



BANCA D'ITALIA  
EUROSISTEMA

## Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

The role of the CJEU in shaping the Banking Union:  
notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)

May 2019

number

85



BANCA D'ITALIA  
EUROSISTEMA

# Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

The role of the CJEU in shaping the Banking Union:  
notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)

Number 85 – May 2019

*The series “Quaderni di Ricerca Giuridica”, edited by the Legal Services Directorate, publishes the studies conducted by the Bank of Italy’s lawyers or by internal and external experts.*

*The series is focused on legal matters of specific interest to the Bank.*

*The research papers are selected by an editorial committee which assesses originality, clarity, reasoning consistency, completeness of the information provided.*

*The opinions expressed and conclusions drawn are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Bank of Italy.*

*Editorial Board:*

MARINO PERASSI, OLINA CAPOLINO, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, STEFANIA CECI, RAFFAELE D’AMBROSIO,  
MARIA PATRIZIA DE TROIA, ENRICO GALANTI, MARCO MANCINI

*Editorial Assistants:*

ROBERTA PILO, BEATRICE SCRIMA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

*Printed by the Printing and Publishing Division of the Bank of Italy*

## SUMMARY

<b>Foreword</b> .....	5
<b>ANDREA VIGNINI – STATE AID AND DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES. THE CJEU DECISION ON TERCAS AND THE ROLE OF DGSS IN BANKING CRISES</b> .....	9
<i>1 Introduction</i> .....	11
<i>2 The case</i> .....	13
<i>2.1 The acquisition of Tercas by Banca Popolare di Bari (‘BPB’)</i> .....	13
<i>2.2 The Commission’s Decision on Tercas</i> .....	14
<i>2.3 The impact of the Decision on the Italian banking system</i> .....	17
<i>3 The Judgment of the Court in Case T-98/16. Italian Republic and Others v European Commission</i> .....	21
<i>3.1 Notion of State aid according to CJEU Case law</i> .....	21
<i>3.2 Imputability to the Italian Republic of the measures</i> .....	22
(i) <i>The scope of the public mandate entrusted to the FITD</i> .....	23
(ii) <i>The autonomy of FITD when deciding on the intervention</i> .....	25
<i>3.3 The financing of the intervention through state resources</i> .....	28
<i>4 Conclusion</i> .....	30
<i>4.1 State Aid and the Judgment on Tercas</i> .....	30
<i>4.2 State Aid and the role of DGSS in banking crises after Tercas</i> .....	33
<b>ARRÊT DU TRIBUNAL (TROISIÈME CHAMBRE ÉLARGIE)</b> .....	37
<i>«Aides d’État – Intervention d’un consortium de droit privé entre banques en faveur d’un de ses membres – Autorisation de l’intervention par la banque centrale de l’État membre – Décision déclarant l’aide incompatible avec le marché intérieur – Recours en annulation – Notion d’aide d’État – Imputabilité à l’État – Ressources d’État»</i>	

**SENTENZA DEL TRIBUNALE (TERZA SEZIONE AMPLIATA) 19 MARZO 2019....65**

*«Aiuti di Stato – Intervento di un consorzio di diritto privato tra banche in favore di uno dei suoi membri – Autorizzazione dell’intervento da parte della banca centrale dello Stato membro – Decisione che dichiara l’aiuto incompatibile con il mercato interno – Ricorso di annullamento – Nozione di aiuto di Stato – Imputabilità allo Stato – Risorse statali»*

**EUGENIO MANCINI - THE JUDICIAL REVIEW OF ACTS ISSUED BY NCAs WITHIN THE CONTEXT OF THE ‘COMMON PROCEDURES’ ESTABLISHED UNDER THE SSM - THE FININVEST CASE LAW .....93**

*1 Introduction .....95*

*2 The issue in the main proceedings and the two questions referred for a preliminary ruling by the Consiglio di Stato (Italian Council of State) ..... 97*

*3 The issues addressed by the Court of Justice.....100*

*3.1 The assessment of the nature of common procedures: a plurality of procedures or a multi-stage procedure? .....130*

*3.2 The relevance of the nature of the action started before national courts in the allocation of judicial functions.....105*

*4 The opinion of the Advocate General and the decision of the Court.....106*

*5 Concluding remarks .....109*

**JUDGMENT OF THE COURT (GRAND CHAMBER) 19 DECEMBER 2018 .....115**

*In case C-219-173 .....115*

**SENTENZA DELLA CORTE (GRANDE SEZIONE) 19 DICEMBRE 2018 .....129**

*Nella causa C-219-173 .....129*

**OPINION OF ADVOCATE GENERAL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA DELIVERED ON 27 JUNE 2018 .....143**

**CONCLUSIONI DELL’AVVOCATO GENERALE M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA PRESENTATE IL 27 GIUGNO 2018 .....171**

## **FOREWORD**



In the aftermath of the global financial crisis, the European Union took significant steps towards completing a uniform and harmonized market for banking and financial institutions. Since 2010, in order to address many critical issues that emerged during the financial crisis, the EU has adopted several regulations and directives as part of the European Banking Union framework.

The creation of a Single Supervisory Mechanism (SSM) required a major effort on the part of the European Central Bank and the National Competent Authorities (NCAs) to integrate and develop a new and original administrative system, aimed at exercising banking supervision over the eurozone's credit institutions. Furthermore, the introduction of a Single Resolution Mechanism (SRM), designed to ensure a level playing field for European credit institutions and to strengthen financial stability in the eurozone, provided the euro-area countries with a more uniform and coherent framework for the resolution of banks.

Finally, the euro area is still waiting for the establishment of the Banking Union's third pillar, the European Deposit Guarantee Scheme. Nevertheless, through the adoption of Directive 2014/49/EU, the European legislator was at least able to approve the reform of the national guarantee schemes, strengthening their mandate to protect depositors and allowing them to take part in preventing banking crises.

In this context, the Court of Justice of the European Union has played a crucial role in shaping the Banking Union. Therefore, this work analyses two critical judgments recently issued by the CJEU: the decisions in *Tercas* (T-98/16) and *Fininvest* (C-219/17), which both involved the Bank of Italy and the Italian banking system.

In *Tercas*, the General Court of the European Union decided on the actions for annulment brought against the Commission's Decision that deemed the measures taken in 2014 by the Italian Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) in favor of Banca Popolare di Bari to support its acquisition of Cassa di Risparmio di Teramo, a small regional bank operating in the south of Italy, to be State aid. In this respect, the EU competition authority's opposition to the use of the deposit guarantee scheme (DGS) was critical for the Italian Republic because, at the time of the decision, four regional banks were in the process of being bailed out by the FITD, but were ultimately instead put under resolution, with a dramatic impact on savers' confidence.

The judgment is certainly relevant for many reasons. First, the ruling represents a benchmark in the use of a DGS after the introduction of Directives 2014/59/EU and 2014/49/EU as it implicitly defines the principles according to which a national DGS can intervene in a banking crisis without breaking EU laws on State aid. Secondly, the decision overrules the interpretation presented by the European Commission regarding the role played by the Bank of Italy in the operation carried out by the FITD for the benefit of *Tercas*.



In its decision, the General Court validates the principle according to which a DGS's preventive and alternative measure do not constitute State aid, unless the Commission adequately proves that the public authorities exercises actual control over the operations. Moreover, the ruling is a confirmation of the important role assigned to the national schemes under the new framework for managing banking crises, as designed by the European legislator in the Deposit Guarantee Schemes Directive.

On 29 May 2019, the European Commission appealed the judgment. Thus, the Court of Justice will have the opportunity to give its final say on the case.

In *Fininvest*, the CJEU's *Grand Chambre* released its final decision on the preliminary ruling issued by the Italian Council of State – in the context of a claim brought by Mr. Berlusconi and Fininvest S.p.A. – wherein the Court was asked to assess whether actions against an NCA's preparatory acts in the context of 'common procedures' should be brought before domestic or European courts. The Court of Justice found that NCA's preparatory acts relating to an ECB decision are non-binding, therefore the European courts have exclusive jurisdiction in determining whether the legality of the ECB's supervisory decisions is affected by any defects in the preparatory acts issued by the NCA, notwithstanding the kind of action envisaged by national law.

The decision is particularly important because it is the first time the CJEU's criteria on the allocation of jurisdiction over composed proceedings (i.e. those proceedings taking place both at EU and national level) are applied to the SSM's common procedures. In this sense, the ruling contributes to the process of refining the SSM's architecture and the interplay between European and national authorities in the context of banking supervision.

**STATE AID AND DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES. THE CJEU  
DECISION ON TERCAS AND THE ROLE OF DGSS IN BANKING  
CRISES**

*Andrea Vignini*<sup>\*</sup>

---

<sup>\*</sup> The author is Ph.D. Candidate in Administration, Market and Criminal Justice at the University of Pisa and Trainee Lawyer at the Bank of Italy's Legal Services Directorate. He is solely responsible for the opinions expressed in the article, and wishes to thank Raffaele D'Ambrosio, Monica Marcucci, Guido Crapanzano and Luigi Sciotto for their useful comments.



## 1. Introduction

On 19 March 2019 the General Court of the European Union released a critical decision on the compatibility of the use of Deposit Guarantee Schemes ('DGSs') with state aid law.<sup>1</sup> The judgment followed the actions of annulment brought against the Commission's Decision on the measures adopted by the Italian Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi ('FITD') in favour of Banca Popolare di Bari ('BPB') to support its acquisition of Cassa di Risparmio di Teramo S.p.A. ('Tercas').<sup>2</sup>

The decision is certainly relevant from many perspectives. First, the judgment represents a benchmark on the use of DGSs after the introduction of the BRRD and the DGSD, as it defines the principles according to which a national DGS can intervene in a banking crisis without breaking EU state aid law. Secondly, at a national level, the ruling contradicts the European Commission's interpretation of the role of the Italian FITD in the measure for the benefit of Tercas. In this respect, the EU competition authority's opposition was critical for the Italian Republic because, at the time, the FITD was contemplating bailing out four regional banks.<sup>3</sup> The unexpected prohibition on the use of the FITD<sup>4</sup> suddenly pushed the Italian authorities to find a way to rescue the financial institutions in trouble by quickly introducing the new rules on banking resolution, which had a disastrous impact on the confidence of savers and depositors.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Court of Justice of the European Union, *Italian Republic and Others v European Commission*, Joined Cases T-98/16, T-196/16 and T-198/16, Luxembourg, 19 March 2019.

<sup>2</sup> European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, Brussels, C(2015) 9526, 23 December 2015.

<sup>3</sup> At an early stage of the so-called 'four regional banks' crisis, the Italian authorities relied on the traditional role of the FITD, which had already approved the plan for the acquisition of Cassa di Risparmio di Ferrara (Carife), Banca delle Marche and Banca Etruria, and which was preparing to approve a specific plan for Cassa di Risparmio di Chieti (CariChieti). Following the request for intervention made by the special administrators, the Italian DGS decided to acquire the banks put under special administration for the amounts of €300 million for Carife (6 May 2015), €1200 million for Banca delle Marche (8 October 2015), and €426 million for Banca dell'Etruria (11 November 2015). The FITD also appointed an advisor to audit Cassa di Risparmio di Chieti, and to evaluate its respect for the 'least cost' principle in case of intervention (Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Annual Report 2015*, Rome, 6 March 2016, 111).

<sup>4</sup> As clearly expressed by the European Commission in the letter sent to the Italian Minister of Finance on 19 November 2015, signed by Lord Jonathan Hill (Commissioner for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union) and Margrethe Vestager (Commissioner for Competition). The letter was published by the Italian Ministry of Finance, and is available at [http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All.4-Lettera\\_Vestager\\_Hill.pdf](http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All.4-Lettera_Vestager_Hill.pdf).

<sup>5</sup> Among many others, see Bloomberg, *Italy Approves \$3.8 Billion Resolution Plan for Four Banks*, 22 November 22 2015, available at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-11-22/italy-approves-resolution-plans-for-four-troubled-lenders>.

Since its creation in 1987, the FITD has functioned as a private consortium of banks,<sup>6</sup> financed and managed by its members, with the specific aim of: 1) reimbursing the depositors of the credit institutions under orderly liquidation procedures; and 2) supporting the banks under special administration, when the intervention is likely to restore the viability of the financial institutions.<sup>7</sup> After the introduction of Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes, participation in national DGSs became mandatory for EC banks<sup>8</sup> and the national schemes were entrusted with the duty to reimburse depositors in the case of a orderly liquidation of a credit institution.<sup>9</sup> Moreover, the directive established a harmonized minimum guaranteed level of €20,000 per deposit, increased to €100,000 by Directive 2009/14/EC.<sup>10</sup>

In its history, the FITD has carried out 12 interventions, of which: four in the period 1987-1996, when banks were members of FITD on a voluntary basis, and eight in the period 1996-2018, when membership was compulsory following the transposition of Directive 94/19/EC. The Italian DGS was used only two times to cover deposits: in the other cases the FITD supported the banking system through early interventions or alternative measures by granting loans, providing guarantees and acquiring equity shares, in order to

---

<sup>6</sup> Our analysis will focus only on the FITD, which operates in the interests of all Italian banks, excluding the mutual banks, which must be part of the Mutual Bank Depositors Guarantee Fund ('Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo', FGDC). For a deeper analysis on this point, see CARRIERO, *La disciplina italiana in tema di gestione delle crisi delle banche e degli intermediari finanziari*, *Ricerche giuridiche*, Edizioni Ca' Foscari, Vol. 2, N. 2, December 2013, 661-663.

<sup>7</sup> COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, 894. The creation of an Interbank Deposit Protection Fund ('Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi', FITD) was promoted by the Italian Banking Association ('Associazione Bancaria Italiana', ABI) and finally approved by the Council of the ABI on 30 May 1986. The scheme received formal recognition as a private consortium of banks from the Italian Interdepartmental Committee for Credit and Savings ('Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio', CICR) on 23 December 1986. On the nature and the role of the Italian FITD before the introduction of Directive 94/19/EC see MERUSI, *La tutela dei depositanti: dalla riserva obbligatoria al Fondo interbancario di garanzia*, in *Note Economiche. Rivista Economica del Monte dei Paschi di Siena*, 3/4, 1986, 235; NASTASI, *Crisi bancarie e tutela dei depositanti*, Il Mulino, Bologna, 1988, 47; NIGRO, *Il fondo interbancario di tutela dei depositi: prime riflessioni*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1987, 396 - 403; see also Banca d'Italia, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia Carlo A. Ciampi*, Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi – Assemblea ordinaria, Rome, 6 March 1991.

<sup>8</sup> 'Each Member State shall ensure that within its territory one or more deposit-guarantee schemes are introduced and officially recognized. Except in the circumstances envisaged in the second subparagraph and in paragraph 4, no credit institution authorized in that Member State pursuant to Article 3 of Directive 77/780/EEC may take deposits unless it is a member of such a scheme', Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council *on deposit-guarantee schemes*, 30 May 1994, Article 3, paragraph 1. The provision was implemented by the Italian legislator by amending Article 96 of the Italian Consolidated Law on Banking ('Testo Unico Bancario', TUB).

<sup>9</sup> FALCONE, *I sistemi di garanzia dei depositanti*, in PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2014, 1206-1207.

<sup>10</sup> Directive 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay, 11 March 2009. See SCHILLING, *EU Resolution Financing Arrangements and Deposit Guarantee Schemes*, in *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford University Press, 2016, 316.

facilitate mergers and to keep the financial condition of the banks under special administration from deteriorating.<sup>11</sup>

## 2. The case

### 2.1 The acquisition of Tercas by Banca Popolare di Bari ('BPB')

Tercas-Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo S.p.A. was the holding company for a banking group ('Tercas') operating mainly in Abruzzo, a region in the south of Italy. On 30 April 2012, upon the proposal of the Bank of Italy (the 'BOI'), the Italian Ministry of Economy and Finance issued a decree ordering that Tercas be put under special administration. The BOI appointed a special administrator to ascertain the bank's difficulties, correct irregularities and promote useful solutions in the interest of the depositors.<sup>12</sup>

In October 2013, Banca Popolare di Bari showed its interest in the subscription of additional capital in Tercas, conditional on the performance of a due diligence on the holding company's assets and the full covering of Tercas's negative equity by the FITD.<sup>13</sup> Following BPB's offer, the special administrator of Tercas submitted a request to the FITD for a support measure of up to €280 million entailing a recapitalization to cover the negative equity

---

<sup>11</sup> 'In 1987 FITD was established. Since that year, the Banca d'Italia adopted 43 special administration provisions for FITD member banks. 12 cases (27.9%) were closed through FITD interventions; 12 were closed through business concentrations; 12 were returned to normal business activity; 4 (9.3%) were put in resolution and for one bank (2.3%) voluntary liquidation proceedings were begun. As of 31 December 2016, 2 banks (4.7%) are in special administration. Of the 12 FITD interventions, 7 were paid in operation of transfers of assets and liabilities; 2 required reimbursement of depositors and 3 had support interventions', Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Annual Report 2016*, 111. The total FITD expenditure for the 12 interventions 'was about 1.25 billion euro, of which 743 million euro for interventions to support transfers of assets and liabilities of banks in compulsory liquidation (60%), 429 million euro for support interventions for banks in special administration (34%) and 77 million euro (6%) for depositor payouts', Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Annual Report 2018*, 122. On the role of the FITD in the Italian experience of banking crisis management see CAPOLINO, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in MANCINI, PACIELLO, SANTORO, VALENSISE (curated by), *Regole e Mercato*, Giappichelli, 2016, 625; DONATO, ROTONDI, SCOGNAMIGLIO, *La disciplina europea sulle crisi bancarie: dal modello normativo all'impatto per il sistema bancario italiano*, Banca Impresa Società, Issue N.1, April 2018, 4.

<sup>12</sup> The measure was adopted by the Bank of Italy in line with Article 72 of the Italian Consolidated Law on Banking ('Testo Unico Bancario, TUB). See Banca d'Italia, *Banca Tercas – Cassa di risparmio della provincia di Teramo. Nomina degli organi dell'amministrazione straordinaria*, published on the Italian *Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n° 138*, 15 June 2012, 56. According to the previous version of Article 70 TUB, a bank could be put under special administration by decision of the Ministry of Economy and Finance, following the proposal of the Bank of Italy.

<sup>13</sup> Court of Justice of the European Union, *The General Court annuls the Commission's decision that support measures adopted by a consortium governed by private law for the benefit of one of its members constituted 'aid granted by a State'*, Press release no. 34/19, Luxembourg, 19 March 2019.

of Tercas and a commitment by the FITD to acquire impaired assets.<sup>14</sup> On 29 October 2013, the FITD board decided to intervene in support of Tercas<sup>15</sup> for an amount up to €280 million, which the Bank of Italy subsequently authorized in November 2013. Ultimately, however, the FITD did not undertake the support measure because in March 2014 the due diligence requested by BPB led to a disagreement between the experts of the purchaser and those of FITD.<sup>16</sup>

On 1 July 2014, after the parties reached a settlement on the audit results, the FITD submitted a second request for authorization to the BOI to allow it to adopt a support measure in favour of Tercas. The Bank of Italy authorized the measure on modified terms on 7 July 2014. On 27 July 2014, the Tercas shareholders' meeting decided to increase its capital to €230 million by issuing new ordinary shares, offered exclusively to BPB. On 1 October 2014, the special administration of Tercas came to an end and the BPB appointed new directors and auditors.<sup>17</sup>

## 2.2 *The Commission's Decision on Tercas*

After the start of the dialogue in September 2014 between the DG Competition and the Italian authorities, on 2 March 2015 the Commission notified the Italian Republic about the opening of the infringement procedure laid down in Article 108 (2) TFEU.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> The intervention was based on Article 29 of the FITD's by-laws in force at the time. See Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, Rome, 20 June 2012.

<sup>15</sup> In accordance with Article 96-ter, paragraph 1, d) of the Italian Consolidated Law on Banking (in the version in force at the time of the measure).

<sup>16</sup> 'On 18 March 2014, a due diligence on the assets of Tercas was concluded with a disagreement arising between the experts of the FITD and those of the banking group ('BPB') controlled by the holding company Banca Popolare di Bari S.C.p.A. The issue was settled by the parties agreeing to arbitration by an arbitrator chosen on proposal by the BOI. The due diligence disclosed further impairments of assets', European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, cit., paragraph 20.

<sup>17</sup> On 8 October 2014 the Bank of Italy communicated the official inclusion of Tercas in the BPB Group. See the Annual Report of BPB regarding 2014 (Banca Popolare di Bari, *Relazione e bilancio dell'esercizio 2014*, 18 April 2015, 323). See also Banca Popolare di Bari, *Banca Popolare di Bari, da oggi alla guida di Banca Tercas e Caripe*, Press release, 1 October 2014, available at <https://www.popolarebari.it/content/bpb/it/il-gruppo/news-e-eventi/notizie/guidadibancatercascaripe.html?2017&Comunicati%2520stampa>.

<sup>18</sup> European Commission, *State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) - State support to Banca Tercas – Italy*, Brussels, 27 February 2015.

The EU competition authority opposed the measures adopted by the FITD to facilitate the acquisition of Banca Tercas by BPB,<sup>19</sup> considering them State aid in accordance to Article 107 TFEU and Article 63 of its Banking Communication released in 2013.<sup>20</sup> Despite the arguments presented by the Italian Republic to challenge the EC's interpretation regarding the FITD's support in favor of Tercas,<sup>21</sup> on 23 December 2015 the Commission finally recognized the unlawfulness of the aid granted by Italy on 7 July 2014 as being in breach of Article 108(3) of the TFEU and incompatible with the internal market.<sup>22</sup> The Commission's Decision considered the financial support in favor of Tercas to be State aid because of: 1) the alleged public nature of the resources owned by the scheme; 2) the public mandate exercised by the FITD in the operation and 3) the role played by the Bank of Italy in the approval of the intervention.<sup>23</sup>

The EC based its interpretation on the assumption that, regardless of the private origin of the contributions to FITD,<sup>24</sup> *'resources that remain under public control and are therefore available to the public authorities*

---

<sup>19</sup> 'The modified FITD support intervention authorised by the BOI on 7 July 2014 entails the following measures: 1) a non-repayable contribution of €265 million to cover the negative equity of Tercas; 2) a guarantee of €35 million (for three years) to cover the credit risk associated with certain exposures of Tercas towards [...]; 3) a guarantee of €30 million to cover part of the possible additional cost and losses (of €60 million) associated with the tax treatment of the non-repayable contribution of €265 million', European Commission, *State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) - State support to Banca Tercas – Italy*, cit., paragraph 27. Moreover, the Commission contested the notified provision contained in Article 1, paragraph 627, of the 2014 Stability Law, which provided a tax exemption for the FITD intervention, stating that 'To ensure economic and financial recovery of those subject to special administration, the FITD's support interventions do not constitute taxable income' (paragraph 28).

<sup>20</sup> According to paragraph 63 of the Banking Communication adopted by the Commission in 2013 'Interventions by deposit guarantee funds to reimburse depositors in accordance with Member States' obligations under Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes do not constitute State aid. However, the use of those or similar funds to assist in the restructuring of credit institutions may constitute State aid. Whilst the funds in question may derive from the private sector, they may constitute aid to the extent that they come within the control of the State and the decision as to the funds' application is imputable to the State. The Commission will assess the compatibility of State aid in the form of such interventions under this Communication' (European Commission, *Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis ('Banking Communication')*, Brussels, C 216/15, 30 July 2013).

<sup>21</sup> Italian Ministry of Economy and Finance ('Ministero dell'Economia e delle Finanze', MEF), *Aiuti di Stato - SA.39451 – Commissione europea - Decisione di avvio di istruttoria ex art. 108(2) TFUE - Interventi di sostegno a Banca Tercas – Osservazioni della Repubblica italiana*, published by MEF and available at <http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All. 2 - Memoria Italia.pdf>.

<sup>22</sup> European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, Brussels, C (2015) 9526, 23 December 2015.

<sup>23</sup> ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, Mercato concorrenza regole, XVII, n. 2, August 2015, 324. As highlighted by the CJEU in the Judgment on Tercas (paragraph 70), the Commission did not make an adequate distinction between the notion of 'imputability to the State' of the aid and the notion of 'State resources', which 'are separate and cumulative conditions' to be assessed (Court of Justice of the European Union, *Deutsche Bahn AG v Commission of the European Communities*, Case T-351/02, 5 April 2006, paragraph 103).

<sup>24</sup> European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, cit., paragraph 112.



constitute State resources'.<sup>25</sup> Recalling the leading case *Stardust Marine*,<sup>26</sup> the Commission stated that 'imputability to the State of an aid measure taken by a prima facie independent body which does not itself form part of the State can be inferred from a set of indicators arising from the circumstances of the case'.<sup>27</sup> Therefore, according to the EC, the Italian DGS was entrusted with a public mandate to protect depositors, not only by providing reimbursement in case of liquidation, but also through the power to engage 'in other types and forms of intervention', provided by the Italian legislator,<sup>28</sup> and directed by the Bank of Italy. In order to show the existence of a permanent control of the BOI over the activities carried out by the FITD, the Commission gave relevance to the set of powers conferred to the Bank of Italy by the Italian Consolidated Law on Banking, regarding in particular the BOI's authorization of the FITD's interventions and the approval of its Statute.<sup>29</sup> In this way, the EC highlighted the BOI's attendance as an observer in all meetings of the Board and the Executive Committee of the FITD.<sup>30</sup> Moreover, the competition authority recognized the prerogatives conferred to the special administrator of

---

<sup>25</sup> Ivi, paragraph 113. See Court of Justice of the European Union, *Doux Élevage SNC and Coopérative agricole UKL-ARREE v Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire and Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF)*, Case C-677/11, Luxembourg, 30 May 2013, paragraph 35: '[...] the Court has ruled that Article 107(1) TFEU covers all the financial means by which the public authorities may actually support undertakings, irrespective of whether or not those means are permanent assets of the public sector. Therefore, even if the sums corresponding to the measure in question are not permanently held by the Treasury, the fact that they constantly remain under public control, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorised as State resources [...]'].

<sup>26</sup> Court of Justice of the European Union, *French Republic v Commission of the European Communities*, Case C-82/99, 16 May 2002.

<sup>27</sup> European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, cit., paragraph 116.

<sup>28</sup> '[...] Article 96-bis of the TUB has to be read as the specific definition of the public mandate of protecting depositors as it applies to DGSs recognised in Italy. By including the last sentence in Article 96-bis, paragraph 1, where DGSs 'may engage in other types and forms of intervention' than repayment of depositors, Italy has chosen to allow its recognised DGSs to use the resources collected from member banks for different types of interventions. Therefore, Article 96-bis of the TUB is the basis for recognition of the FITD as a mandatory DGS in Italy and grants the FITD competence to take support intervention measures', European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, cit., paragraph 121.

<sup>29</sup> In line with the principles set out by the CJEU in *Stardust Marine*, the European Commission tried to identify a set of indicators to prove the existence of the BOI's concrete control over the FITD's activities (Decision, paragraph 127). The analysis focused on the powers conferred to the BOI under the previous version of Article 96-ter TUB, and especially: the BOI's authorization of the FITD's interventions (paragraph 1, point d); the duty to coordinate the activity of the guarantee schemes with banking crisis discipline and the supervisory activity (paragraph 1, point b); the provision according to which the BOI "recognises the guarantee systems, approving their Statutes, provided that the systems do not have characteristics which could lead to an unbalanced distribution of insolvency risks on the banking system" (paragraph 1, point a); the power of the BOI to issue provisions implementing the rules set out in section IV of the TUB on DGSs (paragraph 1, point h). As we will see later in the comment, the General Court rejected the arguments of the EC, considering those indicators insufficient to prove the effective control of the Bank of Italy over the FITD interventions.

<sup>30</sup> European Commission, *Decision on the State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Italy for Banca Tercas*, cit., paragraph 129, 131.

the bank, appointed by the BOI, as an indicator of public control. Considering that ‘*only banks under special administration can benefit from the FITD’s support interventions*’ and that only ‘*the special administrator can send the request for an intervention to the FITD*’, the EC concluded that ‘*a public official under the control of the BOI has the power of initiating the FITD intervention measure*’, so every measure deliberated by the FITD must be recognized as directed by the Bank of Italy.<sup>31</sup>

Given the mandatory participation in the FITD for every Italian non-mutual bank<sup>32</sup> and the control exercised by the BOI over the Italian DGS, the Commission recognized the existence of a public mandate for the FITD,<sup>33</sup> so that its actions were ‘*subject to public policy objectives that are specific, fixed and defined by public authorities and controlled by them, notably the public policy objectives of protecting depositors*’<sup>34</sup> and preserving the stability of the financial system.<sup>35</sup> In view of the above, the EC ordered the Italian Republic to recover the incompatible aid from the beneficiary.<sup>36</sup>

### **2.3 The impact of the Decision on the Italian banking system**

Before *Tercas*, the last Decision of the EC on the FITD’s intervention was the approval of the operation carried out by the Italian DGS in favor of Banco

---

<sup>31</sup> Ivi, paragraph 128.

<sup>32</sup> Ivi, paragraph 132 – 137.

<sup>33</sup> ‘Accordingly, the Commission concludes that Italy constantly control whether the use of the FITD’s resources is consistent with the public policy objectives and influence the FITD on the use of the latter’s resources, in principle and in practice in the case at issue’, Ivi, paragraph 138.

<sup>34</sup> Ibid, 140.

<sup>35</sup> Ibid, paragraph 141. The EC stressed the contrast between the FITD’s intervention and the situation analysed by the CJEU in *Doux Elevages* (Court of Justice of the European Union, *Doux Élevage SNC and Coopérative agricole UKL-ARREE v Ministère de l’Agriculture, de l’Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l’Aménagement du territoire and Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF)*, cit.). In the case, the Court was asked to decide whether the decision of a public authority to extend to all traders in an agricultural industry an inter-trade agreement, which introduced the levying of a contribution on a compulsory basis, constituted State aid. Considering that those contributions remained ‘private in nature throughout their lifecycle’ (paragraph 32) and that the legislation did not ‘confer upon the competent authority the power to direct or influence the administration of the funds’ (paragraph 38), the Court concluded that the decision did not constitute State aid (paragraph 45).

<sup>36</sup> Ivi, paragraph 236. In this section, we focused our analysis on the arguments of the Commission referring to the imputability to the State of the FITD’s intervention, with the aim of highlighting the main passages considered by the CJEU Judgment in the *Tercas* case. However, in line with Article 107 TFEU according to which ‘any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market’ (Decision, paragraph 110), the EC completed the assessment on the existence of a State aid, showing that: 1) ‘[T]he support interventions implemented by the FITD provided a selective advantage to *Tercas* and [...] were not carried out by the FITD acting in the capacity of a market economy operator (paragraph 149); 2) ‘the advantages conferred on *Tercas* by the interventions of the FITD distort competition by avoiding bankruptcy and market exit of *Tercas*’ which ‘[...] is in competition with foreign undertakings, so that trade between Member States is affected’ (paragraph 159).

di Sicilia and Sicilcassa.<sup>37</sup> In that case, even though many of the FITD members were state-owned banks, the EC denied that the aid could be imputed to the Italian Republic, noting that ‘*private-sector banks accounted for a majority of the votes of the FITD board on the date of the decision in question*’.<sup>38</sup> Moreover, the European competition authority recognized the autonomy and the independence of the FITD, excluding the existence of any public control over the operation. Therefore, the attendance of a Bank of Italy representative at the meetings of the FITD’s Board of Directors, with no right to vote, was deemed to be of no relevance at all.<sup>39</sup> Thus, the Commission concluded that the contribution granted by Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi ‘[...] towards the liquidation of Sicilcassa to cover part of the losses resulting from the transfer to Banco di Sicilia of the assets and liabilities of Sicilcassa’ did not constitute State aid within the meaning of Article 87(1) of the EC (Article 107 of the Lisbon Treaty).<sup>40</sup>

For these reasons, the Commission’s Decision on *Tercas* represented an unprecedented and troubling outcome for the Italian banking system, which at the time was facing the crisis of four regional banks, namely Cariferrara, Banca Etruria, Banca delle Marche and Carichiati.<sup>41</sup>

First, it required the Italian Republic to recover the ‘aid’ and forced the FITD to create a voluntary scheme (‘Schema volontario’)<sup>42</sup> that is financed by most of the Italian banks to provide BPB with financial support for its acquisition

---

<sup>37</sup> European Commission, *Commission decision conditionally approving the aid granted by Italy to the public banks Banco di Sicilia and Sicilcassa*, C (1999) 3865, 10 November 1999. The action involved the liquidation of Sicilcassa, placed under special administration, and the transfer of its assets and liabilities to Banco di Sicilia, with the financial support of the FITD. The package of measures in support of the transfer included a contribution from the FITD to absorb up to ITL 1,000 billion of the losses incurred by Sicilcassa and the subscription of its capital by Mediocredito Centrale, which became its majority shareholder.

<sup>38</sup> Ivi, paragraph 39.

<sup>39</sup> ARGENTATI, cit., 323.

<sup>40</sup> European Commission, *Commission Decision conditionally approving the aid granted by Italy to the public banks Banco di Sicilia and Sicilcassa*, cit., Article 1.2.

<sup>41</sup> Senato della Repubblica - Camera dei Deputati, *Audizione del Professor Salvatore Maccarone, Presidente del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Rome, 13 December 2017, 10.

<sup>42</sup> The Voluntary Intervention Scheme was established with a separate management, but relies on the FITD’s administrative bodies. The Scheme is governed by Title II of the FITD’s Statute, and is financed by a group of banks representing 84.4% of the FITD’s member banks and 96.1% of the FITD’s covered deposits (31 December 2017). Since its creation, the Voluntary Scheme has intervened in favor of Tercas (€272 million), Cassa di Risparmio di Cesena (€280 million), Cassa di Risparmio di Rimini e di San Miniato (FITD – Voluntary Intervention Scheme, *Annual report and financial statement of 2017*, 11-12) and finally Cassa di Risparmio di Genova (€320 million, Banca Carige, *Banca Carige approva i risultati consolidati al 30 settembre 2018 e le misure di ripatrimonializzazione*, Press release, Genoa, 12 November 2018, p 3). Information on the Voluntary Intervention Scheme is available at [https://www.fitd.it/Schema\\_volontario/Lo\\_schema\\_volontario\\_di\\_intervento](https://www.fitd.it/Schema_volontario/Lo_schema_volontario_di_intervento).

of Tercas, as explicitly suggested by the European Commission in its dialogue with the Italian Ministry of Economy and Finance.<sup>43</sup>

Second, since they were unable to rely on the FITD, the national authorities were forced to move up the implementation of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)<sup>44</sup> in order to take advantage of its resolution tools and to avoid that the orderly liquidation procedures would have a negative impact on savers' confidence and financial stability.<sup>45</sup> Unfortunately the efforts made by the Italian institutions were in vain. Indeed, shareholders and subordinated bondholders getting caught up in the crisis and the several cases of mis-selling that came to light after the bank resolutions undermined the confidence of the public in the stability of the Italian banking system.<sup>46</sup> In this sense, there was no

---

<sup>43</sup> 'If [...] the use of the deposit guarantee scheme would not be assessed as State aid, and instead would be assessed as a purely private intervention, it would not trigger resolution under the Bank Recovery and Resolution Directive. We consider that Article 11(3) of the Deposit Guarantee Scheme Directive is not deprived of its *'effetto utile'*. Commission services have provided guidance to you officials on how such an intervention could be structured', European Commission, *Letter of Lord Jonathan Hill (Commissioner for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets) and Margrethe Vestager (Commissioner for Competition) to the Italian Minister of Economy and Finance*, 19 November 2015. On this point, see MACCARONE, *La gestione delle crisi bancarie tra Diritto Europeo e Norme Interne*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Issue N. 1, 2018, 21.

<sup>44</sup> Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, 15 May, 2014. The Directive was implemented with the adoption of Legislative Decrees n. 180/2015 and 181/2015 (*Gazzetta Ufficiale – Serie Generale* n. 267, entered into force on 16 November 2015). After the approval of the Commission (European Commission, *State aid: Commission approves resolution plans for four small Italian banks Banca Marche, Banca Etruria, Carife and Carichieti*, Press release, 22 November 2015) the resolution of the regional banks was arranged with the adoption of the Legislative Decree n. 183/2015, with the institution of the Italian National Resolution Fund ('Fondo nazionale di risoluzione') and the transfer of the assets to the newly constituted bridge-banks. Information on the resolution of the four regional banks is available at <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/soluzione-della-crisi-di-quattro-banche-in-amministrazione-straordinaria/>.

<sup>45</sup> Camera dei Deputati, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano - Audizione di Carmelo Barbagallo Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria*, Banca d'Italia, Roma, 9 December 2015, 9. See also Rossi, *La disciplina 'emergenziale' delle crisi bancarie in Italia: dal decreto 'salva banche' al decreto 'salva risparmio'. Quale protezione per i risparmiatori?*, Amministrazione in cammino, 30 May 2017, 8.

<sup>46</sup> Among many, see Reuters, *Italian bank rescue leaves bitter families marooned*, 21 December 2015; Bruegel, *Hard times for Italian banks*, 17 February 2016, available at <http://bruegel.org/2016/02/hard-times-for-italian-banks/>. On the contrary, for an analysis on the resilience and solidity of the Italian banking system after the rescue operations, see PADOAN, *The Italian banking system at a turning point – The Italian View*, OECD, 27 September 2017, available at <https://oecdecoscope.blog/2017/09/27/the-italian-banking-system-at-a-turning-point-the-italian-view/>.

alternative way of managing without the consent of the European Commission, as repeatedly pointed out by the Italian authorities.<sup>47</sup>

The Commission's new approach to State-aid regulation in the banking sector, foreshadowed by the Banking Communication in 2013,<sup>48</sup> followed on from the introduction of the BRRD and Directive 2014/49/EU, which were a reaction to the massive injection of public resources into distressed credit institutions by the EU Member States during the entire financial crisis.<sup>49</sup> In the view of the Commission,<sup>50</sup> the recognition of the FITD's intervention as State aid was necessary to guarantee the consistency of the DGSs' role with the resolution procedure and the effectiveness of the new framework. Indeed, in the interpretation proposed by the EC, the assistance provided by DGSs can constitute '*extraordinary public financial support*' to '*preserve or restore the viability, liquidity or solvency of an institution*' and that is required to trigger the resolution of the beneficiary institutions, in line with Article 32 (4)(d) of the BRRD.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> In the words of the Bank of Italy's Governor "[V]a sottolineato che se questo intervento fosse stato ugualmente attuato senza il preventivo via libera della Commissione Europea e confidando in un giudizio favorevole della Corte di Giustizia, ciò avrebbe imposto, ai sensi delle norme contabili, l'effettuazione di accantonamenti prudenziali di ammontare pari all'intervento, in relazione al rischio di contenzioso che si sarebbe instaurato, così vanificandone l'effetto; gli intermediari disposti a sottoscrivere aumenti di capitale non sarebbero comunque intervenuti per i fattori di incertezza e di rischio legale. La BCE, quale Autorità competente, non avrebbe autorizzato le operazioni mancando il consenso della Commissione Europea', Senato della Repubblica, *Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario italiano e la tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, la risoluzione delle crisi e la garanzia dei depositi europee - Audizione del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco*, Roma, 19 April 2016, 14. See also Italian Ministry of Economy and Finance, *Aiuti di Stato, risoluzioni bancarie e FITD*, 23 December 2015, available at [http://www.mef.gov.it/inevidenza/article\\_0184.html](http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0184.html).

<sup>48</sup> European Commission, *Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis* ('Banking Communication'), cit. see RULLI, *Il 'finanziamento' della risoluzione tra stabilità e aiuti di Stato*, in *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2017, 138. On the evolution of the Commission State aid policy during the financial crisis, see PIERNAS LOPEZ, *The Concept of State Aid under EU Law. From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, 2015, 221 ff; MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in SANTORO, CHITI, *L'Unione bancaria europea*, Pacini Giuridica, 2016, 291 ff.

<sup>49</sup> CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in CESARINI, *I crediti deteriorati nelle banche italiane*, Giappichelli, Torino, 2017, 91.

<sup>50</sup> As clarified in the Commission Decision opening the investigation procedure '[...] statutory DGSs are extremely likely to grant State aid when they intervene to prevent the failure of a credit institution, given that they act under a public mandate of the Member State and remain under the control of the public authority' (European Commission, *Decision to initiate the formal investigation procedure*, State aid SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) - State support to Banca Tercas – Italy, 27 February 2015, paragraph 44.

<sup>51</sup> Directive 2014/59/EU, Article 32 (4)(d).

The Italian Republic, BPB and the FITD, with the intervention of the Bank of Italy, challenged the Commission's position.<sup>52</sup> The applicants brought actions for annulment against the Decision, alleging the infringement of Article 107 TFEU for the erroneous reconstruction of the facts concerning: 1) the public nature of the resources; 2) the imputability to the State of the contested measures; 3) the granting of a selective advantage and 4) the assessment of the compatibility of the alleged State aid with the internal market.

### ***3. The Judgment of the Court in Case T-98/16. Italian Republic and Others v European Commission***

On 19 March 2019 the General Court finally issued the judgment in Joined Cases T-98/16, T-196/16 and T-198/16.<sup>53</sup>

#### ***3.1 Notion of State aid according to CJEU case law***

In the judgment, the Court started its analysis noting that, to be classified as 'State aid' within the meaning Article 107(1) TFEU, a measure must be granted directly or indirectly through State resources and must be attributable to the State.<sup>54</sup> In this sense, it is irrelevant if the aid is granted by public or private bodies established or designated by the State with the mandate to administer it,<sup>55</sup> because EU law cannot allow State aid rules to be circumvented '*merely through*

---

<sup>52</sup> Court of Justice of the European Union, *Action brought on 4 March 2016 — Italy v Commission*, Case T-8/16, published on the Official Journal of the European Union, 25 April 2016; Court of Justice of the European Union, *Action brought on 29 April 2016 — Banca Tercas v Commission*, Case T-196/16, 20 June 2016; Court of Justice of the European Union, *Action brought on 1 May 2016 — Interbank Deposit Protection Fund v Commission*, Case T-198/16, 20 June 2016. The Bank of Italy has intervened in the procedure supporting the action brought against the Commission by the Italian Republic, in line with Article 40 (2) of the Statute of the Court of Justice.

<sup>53</sup> Court of Justice of the European Union, *Italian Republic and Others v European Commission*, Joined Cases T-98/16, T-196/16 and T-198/16, Luxembourg, 19 March 2019. From now on, the reference will be to 'Tercas'.

<sup>54</sup> *vi*, paragraph 63. As repeatedly stated by the CJEU '[...] only advantages granted directly or indirectly through State resources are to be considered as State aid [...]. The distinction made in that provision between aid granted 'by a Member State' and aid granted 'through State resources' does not signify that all advantages granted by a State, whether financed through State resources or not, constitute aid but is intended merely to bring within that definition both advantages which are granted directly by the State and those granted by a public or private body designated or established by the State' (Court of Justice of the European Union, *Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal*, C-189/91, 30 November 1993, paragraph 16; Court of Justice of the European Union, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG v Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, C-72/91, 17 March 1993, paragraph 19). See R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2015, 764.

<sup>55</sup> *Ivi*, paragraph 64. See Court of Justice of the European Union, *ENEA S.A. v Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, Case C-329/15, 13 September 2017, paragraph 23. See also paragraph 23 of the Opinion of Advocate General H. Saugmandsgaard Øe in the case, released on 13 September 2017. From now on, the reference will be to 'ENEA'.

*the creation of autonomous institutions charged with allocating aid*'.<sup>56</sup> However, even if the State is in a position to control an undertaking and to exercise a dominant influence over its operations, it cannot be automatically presumed that this control is actually exercised in a particular case. Thus, when considering aid granted by a private body with autonomous powers over the use of its resources, the Commission faces an even greater burden to prove the existence of actual public control over the use of the resources and to show that the entity's activities are imputable to the State.<sup>57</sup> Indeed, the Commission must adequately prove not only that the State had, in general, the power to exercise a dominant influence in granting the aid, but also that the public authority had specifically exercised that power in the adoption of the contested measure.<sup>58</sup> Therefore, the Court focuses on: a) the elements considered by the Commission to show that the aid was imputable to the Italian Republic and b) the EC's indicators for demonstrating that the public authorities exercised control over the resources used by the FITD in the measure adopted for the benefit of Tercas.<sup>59</sup>

### ***3.2 Imputability to the Italian Republic of the measures***

In order to assess the imputability of the measure to the State, the Court examined whether the public authorities were involved in the financial support granted to Tercas.<sup>60</sup>

Recalling *Stardust Marine*, the Court considered that imputability of an aid measure to the State can be inferred from a set of indicators in the case capable of proving that the public authorities were involved in the adoption of the measure.<sup>61</sup> Given the greater independence of private entities in comparison with public

---

<sup>56</sup> Ivi, paragraph 65. See Court of Justice of the European Union, *French Republic v Commission of the European Communities*, cit., paragraph 23. From now on, the reference will be to 'Stardust Marine'.

