lidstaten om voor te schrijven dat “iedere natuurlijke of rechtspersoon [...] die besloten [heeft] rechtstreeks of middellijk een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling te verwerven, dan wel rechtstreeks of middellijk een dergelijke gekwalificeerde deelneming verder te vergroten, [...] de bevoegde autoriteiten [...] daarvan schriftelijk voorafgaande aan de verwerving in kennis [stelt]”.

88. Artikel 15, lid 2, van de GTM-verordening bepaalt dat de aanvraag tot verwerving van een gekwalificeerde deelneming wordt beoordeeld door de nationale bevoegde autoriteit, die de ECB een voorstel voor een besluit doet toekomen. De ECB heeft krachtens artikel 15, lid 3, van die verordening de bevoegdheid om al dan niet bezwaar te maken tegen de verwerving van een gekwalificeerde deelneming.

89. Krachtens artikel 23, lid 1, van de CRD IV-richtlijn moet bij de beoordeling van de geschiktheid van de kandidaat-verwerver en van de financiële soliditeit van de voorgenomen verwerving, met het oog op de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de betrokken kredietinstelling, rekening worden gehouden met verschillende criteria, waaronder “de reputatie van de kandidaat-verwerver”.

90. De ECB, tot wie Banca d'Italia zich had gewend, verzette zich bij het litigieuze besluit tegen de verwerving door Fininvest en S. Berlusconi van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum op grond dat Berlusconi niet voldeed aan het reputatiecriterium.

91. In het eerste middel in eerste aanleg hebben rekwiranten betwist dat zij in 2016 een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum hadden verworven. Het Gerecht heeft dit middel afgewezen op gronden die rekwiranten in de eerste middelen van hun hogere voorzieningen betwisten.

92. Met de eerste middelen van hun hogere voorzieningen betogen rekwiranten dat het Gerecht zich heeft vergist door te oordelen dat zij in 2016 een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum hadden verworven.

93. Met het tweede onderdeel van die eerste middelen, dat eerst moet worden onderzocht, betogen rekwiranten dat het Gerecht, door in de punten 72, 73 en 76 van het bestreden arrest te oordelen dat hun deelneming in Banca Mediolanum in 2016 was vergroot, de feiten van het geding onjuist heeft opgevat en blijkt heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen.

94. Zoals in punt 47 van het onderhavige arrest is opgemerkt, is het Gerecht bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen en te beoordelen. Die beoordeling levert dus – behoudens het geval van onjuiste opvatting van die elementen – geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening. De onjuiste opvatting moet duidelijk blijken uit de stukken van het dossier, zonder dat

de feiten opnieuw hoeven te worden beoordeeld (zie in die zin arrest van 25 juni 2020, CSUE/KF, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, punten 104 en 105 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

95. In punt 72 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de middellijke deelneming van rekwiranten in Banca Mediolanum na het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014, waarbij zij rekwiranten heeft gelast het gedeelte van hun aandelen in Mediolanum dat de drempel van 9,99 % overschreed te verkopen en hun aan die aandelen verbonden stemrechten heeft geschorst, tot 9,99 % was teruggebracht en dat zij bijgevolg de gekwalificeerde deelneming die zij voorheen in die kredietinstelling bezaten niet langer in handen hadden. In punt 73 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat Fininvest, na de fusie door absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum die plaatsvond op 30 december 2015, de rechtstreekse houder werd van 9,99 % van de aandelen van Banca Mediolanum. In punt 76 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaruit afgeleid dat Fininvest na de nietigverklaring van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 bij het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016, de rechtstreekse houder werd van 30,16 % van de aandelen van Banca Mediolanum en dus een gekwalificeerde deelneming had verworven.

96. Opgemerkt zij evenwel dat het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 waarbij zij de verkoop van de deelneming van rekwiranten van meer dan 9,99 % in Mediolanum heeft gelast, op zich niet tot een verlaging van die deelneming heeft geleid. Dat besluit bepaalde immers dat de verkoop binnen 30 maanden moest plaatsvinden via een met de verkoop belaste trust. Zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie heeft opgemerkt, waren op de datum van de nietigverklaring door het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 de aandelen die de 30,16 %-deelneming van Fininvest in Banca Mediolanum vertegenwoordigden, nog steeds in handen van Fininvest en waren zij nog niet aan een koper overgedragen. Zoals de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie heeft opgemerkt, had het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 tot aan de nietigverklaring ervan enkel tot gevolg dat de stemrechten die verbonden waren aan de aandelen die moesten worden verkocht, werden geschorst.