<sup>57</sup> Tercas, paragraph 67. The CJEU recalls *Stardust Marine*, paragraph 52: '[...] A public undertaking may act with more or less independence, according to the degree of autonomy left to it by the State. [...] Therefore, the mere fact that a public undertaking is under State control is not sufficient for measures taken by that undertaking, such as the financial support measures in question here, to be imputed to the State. It is also necessary to examine whether the public authorities must be regarded as having been involved, in one way or another, in the adoption of those measures'.

<sup>58</sup> Tercas, paragraph 69.

<sup>59</sup> Ivi, paragraph 70

<sup>60</sup> Ivi, par 83.

<sup>61</sup> '[...] like the fact that the body in question could not take the contested decision without taking account of the requirements of the public authorities. Other indicators might, in certain circumstances, be relevant in concluding that an aid measure taken by a public undertaking is imputable to the State, such as, in particular, its integration into the structures of the public administration, the nature of its activities and the exercise of the latter on the market in normal conditions of competition with private operators, the legal status of the undertaking (in the sense of its being subject to public law or ordinary company law), the intensity of the supervision exercised by the public authorities over the management of the undertaking, or any other indicator showing, in the particular case, an involvement by the public authorities in the adoption of a measure or the unlikelihood of their not being involved, having regard also to the compass of the measure, its content or the conditions which it contains', *Stardust Marine*, paragraph 55, 56. See *Tercas*, paragraph 84, 85.

undertakings owned by the State,<sup>62</sup> in was not enough for the Commission in its assessment of the imputability to the State to prove that the absence of influence by the State was unlikely.<sup>63</sup> Instead, the EC had the even greater burden to provide evidence of actual control exercised by the Italian Republic over the FITD's intervention.<sup>64</sup>

For those reasons, the Courts analysed the indicators provided by the Commission in the Decision, regarding (i) the scope of the public mandate entrusted to FITD; (ii) the autonomy of FITD when deciding on the measure and (iii) the financing of the measure using State resources.

### **(i) *The scope of the public mandate entrusted to the FITD***

In their defence, the applicants claimed the absence of any public mandate regarding alternative forms of intervention, stating that Article 96-*bis* of the Italian Consolidated Law on Banking provided the FITD only with a duty to cover depositors in case of orderly liquidation.<sup>65</sup> In particular, they supported the complete autonomy and independence of the FITD's members in deciding: 1) if the FITD should have the power to intervene with alternative measures in favour of any member;<sup>66</sup> 2) if the FITD should intervene specifically in favour of Tercas. In this sense, they concluded that, apart from the obligation to cover depositors, any operation of the DGS was carried out only in the interest of the FITD's members.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> *Tercas*, paragraph 88. See Commission Directive 2006/111/EC on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings, 16 November 2006: "public undertakings" means any undertaking over which the public authorities may exercise directly or indirectly a dominant influence by virtue of their ownership of it, their financial participation therein, or the rules which govern it", Article 2, letter b).

<sup>63</sup> Ivi, paragraph 89. The wording of the judgment, composed in a double negative expression, requires the EC to demonstrate the effectiveness of the State influence, as highlighted by Nicolaidis: "[...] the Court intended to raise the standard of proof and make it harder for the Commission to prove the actual involvement of the state" (NICOLAIDES, *The Boundary between State and Private Resources*, 9 April 2019, available at <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9479>).

<sup>64</sup> *Tercas*, paragraph 90. See CRAIG, DE BURCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2015, 1137.

<sup>65</sup> *Tercas*, paragraph 94. See also Italian Republic, *Aiuti di Stato - SA.39451 - Commissione europea - Decisione di avvio di istruttoria ex art. 108(2) TFUE - Interventi di sostegno a Banca Tercas - Osservazioni della Repubblica italiana*, published by the Italian Ministry of Economy and Finance, and available at [www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All. 2 - Memoria Italia.pdf](http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/All. 2 - Memoria Italia.pdf)

<sup>66</sup> As highlighted by the Bank of Italy in its defence, Directive 94/19/EC did not contain any provision regarding alternative measures to be adopted by national DGSs. The Italian legislator provided the FITD only with the possibility to use its resources to grant financial support in favour of members in difficulty, without any requirements regarding the way such intervention needed to be done. In this respect, the FITD's Statute autonomously allowed the DGS to intervene with: 1) alternative measures to the reimbursement of depositors, taken after the opening of an orderly liquidation (Article 28) and 2) preventive measures, taken during the special administration of the bank in order to prevent its liquidation, such as the ones adopted in the Tercas operation (Article 29; see Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, Rome, February, 2014, in force at the time of the intervention).

<sup>67</sup> Ivi, paragraph 95.



In line with the applicants' interpretation, the Court observes that alternative measures are adopted by the DGS only to avoid the financial consequences of reimbursing depositors in case of an orderly liquidation. Indeed, according to Article 29 of the FITD's Statute, two cumulative conditions need to be met when deciding on an alternative measure: 1) first, there must be a concrete chance of restoring the viability of the beneficiary bank under special administration; 2) second, the intervention must respect the 'least cost' principle, so that the cost of the measure must be less than the cost the FITD would bear if the depositors are reimbursed.<sup>68</sup> In the view of the Court, the 'least cost' principle confirms that alternative measures are adopted only in the interest of the FITD's contributors, because it precludes intervention in case of a more expensive action, even if it could protect depositors' savings above the €100,000 coverage limit.<sup>69</sup> Moreover, the fact that members' private interest might coincide with the public interests of depositor protection and financial stability cannot, in itself, constitute proof of any involvement by the public authorities in the adoption of the contested measure, as affirmed by the Commission.<sup>70</sup>

The CJEU continued its analysis by considering whether any provision of Italian law entrusted the FITD with a public mandate to intervene with alternative measures. The Court stated firmly that Article 96-*bis* of the Italian Consolidated Law on Banking exclusively provided the DGS with an obligation to reimburse depositors in case of an orderly liquidation, so that no public mandate is conferred on the DGS regarding the adoption of alternative measures. Moreover, no provision obliges the FITD to carry out such interventions in any form, given that it is an autonomous choice of the members to decide if, when and how financial support in the way of an alternative measure can be granted.<sup>71</sup> In approving the FITD's Statute, the member banks have allowed the FITD to intervene in favour of the beneficiary under special administration when such intervention is likely to restore the viability of the financial institution, and only in accordance with the 'least cost' principle.<sup>72</sup> In the view of the General Court, the fact that the Bank of Italy approves the FITD's Statute is not an indicator of the BOI's control over its

---

<sup>68</sup> Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, Rome, February, 2014, Article 29, paragraph 1. The principle has been confirmed by Directive 2014/49/EU, which states that 'Member States may allow a DGS to use the available financial means for alternative measures in order to prevent the failure of a credit institution provided that [...] the costs of the measures do not exceed the costs of fulfilling the statutory or contractual mandate of the DGS' (Article 11 (1), letter c).

<sup>69</sup> *Tercas*, paragraph 97.

<sup>70</sup> *Ivi*, paragraph 99. See Court of Justice of the European Union, *Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE) and Sace BT SpA v European Commission*, C-472/15, 23 November 2017, paragraph 26: '[...] la circostanza che, in certi casi, gli obiettivi di interesse pubblico concordino con l'interesse dell'impresa pubblica non fornisce, di per sé sola, alcuna indicazione circa l'eventuale coinvolgimento o assenza di coinvolgimento dei poteri pubblici, in un modo oppure in un altro, nell'adozione della misura di cui trattasi'.

<sup>71</sup> *Tercas*, paragraph 103.

<sup>72</sup> *Ivi*, paragraph 104. In the wording of Article 29 of the FITD's Statute the Scheme 'può disporre interventi di sostegno della consorziata in amministrazione straordinaria quando sussistano prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere rispetto a quello riveniente dall'intervento in caso di liquidazione'.

activities. Indeed, in the exercise of its supervision prerogatives, the Bank of Italy approves the by-laws of every Italian credit institution so the power conferred to the BOI by the Italian Consolidated Law on Banking cannot represent a suitable element for challenging the FITD's autonomy in adopting alternative measures.<sup>73</sup> For these reasons, the FITD was not carrying out any public mandate through the measure in favour of Tercas.<sup>74</sup>

**(ii) *The autonomy of the FITD when deciding on the intervention***

With regard to the DGS's autonomy in adopting the measures, the applicants claimed that: 1) the intervention was decided by the administrative bodies of the FITD, in line with the procedures set out in the Statute;<sup>75</sup> 2) in the context of the special administration, the administrator is entrusted with the same powers as the previous directors of the bank;<sup>76</sup> 3) the BOI attended the FITD's management body meetings only as an observer, with no right to vote and no ability to influence the decision-making of the DGS;<sup>77</sup> 4) the invitation expressed by the BOI to the DGS to find a balanced solution for the transaction with BPB could not constitute an indicator of the public authorities' control over the FITD's action;<sup>78</sup> 5) the BOI's authorization of the FITD's intervention represents just one of the supervisory powers conferred on the Bank of Italy in order to safeguard the sound and prudent management of the banks and does not undermine the autonomy of the supervised banks.<sup>79</sup>

In its decision, the Court supports all of the applicants' arguments. As a premise, the CJEU underscores that the FITD is a private consortium of banks, which acts on behalf and in the interest of its members.<sup>80</sup> Moreover, its administrative bodies, composed of the banks' representatives, are all elected by the DGS's general meeting.<sup>81</sup> Thus, no systematic relationship or any integration with public administration structures can be found.<sup>82</sup> Given this context, it is necessary to assess whether the indicators of the BOI's control over the FITD offered by the Commission are sufficient and adequate.

In considering the BOI's authorization of the FITD's measure, the CJEU recognizes that the power to approve the financial support granted by the DGS

---

<sup>73</sup> Ivi, paragraph 105.

<sup>74</sup> Ivi, paragraph 106.

<sup>75</sup> Ivi, paragraph 107.

<sup>76</sup> Ivi, paragraph 108.

<sup>77</sup> Ivi, paragraph 109.

<sup>78</sup> Ivi, paragraph 110.

<sup>79</sup> Ivi, paragraph 111.

<sup>80</sup> According to Article 4 (2) of the FITD's Statute 'Il Fondo effettua gli interventi per conto e nell'interesse delle consorziate' (Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, February, 2014).

<sup>81</sup> Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, cit., Article 11.

<sup>82</sup> *Tercas*, paragraph 113.

must only be view as one of the supervisory prerogatives conferred on the BOI, to safeguard the sound and prudent management of the banks and the stability of the financial system.<sup>83</sup> Therefore, the approval of the FITD's measures is just one of the BOI's wide range of powers, such as granting authorization for the acquisition of shares of another bank.<sup>84</sup> In providing authorization, the BOI's only goal is to assess the measure's compliance with the regulatory framework in order to evaluate whether it will effectively protect depositors and guarantee financial stability.<sup>85</sup> Thus, the Bank of Italy has no power to order that a measure be adopted or carried out and this is proven by the fact that, after it received authorization, the FITD decided ultimately to not undertake the first support measure in favor of Tercas.<sup>86</sup> In fact, when the administrative bodies of the DGS unanimously approved the assistance for Tercas for the second time on 30 May 2014 the BOI repeated its full approval of the intervention. In view of the foregoing, the CJEU deems that the Bank's authorization of the financial support does not constitute a suitable indicator to prove the imputability of the measure to the State.<sup>87</sup>

Furthermore, the Court rejects the arguments that the BOI could exercise control over the DGS activities by attending the meetings of the FITD's management bodies as an observer.<sup>88</sup> Indeed, Article 13 (6) and Article 16 (3)<sup>89</sup> state that the BOI's representatives attend those sessions only as observers, without any right to vote. Moreover, the Commission failed to prove that the representatives actively influenced the decision to intervene in favor of Tercas. In fact, the minutes of the meetings show that the BOI's delegates played a merely passive role in the discussion of the measures to be adopted.<sup>90</sup> Therefore, the satisfaction expressed in the meeting of 30 May 2014 by the BOI's delegate<sup>91</sup> regarding the way the crisis of Tercas was carefully handled by the FITD does not constitute an element proving the existence of the BOI's influence over the DGS's intervention.

---

<sup>83</sup> Article 5 of the Italian Consolidated Law on Banking.

<sup>84</sup> Article 19 of the Italian Consolidated Law on Banking.

<sup>85</sup> *Tercas*, paragraph 116. In the exercise of its supervisory powers, the Bank of Italy cannot assess the merits of the business decisions autonomously made by the credit institutions. The BOI only has the duty to assess if those decisions can undermine the sound and prudent management of the banks, or if they can endanger the stability of the banking sector, in line with Article 5 of the Italian Consolidated Law on Banking (as highlighted by the Bank of Italy in its defense).

<sup>86</sup> *Ivi*, paragraph 119.

<sup>87</sup> *Ivi*, 120.

<sup>88</sup> *Tercas*, paragraph 121.

<sup>89</sup> In the precise wording of the FITD's Statute '[A]lle riunioni del Consiglio partecipa con voto consultivo il Direttore Generale, e assistono i revisori e presenza un delegato della Banca d'Italia' (Article 13.6) and '[A]lle riunioni del Comitato di Gestione partecipa, con voto consultivo, il Direttore Generale, assistono i Revisori e presenza un delegato della Banca d'Italia' (Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, February, 2014, cit.). It must be emphasized that the decision to allow the BOI's representatives to attend the management bodies' meetings was made autonomously by the FITD's members. Indeed, no provision of the Italian Consolidated Law on Banking requires such participation.

<sup>90</sup> *Tercas*, paragraph 123.

<sup>91</sup> The minutes of the FITD's Board clearly show nothing more than a cooperative relationship between the DGS and the BOI in defining the financial support, which is not surprising given the role of the Bank of Italy in supervising the Italian banking sector.

In line with these considerations, the Court also rejects the argument proposed by the Commission, according to which the Bank of Italy influenced the negotiations between the FITD, BPB and the special administrator of Tercas. In this respect, the CJEU recognizes that it is usual and necessary for the supervisory authorities to keep in contact with banks involved in such complex operations in order to be kept constantly informed of developments and to be ready in case authorization for the measure deliberated by the FITD must be quickly granted.<sup>92</sup>

Any invitation to the interested banks to find a balanced solution for the acquisition must be considered a mere wish expressed by the BOI, with no binding effects on the FITD's activities.<sup>93</sup>

Finally, the special administrator's power to ask for the intervention of the FITD is not a suitable indicator of the alleged control exercised by the public authorities over the DGS.

In this regard, the FITD can grant financial support only in favor of banks under special administration.<sup>94</sup> According to the Italian Consolidated Law on Banking, the Ministry of Economy and Finance may decide to put a credit institution under special administration on a proposal of the Bank of Italy, which also appoints the special administrator.<sup>95</sup> The CJEU recognizes that the special administrator is entrusted with the same administrative powers conferred on the managing bodies that are removed and exercises them in the interest of the depositors. Those powers are private in nature.<sup>96</sup> The administrator can ask the FITD to grant financial assistance in favor of the bank under special administration. However, the FITD is not obliged to intervene nor is assistance exclusively dependent on the administrator making a request. In fact, as stated in its defense, the FITD can autonomously decide to provide financial support when the conditions set out in Article 29 of its Statute are met.<sup>97</sup> Moreover, the Commission failed to prove that the administrator's request for intervention was ordered by the Bank of Italy. Instead, the facts show that the operation came about in response to the initial proposal of BPB, which saw the FITD's assistance as a condition for carrying out the acquisition of Tercas.<sup>98</sup> Finally, it is worth noting that, in transposing the BRRD provisions regarding temporary administration,<sup>99</sup> the revised version of Article 72 of the Italian Consolidated Law on Banking did not alter the nature and the prerogatives of the special administrator, as described above.<sup>100</sup>

---

<sup>92</sup> *Tercas*, paragraph 126.

<sup>93</sup> *Ivi*, paragraph 127.

<sup>94</sup> Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, February, 2014, cit., Article 29 (1).

<sup>95</sup> In accordance to the previous version of Article 70 of the Italian Consolidated Law on Banking.

<sup>96</sup> *Tercas*, paragraph 129.

<sup>97</sup> *Ivi*, paragraph 130.

<sup>98</sup> *Ivi*, paragraph 131.

<sup>99</sup> See in particular the provisions set out in Article 29 ('Temporary administrator') of the BRRD.

<sup>100</sup> According to the new version of Article 72 TUB, the Bank of Italy is entrusted with the exclusive power to remove the governing bodies of the bank and to nominate the special administrators and the supervisory committee.

For all the above mentioned reasons, the Commission failed to prove that the Italian authorities were involved in the adoption of the contested measure. Consequently, the financial assistance granted by the FITD in favor of Tercas cannot be considered imputable to the Italian Republic.<sup>101</sup>

### ***3.3 The financing of the intervention through state resources***

Finally, the Court considered whether the FITD's financial support was granted through State resources. As a premise, the CJEU stated that, according to Article 107 TFEU, the notion of 'State resources' is intended to cover, in addition to advantages granted directly by the State, those granted through a public or private body appointed or established by that State to administer the aid. Furthermore, in accordance with the Court's settled case law, Article 107(1) TFEU covers all the financial means by which the public authorities may actually support undertakings. Thus, even if the sums used are not permanently held by the Treasury, the fact that they constantly remain under public control, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorised as 'State resources'.<sup>102</sup> In this sense, in *European Commission v TV2/Danmark A/S*, the Court considered the revenues administered by three public undertakings owned by the Danish State as state resources because the contested revenues were constantly under public control and at the disposal of the State, which could decide how they were to be used.<sup>103</sup>

In its decision on *Tercas*, the Commission identified the FITD's support as granted through State resources in light of three indicators: 1) the alleged public mandate entrusted to the DGS; 2) the supposed control exercised by the Italian public authorities over the FITD's resources; 3) the assumed mandatory contributions of the FITD's members to the DGS. Regarding the first two indicators, the Court recalled the arguments presented in the previous sections of the decision in order to deny the imputability to the Italian Republic of the financial assistance.<sup>104</sup> Considering the third point, the EC inferred the mandatory nature of the contributions stating that the FITD's members are *de facto* forced to participate in the Scheme, without having any possibility of vetoing the FITD's decisions.<sup>105</sup>

In the judgment, as a premise, the General Court recognized the entirely private nature of the FITD's resources, which come from the contributions

---

<sup>101</sup> Ivi, paragraph 132.

<sup>102</sup> *Tercas*, paragraph 133 -136.

<sup>103</sup> Court of justice of the European Union, *European Commission v TV2/Danmark A/S*, Case C-656/15, 9 November 2017, paragraphs 49-53. See also the Opinion of Advocate General Wathelet on the case, delivered on 30 May 2017.

<sup>104</sup> *Tercas*, paragraph 140-149.

<sup>105</sup> Ivi, paragraph 150.

made to the DGS by its members.<sup>106</sup> In this regard, the most relevant finding of the Court is that the FITD's members did not have any obligation to fund the assistance to Tercas. As recognized by the CJEU, at the time of the measure the DGS was financed through *ex post* payments. Thus, while the members' contributions went into the FITD's budget, the alternative measures were funded from 'advances' to the DGS, specifically granted for the operation.<sup>107</sup> Moreover, in line with its Statute, the FITD deliberated the intervention only after the release of the auditors' report, requested to assess the compliance of the financial support with the 'least cost' principle.<sup>108</sup> Further, the decision was taken unanimously by the FITD's governing bodies and was binding on all the members, according to the Statute approved by members of the consortium.

In view of the foregoing, the conclusions of the CJEU were that the FITD's assistance resulted from an expressed will of its members, autonomously deciding: 1) to entrust the DGS with the power to carry out alternative interventions; 2) to finance the assistance specifically granted to Tercas, pursuing their own private interest in avoiding the more expensive reimbursement of depositors in case of an orderly liquidation.<sup>109</sup>

In view of the above, the EC did not sufficiently prove that the resources were under the control and at disposal of the Italian public authorities. In particular, the Commission gave no evidence of the fact that, even though the FITD's resources were certainly private and administered by the governing bodies of the consortium, the Italian Republic had exercised a dominant influence over the DGS in providing financial support to Tercas.<sup>110</sup>

For these reasons, given the fact that the Commission failed to prove that the measure was imputable to the State and financed through State resources, the Court annulled the contested decision without assessing the other conditions provided by Article 107 TFEU, and ordered the EC to pay the costs of the proceedings.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> In the wording of the Statute in force at the time '[I]l Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi è un consorzio di diritto privato tra banche, avente lo scopo di garantire i depositanti delle consorziate. Le risorse finanziarie per il perseguimento delle finalità del Fondo sono fornite dalle consorziate' (Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, *Statuto*, February, 2014, cit., Article 1.1).

<sup>107</sup> *Tercas*, paragraph 153. According to Article 21(2) of the FITD's Statute: 'Le risorse richieste per gli interventi costituiscono anticipazioni al mandatario e debbono essere somministrate al Fondo nei modi e nei tempi determinati dal Comitato di Gestione'.

<sup>108</sup> *Ivi*, paragraph 155.

<sup>109</sup> *Ivi*, paragraph 159.

<sup>110</sup> *Ivi*, paragraph 161.

<sup>111</sup> *Ivi*, paragraph 162.

## 4. Conclusion

### 4.1 State Aid and the Judgment in *Tercas*

The General Court's decision on *Tercas* represents a landmark judgment because it is the first ruling regarding the role of DGSs in banking crisis after the introduction of the BRRD and Directive 2014/49 on deposit guarantee schemes.

It is worth noting that the General Court ordered the annulment of the EC's decision based on the same principles references by the Commission in denying the FITD's measure for the benefit of *Tercas*.

Regarding the imputability to the Italian Republic of the measure, the CJEU based its assessment on *ENEA* and the landmark *Stardust Marine*, according to which '*[E]ven if the State is in a position to control a public undertaking and to exercise a dominant influence over its operations, actual exercise of that control in a particular case cannot be automatically presumed*',<sup>112</sup> so that *a fortiori* the imputability to the State of '*an aid measure taken by a prima facie independent body which does not itself form part of the State can be inferred from a set of indicators*'<sup>113</sup> that the Commission must adequately prove. In *Tercas*, the CJEU refined its settled case law, clearly stating that, while assessing the existence of a State aid, it is not enough for the Commission to prove that the absence of influence by the State is unlikely.<sup>114</sup> In fact, the EU competition authority must give sound evidence of the substantial control exercised by the public authorities in the adoption of the measures.

In this respect, the Commission was far from proving that the Bank of Italy possessed actual power to direct the FITD's interventions. With the explicit aim of preventing any possible circumvention of the new banking resolution rules, the EC forced the settled interpretation of the imputability to the State onto this matter, misunderstanding not only the role of the BOI in

---

<sup>112</sup> *Stardust Marine*, paragraph 52. See also *ENEA*, paragraph 20 ff.

<sup>113</sup> *Ivi*, paragraph 55.

<sup>114</sup> In the Italian version of the Judgment '*[...] a differenza di una situazione in cui una misura adottata da un'impresa pubblica è imputata allo Stato, nel caso di una misura adottata da un ente privato la Commissione non può limitarsi a dimostrare, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, che la mancanza d'influenza e di controllo effettivo delle autorità pubbliche su tale ente privato sia improbabile*' (*Tercas*, paragraph 88).

that specific measure, but also the role of banking supervision *tout court*.<sup>115</sup> In this sense, as recognized by the CJEU, the intervention carried out by the FITD was an act adopted by a private consortium composed of all the Italian non-mutual banks, deciding together how to support the acquisition of one of their members in order to prevent an orderly liquidation, which could have endangered their stability and their assets. For the Bank of Italy, being kept constantly informed about their progress constituted not only an interest, but also a duty to be carried out in supervising the DGS's activities.<sup>116</sup> Moreover, the authorization represented a way to coordinate the measure with protecting depositors and the stability of the system,<sup>117</sup> and not as a tool to be used to pursue specific economic policy objectives.<sup>118</sup> Consequently, requiring that the Italian supervisory authority be excluded from such an operation would

---

<sup>115</sup> On this point, we would like to recall the statement given by former UK Chancellor of the Exchequer N. Lawson, while presenting the proposal for a reform of the national banking supervisory system: 'The primary role of the banking supervisor is to reduce the risk of capital loss to depositors as a result of the banks with which they place their funds being run imprudently. In this way, supervision also fulfils a wider role in safeguarding the stability of individual banks, and thus of the banking system as a whole. [...] The supervisor cannot, and should not, guarantee that banks never fail. He must, however, be vigilant. If he believes a bank is being run in a way likely to endanger depositors' interests, his duty is to act quickly and decisively in pressing the management to put matters right. [...] Even with a generally effective system of supervision, no deposit can be entirely without risk. There should however be some arrangement to provide that, whatever happens, there is a degree of protection sufficient to prevent severe hardship among the most vulnerable depositors. The Deposit Protection Scheme achieve this' (UK HM Treasury, *The Role and Aims of the Banking Supervisor*, in *Banking Supervision*, London, December 1985, 7). For an analysis of the evolution of the role played by the BOI's in the Italian institutional framework, see AMOROSINO, *La supervisione bancaria multilivelli: globale, europea, nazionale ed interna alle banche*, in *La regolazione pubblica delle banche*, Cedam, Padova, 2016, 91 ff; CLARICH, *La Banca d'Italia come autorità indipendente e i poteri di regolazione*, in *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, 116 ff; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>116</sup> The duty to supervise the DGSs, which has always been conferred on the Italian banking authority, was confirmed by Article 4, paragraph (1) and (7) of Directive 2014/49/EU, according to which '[E]ach Member State shall ensure that within its territory one or more DGSs are introduced and officially recognised. [...] The designated authorities shall supervise DGSs [...] on an ongoing basis as to their compliance with this Directive'. In transposing the Directive, the Italian Consolidated Law on Banking entrusted the BOI with the duty to exercise over the FITD some of the relevant powers conferred for banking supervision. See in particular Article 96-ter (b), which recalls the application of Article 51 (1), 52, 53-bis (a)(b)(c) and 54 of the TUB. Further, see also Article 96-ter (f), which imposes on the BOI the obligation to inform the DGSs when the activation of the scheme is likely owing to the difficulties suffered by a member bank (in the wording of the provision 'La Banca d'Italia, avendo riguardo alla tutela dei depositanti e alla capacità dei sistemi di garanzia di effettuare i rimborsi dei depositi protetti [...] informa senza indugio i sistemi di garanzia se rileva che una banca aderente presenta criticità tali da poter determinare l'attivazione del Sistema').

<sup>117</sup> In line with the previous version of Article 96-ter TUB. See BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, *Federalismi*, 17 April 2019, 2.

<sup>118</sup> As underscored by the Bank of Italy in its comments, presented to the Commission during the investigation procedure on Tercas. See also CAPOLINO, *Intervento dell'Avvocato Capo della Banca d'Italia alla Tavola rotonda su 'I salvataggi bancari nella prospettiva europea'*, *Studi Senesi*, Issue N.3, Pacini Giuridica, 2018, 532.



have meant denying and compromising the BOI's mission to safeguard the financial stability of the sector.<sup>119</sup>

With reference to the notion of 'State resources', the General Court based its motivation on the findings of *European Commission v TV2/Danmark A/S* and its cited case law. In particular, the CJEU recalled the principles according to which the expression 'State resources' covers not only the advantages granted directly by the State, but also 'those granted through a public or private body appointed or established by that State to administer the aid'.<sup>120</sup> So that 'even if the sums corresponding to the measure in question are not permanently held by the Treasury, the fact that they constantly remain under public control, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorised as 'State resources''.<sup>121</sup>

First, and as a premise, the ruling is an important validation of the fact that, even though 'imputability to the State' and 'state resources' are two connected criteria, they need to be treated separately.<sup>122</sup> This conclusion is even more important in cases like *Tercas*, where the contributions are certainly of a private nature, so that the control exercised by the public authorities over the resources is critical to assessing the aid. In the present case, as we explained in the previous sections, the Commission used the indicators of the BOI's control to demonstrate that the aid was both imputable to the State and entailed the use of State resources. However, as we can infer from the judgment, the burden of proof is different for each assessment. Indeed, while in evaluating the first criterion the EC has the duty to prove that the public authorities exercise substantial control over the single, specific measure adopted, in analysing the second criterion, the EC must demonstrate that the sums are available to the State on a permanent, ongoing basis. Consequently, when examining aid granted by a privately funded and privately governed entity like the FITD, the Commission must give sound evidence of the fact that the public authorities: 1) were permanently entrusted with the power to influence and determine the use of the entity's resources and 2) specifically decided to exercise that power in the adoption of the contested measure.

Furthermore, the Commission failed to prove that the FITD had a public mandate to carry out the measure. On this point, the applicants were able to distinguish the FITD's public mandate to reimburse depositors from the private

---

<sup>119</sup> For a deeper analysis on the role of the Bank of Italy and the national competent authorities in the new framework designed by the Banking Union, see D'AMBROSIO (curated by), *Scritti sull'Unione Bancaria*, Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, July 2016; PERASSI, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, in TROIANO, UDA, *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, Cedam, Padova, 2018, 128 ff.

<sup>120</sup> Court of justice of the European Union, *European Commission v TV2/Danmark A/S*, cit., paragraph 44. See also Court of Justice of the European Union, *Doux Élevage SNC and Coopérative agricole UKL-ARREE v Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire and Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF)*, cit., paragraph 26.

<sup>121</sup> *Ivi*, paragraph 46.

<sup>122</sup> DE CECCO, *The State as a Market Participant*, in *State Aid and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 2013, 60.

mandate exercised by its governing bodies in adopting the measure for the benefit of Tercas. In this respect, it is worth noting the reference made by the CJEU to *SACE*<sup>123</sup> in stating that the potential coincidence between the private interest pursued by the FITD's members and the public interest in protecting the depositors does not constitute, in itself, proof of any involvement of the public authorities in the adoption of the measure.<sup>124</sup>

#### 4.2 State Aid and the role of DGSs in banking crises after Tercas

While the Commission's Decision had *de facto* precluded the DGSs from adopting alternative measures in order to prevent bank failures,<sup>125</sup> the Judgment on *Tercas* opened up new scenarios for the role of DGSs in banking crises.<sup>126</sup> In particular, the interpretation set out in the ruling fleshes out a coherent relationship between state aid regulation and the new rules on deposit guarantee schemes.

According to Article 11(3) of Directive 2014/49/EU '*Member States may allow a DGS to use the available financial means for alternative measures in order to prevent the failure of a credit institution*'.<sup>127</sup> To avoid the costs of having to reimburse depositors and the adverse impact on economic stability, the European legislator explicitly endorses the use of national DGSs in the context of banking crisis management, allowing them '[...] *to go beyond a pure reimbursement function and to use the available financial means*' to prevent the financial distress of banks.<sup>128</sup> In this respect, no provision of the Directive considers the DGSs' alternative measures to be public financial support *per se*. Indeed, the European legislator only generally requires the measures '*to comply with the State aid rules*',<sup>129</sup> which is little more than saying that the measures need to be consistent

---

<sup>123</sup> *SACE*, paragraph 26.

<sup>124</sup> *Tercas*, paragraph 99.

<sup>125</sup> On this point, see in particular the comments of BRESCIA MORRA, *I sistemi di garanzia dei depositi in Italia in Il diritto delle banche*, Il Mulino, Bologna, 2016, 302; CAPOLINO, *La gestione delle recenti crisi bancarie in Italia: finanziamento degli interventi e nuovo quadro regolamentare europeo*, in *Imprese e banche dopo la crisi. Esperienze europee a confronto*, Innovazione e Diritto, Seminario internazionale di studi in ricordo del Prof. Michele Sandulli, Napoli, May 16<sup>th</sup> – 17<sup>th</sup>, 2017, 210; SERATA, *Intervento del Capo dell'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia alla Tavola rotonda su 'I salvataggi bancari nella prospettiva europea'*, Studi Senesi, Issue N.3, Pacini Giuridica, 2018, 536; STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, Banca Impresa Società, Issue N. 3, 2018, 441.

<sup>126</sup> MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas*, Bancaria, Issue N. 3, 2019, 26.

<sup>127</sup> Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council on deposit guarantee schemes, 16 April 2014.

<sup>128</sup> *Ivi*, recital (16).

<sup>129</sup> *Ivi*, recital (3): 'This Directive constitutes an essential instrument for the achievement of the internal market from the point of view of both the freedom of establishment and the freedom to provide financial services in the field of credit institutions, while increasing the stability of the banking system and the protection of depositors. In view of the costs of the failure of a credit institution to the economy as a whole and its adverse impact on financial stability and the confidence of depositors, it is desirable not only to make provision for reimbursing depositors but also to allow Member States sufficient flexibility to enable DGSs to carry out measures to reduce the likelihood of future claims against DGSs. Those measures should always comply with the State aid rules'.

with EU law. Furthermore, even the position expressed by the Commission in its Banking Communication was coherent with this interpretation. Indeed, the EC clearly states that ‘[I]nterventions by deposit guarantee funds to reimburse depositors [...] do not constitute State aid’, so that they may constitute state aid only ‘to the extent that they come within the control of the State and the decision as to the funds’ application is imputable to the State’.<sup>130</sup>

In its defense the Bank of Italy supported this interpretation, highlighting the inconsistency of the Commission’s Decision with the principles introduced by the BRRD. In the view of the Italian banking authority, according to Article 32 (4) of the BRRD, when ‘*extraordinary public financial support is required*’ a credit institution shall be deemed to be failing or likely to fail. Thus, considering every DGS intervention as state aid would lead to the resolution procedures being triggered each time an insurance scheme decides to grant financial assistance to prevent the distress of one of its member. As a result, supporting the Commission position in *Tercas* would mean precluding the DGSs from engaging in any useful intervention in favor of their members, and in effect nullifying Article 11(3) of Directive 2014/49/EU. The Court did not need to examine this argument in its decision since it had already decided that the measure was not imputable to the Italian Republic and that the aid did not entail the use of State resources.<sup>131</sup>

In light of the foregoing, the judgment on *Tercas* validates the principle according to which DGSs’ preventive and alternative interventions do not constitute State aid unless the Commission proves that the conditions set out in Article 107 TFEU are met, as defined by the CJEU case law. Further, the ruling confirms the place occupied by national DGSs in the new framework for managing banking crises, as designed by the European legislator in the DGSD. In this respect, the Directive recognizes that the DGSs play an active role in contributing to the ‘*the stability of the banking system and the protection of depositors*’ not only when carrying out their public mandate, but also when pursuing their private interest in avoiding having to reimburse depositors and facing the negative effects of an orderly liquidation on their businesses. In other words, the Directive acknowledges that, for banks, avoiding a more expensive disbursement could be an effective incentive for them to independently solve a

---

<sup>130</sup> European Commission, *Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis* (‘Banking Communication’), cit., paragraph 63.

<sup>131</sup> *Tercas*, paragraph 162.

crisis of its members,<sup>132</sup> while safeguarding financial stability at the same time. The same reasoning seems to be behind the words of the General Court in *Tercas*, when it considers that the coincidence between the interest pursued by the FITD's members in taking the measure and the public interest of protecting depositors could not, in itself, constitute sufficient evidence of the public authorities' control over the measure.<sup>133</sup>

To conclude, we consider that, after the ruling in *Tercas*, the time is ripe for a new role for the national DGSs in banking crisis management. As explicitly stated by Andrea Enria, Chair of the ECB Supervisory Board, the judgment opens new scenarios, considering that '(...) *the potential role of DGSs in playing a function in cases of banks that go into difficulty in a pre-emptive fashion could be a very important change in the overall framework. Of course we need to read carefully what the Court said but this is an important development*'.<sup>134</sup> The coming years will tell us if national guarantee schemes will be able to play a significant part in managing banking crises and contributing to protecting financial stability.

On 29 May 2019, the European Commission appealed the judgment. Thus, the Court of Justice will have the opportunity to give its final say on the case.

---

<sup>132</sup> Always considering the need (and the interest) to respect the 'least cost' principle. As perfectly pointed out by Kryzanowsky in designing the ideal DGS architecture '[T]o minimize the insurance losses of DI [Depositor Insurance] an insurer needs an efficient bank failure resolution system that allows for alternatives other than liquidation. In order to avoid moral hazard in the application of resolution alternatives other than liquidation, such as purchase and assumption, an insurer with a minimum cost objective would choose the alternative over liquidation only if it implies a lower expected cost for the insurer', KRYZANOWSKY, *Organisational Design and Positioning of the Deposit Insurance Function in the Financial System Safety Net*, in CABELL, LABROSSE, MAYES, SINGH (Edited by), *Deposit Insurance*, Palgrave Macmillan, New York, 2007, 108. See also Gleeson and Guynn, who underlined how '[I]n a classical DGS rescue, the DGS expends a small amount of money voluntarily in order to avoid the risk of suffering a greater loss at a later stage' (GLEESON, GUYNN, *Deposit Insurance in Resolution*, in *Bank Resolution and Crisis Management. Law and Practice*, Oxford University Press, 2016, 21).

<sup>133</sup> *Tercas*, paragraph 99.

<sup>134</sup> Parliament of the European Union, *Public hearing with Andrea Enria, Chair of the ECB Supervisory Board, presenting the SSM Annual Report 2018*, ECON, 21 March 2019. See also Parliament of the European Union, *Public hearing with Elke König, Chair of the Single Resolution Board*, ECON, 2 April 2019.



ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre élargie)

19 mars 2019 (\*)

« Aides d'État – Intervention d'un consortium de droit privé entre banques en faveur d'un de ses membres – Autorisation de l'intervention par la banque centrale de l'État membre – Décision déclarant l'aide incompatible avec le marché intérieur – Recours en annulation – Notion d'aide d'État – Imputabilité à l'État – Ressources d'État »

Dans les affaires jointes T-98/16, T-196/16 et T-198/16,

**République italienne**, représentée par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de MM. S. Fiorentino et P. Gentili, avvocati dello Stato,

partie requérante dans l'affaire T-98/16,

**Banca Popolare di Bari SCpA**, anciennement Tercas-Cassa di risparmio della provincia di Teramo SpA (Banca Tercas SpA), établie à Teramo (Italie), représentée par M<sup>es</sup> A. Santa Maria, M. Crisostomo, E. Gambaro et F. Mazzocchi, avocats,

partie requérante dans l'affaire T-196/16,

**Fondo interbancario di tutela dei depositi**, établi à Rome (Italie), représenté par M<sup>es</sup> M. Siragusa, G. Scassellati Sforzolini et G. Faella, avocats,

partie requérante dans l'affaire T-198/16,

soutenu par

**Banca d'Italia**, représentée par M<sup>es</sup> M. Perassi, O. Capolino, M. Marcucci et M. Todino, avocats,

partie intervenante dans l'affaire T-198/16,

contre

**Commission européenne**, représentée par MM. P. Stancanelli, L. Flynn, A. Bouchagiar et M<sup>me</sup> D. Recchia, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation de la décision (UE) 2016/1208 de la Commission, du 23 décembre 2015, concernant l'aide d'État SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) mise à exécution par l'Italie en faveur de Banca Tercas (JO 2016, L 203, p. 1),

LE TRIBUNAL (troisième chambre élargie),

composé de MM. S. Frimodt Nielsen, président, V. Kreuzschitz, I. S. Forrester, M<sup>me</sup> N. Póltorak (rapporteur) et M. E. Perillo, juges,

greffier : M. J. Palacio González, administrateur principal,

vu la phase écrite de la procédure et à la suite de l'audience du 22 mars 2018,

rend le présent

## Arrêt

### Antécédents du litige

- 1 Les présents recours sont introduits par la République italienne (affaire T-98/16), Banca Popolare di Bari SCpA (ci-après « BPB ») (affaire T-196/16) et le consortium de droit privé italien Fondo interbancario di tutela dei depositi (ci-après le « FITD ») (affaire T-198/16), à l'encontre de la décision (UE) 2016/1208 de la Commission, du 23 décembre 2015, concernant l'aide d'État SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) mise à exécution par l'Italie en faveur de Banca Tercas (JO 2016, L 203, p. 1, ci-après la « décision attaquée »).
- 2 Dans la décision attaquée, la Commission européenne a considéré que l'intervention du FITD en faveur de Banca Tercas (Cassa di risparmio della Provincia di Teramo SpA) (ci-après « Tercas »), autorisée par la banque centrale de la République italienne, Banca d'Italia (ci-après la « Banque d'Italie »), le 7 juillet 2014 (ci-après l'« intervention » ou l'« intervention du FITD en faveur de Tercas »), constituait une aide d'État illégale et incompatible qui devait être récupérée auprès de son bénéficiaire par la République italienne.

### Entités impliquées

#### *Entités commerciales concernées par l'intervention*

- 3 Tercas est une banque au capital privé dont les activités se déploient principalement dans la région des Abruzzes en Italie. À la fin de l'année 2010, Tercas a acquis Banca Caripe SpA, une banque régionale également présente dans cette région.
- 4 BPB est la société holding d'un groupe bancaire au capital privé dont les activités se déploient principalement dans le sud de l'Italie.

#### *FITD*

- 5 Le FITD est un consortium de droit privé entre banques qui a été constitué sur une base volontaire en 1987. Ce consortium est de nature mutualiste et a été institué aux fins de la poursuite des intérêts communs de ses membres.
- 6 Le but du FITD est de garantir les déposants de ses membres (voir article 1<sup>er</sup> des statuts du FITD, dans leur version applicable aux faits de l'espèce, ci-après les « statuts du FITD »). En 1996, en raison de la transposition en droit italien de la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (JO 1994, L 135, p. 5), le FITD a été reconnu par la Banque d'Italie comme l'un des systèmes de garantie des dépôts autorisés à opérer en Italie en application de ces règles. En vertu de l'article 27 de ses statuts, en cas de liquidation administrative forcée d'un de ses membres, le FITD intervient en remboursant les dépôts des déposants effectués auprès de celui-ci dans la limite de 100 000 euros par déposant. Selon le paragraphe 1 de cette disposition, sont éligibles au remboursement les créances relatives aux fonds acquis par les membres du consortium avec obligation de restitution, en euros et en devises, sous forme de dépôts ou toute autre forme, ainsi que les chèques bancaires et tout autre titre de créance assimilable.

- 7 Depuis son origine, le FITD dispose de la faculté d'intervenir en faveur de ses membres, non seulement au titre de cette garantie devenue légale des dépôts des déposants (l'intervention obligatoire), mais aussi sur une base volontaire, conformément à ses statuts, si cette intervention permet de réduire les charges susceptibles de résulter de la garantie des dépôts pesant sur ses membres (les interventions volontaires).
- 8 Ainsi, en vertu de l'article 28 de ses statuts, lorsqu'une charge moins lourde est à prévoir, le FITD peut, au lieu de procéder au remboursement prévu au titre de la garantie des dépôts des déposants en cas de liquidation administrative forcée d'un membre du consortium, intervenir dans des opérations de cession d'actifs et de passifs concernant ce membre (l'intervention volontaire alternative). De même, en vertu de l'article 29, paragraphe 1, de ses statuts, indépendamment de l'ouverture formelle d'une procédure de liquidation administrative forcée, le FITD peut décider d'intervenir au moyen de financements, de garanties, de prises de participation ou par le biais d'autres formes techniques pour soutenir un de ses membres placé sous le régime de l'administration extraordinaire, lorsque des perspectives de redressement existent et qu'une charge moins lourde est à prévoir par rapport à celle découlant de l'intervention du FITD dans l'hypothèse d'une liquidation administrative forcée de ce membre (l'intervention volontaire de soutien ou préventive, comme pour Tercas).
- 9 Le rôle du FITD, les interventions qu'il peut mener, notamment, les interventions de soutien en faveur de ses membres, et, plus précisément, la question de savoir si l'intervention qui fait l'objet de la décision attaquée est susceptible d'être qualifiée d'« aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, constituent le cœur des présentes affaires.

#### *Banque d'Italie*

- 10 La Banque d'Italie est une autorité publique exerçant les fonctions de banque centrale de la République italienne. Elle est dotée d'une personnalité juridique autonome et distincte de celle de l'État italien. En tant que membre du Système européen des banques centrales (SEBC), la Banque d'Italie doit, en vertu de l'article 127, paragraphe 5, TFUE, contribuer à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier.
- 11 Entre autres fonctions, le decreto legislativo, n° 385, e successive modifiche e integrazioni, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (loi italienne sur les banques) du 1<sup>er</sup> septembre 1993 (GURI n° 230, du 30 septembre 1993, supplément ordinaire n° 92), dans sa version en vigueur à l'époque des faits (ci-après la « loi italienne sur les banques »), confie à la Banque d'Italie le rôle d'autorité de surveillance du secteur bancaire et lui donne pour objectifs d'assurer la gestion saine et prudente des établissements surveillés, la stabilité globale, l'efficacité et la compétitivité du système financier ainsi que le respect des dispositions en matière de crédit.
- 12 Afin de satisfaire à ces objectifs, en particulier celui d'assurer la gestion saine et prudente des établissements surveillés, la Banque d'Italie dispose de pouvoirs de contrôle étendus, qui comportent un pouvoir de contrôle sur dossier, un pouvoir réglementaire, un pouvoir d'inspection et de nombreuses compétences d'autorisation. Ces pouvoirs permettent à la Banque d'Italie d'intervenir dans tous les événements marquants de l'existence d'une banque, dans le respect de son autonomie commerciale et à seule fin de vérifier si sa gestion est saine et prudente.
- 13 Au titre de ses prérogatives, la Banque d'Italie a notamment approuvé les statuts du FITD, assiste en tant qu'observateur sans droit de vote aux réunions du FITD et, conformément à l'article 96 ter, premier alinéa, sous d), de la loi italienne sur les banques, a approuvé l'intervention du FITD en



faveur de Tercas.