97. Hieruit volgt dat het Gerecht de strekking van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 onjuist heeft opgevat.

98. Het Gerecht heeft immers kennelijk de strekking van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 miskend door het aan rekwiranten opgelegde bevel van Banca d'Italia tot verkoop van het gedeelte van hun aandelen in Mediolanum dat de drempel van 9,99 % overschreed te verwarren met de verkoop zelf van die aandelen, terwijl enkel die verkoop tot een verlaging van hun deelneming kon leiden en er aan dit bevel op de datum van de nietigverklaring ervan door de Consiglio di Stato nog geen gevolg was gegeven.

99. Zoals rekwiranten stellen, volgt hieruit dat het Gerecht in punt 72 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste beoordeling van de feiten door vast te stellen dat het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 de deelneming van rekwiranten in Mediolanum tot 9,99 % had verlaagd.

100. Ook de gevolgen die het Gerecht in de punten 73, 76 en 77 van het bestreden arrest aan deze beoordeling heeft verbonden, namelijk dat Fininvest na de absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum rechtstreeks houder was geworden van slechts 9,99% van de aandelen van Banca Mediolanum en voorts dat die onderneming door de nietigverklaring van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 bij arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 opnieuw een gekwalificeerde deelneming van 30,16% in Banca Mediolanum had verworven, berusten bijgevolg op een onjuiste opvatting.

101. De beoordeling door het Gerecht van de strekking van het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 in punt 76 van het bestreden arrest geeft bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ongeacht de strekking van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014, heeft de nietigverklaring van dat besluit bij het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 immers tot gevolg gehad dat rekwiranten – zoals zij betogen – weer in de situatie zijn gebracht waarin zij vóór dat besluit verkeerden, namelijk – zoals het Gerecht in punt 71 van het bestreden arrest zelf heeft erkend – die van houders van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum, en heeft die nietigverklaring er niet toe geleid dat zij een dergelijke deelneming hebben verworven.

102. Uit het voorgaande volgt dat rekwiranten op goede gronden kunnen stellen dat het Gerecht de feiten van het geding onjuist heeft opgevat en blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat hun deelneming in Banca Mediolanum na het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 was vergroot.

103. Derhalve moet het tweede onderdeel van de eerste middelen worden toegewezen.

104. Met het vijfde en het zesde onderdeel van de eerste middelen, die vervolgens samen moeten worden onderzocht, betogen rekwiranten dat het Gerecht in de punten 75 tot en met 81 van het bestreden arrest het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” onjuist heeft uitgelegd door te oordelen dat een dergelijke verwerving kon voortvloeien uit de enkele wijziging van de juridische structuur van een gekwalificeerde deelneming en in het bijzonder uit de omzetting van een middellijke gekwalificeerde deelneming in een rechtstreekse gekwalificeerde deelneming.

105. Om te beginnen moet worden opgemerkt, zoals de advocaat-generaal in punt 61 van zijn conclusie heeft gedaan, dat de door het Gerecht gegeven uitlegging geen steun vindt in de tekst van de CRD IV-richtlijn of in die van de GTM-verordening.

106. Wat in het bijzonder de vraag betreft of de gekwalificeerde deelneming die het voorwerp van de verwerving is rechtstreeks of middellijk is, bepaalt artikel 22, lid 1, van de CRD IV-richtlijn uitdrukkelijk dat het niet van belang is of deze deelneming “rechtstreeks of middellijk” is verworven.

107. Dat de juridische structuur van de gekwalificeerde deelneming niet van belang is, volgt meer in het algemeen uit artikel 4, lid 1, punt 36, van verordening nr. 575/2013 waarin er bij de definitie van de gekwalificeerde deelneming als “het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10 % of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen” een nevenschikkend voegwoord wordt gebruikt.

108. Niet de juridische structuur van een deelneming – met name of die rechtstreeks of middellijk is – is dus bepalend voor het bestaan van een gekwalificeerde deelneming, maar wel, zoals de advocaat-generaal in punt 73 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, of die deelneming ge-

paard gaat met een bepaald niveau van zeggenschap of invloed op de kredietinstelling.