### *Contexte et intervention du FITD en faveur de Tercas*

- 14 Le 30 avril 2012, sur proposition de la Banque d'Italie, qui avait relevé des irrégularités au sein de Tercas, le ministère de l'Économie et des Finances italien a décidé de mettre Tercas sous administration extraordinaire.
- 15 La Banque d'Italie a ensuite nommé un commissaire extraordinaire chargé de gérer Tercas pendant l'administration extraordinaire (ci-après le « commissaire extraordinaire »).

#### *Première tentative d'intervention*

- 16 En octobre 2013, après avoir évalué différentes options, le commissaire extraordinaire a engagé des négociations avec BPB, qui avait exprimé son intérêt pour la souscription d'une augmentation de capital de Tercas, à condition que soit effectué un audit préalable de Tercas et que le FITD couvre entièrement le déficit patrimonial de cette banque.
- 17 Le 28 octobre 2013, à la suite d'une demande du commissaire extraordinaire de Tercas faite sur la base de l'article 29 des statuts du FITD, le comité de gestion du FITD a décidé d'aider Tercas pour un montant maximal de 280 millions d'euros. Cette décision a été ratifiée par le conseil du FITD le 29 octobre 2013. Le 4 novembre 2013, conformément à l'article 96 ter, premier alinéa, sous d), de la loi italienne sur les banques, la Banque d'Italie a approuvé cette intervention de soutien.
- 18 Bien qu'ayant obtenu l'autorisation de la Banque d'Italie, le FITD a décidé de suspendre l'intervention envisagée compte tenu d'incertitudes relatives à la situation économique et patrimoniale de Tercas et au traitement fiscal de cette intervention. En effet, le 18 mars 2014, à l'issue de l'audit sur les actifs de Tercas demandé par BPB (voir point 16 ci-dessus), un désaccord était né entre les experts du FITD et de BPB. Ce désaccord a ensuite été réglé à l'issue d'une procédure d'arbitrage. En outre, le FITD et BPB se sont mis d'accord pour répartir les éventuelles charges découlant de l'imposition de l'intervention au cas où l'exonération fiscale envisagée ne serait pas appliquée.

#### *Décision d'intervention et autorisation par la Banque d'Italie*

- 19 À la suite de la suspension de l'intervention du 18 mars 2014 et pour s'assurer que l'intervention en faveur de Tercas était économiquement plus avantageuse que le remboursement des déposants de cette banque, le FITD a eu recours à une société d'audit et de conseil. Au vu des conclusions présentées par cette société dans un rapport du 26 mai 2014, et compte tenu du coût de l'intervention comparé au coût d'une indemnisation au titre du système de garantie des dépôts en cas de liquidation, le comité de gestion et le conseil du FITD ont décidé, le 30 mai 2014, d'intervenir en faveur de Tercas.
- 20 Le 1<sup>er</sup> juillet 2014, le FITD a transmis à la Banque d'Italie une nouvelle demande d'autorisation.
- 21 Le 7 juillet 2014, la Banque d'Italie a autorisé l'intervention du FITD en faveur de Tercas. Cette intervention prévoyait trois mesures (ci-après les « mesures litigieuses »), à savoir, premièrement, une contribution de 265 millions d'euros destinée à couvrir les fonds propres négatifs de Tercas ; deuxièmement, une garantie de 35 millions d'euros destinée à couvrir le risque de crédit lié à certaines expositions de Tercas et, troisièmement, une garantie de 30 millions d'euros destinée à couvrir les coûts découlant du traitement fiscal de la première mesure (voir considérant 38 et article 1<sup>er</sup> de la décision attaquée).

### *Situation de Tercas après l'intervention du FITD*

- 22 Le commissaire extraordinaire de Tercas, en accord avec la Banque d'Italie, a convoqué une assemblée générale afin que les actionnaires puissent se prononcer sur la couverture des pertes découvertes au cours de l'administration extraordinaire et sur une augmentation de capital réservée à BPB.
- 23 L'assemblée générale des actionnaires de Tercas a eu lieu le 27 juillet 2014 et a décidé, d'une part, de couvrir partiellement les pertes, notamment en réduisant les fonds propres à zéro et en annulant l'ensemble des actions ordinaires en circulation, et, d'autre part, de faire passer le capital à 230 millions d'euros grâce à l'émission de nouvelles actions ordinaires proposées à BPB. Cette augmentation de capital a été effectuée le 27 juillet 2014.
- 24 Le 1<sup>er</sup> octobre 2014, le régime d'administration extraordinaire de Tercas a été levé et BPB a désigné les nouveaux organes de cette banque.
- 25 En décembre 2014, BPB a réalisé une augmentation de capital de 500 millions d'euros, comprenant l'émission de nouvelles actions et l'émission d'un emprunt subordonné de catégorie 2. L'augmentation de capital a servi à renforcer les ratios de fonds propres de BPB, qui avaient subi les effets de l'acquisition de Tercas.
- 26 En mars 2015, BPB a souscrit une nouvelle augmentation de capital de Tercas pour un montant de 135,4 millions d'euros, afin de faire face à des pertes ultérieures enregistrées au quatrième trimestre de 2014, de couvrir les coûts de restructuration en 2015 et 2016 et d'améliorer les ratios de fonds propres de Tercas. Ces événements n'ont pas de lien avec l'intervention de soutien du FITD en faveur de Tercas.

### *Procédure administrative et décision attaquée*

- 27 Les 8 août et 10 octobre 2014, la Commission a demandé aux autorités italiennes des informations sur l'intervention du FITD en faveur de Tercas. Celles-ci ont répondu à ces demandes d'informations les 16 septembre et 14 novembre 2014.
- 28 Par lettre du 27 février 2015, la Commission a informé la République italienne de sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE à l'égard de cette mesure.
- 29 Le 24 avril 2015, la Commission a publié la décision d'ouverture au *Journal officiel de l'Union européenne* et a invité les parties intéressées à présenter leurs observations au sujet de l'intervention du FITD en faveur de Tercas. Des observations à cet égard ont été présentées à la Commission par la République italienne, par la Banque d'Italie, par le FITD, par BPB et par Tercas (voir considérants 44 à 109 de la décision attaquée).
- 30 Les 13 août et 17 septembre 2015, deux réunions se sont tenues avec les autorités italiennes et les parties intéressées.
- 31 Le 23 décembre 2015, la Commission a adopté la décision attaquée.
- 32 Par cette décision, la Commission a constaté que les mesures litigieuses autorisées le 7 juillet 2014 (voir point 21 ci-dessus) en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE constituaient des aides incompatibles et illégales accordées par la République italienne à Tercas et a ordonné que lesdites aides soient récupérées. À cet égard, la Commission a considéré que la première mesure, destinée à couvrir les fonds propres négatifs de Tercas, était une contribution à fonds perdu de 265 millions d'euros, que la deuxième mesure, une garantie de 35 millions d'euros destinée à couvrir le risque de

crédit lié à certaines expositions, devait être valorisée à 140 000 euros pour tenir compte notamment du fait que ces expositions avaient été intégralement remboursées par les débiteurs à l'échéance et que la garantie n'avait donc pas été appelée, et que la troisième mesure, une garantie de 30 millions d'euros destinée à couvrir les coûts découlant du traitement fiscal de la première mesure, était une contribution à fonds perdu d'un montant équivalent à celui de la garantie.

### **Procédure et conclusions des parties**

- 33 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 4 mars 2016, la République italienne a introduit son recours dans l'affaire T-98/16.
- 34 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 29 avril 2016, BPB a introduit son recours dans l'affaire T-196/16.
- 35 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 1<sup>er</sup> mai 2016, le FITD a introduit son recours dans l'affaire T-198/16.
- 36 Par actes déposés au greffe du Tribunal le 1<sup>er</sup> août 2016, le Fondo di Garanzia dei Depositanti del credito cooperativo (Fonds de garantie des déposants des coopératives de crédit) et la Banque d'Italie ont demandé à intervenir dans la procédure concernant l'affaire T-198/16 au soutien des conclusions du FITD.
- 37 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, en application de l'article 27, paragraphe 5, du règlement de procédure du Tribunal, le juge rapporteur a été affecté à la troisième chambre, à laquelle les présentes affaires ont, par conséquent, été attribuées.
- 38 Par ordonnance du 15 février 2017, le président de la troisième chambre du Tribunal a rejeté l'intervention du Fondo di Garanzia dei Depositanti del credito cooperativo et admis l'intervention de la Banque d'Italie. Cette dernière a déposé son mémoire et les parties principales ont déposé leurs observations sur celui-ci dans les délais impartis.
- 39 Sur proposition de la troisième chambre, le Tribunal a décidé, en application de l'article 28 du règlement de procédure, de renvoyer les affaires en cause devant une formation de jugement élargie.
- 40 Par décision du président de la troisième chambre élargie du Tribunal du 14 décembre 2017, les affaires T-98/16, T-196/16 et T-198/16 ont été jointes aux fins de la phase orale de la procédure et de la décision mettant fin à l'instance, conformément à l'article 68 du règlement de procédure.
- 41 Sur proposition du juge rapporteur, le Tribunal (troisième chambre élargie) a décidé d'ouvrir la phase orale de la procédure et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, a invité les parties à répondre à une série de questions.
- 42 Les parties ont répondu à ces questions les 15 et 16 février 2018.
- 43 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 22 mars 2018.
- 44 Dans l'affaire T-98/16, la République italienne conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
  - condamner la Commission aux dépens.

- 45 Dans l'affaire T-196/16, BPB conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
  - à titre subsidiaire, annuler les articles 2 à 4 de la décision attaquée ;
  - condamner la Commission aux dépens.
- 46 Dans l'affaire T-198/16, le FITD, soutenu par la Banque d'Italie, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
  - à titre subsidiaire, annuler la décision attaquée en tant qu'elle constate et quantifie l'élément d'aide contenu dans la mesure n° 3 ;
  - condamner la Commission aux dépens.
- 47 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter les recours ;
  - condamner les requérants aux dépens.

## **En droit**

### ***Sur la recevabilité du recours déposé par le FITD***

- 48 Sans soulever formellement une exception d'irrecevabilité au titre de l'article 130, paragraphe 1, du règlement de procédure, la Commission émet des doutes quant à la recevabilité du recours introduit par le FITD en raison de son défaut de qualité pour agir. En substance, selon la Commission, le FITD pouvant être assimilé à un intermédiaire par le truchement duquel l'État italien a décidé de conférer une aide et l'État italien ayant également introduit un recours, le recours de cet intermédiaire devrait être déclaré irrecevable.
- 49 Le FITD conteste l'argumentation de la Commission.
- 50 À titre liminaire, il convient de rappeler que, aux termes de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, « [t]oute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». En outre, il convient de relever que, jouissant de la personnalité juridique, le FITD est une personne morale de droit privé qui peut introduire un recours en annulation en vertu de l'article 263 TFUE.
- 51 Dès lors, il y a lieu de vérifier si le FITD est directement et individuellement concerné par la décision attaquée.
- 52 S'agissant de la question de savoir si le FITD est directement affecté par la décision attaquée, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, deux critères doivent être satisfaits. Premièrement, l'acte en cause doit produire directement des effets sur la situation juridique de la partie requérante et, deuxièmement, ledit acte ne doit laisser aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et

découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires (voir arrêt du 26 janvier 2018, *Centro Clinico e Diagnostico G. B. Morgagni/Commission*, T-172/16, non publié, EU:T:2018:34, point 57 et jurisprudence citée).

53 Or, en l'espèce, par l'adoption de la décision attaquée, déclarant les mesures litigieuses incompatibles avec le marché intérieur, le FITD n'a pas le droit d'intervenir au soutien de Tercas. En outre, en application des articles 2 et 3 de la décision attaquée, la République italienne est tenue de procéder immédiatement et effectivement à la récupération des aides accordées par le FITD et financées par ses membres auprès de Tercas et les autorités nationales n'ont à exercer à cet égard aucun pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que la décision attaquée produit directement des effets sur la situation juridique du FITD au sens de la jurisprudence citée au point 52 ci-dessus. Le FITD est donc directement concerné par la décision attaquée.

54 S'agissant de la question de savoir si le FITD est individuellement concerné par la décision attaquée, il ressort de la jurisprudence que la position juridique d'un organisme autre qu'un État membre, jouissant de la personnalité juridique et ayant pris une mesure qualifiée d'aide d'État dans une décision finale de la Commission, peut être individuellement affectée par cette décision si celle-ci l'empêche d'exercer comme il l'entend ses compétences propres, consistant notamment en l'octroi de l'aide en cause (voir arrêt du 17 juillet 2014, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Commission*, T-457/09, EU:T:2014:683, point 83 et jurisprudence citée).

55 En l'espèce, d'une part, il est constant que le FITD, en tant qu'organisme de droit privé (voir point 5 ci-dessus) et jouissant de la personnalité juridique, a octroyé et dispensé les mesures qualifiées d'aides dans la décision attaquée. D'autre part, à l'instar de ce qu'avance le FITD, la décision attaquée a non seulement rendu impossible l'intervention du FITD en faveur de Tercas dans le cas d'espèce, mais également exclu la possibilité d'effectuer à l'avenir d'autres interventions de soutien, en réduisant l'autonomie du FITD et celle des banques qui en sont membres. Ainsi, la décision attaquée affecte individuellement le FITD au sens de la jurisprudence citée au point 54 ci-dessus, en ce qu'elle empêche le FITD d'exercer comme il l'entend ses compétences propres consistant, en l'espèce, en l'adoption de mesures autres que le remboursement des dépôts.

56 Il y a donc lieu de rejeter la fin de non-recevoir de la Commission dans la mesure où elle vise à constater que le FITD ne dispose pas de la qualité pour agir conformément à l'article 263 TFUE.

### *Sur le fond*

57 Dans l'affaire T-98/16, la République italienne invoque quatre moyens, qui portent sur les questions suivantes :

- le financement de l'aide au moyen de « ressources d'État » ;
- l'imputabilité de l'aide à l'État ;
- l'avantage sélectif octroyé par l'aide ;
- l'incompatibilité de l'aide avec le marché intérieur.

58 Dans l'affaire T-196/16, BPB invoque, pour sa part, sept moyens, qui portent sur :

- la motivation relative à la démonstration de l'existence d'une aide « accordée par l'État ou au moyen de ressources d'État » ;

- le financement de l'aide au moyen de « ressources d'État » ;
- l'imputabilité de l'aide à l'État ;
- l'avantage sélectif octroyé par l'aide ;
- l'incompatibilité de l'aide avec le marché intérieur ;
- la qualification erronée de la garantie fiscale de 30 millions d'euros ;
- la récupération de l'aide.

59 Enfin, dans l'affaire T-198/16, le FITD invoque cinq moyens, qui portent sur :

- le financement de l'aide au moyen de « ressources d'État » ;
- l'imputabilité de l'aide à l'État ;
- l'avantage sélectif octroyé par l'aide ;
- l'incompatibilité de l'aide avec le marché intérieur ;
- la qualification erronée de la garantie fiscale de 30 millions d'euros.

60 Ces moyens portent, en substance, sur les principales étapes du raisonnement suivi dans la décision attaquée pour permettre à la Commission de conclure à l'existence d'une aide, à son incompatibilité avec le marché intérieur et à la nécessité d'en ordonner la récupération.

61 En l'espèce, le Tribunal estime opportun d'examiner en premier lieu les arguments des parties visant le critère d'aides « accordées par les États ou au moyen de ressources d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. À cette fin, il y a lieu de regrouper et d'examiner ensemble le deuxième moyen soulevé par la République italienne dans l'affaire T-98/16, le troisième moyen soulevé par BPB dans l'affaire T-196/16 et le deuxième moyen soulevé par le FITD dans l'affaire T-198/16, en ce qu'ils portent sur la notion d'imputabilité de l'aide à l'État. De même, il convient de regrouper et d'examiner ensemble le premier moyen soulevé par la République italienne dans l'affaire T-98/16, le deuxième moyen soulevé par BPB dans l'affaire T-196/16 et le premier moyen soulevé par le FITD dans l'affaire T-198/16, en ce qu'ils portent sur la notion de ressources d'État.

*Observations liminaires sur la notion d'« aide accordée par un État »*

62 Selon une jurisprudence constante, la qualification d'« aide d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE suppose la réunion de quatre conditions, à savoir l'existence d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, que cette intervention soit susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, qu'elle accorde un avantage sélectif à son bénéficiaire et qu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence (voir arrêt du 13 septembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, point 17 et jurisprudence citée).

63 Concernant la première condition tenant à l'existence d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, il convient de rappeler que, pour que des avantages puissent être qualifiés d'« aides » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ils doivent d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, être imputables à l'État (voir arrêt du 13 septembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, point 20 et jurisprudence citée).

- 64 À cet égard, de manière générale, il n'y a pas lieu a priori de distinguer les cas dans lesquels l'aide est accordée directement par l'État de ceux où elle est accordée par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État (voir, en ce sens, arrêt du 13 septembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, point 23 et jurisprudence citée, et conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans l'affaire ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, point 67).
- 65 En effet, l'inclusion d'avantages octroyés par l'intermédiaire d'organismes distincts de l'État dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE vise à préserver l'effet utile des règles relatives aux « aides accordées par les États » définies aux articles 107 à 109 TFUE. La Cour a ainsi précisé que le droit de l'Union ne saurait admettre que le seul fait de créer des institutions autonomes chargées de la distribution d'aides permette de contourner les règles relatives aux aides d'État (arrêt du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ci-après l'« arrêt Stardust », EU:C:2002:294, point 23). Autrement dit, cette jurisprudence vise à contrecarrer un risque de sous-inclusion. Toutefois, la décision d'inclure les avantages octroyés par l'intermédiaire d'organismes distincts de l'État fait également apparaître un risque particulier de surinclusion, visant des avantages qui ne seraient pas imputables à l'État ou qui n'impliqueraient pas l'utilisation de ressources d'État (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans l'affaire ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, points 68 et 69 et jurisprudence citée).
- 66 C'est à la lumière de la nécessité d'éviter tant le risque de sous-inclusion que celui de surinclusion d'avantages octroyés par des organismes distincts de l'État qu'il y a lieu d'examiner les éléments retenus par la Commission pour établir l'origine étatique des mesures litigieuses.
- 67 À cet égard, force est de constater que la notion d'aide d'État présente un caractère juridique et doit être interprétée sur la base d'éléments objectifs (voir, en ce sens, arrêt du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission, C-487/06 P, EU:C:2008:757, point 111, et du 30 novembre 2016, Commission/France et Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, point 87), dont la nature publique ou privée de l'entité ayant accordé l'aide en cause. Lorsque cette entité est dotée d'un statut privé ou d'une autonomie, y compris s'agissant de la gestion de ses fonds, par rapport aux interventions des pouvoirs publics et aux finances publiques, au sens strict, la Commission est soumise, sous le contrôle entier du juge de l'Union, à une obligation d'autant plus significative de préciser et d'étayer les raisons qui lui permettent de conclure à un contrôle public sur les ressources utilisées et à l'imputabilité des mesures à l'État et, par conséquent, à l'existence d'une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- 68 Ainsi, dans une situation où la Commission avait déduit l'imputabilité à l'État de concours financiers accordés par des filiales d'une entreprise publique du seul fait que ces sociétés étaient indirectement contrôlées par l'État, il a été jugé que, même si l'État était en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur ses opérations, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé (arrêt du 16 mai 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, points 50 à 52). Dans un tel cas, la Commission doit disposer d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel ces concours financiers étaient intervenus afin d'établir le degré d'implication des autorités publiques dans leur octroi par l'intermédiaire d'une entreprise publique (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, points 52 et 55).
- 69 Cette obligation de la Commission est d'autant plus nécessaire dans une situation où, comme en l'espèce, la mesure en cause est dispensée par une entité privée. En effet, dans une telle situation, il n'est pas possible de présumer que l'État est en mesure de contrôler cette entreprise et d'exercer une influence dominante sur ses opérations du fait du lien capitalistique et des prérogatives qui s'y attachent. Il revient donc à la Commission de prouver, à suffisance de droit, un degré suffisant

d'implication de l'État dans l'octroi de la mesure en cause en démontrant non seulement que l'État a la possibilité d'exercer une influence dominante sur l'entité dispensatrice, mais également qu'il a été en mesure d'exercer ce contrôle dans le cas concret.

70 Par ailleurs, nonobstant l'exigence de distinguer l'imputabilité d'une aide à un État de la question de savoir si l'aide a été octroyée au moyen de ressources d'État, qui constituent des conditions distinctes et cumulatives (voir arrêt du 5 avril 2006, Deutsche Bahn/Commission, T-351/02, EU:T:2006:104, point 103 et jurisprudence citée), la Commission n'a pas cherché, en l'espèce, à distinguer ces conditions clairement (voir considérant 144 de la décision attaquée). Le Tribunal estime donc approprié, en premier lieu, d'examiner les différents éléments retenus par la Commission pour établir l'imputabilité de l'intervention à l'État et, en second lieu, d'apprécier les éléments relatifs au contrôle exercé par les autorités publiques sur les ressources utilisées pour l'intervention du FITD en faveur de Tercas.

*Éléments retenus dans la décision attaquée pour établir l'origine étatique des mesures*

71 Après avoir relevé au considérant 112 de la décision attaquée que le facteur déterminant pour déterminer l'existence d'une « aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, n'était pas l'origine directe de ces ressources, mais le degré d'intervention de l'autorité publique dans la définition des mesures et de leur modalités de financement, la Commission a exposé aux considérants 117 à 145 les différents éléments, qualifiés d'« indices suffisants », qu'elle prenait en considération.

72 En premier lieu, la Commission a estimé que l'État italien avait confié au FITD un « mandat public » relatif à la protection des déposants qu'il exerce sous différentes formes. À ce titre, au considérant 120 de la décision attaquée, la Commission a souligné que la protection de l'épargne et des déposants occupait une position spéciale en droit italien, qui protège l'épargne et qui confère à la Banque d'Italie la mission de sauvegarder la stabilité du système bancaire italien, afin de protéger les déposants.

73 Dans ce contexte, au considérant 121 de la décision attaquée, la Commission a considéré que l'article 96 bis de la loi italienne sur les banques devait être interprété comme une « définition spécifique du mandat public de protection des déposants, applicable aux systèmes de garantie des dépôts reconnus en Italie ». La Commission a précisé, en effet, que, « [a]vec l'inclusion de la dernière phrase à l'article 96 bis, paragraphe 1, [de la loi italienne sur les banques,] selon laquelle les systèmes de garantie des dépôts "peuvent prévoir d'autres cas et formes d'intervention" en plus du remboursement des déposants, les autorités italiennes [avaient] choisi de permettre à leurs propres systèmes de garantie des dépôts reconnus l'utilisation des ressources mobilisées par des banques associées en consortium pour des cas d'intervention différents ». La Commission a également indiqué que l'article 96 bis de la loi italienne sur les banques constituait ainsi, d'une part, la base de la reconnaissance du FITD en tant que système de garantie des dépôts obligatoire en Italie, et, d'autre part, la disposition qui accorde au FITD la compétence pour mettre en œuvre des « interventions d'aide », y compris donc une intervention de soutien effectuée par le FITD en application de l'article 29 de ses statuts.

74 Dès lors, au considérant 122 de la décision attaquée, la Commission a relevé que « [l]e fait que le FITD soit organisé comme un consortium de droit privé [était] sans importance, dans la mesure où la simple constitution sous forme d'organisme de droit commun ne peut être considérée comme étant suffisante pour exclure qu'une mesure d'aide adoptée par un organisme de ce type soit imputable à l'État ». Elle a également souligné que « [l]es objectifs du FITD, à savoir la poursuite des intérêts communs de ses membres à travers le renforcement de la sécurité des dépôts et la protection de la réputation du système bancaire, coïncid[ai]ent clairement avec les intérêts



publics ». Toutefois, la Commission a fait observer, d'une part, que « cette coïncidence n'impliqu[ai] pas nécessairement que l'entreprise [en l'espèce, le FITD] puisse adopter sa décision sans tenir compte des dispositions des autorités publiques », et, d'autre part, qu'« [i]l n'[était] en outre pas nécessaire que l'influence de l'État soit issue d'un acte juridiquement contraignant d'une autorité publique[, l]l'autonomie que possède généralement l'entreprise n'exclu[an]t pas la participation concrète de l'État ».

- 75 En tout état de cause, la Commission a précisé, au considérant 123 de la décision attaquée, que « la législation italienne et celle de l'Union conf[éraient] à la Banque d'Italie l'autorité et les moyens pour garantir que toutes les interventions du FITD, en qualité de système de garantie des dépôts reconnu au sens [de la loi italienne sur les banques], soient conformes [au] mandat public et contribuent à la protection des déposants ».
- 76 En deuxième lieu, la Commission a considéré que les autorités publiques italiennes avaient la possibilité d'influencer toutes les étapes de la mise en œuvre d'une intervention de soutien telle que celle en cause en l'espèce.
- 77 Premièrement, la Commission a relevé que la loi italienne sur les banques conférait à la Banque d'Italie le pouvoir d'autoriser les interventions des systèmes de garantie des dépôts, y compris les interventions de soutien, et de contrôler leur respect des objectifs de stabilité du système bancaire et de protection des dépôts (considéran[ts] 127, 141 et 142 de la décision attaquée). À cet égard, au considérant 129 de la décision attaquée, la Commission a estimé que l'autorisation de la Banque d'Italie devait avoir lieu dans une phase où le FITD pouvait encore revoir et modifier la mesure proposée si la Banque d'Italie s'y opposait. Elle a donc considéré que les autorités italiennes exerçaient une influence sur les interventions de soutien avant que leur adoption ne soit effectivement décidée (considérant 130 de la décision attaquée).
- 78 Deuxièmement, la Commission a considéré que les autorités publiques italiennes avaient la faculté d'entamer la procédure menant à une intervention de soutien. À cet égard, au considérant 128 de la décision attaquée, elle a relevé que seules les banques placées sous administration extraordinaire pouvaient bénéficier d'interventions de soutien. Or, d'une part, les banques seraient placées sous administration extraordinaire par le ministère de l'Économie sur proposition de la Banque d'Italie. D'autre part, la demande d'intervention serait envoyée au FITD par le commissaire extraordinaire, qui est nommé et supervisé par la Banque d'Italie.
- 79 Troisièmement, la Commission a considéré que l'influence des autorités publiques italiennes se trouvait encore accentuée par la présence de représentants dans toutes les réunions décisionnelles, à l'occasion desquelles ces mêmes autorités avaient la possibilité de faire connaître, à un stade initial, leurs réserves (considéran[ts] 129 et 130 de la décision attaquée).
- 80 En conséquence, au considérant 138 de la décision attaquée, la Commission a conclu que, « en l'espèce, les autorités italiennes exerc[ai]ent, tant sur le plan des principes que dans la pratique, un contrôle permanent sur la conformité de l'utilisation des ressources du FITD [avec les] objectifs d'intérêt général et qu'elles [avaie]nt une influence sur l'utilisation de ces ressources ».
- 81 En troisième lieu, aux considérants 133 à 136 de la décision attaquée, la Commission a relevé que, pour les banques italiennes, il était obligatoire d'adhérer au FITD et de contribuer aux interventions qui étaient décidées par ses organes de direction. Indépendamment de leurs intérêts individuels, les membres du consortium ne pourraient ainsi ni exercer de droit de veto sur cette décision, ni se dissocier de l'intervention. Dès lors, d'après la Commission, l'intervention est imputable au FITD et non aux banques du consortium. En conséquence, étant donné que l'adhésion au FITD et les contributions aux interventions qu'il décide sont obligatoires, la Commission a indiqué que les

membres du FITD « [étaient] obligés par la législation italienne de contribuer aux coûts des interventions du FITD » et que « les ressources employées pour financer ces interventions [étaient] clairement prescrites, gérées et réparties en conformité avec la loi et d'autres réglementations publiques, et revêt[aient] donc un caractère public » (voir considérant 137 de la décision attaquée).

- 82 Compte tenu de ce qui précède, au considérant 144 de la décision attaquée, la Commission a estimé qu'il existait, en l'espèce, des indices suffisants pour prouver que les mesures litigieuses étaient imputables à l'État et étaient financées au moyen de ressources publiques. En particulier, s'agissant de l'imputabilité des mesures litigieuses à l'État, au considérant 145 de la décision attaquée, elle a précisé que, même dans l'hypothèse où, analysés individuellement, certains aspects qu'elle a déduits ne seraient pas en eux-mêmes suffisants pour conclure que les mesures litigieuses étaient imputables à l'État, la série d'indices qu'elle a évalués démontraient, dans leur ensemble, l'imputabilité à l'État des interventions du FITD.

*Sur l'imputabilité des mesures litigieuses à l'État italien*

- 83 En premier lieu, afin d'apprécier l'imputabilité d'une mesure à l'État, il importe d'examiner si les autorités publiques ont été impliquées dans l'adoption de cette mesure (voir arrêt du 13 septembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, point 21 et jurisprudence citée).
- 84 À cet égard, dans une situation concernant l'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique, il a été jugé que celle-ci pouvait être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure était intervenue, dont le fait que l'organisme en question ne pouvait pas prendre la décision contestée sans tenir compte des exigences des pouvoirs publics ou que, outre des éléments de nature organique qui liaient les entreprises publiques à l'État, celles-ci, par l'intermédiaire desquelles les aides avaient été accordées, devaient tenir compte des directives émanant d'un comité interministériel pour la programmation économique (voir, en ce sens, arrêt du 16 mai 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, point 55 et jurisprudence citée).
- 85 Selon cette même jurisprudence, d'autres indices peuvent, le cas échéant, être pertinents pour conclure à l'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique, tels que son intégration dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés, l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de l'entreprise ou tout autre indice indiquant, dans le cas concret, une implication des autorités publiques ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard également à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte (voir, en ce sens, arrêts du 16 mai 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, point 56, et du 23 novembre 2017, SACE et Sace BT/Commission, C-472/15 P, non publié, EU:C:2017:885, point 36).
- 86 En outre, compte tenu du risque de sous-inclusion (voir points 64 et 65 ci-dessus), il a été jugé que le seul fait qu'une entreprise publique avait été constituée sous la forme d'une société de capitaux de droit commun ne saurait, eu égard à l'autonomie que cette forme juridique est susceptible de lui conférer, être considérée comme suffisante pour exclure qu'une mesure d'aide prise par une telle société soit imputable à l'État. En effet, l'existence d'une situation de contrôle et les possibilités réelles d'exercice d'une influence dominante qu'elle comporte en pratique empêchent d'exclure d'emblée toute imputabilité à l'État d'une mesure prise par une telle société et, par voie de conséquence, le risque d'un contournement des règles relatives aux aides d'État, nonobstant la pertinence en tant que telle de la forme juridique de l'entreprise publique comme indice, parmi d'autres, permettant d'établir dans un cas concret l'implication ou non de l'État (voir, en ce sens,

arrêt du 16 mai 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, point 57).

- 87 En revanche, s'agissant de l'imputabilité d'une mesure d'aide prise par une entité privée, si la forme juridique d'une telle entité ne permet pas en soi d'exclure qu'une telle mesure soit imputable à l'État, il n'en demeure pas moins qu'il appartient à la Commission de prouver à suffisance de droit l'implication de l'État dans l'octroi de ladite mesure en tenant compte des particularités de la situation de cette entité privée (voir points 67 à 69 ci-dessus).
- 88 Or, à la différence d'une entreprise publique, au sens de l'article 2, sous b), de la directive 2006/111/CE de la Commission, du 16 novembre 2006, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO 2006, L 318, p. 17), énonçant que la notion d'entreprise publique vise « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation ou des règles qui la régissent », une entité privée dispose d'une autonomie de principe sur le plan décisionnel. Par ailleurs, cette autonomie est nécessairement plus importante au regard de l'État que si celui-ci était son principal ou son seul actionnaire, de sorte que les éléments avancés par la Commission, le cas échéant sous forme d'indices, quant à l'existence d'un contrôle ou d'une influence dominante sur les opérations d'une telle entité privée peuvent d'autant moins fonder des présomptions et doivent d'autant plus apparaître suffisamment probants (voir, en ce sens, arrêt du 25 juin 2015, SACE et Sace BT/Commission, T-305/13, EU:T:2015:435, points 40 et 41 ; voir, également, points 68 et 69 ci-dessus).
- 89 Ainsi, à la différence d'une situation dans laquelle une mesure prise par une entreprise publique est imputée à l'État, dans le cas d'une mesure prise par une entité privée, la Commission ne peut se limiter à établir, eu égard aux données de l'espèce, que l'absence d'influence et de contrôle effectif des autorités publiques sur cette entité privée serait improbable (voir, en ce sens, arrêt du 25 juin 2015, SACE et Sace BT/Commission, T-305/13, EU:T:2015:435, point 48).
- 90 En l'espèce, eu égard au fait que la mesure en cause a été dispensée par une entité privée, la Commission était d'autant plus tenue d'exposer et d'étayer les éléments qui lui permettaient de conclure qu'il existait des indices suffisants permettant de prouver que ladite mesure avait été adoptée sous l'influence ou le contrôle effectif des autorités publiques (voir point 69 ci-dessus) et que, partant, cette mesure était, en réalité, imputable à l'État (voir, en ce sens, arrêt du 25 juin 2015, SACE et Sace BT/Commission, T-305/13, EU:T:2015:435, point 48).
- 91 De manière générale, tout comme pour le critère relatif à l'existence de ressources publiques, le facteur déterminant pour apprécier le critère relatif à l'imputabilité de la mesure en cause à l'État est celui du degré d'intervention des autorités publiques dans la définition des mesures en cause et de leurs modalités de financement (voir, en ce sens, arrêt du 27 septembre 2012, France/Commission, T-139/09, EU:T:2012:496, point 63). En effet, seul un degré d'intervention suffisamment important permet de conclure à l'imputabilité des mesures en cause à l'État italien. C'est donc à juste titre que, au considérant 112 de la décision attaquée, la Commission s'est fondée sur ce facteur pour définir la portée de son analyse en ce qui concerne la démonstration de l'origine étatique desdites mesures.
- 92 À cet égard, s'agissant de l'imputabilité à l'État de ces mesures, les requérants, soutenus par la Banque d'Italie, font valoir, tout d'abord, que l'intervention en faveur de Tercas a été décidée par les organes de direction du FITD avec l'accord unanime de tous les représentants de ses membres, après une simple demande du commissaire extraordinaire. Aucune autorité publique n'aurait pu obliger le FITD à procéder à l'intervention si celle-ci n'avait pas été jugée conforme à l'intérêt des

membres du consortium. En outre, le commissaire extraordinaire aurait agi en qualité de gérant et de représentant légal de BPB, en se limitant à envoyer au FITD une simple demande d'intervention qui ne contraignait pas le consortium. Les délégués de la Banque d'Italie auraient participé aux réunions du FITD en qualité d'observateurs, sans droit de vote, même consultatif. En outre, les contacts préalables avec la Banque d'Italie et l'invitation non contraignante de celle-ci faite au FITD de trouver un accord équilibré avec BPB seraient l'expression d'un dialogue normal entre les parties intéressées. Enfin, l'autorisation de l'intervention du FITD par la Banque d'Italie s'inscrirait dans le contexte de sa mission de surveillance et de supervision en vue de garantir la gestion saine et prudente des banques qui lui est confiée par la loi. Cette autorisation serait intervenue 38 jours après la décision du FITD sur l'intervention et le FITD resterait libre de ne pas procéder à l'intervention.

93 La Commission soutient avoir identifié un faisceau d'indices qui, pris conjointement, permettent d'établir l'imputabilité des mesures litigieuses à l'État. En premier lieu, bien que le FITD soit un consortium privé, il poursuivrait en substance un objectif public, à savoir la protection des épargnants, objectif sur lequel veille la Banque d'Italie. En deuxième lieu, le commissaire extraordinaire serait un fonctionnaire public, nommé par la Banque d'Italie et soumis à son contrôle. En troisième lieu, la participation d'un fonctionnaire de la Banque d'Italie aux réunions du conseil et du comité de gestion, en qualité d'observateur, permettrait à la Banque d'Italie de faire connaître, à un stade initial, l'ensemble de ses réserves sur l'intervention envisagée. La présence, même à titre d'observateur, d'un délégué de la Banque d'Italie permettrait à cette dernière d'exercer son contrôle sur les actions du FITD. En quatrième lieu, la Commission souligne que toutes les interventions que le FITD entend mettre en œuvre, du remboursement des épargnants aux autres interventions, exigent l'autorisation préalable de la Banque d'Italie.

– *Sur la portée du mandat public confié au FITD*

94 Les requérantes soutiennent, en substance, que le FITD n'a pas de mandat public pour procéder à des interventions en faveur de banques en difficulté, car, l'article 96 bis de la loi italienne sur les banques prévoyant uniquement la possibilité d'autres interventions, sans précision supplémentaire, le FITD serait autonome quant aux interventions autres que le remboursement des dépôts. Ainsi, s'agissant de ces dernières, le législateur italien aurait laissé aux systèmes de garantie des dépôts, tels que le FITD, le soin de définir de manière totalement autonome l'objet, la portée et les modalités concrètes de telles interventions. Dès lors, les interventions visées à l'article 29 des statuts du FITD répondraient principalement aux intérêts privés des banques membres du consortium. Par ailleurs, la décision de prévoir dans les statuts du FITD la possibilité de mettre en œuvre des interventions autres que le remboursement de dépôts aurait été prise par les banques membres du consortium, aucune règle ou aucun acte administratif ne les obligeant en ce sens. Le fait que la Banque d'Italie approuve les statuts du FITD n'influencerait pas ses mécanismes de décision, car la Banque d'Italie devrait se limiter à constater que les dispositions statutaires concernant les missions de nature publique attribuées au FITD respectent l'objectif légal de protection des déposants.

95 La Commission rétorque que, bien qu'il soit un consortium de droit privé, doté d'organes propres et formellement indépendants, le FITD serait chargé légalement d'une mission d'intérêt public, à savoir la protection des épargnants, qui se traduit par différentes formes d'intervention. Ce constat serait par ailleurs confirmé par le fait que le FITD indique sur son site Internet que sa finalité institutionnelle consiste à apporter une garantie aux déposants des banques membres du consortium et que cette mission peut revêtir plusieurs formes. En outre, selon la Commission, la protection de l'épargne en Italie est un objectif de nature publique ayant une valeur constitutionnelle. Le fait que la Banque d'Italie, en autorisant toutes les interventions décidées par le FITD, agit, conformément à l'article 96 ter de la loi italienne sur les banques, « en tenant compte de la protection des épargnants

et de la stabilité du système bancaire » confirmerait que toutes les interventions du FITD tendent à la protection des épargnants, que le FITD agit en exécution d'un mandat public et qu'il est soumis à l'intervention de nature publique exercée par la Banque d'Italie.

- 96 En premier lieu, à l'instar des requérants, il convient de constater que les interventions de soutien du FITD visent principalement à poursuivre les intérêts privés des banques membres du FITD.
- 97 Ainsi, pour les membres du FITD, les interventions de soutien visent avant tout à éviter les conséquences économiques plus lourdes d'un remboursement des dépôts en cas de liquidation administrative forcée. En effet, il ressort du libellé de l'article 29, paragraphe 1, des statuts du FITD que les interventions de soutien sont soumises à deux conditions cumulatives. D'une part, il doit exister des perspectives de redressement de la banque en difficulté bénéficiant de l'intervention, afin d'éviter que le FITD ne soit à nouveau appelé à intervenir à l'avenir, que ce soit par une nouvelle intervention de soutien ou en vertu de l'obligation légale de rembourser les dépôts. D'autre part, les interventions de soutien doivent constituer une charge financière moins lourde pour les banques membres du FITD par rapport à la mise en œuvre de l'obligation légale de remboursement des dépôts. En imposant cette dernière condition, il convient de constater que les statuts du FITD consacrent les intérêts privés des banques membres du FITD au regard de toute autre considération liée à la protection de l'épargne. En effet, les statuts du FITD s'opposent à toute intervention de soutien qui entraînerait une charge financière trop lourde pour les membres du FITD même dans l'hypothèse où une telle intervention de soutien permettrait une meilleure protection de l'épargne en protégeant également les dépôts au-delà du plafond légal de 100 000 euros en cas de liquidation administrative forcée.
- 98 Pour les membres du FITD, les interventions de soutien visent également à éviter les conséquences négatives pour eux et pour l'ensemble du secteur bancaire, notamment en termes de réputation et de risque de panique des déposants, qu'entraînerait la liquidation administrative forcée d'une banque en difficulté. Or, le fait qu'un secteur mette en place un système privé d'assistance mutuelle ne constitue pas en soi un indice de l'implication de l'État. En effet, en l'espèce, comme le reconnaît la Commission au considérant 122 de la décision attaquée, les banques membres du FITD ont un intérêt mutuel au renforcement de la sécurité des dépôts et à la protection de la réputation du système bancaire. En l'espèce, force est également de constater que la création d'un fonds de garantie des dépôts et la possibilité d'effectuer des interventions de soutien résultaient à l'origine d'une initiative purement privée des banques membres du FITD, à une époque où la législation n'imposait pas aux banques d'adhérer à un quelconque système de garantie des dépôts (voir point 5 ci-dessus).
- 99 Certes, les intérêts privés des banques membres du consortium peuvent coïncider avec l'intérêt public. Cependant, il ressort de la jurisprudence que le fait que, dans certains cas, les objectifs d'intérêt général concordent avec l'intérêt des entités privées – telles qu'un consortium de droit privé comme en l'espèce – ne fournit, à lui seul, aucune indication sur l'implication éventuelle ou l'absence d'implication des pouvoirs publics, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la mesure en cause (voir, en ce sens, arrêt du 23 novembre 2017, SACE et Sace BT/Commission, C-472/15 P, non publié, EU:C:2017:885, point 26).
- 100 En second lieu, contrairement à ce que soutient la Commission, il convient de constater que les interventions de soutien ne mettent pas en œuvre un quelconque mandat public confié par la législation italienne.
- 101 D'une part, il ressort de l'article 96 bis, paragraphe 1, de la loi italienne sur les banques, qui dispose que « [l]es systèmes de garantie effectuent les remboursements en cas de liquidation administrative forcée des banques agréées en Italie », que le mandat public conféré au FITD par la

loi italienne consiste uniquement à rembourser les déposants, en tant que système de garantie, lorsqu'une banque membre de ce consortium fait l'objet d'une liquidation administrative forcée. Le mandat public conféré par la législation italienne aux systèmes de garantie des dépôts est d'ailleurs non seulement limité au remboursement des dépôts en cas de liquidation administrative forcée, mais aussi plafonné, étant donné que l'article 96 bis, paragraphe 5, de la loi italienne sur les banques dispose que « la limite de remboursement pour chaque déposant est égale à 100 000 euros ». En dehors de ce cadre, le FITD n'agit donc pas en exécution d'un objectif public imposé par la législation italienne (voir point 97 ci-dessus).

102 D'autre part, il y a lieu de noter que la législation italienne n'oblige aucunement le FITD, ni aucun autre système de garantie des dépôts, à prévoir la possibilité d'effectuer des interventions de soutien. Elle ne règle pas non plus les modalités de telles interventions. La disposition légale invoquée par la Commission n'impose pas au FITD, en l'absence d'une liquidation administrative forcée de l'un de ses membres, d'intervenir au titre d'un mandat public de protection des déposants. En effet, en dehors du remboursement des dépôts aucune forme d'intervention obligatoire n'est prévue par cette disposition.

103 Certes, si l'article 96 bis, paragraphe 1, de la loi italienne sur les banques dispose que « [l]es systèmes de garantie peuvent prévoir d'autres cas et formes d'intervention », il ressort expressément de cette disposition qu'il ne s'agit que d'une simple possibilité laissée à la libre appréciation des systèmes de garantie des dépôts. La législation italienne n'impose pas à ces systèmes de prévoir des cas et des formes d'interventions différentes de l'obligation légale de remboursement des dépôts en cas de liquidation administrative forcée. De plus, si un système italien de garantie des dépôts prévoit la possibilité de telles interventions, le législateur italien le laisse libre d'en définir l'objet et les modalités.

104 En l'espèce, la possibilité pour le FITD d'effectuer des interventions de soutien ne résulte donc pas d'une quelconque obligation légale, mais uniquement d'une décision autonome des banques membres du consortium d'introduire une telle possibilité dans les statuts du FITD. Ce sont également les banques membres du consortium qui ont défini de manière autonome les conditions dans lesquelles de telles interventions de soutien pouvaient intervenir. Ainsi, l'article 29 des statuts du FITD prévoit que le FITD « peut intervenir en faveur d'un membre du consortium placé sous régime d'administration extraordinaire s'il existe des perspectives d'assainissement et s'il est prévisible que le coût sera inférieur à celui d'une intervention en cas de liquidation ».