109. Deze uitlegging vindt steun in het doel dat de Uniewetgever nastreeft met de invoering van toezicht op de verwerving van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen. Dat toezicht streeft er volgens artikel 23, lid 1, van de CRD IV-richtlijn naar “de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de kredietinstelling die het doelwit van de verwerving is, [te waarborgen] rekening houdend met de waarschijnlijke invloed van de kandidaat-verwerver op die kredietinstelling”.

110. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de wijziging van de juridische structuur van de gekwalificeerde deelneming kon worden aangemerkt als verwerving van een dergelijke deelneming, ook al was de omvang van die deelneming niet gewijzigd.

111. Het Gerecht heeft zich vervolgens ook vergist door in de punten 75 tot en met 81 van het bestreden arrest te oordelen dat de omstandigheid dat i) de vroegere middellijke deelneming van Fininvest in Banca Mediolanum na de absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum rechtstreeks was geworden en ii) de middellijke deelneming van S. Berlusconi in Banca Mediolanum – voorheen via Fininvest en Mediolanum – middellijk was geworden via Fininvest alleen, het mogelijk maakte om aan te nemen dat rekwiranten een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum hadden verworven.

112. Derhalve slagen het vijfde en het zesde onderdeel van de eerste middelen.

113. Uit het voorgaande volgt dat de eerste middelen van de hogere voorzieningen moeten worden toegewezen en dat er geen uitspraak hoeft te worden gedaan over de andere onderdelen van de eerste middelen van de hogere voorzieningen.

2. Tweede middelen van de hogere voorzieningen

a) Argumenten van partijen

114. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht, hoewel het in de punten 95 tot en met 99 van het bestreden arrest heeft erkend dat de CRD IV-richtlijn geen terugwerkende kracht heeft, in punt 100 van dat arrest niettemin aan die richtlijn retroactieve werking gegeven door die toe te passen op een gekwalificeerde deelneming die Fininvest en S. Berlusconi sinds het jaar 1996 bezaten.

115. De ECB en de Commissie zijn van mening dat het Gerecht de CRD IV-richtlijn niet met terugwerkende kracht heeft toegepast, aangezien het heeft vastgesteld dat S. Berlusconi op grond van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 geen middellijke gekwalificeerde deelneming meer bezat op de datum waarop het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme op basis van de GTM-verordening is ingesteld, en dat hij pas na de absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum in 2015 en de uitspraak van het arrest van de Consiglio di Stato van 3 maart 2016 in het bezit kwam van een dergelijke deelneming.

b) Beoordeling door het Hof

116. Er zij aan herinnerd dat artikel 22 van de CRD IV-richtlijn de lidstaten opdraagt om voor te schrijven dat eenieder die besloten heeft rechtstreeks of middellijk een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling te verwerven, de bevoegde autoriteiten voorafgaande aan de verwerving schriftelijk in kennis moet stellen daarvan, en dat overeenkomstig artikel 23 van die richtlijn een dergelijke verwerving slechts is toegestaan indien die persoon voldoet aan de in dat artikel neergelegde criteria.

117. Zoals het Gerecht in punt 98 van het bestreden arrest in wezen heeft opgemerkt, volgt uit het voorgaande dat de artikelen 22 en 23 van de CRD IV-richtlijn slechts van toepassing zijn op verwervingen van gekwalificeerde deelnemingen die dateren van na de datum van inwerkingtreding van de voorschriften die de lidstaten volgens deze artikelen moeten vaststellen. Volgens artikel 162 van deze richtlijn moest dat uiterlijk op 31 december 2013 gebeuren.

118. In casu betogen rekwiranten onweersproken dat zij in 1996 een deelneming van 30,16 % in Banca Mediolanum hebben verworven, namelijk een gekwalificeerde deelneming in de zin van de CRD IV-richtlijn. Zoals uit de punten 71 en 72 van het bestreden arrest blijkt, heeft het Gerecht overigens erkend dat rekwiranten op de datum van het besluit van Banca d'Italia van 7 oktober 2014 nog steeds een dergelijke deelneming bezaten.

119. Ten eerste blijkt uit punt 102 van het onderhavige arrest dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, het besluit van Banca d'Italia de omvang van de deelneming van rekwiranten in Banca Mediolanum niet heeft gewijzigd.

120. Ten tweede blijkt uit de punten 108 en 110 van het onderhavige arrest dat de wijziging van de juridische structuur van die deelneming als gevolg van de absorptie van Mediolanum door Banca Mediolanum geen enkele invloed heeft gehad op het bezit door rekwiranten van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum.

121. Hieruit volgt dat rekwiranten na de datum van inwerkingtreding van de bepalingen tot omzetting van de CRD IV-richtlijn geen gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum hebben verworven, maar dat zij slechts een eerder verworven deelneming hebben behouden.

122. Uit punt 117 van het onderhavige arrest volgt dat de artikelen 22 en 23 van deze richtlijn geen terugwerkende kracht hebben en niet van toepassing zijn op gekwalificeerde deelnemingen die vóór die datum zijn verworven. Rekwiranten stellen dus terecht dat de ECB die artikelen op onrechtmatige wijze met terugwerkende kracht heeft toegepast door zich te verzetten tegen het bezit van een gekwalificeerde deelneming door rekwiranten in Banca Mediolanum.

123. Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de ECB die artikelen niet met terugwerkende kracht had toegepast door zich in het litigieuze besluit te verzetten tegen het bezit van een gekwalificeerde deelneming door rekwiranten in Banca Mediolanum.

124. Uit een en ander volgt dat naast de eerste middelen, ook de tweede middelen van de hogere voorzieningen slagen.

125. Het bestreden arrest moet derhalve worden vernietigd zonder dat de andere middelen van de hogere voorzieningen behoeven te worden onderzocht.

VII. Beroep bij het Gerecht

126. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof, ingeval het de beslissing van het Gerecht vernietigt, zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening terugverwijzen naar het Gerecht.

127. In casu dient het Hof de zaak, die in staat van wijzen is, zelf af te doen.

128. Met het eerste middel van hun beroep in eerste aanleg betwisten rekwiranten dat zij in 2016 een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum hebben verworven.

129. Uit punt 121 van het onderhavige arrest blijkt dat rekwiranten in 2016 geen dergelijke deelneming in Banca Mediolanum hebben verworven.

130. Bijgevolg kon de ECB zich middels het litigieuze besluit niet rechtmatig verzetten tegen een vermeende verwerving van een gekwalificeerde deelneming door rekwiranten in Banca Mediolanum in 2016.

131. Derhalve moet het eerste middel in eerste aanleg worden toegewezen en het litigieuze besluit nietig worden verklaard, zonder dat de andere middelen in eerste aanleg hoeven te worden onderzocht.

VIII. Kosten

132. Wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet, beslist het Hof over de kosten volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

133. Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

134. Aangezien rekwiranten de verwijzing van de ECB in de kosten hebben gevorderd en die instelling in het ongelijk is gesteld, dient zij behalve in haar eigen kosten te worden verwezen in de kosten van rekwiranten in verband met zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hogere voorziening.

135. Volgens artikel 184, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering, kan een partij die in eerste aanleg heeft geïntervenieerd, wanneer zij niet zelf de hogere voorziening heeft ingesteld, alleen in de kosten van de hogere voorziening worden verwezen indien zij aan de schriftelijke of mondelinge behandeling bij het Hof heeft deelgenomen. Wanneer een dergelijke partij aan de procedure deelneemt, kan het Hof beslissen dat zij haar eigen kosten draagt.

136. In casu heeft de Commissie, die in eerste aanleg heeft geïntervenieerd, zonder zelf de hogere voorziening te hebben ingesteld, deelgenomen aan de procedure bij het Hof ter ondersteuning van de conclusies van de ECB, zodat dient te worden beslist dat zij haar eigen kosten zal dragen.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 11 mei 2022, Fininvest en Berlusconi/

ECB (T-913/16, ECLI:EU:T:2022:279), wordt vernietigd.

2) Besluit ECB/SSM/2016 – 7LVZJ6XRIE7VN-Z4UBX81/4 van de Europese Centrale Bank (ECB) van 25 oktober 2016 wordt nietig verklaard.

3) De Europese Centrale Bank (ECB) draagt behalve haar eigen kosten ook de kosten van Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) en Silvio Berlusconi alsook die van Marina Elvira Berlusconi, Pier Silvio Berlusconi, Barbara Berlusconi, Eleonora Berlusconi en Luigi Berlusconi, als rechtsopvolgers van Silvio Berlusconi, zowel in de procedure in eerste aanleg als in de procedure in hogere voorziening.

4) De Europese Commissie draagt haar eigen kosten.