105 Or, en l'absence de toute obligation légale de prévoir de telles interventions, le fait que, conformément à l'article 96 ter, premier alinéa, sous a), de la loi italienne sur les banques, les statuts du FITD soient approuvés par la Banque d'Italie ne constitue pas un élément susceptible de remettre en cause l'autonomie décisionnelle du FITD en ce qui concerne les interventions de soutien. Il en est d'autant plus ainsi que, conformément aux dispositions de la loi italienne sur les banques, la Banque d'Italie approuve les statuts de l'ensemble des institutions bancaires italiennes dans le cadre de ses missions de contrôle prudentiel.

106 Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce que la Commission fait valoir au considérant 121 de la décision attaquée, les interventions de soutien, telles que celle en cause en l'espèce, ont une finalité différente de celle des remboursements des dépôts en cas de liquidation administrative forcée et ne constituent pas la mise en œuvre d'un mandat public.

– *Sur l'autonomie du FITD lors de l'adoption de l'intervention*

107 Premièrement, les requérants soutiennent que l'intervention du FITD en faveur de Tercas a été décidée de manière autonome. Cette décision aurait été adoptée volontairement par les organes de

direction du FITD et aurait réuni l'accord unanime de tous les représentants des banques membres du consortium. Aucune autorité publique n'aurait donné d'instructions ou de directives contraignantes et aucune autorité publique n'aurait pu obliger le FITD à procéder à l'intervention si ses organes ne l'avaient pas jugée conforme à l'intérêt des membres.

- 108 Deuxièmement, conformément à l'article 72, paragraphe 1, de la loi italienne sur les banques, le commissaire extraordinaire exercerait « les fonctions et les pouvoirs d'administration de la banque » et se substituerait ainsi aux pouvoirs de nature privée des organes administratifs dissous. En l'espèce, en qualité de gérant et de représentant légal de Tercas, une banque alors placée sous le régime de l'administration extraordinaire, le commissaire extraordinaire se serait limité à envoyer au FITD une simple demande d'intervention, qui ne le contraignait en aucune manière. Par ailleurs, les requérants font observer que le commissaire extraordinaire n'est pas tenu d'obtenir l'accord ou l'avis de la Banque d'Italie pour présenter une demande d'intervention de soutien au FITD.
- 109 Troisièmement, le délégué de la Banque d'Italie aurait participé aux réunions du conseil et du comité de gestion du FITD en qualité de simple observateur, donc avec un rôle passif et sans droit de vote, même consultatif.
- 110 Quatrièmement, les « contacts » avec la Banque d'Italie et l'« invitation » de cette dernière à trouver un « accord équilibré avec l'acheteur BPB en vue de la couverture des fonds propres négatifs » seraient l'expression d'un dialogue sain et normal avec les autorités de surveillance compétentes dans un contexte complexe tel que celui de la gestion de la crise d'un établissement de crédit. Par ailleurs, l'« invitation » de la Banque d'Italie exprimerait un simple souhait ayant un contenu général (« rechercher un accord équilibré ») et en tant que tel, serait totalement acceptable en ce qu'elle laissait aux parties toute appréciation quant à l'éventuel accord. Quoiqu'il en soit, une « invitation » n'aurait pu avoir aucune valeur contraignante pour le FITD.
- 111 Cinquièmement, à l'instar de toutes les autorisations de la Banque d'Italie, l'autorisation relative aux interventions de soutien prévue par l'article 96 ter, premier alinéa, sous d), de la loi italienne sur les banques s'inscrirait dans le cadre de la mission de surveillance et de supervision confiée à la Banque d'Italie en vue de garantir la gestion saine et prudente des banques, sans affecter les choix effectués de manière autonome par les organismes sur lesquels la Banque d'Italie exerce sa surveillance. Une telle autorisation interviendrait également en aval d'une décision déjà adoptée de manière autonome par les organes du FITD, soit, en l'espèce, 38 jours après la décision d'intervention. En tout état de cause, même après avoir été accordée, l'autorisation de la Banque d'Italie n'aurait pu avoir aucune valeur contraignante pour le FITD, qui restait libre de ne pas procéder à l'intervention.
- 112 La Commission rétorque que la Banque d'Italie exerce un contrôle effectif, permanent et ex ante sur les activités du FITD par l'approbation de ses statuts, la participation d'un de ses délégués aux réunions du conseil et du comité de gestion du FITD et l'autorisation préalable de chacune des interventions que le FITD entend mettre en œuvre. La Banque d'Italie aurait également nommé le commissaire extraordinaire, fonctionnaire public soumis à sa surveillance, qui a assuré la gestion de Tercas et qui a des pouvoirs importants.
- 113 À cet égard, il convient tout d'abord de relever que le FITD est un consortium de droit privé qui agit, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de ses statuts, « pour le compte et dans l'intérêt des membres du consortium ». De plus, ses organes de direction, à savoir le comité de gestion et le conseil, sont élus par l'assemblée générale du FITD et sont, comme l'assemblée générale, exclusivement composés de représentants des banques membres du consortium. Force est donc de constater qu'il n'existe aucun élément de nature organique liant le FITD aux autorités publiques italiennes.

- 114 C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner les éléments retenus par la Commission dans la décision attaquée pour considérer que les autorités publiques italiennes avaient néanmoins l'autorité et les moyens d'influencer toutes les étapes de la mise en œuvre d'une intervention de soutien et qu'elles ont exercé ces pouvoirs en ce qui concerne l'adoption des mesures litigieuses. En particulier, il convient de vérifier si les indices sur lesquels se fonde la Commission prouvent, à suffisance de droit, que l'intervention du FITD en faveur de Tercas peut être imputée à l'État italien au regard de la jurisprudence et des principes rappelés aux points 63 à 69 et 83 à 91 ci-dessus.
- 115 En premier lieu, s'agissant de l'autorisation, par la Banque d'Italie, de l'intervention du FITD en faveur de Tercas, il convient de constater qu'elle ne constitue pas un indice permettant d'imputer la mesure en cause à l'État.
- 116 Premièrement, il ressort de la législation italienne que l'autorisation par la Banque d'Italie des interventions de soutien n'intervient qu'à l'issue d'un contrôle de conformité de la mesure avec le cadre réglementaire, effectué dans le cadre de la mission prudentielle de cette dernière. À cet égard, l'article 96 ter, paragraphe 1, sous d), de la loi italienne sur les banques dispose que la Banque d'Italie « autorise les interventions des systèmes de garantie [...] en tenant compte de la protection des déposants et de la stabilité du système bancaire ». Cette disposition doit être interprétée à la lumière des fonctions de surveillance prudentielle conférées à la Banque d'Italie par la législation italienne et qu'elle exerce « en tenant compte de la gestion saine et prudente des établissements soumis à son contrôle, de la stabilité globale, de l'efficacité et de la compétitivité du système financier et du respect des dispositions applicables » (article 5, paragraphe 1, de la loi italienne sur les banques). En effet, outre les interventions des systèmes de garantie, la législation italienne soumet un certain nombre de décisions majeures des banques, telles que les acquisitions, et d'autres acteurs du secteur financier à l'autorisation de la Banque d'Italie (voir, notamment, article 19 de la loi italienne sur les banques). Or, en soumettant les interventions des systèmes de garantie et d'autres décisions prises par des acteurs privés du secteur financier à une autorisation de la Banque d'Italie, la législation italienne ne vise aucunement à substituer l'appréciation de la Banque d'Italie à celle des acteurs concernés quant à l'opportunité de prendre les décisions en question ou à la définition de leurs modalités. Au contraire, il convient de constater que la Banque d'Italie n'effectue qu'un contrôle de conformité de la mesure avec le cadre réglementaire, à des fins de surveillance prudentielle.
- 117 Deuxièmement, il convient de constater que la Banque d'Italie n'a aucun moyen d'imposer au FITD d'intervenir au soutien d'une banque en difficulté.
- 118 Les pouvoirs de la Banque d'Italie se limitent à réaliser un contrôle de conformité avec le cadre réglementaire des interventions de soutien, telles que décidées par les organes de direction du FITD, en vue de les autoriser. Contrairement à ce que semble indiquer la Commission au considérant 129 de la décision attaquée, le fait que le FITD garde la possibilité, s'il le souhaite, de soumettre à la Banque d'Italie une nouvelle demande d'autorisation pour une intervention de soutien à des conditions différentes en cas de refus d'autorisation ne donne pas à la Banque d'Italie le pouvoir d'intervenir lors de l'adoption par le FITD des interventions de soutien. En effet, comme il ressort des considérants 18 et 19 de la décision attaquée, il s'agit uniquement d'autoriser la mise en œuvre des interventions de soutien adoptées de manière autonome par les organes de direction du FITD. Ces derniers restent seuls compétents pour décider d'intervenir au soutien d'une banque en difficulté et pour déterminer les modalités pratiques d'une telle intervention.
- 119 De plus, comme le reconnaît la Commission au considérant 132 de la décision attaquée, le FITD n'est pas tenu d'effectuer une intervention de soutien qui aurait été autorisée par la Banque d'Italie. À cet égard, il suffit de relever que la Banque d'Italie avait autorisé le 4 novembre 2013 une première intervention de soutien en faveur de Tercas, décidée par les organes de direction du FITD



les 28 et 29 octobre 2013, que le FITD n'a jamais mise en œuvre.

- 120 En tout état de cause, en l'espèce, il convient de constater, d'une part, que l'intervention du FITD en faveur de Tercas a été adoptée à l'unanimité par le comité de gestion et le conseil du FITD, le 30 mai 2014, et, d'autre part, que celle-ci a été autorisée telle quelle par la Banque d'Italie le 7 juillet 2014. Dans ces circonstances, l'autorisation de la Banque d'Italie de la mesure en cause ne peut constituer un indice prouvant que les autorités publiques italiennes ont été impliquées dans l'adoption de ladite mesure d'une manière telle que l'intervention du FITD en faveur de Tercas puisse leur être imputée.
- 121 En deuxième lieu, s'agissant de la présence de représentants de la Banque d'Italie aux réunions des organes de direction du FITD, il convient de constater qu'elle ne constitue pas non plus un indice d'imputabilité de la mesure en cause à l'État.
- 122 D'une part, il ressort expressément de l'article 13, paragraphe 6, et de l'article 16, paragraphe 3, des statuts du FITD que les délégués de la Banque d'Italie qui assistent aux réunions du comité de gestion et du conseil du FITD n'exercent qu'un rôle de simple observateur sans aucun droit de vote ni aucune voix consultative.
- 123 D'autre part, il ressort du dossier que la Commission n'apporte aucun élément au soutien de ses affirmations, aux considérants 129 et 130 de la décision attaquée, selon lesquelles « l'on [pourrait] supposer » que la présence des délégués, en tant qu'observateurs, aux réunions des organes de direction du FITD « permet[trait] à la [Banque d'Italie] de faire connaître à un stade initial l'ensemble de ses réserves sur les interventions envisagées » et d'« accentu[er] » l'influence qu'elle exercerait sur celles-ci. À cet égard, il convient de constater qu'il ressort de la décision attaquée que ces affirmations ne constituent que de simples suppositions et ne sont aucunement étayées par les éléments du dossier. Au contraire, les procès-verbaux des réunions des organes de direction du FITD attestent le rôle purement passif des délégués de la Banque d'Italie. En effet, lors de la réunion du comité de gestion du 30 mai 2014, un délégué de la Banque d'Italie s'est limité à exprimer à la fin de la rencontre sa satisfaction sur la manière dont la crise de Tercas avait été traitée tandis que, lors de la réunion du conseil du 30 mai 2014, les délégués de la Banque d'Italie n'ont même pas pris la parole.
- 124 Au regard de ces constatations factuelles, la Commission n'a pas prouvé que la présence, même seulement à titre d'observateur, de délégués de la Banque d'Italie lors des réunions des organes de direction du FITD permettrait à cette dernière d'influencer les décisions du FITD.
- 125 En troisième lieu, s'agissant du contexte dans lequel l'intervention du FITD en faveur de Tercas a été adoptée, il convient de constater que la Commission n'a apporté aucun élément prouvant que la Banque d'Italie aurait influencé de manière décisive la négociation entre, d'une part, le FITD et, d'autre part, BPB et le commissaire extraordinaire.
- 126 Ainsi, s'agissant du fait que les négociations entre les parties privées intéressées auraient été menées « en coordination avec la Banque d'Italie » (considérant 131 de la décision attaquée), il convient de relever, à l'instar des requérants, que, dans une opération aussi complexe que celle de la gestion de la crise d'un établissement de crédit, il n'est pas surprenant que la Banque d'Italie soit informée des progrès des négociations entre les parties intéressées. Par conséquent, le fait que des rencontres de nature informelle aient pu avoir lieu, entre, d'une part, les parties intéressées (à savoir le FITD, BPB et, pour le compte de Tercas, le commissaire extraordinaire) et, d'autre part, la Banque d'Italie, aux fins d'informer la Banque d'Italie du développement des négociations, ne sont que l'expression d'un dialogue légitime et ordinaire avec les autorités de surveillance compétentes. Force est de constater que la Commission n'apporte aucun élément de preuve établissant que la

Banque d'Italie se serait servie de ces contacts afin d'influencer de manière déterminante le contenu des mesures litigieuses en cause. Au contraire, rien dans le dossier n'est susceptible de remettre en cause l'argument des requérants selon lequel de tels contacts ont uniquement permis à la Banque d'Italie d'être informée de l'évolution du dossier afin de pouvoir prendre plus rapidement sa décision quant à l'autorisation de la mesure en cause, une fois celle-ci adoptée par les organes de direction du FITD et notifiée à la Banque d'Italie.

- 127 Il en est de même s'agissant du fait que la Banque d'Italie aurait « invité » le FITD à parvenir à un « accord équilibré » avec BPB en ce qui concerne la couverture des fonds propres négatifs de Tercas, en tenant compte de l'incidence négative possible de la liquidation de Tercas et de sa filiale Banca Caripe. En effet, il convient de relever, à l'instar des requérants, qu'il s'agit de l'expression d'un simple souhait ayant un contenu général et dépourvu de toute valeur contraignante pour le FITD. Un tel souhait de la part des autorités publiques n'est pas surprenant dans des circonstances telles que celles de l'espèce. Un tel souhait n'était toutefois aucunement destiné à donner des injonctions aux parties concernées et n'a d'ailleurs pas été interprété en ce sens par ces dernières. En tout état de cause, il ne ressort pas du dossier que ladite invitation ait eu la moindre incidence sur la décision du FITD d'intervenir en faveur de Tercas, celle-ci s'expliquant essentiellement par des considérations économiques propres au FITD et à ses membres attestées par le rapport de la société d'audit et de conseil mandatée à cet effet (voir point 19 ci-dessus).
- 128 Enfin, en quatrième lieu, s'agissant du rôle joué par le commissaire extraordinaire, le fait qu'il ait la faculté d'entamer la procédure pouvant mener à une intervention de soutien du FITD en lui transmettant une demande non contraignante en ce sens ne saurait non plus remettre en cause l'autonomie du FITD pour décider d'une telle intervention.
- 129 En vertu de l'article 29, paragraphe 1, de ses statuts, le FITD ne peut effectuer d'interventions de soutien qu'au bénéfice de banques membres du consortium qui sont placées sous le régime d'administration extraordinaire. À cet égard, il ressort des articles 70 à 72 de la loi italienne sur les banques que la décision de placer une banque sous administration extraordinaire est prise par le ministre de l'Économie sur proposition de la Banque d'Italie, et le commissaire extraordinaire est nommé par la Banque d'Italie, qui a également le pouvoir de le révoquer. Une fois nommé, le commissaire extraordinaire agit, conformément à l'article 72, paragraphe 1, de la loi italienne sur les banques, en tant qu'administrateur de la banque et succède aux pouvoirs de nature privée des organes administratifs de la banque placée sous le régime de l'administration extraordinaire dans l'intérêt des déposants.
- 130 Cependant, il convient de constater que l'introduction, par le commissaire extraordinaire, d'une demande d'intervention au FITD n'oblige aucunement ce dernier à y faire droit ni n'influence l'autonomie du FITD quant au contenu de l'intervention de soutien si ce dernier décide d'agir. De plus, contrairement à ce que la Commission déclare au considérant 128 de la décision attaquée, rien dans les statuts du FITD ou la législation italienne n'indique que le commissaire extraordinaire serait le seul à pouvoir formuler une telle demande ni ne contredit l'affirmation du FITD selon laquelle il pourrait prendre lui-même l'initiative d'engager la procédure de mise en œuvre d'une intervention de soutien même en l'absence de demande formulée en ce sens par le commissaire extraordinaire.
- 131 En outre, en l'espèce, la Commission ne produit aucun élément de preuve indiquant que la demande introduite par le commissaire extraordinaire serait le résultat d'instructions de la Banque d'Italie. Au contraire, il ressort des circonstances rappelées au point 16 ci-dessus que l'initiative de faire appel au FITD résulte des exigences posées par BPB, qui avait conditionné sa souscription à une augmentation de capital de Tercas à la couverture du déficit patrimonial de cette banque par le FITD.

132 En conclusion, il ressort de tout ce qui précède que la Commission a commis une erreur en estimant, au considérant 133 de la décision attaquée, qu'elle avait démontré que les autorités italiennes avaient exercé un contrôle public substantiel dans la définition de l'intervention du FITD en faveur de Tercas. Au contraire, force est de constater que la Commission n'a pas prouvé à suffisance de droit l'implication des autorités publiques italiennes dans l'adoption de la mesure en cause ni, par conséquent, l'imputabilité de cette mesure à l'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

*Sur le financement de l'intervention au moyen de ressources d'État*

133 La notion d'intervention « au moyen de ressources d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, vise à inclure, outre les avantages accordés directement par un État, ceux accordés par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État en vue de gérer l'aide. En effet, le droit de l'Union ne saurait admettre que le seul fait de créer des institutions autonomes chargées de la distribution d'aides permette de contourner les règles relatives aux aides d'État (voir arrêt du 9 novembre 2017, Commission/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, points 44 et 45 et jurisprudence citée).

134 Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, l'article 107, paragraphe 1, TFUE englobe tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'État. En conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en la possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de « ressources d'État » (voir arrêt du 9 novembre 2017, Commission/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, point 46 et jurisprudence citée).

135 À cet égard, dans une situation concernant des entreprises publiques, il a été jugé que, dès lors que leurs ressources tombaient sous le contrôle de l'État et étaient donc à la disposition de celui-ci, celles-ci relevaient de la notion de « ressources d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. En effet, l'État est parfaitement en mesure, par l'exercice de son influence dominante sur de telles entreprises, d'orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer, le cas échéant, des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises. Le fait que les ressources concernées soient gérées par des entités distinctes de l'autorité publique ou qu'elles soient d'origine privée est sans incidence à cet égard (voir arrêt du 9 novembre 2017, Commission/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, points 47 et 48 et jurisprudence citée).

136 Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 novembre 2017, Commission/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, points 49 à 53), la Cour a relevé que les trois entreprises concernées étaient des entreprises publiques détenues par l'État et qu'elles s'étaient vu confier la gestion du transfert, vers l'une d'elles, des recettes provenant de la commercialisation des espaces publicitaires de cette entreprise. La Cour a également constaté que l'ensemble du canal emprunté par ces recettes était régi par une loi, en vertu de laquelle des entreprises publiques spécialement mandatées par l'État avaient pour mission de gérer lesdites recettes. Les recettes en question se trouvaient, de ce fait, sous contrôle public et à la disposition de l'État, qui pouvait décider de leur affectation. Dès lors, la Cour a conclu que ces recettes constituaient bien des « ressources d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

137 Dans les présentes affaires, les requérants, soutenus par la Banque d'Italie, font valoir que la Commission a considéré à tort, dans la décision attaquée, que les ressources utilisées par le FITD étaient des « ressources d'État ». Ainsi, la Commission ne pourrait pas alléguer que le FITD agit au titre d'un mandat public quand il intervient en faveur d'un de ses membres en difficulté et non au

titre de la garantie légale des dépôts des déposants. De même, il devrait être tenu compte du fait que le FITD est un consortium de droit privé, dont les organes représentent ses membres et non les pouvoirs publics. Si un représentant de la Banque d'Italie assiste à certaines réunions des organes du FITD, ce serait uniquement à titre d'observateur et sans droit de vote ou rôle consultatif. Aucune autorité publique n'aurait pu imposer au FITD de décider l'intervention ou d'en prescrire les modalités. De même, si le commissaire extraordinaire, qui a succédé aux dirigeants de Tercas, a demandé au FITD d'intervenir, ce serait dans l'intérêt de cette entreprise et de ses créanciers et sans pouvoir lier le FITD. En outre, l'autorisation de l'intervention par la Banque d'Italie s'insérerait dans le contexte de ses missions ordinaires de protection de la stabilité et de l'épargne. Il s'agirait d'une mesure de ratification limitée à un contrôle formel a posteriori d'un acte de nature privée. Par ailleurs, les contributions des membres relatives à l'intervention ne seraient ni imposées, ni contrôlées, ni à la disposition de l'État. Si les membres du consortium sont obligés de contribuer au remboursement des dépôts, aucune règle ni aucun acte administratif ne leur imposerait de contribuer à l'intervention. Le caractère obligatoire de ces contributions ne découle que des statuts et des décisions du FITD.

- 138 La Commission fait valoir, en substance, que bien qu'il soit un consortium de droit privé, doté d'organes propres et formellement indépendants, le FITD est légalement chargé d'une mission d'intérêt public, la protection des épargnants, laquelle pourrait prendre différentes formes. De même, la Banque d'Italie exercerait un contrôle effectif, permanent et ex ante sur les activités du FITD en raison de l'approbation de ses statuts, de la participation d'un de ses délégués aux réunions du conseil et du comité de gestion du FITD et de l'autorisation préalable de chaque intervention. En outre, ce serait la Banque d'Italie qui a nommé le commissaire extraordinaire, un fonctionnaire public soumis à sa surveillance, qui a assuré la gestion de Tercas pendant la période d'administration extraordinaire. Par ailleurs, le FITD étant le seul système de garantie des dépôts reconnu par la Banque d'Italie, les banques qui ne sont pas des coopératives de crédit se trouveraient donc obligées d'y adhérer et d'y verser les contributions exigées pour satisfaire à l'objectif public de protection de l'épargne.
- 139 En l'espèce, pour conclure au considérant 144 de la décision attaquée que l'intervention du FITD en faveur de Tercas était financée au moyen de ressources publiques, la Commission a pris en considération les indices suivants : le fait que le FITD était titulaire d'un mandat public ; le contrôle des autorités publiques sur les ressources utilisées par le FITD pour financer l'intervention et le fait que les contributions utilisées par le FITD pour financer l'intervention avaient un caractère obligatoire.
- 140 Premièrement, la Commission a considéré que le FITD était titulaire d'un mandat public et que l'intervention du FITD en faveur de Tercas a été faite afin de protéger les dépôts des déposants. En effet, les autorités italiennes auraient choisi de permettre à leurs systèmes de garantie des dépôts d'utiliser des ressources mobilisées auprès de leurs membres pour réaliser d'autres types d'intervention que celle qui consiste à rembourser les dépôts des déposants (voir considérant 121 de la décision attaquée).
- 141 À cet égard, ainsi qu'il ressort de ce qui a été exposé ci-dessus en ce qui concerne l'imputabilité de l'intervention à l'État, il s'avère que le mandat public conféré aux différents systèmes de garantie des dépôts en Italie impose seulement la mise en œuvre d'un système permettant le remboursement des dépôts des déposants en cas de défaillance d'un établissement de crédit. Ce mandat public ne prévoit pas, pour autant, que ces systèmes doivent également intervenir en amont avant qu'une telle défaillance n'intervienne en sollicitant auprès de leurs membres les ressources nécessaires. En l'espèce, ce sont bien les statuts du FITD, un consortium privé, qui prévoit depuis son origine la possibilité d'intervenir en faveur de l'un de ses membres si celui-ci, en difficulté, a des perspectives de redressement et si ladite intervention revient moins chère que la mise en œuvre de la garantie

devenue légale des dépôts des déposants.

- 142 Cette analyse vaut également en ce qui concerne l'examen des éléments retenus pour établir le financement de l'intervention au moyen de ressources d'État.
- 143 Deuxièmement, afin d'établir le contrôle des autorités publiques sur les ressources utilisées par le FITD pour financer l'intervention, la Commission a fait état de certaines caractéristiques de cette intervention. Ainsi, elle a fait valoir que seules les banques soumises au régime de l'administration extraordinaire pouvaient bénéficier des interventions du FITD au titre de l'article 29, paragraphe 1, de ses statuts et, dès lors, que seul le commissaire extraordinaire de Tercas, un fonctionnaire public sous le contrôle de la Banque d'Italie, avait « la faculté de mettre en œuvre une mesure d'intervention du FITD » (voir considérant 128 de la décision attaquée). De même, la Banque d'Italie disposerait de vastes pouvoirs en ce qui concerne le FITD, dont, notamment, elle a approuvé les statuts et autorisé l'intervention en faveur de Tercas avant son entrée en vigueur (voir considérants 124, et 127 à 129 de la décision attaquée).
- 144 À cet égard, pour les mêmes raisons que celles exposées en ce qui concerne l'imputabilité de l'intervention à l'État, il s'avère que les éléments susvisés doivent être appréciés dans leur contexte, duquel il ressort qu'ils ne sont pas suffisants pour conclure que, du fait du contrôle exercé par les autorités publiques, les ressources utilisées par le FITD pour financer l'intervention sont des « ressources d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- 145 En effet, la décision du commissaire extraordinaire de Tercas de demander au FITD une intervention, au nom de l'entreprise pour laquelle il exerçait les fonctions de direction en raison de son placement sous administration extraordinaire, s'explique par le fait que, au nombre des différentes options disponibles, celle proposée par BPB lui semblait la plus intéressante. La proposition de BPB étant conditionnée à une intervention du FITD en faveur de Tercas (voir point 16 ci-dessus), il ne peut dès lors être considéré qu'une telle demande découle d'une initiative des autorités publiques, lesquelles auraient ainsi cherché à orienter l'utilisation des ressources du FITD. Ainsi, c'est plutôt en considération d'une initiative privée transmise au commissaire extraordinaire, lequel a considéré, comme l'aurait fait un administrateur ordinaire placé dans la même situation, qu'elle était dans l'intérêt de l'entreprise qu'il administrait, que le FITD a été saisi d'une demande d'intervention en application de l'article 29, paragraphe 1, de ses statuts.
- 146 Par ailleurs, comme le fait valoir la Banque d'Italie devant le Tribunal, les différentes possibilités d'intervention dont elle dispose en ce qui concerne le FITD visent seulement à mettre en œuvre ses pouvoirs de surveillance quant aux objectifs de protection des épargnants, de stabilité du système bancaire et de gestion saine et prudente des banques.
- 147 Dans les présentes affaires, il ne ressort pas du dossier que l'autorisation de l'intervention du FITD en faveur de Tercas ait donné lieu à autre chose qu'un contrôle formel de régularité de la part de la Banque d'Italie. En l'espèce, cette autorisation, tout comme les différents actes qui l'ont précédée, à compter de l'homologation du FITD comme l'un des systèmes de garantie des dépôts reconnus en Italie, ne peuvent pas être assimilés, tant individuellement que pris ensemble, à des mesures permettant d'établir que l'État était en mesure d'orienter l'utilisation des ressources du FITD pour financer l'intervention par l'exercice d'une influence dominante sur ce consortium.
- 148 En effet, l'intervention du FITD en faveur de Tercas trouve son origine dans une proposition faite initialement par BPB et reprise ensuite, dans son intérêt, par Tercas. De même, cette intervention, qui satisfait à l'objectif du consortium, correspond également à l'intérêt de ses membres.
- 149 Dans un tel contexte, les différents mécanismes prévus par la réglementation italienne pour éviter

qu'une intervention de ce type ne vienne perturber le secteur bancaire ou menacer la réalisation du mandat public confié au FITD n'ont fait ici que, sur le plan général, valider la possibilité reconnue au FITD par ses statuts d'intervenir en faveur d'un de ses membres en affectant ses propres ressources et, plus concrètement, autoriser l'intervention du FITD en faveur de Tercas conformément à l'intérêt de BPB, de Tercas et de tous les autres membres du consortium. À aucun moment, la Commission n'a été en mesure d'établir que la Banque d'Italie, à travers son contrôle formel de régularité, a cherché à orienter les ressources privées mises à la disposition du FITD.

- 150 Troisièmement, la Commission a considéré que les contributions utilisées par le FITD pour financer l'intervention avaient un caractère obligatoire, dès lors, d'une part, que les banques qui en sont membres n'ont en pratique pas d'autre choix que d'adhérer au FITD et, d'autre part, que ces banques ne peuvent pas opposer leur veto aux décisions du FITD ou se dissocier de l'intervention qu'il a décidée (voir considérants 133 à 135 de la décision attaquée).
- 151 Afin d'examiner cette argumentation, il convient tout d'abord de rappeler qu'il n'est pas contesté que les fonds utilisés pour l'intervention du FITD en faveur de Tercas sont des ressources privées qui ont été fournies par les banques membres du consortium.
- 152 En effet, de manière générale, les statuts du FITD prévoient que celui-ci est alimenté par des ressources « fournies par les membres du consortium » (voir article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, des statuts du FITD). Le montant des contributions des banques membres du consortium est fixé sur la base du volume de leurs fonds remboursables respectifs (« base contributive ») et est lié au niveau de risque de l'entreprise, mesuré à travers des « indicateurs des modes de gouvernance » (voir article 25 et annexe des statuts).
- 153 En outre, à l'époque des faits, l'article 21 des statuts du FITD précisait que, en considération des décisions des organes statutaires compétents, les ressources utilisées pour des interventions du type de celle accordée à Tercas étaient demandées par le FITD et fournies spécialement par les membres du consortium. Ainsi, alors que les ressources nécessaires pour le fonctionnement du consortium concouraient à la formation de son budget, les contributions destinées aux interventions étaient considérées comme des « avances » versées par les membres au FITD, qui les géraient pour leur compte en qualité de mandataire.
- 154 L'obligation des membres du FITD de contribuer à l'intervention décidée par ce dernier ne trouve donc pas sa source dans une disposition réglementaire, comme lorsqu'il est spécialement mandaté par l'État pour gérer les contributions faites par les membres au titre de la garantie légale des dépôts des déposants, mais dans une disposition statutaire, de nature privée, qui préserve l'autonomie de décision des membres du FITD.
- 155 Il y a également lieu de relever que, avant de décider l'intervention et de mobiliser en conséquence les ressources privées de ses membres, le FITD s'est assuré, conformément à ce qui est prescrit par l'article 29 de ses statuts et comme cela ressort du rapport présenté le 26 mai 2014 par une société d'audit et de conseil, que le coût de cette intervention était inférieur au coût que représenterait pour ses membres la liquidation de Tercas, et donc la mise en œuvre de la garantie légale des dépôts des déposants.
- 156 L'intervention du FITD en faveur de Tercas était donc non seulement dans l'intérêt de BPB et de Tercas, mais aussi dans l'intérêt de tous ses membres, dès lors que ceux-ci risquaient d'avoir à dépenser des sommes plus importantes que celles requises pour permettre à BPB de reprendre Tercas.
- 157 Dans ce contexte, il y a lieu d'observer que, comme le fait valoir le FITD, l'intervention a été

adoptée par le comité de gestion et par le conseil du FITD à l'unanimité des représentants de ses membres qui les composent. Aucun de ces représentants ne s'est donc opposé à une telle mesure.

- 158 Il est également normal qu'une fois adoptée par ses organes de direction, conformément aux dispositions statutaires, la décision en cause s'impose à l'ensemble des membres du consortium. En outre, aucun élément du dossier ne permet d'étayer l'argument selon lequel certains membres du consortium auraient désapprouvé le mécanisme statutaire des interventions ou l'intervention du FITD en faveur de Tercas.
- 159 Dès lors, le caractère obligatoire des contributions des membres du FITD à l'intervention trouve son origine dans une décision doublement acceptée par ces membres, au titre non seulement de leurs décisions d'adhérer au FITD qui prévoit une telle possibilité, mais également de leurs décisions d'accepter qu'une telle intervention soit adoptée par les organes de direction du consortium. L'intervention s'avère également conforme aux objectifs du FITD, ainsi qu'aux intérêts de ses membres.
- 160 En conséquence, l'argument de la Commission selon lequel il serait, de facto, difficile pour des établissements bancaires de se dissocier du FITD, dont ils sont historiquement membres et qui constitue à ce jour le seul fonds de garantie des dépôts réunissant les banques non mutualistes, pour créer un autre fonds de garantie qui pourrait alors être reconnu par la Banque d'Italie et dont les statuts permettraient de n'intervenir qu'au seul titre de la garantie légale des dépôts des déposants ou, le cas échéant, de refuser de contribuer à une intervention en faveur d'un membre, même si celle-ci a été adoptée par les organes de direction, reste essentiellement théorique et sans incidence sur l'intervention ici en cause.
- 161 Il ressort de ce qui précède que la Commission n'a pas établi à suffisance, dans la décision attaquée, que les ressources en cause étaient contrôlées par les autorités publiques italiennes et qu'elles étaient donc à la disposition de ces dernières. La Commission n'était donc pas en mesure de conclure que, alors même que l'intervention du FITD en faveur de Tercas a été effectuée conformément aux statuts de ce consortium et dans l'intérêt de ses membres, en utilisant des fonds exclusivement privés, ce seraient en réalité les autorités publiques qui, par l'exercice d'une influence dominante sur le FITD, auraient décidé d'orienter l'utilisation de ces ressources pour financer une telle intervention.

### *Conclusion*

- 162 La première des conditions tenant à la qualification d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE n'étant pas remplie en l'espèce, il y a lieu de faire droit aux moyens tirés de ce que la Commission a estimé à tort que les mesures litigieuses supposaient l'emploi de ressources d'État et qu'elles étaient imputables à l'État et, partant, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres arguments présentés par les requérants, d'annuler la décision attaquée.

### **Sur les dépens**

- 163 Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, la partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant succombé, il y a lieu de la condamner à supporter ses propres dépens ainsi que ceux des requérants et de l'intervenante, conformément aux conclusions en ce sens de ceux-ci.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre élargie)

déclare et arrête :

- 1) **La décision (UE) 2016/1208 de la Commission, du 23 décembre 2015, concernant l'aide d'État SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) mise à exécution par l'Italie en faveur de Banca Tercas est annulée.**
- 2) **La Commission européenne est condamnée aux dépens.**

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Forrester

Póttorak

Perillo

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 19 mars 2019.

Signatures

## Table des matières

### Antécédents du litige

#### Entités impliquées

Entités commerciales concernées par l'intervention

FITD

Banque d'Italie

Contexte et intervention du FITD en faveur de Tercas

Première tentative d'intervention

Décision d'intervention et autorisation par la Banque d'Italie

Situation de Tercas après l'intervention du FITD

Procédure administrative et décision attaquée

### Procédure et conclusions des parties

### En droit

Sur la recevabilité du recours déposé par le FITD

Sur le fond

Observations liminaires sur la notion d'« aide accordée par un État »

Éléments retenus dans la décision attaquée pour établir l'origine étatique des mesures

Sur l'imputabilité des mesures litigieuses à l'État italien

– Sur la portée du mandat public confié au FITD

– Sur l'autonomie du FITD lors de l'adoption de l'intervention

Sur le financement de l'intervention au moyen de ressources d'État

Conclusion

### Sur les dépens

---

\* Langue de procédure : l'italien.





SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata)

19 marzo 2019 (\*)

«Aiuti di Stato – Intervento di un consorzio di diritto privato tra banche in favore di uno dei suoi membri – Autorizzazione dell'intervento da parte della banca centrale dello Stato membro – Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno – Ricorso di annullamento – Nozione di aiuto di Stato – Imputabilità allo Stato – Risorse statali»

Nelle cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16,

**Repubblica italiana**, rappresentata da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Fiorentino e P. Gentili, avvocati dello Stato,

ricorrente nella causa T-98/16,

**Banca Popolare di Bari SCpA**, già Tercas-Cassa di risparmio della provincia di Teramo SpA (Banca Tercas SpA), con sede a Teramo (Italia), rappresentata da A. Santa Maria, M. Crisostomo, E. Gambaro e F. Mazzocchi, avvocati,

ricorrente nella causa T-196/16,

**Fondo interbancario di tutela dei depositi**, con sede a Roma (Italia), rappresentato da M. Siragusa, G. Scassellati Sforzolini e G. Faella, avvocati,

ricorrente nella causa T-198/16,

sostenuto da:

**Banca d'Italia**, rappresentata da M. Perassi, O. Capolino, M. Marcucci e M. Todino, avvocati,

interveniente nella causa T-198/16,

contro

**Commissione europea**, rappresentata da P. Stancanelli, L. Flynn, A. Bouchagiar e D. Recchia, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto una domanda basata sull'articolo 263 TFUE e diretta all'annullamento della decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GU 2016, L 203, pag. 1),

IL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata),

composto da S. Frimodt Nielsen, presidente, V. Kreuzschitz, I.S. Forrester, N. Póltorak (relatore) ed E. Perillo, giudici,

cancelliere: J. Palacio González, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 22 marzo 2018,

ha pronunciato la seguente

## **Sentenza**

### **Fatti**

- 1 I presenti ricorsi sono presentati dalla Repubblica italiana (causa T-98/16), dalla Banca Popolare di Bari SCpA (in prosieguito: «BPB») (causa T-196/16) e dal consorzio di diritto privato italiano Fondo interbancario di tutela dei depositi (in prosieguito: il «FITD») (causa T-198/16), avverso la decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GU 2016, L 203, pag. 1; in prosieguito: la «decisione impugnata»).
- 2 Nella decisione impugnata, la Commissione europea ha considerato che l'intervento del FITD a favore di Banca Tercas (Cassa di risparmio della Provincia di Teramo SpA) (in prosieguito: «Tercas»), autorizzato dalla banca centrale della Repubblica italiana, Banca d'Italia, il 7 luglio 2014 (in prosieguito: l'«intervento» o l'«intervento del FITD a favore di Tercas»), costituisce un aiuto di Stato illegittimo e incompatibile, che la Repubblica italiana doveva recuperare presso il beneficiario.

### ***Enti interessati***

#### *Enti commerciali interessati dall'intervento*

- 3 Tercas è una banca a capitale privato operante principalmente nella regione Abruzzo, in Italia. Alla fine del 2010, Tercas ha acquisito la Banca Caripe SpA, una banca regionale presente anch'essa in tale regione.
- 4 BPB è la società capogruppo di un gruppo bancario a capitale privato attivo principalmente nell'Italia meridionale.

### ***FITD***

- 5 Il FITD è un consorzio di diritto privato tra banche che è stato costituito su base volontaria nel 1987. Tale consorzio è di tipo mutualistico ed è stato istituito per il perseguimento degli interessi comuni dei suoi membri.
- 6 Lo scopo del FITD è quello di garantire i depositi dei suoi membri (v. articolo 1 dello statuto del FITD, nella versione vigente all'epoca dei fatti del caso di specie, in prosieguito: lo «statuto del FITD»). Nel 1996, a motivo del recepimento nel diritto italiano della direttiva 94/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (GU 1994, L 135, pag. 5), la Banca d'Italia ha riconosciuto il FITD come uno dei sistemi di garanzia dei depositi autorizzati a operare in Italia in applicazione di tali norme. In forza dell'articolo 27 del suo statuto, in caso di liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri, il FITD interviene rimborsando i depositi dei depositanti effettuati presso il medesimo entro il limite di EUR 100 000 per depositante. Secondo il comma 1 di tale disposizione, sono ammessi al rimborso i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle consorziate con obbligo di restituzione, in euro e in valuta, sotto forma di depositi o sotto altra forma, nonché agli assegni circolari e agli altri titoli di credito a essi assimilabili.

- 7 Fin dalla sua creazione, il FITD dispone della facoltà d'intervenire a favore dei suoi membri, non solo a titolo di tale garanzia, divenuta legale, dei depositi dei depositanti (l'intervento obbligatorio), ma anche su base volontaria, conformemente al suo statuto, se tale intervento consente di ridurre gli oneri che possono risultare dalla garanzia dei depositi gravante sui suoi membri (gli interventi facoltativi).
- 8 Così, in forza dell'articolo 28 del suo statuto, ove sia prevedibile un minor onere, il FITD, invece di effettuare il rimborso previsto a titolo della garanzia dei depositi dei depositanti in caso di liquidazione coatta amministrativa di un membro del consorzio, può intervenire in operazioni di cessione di attività e passività riguardanti tale membro (l'intervento facoltativo alternativo). Parimenti, in forza dell'articolo 29, comma 1, del suo statuto, indipendentemente dall'avvio formale di una procedura di liquidazione coatta amministrativa, il FITD può decidere di intervenire mediante finanziamenti, garanzie, assunzioni di partecipazioni o mediante altre forme tecniche per sostenere uno dei propri membri sottoposto ad amministrazione straordinaria, qualora sussistano prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere rispetto a quello derivante dall'intervento del FITD nel caso di una liquidazione coatta amministrativa di tale membro (l'intervento facoltativo di sostegno o preventivo, come per Tercas).
- 9 Il ruolo del FITD, gli interventi che lo stesso può realizzare, segnatamente, gli interventi di sostegno a favore dei suoi membri, e, più precisamente, la questione se l'intervento che è oggetto della decisione impugnata possa essere qualificato «aiuto concesso da uno Stato, ovvero mediante risorse statali» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, costituiscono il fulcro delle presenti cause.

#### *Banca d'Italia*

- 10 La Banca d'Italia è un'autorità pubblica che esercita le funzioni di banca centrale della Repubblica italiana. Essa è dotata di personalità giuridica autonoma e distinta da quella dello Stato italiano. In quanto membro del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), la Banca d'Italia, a norma dell'articolo 127, paragrafo 5, TFUE, deve contribuire a una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.
- 11 Fra le molteplici funzioni, il decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (in prosieguo: il «Testo unico bancario») (GURI n. 230, del 30 settembre 1993, supplemento ordinario n. 92), e successive modifiche e integrazioni, nella versione vigente all'epoca dei fatti, attribuisce alla Banca d'Italia il ruolo di autorità di vigilanza sul settore bancario e le fissa gli obiettivi di garantire la sana e prudente gestione degli enti vigilati, la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, nonché l'obiettivo dell'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.
- 12 Per realizzare tali obiettivi, in particolare quello di garantire la sana e prudente gestione degli enti vigilati, sono riconosciuti alla Banca d'Italia ampi poteri di controllo, che implicano un potere di vigilanza informativa, un potere regolamentare, un potere ispettivo e numerosi poteri di carattere autorizzativo. Tali poteri consentono alla Banca d'Italia di intervenire in tutti i momenti salienti della vita di una banca nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale di quest'ultima e al solo fine di verificare che essa sia gestita in modo sano e prudente.
- 13 Nell'esercizio delle sue prerogative, la Banca d'Italia ha segnatamente approvato lo statuto del FITD, assiste alle riunioni del FITD in qualità di osservatore senza diritto di voto e, conformemente all'articolo 96-ter, primo comma, lettera d), del Testo unico bancario, ha approvato l'intervento del FITD a favore di Tercas.

### *Contesto e intervento del FITD a favore di Tercas*

- 14 Il 30 aprile 2012, su proposta della Banca d'Italia, che aveva rilevato irregolarità in seno a Tercas, il Ministro italiano dell'Economia e delle Finanze ha deciso di sottoporre Tercas ad amministrazione straordinaria.
- 15 La Banca d'Italia ha successivamente nominato un commissario straordinario incaricato di gestire Tercas durante l'amministrazione straordinaria (in prosieguo: il «commissario straordinario»).

#### *Primo tentativo di intervento*

- 16 Nell'ottobre 2013, dopo aver valutato diverse opzioni, il commissario straordinario ha avviato trattative con BPB, la quale aveva manifestato interesse a sottoscrivere un aumento di capitale di Tercas, a condizione che fosse eseguita una due diligence sulla Tercas e che il FITD coprisse interamente il deficit patrimoniale di tale banca.
- 17 Il 28 ottobre 2013, a seguito di una domanda del commissario straordinario di Tercas basata sull'articolo 29 dello statuto del FITD, il comitato di gestione del FITD ha deciso di intervenire a sostegno di Tercas per un importo massimo di EUR 280 milioni. Il 29 ottobre 2013 il consiglio del FITD ha ratificato detta decisione. Il 4 novembre 2013, conformemente all'articolo 96-ter, primo comma, lettera d), del Testo unico bancario, la Banca d'Italia ha approvato tale intervento di sostegno.
- 18 Pur avendo già ottenuto l'autorizzazione della Banca d'Italia, il FITD ha deciso di sospendere l'intervento previsto in considerazione di incertezze relative all'assetto economico-patrimoniale di Tercas e al trattamento fiscale dell'intervento stesso. Infatti, il 18 marzo 2014, in esito alla due diligence sugli attivi di Tercas, richiesto da BPB (v. punto 16 supra), era sorto un disaccordo tra i periti del FITD e quelli di BPB. Tale disaccordo è stato poi risolto tramite arbitrato. Inoltre, il FITD e BPB hanno concordato di ripartirsi gli eventuali oneri derivanti dall'assoggettamento a imposta dell'intervento nel caso in cui l'esenzione fiscale prevista non fosse stata applicata.