NOOT

1. De onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) is tamelijk beknopt en overzichtelijk. De uitspraak is vooral relevant omdat deze een praktische kwestie bij herstructureringen in groepen in de financiële sector oplost: is voor een reorganisatie waarbij een holding met een indirect belang in een financiële onderneming naar een directe deelneming gaat een nieuwe verklaring van geen bezwaar (vvgb) nodig? Het Hof gaat in tegen de bestendiende lijn van de ECB en nationale competente autoriteiten en oordeelt dat die vvgb niet nodig is. Hieronder licht ik dat toe en sta ik ook stil bij enkele andere conclusies die uit deze uitspraak getrokken kunnen worden.

2. Eerst de feiten. De Italiaanse holding Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) was voor 61,21% in handen van de Italiaanse media- en voetbalmagnaat en oud-premier Silvio Berlusconi. Inmiddels – na zijn overlijden in 2023 – zijn deze aandelen in het bezit van zijn rechtsopvolgers (Berlusconi c.s.). Fininvest was zelf weer eigenaar van 30,1% van het kapitaal van Mediolanum, een beursgenoteerde gemengde financiële holding. Mediolanum had op haar beurt 100% van de aandelen van de Italiaanse kredietinstelling Banca Mediolanum. Fininvest en Berlusconi c.s. waren op grond van deze aandeelhoudersketen houders van een (indirecte) gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum.

3. In dit arrest verzoeken Fininvest en Berlusconi c.s. het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van 11 mei 2022 (ECLI:EU:T:2022:279; het bestreden arrest). Zie over deze procedure verder ook *Berlusconi en Fininvest* (C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023, zie «JOR» 2019/61, m.nt. Joosen).

4. In het bestreden arrest ging het – voor zover relevant voor de hieronder te bespreken rechtsvragen – om het volgende. Mediolanum fuseerde op 30 december 2015 met haar dochterbedrijf Banca Mediolanum, waarbij Banca Mediolanum de overblijvende entiteit is. Door deze fusie (en het verdwijnen van Mediolanum) werd Fininvest van indirect/middellijk houder van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum direct/rechtstreeks houder van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum.

5. Banca d'Italia en de ECB waren van mening dat Fininvest en Berlusconi c.s. door de fusie een gekwalificeerde deelneming hadden verworven in Banca Mediolanum. Daarop hebben zij Fininvest en Berlusconi c.s. verzocht om kennis te geven van de verwerving, en daarmee een vvgb aan te vragen. Toen dit verzoek niet werd ingewilligd heeft de ECB zich in 2016 bij besluit verzet tegen de verwerving van de gekwalificeerde deelneming door Fininvest en Berlusconi c.s. in Banca Mediolanum (het bestreden besluit). De ECB was namelijk van mening dat Berlusconi, die veroordeeld was voor belastingfraude, niet voldeed aan het reputatiecriterium. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van Fininvest en Berlusconi c.s. tegen het bestreden besluit verworpen.

6. De voor de praktijk belangrijkste vraag die het Hof moest beantwoorden was of de fusie tussen Mediolanum en Banca Mediolanum tot gevolg had dat Fininvest, dat van een indirecte deelneming naar een directe deelneming in Banca Mediolanum ging, een gekwalificeerde deelneming had verworven in Banca Mediolanum.

7. Fininvest en Berlusconi c.s. betoogden dat het Gerecht in het bestreden arrest het begrip “verwerving van een gekwalificeerde deelneming” onjuist had uitgelegd door te oordelen dat een dergelijke verwerving kon voortvloeien uit de enkele wijziging van de juridische structuur van een gekwalificeerde deelneming. Meer in het bijzonder de uit de fusie voortvloeiende wijziging van een middellijke gekwalificeerde deelneming door

Fininvest in Banca Mediolanum in een rechtstreekse gekwalificeerde deelneming.

8. Het Hof gaat mee met Fininvest en Berlusconi c.s. Er is door de wijziging van een middellijke naar een rechtstreekse deelneming dus geen sprake geweest van het verwerven van een gekwalificeerde deelneming in Banca Mediolanum door Fininvest. Het Hof vernietigt het bestreden arrest en verklaart het bestreden besluit nietig. Het Hof overweegt, voor zover relevant als volgt (r.o. 104-112).

9. De gekwalificeerde deelneming van Fininvest in Banca Mediolanum veranderde door de fusie van Mediolanum en Banca Mediolanum van een middellijke gekwalificeerde deelneming in een rechtstreekse gekwalificeerde deelneming. Het Gerecht had geoordeeld dat door deze enkele wijziging van de juridische structuur sprake was van een verwerving van een gekwalificeerde deelneming.

10. De door het Gerecht gegeven uitleg vindt volgens het Hof geen steun in de tekst van art. 22(1) CRD IV, dat de basis voor de vvgb-plicht vormt. Art. 22(1) CRD IV bepaalt uitdrukkelijk dat het niet van belang is of een deelneming "rechtstreeks of middellijk" is verworven. Dat de juridische structuur van een deelneming niet van belang is, volgt ook uit het gebruik van het nevenschikkend voegwoord *of* in de definitie van "gekwalificeerde deelneming" in art. 4(1)(36) CRR, waar gesproken wordt van het "rechtstreeks of onrechtstreeks" bezitten van 10 % van het kapitaal in een onderneming.

11. Het Hof concludeert dat de juridische structuur van een deelneming – met name of die rechtstreeks of middellijk is – niet bepalend is voor het bestaan van een gekwalificeerde deelneming. Wat wel van belang is, is of die deelneming gepaard gaat met een bepaald niveau van zeggenschap of invloed op de bank in kwestie. De wijziging van de juridische structuur van een gekwalificeerde deelneming, waarbij de omvang van die deelneming niet boven een in art. 22 CRD IV genoemde drempelwaarde uitkomt, kan niet worden aangemerkt als verwerving van een dergelijke deelneming.

12. De uitspraak bestrijkt enkele interessante en voor de praktijk relevante onderwerpen. Ik licht er hieronder vier elementen uit.

13. Ten eerste de meest voor de hand liggende conclusie. Volgens het Hof dient het begrip "ver-

werven van een gekwalificeerde deelneming" uit art. 22(1) CRD IV beperkt te worden uitgelegd.

14. Zoals het Hof samenvat, moet op grond van art. 22(1) CRD IV iedere aandeelhouder die rechtstreeks of middellijk een gekwalificeerde deelneming in een bank verwerft, dan wel rechtstreeks of middellijk een dergelijke gekwalificeerde deelneming verder vergroot (waardoor het percentage van de gehouden stemrechten of aandelen in het kapitaal de drempelwaarden 20%, 33% of 50% bereikt of overschrijdt), de bevoegde autoriteiten daarvan schriftelijk voorafgaande aan de verwerving in kennis stellen. Vervolgens dienen zij daarvoor bij de bevoegde autoriteit toestemming voor de verwerving of vergroting te vragen, de zogenoemde verklaring van geen bezwaar (vvgb). Op grond van art. 4(1)(36) CRR is een gekwalificeerde deelneming "het in een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, bezitten van 10% of meer van het kapitaal of van de stemrechten, dan wel van een percentage dat het mogelijk maakt een invloed van betekenis op de bedrijfsvoering van die onderneming uit te oefenen".

15. In Nederland is deze vvgb-eis in art. 3:95 Wft geïmplementeerd. Sinds de invoering van het Single Supervisory Mechanism (SSM, ook wel de Bankenuie genoemd) is de ECB de bevoegde toezichthouder ten aanzien van gekwalificeerde deelnemingen in banken. DNB is de bevoegde toezichthouder ten aanzien van gekwalificeerde deelnemingen in andere in art. 3:95 Wft genoemde financiële ondernemingen.

16. Op grond van de beperkte uitleg van het Hof is het verwerven van een directe deelneming in een bank door een partij die al een indirecte deelneming (en bijbehorende vvgb) heeft, op zichzelf niet opnieuw vvgb-plichtig.

17. Dit is in de praktijk zeer relevant. Fusies van de directe en indirecte aandeelhouder van een bank of van een directe holding met de bank komen vaker voor. Zoals uit de uitspraak blijkt, stelde de ECB (die uiteindelijk over vvgb's ten aanzien van banken gaat) zich op het standpunt dat een nieuwe vvgb vereist is voor de partij die in plaats van een indirecte, een directe deelneming gaat houden. DNB hanteert dit standpunt als bevoegde toezichthouder voor vvgb's ten aanzien van andere financiële ondernemingen (zoals betaalinstellingen, beleggingsondernemingen, verzekeraars ook). Met de uitspraak is het dus een-

voudiger om een dergelijke structuurwijziging door te voeren.