#### *Decisione di intervento e autorizzazione da parte della Banca d'Italia*

- 19 A seguito della sospensione dell'intervento del 18 marzo 2014 e per verificare la convenienza economica dell'intervento a favore di Tercas rispetto al rimborso dei depositanti di tale banca, il FITD si è avvalso dell'ausilio di una società di revisione e consulenza. Alla luce delle risultanze presentate da tale società in una relazione del 26 maggio 2014, e tenuto conto del costo dell'intervento rispetto al costo di un indennizzo a titolo del sistema di garanzia dei depositi in caso di liquidazione, il comitato di gestione e il consiglio del FITD hanno deciso, il 30 maggio 2014, d'intervenire a sostegno di Tercas.
- 20 In data 1° luglio 2014 il FITD ha trasmesso alla Banca d'Italia una nuova richiesta di autorizzazione.
- 21 Il 7 luglio 2014 la Banca d'Italia ha autorizzato l'intervento del FITD a favore di Tercas. Tale intervento prevedeva tre misure (in prosieguo: le «misure controverse»), ossia, in primo luogo, un contributo di EUR 265 milioni a copertura del deficit patrimoniale di Tercas; in secondo luogo, una garanzia di EUR 35 milioni a copertura del rischio di credito associato a determinate esposizioni di Tercas; in terzo luogo, una garanzia di EUR 30 milioni a copertura dei costi derivanti dal trattamento fiscale della prima misura (v. punto 38 e articolo 1 della decisione impugnata).

#### *Situazione di Tercas dopo l'intervento del FITD*

- 22 Il commissario straordinario di Tercas, in accordo con la Banca d'Italia, ha convocato un'assemblea generale affinché gli azionisti potessero pronunciarsi sulla copertura delle perdite individuate nel corso dell'amministrazione straordinaria e su un aumento di capitale riservato a BPB.
- 23 L'assemblea generale degli azionisti di Tercas si è tenuta il 27 luglio 2014 e ha deliberato, da una parte, di coprire parzialmente le perdite, tra l'altro azzerando il capitale e annullando tutte le azioni ordinarie in circolazione e, dall'altra, di aumentare il capitale a EUR 230 milioni mediante l'emissione di nuove azioni ordinarie riservate a BPB. Questo aumento di capitale è stato effettuato il 27 luglio 2014.
- 24 Il 1° ottobre 2014 il regime di amministrazione straordinaria di Tercas è stato revocato e BPB ha nominato i nuovi organi di tale banca.
- 25 Nel dicembre 2014 BPB ha realizzato un aumento di capitale di EUR 500 milioni, comprendente l'emissione di nuove azioni e l'emissione di un prestito subordinato di categoria 2. L'aumento di capitale è servito al consolidamento dei coefficienti di capitale di BPB, che avevano subito gli effetti dell'acquisizione di Tercas.
- 26 Nel marzo 2015 BPB ha sottoscritto un nuovo aumento di capitale di Tercas per un importo pari a EUR 135,4 milioni al fine di fare fronte a ulteriori perdite subentrate nel quarto trimestre del 2014, di coprire i costi di ristrutturazione nel 2015 e 2016 e di migliorare i coefficienti di capitale di Tercas. Tali eventi non sono correlati all'intervento di sostegno del FITD a favore di Tercas.

#### ***Procedimento amministrativo e decisione impugnata***

- 27 L'8 agosto e il 10 ottobre 2014 la Commissione ha chiesto alle autorità italiane informazioni sull'intervento del FITD a favore di Tercas. Esse hanno risposto a tali richieste di informazioni il 16 settembre e il 14 novembre 2014.
- 28 Con lettera del 27 febbraio 2015 la Commissione ha informato la Repubblica italiana della propria decisione di avviare il procedimento di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE riguardo a tale misura.
- 29 Il 24 aprile 2015 la Commissione ha pubblicato la decisione di avvio nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e ha invitato le parti interessate a presentare le proprie osservazioni in merito all'intervento del FITD a favore di Tercas. Osservazioni in proposito sono state presentate alla Commissione dalla Repubblica italiana, dalla Banca d'Italia, dal FITD, da BPB e da Tercas (v. punti da 44 a 109 della decisione impugnata).
- 30 Il 13 agosto e il 17 settembre 2015 si sono svolte due riunioni con le autorità italiane e le parti interessate.
- 31 Il 23 dicembre 2015 la Commissione ha adottato la decisione impugnata.
- 32 Con tale decisione la Commissione ha constatato che le misure controverse autorizzate il 7 luglio 2014 (v. punto 21 supra) in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE costituivano aiuti incompatibili e illegittimi concessi dalla Repubblica italiana a Tercas e ha disposto che detti aiuti fossero recuperati. A tal riguardo, la Commissione ha considerato che la prima misura, destinata a coprire il deficit patrimoniale di Tercas, era un contributo a fondo perduto di EUR 265 milioni, che la seconda misura, una garanzia di EUR 35 milioni a copertura del rischio di credito associato a determinate esposizioni, doveva essere valutato pari a EUR 140 000 per tener conto, segnatamente, del fatto che tali esposizioni erano state integralmente rimborsate dai debitori alla scadenza e che

pertanto la garanzia non era stata escussa, e che la terza misura, una garanzia di EUR 30 milioni a copertura dei costi derivanti dal trattamento fiscale della prima misura, era un contributo a fondo perduto pari all'importo della garanzia.

### **Procedimento e conclusioni delle parti**

- 33 Il 4 marzo 2016, con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale, la Repubblica italiana ha presentato ricorso nella causa T-98/16.
- 34 Il 29 aprile 2016, con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale, BPB ha presentato ricorso nella causa T-196/16.
- 35 Il 1° maggio 2016, con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale, il FITD ha presentato ricorso nella causa T-198/16.
- 36 Il 1° agosto 2016, con atti depositati presso la cancelleria del Tribunale, il Fondo di Garanzia dei Depositanti del credito cooperativo e la Banca d'Italia hanno chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni del FITD nel procedimento relativo alla causa T-198/16.
- 37 Poiché la composizione delle sezioni del Tribunale è stata modificata, a norma dell'articolo 27, paragrafo 5, del regolamento di procedura del Tribunale, il giudice relatore è stato assegnato alla Terza Sezione, alla quale, di conseguenza, sono state attribuite le presenti cause.
- 38 Con ordinanza del 15 febbraio 2017, il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha respinto l'intervento del Fondo di Garanzia dei Depositanti del credito cooperativo e ha autorizzato l'intervento della Banca d'Italia. Quest'ultima ha depositato la sua memoria e le parti principali hanno depositato le loro osservazioni su di essa entro i termini stabiliti.
- 39 Su proposta della Terza Sezione, il Tribunale ha deciso, ai sensi dell'articolo 28 del regolamento di procedura, di rinviare le cause in questione dinanzi a un collegio giudicante ampliato.
- 40 Con decisione del presidente della Terza Sezione ampliata del Tribunale del 14 dicembre 2017, le cause T-98/16, T-196/16 e T-198/16 sono state riunite ai fini della fase orale del procedimento e della decisione che definisce il giudizio, ai sensi dell'articolo 68 del regolamento di procedura.
- 41 Su proposta del giudice relatore, il Tribunale (Terza Sezione ampliata) ha deciso di avviare la fase orale del procedimento e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento, ha invitato le parti a rispondere per iscritto a una serie di quesiti.
- 42 Le parti hanno risposto a tali quesiti il 15 e il 16 febbraio 2018.
- 43 Le parti hanno esposto le loro difese orali e hanno risposto ai quesiti del Tribunale all'udienza del 22 marzo 2018.
- 44 Nella causa T-98/16, la Repubblica italiana chiede che il Tribunale voglia:
- annullare la decisione impugnata;
  - condannare la Commissione alle spese.
- 45 Nella causa T-196/16, BPB chiede che il Tribunale voglia:
- annullare la decisione impugnata;

- in via subordinata, annullare gli articoli da 2 a 4 della decisione impugnata;
  - condannare la Commissione alle spese.
- 46 Nella causa T-198/16, il FITD, sostenuto dalla Banca d'Italia, chiede che il Tribunale voglia:
- annullare la decisione impugnata;
  - in via subordinata, annullare la decisione impugnata nella parte riguardante l'accertamento e la stima dell'elemento di aiuto insito nella misura n. 3;
  - condannare la Commissione al pagamento delle spese.
- 47 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
- respingere i ricorsi;
  - condannare i ricorrenti alle spese.

## **In diritto**

### ***Sulla ricevibilità del ricorso depositato dal FITD***

- 48 Senza sollevare formalmente un'eccezione di irricevibilità ai sensi dell'articolo 130, paragrafo 1, del regolamento di procedura, la Commissione esprime dubbi quanto alla ricevibilità del ricorso del FITD per difetto di legittimazione ad agire. In sostanza, ad avviso della Commissione, poiché il FITD può essere assimilato a un intermediario mediante cui lo Stato italiano ha deciso di concedere un aiuto e poiché anche lo Stato italiano ha presentato un ricorso, il ricorso di tale intermediario dovrebbe essere dichiarato irricevibile.
- 49 Il FITD contesta l'argomento della Commissione.
- 50 In via preliminare, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 263, quarto comma, TFUE, «[q]ualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Inoltre, occorre rilevare che, beneficiando della personalità giuridica, il FITD è una persona giuridica di diritto privato che può proporre un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE.
- 51 Pertanto, si deve verificare se il FITD sia direttamente e individualmente interessato dalla decisione impugnata.
- 52 Per quanto attiene alla questione se il FITD sia direttamente interessato dalla decisione impugnata, occorre rammentare che, secondo una giurisprudenza consolidata, due criteri devono essere soddisfatti. Anzitutto, l'atto in questione deve produrre direttamente effetti sulla situazione giuridica del ricorrente e, inoltre, detto atto non deve lasciare alcun potere discrezionale ai suoi destinatari incaricati della sua attuazione, la quale deve avere carattere meramente automatico e derivare dalla sola normativa dell'Unione, senza intervento di altre norme intermedie (v. sentenza del 26 gennaio 2018, Centro Clinico e Diagnostico G.B. Morgagni/Commissione, T-172/16, non pubblicata, EU:T:2018:34, punto 57 e giurisprudenza ivi citata).
- 53 Orbene, nel caso di specie, con l'adozione della decisione impugnata, che dichiara le misure



controverse incompatibili con il mercato interno, il FITD non ha il diritto di intervenire a sostegno di Tercas. Inoltre, a norma degli articoli 2 e 3 della decisione impugnata, la Repubblica italiana è tenuta a procedere immediatamente ed effettivamente al recupero presso Tercas degli aiuti concessi dal FITD e finanziati dai suoi membri e le autorità nazionali non possono esercitare a tal riguardo alcun potere discrezionale. Ne consegue che la decisione impugnata produce direttamente effetti sulla situazione giuridica del FITD, ai sensi della giurisprudenza menzionata al precedente punto 52. Il FITD è pertanto direttamente interessato dalla decisione impugnata.

- 54 Per quanto riguarda la questione se il FITD sia individualmente interessato dalla decisione impugnata, dalla giurisprudenza risulta che la posizione giuridica di un organismo diverso da uno Stato membro, che goda di personalità giuridica e abbia adottato una misura qualificata come aiuto di Stato in una decisione definitiva della Commissione, può essere individualmente interessata da tale decisione se quest'ultima impedisce a detto organismo di esercitare, come esso intende, le sue competenze, consistenti segnatamente nella concessione dell'aiuto in questione (v. sentenza del 17 luglio 2014, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Commissione*, T-457/09, EU:T:2014:683, punto 83 e giurisprudenza ivi citata).
- 55 Nella fattispecie, da un lato, è pacifico che il FITD, in quanto organismo di diritto privato (v. punto 5 supra) e dotato di personalità giuridica, ha concesso e dispensato le misure qualificate come aiuti nella decisione impugnata. Dall'altro, come sostenuto dal FITD, la decisione impugnata non solo ha reso impossibile l'intervento del FITD a favore di Tercas nel caso di specie, ma ha anche escluso la possibilità di effettuare in futuro altri interventi di sostegno, riducendo l'autonomia del FITD e quella delle banche che ne sono membri. Pertanto, la decisione impugnata interessa individualmente il FITD ai sensi della giurisprudenza indicata al precedente punto 54, in quanto impedisce al FITD di esercitare come ritiene opportuno le proprie competenze che consistono, nella fattispecie, nell'adozione di misure diverse dal rimborso dei depositi.
- 56 Si deve pertanto respingere l'eccezione di irricevibilità della Commissione nella misura in cui è diretta a far dichiarare che il FITD non è legittimato ad agire conformemente all'articolo 263 TFUE.

### *Nel merito*

- 57 Nella causa T-98/16, la Repubblica italiana deduce quattro motivi, vertenti sulle seguenti questioni:
- il finanziamento dell'aiuto mediante «risorse statali»;
  - l'imputabilità dell'aiuto allo Stato;
  - il vantaggio selettivo concesso dall'aiuto;
  - l'incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno.
- 58 Nella causa T-196/16, BPB deduce, dal canto suo, sette motivi vertenti su:
- la motivazione relativa alla dimostrazione dell'esistenza di un aiuto «concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali»;
  - il finanziamento dell'aiuto mediante «risorse statali»;
  - l'imputabilità dell'aiuto allo Stato;

- il vantaggio selettivo concesso dall'aiuto;
- l'incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno;
- l'errata qualificazione della garanzia fiscale pari a EUR 30 milioni;
- il recupero dell'aiuto.

59 Infine, nella causa T-198/16, il FITD deduce cinque motivi vertenti su:

- il finanziamento dell'aiuto mediante «risorse statali»;
- l'imputabilità dell'aiuto allo Stato;
- il vantaggio selettivo concesso dall'aiuto;
- l'incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno;
- l'errata qualificazione della garanzia fiscale pari a EUR 30 milioni.

60 Tali motivi vertono, in sostanza, sulle principali fasi del ragionamento seguito nella decisione impugnata per consentire alla Commissione di concludere che esiste un aiuto, che esso è incompatibile con il mercato interno e che è necessario disporne il recupero.

61 Nella fattispecie, il Tribunale ritiene opportuno esaminare in primo luogo gli argomenti delle parti riguardanti il criterio di aiuti «concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. A tal fine, si devono raggruppare ed esaminare congiuntamente il secondo motivo dedotto dalla Repubblica italiana nella causa T-98/16, il terzo motivo dedotto da BPB nella causa T-196/16 e il secondo motivo dedotto dal FITD nella causa T-198/16, nella parte in cui vertono sulla nozione di imputabilità dell'aiuto allo Stato. Parimenti, occorre raggruppare ed esaminare congiuntamente il primo motivo dedotto dalla Repubblica italiana nella causa T-98/16, il secondo motivo dedotto da BPB nella causa T-196/16 e il primo motivo dedotto dal FITD nella causa T-198/16, nella parte in cui vertono sulla nozione di risorse statali.

*Osservazioni preliminari sulla nozione di «aiuto concesso da uno Stato»*

62 Secondo costante giurisprudenza, la qualifica di «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE presuppone che ricorrano quattro condizioni, ovvero che sussista un intervento dello Stato o mediante risorse statali, che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che esso conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).

63 Per quanto riguarda la prima condizione relativa all'esistenza di un intervento dello Stato o mediante risorse statali, occorre rammentare che, per poter essere qualificati come «aiuti» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, determinati vantaggi devono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

64 A tale riguardo, in generale, non occorre a priori distinguere i casi in cui l'aiuto è concesso direttamente dallo Stato da quelli in cui è concesso tramite un ente pubblico o privato, designato o

istituito da detto Stato (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 23 e giurisprudenza ivi citata, e conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nella causa ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, paragrafo 67).

- 65 Infatti, l'inclusione di vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE mira a preservare l'efficacia pratica delle norme relative agli «aiuti concessi dagli Stati» di cui agli articoli da 107 a 109 TFUE. La Corte ha quindi precisato che il diritto dell'Unione non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le norme in materia di aiuti di Stato (sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99; in prosieguo: la «sentenza Stardust», EU:C:2002:294, punto 23). In altri termini, tale giurisprudenza è intesa a contrastare un rischio di sotto-inclusione. Tuttavia, la decisione di includere i vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato fa altresì emergere un rischio particolare di sovra-inclusione, qualora si comprendano vantaggi che non siano imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse statali (v., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nella causa ENEA, C-329/15, EU:C:2017:233, paragrafi 68 e 69 e giurisprudenza ivi citata).
- 66 È alla luce della necessità di evitare sia il rischio di sotto-inclusione, sia quello di sovra-inclusione dei vantaggi concessi da enti diversi dallo Stato che si devono esaminare gli elementi presi in considerazione dalla Commissione per determinare l'origine statale delle misure controverse.
- 67 A tal riguardo, è giocoforza constatare che la nozione di aiuto di Stato ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2008, British Aggregates/Commissione, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punto 111, e del 30 novembre 2016, Commissione/Francia e Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punto 87), tra cui la natura pubblica o privata dell'ente che ha concesso l'aiuto di cui trattasi. Qualora tale ente sia dotato di uno status privato o di un'autonomia, incluso quanto alla gestione dei suoi fondi, rispetto agli interventi dei pubblici poteri e delle finanze pubbliche, in senso stretto, la Commissione è soggetta, sotto il completo controllo del giudice dell'Unione, a un obbligo ancora più significativo di precisare e motivare le ragioni che le consentono di concludere nel senso di un controllo pubblico sulle risorse utilizzate e dell'imputabilità delle misure allo Stato e, di conseguenza, dell'esistenza di un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.
- 68 Così, in una situazione in cui la Commissione aveva dedotto l'imputabilità allo Stato di contributi finanziari concessi da controllate di un'impresa pubblica per il solo fatto che tali società erano indirettamente controllate dallo Stato, si è giudicato che, anche se lo Stato era in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente presunto (sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punti da 50 a 52). In un caso del genere, la Commissione deve disporre di un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto in cui tali contributi finanziari sono stati realizzati, al fine di determinare il livello d'implicazione delle autorità pubbliche nella loro concessione mediante un'impresa pubblica (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punti 52 e 55).
- 69 Tale obbligo della Commissione è tanto più necessario in una situazione in cui, come nel caso di specie, la misura in questione è concessa da un ente privato. Infatti, in una situazione del genere, non è possibile presumere che lo Stato sia in grado di controllare tale impresa e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni, a motivo del vincolo di capitale e delle prerogative ad esso correlate. Spetta dunque alla Commissione provare, in modo giuridicamente adeguato, un sufficiente grado di coinvolgimento dello Stato nella concessione della misura in oggetto,

dimostrando non solo che lo Stato ha la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'ente erogatore ma, altresì, che esso era in grado di esercitare tale controllo nel caso concreto.

70 Inoltre, nonostante la necessità di distinguere l'imputabilità di un aiuto ad uno Stato dalla questione se l'aiuto sia stato concesso mediante risorse statali, che costituiscono condizioni distinte e cumulative (v. sentenza del 5 aprile 2006, Deutsche Bahn/Commissione, T-351/02, EU:T:2006:104, punto 103 e giurisprudenza ivi citata), la Commissione non ha cercato, nella fattispecie, di distinguere chiaramente tali condizioni (v. punto 144 della decisione impugnata). Il Tribunale ritiene quindi opportuno, in primo luogo, esaminare i diversi elementi presi in considerazione dalla Commissione per dimostrare l'imputabilità dell'intervento allo Stato e, in secondo luogo, valutare gli elementi relativi al controllo esercitato dalle autorità pubbliche sulle risorse utilizzate per l'intervento del FITD a favore di Tercas.

*Elementi presi in considerazione nella decisione impugnata per stabilire l'origine statale delle misure*

71 Dopo aver rilevato, al punto 112 della decisione impugnata, che il fattore determinante per determinare l'esistenza di un «aiuto concesso da uno Stato o mediante risorse statali», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE non è l'origine diretta di tali risorse, ma il grado di intervento dell'autorità pubblica nella definizione delle misure e delle loro modalità di finanziamento, la Commissione ha spiegato, ai punti da 117 a 145, i diversi elementi, qualificati come «sufficienti indizi», che essa prendeva in considerazione.

72 In primo luogo, la Commissione ha ritenuto che lo Stato italiano avesse affidato al FITD un «mandato pubblico» relativo alla tutela dei depositanti, che esso esercita in forme diverse. A tale riguardo, al punto 120 della decisione impugnata, la Commissione ha sottolineato che la tutela del risparmio e dei depositanti aveva una posizione specifica nell'ordinamento giuridico italiano, che tutela il risparmio e che conferisce alla Banca d'Italia il compito di salvaguardare la stabilità del sistema bancario italiano a tutela dei depositanti.

73 In tale contesto, al punto 121 della decisione impugnata, la Commissione ha considerato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario doveva essere interpretato come una «definizione specifica del mandato pubblico di tutela dei depositanti, applicabile ai sistemi di garanzia dei depositi riconosciuti in Italia». La Commissione ha infatti precisato che «[c]on l'inclusione dell'ultima frase nell'articolo 96-bis, comma 1, [del Testo unico bancario,] secondo cui i sistemi di garanzia dei depositi “possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento” oltre al rimborso dei depositanti, le autorità italiane [avevano] scelto di consentire ai propri sistemi di garanzia dei depositi riconosciuti l'uso delle risorse raccolte da banche consorziate per casi di intervento diversi». La Commissione ha altresì rilevato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario costituiva pertanto, da un lato, la base per il riconoscimento del FITD quale sistema di garanzia dei depositi obbligatorio in Italia e, dall'altro, la disposizione che accorda al FITD la competenza per attuare «interventi di sostegno», incluso quindi un intervento di sostegno effettuato dal FITD a norma dell'articolo 29 del suo statuto.

74 Pertanto, al punto 122 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che «[i]l fatto che il FITD sia organizzato come un consorzio di natura privatistica [era] irrilevante (...), in quanto la mera costituzione in forma di ente di diritto comune non può essere considerata sufficiente per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da un ente di questo tipo sia imputabile allo Stato». Essa ha altresì sottolineato che «[g]li obiettivi del FITD, ossia il perseguimento degli interessi comuni dei suoi membri tramite il consolidamento della sicurezza dei depositi e la tutela della reputazione del sistema bancario, coincid[evano] chiaramente con gli interessi pubblici». Tuttavia, la Commissione ha osservato, da un lato, che «tale coincidenza non implica[va]

necessariamente che l'impresa [nella fattispecie, il FITD] potesse adottare la propria decisione senza tenere conto delle disposizioni delle autorità pubbliche», e, dall'altro, che «[i]noltre, non [era] necessario che l'influenza dello Stato deriv[asse] da un atto giuridicamente vincolante di un'autorità pubblica. L'autonomia che generalmente l'impresa possiede non esclude[va] il coinvolgimento concreto dello Stato».

- 75 In ogni caso, la Commissione ha precisato, al punto 123 della decisione impugnata, che «la legislazione italiana e quella dell'Unione conferi[vano] alla Banca d'Italia l'autorità e i mezzi per garantire che tutti gli interventi del FITD, in qualità di sistema di garanzia dei depositi riconosciuto ai sensi del Testo [u]nico [b]ancario, adempi[ssero] [al] mandato pubblico e contribuis[sero] alla tutela dei depositanti».
- 76 In secondo luogo, la Commissione ha ritenuto che le autorità pubbliche italiane avessero la possibilità di influenzare tutte le fasi di attuazione di un intervento di sostegno, come quello di cui trattasi nel caso di specie.
- 77 Innanzitutto, la Commissione ha rilevato che il Testo unico bancario conferiva alla Banca d'Italia il potere di autorizzare gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, inclusi gli interventi di sostegno, e di vigilare sul rispetto degli obiettivi di stabilità del sistema bancario e di tutela dei depositi (punti 127, 141 e 142 della decisione impugnata). A tal riguardo, al punto 129 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che l'autorizzazione della Banca d'Italia dovesse intervenire in una fase in cui il FITD poteva ancora rivedere e modificare la misura proposta se la Banca d'Italia vi si fosse opposta. Essa ha quindi considerato che le autorità italiane influissero sugli interventi di sostegno prima che se ne decidesse effettivamente l'adozione (punto 130 della decisione impugnata).
- 78 La Commissione ha poi considerato che le autorità pubbliche italiane avessero la facoltà di avviare la procedura che conduce a un intervento di sostegno. A tal riguardo, al punto 128 della decisione impugnata, essa ha rilevato che solamente le banche sottoposte ad amministrazione straordinaria potevano beneficiare di interventi di sostegno. Orbene, da un lato, le banche sarebbero sottoposte ad amministrazione straordinaria dal Ministero dell'Economia su proposta della Banca d'Italia. Dall'altro, la domanda d'intervento sarebbe inviata al FITD dal commissario straordinario, nominato e controllato dalla Banca d'Italia.
- 79 La Commissione ha infine considerato che l'influenza delle autorità pubbliche italiane era ulteriormente accentuata dalla presenza di rappresentanti in tutte le riunioni decisionali, in occasione delle quali le stesse autorità avevano modo di esternare, in una fase iniziale, i propri dubbi (punti 129 e 130 della decisione impugnata).
- 80 Di conseguenza, al punto 138 della decisione impugnata, la Commissione ha concluso che, «nel caso di specie, sia in linea di principio sia in pratica, le autorità italiane esercita[vano] un controllo costante sulla rispondenza dell'uso delle risorse del FITD agli obiettivi di interesse pubblico e influi[vano] sull'uso di tali risorse».
- 81 In terzo luogo, ai punti da 133 a 136 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che, per le banche italiane, era obbligatorio aderire al FITD e contribuire agli interventi che erano decisi dai suoi organi direttivi. Indipendentemente dai loro interessi individuali, i membri del consorzio non potrebbero quindi né esercitare un diritto di veto su tale decisione, né dissociarsi dall'intervento. Pertanto, secondo la Commissione, l'intervento è imputabile al FITD e non alle banche consorziate. Di conseguenza, poiché l'adesione al FITD e i contributi agli interventi da esso decisi sono obbligatori, la Commissione ha rilevato che per i membri del FITD «[era] obbligatorio, ai sensi della normativa italiana, contribuire ai costi degli interventi di sostegno del FITD» e che «le

risorse impiegate per finanziare tali interventi di sostegno [erano] chiaramente prescritte, gestite e ripartite in conformità con la legge o altre norme pubbliche e [avevano] quindi carattere pubblico» (v. punto 137 della decisione impugnata).

82 Tenuto conto di quanto precede, al punto 144 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che vi fossero, nella fattispecie, sufficienti indizi per dimostrare che le misure controverse erano imputabili allo Stato ed erano finanziate mediante risorse pubbliche. In particolare, per quanto riguarda l'imputabilità delle misure controverse allo Stato, al punto 145 della decisione impugnata, essa ha precisato che, anche nell'ipotesi in cui, considerati singolarmente, alcuni aspetti da essa adottati non fossero di per sé sufficienti per concludere che le misure controverse erano imputabili allo Stato, la serie di indizi da essa valutati dimostrava, nel complesso, l'imputabilità allo Stato degli interventi del FITD.

*Sull'imputabilità allo Stato italiano delle misure controverse*

83 In primo luogo, al fine di valutare l'imputabilità di una misura allo Stato, occorre esaminare se le autorità pubbliche siano state coinvolte nell'adozione di tale misura (v. sentenza del 13 settembre 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

84 A tal riguardo, in una situazione concernente l'imputabilità allo Stato di una misura di aiuto adottata da un'impresa pubblica, si è giudicato che essa poteva essere dedotta da un insieme d'indizi risultanti dalle circostanze della fattispecie e dal contesto nel quale tale misura era stata adottata, tra cui il fatto che l'organismo in questione non poteva adottare la decisione contestata senza tener conto delle esigenze dei pubblici poteri o che, oltre a elementi di natura organica che legavano le imprese pubbliche allo Stato, esse, grazie alla cui intermediazione gli aiuti erano stati concessi, dovevano tener conto delle direttive impartite da un comitato interministeriale per la programmazione economica (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punto 55 e giurisprudenza ivi citata).

85 Secondo tale medesima giurisprudenza, altri indizi possono, eventualmente, essere rilevanti per giungere ad affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, quali l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta (v., in tal senso, sentenze del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punto 56, e del 23 novembre 2017, SACE e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, EU:C:2017:885, punto 36).

86 Inoltre, dato il rischio di sotto-inclusione (v. punti 64 e 65 supra), si è giudicato che il solo fatto che un'impresa pubblica sia stata costituita in forma di società di capitali di diritto comune non può essere considerato sufficiente, tenuto conto dell'autonomia che tale forma giuridica è suscettibile di conferire all'impresa in questione, per escludere che un provvedimento di aiuto adottato da una società di questo tipo sia imputabile allo Stato. Infatti, l'esistenza di una situazione di controllo e le reali possibilità di esercitare un'influenza dominante, che detta situazione comporta in pratica, non consentono di escludere automaticamente qualsiasi imputabilità allo Stato di un provvedimento adottato da una società di questo tipo e, come conseguenza, il rischio di un aggiramento delle norme in materia di aiuti di Stato, malgrado la rilevanza, in quanto tale, della forma giuridica dell'impresa pubblica quale indizio, insieme ad altri, che permetta di dimostrare, nel caso concreto, il

coinvolgimento o meno dello Stato (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2002, Stardust, C-482/99, EU:C:2002:294, punto 57).

- 87 Invece, per quanto riguarda l'imputabilità di un provvedimento di aiuto adottato da un ente privato, se è vero che la forma giuridica di un siffatto ente non consente di per sé di escludere che una tale misura sia imputabile allo Stato, resta il fatto che spetta alla Commissione dimostrare, in modo giuridicamente adeguato, il coinvolgimento dello Stato nella concessione di detta misura, tenendo conto delle specificità della situazione di tale ente privato (v. punti da 67 a 69 supra).
- 88 Orbene, a differenza di un'impresa pubblica, ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GU 2006, L 318, pag. 17), il quale prevede che la nozione di impresa pubblica comprende «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina», un ente privato dispone di un'autonomia di principio sul piano decisionale. Inoltre, tale autonomia è necessariamente maggiore nei confronti dello Stato che se quest'ultimo fosse il suo principale o il suo unico azionista, di modo che gli elementi dedotti dalla Commissione, eventualmente sotto forma d'indizi, per quanto riguarda l'esistenza di un controllo o di un'influenza dominante sulle operazioni di un siffatto ente privato possono ancor meno fondare presunzioni e devono apparire ancor più sufficientemente probanti (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:T:2015:435, punti 40 e 41; v., altresì, punti 68 e 69 supra).
- 89 Pertanto, a differenza di una situazione in cui una misura adottata da un'impresa pubblica è imputata allo Stato, nel caso di una misura adottata da un ente privato la Commissione non può limitarsi a dimostrare, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, che la mancanza d'influenza e di controllo effettivo delle autorità pubbliche su tale ente privato sia improbabile (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:C:2015:435, punto 48).
- 90 Nella fattispecie, tenuto conto del fatto che la misura di cui trattasi è stata fornita da un ente privato, la Commissione era tanto più tenuta a esporre e suffragare gli elementi che le consentivano di affermare che sussistevano indizi sufficienti che consentivano di dimostrare che detta misura era stata adottata sotto l'influenza o il controllo effettivo delle autorità pubbliche (v. punto 69 supra) e che, di conseguenza, tale misura era, in realtà, imputabile allo Stato (v., in tal senso, sentenza del 25 giugno 2015, SACE e Sace BT/Commissione, T-305/13, EU:C:2015:435, punto 48).
- 91 In generale, così come per il criterio relativo all'esistenza di risorse pubbliche, il fattore determinante per valutare il criterio relativo all'imputabilità della misura di cui trattasi allo Stato è il grado di intervento delle autorità pubbliche nella definizione delle misure di cui trattasi e delle loro modalità di finanziamento (v., in tal senso, sentenza del 27 settembre 2012, Francia/Commissione, T-139/09, EU:C:2012:496, punto 63). Infatti, solo un grado sufficientemente elevato di intervento consente di concludere nel senso dell'imputabilità delle misure di cui trattasi allo Stato italiano. Correttamente, dunque, al punto 112 della decisione impugnata, la Commissione si è basata su tale fattore per definire la portata della sua analisi per quanto riguarda la dimostrazione dell'origine statale di dette misure.
- 92 A tal riguardo, per quanto attiene all'imputabilità allo Stato di tali misure, i ricorrenti, sostenuti dalla Banca d'Italia, affermano, innanzitutto, che l'intervento a favore di Tercas è stato deciso dagli organi direttivi del FITD con il consenso unanime di tutti i rappresentanti dei suoi membri, dietro

mera richiesta del commissario straordinario. Nessuna autorità pubblica avrebbe potuto obbligare il FITD a effettuare l'intervento se esso non fosse stato ritenuto conforme all'interesse dei membri del consorzio. Inoltre, il commissario straordinario avrebbe agito in qualità di gestore e di rappresentante legale di BPB, limitandosi a inviare al FITD una mera richiesta d'intervento che non vincolava il consorzio. I delegati della Banca d'Italia avrebbero partecipato alle riunioni del FITD in qualità di osservatori, senza diritto di voto, neppure consultivo. Inoltre, i contatti preliminari con la Banca d'Italia e l'invito non vincolante di quest'ultima rivolto al FITD a raggiungere un'intesa equilibrata con BPB sarebbero espressione di un dialogo naturale tra gli interessati. Infine, l'autorizzazione dell'intervento del FITD da parte della Banca d'Italia s'inserirebbe nel contesto dei suoi compiti di vigilanza e supervisione al fine di garantire la sana e prudente gestione delle banche, ad essa affidati dalla legge. Tale autorizzazione sarebbe intervenuta 38 giorni dopo la decisione del FITD sull'intervento e il FITD sarebbe stato libero di non effettuare l'intervento.

93 La Commissione sostiene di aver identificato una pluralità di indizi che, presi congiuntamente, consentono di dimostrare l'imputabilità delle misure controverse allo Stato. In primo luogo, sebbene il FITD sia un consorzio privato, esso perseguirebbe in sostanza un obiettivo pubblico, ossia la tutela dei risparmiatori, obiettivo su cui vigila la Banca d'Italia. In secondo luogo, il commissario straordinario sarebbe un funzionario pubblico, nominato dalla Banca d'Italia e sottoposto al suo controllo. In terzo luogo, la partecipazione di un funzionario della Banca d'Italia alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione, in qualità di osservatore, consentirebbe alla Banca d'Italia di rendere noto, in una prima fase, tutte le proprie riserve sull'intervento previsto. La presenza, anche solo in veste di osservatore, di un delegato della Banca d'Italia consentirebbe a quest'ultima di esercitare il suo controllo sulle azioni del FITD. In quarto luogo, la Commissione sottolinea che tutti gli interventi che il FITD intende attuare, dal rimborso dei risparmiatori agli altri interventi, richiedono l'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia.

– *Sulla portata del mandato pubblico affidato al FITD*

94 I ricorrenti affermano, in sostanza, che il FITD non ha un mandato pubblico per effettuare interventi a favore di banche in difficoltà poiché, dato che l'articolo 96-bis del Testo unico bancario prevede solo la possibilità di altri interventi, senza ulteriori precisazioni, il FITD sarebbe autonomo per quanto riguarda gli interventi diversi dal rimborso dei depositi. Per quanto attiene a questi ultimi, il legislatore italiano avrebbe quindi lasciato ai sistemi di garanzia dei depositi, quali il FITD, il compito di definire in modo completamente autonomo lo scopo, la portata e le modalità concrete di tali interventi. Pertanto, gli interventi di cui all'articolo 29 dello statuto del FITD risponderebbero principalmente a interessi privati delle banche consorziate. Inoltre, la decisione di prevedere nello statuto del FITD la possibilità di attuare interventi diversi dal rimborso dei depositi sarebbe stata adottata dalle banche consorziate, senza che una norma o un atto amministrativo le obbligassero in tal senso. Il fatto che la Banca d'Italia approvi lo statuto del FITD non influenzerebbe i suoi processi decisionali, poiché la Banca d'Italia dovrebbe limitarsi a constatare che le disposizioni statutarie riguardanti i compiti di natura pubblica attribuiti al FITD rispettino la finalità di legge di tutela dei depositanti.

95 La Commissione replica che, benché sia un consorzio di diritto privato, dotato di organi propri e formalmente indipendenti, il FITD sarebbe legalmente incaricato di svolgere una funzione di interesse pubblico, vale a dire la tutela dei risparmiatori, che si traduce in varie forme di intervento. Tale conclusione sarebbe peraltro confermata dal fatto che il FITD dichiara sul suo sito Internet che la sua finalità istituzionale consiste nel fornire una garanzia ai depositanti delle banche consorziate e che tale funzione può assumere varie forme. Inoltre, secondo la Commissione, la protezione del risparmio in Italia è un obiettivo di natura pubblica avente valore costituzionale. Il fatto che la Banca d'Italia, autorizzando tutti gli interventi decisi dal FITD, agisca, conformemente all'articolo



96-ter del Testo unico bancario, «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario» confermerebbe che tutti gli interventi del FITD tendono a tutelare i risparmiatori, che il FITD agisce in esecuzione di un mandato pubblico e che è sottoposto all'intervento pubblico esercitato dalla Banca d'Italia.

- 96 In primo luogo, al pari dei ricorrenti, occorre constatare che gli interventi di sostegno del FITD mirano principalmente a perseguire gli interessi privati delle banche che sono membri del FITD.
- 97 Pertanto, per i membri del FITD, gli interventi di sostegno mirano innanzitutto a evitare le conseguenze economiche più onerose di un rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa. Infatti, dal tenore letterale dell'articolo 29, comma 1, dello statuto del FITD risulta che gli interventi di sostegno sono subordinati a due condizioni cumulative. Da un lato, devono esistere prospettive di risanamento della banca in difficoltà che beneficia dell'intervento, per evitare che il FITD sia chiamato nuovamente ad intervenire in futuro, mediante un nuovo intervento di sostegno oppure in forza dell'obbligo legale di rimborsare i depositi. D'altro canto, gli interventi di sostegno devono costituire un onere finanziario meno oneroso per le banche consorziate del FITD rispetto all'attuazione dell'obbligo legale di rimborso dei depositi. Imponendo tale ultima condizione, occorre constatare che lo statuto del FITD privilegia gli interessi privati delle banche consorziate del FITD rispetto ad ogni altra considerazione legata alla tutela del risparmio. Infatti, lo statuto del FITD osta a qualsiasi intervento di sostegno che comporti un eccessivo onere finanziario per i membri del FITD, anche nel caso in cui un siffatto intervento di sostegno consentisse una migliore tutela del risparmio tutelando altresì i depositi al di là del tetto massimo legale di EUR 100 000 in caso di liquidazione coatta amministrativa.
- 98 Per i membri del FITD, gli interventi di sostegno mirano altresì a evitare le conseguenze negative nei loro confronti e per l'intero settore bancario, soprattutto in termini di reputazione e di rischio di panico tra i depositanti, che comporterebbe la liquidazione coatta amministrativa di una banca in difficoltà. Orbene, il fatto che un settore istituisca un sistema privato di mutua assistenza non costituisce di per sé un indizio del coinvolgimento dello Stato. Infatti, nel caso di specie, come riconosce la Commissione al punto 122 della decisione impugnata, le banche consorziate del FITD hanno un interesse reciproco al potenziamento della sicurezza dei depositi e alla tutela della reputazione del sistema bancario. Nella fattispecie, è altresì giocoforza constatare che la creazione di un fondo di garanzia dei depositi e la possibilità di effettuare interventi di sostegno risultavano in origine da un'iniziativa prettamente privata delle banche consorziate del FITD, in un momento in cui la legislazione non obbligava le banche ad aderire a un qualsivoglia sistema di garanzia dei depositi (v. punto 5 supra).
- 99 È vero che gli interessi privati delle banche consorziate possono coincidere con l'interesse pubblico. Tuttavia, dalla giurisprudenza emerge che il fatto che, in certi casi, gli obiettivi di interesse generale concordino con l'interesse degli enti privati – quali un consorzio di diritto privato, come nella fattispecie – non fornisce, di per sé solo, alcuna indicazione circa l'eventuale coinvolgimento o assenza di coinvolgimento dei poteri pubblici, in un modo oppure in un altro, nell'adozione della misura di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 23 novembre 2017, SACE e Sace BT/Commissione, C-472/15 P, non pubblicata, EU:C:2017:885, punto 26).
- 100 In secondo luogo, a differenza di quanto sostiene la Commissione, occorre constatare che gli interventi di sostegno non attuano un qualche mandato pubblico conferito dalla normativa italiana.
- 101 Da un lato, dall'articolo 96-bis, comma 1, del Testo unico bancario, il quale dispone che «[i] sistemi di garanzia effettuano i rimborsi nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche autorizzate in Italia», si evince che il mandato pubblico conferito al FITD dalla legge italiana consiste unicamente nel rimborsare i depositanti, in quanto sistema di garanzia, quando una banca

membro di tale consorzio è oggetto di una liquidazione coatta amministrativa. Il mandato pubblico conferito dalla normativa italiana ai sistemi di garanzia dei depositi è peraltro non solo limitato al rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa, ma anche soggetto a un tetto massimo, dato che l'articolo 96-bis, comma 5, del Testo unico bancario stabilisce che «il limite di rimborso per ciascun depositante è pari a 100 000 euro». Al di fuori di tale ambito, il FITD non agisce quindi in esecuzione di una finalità pubblica imposta dalla normativa italiana (v. punto 97 supra).

- 102 Dall'altro lato, si deve osservare che la normativa italiana non obbliga affatto il FITD, né nessun altro sistema di garanzia dei depositi, a prevedere la possibilità di effettuare interventi di sostegno. Essa non disciplina neppure le modalità di siffatti interventi. La disposizione giuridica invocata dalla Commissione non obbliga il FITD, in assenza di una liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri, ad intervenire in virtù di un mandato pubblico di tutela dei depositanti. Infatti, al di fuori del rimborso dei depositi tale disposizione non prevede alcuna forma d'intervento obbligatorio.
- 103 Se è certamente vero che l'articolo 96-bis, comma 1, del Testo unico bancario stabilisce che «[i] sistemi di garanzia possono prevedere ulteriori casi e forme di intervento», emerge espressamente da tale disposizione che si tratta di una mera possibilità lasciata alla libera valutazione dei sistemi di garanzia dei depositi. La normativa italiana non impone a tali sistemi di prevedere situazioni e forme d'intervento diversi dall'obbligo legale di rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, nel caso in cui un sistema italiano di garanzia dei depositi preveda la possibilità di siffatti interventi, il legislatore italiano gli consente di definirne lo scopo e le modalità.
- 104 Nella fattispecie, la possibilità per il FITD di effettuare interventi di sostegno non risulta quindi da un qualche obbligo legale, ma solamente da una decisione autonoma delle banche consorziate di introdurre una siffatta possibilità nello statuto del FITD. Sono inoltre le banche consorziate ad aver definito in modo autonomo le condizioni alle quali siffatti interventi di sostegno potevano intervenire. L'articolo 29 dello statuto del FITD prevede così che il FITD «può disporre interventi di sostegno della consorziata in amministrazione straordinaria quando sussistano prospettive di risanamento e ove sia prevedibile un minor onere rispetto a quello riveniente dall'intervento in caso di liquidazione».
- 105 Orbene, in assenza di un obbligo legale di prevedere siffatti interventi, il fatto che, ai sensi dell'articolo 96-ter, primo comma, lettera a), del Testo unico bancario, lo statuto del FITD sia approvato dalla Banca d'Italia non costituisce un elemento idoneo a mettere in discussione l'autonomia decisionale del FITD per quanto riguarda gli interventi di sostegno. Ciò vale a maggior ragione in quanto, conformemente alle disposizioni del Testo unico bancario, la Banca d'Italia approva gli statuti di tutti gli istituti bancari italiani nell'ambito dei suoi compiti di vigilanza prudenziale.
- 106 Da quanto precede risulta che, contrariamente a quanto afferma la Commissione al punto 121 della decisione impugnata, gli interventi di sostegno, come quello di cui trattasi nella fattispecie, hanno una finalità diversa da quella dei rimborsi dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa e non costituiscono l'esecuzione di un mandato pubblico.

– *Sull'autonomia del FITD al momento dell'adozione dell'intervento*

- 107 In primo luogo, i ricorrenti sostengono che l'intervento del FITD a favore di Tercas è stato deciso in modo autonomo. Tale decisione sarebbe stata adottata volontariamente dagli organi direttivi del FITD e avrebbe raccolto il consenso unanime di tutti i rappresentanti delle banche consorziate. Nessuna autorità pubblica avrebbe dato istruzioni o direttive vincolanti e nessuna autorità pubblica

avrebbe potuto obbligare il FITD a realizzare l'intervento se i suoi organi non lo avessero ritenuto in linea con l'interesse dei membri.