18. Ten tweede. De interpretatie van het Hof geldt niet alleen ten aanzien van de vvgb-plicht voor een gekwalificeerde deelneming in een bank. Het Hof deed zijn uitspraak ten aanzien van CRD IV en CRR, de bankenregelgeving, maar de interpretatie geldt eveneens voor de vvgb-plicht ten aanzien van alle soorten financiële ondernemingen waarvoor op grond van art. 3:95 Wft een dergelijke plicht geldt. Denk daarbij bijvoorbeeld aan beleggingsondernemingen, verzekeraars, beheerders van een UCITS (instelling voor collectieve belegging in effecten) en betaalinstanties. De andere EU-richtlijnen waarin een vvgb-plicht voor het verwerven van een gekwalificeerde deelneming in een dergelijke instelling is opgenomen bevatten namelijk in materieel opzicht dezelfde bewoordingen als art. 22(1) CRD: eenieder die *rechtstreeks of middellijk een gekwalificeerde deelneming* in een financiële onderneming wil verwerven, dan wel rechtstreeks of middellijk een dergelijke gekwalificeerde deelneming verder wil vergroten boven een bepaalde drempelwaarde heeft een vvgb nodig. Ook de definitie van gekwalificeerde deelneming is grosso modo steeds dezelfde: het *rechtstreeks of middellijk bezitten* van een deelneming in een instelling van ten minste 10% van het kapitaal of van de stemrechten. De interpretatie moet dus in zijn algemeenheid op het begrip gekwalificeerde deelneming in de Wft, en de vvgb-plicht voor het verwerven daarvan in art. 3:95 Wft, worden toegepast.

19. Ten derde; de ECB en DNB baseerden hun eerdere ruime uitleg ook op de *Joint Guidelines on the prudential assessment of acquisitions and increases of qualifying holdings in the financial sector* (20 December 2016, JC/GL/2016/01, de Guidelines) van de European Supervisory Authorities (de ESAs: de European Banking Authority (EBA), the European Securities and Markets Authority (ESMA) en de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)).

20. Op grond van art. 16 van de verordeningen die de ESAs hebben ingesteld, hebben deze ESAs de bevoegdheid om dergelijke richtsnoeren uit te brengen. Het doel daarvan is uniforme en consistente toepassing van het EU-recht in alle lidstaten. De nationale competente autoriteiten tot welke een richtsnoer gericht is, zoals DNB, dienen deze richtsnoeren toe te passen in hun

toezicht (zie de Beleidsregel toepassing Europese toezichthoudende autoriteiten Wft 2019 van DNB). Richtsnoeren kunnen ook gericht zijn tot financiële ondernemingen zelf.

21. De Guidelines leken ook uit te gaan van deze ruime interpretatie. Zij stellen dat als “een onrechtstreekse gekwalificeerde deelneming een rechtstreeks gehouden gekwalificeerde deelneming wordt en de betreffende houder reeds eerder is beoordeeld, (...) de doeltoezichthouder [dient] te overwegen om zijn beoordeling te beperken tot de wijzigingen die zich sinds de datum van de laatste beoordeling hebben voorgedaan”. Dat impliceert een nieuwe beoordeling.

22. De uitspraak van het Hof is daarmee een goed voorbeeld van het beginsel dat de interpretaties van, en toelichting op, EU-regelgeving in richtsnoeren van de ESAs op zichzelf juridisch niet doorslaggevend zijn. Uiteindelijk kan alleen het EU Hof van Justitie de definitieve interpretaties van de EU-regelgeving vaststellen. Richtsnoeren beogen dan ook niet nieuwe rechtsplichten in het leven te roepen ten opzichte van EU-recht waaraan zij invulling geven.

23. Toch baseren toezichthouders (zoals de ECB, DNB en de AFM) zich in hun interpretaties van de regelgeving altijd gretig en tamelijk definitief op deze richtsnoeren. Datzelfde geldt dan natuurlijk ook voor de andere betrokken partijen (financiële instellingen en hun juridische adviseurs). Het is dan ook in de praktijk van groot belang om altijd kritisch te blijven op dergelijke verwijzingen, en na te gaan wat de werkelijke juridische interpretatie van een begrip of regel is op basis van de primaire EU-regelgeving (hier dus op basis van CRD IV). De richtsnoeren zijn bedoeld om de toepassing van de regelgeving geharmoniseerd uit te leggen en de regels daarmee zekerder, duidelijker en voorspelbaarder te maken. Bevoegde autoriteiten voor wie de gemeenschappelijke richtsnoeren gelden, dienen hieraan te voldoen door ze op passende wijze in hun toezichtpraktijken te integreren (bijvoorbeeld door wijziging van hun rechtskader of hun toezichtprocessen).

24. Ten vierde en tot slot, en voor de goede orde; de vvgb-plicht was natuurlijk wel ontstaan als de nieuwe directe holding gepaard ging met een groter aandelenbelang dat de genoemde vvgb-drempelwaarden (20%, 33%, 50%) overschrijft. Ook zou een Nederlandse bank die (zoals Banca Mediolanum) fuseert vanwege die fusie, zelf een vvgb moeten aanvragen. Een

dergelijke vvgb voor een bank vanwege het handelen door die bank (en niet vanwege een nieuwe aandeelhouder in de bank) is vereist op grond van art. 3:96 Wft.

mr. B. Bierman
advocaat financieel recht bij Finnius te Amsterdam

114

Gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs

Hoge Raad
6 september 2024, nr. 22/01348,
ECLI:NL:HR:2024:1132
(mr. Van Hilten, mr. Feteris, mr. Fierstra,
mr. Wortel, mr. Van der Voort Maarschalk)
(Concl. A-G Pauwels, ECLI:NL:PHR:2023:661)
Noot mr. drs. S.M.C. Nuijten

Waarborgfunctie van toestemmingsvereiste voor opleggen van boete aan feitelijk leidinggevers en medeplegers. Toepassingsbereik van “zozeer indruist”-criterium bij onrechtmatig verkregen bewijs.

[Awb art. 3:2]

Het toestemmingsvereiste in paragraaf 2, lid 6, Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) is bedoeld als waarborg voor de betrokkenen, met name om tegemoet te komen aan de maatschappelijke onrust die was veroorzaakt door de invoering van de vierde tranche van de Awb, als gevolg waarvan de kring van degenen aan wie een boete kan worden opgelegd, was uitgebreid.

Gezien de waarborgfunctie van paragraaf 2, lid 6, BBBB kan degene aan wie een boete wordt opgelegd zich op dat voorschrift beroepen indien de vereiste toestemming ontbreekt, en moet dan aan het ontbreken van die toestemming in de regel rechtsgevolg worden verbonden.

Hetzelfde heeft te gelden als de in paragraaf 2, lid 6, BBBB bedoelde functionarissen weliswaar toestemming hebben verleend, maar deze toestemming op een zo onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, dat moet worden aangenomen dat de daarmee beoogde waarborg niet is geboden.

Die waarborg houdt in dat op een hoger niveau in de organisatie wordt (her)beoordeeld of het opleggen van een boete in het voorliggende geval rechtens juist en opportuun is. Bij de beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee de toestemming tot stand is gekomen, is daarom met name van belang of de functionaris die de toestemming heeft verleend over voldoende en juiste informatie beschikte om zich een oordeel over de rechtmatigheid en de opportuniteit van de voorgenomen beboeting te kunnen vormen (vgl. art. 3:2 Awb). Daartoe behoort in elk geval informatie over de feitelijke en rechtskundige gronden voor het opleggen van een boete en de hoogte daarvan.

Het cassatiemiddel onderdeel e wijst terecht erop dat het hof een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd door het “zozeer indruist-criterium” te hanteren. Dat criterium is toegesneden op het gebruik voor het bewijs van ter beschikking van de inspecteur gekomen, door een andere overheidsinstelling verzameld bewijsmateriaal dat volgens de voor die andere overheidsinstelling geldende normen jegens de belanghebbende onrechtmatig is verkregen (vgl. HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028, r.o. 3.2.5 en HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/169, m.nt. Affourtit en Mattheijer, r.o. 2.5.2). Deze toetsingsmaatstaf is niet geschikt om de gevolgen te bepalen van een aan de inspecteur zelf toe te rekenen onrechtmatigheid, zoals beboeting zonder toereikende toestemming daarvoor.

*De Staatssecretaris van Financiën,
tegen
[X] NV,
(hierna: belanghebbende).*

(...; red.)

2. Uitgangspunten in cassatie

2.1. Op advies van medewerkers van belanghebbende, een belastingadvieskantoor, hebben twee van haar cliënten met het oog op de invoering van de zogenoemde lucratiefbelangregeling per 1 januari 2009 ieder een structuur opgezet waarvan vennootschappen, opgericht naar het recht van Guernsey (hierna: de Guernseyvennootschappen), deel uitmaakten. Daartoe hebben de desbetreffende cliënten in 2008 elk hun profit sharing loan agreement met de houdstermaatschappij van hun toenmalige werkgever ingebracht in de