- 108 In secondo luogo, conformemente all'articolo 72, comma 1, del Testo unico bancario, il commissario straordinario eserciterebbe «le funzioni e i poteri di amministrazione della banca» e subentrerebbe quindi nei poteri di natura privatistica degli organi amministrativi disciolti. Nella fattispecie, nella sua veste di gestore e rappresentante legale di Tercas, una banca all'epoca sottoposta ad amministrazione straordinaria, il commissario straordinario si sarebbe limitato a inviare al FITD una mera richiesta di intervento, che non lo vincolava in alcun modo. Inoltre, i ricorrenti osservano che il commissario straordinario non è tenuto ad acquisire il consenso o il parere della Banca d'Italia per presentare una richiesta di intervento di sostegno al FITD.
- 109 In terzo luogo, il delegato della Banca d'Italia avrebbe partecipato alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione del FITD in qualità di mero osservatore, quindi con un ruolo passivo e senza poter esprimere alcun voto, neppure consultivo.
- 110 In quarto luogo, i «contatti» con la Banca d'Italia e l'«invito» di quest'ultima a raggiungere un'«intesa equilibrata con l'acquirente BPB per la copertura del deficit patrimoniale» sarebbero l'espressione di un dialogo naturale e fisiologico con le competenti autorità di vigilanza, in una situazione complessa quale la gestione della crisi di un ente creditizio. Inoltre, l'«invito» della Banca d'Italia esprimerebbe un mero auspicio di contenuto generico («ricercare un'intesa equilibrata») e in quanto tale sarebbe totalmente condivisibile, in quanto avrebbe rimesso alle parti ogni valutazione circa l'eventuale intesa. Comunque, un «invito» non poteva avere alcun valore vincolante per il FITD.
- 111 In quinto luogo, al pari di tutte le autorizzazioni della Banca d'Italia, l'autorizzazione relativa agli interventi di sostegno prevista dall'articolo 96-ter, primo comma, lettera d), del Testo unico bancario rientrerebbe nell'ambito della missione di vigilanza e supervisione affidata alla Banca d'Italia preordinata alla sana e prudente gestione delle banche, senza compromettere le scelte effettuate in modo autonomo dagli organismi su cui la Banca d'Italia esercita la propria vigilanza. Una siffatta autorizzazione interverrebbe altresì a valle di una decisione già adottata in autonomia dagli organi del FITD, vale a dire, nella fattispecie, 38 giorni dopo la decisione d'intervento. In ogni caso, anche dopo essere stata concessa, l'autorizzazione della Banca d'Italia non avrebbe potuto avere alcun valore vincolante per il FITD, che restava libero di non procedere all'intervento.
- 112 La Commissione replica che la Banca d'Italia esercita un controllo effettivo, permanente ed ex ante sulle attività del FITD attraverso l'approvazione dello statuto, la partecipazione di un suo rappresentante alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione del FITD e attraverso l'approvazione preventiva di ciascun intervento che il FITD intenda attuare. La Banca d'Italia avrebbe altresì nominato il commissario straordinario, un funzionario pubblico soggetto alla sua vigilanza, che ha assicurato la gestione di Tercas e che dispone di ampi poteri.
- 113 A tal riguardo, occorre innanzitutto rilevare che il FITD è un consorzio di diritto privato che agisce, ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del suo statuto, «per conto e nell'interesse delle consorziate». Inoltre, i suoi organi direttivi, ossia il comitato di gestione e il consiglio, sono eletti dall'assemblea generale del FITD e sono, come l'assemblea generale, composti esclusivamente da rappresentanti delle banche consorziate. È pertanto giocoforza constatare che non sussiste nessun elemento di natura organica che leghi il FITD alle autorità pubbliche italiane.
- 114 È in tale contesto che occorre esaminare gli elementi presi in considerazione dalla Commissione nella decisione impugnata per ritenere che le autorità pubbliche italiane avessero tuttavia l'autorità e i mezzi per influenzare tutte le fasi di attuazione di un intervento di sostegno, e che esse abbiano

esercitato tali poteri per quanto riguarda l'adozione delle misure controverse. In particolare, occorre verificare se gli indizi su cui si basa la Commissione dimostrino, in modo giuridicamente sufficiente, che l'intervento del FITD a favore di Tercas possa essere imputato allo Stato italiano alla luce della giurisprudenza e dei principi rammentati ai precedenti punti da 63 a 69 e da 83 a 91.

- 115 In primo luogo, per quanto attiene all'autorizzazione, da parte della Banca d'Italia, dell'intervento del FITD a favore di Tercas, occorre constatare che essa non costituisce un indizio che consenta d'imputare la misura di cui trattasi allo Stato.
- 116 Innanzitutto, dalla normativa italiana emerge che l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia degli interventi di sostegno avviene solo al termine di un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, effettuato nell'ambito della missione prudenziale di quest'ultima. A tal riguardo, l'articolo 96-ter, comma 1, lettera d), del Testo unico bancario stabilisce che la Banca d'Italia, «avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario (...) autorizza gli interventi dei sistemi di garanzia». Tale disposizione deve essere interpretata alla luce delle funzioni di vigilanza prudenziale conferite alla Banca d'Italia dalla normativa italiana, che essa esercita «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (articolo 5, comma 1, del Testo unico bancario). Infatti, oltre agli interventi dei sistemi di garanzia, la normativa italiana assoggetta un determinato numero di decisioni importanti delle banche, quali le acquisizioni, e altri attori del settore finanziario all'autorizzazione della Banca d'Italia (v., in particolare, articolo 19 del Testo unico bancario). Orbene, assoggettando gli interventi dei sistemi di garanzia e altre decisioni adottate dagli attori privati del settore finanziario a un'autorizzazione della Banca d'Italia, la normativa italiana non mira in alcun modo a sostituire la valutazione della Banca d'Italia a quella degli attori interessati quanto all'opportunità di adottare le decisioni in questione o alla definizione delle loro modalità. Al contrario, occorre constatare che la Banca d'Italia esercita solo un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, a fini di vigilanza prudenziale.
- 117 Occorre poi constatare che la Banca d'Italia non può in alcun modo obbligare il FITD a intervenire a sostegno di una banca in difficoltà.
- 118 I poteri della Banca d'Italia si limitano a realizzare un controllo di conformità con il quadro normativo degli interventi di sostegno, quali decisi dagli organi direttivi del FITD, al fine di autorizzarli. Contrariamente a quanto sembra sostenere la Commissione al punto 129 della decisione impugnata, il fatto che il FITD conservi la possibilità, qualora lo desideri, di presentare alla Banca d'Italia una nuova richiesta di autorizzazione per un intervento di sostegno a condizioni diverse in caso di rifiuto di autorizzazione non conferisce alla Banca d'Italia il potere d'intervenire al momento dell'adozione, da parte del FITD, degli interventi di sostegno. Infatti, come emerge dai punti 18 e 19 della decisione impugnata, si tratta solo di autorizzare l'attuazione degli interventi di sostegno adottati autonomamente dagli organi direttivi del FITD. Questi ultimi sono i soli competenti a decidere di intervenire a sostegno di una banca in difficoltà e a stabilire le modalità pratiche di un siffatto intervento.
- 119 Inoltre, come riconosciuto dalla Commissione al punto 132 della decisione impugnata, il FITD non è tenuto a effettuare un intervento di sostegno che sia stato autorizzato dalla Banca d'Italia. A tal riguardo, è sufficiente rilevare che il 4 novembre 2013 la Banca d'Italia aveva autorizzato un primo intervento di sostegno a favore di Tercas, deciso dagli organi direttivi del FITD il 28 e il 29 ottobre 2013, che il FITD non ha mai attuato.
- 120 In ogni caso, nella fattispecie, occorre constatare, da un lato, che l'intervento del FITD a favore di Tercas è stato adottato all'unanimità dal comitato di gestione e dal consiglio del FITD, il 30 maggio

2014, e, dall'altro, che esso è stato autorizzato tale e quale dalla Banca d'Italia il 7 luglio 2014. In tali circostanze, l'autorizzazione della Banca d'Italia della misura di cui trattasi non può costituire un indizio che dimostri che le autorità pubbliche italiane siano state coinvolte nell'adozione di detta misura in modo tale che l'intervento del FITD a favore di Tercas possa essere loro imputato.

- 121 In secondo luogo, per quanto riguarda la presenza di rappresentanti della Banca d'Italia alle riunioni degli organi direttivi del FITD, occorre constatare che neppure essa costituisce un indizio di imputabilità allo Stato della misura di cui trattasi.
- 122 Da un lato, emerge espressamente dall'articolo 13, comma 6, e dall'articolo 16, comma 3, dello statuto del FITD che i delegati della Banca d'Italia che presenziano alle riunioni del comitato di gestione e del consiglio del FITD esercitano solo un ruolo di mero osservatore senza alcun diritto di voto neppure consultivo.
- 123 Dall'altro lato, dal fascicolo emerge che la Commissione non fornisce alcun elemento a sostegno delle sue affermazioni, ai punti 129 e 130 della decisione impugnata, secondo le quali «[sarebbe] da presumere» che la presenza dei delegati, in qualità di osservatori, alle riunioni degli organi direttivi del FITD «consent[irebbe] alla [Banca d'Italia] di esternare in una fase iniziale tutti i propri dubbi sugli interventi pianificati» e di «accentua[re]» l'influenza che essa eserciterebbe su questi ultimi. A tale riguardo, occorre constatare che dalla decisione impugnata emerge che tali affermazioni costituiscono mere supposizioni e non sono in alcun modo suffragate dagli elementi del fascicolo. Al contrario, i verbali delle riunioni degli organi direttivi del FITD attestano il ruolo puramente passivo dei delegati della Banca d'Italia. Infatti, nel corso della riunione del comitato di gestione del 30 maggio 2014, un delegato della Banca d'Italia si è limitato a esprimere, alla fine dell'incontro, la propria soddisfazione per il modo in cui la crisi di Tercas era stata trattata mentre, alla riunione del consiglio del 30 maggio 2014, i delegati della Banca d'Italia non hanno nemmeno preso la parola.
- 124 Alla luce di tali constatazioni di fatto, la Commissione non ha dimostrato che la presenza, anche solo in veste di osservatore, di delegati della Banca d'Italia alle riunioni degli organi direttivi del FITD consentirebbe a quest'ultima d'influenzare le decisioni del FITD.
- 125 In terzo luogo, per quanto riguarda il contesto in cui è stato adottato l'intervento del FITD a favore di Tercas, occorre constatare che la Commissione non ha fornito alcuna prova che la Banca d'Italia abbia influenzato in maniera determinante la negoziazione tra, da un lato, il FITD e, dall'altro, BPB e il commissario straordinario.
- 126 Così, per quanto riguarda il fatto che i negoziati tra le parti private interessate sarebbero stati condotti «in coordinamento con la Banca d'Italia» (punto 131 della decisione impugnata), occorre rilevare, al pari dei ricorrenti, che, in un'operazione così complessa come quella della gestione della crisi di un ente creditizio, non sorprende il fatto che la Banca d'Italia sia informata dell'andamento dei negoziati tra gli interessati. Di conseguenza, il fatto che incontri informali possano essersi tenuti tra, da un lato, gli interessati (ossia il FITD, BPB e, per conto di Tercas, il commissario straordinario) e, dall'altro, la Banca d'Italia, al fine d'informare la Banca d'Italia degli sviluppi dei negoziati, è solo espressione di un dialogo legittimo e regolare con le autorità di vigilanza competenti. È giocoforza constatare che la Commissione non fornisce alcuna prova che dimostri che la Banca d'Italia avrebbe utilizzato tali contatti al fine di influenzare in maniera determinante il contenuto delle misure controverse in questione. Al contrario, nessun elemento del fascicolo può mettere in discussione l'argomento dei ricorrenti, secondo cui siffatti contatti hanno solamente consentito alla Banca d'Italia di essere informata dell'evoluzione del fascicolo per poter adottare più rapidamente la propria decisione in merito all'autorizzazione della misura di cui trattasi, dopo che quest'ultima è stata adottata dagli organi direttivi del FITD e notificata alla Banca d'Italia.

- 127 Lo stesso vale per quanto attiene al fatto che la Banca d'Italia avrebbe «invitato» il FITD a giungere a un'«intesa equilibrata» con BPB per quanto concerne la copertura del deficit patrimoniale di Tercas, tenendo conto della possibile incidenza negativa della liquidazione di Tercas e della sua controllata Banca Caripe. Infatti, occorre rilevare, al pari dei ricorrenti, che si tratta dell'espressione di un mero auspicio di contenuto generale e privo di qualsiasi valore vincolante per il FITD. Un tale auspicio da parte delle autorità pubbliche non sorprende in circostanze come quelle della fattispecie. Un tale auspicio non era tuttavia inteso in alcun modo a impartire prescrizioni agli interessati e non è peraltro stato interpretato in tal senso da questi ultimi. In ogni caso, dal fascicolo non emerge che detto invito abbia avuto il benché minimo impatto sulla decisione del FITD d'intervenire a favore di Tercas, poiché quest'ultima è motivata essenzialmente da considerazioni di carattere economico proprie del FITD e dei suoi membri, attestate dalla relazione della società di revisione e consulenza incaricata a tale scopo (v. punto 19 supra).
- 128 Infine, in quarto luogo, per quanto riguarda il ruolo svolto dal commissario straordinario, neppure il fatto che egli abbia la facoltà di avviare il procedimento che può sfociare in un intervento di sostegno del FITD, inviandogli una richiesta non vincolante in tal senso, può rimettere in discussione l'autonomia del FITD nel decidere un siffatto intervento.
- 129 Ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del suo statuto, il FITD può effettuare interventi di sostegno solo a favore della banche consorziate sottoposte al regime di amministrazione straordinaria. A tal riguardo, dagli articoli da 70 a 72 del Testo unico bancario risulta che la decisione di porre una banca in amministrazione straordinaria è adottata dal Ministro dell'Economia, su proposta della Banca d'Italia, e il commissario straordinario è nominato dalla Banca d'Italia, che ha anche il potere di revocarlo. Una volta nominato, il commissario straordinario agisce, a norma dell'articolo 72, comma 1, del Testo unico bancario, in qualità di amministratore della banca e subentra nei poteri di natura privatistica degli organi amministrativi della banca posta in amministrazione straordinaria nell'interesse dei depositanti.
- 130 Tuttavia, occorre constatare che la presentazione, da parte del commissario straordinario, di una richiesta di intervento al FITD non obbliga in alcun modo quest'ultimo ad accoglierla né influenza l'autonomia del FITD quanto al contenuto dell'intervento di sostegno nel caso in cui quest'ultimo decida di agire. Inoltre, contrariamente a quanto afferma la Commissione al punto 128 della decisione impugnata, nessun elemento dello statuto del FITD o della normativa italiana indica che il commissario straordinario sarebbe l'unico a poter formulare una siffatta richiesta e non contraddice l'affermazione del FITD, secondo cui esso stesso potrebbe prendere l'iniziativa di avviare il procedimento di esecuzione di un intervento di sostegno anche in assenza di richiesta formulata in tal senso da parte del commissario straordinario.
- 131 Inoltre, nella fattispecie, la Commissione non adduce alcun elemento di prova indicante che la richiesta presentata dal commissario straordinario sarebbe il risultato d'istruzioni della Banca d'Italia. Al contrario, dalle circostanze rammentate al precedente punto 16 emerge che l'iniziativa di rivolgersi al FITD risulta dalle richieste formulate da BPB, che aveva subordinato la propria sottoscrizione di un aumento di capitale di Tercas alla copertura del deficit patrimoniale di tale banca da parte del FITD.
- 132 In conclusione, da tutto quanto precede risulta che la Commissione è incorsa in errore ritenendo, al punto 133 della decisione impugnata, di aver dimostrato che le autorità italiane avessero esercitato un controllo pubblico sostanziale nella definizione dell'intervento del FITD a favore di Tercas. Al contrario, è giocoforza constatare che la Commissione non ha dimostrato, in modo giuridicamente sufficiente, il coinvolgimento delle autorità pubbliche italiane nell'adozione della misura in questione né, di conseguenza, l'imputabilità di tale misura allo Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE.

- 133 La nozione d'intervento «mediante risorse statali», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, mira ad includere, oltre ai vantaggi concessi direttamente da uno Stato, quelli concessi mediante enti pubblici o privati, designati o istituiti da tale Stato al fine di gestire l'aiuto. Infatti, il diritto dell'Unione non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le norme in materia di aiuti di Stato (v. sentenza del 9 novembre 2017, Commissione/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, punti 44 e 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 134 Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE comprende tutti gli strumenti pecuniari che le autorità pubbliche possono realmente usare per sostenere imprese, a prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno permanentemente al patrimonio dello Stato. Pertanto, anche se le somme corrispondenti alla misura in questione non sono permanentemente in possesso dell'erario, il fatto che restino costantemente sotto il controllo pubblico, e dunque a disposizione delle autorità nazionali competenti, è sufficiente perché esse siano qualificate come «risorse statali» (v. sentenza del 9 novembre 2017, Commissione/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).
- 135 A tal riguardo, in una situazione concernente imprese pubbliche, si è giudicato che, posto che le loro risorse ricadevano sotto il controllo dello Stato ed erano dunque a disposizione di quest'ultimo, esse rientravano nella nozione di «risorse statali», di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Infatti, lo Stato, esercitando la sua influenza dominante su tali imprese, è perfettamente in grado di orientare l'utilizzo delle loro risorse per finanziare, se del caso, vantaggi specifici a favore di altre imprese. Il fatto che le risorse in questione siano gestite da enti distinti dall'autorità pubblica o che siano di origine privata è inconferente al riguardo (v. sentenza del 9 novembre 2017, Commissione/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, punti 47 e 48 e giurisprudenza ivi citata).
- 136 Così, nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 9 novembre 2017, Commissione/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, punti da 49 a 53), la Corte ha rilevato che le tre imprese interessate erano imprese pubbliche detenute dallo Stato alle quali era stata affidata la gestione del trasferimento, ad una di esse, degli introiti provenienti dalla vendita degli spazi pubblicitari di tale impresa. La Corte ha inoltre constatato che tutto l'iter seguito da tali introiti era disciplinato da una legge, in forza della quale talune imprese pubbliche specificamente incaricate dallo Stato avevano il compito di gestire detti introiti. Gli introiti in questione erano, perciò, sotto il controllo pubblico e a disposizione dello Stato, che poteva deciderne la destinazione. Pertanto, la Corte ha concluso che tali introiti costituivano effettivamente «risorse statali», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.
- 137 Nelle presenti cause, i ricorrenti, sostenuti dalla Banca d'Italia, affermano che la Commissione ha erroneamente ritenuto, nella decisione impugnata, che le risorse impiegate dal FITD fossero «risorse statali». Pertanto, la Commissione non potrebbe asserire che il FITD agisca in virtù di un mandato pubblico quando esso interviene a favore di uno dei suoi membri in difficoltà e non in virtù della garanzia legale dei depositi dei depositanti. Analogamente, si dovrebbe tener conto del fatto che il FITD è un consorzio di diritto privato, i cui organi rappresentano i suoi membri e non i pubblici poteri. Benché un rappresentante della Banca d'Italia assista a talune riunioni degli organi del FITD, ciò avverrebbe solamente in veste di osservatore e senza diritto di voto o ruolo consultivo. Nessuna autorità pubblica avrebbe potuto imporre al FITD di decidere l'intervento o di prescriverne le modalità. Parimenti, benché il commissario straordinario, che è subentrato ai dirigenti di Tercas, abbia chiesto al FITD di intervenire, lo avrebbe fatto nell'interesse di tale

impresa e dei suoi creditori e senza poter vincolare il FITD. Inoltre, l'autorizzazione dell'intervento da parte della Banca d'Italia si inserirebbe nel contesto delle sue ordinarie funzioni di tutela della stabilità e del risparmio. Si tratterebbe di una misura di ratifica limitato a un controllo formale a posteriori di un atto di natura privata. Inoltre, i contributi dei membri relativi all'intervento non sarebbero né imposti, né controllati, né a disposizione dello Stato. Benché i membri del consorzio siano obbligati a contribuire al rimborso dei depositi, nessuna norma o atto amministrativo imporrebbe loro di contribuire all'intervento. Il carattere obbligatorio di tali contributi discende solamente dallo statuto e dalle decisioni del FITD.

- 138 La Commissione afferma, in sostanza, che benché sia un consorzio di diritto privato, dotato di organi propri e formalmente indipendenti, il FITD è legalmente incaricato di svolgere una funzione di interesse pubblico, la tutela dei risparmiatori, che potrebbe assumere varie forme. Analogamente, la Banca d'Italia eserciterebbe un controllo effettivo, permanente ed ex ante sulle attività del FITD a motivo dell'approvazione del suo statuto, della partecipazione di uno dei suoi delegati alle riunioni del consiglio e del comitato di gestione del FITD e dell'autorizzazione preventiva di ciascun intervento. Inoltre, sarebbe la Banca d'Italia ad aver nominato il commissario straordinario, un funzionario pubblico soggetto alla sua vigilanza, il quale ha assicurato la gestione di Tercas durante il periodo di amministrazione straordinaria. Peraltro, poiché il FITD è l'unico sistema di garanzia dei depositi riconosciuto dalla Banca d'Italia, le banche che non sono cooperative di credito si troverebbero dunque obbligate ad aderirvi e a versare ad esso i contributi richiesti per conseguire l'obiettivo pubblico di tutela del risparmio.
- 139 Nella fattispecie, per concludere al punto 144 della decisione impugnata che l'intervento del FITD a favore di Tercas era finanziato mediante risorse pubbliche, la Commissione ha preso in considerazione i seguenti indizi: il fatto che il FITD era titolare di un mandato pubblico; il controllo delle autorità pubbliche sulle risorse usate dal FITD per finanziare l'intervento e il fatto che i contributi utilizzati dal FITD per finanziare l'intervento avevano carattere obbligatorio.
- 140 In primo luogo, la Commissione ha considerato che il FITD era titolare di un mandato pubblico e che l'intervento del FITD a favore di Tercas è stato effettuato al fine di tutelare i depositi dei depositanti. Infatti, le autorità italiane avrebbero scelto di consentire ai propri sistemi di garanzia dei depositi l'uso delle risorse raccolte presso i loro membri per realizzare altri tipi di intervento rispetto a quello consistente nel rimborsare i depositi dei depositanti (v. punto 121 della decisione impugnata).
- 141 A tale riguardo, come emerge dalle considerazioni che precedono per quanto concerne l'imputabilità dell'intervento allo Stato, risulta che il mandato pubblico conferito ai vari sistemi di garanzia dei depositi in Italia impone solo l'attuazione di un sistema che consenta il rimborso dei depositi dei depositanti in caso di dissesto di un ente creditizio. Tale mandato pubblico non prevede, tuttavia, che detti sistemi debbano intervenire anche a monte prima che si verifichi un siffatto dissesto chiedendo ai loro membri le risorse necessarie. Nel caso di specie, è proprio lo statuto del FITD, un consorzio privato, a prevedere, fin dalla sua origine, la possibilità di intervenire a favore di uno dei suoi membri, se quest'ultimo, in difficoltà, abbia prospettive di risanamento e se detto intervento risulti meno oneroso rispetto all'attuazione della garanzia divenuta legale dei depositi dei depositanti.
- 142 Tale analisi vale anche per quanto riguarda l'esame degli elementi presi in considerazione per stabilire il finanziamento dell'intervento mediante risorse statali.
- 143 In secondo luogo, per stabilire il controllo delle autorità pubbliche sulle risorse usate dal FITD per finanziare l'intervento, la Commissione ha indicato determinate caratteristiche di questo intervento. Essa ha così affermato che solo le banche sottoposte all'amministrazione straordinaria potevano



beneficiare degli interventi del FITD a norma dell'articolo 29, comma 1, del suo statuto e che, pertanto, solo il commissario straordinario di Tercas, un funzionario pubblico sotto il controllo della Banca d'Italia, aveva «facoltà di avviare una misura d'intervento del FITD» (v. punto 128 della decisione impugnata). Parimenti, la Banca d'Italia, disporrebbe di ampi poteri per quanto riguarda il FITD, del quale, segnatamente, ha approvato lo statuto e ha autorizzato l'intervento a favore di Tercas prima della sua entrata in vigore (v. punti 124 e da 127 a 129 della decisione impugnata).

- 144 A tal proposito, per gli stessi motivi esposti riguardo all'imputabilità dell'intervento allo Stato, risulta che gli elementi summenzionati devono essere valutati nel loro contesto, dal quale emerge che essi non sono sufficienti per concludere nel senso che, a motivo del controllo esercitato dalle autorità pubbliche, le risorse utilizzate dal FITD per finanziare l'intervento siano «risorse statali» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.
- 145 Infatti, la decisione del commissario straordinario di Tercas di richiedere al FITD un intervento, a nome dell'impresa per la quale esso esercitava le funzioni di direzione a motivo del suo collocamento in amministrazione straordinaria, è dovuta al fatto che, tra le diverse opzioni disponibili, quella proposta da BPB gli sembrava la più interessante. Poiché la proposta di BPB era subordinata a un intervento del FITD a favore di Tercas (v. punto 16 supra), non si può quindi ritenere che una siffatta richiesta derivi da un'iniziativa delle autorità pubbliche, che avrebbero così tentato di orientare l'uso delle risorse del FITD. Pertanto, è piuttosto in considerazione di un'iniziativa privata trasmessa al commissario straordinario, il quale ha ritenuto, come avrebbe fatto un amministratore ordinario posto nella stessa situazione, che essa fosse nell'interesse dell'impresa da lui amministrata, che al FITD è stata presentata una richiesta di intervento a norma dell'articolo 29, comma 1, del suo statuto.
- 146 Inoltre, come sostenuto dalla Banca d'Italia dinanzi al Tribunale, le varie possibilità d'intervento di cui essa dispone per quanto riguarda il FITD mirano solamente ad attuare i suoi poteri di vigilanza in relazione agli obiettivi di tutela dei risparmiatori, di stabilità del sistema bancario e di sana e prudente gestione delle banche.
- 147 Nelle presenti cause, non emerge dal fascicolo che l'autorizzazione dell'intervento del FITD a favore di Tercas abbia dato luogo a qualcosa di diverso da un controllo formale di regolarità da parte della Banca d'Italia. Nella fattispecie, tale autorizzazione, così come i diversi atti che l'hanno preceduta, a partire dall'omologazione del FITD come uno dei sistemi di garanzia dei depositi riconosciuti in Italia, non possono essere assimilati, sia singolarmente sia nel loro complesso, a misure che consentano di dimostrare che lo Stato fosse in grado di orientare l'utilizzo delle risorse del FITD per finanziare l'intervento mediante l'esercizio di un'influenza dominante su tale consorzio.
- 148 Infatti, l'intervento del FITD a favore di Tercas trae origine da una proposta presentata inizialmente da BPB e ripresa successivamente, nel suo interesse, da Tercas. Inoltre, tale intervento, che realizza l'obiettivo del consorzio, corrisponde altresì all'interesse dei suoi membri.
- 149 In un siffatto contesto, i vari meccanismi previsti dalla normativa italiana per evitare che un intervento di questo tipo perturbi il settore bancario o minacci la realizzazione del mandato pubblico affidato al FITD, in questo caso, non hanno fatto altro, sul piano generale, che avallare la possibilità riconosciuta al FITD dal suo statuto di intervenire a favore di uno dei suoi membri stanziando le proprie risorse e, più specificamente, autorizzare l'intervento del FITD a favore di Tercas conformemente all'interesse di BPB, di Tercas e di tutti gli altri membri del consorzio. In nessun momento la Commissione è stata in grado di dimostrare che la Banca d'Italia, attraverso il suo controllo formale di regolarità, abbia cercato d'indirizzare le risorse private messe a disposizione del FITD.

- 150 In terzo luogo, la Commissione ha ritenuto che i contributi utilizzati dal FITD per finanziare l'intervento avevano carattere obbligatorio, dal momento che, da un lato, le banche che ne sono membri non hanno in pratica altra scelta che aderire al FITD e, dall'altro lato, che tali banche non possono opporre il loro veto sulle decisioni del FITD o dissociarsi dall'intervento da esso deciso (v. punti da 133 a 135 della decisione impugnata).
- 151 Al fine di esaminare tale argomentazione, occorre innanzitutto rammentare che è pacifico che i fondi utilizzati per l'intervento del FITD a favore di Tercas sono risorse private che sono state fornite dalle banche consorziate.
- 152 Infatti, in generale, lo statuto del FITD prevede che quest'ultimo sia alimentato da risorse «fornite dalle consorziate» (v. articolo 1, comma 1, dello statuto del FITD). La misura dei contributi delle banche consorziate è fissata sulla base dell'entità dei rispettivi fondi rimborsabili («base contributiva») e correlata alla rischiosità aziendale, misurata attraverso «indicatori dei profili gestionali» (v. articolo 25 e allegato dello statuto).
- 153 Inoltre, all'epoca dei fatti, l'articolo 21 dello statuto del FITD precisava che, viste le decisioni degli organi statutari competenti, le risorse utilizzate per interventi del tipo di quello concesso a Tercas erano richieste dal FITD e fornite ad hoc dai membri del consorzio. Pertanto, mentre le risorse necessarie per il funzionamento del consorzio concorrevano alla formazione del suo bilancio, i contributi destinati agli interventi erano considerati «anticipazioni» versati dai membri del FITD, che li gestiva per loro conto in qualità di mandatario.
- 154 L'obbligo dei membri del FITD di contribuire all'intervento deciso da quest'ultimo non ha quindi la propria origine in una disposizione normativa, come quando esso è specificamente incaricato dallo Stato della gestione dei contributi versati dai membri a titolo di garanzia legale dei depositi dei depositanti, ma in una disposizione statutaria, di natura privatistica, che salvaguarda l'autonomia decisionale dei membri del FITD.
- 155 Si deve altresì rilevare che, prima di decidere l'intervento e di mobilitare in conseguenza le risorse private dei suoi membri, il FITD si è assicurato, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 29 del suo statuto e come emerge dalla relazione presentata il 26 maggio 2014 da una società di revisione e consulenza, che il costo di tale intervento fosse inferiore al costo che avrebbe rappresentato per i suoi membri la liquidazione di Tercas e pertanto l'attuazione della garanzia legale dei depositi dei depositanti.
- 156 L'intervento del FITD a favore di Tercas era quindi non solo nell'interesse di BPB e di Tercas, ma anche nell'interesse di tutti i suoi membri, dal momento che questi ultimi rischiavano di dover spendere somme superiori rispetto a quelle necessarie per consentire a BPB di rilevare Tercas.
- 157 In tale contesto, si deve osservare che, come sostiene il FITD, l'intervento è stato adottato dal comitato di gestione e dal consiglio del FITD all'unanimità dei rappresentanti dei membri che li compongono. Nessuno di tali rappresentanti si è pertanto opposto a una siffatta misura.
- 158 È inoltre normale che, una volta adottata dai suoi organi direttivi, conformemente alle disposizioni dello statuto, la decisione in questione si applichi a tutti i membri del consorzio. Inoltre, nessun elemento del fascicolo consente di suffragare l'argomento secondo cui alcuni membri del consorzio sarebbero stati contrari al meccanismo statutario degli interventi o all'intervento del FITD a favore di Tercas.
- 159 Pertanto, l'obbligatorietà dei contributi dei membri del FITD all'intervento trae la sua origine in una decisione doppiamente accettata dai suoi membri, a titolo non solo delle loro decisioni di aderire al FITD che prevede una siffatta possibilità, ma anche delle loro decisioni di accettare che

un siffatto intervento sia adottato dagli organi direttivi del consorzio. L'intervento risulta inoltre conforme agli obiettivi del FITD nonché agli interessi dei suoi membri.

- 160 Di conseguenza, l'argomento della Commissione secondo cui sarebbe, di fatto, difficile per enti bancari dissociarsi dal FITD, di cui sono storicamente membri e che costituisce ad oggi l'unico fondo di garanzia dei depositi che riunisce le banche non mutualistiche, per creare un altro fondo di garanzia che potrebbe così essere riconosciuto dalla Banca d'Italia e il cui statuto consentirebbe di intervenire solo a titolo della garanzia legale dei depositi dei depositanti o, se del caso, di rifiutare di contribuire a un intervento a favore di un membro, anche se l'intervento sia stato adottato da parte degli organi direttivi, rimane essenzialmente teorico e non incide sull'intervento qui in esame.
- 161 Da quanto precede emerge che la Commissione non ha sufficientemente dimostrato, nella decisione impugnata, che le risorse di cui trattasi fossero controllate dalle autorità pubbliche italiane e che esse fossero di conseguenza a disposizione di queste ultime. La Commissione non poteva quindi concludere che, nonostante il fatto che l'intervento del FITD a favore di Tercas sia stato effettuato in conformità allo statuto di tale consorzio e nell'interesse dei suoi membri, utilizzando fondi esclusivamente privati, sarebbero in realtà le autorità pubbliche che, attraverso l'esercizio di un'influenza dominante sul FITD, avrebbero deciso di indirizzare l'uso di tali risorse per finanziare un siffatto intervento.

### *Conclusione*

- 162 Poiché la prima condizione relativa alla qualificazione come aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE non è soddisfatta nella fattispecie, si devono accogliere i motivi fondati sul fatto che la Commissione ha erroneamente ritenuto che le misure controverse presupponessero l'uso di risorse statali e fossero imputabili allo Stato e, di conseguenza, senza che sia necessario esaminare gli altri argomenti dedotti dai ricorrenti, si deve annullare la decisione impugnata.

### **Sulle spese**

- 163 Ai sensi dell'articolo 134, paragrafo 1, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata a sopportare le proprie spese nonché quelle dei ricorrenti e dell'interveniente, conformemente alla domanda di questi ultimi in tal senso.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata),

dichiara e statuisce:

- 1) **La decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas, è annullata.**
- 2) **La Commissione europea è condannata alle spese.**

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Forrester

Póttorak

Perillo

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 19 marzo 2019.

Il cancelliere

Il presidente

E. Coulon

S. Frimodt Nielsen

## Indice

### Fatti

#### Enti interessati

Enti commerciali interessati dall'intervento

FITD

Banca d'Italia

Contesto e intervento del FITD a favore di Tercas

Primo tentativo di intervento

Decisione di intervento e autorizzazione da parte della Banca d'Italia

Situazione di Tercas dopo l'intervento del FITD

Procedimento amministrativo e decisione impugnata

### Procedimento e conclusioni delle parti

### In diritto

Sulla ricevibilità del ricorso depositato dal FITD

#### Nel merito

Osservazioni preliminari sulla nozione di «aiuto concesso da uno Stato»

Elementi presi in considerazione nella decisione impugnata per stabilire l'origine statale delle misure

Sull'imputabilità allo Stato italiano delle misure controverse

– Sulla portata del mandato pubblico affidato al FITD

– Sull'autonomia del FITD al momento dell'adozione dell'intervento

Sul finanziamento dell'intervento mediante risorse statali

Conclusione

### Sulle spese

---

\* Lingua processuale: l'italiano.



**THE JUDICIAL REVIEW OF ACTS ISSUED BY NCAs  
WITHIN THE CONTEXT OF THE “COMMON PROCEDURES”  
ESTABLISHED UNDER THE SSM**

**THE *FININVEST* CASE LAW**

*Eugenio Mancini* \*

\* The author is Trainee Lawyer at the Bank of Italy's Legal Services Directorate. He is solely responsible for the opinions expressed in the article, and wishes to thank Raffaele D'Ambrosio and Michele Cossa for their useful comments.



## 1. Introduction

The creation of the Single Supervisory Mechanism (hereinafter, the «SSM») by means of Council Regulation (EU) No. 1024/2013 (hereinafter, the «SSM Regulation»), implementing Article 127, paragraph 6, of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, the «TFEU»), has resulted in credit institutions established in the Eurozone being supervised either by the ECB, in the case of significant banks, and the NCAs, in the case of less significant banks.<sup>1</sup>

In addition, the SSM Regulation entrusts the ECB with supervisory functions *vis-à-vis* all banks in the Eurozone, regardless of their size, in relation to the authorization for taking up the business of credit institutions, the withdrawal of such authorization, and the decision regarding whether to oppose the acquisition of qualifying holdings in credit institutions.

In carrying out their supervisory functions, NCAs and the ECB have final say over the measures to be adopted. However, each authority is also entrusted with certain tasks that interfere with the exercise of the (exclusive) supervisory function of the other authority: with respect to the NCAs' supervision of less significant banks, the ECB shall issue regulations, guidelines or general instructions to the NCAs for the purposes of ensuring the consistency of supervisory outcomes within the SSM (Article 6, paragraph 5, of the SSM Regulation); with respect to the ECB's supervision of significant banks and the other supervisory functions exclusively entrusted to the ECB, the NCAs are responsible for assisting the ECB with the preparation and implementation of any acts related to the ECB's functions.<sup>2,3</sup>

---

<sup>1</sup> The allocation of supervisory functions and the distinction between significant and less significant banks are provided for in Article 6 of the SSM Regulation.

<sup>2</sup> C. BRESCIA MORRA, *The Interplay between the ECB and NCAs in the "common procedures" under the SSM Regulation: are there gaps in legal protection?*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale – Banca d'Italia*, June 2018, pg. 83.

<sup>3</sup> *E.g.* in the procedure assessing the acquisition of a qualifying holding in a credit institution. Indeed, it begins when the NCA receives the notification of an intention to acquire such qualifying holding. The NCA then assesses whether the potential acquisition complies with all the conditions established in the national law implementing CRD IV. Next, the NCA prepares a draft decision to oppose or not to oppose the acquisition, to be submitted to the ECB. Lastly, the ECB decides "*on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA's draft decision*" (see Article 87 of Regulation (EU) 468/2014, hereinafter the «SSM Framework Regulation»).

More generally, Article 6, paragraph 3, of the SSM Regulation, establishes that "*where appropriate and without prejudice to the responsibility and accountability of the ECB for the tasks conferred on it by this Regulation, national competent authorities shall be responsible for assisting the ECB [...] with the preparation and implementation of any acts relating to the tasks referred to in Article 4 [i.e. the tasks for which the ECB is entrusted with exclusive competence] related to all credit institutions, including assistance in verification activities. They shall follow the instructions given by the ECB when performing the tasks mentioned in Article 4*". This includes situations where the ECB may request an NCA's assistance (*e.g.* in the context of inspections). Within this framework, it is worth mentioning that one could also argue that those procedures where an NCA's collaboration is deemed mandatory (such as the abovementioned procedure regarding the acquisition of a qualifying holding) do not fall within the scope of Article 6, paragraph 3, due to the fact that such mandatory collaboration seems to be in contrast with the wording of the paragraph – "*where appropriate [...]*" – and the resulting overall structure.



While the functioning of administrative proceedings within the context of the SSM has been regulated by the European legislator – at least in relation to the allocation of competences – the judicial remedies against illegitimacies concerning acts adopted within such proceedings have not.

According to Article 263 of the TFEU, the Court of Justice of the European Union (hereinafter, the «CJEU») is competent to assess the legality of the ECB's acts while, according to general principles, national courts are competent to assess the legality of the NCAs' acts.<sup>4</sup>

Consequently, the CJEU is competent to assess the legitimacy of acts adopted by the ECB with respect to significant banks, while national courts are competent to assess the supervisory decisions taken by NCAs toward less significant banks.<sup>5</sup> However, the application of this approach to proceedings where NCAs assist the ECB with the preparation and implementation of an act related to the exercise of the ECB's supervisory functions may not be straightforward. In particular, as better examined below, legal scholars<sup>6</sup> have addressed this issue, with specific reference to the so-called «common procedures».

Such procedures, set out under Part V of the SSM Framework Regulation, require NCAs to cooperate with the ECB in carrying out its exclusive supervisory functions toward all banks. This cooperation takes place with regard to the following supervisory tasks: (i) the assessment of applications for authorizations to take up the business of credit institutions (Title 1); (ii) the withdrawal of such authorization (Title 2); and (iii) the assessment of potential acquisitions of qualifying holdings in credit institutions (Title 3). Despite their different functions, these procedures all require the mandatory cooperation of the NCAs.

Indeed, it is a debated issue whether illegitimacies relating to acts issued by the NCAs in the context of the SSM's common procedures can be challenged before the national courts or directly before the CJEU. In addition to the absence

---

<sup>4</sup> K. LENAERTS, I. MASELIS and K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, pg. 3, 40, as recalled by C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, pg. 83.

<sup>5</sup> For a deeper analysis of the issue, C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, pg. 83.

<sup>6</sup> See, *ex multis*, C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*; G. MASTRODONATO, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Caucci editore, Bari, 2008; M.P. CHITI, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997; D. DE PRETIS, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. FALCON (curated by), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, in *Atti del seminario di Trento*, 8-9 giugno 2007, Padova, 2008; H.C.H. HOFMANN, *Composite decision-making procedures in EU administrative law*, in H.C.H. HOFMANN and A.H. TÜRK, *Legal challenges in EU administrative Law. Toward an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009; A. MAGLIARI, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Rivista di diritto bancario*, 2015, n. 11; R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale – Banca d'Italia*, December 2013; F. BIGNAMI and S. CASSESE (curated by), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004.

of a specific regulation in this regard, the uncertainty surrounding this issue is heightened by the fact that any such acts issued by the NCAs fall within the scope of a procedure where the activities of both the NCAs and the ECB are strictly intertwined, and where both European and national law apply.

On 19 December 2018, the *Grand Chambre* of the Court of Justice addressed this issue in the *Fininvest* judgment (Judgment of 19 December 2018, *Berlusconi and Fininvest*, C-219/17, EU:C:2018:1023), addressing for the first time the specific problem of the allocation of jurisdictional competences between national and European courts in relation to acts issued by the NCAs within the SSM's common procedures.

## **2. *The issue in the main proceeding and the two questions referred for a preliminary ruling by the Consiglio di Stato (Italian Council of State)***

For the sake of completeness and to better understand the case, a brief reconstruction of the facts and the procedural history leading up to the Court of Justice's decision is provided.

In the 1990s, Mr Berlusconi acquired, through the company Fininvest S.p.A., more than 30% of Mediolanum S.p.A., which was at the time an MFHC (*i.e.* a mixed financial holding company) and which controlled, *inter alia*, a bank, Banca Mediolanum S.p.A.

At the time, the Italian legal framework did not require persons holding qualifying holdings in MFHCs to satisfy the requirements set out by the banking legislation for persons with qualifying holdings in banks. However, Article 2, paragraph 5, of Legislative Decree no. 53, of 4 March 2014, implementing Directive 2011/89/EU,<sup>7</sup> extended certain provisions applicable to banks to MFHCs established in Italy, such as the duties for persons holding qualifying holdings in MFHCs to fulfill the requirements set out under Articles 19 *et seq.* of Legislative Decree no. 385, of 1 September 1993 (hereinafter, the «Consolidated Law on Banking»).

Following Judgment No. 35729/13 of the *Corte di Cassazione* (Italian Court of Cassation), which became final on 1 August 2013 and which found Mr Berlusconi guilty of tax fraud, and given the lack of an integrity requirement under Article 25, paragraph 1, of the Consolidated Law on Banking, the Bank of Italy and IVASS<sup>8</sup> ordered, in relation to the qualifying holdings in Mediolanum S.p.A. held by Fininvest S.p.A. and its controlling shareholder, Mr Berlusconi, the suspension of voting rights in Mediolanum S.p.A. exceeding 9.99% and the sale of shares exceeding such threshold.

---

<sup>7</sup> Directive 2011/89/EU of the European Parliament and the Council, of 16 November 2011, amending Directives 98/78/EC, 2002/87/EC, 2006/48/EC and 2009/138/EC regarding the supplementary supervision of financial entities in a financial conglomerate.

<sup>8</sup> *I.e.* «Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni», the Italian supervisory authority for the insurance sector.

Fininvest S.p.A. and Mr Berlusconi challenged this decision before the *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* (Italian administrative court of first instance, TAR), citing the failure to comply with Article 2 of the Ministerial Decree No. 144, of 18 March 1998,<sup>9</sup> according to which “for persons holding shares in a bank at the time of entry into force of such regulation, the lack of requirements set out under Article 1 [i.e. the integrity requirement] which were not requested under the previous legislation and which have occurred before the entry into force of such regulation does not have any effect, to the extent of the shares already held”.

With Decision No. 7966, of 5 June 2015, the TAR dismissed the application and confirmed the order of the Bank of Italy and IVASS, stating that Article 2 of the Ministerial Decree had been implicitly repealed due to its incompatibility with Directive 2007/44/CE. Fininvest S.p.A. and Mr Berlusconi challenged this decision before the *Consiglio di Stato* (Italian administrative court of last instance).

Meanwhile, the Mediolanum Group carried out a reverse merger of Mediolanum S.p.A. into its controlled company, Banca Mediolanum S.p.A. This merger was authorized by the Bank of Italy, under the condition that the duty to sell the shares would have referred to the holdings in Banca Mediolanum S.p.A.

The reverse merger became effective on 30 December 2015. Through this merger, Fininvest S.p.A. then became a direct holder of shares in a bank.

With Decision No. 882, of 3 March 2016, the *Consiglio di Stato* sustained the appeal submitted by Fininvest S.p.A. and Mr Berlusconi and overturned the challenged order of the Bank of Italy and IVASS, stating that Article 2 of the abovementioned Ministerial Decree was compatible with Directive 2007/44/CE and therefore still in force.

As a result, Fininvest S.p.A. was relieved of the duty to sell the stake exceeding 10% of its share capital in Banca Mediolanum S.p.A. and thus ended up holding a qualifying holding in Banca Mediolanum S.p.A. without having obtained the relevant authorization. Consequently, the Bank of Italy and the ECB – competent since 4 November 2014 on the basis of the SSM Regulation for all decisions on potential acquisitions of qualifying holdings in credit institutions established in the Eurozone – agreed that the reverse merger of Mediolanum S.p.A. into Banca Mediolanum S.p.A. qualified as an acquisition of a qualifying holding, pursuant to Article 19 of the Consolidated Law on Banking and Article 22 of Directive 2013/36/EU (hereinafter, «CRD IV»).

Due to this assessment, on 14 July 2016 the Bank of Italy asked Fininvest S.p.A. to file a new application in order to be duly authorized to hold a qualifying holding in a credit institution.

---

<sup>9</sup> Decree of the Ministry of the Treasury, Budget and Economic Planning No. 144, of 18 March 1998, on the identification of integrity requirements for persons holding qualifying holdings in banks and determination of the relevant threshold.

Since Fininvest S.p.A. did not deliver an application within the deadline set by the Bank of Italy, the latter started an *ex officio* procedure in order to assess whether the persons holding qualifying holdings in Banca Mediolanum S.p.A. satisfied the requirements set out under Articles 19 *et seq.* of the Consolidated Law on Banking. In this respect, on 23 September 2016 the Bank of Italy, having ascertained that Mr Berlusconi did not meet the integrity requirement, issued and delivered to the ECB a draft decision to oppose the acquisition in accordance with Article 15 of the SSM Regulation.

The Supervisory Board of the ECB, endorsing the Bank of Italy's draft decision and having heard Fininvest S.p.A. and Mr Berlusconi,<sup>10</sup> issued a final decision of opposition to the acquisition which – due to the absence of an objection from the ECB's Governing Council – became effective on 25 October 2016.

Mr Berlusconi and Fininvest S.p.A. challenged this decision before both Italian and European courts. In particular, from the national standpoint, with the so-called *giudizio di ottemperanza*<sup>11</sup> from the *Consiglio di Stato* (No. 882 of 3 March 2016). Fininvest S.p.A. and Mr Berlusconi requested that the Bank of Italy's draft decision opposing the acquisition be nullified because it was adopted in circumvention of the principal of *res judicata* in that it went against the previous decision issued by the *Consiglio di Stato*. In reply, the Bank of Italy questioned the jurisdiction of the national court, arguing that, since the draft decision is non-binding and since it is an «act issued within the course of the proceeding», any arguments surrounding its legitimacy are challengeable only *vis-à-vis* the ECB's final decision, and thus before the CJEU.

In order to assess whether it had jurisdiction over issues pertaining to the legitimacy of the Bank of Italy's draft decision, the *Consiglio di Stato*<sup>12</sup> referred two questions to the Court of Justice (hereinafter also the «Court» for a preliminary ruling, and namely:

“(1) *Are the first, second and fifth paragraphs of Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union, read in conjunction with Article 256(1) thereof, to be interpreted as meaning that the EU Courts have jurisdiction, or that the national courts have jurisdiction, in an action challenging decisions to initiate procedures, measures of inquiry and non-binding proposals (as specified in paragraph 1 of the present order) adopted by the competent national authority in the procedure governed by Articles 22 and 23 of Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council, by Articles 1(5), 4(1)(c) and 15 of Council Regulation (EU) No. 1024/2013, by Articles 85 to 87 of Regulation (EU) No. 468/2014 of the European Central Bank and by Articles 19, 22 and 25 of the Consolidated Law on Banking?*

---

<sup>10</sup> In accordance with Article 87 of the SSM Framework Regulation.

<sup>11</sup> In accordance with Article 114, paragraph 4, letter b), of Legislative Decree No. 104, of 2 July 2010, according to which “*the judge, in case of acceptance of the claim [...] shall declare null those acts that are in contrast or circumvent final judgments*”.

<sup>12</sup> Reg. prov. coll. n. 1805/2017 of 14 April 2017.

(2) *In particular, may the jurisdiction of the EU Courts be asserted when the abovementioned measures are challenged, not in a general action for annulment, but in an action for a declaration of invalidity on the grounds of breach or circumvention of the ruling in Judgment No. 882/2016 of 3 March 2016 of the Consiglio di Stato (Council of State) brought in accordance with Article 112 et seq. of the Italian Code of Administrative Procedure relating to compliance with a judgment (that is to say, in proceedings peculiar to Italian administrative procedural law), when the decision of the EU Courts involves the interpretation and identification, in accordance with national law, of the objective limits of the ruling given in the judgment in question?”.*

### **3. The issues addressed by the Court of Justice**

#### **3.1 The assessment of the nature of common procedures: a plurality of procedures or a multi-stage procedure?**

The first question referred to the Court concerned how the rules on the allocation of jurisdictional competences between European and national courts should be applied in the procedure for the assessment of potential acquisitions of qualifying holdings in credit institutions set out under Part V of SSM Framework Regulation.

From a preliminary standpoint, it is useful to pinpoint that such procedure and, more generally, SSM's common procedures fall under the European administrative proceedings' category of «composed proceedings»,<sup>13</sup> and

---

<sup>13</sup> See, *ex multis*, A. MAGLIARI, *op. cit.* Such composed proceedings are part of co-administration procedures that permeate the *agere* of the European administrations, defined as “*proceedings taking place in part at European level and in part at national level, ‘aimed at various interests and combined in different ways, with the prevalence of, in certain cases, european profiles, and, in other cases, national profiles’*” (G. MASTRODONATO, *op. cit.*, pg. 100, and M.P. CHITI, *op. cit.*, pg. 55). It is worth mentioning that administrative legal scholars, in order to better define the peculiarities of such composed proceedings, also defined the category of «connected proceedings», as “*proceedings that, even if they terminate in only one level, stand in a ‘mobile’ system of proceedings, where they can be transferred not only in one stage, but entirely to another level, both in vertical and horizontal direction*” (D. DE PRETIS, *op. cit.*, pg. 66). Another – different – definition of connected proceedings was given by G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pg. 324, defining them as proceedings that “*have, each of them, an autonomous progress, although they are linked by a juridical connection [...]. Thus, the acts are not isolated, given that there is a relationship of cause between them. However, the proceedings and the acts are juridically separated and have effects of different nature, general and particular, while the composed proceedings have a unified structure and they contribute to produce the same effect*”. For other contributions on composed proceedings, see, *inter alios*: G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 2004, 5, pg. 1153; H.C.H. HOFMANN, *op. cit.*, pg. 136.

more specifically under the sub-category of the «bottom-up composed proceedings».<sup>14</sup>

In this regard, the Court of Justice has intervened on several occasions on issues concerning the allocation of jurisdictional competences between European and national courts in the context of such composed proceedings. The Court has thus divided those proceedings into two categories according to the lesser or greater degree of decision-making autonomy granted to European institutions *vis-à-vis* the preparatory assessments of national authorities, each corresponding a different allocation of jurisdictional competences between European and national courts.

In particular, proceedings belonging to the first category are those where measures adopted by national authorities are deemed binding on European institutions (Judgment of the Court of 3 December 1992, *Oleificio Borelli/Commission* C-97/91, EU:C:1992:491, paragraphs 9-13), those where the correctness of such measures cannot be checked by European institutions (Judgment of the Court of 20 January 1993, *Emerald Meats/Commission*, joined cases C-106/90, C-317/90 and C-129/91, EU:C:1993:19, paragraphs 36-41), those where European institutions have limited or non-existent discretion *vis-à-vis* measures adopted by national authorities (Judgment of the Court of 6 December 1999, *Carl Kühne and others*, C-269/99, EU:C:2001:659, paragraphs 56-58), those where the role of European institutions is “*merely to take note of the declaration [...] already made by national authorities*” (Judgment of the Court of 7 July 2005, *Le Pen/Parliament*, C-208/03, EU:C:2005:429, paragraphs 49-51), or those where European institutions cannot review the content of a decision of a committee established by two Member States (Judgment of the Court of 17 September 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12, EU:C:2014:2229, paragraphs 48-51 and 67-76).

On the other hand, proceedings belonging to the second category are those where the role of national authorities in collecting and transmitting information cannot prevent the Commission from checking the accuracy of that information and revising it<sup>15</sup> (Judgment of the Court of 17 October 1995, *Netherlands/Commission*, C-478/93, EU:C:1995:244, paragraph. 37-40), those where national authorities are bound to issue their consent after a favourable decision of the Commission (Judgment of the Court of 21 March 2000, *Greenpeace France and others*, C-6/99, EU:C:2000:148, paragraphs 49-57), or those where Member

---

<sup>14</sup> According to the European administrative legal framework, composed proceedings can be divided into three more sub-categories: (a) *bottom-up* proceedings, which start at a national level while the final decision is taken by European institutions; (b) *top-down* proceedings, which start at European level and the final decision is taken by a national institution; and (c) *mixed* proceedings, which start at national level, the final decision is taken by European institutions and such decision is implemented at national level.

<sup>15</sup> In this case, the Court stated that, differently from the case *Emerald Meats Ltd*, where “*the Community institutions had established a decentralized system of management based on a division of tasks and responsibilities as between the Member States and the Commission*”, in such case “*the common organization of the market in bananas is not based on a decentralized management of the tariff quota in respect of which the Member States have been given a decision-making power*”

States do not have “a general and conditional right of veto [but it has] merely being given in this respect a power to take part in the Community decision” (Judgment of the Court of 18 December 2007, *Sweden/Commission*, C-64/05, EU:C:2007:802, paragraphs 75-76).

In light of the abovementioned distinction, composed proceedings can thus be distinguished into:

- those where national authorities are given decision-making power and the ability to issue acts capable of affecting the legal rights of third parties; in such context, if the European authority has limited or non-existent discretion *vis-à-vis* the act adopted by the national authority, any alleged illegitimacies on the part of the national authority in making its assessment shall be challenged before the national courts;
- those where national authorities issue mere preparatory acts that are necessary for the proceeding but that are non-binding on the European authorities in issuing their final decision. Such preparatory acts are part of a single administrative proceeding that culminates in the issuance of a final decision by the European competent authority. Therefore, any alleged illegitimacies on the part of the national authority can only be challenged before the CJEU as an illegitimacy relating to the final decision issued by the European competent authority.<sup>16</sup>

Such criteria for allocating jurisdictional competences between European and national courts in the context of composed proceedings have been formalized in the abovementioned case *Sweden/Commission*, where it was stated “*It is true that, according to settled case law, in an action brought under Article 230 EC [i.e. Article 263 of TFEU] the Court has no jurisdiction to rule on the lawfulness of a measure adopted by a national authority (see, inter alia, Case C-97/91 Oleificio Borelli v Commission [1992] ECR I-6313, paragraph 9). It is also settled case law that that position cannot be altered by the fact that the measure in question forms part of a Community decision-making procedure, where it is clear from the division of powers in the field in question between the national authorities and the Community institutions that the measure adopted by the national authority is binding on the Community decision-taking authority and therefore*

---

<sup>16</sup> Such distinction is set out by V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pg. 319 *et seq.*, who named the first category «bipartite composed proceedings» and the second «united composed proceedings». For other relevant case law, see: Order of the Court of 28 June 1993, *Donatab/Commission*, C-64/93, EU:C:1993:266, paragraphs 13 and 14; Judgment of the Court of 19 March 2013, *Bouygues SA/Commission*, joined Cases C-399/10 and C-401/10, EU:C:2013:175, paragraphs 76-78; Judgment of the Court of 31 March 1965, *Ley/Commission*, joined Cases C-12/64 and C-29/64, EU:C:1965/28; Judgment of the Court of 14 February 1989, *Bossi/Commission*, C-346/87, EU:C:1989/59; Order of the Court of first instance of 2 June 2004, *Pfizer/Commission*, T-123/03, EU:T:2004/167, paragraph 24. See also the general principle expressed in Judgment of the Court of 17 July 2008, *Athinaïki Techniki/Commission*, C-521/06, EU:C:2008:422, paragraphs 42-54.

determines the terms of the Community decision to be adopted (*Oleificio Borelli v Commission*, paragraph 10). In the present case, however, it must be noted that Article 4(5) of Regulation No 1049/2001 – unlike other Community legislation on which the Court has ruled (see, *inter alia*, Case C-269/99 *Carl Kühne and Others* [2001] ECR I-9517, paragraphs 50 to 54) – did not aim to establish a division between two powers, one national and the other of the Community, with different purposes. As pointed out in paragraph 76 above, that provision creates a decision-making procedure the sole object of which is to determine whether access to a document should be refused under one of the substantive exceptions listed in Article 4(1) to (3) of the regulation, a decision-making procedure in which both the Community institution and the Member State concerned play a part, in the terms stated in paragraph 76. In such a case it is within the jurisdiction of the Community judicature to review, on application by a person to whom the institution has refused to grant access, whether that refusal was validly based on those exceptions, regardless of whether the refusal results from an assessment of those exceptions by the institution itself or by the relevant Member State. From the point of view of the person concerned, the Member States intervention does not affect the Community nature of the decision that is subsequently addressed to him by the institution in reply to the request he has made for access to a document in its possession”<sup>17</sup>. The same distinction has been subsequently crystallized in the Order of the President of the Court of 13 January 2009, *Occhetto and Parliament/Donnici*, joined cases C-512/07 and C-15/08, EU:C: 2009:3, paragraphs 50-52 (as recalled in Judgment of the Court of 30 April 2009, *Italian Republic and Donnici/ Parliament*, joined cases C-393/07 and C-9/08, EU:C:2009:275).<sup>18</sup>In light of the CJEU’s jurisprudence, it remains to be defined under which sub-category of composed proceedings the common procedure set out under Articles 22 and 23 of CRD IV shall fall.

Provided the Court of Justice’s jurisprudence on the allocation of jurisdictional competences in composed proceedings, the crucial point in the preliminary ruling was to define under which of the two sub-categories of composed proceedings – as identified by the Court – the common procedure set out under Articles 22 and 23 of CRD IV should fall.

In this regard, two arguments were made before the Court.

In the first, it was argued that the procedure at hand should be considered as one where the national authorities have decision-making power and can issue

---

<sup>17</sup> Paragraphs 91-94.

<sup>18</sup> And the same distinction has been underlined in the Opinion of Advocate General Bot of 5 July 2012, in *Jager & Polacek/OHIM*, C-402/11, EU:C:2012:424, paragraphs 41 *et seq.* In addition, it is particularly worth mentioning the Opinion of Advocate General Colomer of 7 September 2004, *Portugal/Commission*, C-249/02, EU:C:204:483, paragraph 44, according to which “defects in the preparatory measures for an act adopted subsequently, which contains the institutions decision, must be pointed out when the action is brought against the latter act, subject always to the fact that preparatory acts may be contested separately in so far as, by producing legal effects, they have a decisive influence on an issue in the main procedure. For the same reason, actions cannot be brought against measures which merely reproduce or confirm previous decisions or which are purely implementing measures”.



acts capable of affecting the legal rights of third parties because, even if the NCA's draft decision is not formally binding on the ECB, such decision – besides being mandatory from a procedural point of view – should be deemed binding from a substantive point of view since its outcomes heavily influence the ECB in issuing its final decision.<sup>19</sup>

This argument was based on the principle that the European legislator established a codecision procedure between the NCAs and the ECB for the procedures under Articles 22 and 23 of CRD IV, such that the draft submitted by the NCA determines the subsequent decision taken by the ECB.<sup>20 21</sup>

In this sense, the ECB's final decision "*seems to be highly conditioned by the previous assessment of the NCA. NCAs play a fundamental preliminary and preparatory activity, as they represent an 'entry point' and carry out a first assessment of compliance with national and European law*".<sup>22</sup>

The other argument maintained that the procedure should be considered as one where the national authorities issue mere preparatory acts, since the regulatory provisions concerning the assessment of potential acquisitions of qualifying holdings in credit institutions do not reallocate the decision-making competences between the ECB and the NCAs, as only the ECB can issue a definitive decision.

In this regard, the wording of Article 15, paragraph 3, of the SSM Regulation, by stating that "*the ECB shall decide whether to oppose the acquisition on the basis of the assessment criteria set out in the relevant Union law and in accordance with the procedure and within the assessment periods set out therein*" does not seem *per se* to limit the discretion of the ECB *vis-à-vis* the assessment made by the NCA – consistent with the overall structure adopted for the two other common procedures, in which the final decision shall be taken by the ECB due to the underlying reason governing such procedures, and namely the necessity to regulate the access to the banking market of natural persons and legal entities. In addition, Article 87 of the SSM Framework Regulation, by stating that "*the ECB shall decide whether or not to oppose the acquisition on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA's draft decision. The right to be heard, as provided for in Article 31, shall apply*", provides the ECB with the power to adopt its final decision after having taken into account other elements in addition to the draft decision issued by the NCA. In this sense, the ECB shall take due account of – *inter alia* – possible objections of the applicant and, on the basis of such objections, may eventually overturn the NCA's draft decision. Furthermore,

---

<sup>19</sup> See *Consiglio di Stato* Reg. prov. coll. n. 1805/2017 of 14 April 2017, pt. 9.3, pg. 21-23.

<sup>20</sup> See Opinion of Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona (EU:C:2018:502, paragraph 96).

<sup>21</sup> Indeed, Article 86, paragraph 1, of the SSM Framework Regulation states that NCAs shall: (i) receive the intention to acquire the qualifying holding; (ii) assess whether the potential acquisition complies with all the conditions laid down in the relevant Union and national law; and (iii) express a motivation on the draft decision to oppose or not to oppose the acquisition to the ECB.

<sup>22</sup> Cfr. A. MAGLIARI, *op. cit.* The same vision has been expressed in A. MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca Centrale Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015.

Article 88 of the SSM Framework Regulation does not provide for the delivery of the NCA's draft decision to the person concerned by the procedure, as such draft decision is deemed a preparatory measure and, *a fortiori*, is written exclusively in English (which, pursuant to Article 23 of the SSM Framework Regulation and subsequent arrangements, is the language by which supervisory authorities communicate with each other within the SSM).

In addition, the merely internal role played by the NCAs in the context of such procedures seems to be also supported by the general statement provided in the Judgment of the General Court of 16 May 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB*, T-122/15, EU:T:2017:337. Concerning the interplay between the NCAs and the ECB in carrying out those tasks exclusively conferred to the latter, the Judgment stated in paragraph 54 that “*the logic of the relationship between [Article 4(1) and Article 6 of the SSM Regulation]<sup>23</sup> consists in allowing the exclusive competences delegated to the ECB to be implemented within a decentralized framework, rather than having a distribution of competences between the ECB and the national authorities in the performance of the tasks referred to in Article 4(1) of that regulation*”.<sup>24</sup>

### ***3.2 The relevance of the nature of the action started before national courts in the allocation of jurisdictional competences***

The second question referred to the Court concerned whether the rules on the allocation of jurisdictional competences between European and national courts in cases regarding the SSM's common procedures also apply to the particular domestic action named *giudizio di ottemperanza*, *i.e.* an action by which the appellant can claim before a court that issued a final ruling the invalidity of an act issued by a national authority on the grounds that it breaches or circumvents precisely that ruling.

---

<sup>23</sup> And namely the relationship between the tasks conferred exclusively to the ECB (such as the assessment of the application for the acquisition of qualifying holdings in credit institutions) and the provision according to which “*national competent authorities shall be responsible for assisting the ECB [...] with the preparation and implementation of any acts relating to the task referred to in Article 4 related to all credit institutions, including assistance in verification activities*” (Article 6, paragraph 3, of the SSM Regulation).

<sup>24</sup> Such statement was not disregarded in the Judgment of the Court of 8 May 2019, *Landeskreditbank Baden-Württemberg/ECB*, C-450/17, EU:C:2019:327. In addition, the first commentators of the first instance decision (R. D'AMBROSIO and M. LAMANDINI, *La «prima volta» del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, pg. 594/II-599/II) have highlighted that “*in case of ECB's exclusive competence in matters covered by Article 4 [letters] (a) and (c), NCAs are entrusted with functions that, in case of authorization to take up the business of a credit institution, imply a sub-proceeding [...] as NCAs shall verify that all the conditions set out by the relevant national legislation have been fulfilled and the NCAs' decision is definitive or otherwise binding[,] and[,] in other cases [i.e. in the withdrawal of the authorization and in the decision on an acquisition of qualifying holding] [NCAs are entrusted with a] mere internal exercise of preliminary and preparatory functions not binding vis-à-vis the ECB's final decision (whose legitimacy can be assessed only by challenging the ECB's final decision to the extent that they actually impacted on the legitimacy of such final decision)*”.

According to one view expressed before the Court of Justice, this question is directly linked to the first, as its solution depends on the conclusions regarding the judicial nature of the NCAs' acts: should NCA acts issued within the procedure for assessing the potential acquisition of qualifying holdings in credit institutions be deemed challengeable before national courts, they would be also subject to the *giudizio di ottemperanza* before national courts;<sup>25</sup> on the contrary, should such acts be deemed challengeable before European courts (*rectius*, their alleged illegitimacies be deemed challengeable before European courts together with the final decision issued by the European administration), this principle would not be limited by the type of action brought before national courts.

According to the opposite view, notwithstanding the conclusion reached on the first question, the peculiar nature of the *giudizio di ottemperanza* – a judgment in which the same court that issued a final ruling is requested to ensure that the acts issued by the national administration comply with such ruling – makes it such that this remedy cannot be obviated by the rules on the jurisdictional competence of national and European courts. In this sense, the need to ensure the proper execution of final rulings would be frustrated were the CJEU's competence be recognized, as the right to full and effective judicial protection is best expressed by a court's ability to ensure that its rulings are properly executed. This view seems to bring to life a different aspect of the *vexata quaestio* concerning the relationship between the *res judicata* principle and the primacy of Union law: indeed, in the case law at hand, the issue does not concern the resilience of final rulings issued by national courts in relation to incompatible provisions of Union law,<sup>26</sup> but rather the resilience of a national provision conceived to ensure the material application of the *res judicata* principle in relation to an incompatible provision of Union law (*i.e.* Article 263 of TFEU).

#### **4. The opinion of the Advocate General and the decision of the Court**

In his opinion delivered on 27 June 2018, the Court's Advocate General<sup>27</sup> agreed with the argument that, in the procedure provided for under Articles

---

<sup>25</sup> In such context, the general principle of autonomy of Member States' jurisdictional competences applies, together with the CJEU's jurisprudence stating that, even if the European law provides for some judicial remedies applicable before the CJEU itself, it did not intend to create new remedies applicable before national courts other than those already laid down by national law (see *inter alia*, Judgment of the Court of 13 March 2007, *Unibet/Justitiekanslern*, C-432/05, EU:C:2007:163, paragraphs 40 *et seq.* and decisions mentioned therein).

<sup>26</sup> Already assessed in Judgment of the Court of 18 July 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, paragraphs 62-63 (on which the principle of Union law's primacy over national laws is grounded, as well as its corollaries – *i.e.* the principle of *weak ruling* of national courts, as subsequently developed in Judgment of the Court of 3 September 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, Judgment of the Court of 6 October 2009, *Asturcom Telecommunicationes*, C-40/08, EU:C:2009:615, Judgment of the Court of 10 July 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, and Judgment of the Court of 11 November 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742).

<sup>27</sup> Opinion of Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona of 27 June 2018, *Berlusconi and Fininvest*, C-219/17, EU:C:2018:502.

22 and 23 of CRD IV, the national authorities issue mere preparatory acts that do not bind the ECB in the issuance of its final decision. As such, any alleged illegitimacies are challengeable only by challenging the ECB's final decision before the CJEU.

From a general point of view, he recognized that in such procedure “*NCA's involvement is limited to verifying compliance with the conditions required in order for the transaction to be authorized*” and “*their role culminates in the submission of a draft or proposed decision to the ECB, which is in any case not bound by the proposal*”.<sup>28</sup>

Consequently, he stated that, from a substantive and procedural standpoint, “*the ECB has an exclusive decision-making power*” in such procedures for several reasons, such as:

- the provisions set out in Article 87 of the SSM Framework Regulation, pursuant to which “*the ECB has total power to assess the matters of fact and law when it comes to take its final decision. The proposal submitted to it by the NCA is one more element in that assessment, but not necessarily the only one. There is nothing to prevent the ECB from performing its own independent investigation and research activities and arriving at a different conclusion from that proposed by the NCA, which is not binding on it*” and “*the draft submitted by the NCA does not determine the subsequent decision by the ECB*”, as there is no “*case of a codecision procedure involving the NCA and the ECB*”;<sup>29</sup>
- the ECB's ability to amend at any time the draft proposal issued by the NCA, both *motu proprio* and following the intervention of the Administrative Board of Review;<sup>30</sup>
- the ECB's involvement from the initial stage of the procedure: once an NCA receives a notification of an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution, it shall notify the ECB no later than five working days following the acknowledgement of receipt;<sup>31</sup>
- the fact that the NCA does not transmit the draft decision to the applicant, as it is merely an internal act in preparation of the ECB's final decision and has no legal effects on the applicant or on third parties;<sup>32</sup>
- the NCA's lack of autonomous power even in the case of a negative assessment; in contrast, for example, in applications for the authorization to

---

<sup>28</sup> Paragraph 93 of his opinion.

<sup>29</sup> Ivi, paragraphs 95-96.

<sup>30</sup> Ivi, paragraph 97.

<sup>31</sup> Ivi, paragraph 98.

<sup>32</sup> Ivi, paragraph 99.

carry on banking activity, where the NCA has the power to decide on its own whether to reject an application;<sup>33</sup>

- the fact that the ECB can instruct an NCA to express a view on an application for authorization in the event that the NCA fails to do so, which “*makes clear that the ECB is involved in that procedure from the start and that it is the ECB that exercises sole control over the procedure*”.<sup>34</sup>

In light of all the above, and provided that the assessment procedure for the potential acquisition of qualifying holdings in credit institutions entails the exclusive competence of the ECB in issuing the final decision, the Advocate General recalled the abovementioned CJEU’s jurisprudence according to which “*where the decision-making power lies with national authorities, the Borelli case law applies; where it rests with the EU authority, the Sweden/Commission case law applies*”.<sup>35</sup>

Consequently, from a procedural standpoint, “*in the procedure for authorising qualifying holdings, sole power to take the final decision is concentrated in the ECB, as it is in most composite administrative procedures within the banking union. Symmetrically, sole jurisdiction to conduct a judicial review of the exercise of that concentrated power must lie with the General Court and the Court of Justice*”.<sup>36</sup>

As for the second question on the *giudizio di ottemperanza*, the Advocate General consequently stated that “*the answer to the second question can be inferred logically from my recommended response to the first question. When one argues that the General Court and the Court of Justice have exclusive jurisdiction to carry out a judicial review of the measures adopted in these procedures, and that the national courts have no such jurisdiction, the fact that the national courts may be called on to make a ruling through the *giudizio di ottemperanza* or any other procedural mechanism of their domestic law is irrelevant*”.<sup>37</sup>

In light of what has been observed by the parties and other interveners, and taking into account the abovementioned observations of the Advocate General, the *Grand Chambre* of the Court of Justice issued its decision.

Agreeing with the reconstruction assessed by the Advocate General on the nature of the common procedure at hand, the *Grand Chambre* highlighted that “*where the EU legislature opts for an administrative procedure under which the national authorities adopt acts that are preparatory to a final decision of an EU institution which produces legal effects and is capable of adversely affecting a person, it seeks to establish between the EU institution and the national*

---

<sup>33</sup> Ivi, paragraph 100.

<sup>34</sup> Ivi, paragraph 101.

<sup>35</sup> Ivi, paragraph 103.

<sup>36</sup> Ivi, paragraph 105.

<sup>37</sup> Ivi, paragraph 116.

*authorities a specific cooperation mechanism which is based on the exclusive decision-making power of the EU institution.*

*In order for such a decision-making process to be effective, there must necessarily be a single judicial review, which is conducted, by the EU Courts alone, only once the decision of the EU institution bringing the administrative procedure to an end has been adopted, a decision which is, alone, capable of producing binding legal effects such as to affect the applicant's interests by bringing about a distinct change in his legal position.*

*If national remedies against preparatory acts or proposals of Member State authorities in this type of procedure were to exist alongside the action provided for in Article 263 TFEU against the decision of the EU institution bringing the administrative procedure established by the EU legislature to an end, the risk of divergent assessments in one and the same procedure would not be ruled out and, therefore, the Court's exclusive jurisdiction to rule on the legality of that final decision could be compromised, in particular where the EU institution's decision follows the analysis and the proposal of those authorities.*

*Given that need for a single judicial review, both the type of national legal procedure employed in order to subject preparatory acts adopted by the national authorities to review by a court of a Member State and the nature of the heads of claim or pleas in law put forward for that purpose are immaterial”.*

*Consequently, the Court stated that “[w]ithin the framework of relations governed by the principle of sincere cooperation by virtue of Article 6(2) of the SSM Regulation, the national authorities' role, as is apparent from that provision, Article 15(1) and (2) of the SSM Regulation and Articles 85 and 86 of the SSM Framework Regulation, consists in registering applications for authorisation and in assisting the ECB, which alone has the decision-making power, in particular by providing it with all the information necessary for carrying out its tasks, by examining such applications and then by forwarding to the ECB a proposal for a decision, which is not binding on the ECB and which, moreover, EU law does not require to be notified to the applicant.*

*Thus, the procedure to which the acts challenged before the referring court belong is among those to which the considerations set out in paragraphs 43 and 44 of the present judgment relate [i.e., a procedure where acts of national authorities constitute “a stage of a procedure in which an EU institution exercises, alone, the final decision-making power without being bound by the preparatory acts or the proposals of the national authorities”].*

*Consequently, it must be held that the EU Courts alone have jurisdiction to determine, as an incidental matter, whether the legality of the ECB's decision of 25 October 2016 is affected by any defects rendering unlawful the acts preparatory to that decision that were adopted by the Bank of Italy. That jurisdiction excludes any jurisdiction of national courts in respect of those acts, and it is irrelevant in that regard that an action such as the azione di ottemperanza has been brought before a national court”.*

As anticipated, in relation to the second question referred to the Court, the particular features of the envisaged *giudizio di ottemperanza* were deemed irrelevant in relation to the Court's first finding. In this sense, the Court of Justice highlighted that the exclusive jurisdiction of the European courts to review the validity of the ECB's decisions and, as an incidental matter, to determine whether the preparatory national acts are vitiated by defects affecting the validity of the ECB's decision, precludes national courts from being able to hear an action invoking the noncompliance of such acts with national provisions on *res judicata*.

## 5. Concluding remarks

The judgment warrants some brief comments.

The importance of this decision in its assessment of the SSM's boundaries under the unregulated area of judicial remedies is unquestionable. The General Advocate itself highlighted that "*addressing these procedures in the context of the banking union will be a milestone for the case law on this subject*".<sup>38</sup>

The Court of Justice, by deeming that the activity carried out by NCAs in the context of SSM common procedures is "*a stage of a procedure in which an EU institution exercises, alone, the final decision making power without being bound by the preparatory acts or the proposal of the national authorities*", seems to align its view to that of the vast majority of legal scholars.<sup>39</sup> The conclusions reached by the Court are the following:

- acts issued by NCAs within the context of the common procedures at hand cannot be challenged before the CJEU, as such acts are not binding on the ECB and therefore shall be deemed as flowing into (or being part of) the final decision

---

<sup>38</sup> Pt. 59.

<sup>39</sup> From the first commentators of the newly born SSM (M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale – Banca d'Italia*, September 2013, pg. 23 *et seq.*) to legal scholars (M. LAMANDINI and D. RAMOS MUÑOZ, *EU Financial Law. An introduction*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, pg. 204; C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, pg. 92 *et seq.*). There is, indeed, a different view – concerning, more generally, composed proceedings – according to which the evolution of European composed proceedings places less importance on the final act *vis-à-vis* those acts that are issued within the course of the proceeding, in light of the perspective of judicial protection (S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, pg. 640, as recalled in G. MASTRODONATO, *op. cit.*, footnote no. 156, pg. 101). In this respect, it was also stated that "*composed proceedings would cause the crisis of the traditional distinction between acts within the proceeding (lacking external effects and aimed at issuing the final acts of such proceeding) and final acts (with external affects, with imperative content, which have juridical effects predetermined by law). Here, from a perspective of judicial protection, an interest to challenge directly some acts issued within the proceedings, before or independently from the final act, seems to arise*" (F. BIGNAMI and S. CASSESE (curated by), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, pg. 82); however, the latter statement could be deemed as losing relevance to the extent that, as it is in the case under examination, it grants the possibility of challenging potential flaws strictly related to the "*acts issued within the proceedings*" (although after the final decision has been issued).

issued by the ECB; in this regard, the general principles on the allocation of jurisdictional competences between national and European courts (cfr. *supra*) prevent national courts from deciding on the legality of acts adopted by European institutions (regardless of the kind of action brought before such courts);<sup>40</sup>

- as a consequence, any flaws relating to an act issued by an NCA shall be challenged before the CJEU by challenging the ECB's final decision since such flaw is directly related to the ECB's decision.

This judgment seems to fit perfectly with the SSM's architecture.

The decision for the CJEU's exclusive competence to decide on the legality of acts issued in proceedings where the ECB has the final word and the NCAs carry out preliminary activities represents an important step towards the approximation of laws and regulations within the Banking Union. Indeed, the Court, in stating that it has exclusive jurisdiction to review decisions taken by the ECB in common procedures at hand and, as an incidental matter, that it has jurisdiction to decide whether the preparatory national acts are vitiated by defects such as to affect the validity of the ECB's decision, avoids potential claims of gaps in judicial protection, as well as the risk that procedures for which the European legislator conceived the strictest centralization be addressed at national level (*i.e.* national courts).

In addition, as underlined by both the Advocate General and the *Grand Chambre* itself, the main risk that ensues from a national court having competence to rule over NCA acts that are preparatory to the ECB's final decision is that there may be different assessments regarding the same common procedure, therefore compromising the Court's exclusive jurisdiction to rule on the legality of that final decision, especially where the ECB's decision follows the analysis and proposal of the NCA. Were the national courts to have competence, it would also be an inadmissible interference in the exclusive competence of the CJEU to review the legality of acts adopted by the ECB, as provided for under Article 263, paragraph 1, of the TFEU, and an indirect interference on the ECB's functions in the area of banking supervision.

As for the last point, the annulment (or temporary suspension) by national courts of acts issued by NCAs would lead to two absurd consequences:

- if annulled before the ECB issues the final decision (highly unlikely for obvious reasons), the resulting uncertainty concerning the prosecution of the procedure would infringe upon the principle of sincere cooperation

---

<sup>40</sup> Such conclusion can be extended *a fortiori* to those procedures set out under Article 6, paragraph 3, of the SSM Regulation, where the NCAs' collaboration in the ECB's exercise of its exclusive supervisory functions is deemed merely eventual and not mandatory.



between the Union and Member States as set out under Article 4, paragraph 3, of the Treaty on European Union («TEU»);<sup>41</sup>

- if annulled after the ECB issues the final decision (more likely), the annulment of the NCA's act would not necessarily call into question the validity of the ECB's final decision, since the decision of a national court cannot influence the validity of an act issued by European institutions.<sup>42</sup>

The CJEU decision at hand also has particular relevance in relation to the principles governing the extension of the CJEU's control on Member States' domestic law.

The Court of Justice's decision at hand also has particular relevance in relation to the principles governing the extension of the CJEU's control on Member States' domestic law.

In the common procedures at issue, where the ECB has competence to adopt the final decision, the ECB shall, for the purpose of carrying out the tasks attributed to it by the SSM Regulation, “*apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising those options*” (Article 4, paragraph 3, of the SSM Regulation).<sup>43</sup> Thus, the ECB, in assessing the potential acquisition of qualifying holdings in credit institutions, shall carry out its evaluation on the basis of both European law and, to the extent mentioned

---

<sup>41</sup> According to which “*the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties. The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union. The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives*”.

<sup>42</sup> In Judgment of the Court of 23 January 1997, *Coen/Belgium*, C-246/95, EU:C:1997:33, pt. 22-24, it was stated that, in circumstances where the lawfulness of a procedure initiated by European institutions may depend on whether certain acts of the national authorities – to which such institutions have turned – are themselves lawful, the period prescribed for challenging a decision of a European institution “*cannot be caused to run afresh by a judgment given by a court of a Member State finding an act of the State unlawful, where the act in question may have influenced the Commission decision which is to be challenged*”.

<sup>43</sup> See also recital no. 34 of the same Regulation, according to which “*For the carrying out of its tasks and the exercise of its supervisory powers, the ECB should apply the material rules relating to the prudential supervision of credit institutions. Those rules are composed of the relevant Union law, in particular directly applicable Regulations or Directives, such as those on capital requirements for credit institutions and on financial conglomerates. Where the material rules relating to the prudential supervision of credit institutions are laid down in Directives, the ECB should apply the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and in areas where, on the date of entry into force of this Regulation, those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB should also apply the national legislation exercising such options. Such options should be construed as excluding options available only to competent or designated authorities. This is without prejudice to the principle of the primacy of Union law. It follows that the ECB should, when adopting guidelines or recommendations or when taking decisions, base itself on, and act in accordance with, the relevant binding Union law*”.

above, national law.<sup>44 45</sup> Consequently, the CJEU, in reviewing the ECB's final decision, is empowered to cover the same scope.<sup>46</sup>

However, it remains unclear from a theoretical standpoint whether the CJEU's review of NCA's acts issued in the common procedures at issue would be deemed to have the same scope as a national court's review of the same acts.

Indeed, while the CJEU can take into account domestic law "*as its starting point for its useful (specific) interpretation of the applicable provisions and principles of Union law*" (cfr. footnote no. 46), the same cannot be said when such domestic law has no connection with relevant Union law.

This situation may occur, for example, when an NCA's assessment – based on national law transposing directives or resulting from the exercise of an option granted by regulations – is alleged to be contrary to domestic provisions other than those upon which the NCAs' action is based (e.g. the *res judicata* principle), or when an NCA's assessment is based on purely domestic law having no connection with European directives or regulations (e.g. in the case of draft decisions adopted by NCAs in the execution of Article 95, paragraph 2, of the SSM Framework Regulation in the context of the ECB's supervisory functions

---

<sup>44</sup> See A. MAGLIARI, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in Rivista di Diritto Bancario, 2015, 11, pg. 2, according to which "[the system provided by Article 4, paragraph 3, of the SSM Regulation] it is an unprecedented interweave of national and supranational rules of European imprinting. In light of such provision, the European Central Bank, in exercising those functions attributed by the [SSM] Regulation, shall know, interpret and apply a multi-level legislative package, composed by typical sources of Union law, implementing national law and options exercised by Member States granted by European regulations". To this extent, the same author is of the view that the execution of national law by the ECB, pursuant to Article 4, paragraph 3, of the SSM Regulation, shall be deemed an activity of checking the correct application of national law by the NCAs and its compliance with the relevant Union law. In such cases, the ECB shall not apply the national law *ex nihilo*, but indirectly, on the basis of the previous interpretation and application carried out by the NCA, provided that it can however reject the proposal delivered by the latter on the basis of a different evaluation.

<sup>45</sup> The same principle is valid also with reference to the ECB's supervisory functions towards significant banks and those supervisory functions granted under national law (cfr., for the latter, ECB communication of 31 March 2017, *Additional clarification regarding the ECB's competence to exercise supervisory powers granted under national law*, SSM/2017/0140). In this respect, it is not clear whether the ECB shall be deemed as having the legal standing in order to apply, when carrying out supervisory functions granted by national law, those provisions governing only domestic-based supervisory mechanisms (e.g. *en bloc* disposal of assets, outsourcing of activities, etc.), due to the lack of the linking requirement with Union law set out by Article 4, paragraph 3, of the SSM Regulation.

<sup>46</sup> The CJEU's ability to spell out its understanding on facts and points of national law "*as a starting point for its useful (specific) interpretation of the applicable provisions and principles of Union law*" is a settled principle (cfr. C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, pg. 90, footnote no. 24). Moreover, even where the relevant domestic law is composed of directives or exercises options granted by regulations, the CJEU shall not make an authoritative interpretation of such domestic law but shall rather limit itself to "*gather the opinions of the courts and experts to assess the actual state of national law, and evaluate the ECB action in this light*" (M. LAMANDINI and D. RAMOS MUÑOZ, *op. cit.*, pg. 207, footnote no. 75).

granted under national law,<sup>47</sup> or in any case where NCAs are asked to apply purely domestic law that is strictly connected to supervisory tasks<sup>48</sup>).

It will clearly be up to the CJEU to rule on this point. It will be interesting to see if it will recognize that it is competent to rule on such domestic law issues in light of the more general principles provided for by the Treaties or equivalent sources,<sup>49</sup> or if it will find another way out.<sup>50</sup> In any case, a clear statement concerning this point would be advisable in order to prevent possible grievances regarding insufficient judicial protection, notably in a Mechanism in which, despite the progressive centralization of supervisory functions, domestic leeway is still significant.

---

<sup>47</sup> E.g. the ECB's supervisory functions referred to in the abovementioned ECB communication of 31 March 2017, *Additional clarification regarding the ECB's competence to exercise supervisory powers granted under national law*, SSM/2017/0140.

<sup>48</sup> For instance, labor law provisions and related collective bargaining agreements in the assessment of remuneration policies under CRD IV.

<sup>49</sup> Such as the Charter of Fundamental Rights of the European Union and – at least for general principles – the European Convention of Human Rights (Article 6 of TEU).

<sup>50</sup> For instance, in Judgments of the General Court of 13 December 2017, *Crédit mutuel Arkéa/ECB*, T-712/15, EU:T:2017:900 and T-52/16, EU:T:2017:902, the General Court attempted to address this issue by taking up the gap-filling function of interpreting national law in case national courts had not done so (paragraphs 132 and 131 respectively; see also F. COMAN-KUND and F. AMTENBRINK, *On the Scope and Limits of the Application of National Law by the European Central Bank within the Single Supervisory Mechanism*, in *Banking & Finance Law Review* pg 171 and 172). However, besides the fact that such a solution clashes with the traditional allocation of jurisdiction between European and domestic courts and the relevant CJEU case law, the method itself is unconvincing: it addresses an issue related to the *an* – *i.e.* whether the CJEU can apply purely domestic provision in its judgments – by using a hermeneutical tool belonging to the *quomodo* – *i.e.* how such purely domestic provisions shall be applied – thus circumventing the real sore point.

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

19 December 2018 (\*)

(Reference for a preliminary ruling — Approximation of laws — Prudential supervision of credit institutions — Acquisition of a qualifying holding in a credit institution — Procedure governed by Directive 2013/36/EU and by Regulations (EU) No 1024/2013 and No 468/2014 — Composite administrative procedure — Exclusive decision-making power of the European Central Bank (ECB) — Action brought against preparatory acts adopted by the national competent authority — Claim that the force of *res judicata* attaching to a national decision has been disregarded)

In Case C-219/17,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Consiglio di Stato (Council of State, Italy), made by decision of 23 February 2017, received at the Court on 25 April 2017, in the proceedings

**Silvio Berlusconi,**

**Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)**

v

**Banca d'Italia,**

**Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS),**

third parties:

**Ministero dell'Economia e delle Finanze,**

**Banca Mediolanum SpA,**

**Holding Italiana Quarta SpA,**

**Fin. Prog. Italia di E. Doris & C. s.a.p.a.,**

**Sirefid SpA,**

**Ennio Doris,**

THE COURT (Grand Chamber),

composed of K. Lenaerts, President, J.-C. Bonichot (Rapporteur), A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, T. von Danwitz, K. Jürimäe and C. Lycourgos, Presidents of Chambers, A. Rosas, E. Juhász, J. Malenovský, E. Levits and L. Bay Larsen, Judges,

Advocate General: M. Campos Sánchez-Bordona,

Registrar: R. Schiano, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 18 April 2018,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Mr Berlusconi and Finanziaria d’investimento Fininvest SpA (Fininvest), by A. Di Porto, R. Vaccarella, A. Saccucci, M. Carpinelli, B. Nascimbene, R. Baratta and N. Ghedini, avvocati,
- the Banca d’Italia, by M. Perassi, G. Crapanzano, M. Mancini and O. Capolino, avvocati,
- the Spanish Government, by M.A. Sampol Pucurull, acting as Agent,
- the European Commission, by V. Di Bucci, H. Krämer, K.-P. Wojcik and A. Steiblytė, acting as Agents,
- the European Central Bank (ECB), by G. Buono, C. Hernández Saseta and C. Zilioli, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 27 June 2018,

gives the following

### **Judgment**

- 1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 256(1) and the first, second and fifth paragraphs of Article 263 TFEU.
- 2 The request has been made in proceedings brought by Silvio Berlusconi and Finanziaria d’investimento Fininvest SpA (Fininvest) against the Banca d’Italia (Bank of Italy) and the Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (Institute for the Supervision of Insurance (IVASS), Italy) relating to scrutiny of the acquisition of a qualifying holding in a credit institution.

#### **Legal context**

##### *EU law*

##### CRD IV

- 3 As set out in Article 22, headed ‘Notification and assessment of proposed acquisitions’, of Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC (OJ 2013 L 176, p. 338, corrigendum at OJ 2017 L 20, p. 1) (known as the Capital Requirements Directive; ‘CRD IV’):

‘1. Member States shall require any natural or legal person or such persons acting in concert (the “proposed acquirer”), who have taken a decision either to acquire, directly or indirectly, a qualifying holding in a credit institution or to further increase, directly or indirectly, such a qualifying holding in a credit institution as a result of which the proportion of the voting rights or of the capital held would reach or exceed 20%, 30% or 50% or so that the credit institution would become its subsidiary (the “proposed acquisition”), to notify the competent authorities of the credit institution in which they are seeking to acquire or increase a qualifying holding in writing in advance of the acquisition, indicating the size of the intended holding and the relevant information,

as specified in accordance with Article 23(4). ...

2. The competent authorities shall acknowledge receipt of notification under paragraph 1 or of further information under paragraph 3 promptly and in any event within two working days following receipt in writing to the proposed acquirer.

The competent authorities shall have a maximum of 60 working days as from the date of the written acknowledgement of receipt of the notification and all documents required by the Member State to be attached to the notification on the basis of the list referred to in Article 23(4) (the “assessment period”), to carry out the assessment provided for in Article 23(1) (the “assessment”).

The competent authorities shall inform the proposed acquirer of the date of the expiry of the assessment period at the time of acknowledging receipt.

3. The competent authorities may, during the assessment period if necessary, and no later than on the 50th working day of the assessment period, request further information that is necessary to complete the assessment. Such a request shall be made in writing and shall specify the additional information needed.

For the period between the date of request for information by the competent authorities and the receipt of a response thereto by the proposed acquirer, the assessment period shall be suspended. The suspension shall not exceed 20 working days. Any further requests by the competent authorities for completion or clarification of the information shall be at their discretion but shall not result in a suspension of the assessment period.

4. The competent authorities may extend the suspension referred to in the second subparagraph of paragraph 3 up to 30 working days if the proposed acquirer is situated or regulated in a third country or is a natural or legal person not subject to supervision under this Directive or under Directive 2009/65/EC, 2009/138/EC, or 2004/39/EC.

5. If the competent authorities decide to oppose the proposed acquisition, they shall, within two working days of completion of the assessment, and not exceeding the assessment period, inform the proposed acquirer in writing, providing the reasons. Subject to national law, an appropriate statement of the reasons for the decision may be made accessible to the public at the request of the proposed acquirer. This shall not prevent a Member State from allowing the competent authority to publish such information in the absence of a request by the proposed acquirer.

6. If the competent authorities do not oppose the proposed acquisition within the assessment period in writing, it shall be deemed to be approved.

7. The competent authorities may fix a maximum period for concluding the proposed acquisition and extend it where appropriate.

8. Member States shall not impose requirements for notification to, or approval by, the competent authorities of direct or indirect acquisitions of voting rights or capital that are more stringent than those set out in this Directive.

...’

4 Article 23 of CRD IV, headed ‘Assessment criteria’, states:

‘1. In assessing the notification provided for in Article 22(1) and the information referred to in Article 22(3), the competent authorities shall, in order to ensure the sound and prudent management

of the credit institution in which an acquisition is proposed, and having regard to the likely influence of the proposed acquirer on that credit institution, assess the suitability of the proposed acquirer and the financial soundness of the proposed acquisition in accordance with the following criteria:

- (a) the reputation of the proposed acquirer;
- (b) the reputation, knowledge, skills and experience, as set out in Article 91(1), of any member of the management body and any member of senior management who will direct the business of the credit institution as a result of the proposed acquisition;
- (c) the financial soundness of the proposed acquirer, in particular in relation to the type of business pursued and envisaged in the credit institution in which the acquisition is proposed;

...

2. The competent authorities may oppose the proposed acquisition only if there are reasonable grounds for doing so on the basis of the criteria set out in paragraph 1 or if the information provided by the proposed acquirer is incomplete.

...'

5 Article 119 of CRD IV, headed 'Inclusion of holding companies in consolidated supervision', provides in paragraph 1:

'Member States shall adopt any measures necessary, where appropriate, to include financial holding companies and mixed financial holding companies in consolidated supervision.'

The SSM Regulation

6 Recital 11 of Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ 2013 L 287, p. 63) (known as the Single Supervisory Mechanism (SSM) Regulation; 'the SSM Regulation') states:

'A banking union should ... be set up in the Union, underpinned by a comprehensive and detailed single rulebook for financial services for the internal market as a whole and composed of a single supervisory mechanism and new frameworks for deposit insurance and resolution. ...'

7 Article 1 of the SSM Regulation, headed 'Subject matter and scope', states:

'This Regulation confers on the [European Central Bank (ECB)] specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, with a view to contributing to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system within the Union and each Member State, with full regard and duty of care for the unity and integrity of the internal market based on equal treatment of credit institutions with a view to preventing regulatory arbitrage.

...

This Regulation is without prejudice to the responsibilities and related powers of the competent authorities of the participating Member States to carry out supervisory tasks not conferred on the ECB by this Regulation.

...’

8 Article 4 of the SSM Regulation is worded as follows:

‘1. Within the framework of Article 6, the ECB shall, in accordance with paragraph 3 of this Article, be exclusively competent to carry out, for prudential supervisory purposes, the following tasks in relation to all credit institutions established in the participating Member States:

...

(c) to assess notifications of the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions, except in the case of a bank resolution, and subject to Article 15;

...

3. For the purpose of carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, and with the objective of ensuring high standards of supervision, the ECB shall apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising those options.

...’

9 Article 6(1) of the SSM Regulation provides that the ECB is to carry out its tasks within a single supervisory mechanism which is composed of the ECB and national competent authorities (‘NCAs’) and for the effective and consistent functioning of which the ECB is to be responsible. Under Article 6(2), both the ECB and NCAs are to be subject to a duty of cooperation in good faith and an obligation to exchange information. Without prejudice to the ECB’s power to receive directly or have direct access to information reported, on an ongoing basis, by credit institutions, the NCAs are in particular to provide the ECB with all information necessary for the purposes of carrying out the tasks conferred on the ECB by the SSM Regulation.

10 Article 9 of the SSM Regulation, headed ‘Supervisory and investigatory powers’, provides in paragraph 1:

‘For the exclusive purpose of carrying out the tasks conferred on it by Articles 4(1), 4(2) and 5(2), the ECB shall be considered, as appropriate, the competent authority or the designated authority in the participating Member States as established by the relevant Union law.

For the same exclusive purpose, the ECB shall have all the powers and obligations set out in this Regulation. It shall also have all the powers and obligations, which competent and designated authorities shall have under the relevant Union law, unless otherwise provided for by this Regulation. In particular, the ECB shall have the powers listed in Sections 1 and 2 of this Chapter.

To the extent necessary to carry out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require, by way of instructions, those national authorities to make use of their powers, under and in accordance with the conditions set out in national law, where this Regulation does not confer such powers on the ECB. Those national authorities shall fully inform the ECB about the exercise of those powers.’

11 Article 15 of the SSM Regulation, headed ‘Assessment of acquisitions of qualifying holdings’, states:



‘1. Without prejudice to the exemptions provided for in point (c) of Article 4(1), any notification of an acquisition of a qualifying holding in a credit institution established in a participating Member State or any related information shall be introduced with the [NCAs] of the Member State where the credit institution is established in accordance with the requirements set out in relevant national law based on the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3).

2. The [NCA] shall assess the proposed acquisition, and shall forward the notification and a proposal for a decision to oppose or not to oppose the acquisition, based on the criteria set out in the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3), to the ECB ... and shall assist the ECB in accordance with Article 6.

3. The ECB shall decide whether to oppose the acquisition on the basis of the assessment criteria set out in relevant Union law and in accordance with the procedure and within the assessment periods set out therein.’

#### The SSM Framework Regulation

12 Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities (SSM Framework Regulation) (OJ 2014 L 141, p. 1,) which was adopted in accordance with Article 4(3) of the SSM Regulation, establishes the framework for cooperation, within the single supervisory mechanism, between the ECB and NCAs.

13 Article 85 of the SSM Framework Regulation, headed ‘Notification to NCAs of the acquisition of a qualifying holding’, states:

‘1. An NCA that receives a notification of an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution established in that participating Member State shall notify the ECB of such notification no later than five working days following the acknowledgement of receipt in accordance with Article 22(2) of [CRD IV].

2. The NCA shall notify the ECB if it has to suspend the assessment period due to a request for additional information. The NCA shall send any such additional information to the ECB within 5 working days following receipt thereof by the NCA.

3. The NCA shall also inform the ECB of the date by which the decision to oppose or not to oppose the acquisition of a qualifying holding has to be notified to the applicant pursuant to the relevant national law.’

14 Article 86 of the SSM Framework Regulation, headed ‘Assessment of potential acquisitions’, states:

‘1. The NCA to which an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution is notified shall assess whether the potential acquisition complies with all the conditions laid down in the relevant Union and national law. Following this assessment, the NCA shall prepare a draft decision for the ECB to oppose or not to oppose the acquisition.

2. The NCA shall submit the draft decision to oppose or not to oppose the acquisition to the ECB at least 15 working days before the expiry of the assessment period as defined by the relevant Union law.’

15 Article 87 of the SSM Framework Regulation, headed ‘ECB decision on acquisition’, is worded as

follows:

‘The ECB shall decide whether or not to oppose the acquisition on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA’s draft decision. The right to be heard, as provided for in Article 31, shall apply.’

### *Italian law*

#### Legislation on banking supervision

- 16 Article 19 of decreto legislativo n. 385 — Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Legislative Decree No 385 — Consolidated text of the laws on banking and credit) of 1 September 1993 (Ordinary Supplement to GURI No 230 of 30 September 1993), as amended by decreto legislativo n. 72 (Legislative Decree No 72) of 12 May 2015 (‘the Consolidated Law on Banking’), which has transposed the content of CRD IV into Italian law, confers upon the Bank of Italy the power to issue authorisations to acquire qualifying holdings in financial institutions. Article 19(5) states that such authorisations shall be issued ‘where conditions conducive to ensuring sound and prudent management of the bank are met, assessing the aptitude of the potential acquirer and the financial soundness of the proposed acquisition on the basis of the following criteria: the reputation of the potential acquirer within the meaning of Article 25 ...’.
- 17 Article 25 of the Consolidated Law on Banking, headed ‘Shareholders’, states in paragraph 1 that owners of the holdings that are referred to in Article 19 of the Consolidated Law on Banking must be of good reputation and satisfy criteria of competence and integrity in order to ensure the sound and prudent management of the bank.
- 18 By way of a transitional measure, Article 2(8) of Legislative Decree No 72 of 12 May 2015 lays down that the provisions concerning the reputation requirements for owners of holdings in financial institutions that were in force before that decree was adopted are to continue to apply.
- 19 The provisions in question were contained in decreto ministeriale n. 144 — regolamento recante norme per l’individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (Ministerial Decree No 144 laying down rules for the identification of the requirements of good reputation for holders of the share capital of banks and the fixing of the relevant threshold) of 18 March 1998, Article 1 of which specifies the convictions that adversely affect the reputation of the person concerned and thus result in the requirement in question not being complied with.
- 20 Article 2 of Ministerial Decree No 144 of 18 March 1998 provides, by way of a transitional measure, that, ‘in the case of persons holding share capital of a bank on the date of entry into force of the present rules, failure to meet any requirement referred to in Article 1 that was not laid down in the previous rules shall be irrelevant as regards shareholdings already held, provided that the failure to meet the requirement occurred prior to that date’.
- 21 As regards mixed financial holding companies (‘MFHCs’), Article 63 of the Consolidated Law on Banking, adopted in accordance with Article 119 of CRD IV, made their qualifying members subject to the same obligations as those imposed on members of banking institutions.
- 22 Article 67bis(2) of the Consolidated Law on Banking states that the Bank of Italy and IVASS are jointly responsible for ensuring compliance with those obligations when the companies in question have their seat in Italy and are the parent of a financial conglomerate that is wholly or partly Italian.

#### Rules relating to administrative proceedings

- 23 Provision is made, in the procedure governing proceedings before the Italian administrative courts, for an *azione di ottemperanza* (action for compliance).
- 24 In that regard, Article 21septies(1) of legge n. 241 — nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (Law No 241 concerning new provisions on administrative procedure and the right of access to administrative documents) of 7 August 1990, as amended by Law No 15 of 11 February 2005, states:
- ‘Any administrative measure ... adopted in breach or circumvention of a final judgment shall be invalid ...’
- 25 Article 112 of the Codice del processo amministrativo (Code of Administrative Procedure) provides:
- ‘1. Decisions of the administrative courts must be implemented by the public authorities and the other parties.
2. An *azione di ottemperanza* may be brought to ensure the application:
- ...
- (c) of judgments having the force of *res judicata* and other similar measures by the ordinary courts in order to secure observance of the public authorities’ obligation to comply with the final judgment in respect of the matter that has been decided.
- ...’
- 26 As set out in Article 114(4)(b) of the Code of Administrative Procedure, if the court before which the *azione di ottemperanza* has been brought upholds the action, it is to ‘declare void any measures adopted in breach or circumvention of the final judgment’.

### **The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling**

- 27 In the 1990s Mr Berlusconi acquired, through Fininvest, approximately 30% of Mediolanum SpA, which was at that time an MFHC controlling, inter alia, a bank, Banca Mediolanum SpA, and which was on that basis subject to supervision of qualifying holdings in Italy from 2014.
- 28 Following judgment No 35729/13 of the Corte suprema di cassazione (Court of Cassation, Italy), which became final on 1 August 2013, and by which Mr Berlusconi was found guilty of tax fraud, the competent Italian supervisory authorities, namely the Bank of Italy and IVASS, conducted a procedure in relation to him which resulted in a decision determining that he had ceased to fulfil the reputation requirement laid down by the applicable legislation and that, accordingly, the part of Fininvest’s holding in Mediolanum that exceeded the limit of 9.999% had to be divested.
- 29 Mr Berlusconi and Fininvest challenged that decision before the Italian courts, putting forward in particular a plea regarding the temporal application of the law, to the effect that the reason for the lack of good reputational standing that was the justification for opposing the acquisition of the qualifying holding at issue had arisen before the legislation imposing that requirement entered into force, and was not therefore covered by that legislation. Following the dismissal of their action at first instance, the applicants were successful before the Consiglio di Stato (Council of State, Italy), which held on 3 March 2016 that the legislation preceding the adoption of the reputation criteria, and upon which the applicants relied, had remained applicable despite arguments to the contrary seeking to show that it had to be regarded as implicitly repealed because it conflicted with EU law.

- 30 In the meantime, the MFHC Mediolanum was acquired, by merger, by its subsidiary Banca Mediolanum, as a result of which Fininvest became the owner of a qualifying holding no longer in an MFHC but directly in a credit institution. The Bank of Italy and the ECB took this to signify that a fresh application for authorisation, relating to that qualifying holding, was required, on the basis of Article 22 et seq. of CRD IV and Article 19 et seq. of the Consolidated Law on Banking.
- 31 In accordance with guidance provided by the ECB by letter of 24 June 2016, the Bank of Italy requested Fininvest on 14 July 2016 to submit an application for authorisation within 15 days. As that request was not acted upon, the Bank of Italy decided on 3 August 2016 to commence an administrative procedure on its own initiative, while specifying that the power to take a decision on the matter fell to the ECB under Article 4 of the SSM Regulation.
- 32 After receiving documentation from Fininvest, the Bank of Italy forwarded to the ECB, pursuant to Article 15(2) of the SSM Regulation, a proposal for a decision, dated 23 September 2016, which contained an adverse opinion as to the reputation of the acquirers of the holding at issue in Banca Mediolanum and invited the ECB to oppose the acquisition.
- 33 The ECB concurred with the Bank of Italy's arguments and approved a draft decision, which it forwarded to Mr Berlusconi and Fininvest for comment. The ECB adopted a final decision on 25 October 2016.
- 34 In that decision, the ECB found that there were justified doubts as to the reputation of the acquirers of the holding in Banca Mediolanum. Given the fact that Mr Berlusconi, the majority shareholder and effectively the owner of Fininvest, was the indirect acquirer of the holding in Banca Mediolanum and that he had been sentenced by final judgment to four years' imprisonment for tax fraud, the ECB took the view that the reputation requirement imposed by the national legislation on persons possessing qualifying holdings was not satisfied. The ECB also based its decision on the fact that Mr Berlusconi, like other members of Fininvest's management bodies, was stated to have committed other irregularities and to have been convicted of other offences.
- 35 On those grounds, the ECB found that the acquirers of the qualifying holding in Banca Mediolanum did not meet that reputation requirement and that there were serious doubts as to their ability to ensure that that financial institution would be managed soundly and prudently in the future. The ECB consequently opposed the acquisition by Mr Berlusconi and Fininvest of the qualifying holding in Banca Mediolanum.
- 36 Mr Berlusconi and Fininvest, first, challenged the ECB's decision of 25 October 2016 by bringing an action for annulment before the General Court of the European Union (*Fininvest and Berlusconi v ECB*, T-913/16). Second, Fininvest brought proceedings before the Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regional Administrative Court, Lazio, Italy) for annulment of the Bank of Italy's acts preparatory to the ECB's decision. Third, Mr Berlusconi and Fininvest both brought an *azione di ottemperanza* before the Consiglio di Stato (Council of State).
- 37 In that last action, Mr Berlusconi and Fininvest submitted that the Bank of Italy's proposal for a decision referred to in paragraph 32 of the present judgment is void because it disregards the force of *res judicata* of the judgment of the Consiglio di Stato (Council of State) referred to in paragraph 29 of the present judgment, delivered in the proceedings relating to their qualifying holding in Mediolanum. By way of defence, the Bank of Italy pleaded in particular that the national courts lack jurisdiction to hear the action, as it concerns preparatory acts, containing nothing in the nature of a decision, which are directed at the adoption of a decision falling within the exclusive competence of an EU institution and which, just like the final decision, come under the jurisdiction of the EU Courts alone.

38 After joining the applications of Mr Berlusconi and Fininvest, the Consiglio di Stato (Council of State) took the view that the procedure at issue may be equated both to a ‘single procedure’, whose acts would be subject to review by the EU Courts alone, and to a ‘composite procedure’, those of whose acts that fall within the national phase could be subject to judicial review at national level, even though that national phase is brought to a close by an act that is not binding on the EU authority competent to adopt the final decision.

39 It was in that context that the Consiglio di Stato (Council of State) decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

‘(1) Are the first, second and fifth paragraphs of Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union, read in conjunction with Article 256(1) thereof, to be interpreted as meaning that the EU Courts have jurisdiction, or that the national courts have jurisdiction, in an action challenging decisions to initiate procedures, preparatory acts and non-binding proposals ... adopted by the [CNA] in the procedure governed by Articles 22 and 23 of [CRD IV], by Articles 1(5), 4(1)(c) and 15 of [the SSM Regulation], by Articles 85 to 87 of [the SSM Framework Regulation] and by Articles 19, 22 and 25 of the [Consolidated Law on Banking]?’

(2) In particular, may the jurisdiction of the EU Courts be asserted when the abovementioned measures are challenged, not in a general action for annulment, but in an action for a declaration of invalidity on the grounds of breach or circumvention of the ruling in [the judgment ... of 3 March 2016 of the Consiglio di Stato (Council of State) brought in accordance with Article 112 et seq. of the Italian Code of Administrative Procedure relating to compliance with a judgment (that is to say, in proceedings peculiar to Italian administrative procedural law), when the decision of the EU Courts involves the interpretation and identification, in accordance with national law, of the objective limits of the ruling given in the judgment in question?’

### **Consideration of the questions referred**

40 By its questions, which it is appropriate to examine together, the referring court asks, in essence, whether Article 263 TFEU must be interpreted as precluding national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, preparatory acts or non-binding proposals adopted by CNAs in the procedure provided for in Articles 22 and 23 of CRD IV, in Articles 4(1)(c) and 15 of the SSM Regulation and in Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation, and whether the answer to that question is different where a specific action for a declaration of invalidity on the ground of alleged disregard of the force of *res judicata* attaching to a national judicial decision is brought before a national court.

41 It is necessary, first of all, to explain the effects on the division of jurisdiction between EU Courts and courts of the Member States that result from the involvement of national authorities in the course of a procedure, such as that at issue in the main proceedings, which leads to the adoption of an EU act.

42 Article 263 TFEU confers upon the Court of Justice of the European Union exclusive jurisdiction to review the legality of acts adopted by the EU institutions, one of which is the ECB.

43 Any involvement of the national authorities in the course of the procedure leading to the adoption of such acts cannot affect their classification as EU acts where the acts of the national authorities constitute a stage of a procedure in which an EU institution exercises, alone, the final decision-making power without being bound by the preparatory acts or the proposals of the national

authorities (see, to that effect, judgment of 18 December 2007, *Sweden v Commission*, C-64/05 P, EU:C:2007:802, paragraphs 93 and 94).

- 44 In such a situation, where EU law does not aim to establish a division between two powers — one national and the other of the European Union — with separate purposes, but, on the contrary, lays down that an EU institution is to have an exclusive decision-making power, it falls to the EU Courts, by virtue of their exclusive jurisdiction to review the legality of EU acts on the basis of Article 263 TFEU (see, by analogy, judgment of 22 October 1987, *Foto-Frost*, 314/85, EU:C:1987:452, paragraph 17), to rule on the legality of the final decision adopted by the EU institution at issue and to examine, in order to ensure effective judicial protection of the persons concerned, any defects vitiating the preparatory acts or the proposals of the national authorities that would be such as to affect the validity of that final decision.
- 45 Nonetheless, an act of a national authority that is part of a decision-making process of the European Union does not fall within the exclusive jurisdiction of the EU Courts where it is apparent from the division of powers in the field in question between the national authorities and the EU institutions that the act adopted by the national authority is a necessary stage of a procedure for adopting an EU act in which the EU institutions have only a limited or no discretion, so that the national act is binding on the EU institution (see, to that effect, judgment of 3 December 1992, *Oleificio Borelli v Commission*, C-97/91, EU:C:1992:491, paragraphs 9 and 10).
- 46 It then falls to the national courts to rule on any irregularities that may vitiate such a national act — making a reference to the Court for a preliminary ruling where appropriate — on the same terms as those on which they review any definitive act adopted by the same national authority which is capable of adversely affecting third parties and moreover, in the light of the principle of effective judicial protection, to regard an action brought for that purpose as admissible even if the national rules of procedure do not so provide (see, to that effect, judgments of 3 December 1992, *Oleificio Borelli v Commission*, C-97/91, EU:C:1992:491, paragraphs 11 to 13; of 6 December 2001, *Carl Kühne and Others*, C-269/99, EU:C:2001:659, paragraph 58; and of 2 July 2009, *Bavaria and Bavaria Italia*, C-343/07, EU:C:2009:415, paragraph 57).
- 47 That point having been explained, it must be stated that it is apparent from reading Article 263 TFEU in the light of the principle of sincere cooperation between the European Union and the Member States enshrined in Article 4(3) TEU that acts adopted by national authorities in a procedure such as that referred to in paragraphs 43 and 44 of the present judgment cannot be subject to review by the courts of the Member States.
- 48 Where the EU legislature opts for an administrative procedure under which the national authorities adopt acts that are preparatory to a final decision of an EU institution which produces legal effects and is capable of adversely affecting a person, it seeks to establish between the EU institution and the national authorities a specific cooperation mechanism which is based on the exclusive decision-making power of the EU institution.
- 49 In order for such a decision-making process to be effective, there must necessarily be a single judicial review, which is conducted, by the EU Courts alone, only once the decision of the EU institution bringing the administrative procedure to an end has been adopted, a decision which is, alone, capable of producing binding legal effects such as to affect the applicant's interests by bringing about a distinct change in his legal position.
- 50 If national remedies against preparatory acts or proposals of Member State authorities in this type of procedure were to exist alongside the action provided for in Article 263 TFEU against the decision of the EU institution bringing the administrative procedure established by the EU

legislature to an end, the risk of divergent assessments in one and the same procedure would not be ruled out and, therefore, the Court's exclusive jurisdiction to rule on the legality of that final decision could be compromised, in particular where the EU institution's decision follows the analysis and the proposal of those authorities.

- 51 Given that need for a single judicial review, both the type of national legal procedure employed in order to subject preparatory acts adopted by the national authorities to review by a court of a Member State and the nature of the heads of claim or pleas in law put forward for that purpose are immaterial.
- 52 It is in the light of those considerations that the Court should examine the nature of the procedure in the course of which the acts of the Bank of Italy that are before the Consiglio di Stato (Council of State) in the main proceedings were adopted.
- 53 That procedure is laid down in the context of the banking union's single supervisory mechanism, for the effective and consistent functioning of which the ECB is responsible, pursuant to Article 6(1) of the SSM Regulation. The procedure is intended to implement Article 22 of CRD IV, which, in the interests of the proper operation of the banking union, provides for prior authorisation of any acquisition of, or increase in, a qualifying holding in a credit institution, on the basis of harmonised assessment criteria listed in Article 23 of that directive.
- 54 Under Article 4(1)(c) of the SSM Regulation, read in conjunction with Article 15(3) thereof and Article 87 of the SSM Framework Regulation, the ECB has exclusive competence to decide whether or not to authorise the proposed acquisition, at the end of the procedure laid down, in particular, in Article 15 of the SSM Regulation and Articles 85 and 86 of the SSM Framework Regulation.
- 55 Within the framework of relations governed by the principle of sincere cooperation by virtue of Article 6(2) of the SSM Regulation, the national authorities' role, as is apparent from that provision, Article 15(1) and (2) of the SSM Regulation and Articles 85 and 86 of the SSM Framework Regulation, consists in registering applications for authorisation and in assisting the ECB, which alone has the decision-making power, in particular by providing it with all the information necessary for carrying out its tasks, by examining such applications and then by forwarding to the ECB a proposal for a decision, which is not binding on the ECB and which, moreover, EU law does not require to be notified to the applicant.
- 56 Thus, the procedure to which the acts challenged before the referring court belong is among those to which the considerations set out in paragraphs 43 and 44 of the present judgment relate.
- 57 Consequently, it must be held that the EU Courts alone have jurisdiction to determine, as an incidental matter, whether the legality of the ECB's decision of 25 October 2016 is affected by any defects rendering unlawful the acts preparatory to that decision that were adopted by the Bank of Italy. That jurisdiction excludes any jurisdiction of national courts in respect of those acts, and it is irrelevant in that regard that an action such as the *azione di ottemperanza* has been brought before a national court.
- 58 In that last regard, as the Commission has observed, the ECB's exclusive competence to decide whether or not to approve the acquisition of a qualifying holding in a credit institution, and the corresponding exclusive jurisdiction of the EU Courts to review the validity of such a decision and, as an incidental matter, to determine whether the preparatory national acts are vitiated by defects such as to affect the validity of the ECB's decision, preclude a national court from being able to hear an action contesting the compliance of such an act with a national provision relating to the

principle of *res judicata* (see, by analogy, judgment of 18 July 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, paragraphs 62 and 63).

59 Therefore, the answer to the questions referred is that Article 263 TFEU must be interpreted as precluding national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, preparatory acts or non-binding proposals adopted by CNAs in the procedure provided for in Articles 22 and 23 of CRD IV, in Articles 4(1)(c) and 15 of the SSM Regulation and in Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation and that it is immaterial in that regard that a specific action for a declaration of invalidity on the ground of alleged disregard of the force of *res judicata* attaching to a national judicial decision has been brought before a national court.

### Costs

60 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

**Article 263 TFEU must be interpreted as precluding national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, preparatory acts or non-binding proposals adopted by competent national authorities in the procedure provided for in Articles 22 and 23 of Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, in Articles 4(1)(c) and 15 of Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and in Articles 85 to 87 of Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities (SSM Framework Regulation). It is immaterial in that regard that a specific action for a declaration of invalidity on the ground of alleged disregard of the force of *res judicata* attaching to a national judicial decision has been brought before a national court.**

[Signatures]

---

\* Language of the case: Italian.





SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

19 dicembre 2018 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio – Procedura disciplinata dalla direttiva 2013/36/UE nonché dai regolamenti (UE) nn. 1024/2013 e 468/2014 – Procedimento amministrativo composto – Potere decisionale esclusivo della Banca centrale europea (BCE) – Ricorso avverso atti preparatori emanati dall'autorità nazionale competente – Asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione nazionale»

Nella causa C-219/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 23 febbraio 2017, pervenuta in cancelleria il 25 aprile 2017, nel procedimento

**Silvio Berlusconi,**

**Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)**

contro

**Banca d'Italia,**

**Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS),**

nei confronti di:

**Ministero dell'Economia e delle Finanze,**

**Banca Mediolanum SpA,**

**Holding Italiana Quarta SpA,**

**Fin.Prog.Italia di E. Doris & C. s.a.p.a.,**

**Sirefid SpA,**

**Ennio Doris,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, J.-C. Bonichot (relatore), A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, T. von Danwitz, K. Jürimäe e C. Lycourgos, presidenti di sezione, A. Rosas, E. Juhász, J. Malenovský, E. Levits e L. Bay Larsen, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: R. Schiano, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 18 aprile 2018,

considerate le osservazioni presentate:

- per S. Berlusconi e la Finanziaria d’investimento Fininvest SpA (Fininvest), da A. Di Porto, R. Vaccarella, A. Saccucci, M. Carpinelli, B. Nascimbene, R. Baratta e N. Ghedini, avvocati;
- per la Banca d’Italia, da M. Perassi, G. Crapanzano, M. Mancini e O. Capolino, avvocati;
- per il governo spagnolo, da M.A. Sampol Pucurull, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da V. Di Bucci, H. Krämer, K.-P. Wojcik e A. Steiblytė, in qualità di agenti;
- per la Banca centrale europea (BCE), da G. Buono, C. Hernández Sasetta e C. Zilioli, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 27 giugno 2018,

ha pronunciato la seguente

## **Sentenza**

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 256, paragrafo 1, e dell’articolo 263, primo, secondo e quinto comma, TFUE.
- 2 Tale domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra il sig. Silvio Berlusconi e la Finanziaria d’investimento Fininvest SpA (Fininvest), da un lato, e la Banca d’Italia e l’Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS) (Italia), dall’altro, riguardo al controllo dell’acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio.

### **Contesto normativo**

#### ***Diritto dell’Unione***

##### *Direttiva CRD IV*

- 3 Ai sensi dell’articolo 22, rubricato «Notifica e valutazione dei progetti di acquisizione», della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU 2013, L 176, pag. 338, direttiva detta «sui requisiti patrimoniali»; in prosieguo: la «direttiva CRD IV»):

«1. Gli Stati membri prevedono che qualsiasi persona fisica o giuridica (“candidato acquirente”) che abbia deciso, da sola o di concerto con altre, di acquisire, direttamente o indirettamente, una partecipazione qualificata in un ente creditizio o di aumentare ulteriormente, direttamente o indirettamente, detta partecipazione qualificata in modo tale che la quota dei diritti di voto o del capitale da essa detenuta raggiunga o superi il 20%, 30% o 50%, o che l’ente creditizio divenga una sua filiazione (“progetto di acquisizione”), notifichi prima dell’acquisizione per iscritto alle autorità competenti dell’ente creditizio nel quale intende acquisire o aumentare una partecipazione qualificata, indicando l’entità prevista della partecipazione e le informazioni pertinenti specificate conformemente all’articolo 23, paragrafo 4. (...)

2. Le autorità competenti comunicano per iscritto al candidato acquirente di aver ricevuto la notifica di cui al paragrafo 1 o eventuali informazioni di cui al paragrafo 3 prontamente e comunque entro due giorni lavorativi dalla ricezione.

Le autorità competenti dispongono di un massimo di sessanta giorni lavorativi decorrenti dalla data dell'avviso scritto di ricevimento della notifica e di tutti i documenti che lo Stato membro ha chiesto di allegare alla notifica in base all'elenco di cui all'articolo 23, paragrafo 4 ("periodo di valutazione"), per effettuare la valutazione di cui all'articolo 23, paragrafo 1 ("valutazione").

Le autorità competenti informano il candidato acquirente della data di scadenza del periodo di valutazione al momento del ricevimento della notifica.

3. Durante il periodo di valutazione le autorità competenti possono, se del caso e non oltre il cinquantesimo giorno lavorativo di tale periodo, richiedere ulteriori informazioni necessarie per completare la valutazione. Tale richiesta è fatta per iscritto precisando le informazioni integrative necessarie.

Per il periodo compreso tra la data della richiesta di informazioni da parte delle autorità competenti e il ricevimento della risposta del candidato acquirente, è sospeso il decorso del periodo per la valutazione. La sospensione non supera i venti giorni lavorativi. Eventuali ulteriori richieste di completamento o chiarimento delle informazioni da parte delle autorità competenti sono a discrezione di dette autorità ma non danno luogo ad una sospensione del decorso del periodo di valutazione.

4. Le autorità competenti possono prorogare la sospensione di cui al paragrafo 3, secondo comma, fino a trenta giorni lavorativi se l'acquirente candidato è situato o regolamentato in un paese terzo o è una persona fisica o giuridica non soggetta a vigilanza ai sensi della presente direttiva o delle direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE o 2004/39/CE.

5. Se decidono di opporsi al progetto di acquisizione, le autorità competenti, entro due giorni lavorativi dal termine della valutazione e senza superare il periodo di valutazione, informano per iscritto il candidato acquirente, indicando le ragioni. Fatto salvo il diritto nazionale, un'adeguata motivazione della decisione può essere resa pubblica su richiesta del candidato acquirente. Ciò non impedisce ad uno Stato membro di autorizzare l'autorità competente a pubblicare tale motivazione senza una richiesta del candidato acquirente.

6. Se, entro il periodo di valutazione, le autorità competenti non si oppongono per iscritto al progetto di acquisizione, il progetto di acquisizione è da considerarsi approvato.

7. Le autorità competenti possono fissare un termine massimo per il perfezionamento della prevista acquisizione e prorogarlo ove opportuno.

8. Gli Stati membri non impongono requisiti più rigorosi di quelli previsti nella presente direttiva per la notifica alle autorità competenti o l'approvazione da parte di queste ultime di acquisizioni dirette o indirette di diritti di voto o di capitale.

(...)».

4 L'articolo 23 della direttiva CRD IV, rubricato «Criteri di valutazione», così dispone:

«1. Nell'esaminare la notifica di cui all'articolo 22, paragrafo 1, e le informazioni di cui all'articolo 22, paragrafo 3, le autorità competenti valutano, al fine di garantire la gestione sana e prudente dell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione e tenendo conto della

probabile influenza del candidato acquirente sull'ente creditizio, l'idoneità del candidato acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in conformità dei criteri seguenti:

- a) i requisiti di onorabilità del candidato acquirente;
- b) i requisiti di onorabilità, le conoscenze, le competenze e l'esperienza, di cui all'articolo 91, paragrafo 1, di tutti i membri dell'organo di gestione e dell'alta dirigenza che, in esito alla prevista acquisizione, determineranno l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio;
- c) la solidità finanziaria del candidato acquirente, in particolare in considerazione del tipo di attività esercitata e prevista nell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione;

(...)

2. Le autorità competenti possono opporsi al progetto di acquisizione solo se vi sono ragionevoli motivi per farlo in base ai criteri di cui al paragrafo 1 o se le informazioni fornite dal candidato acquirente sono incomplete.

(...))».

5 L'articolo 119 di detta direttiva, rubricato «Inclusione delle società di partecipazione nella vigilanza su base consolidata», prevede, al suo paragrafo 1, quanto segue:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti che si rendano necessari per includere le società di partecipazione finanziaria e le società di partecipazione finanziaria mista nella vigilanza su base consolidata».

#### *Regolamento MVU*

6 Ai sensi del considerando 11 del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (GU 2013, L 287, pag. 63, regolamento detto sul «meccanismo di vigilanza unico (MVU)»; in prosieguo: il «regolamento MVU»):

«È (...) opportuno creare nell'Unione un'unione bancaria basata su un corpus unico di norme completo e dettagliato sui servizi finanziari per il mercato interno nel suo complesso e comprendente un meccanismo di vigilanza unico e nuovi quadri di garanzia dei depositi e di risoluzione delle crisi bancarie. (...)».

7 L'articolo 1 di detto regolamento, rubricato «Oggetto e ambito di applicazione», così dispone:

«Il presente regolamento attribuisce alla [Banca centrale europea (BCE)] compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all'unità e all'integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l'arbitraggio regolamentare.

(...)

Il presente regolamento fa salve le competenze delle autorità competenti degli Stati membri partecipanti a assolvere i compiti di vigilanza non attribuiti dal presente regolamento alla BCE, e i relativi poteri.

(...)».

8 L'articolo 4 del medesimo regolamento è redatto nei seguenti termini:

«1. Nel quadro dell'articolo 6, conformemente al paragrafo 3 del presente articolo la BCE ha competenza esclusiva nell'assolvimento dei compiti seguenti, a fini di vigilanza prudenziale, nei confronti di tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti:

(...)

c) valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi, tranne nel caso della risoluzione di una crisi bancaria, e fatto salvo l'articolo 15;

(...)

3. Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni.

(...)».

9 L'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento MVU dispone che la BCE assolva i suoi compiti nel quadro di un meccanismo di vigilanza unico, composto dalla stessa BCE e dalle autorità nazionali competenti (in prosieguo: le «ANC»), rispondendo del suo funzionamento efficace e coerente. Ai sensi del paragrafo 2 del medesimo articolo, sia la BCE che le ANC sono soggette al dovere di cooperazione in buona fede e all'obbligo di scambio di informazioni. Fatto salvo il potere della BCE di ricevere direttamente le informazioni comunicate su base continuativa dagli enti creditizi, o di accedervi direttamente, le ANC forniscono in particolare alla BCE tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti attribuiti alla BCE stessa da detto regolamento.

10 L'articolo 9 di detto regolamento, rubricato «Poteri di vigilanza e di indagine», enuncia, al paragrafo 1, quanto segue:

«Al fine esclusivo di assolvere i compiti attribuiti dall'articolo 4, paragrafo 1, dall'articolo 4, paragrafo 2, e dell'articolo 5, paragrafo 2, la BCE è considerata, ove opportuno, autorità competente o autorità designata negli Stati membri partecipanti come stabilito dal pertinente diritto dell'Unione.

Al medesimo fine esclusivo, la BCE ha tutti i poteri e obblighi di cui al presente regolamento. Ha inoltre tutti i poteri e gli obblighi che il pertinente diritto dell'Unione conferisce alle autorità competenti e designate, salvo diversamente disposto dal presente regolamento. In particolare, la BCE gode dei poteri elencati nelle sezioni 1 e 2 del presente capo.

Nella misura necessaria ad assolvere i compiti attribuiti dal presente regolamento, la BCE può chiedere, mediante istruzioni, alle autorità nazionali in questione di utilizzare i propri poteri, in virtù e in conformità delle condizioni stabilite dal diritto nazionale, qualora il presente regolamento non attribuisca tali poteri alla BCE. Le autorità nazionali in questione informano la BCE in modo esaustivo in merito all'esercizio di detti poteri».

11 L'articolo 15 del medesimo regolamento, rubricato «Valutazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate», così dispone:

«1. Fatte salve le deroghe di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), la notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle [ANC] dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio conformemente ai requisiti di cui al pertinente diritto nazionale basato sugli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma.

2. L'[ANC] valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione, sulla base dei criteri stabiliti dagli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, (...) e assiste la BCE conformemente all'articolo 6.

3. La BCE decide se vietare l'acquisizione sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal pertinente diritto dell'Unione e conformemente alla procedura ed entro i termini per la valutazione ivi stabiliti».

#### *Regolamento quadro sull'MVU*

12 Il regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU) (GU 2014, L 141, pag. 1), adottato conformemente all'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento MVU, istituisce il quadro di cooperazione, nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico, tra la BCE e le ANC.

13 L'articolo 85 del regolamento quadro sull'MVU, rubricato «Notifica alle ANC dell'acquisizione di una partecipazione qualificata», così dispone:

«1. Un'ANC che riceve una notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio insediato nello Stato membro partecipante, comunica alla BCE tale notifica non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione di aver ricevuto la notifica ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2 della [direttiva CRD IV].

2. Se l'ANC è tenuta a interrompere il periodo di valutazione a causa di una richiesta di ulteriori informazioni, essa ne dà notifica alla BCE. L'ANC invia ogni informazione ulteriore alla BCE entro cinque giorni lavorativi successivi alla [sua] ricezione.

3. L'ANC informa altresì la BCE della data entro la quale la decisione di opporsi o non opporsi all'acquisizione di una partecipazione qualificata deve essere notificata al richiedente in conformità al pertinente diritto nazionale».

14 L'articolo 86 di detto regolamento, rubricato «Valutazione delle acquisizioni potenziali», prevede quanto segue:

1. L'ANC cui è notificata l'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio valuta se la potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale. A seguito di tale valutazione, l'ANC predispone un progetto di decisione con cui propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione.

2. L'ANC presenta alla BCE il progetto di decisione di opposizione o non opposizione all'acquisizione almeno 15 giorni lavorativi prima della scadenza del termine per la valutazione, come definito dal pertinente diritto dell'Unione».

15 L'articolo 87 del medesimo regolamento, rubricato «Decisione della BCE in merito all'acquisizione», è redatto nei seguenti termini:

«La BCE decide se opporsi o non opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC. È garantito il diritto a essere sentiti, così come disciplinato dall'articolo 31».

### *Diritto italiano*

#### *Disciplina normativa della vigilanza bancaria*

- 16 L'articolo 19 del decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Supplemento ordinario alla GURI n. 230 del 30 settembre 1993), come modificato dal decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72 (Testo Unico Bancario; in prosieguo: il «TUB»), che ha trasposto nell'ordinamento italiano il contenuto della direttiva CRD IV, attribuisce alla Banca d'Italia la competenza ad autorizzare l'acquisizione di partecipazioni qualificate in enti finanziari. Al paragrafo 5, detto articolo precisa che una tale autorizzazione viene rilasciata «quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in base ai seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25 (...)».
- 17 L'articolo 25 del TUB, rubricato «Partecipanti al capitale», espone, al suo paragrafo 1, che i titolari delle partecipazioni indicate all'articolo 19 devono possedere requisiti di onorabilità e soddisfare criteri di competenza e correttezza in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca.
- 18 In via transitoria, l'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, prescrive che continuino ad applicarsi le disposizioni concernenti i requisiti di onorabilità dei titolari di partecipazioni in enti finanziari in vigore prima dell'adozione dello stesso decreto.
- 19 Tali disposizioni sono state incluse nel decreto ministeriale del 18 marzo 1988, n. 144 – Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante, il cui articolo 1 individua le condanne che incidono in negativo sull'onorabilità dell'interessato, determinando l'inosservanza del requisito.
- 20 L'articolo 2 del decreto ministeriale del 18 marzo 1988, n. 144, stabilisce, in via transitoria, che, «[p]er i soggetti che partecipano al capitale di una banca alla data di entrata in vigore del presente regolamento la mancanza dei requisiti di cui all'articolo 1 non previsti dalla normativa previgente non rileva, se verificatasi antecedentemente alla data stessa, limitatamente alla partecipazione già detenuta».
- 21 Quanto alle società di partecipazione finanziaria miste (in prosieguo: le «SPFM»), l'articolo 63 del TUB, adottato conformemente all'articolo 119 della direttiva CRD IV, ne ha assoggettato i soci qualificati agli stessi obblighi dei soci qualificati degli istituti bancari.
- 22 L'articolo 67 bis, comma 2, del TUB enuncia che la Banca d'Italia garantisce, d'intesa con l'IVASS, il rispetto dei suddetti obblighi quando le società in questione hanno sede in Italia e sono capogruppo di conglomerati finanziari italiani, in tutto o in parte.

#### *Normativa in materia di contenzioso amministrativo*

- 23 Il contenzioso amministrativo italiano comprende un'azione detta di ottemperanza.
- 24 L'articolo 21 septies, comma 1, della legge del 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge dell'11 febbraio 2005, n. 15, dispone quanto segue:



«È nullo il provvedimento amministrativo (...) che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato (...)».

25 L'articolo 112 del Codice del processo amministrativo così prevede:

«1. I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti.

2. L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:

(...)

c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato;

(...)».

26 Ai sensi dell'articolo 114, comma 4, lettera b), del Codice del processo amministrativo, il giudice investito dell'azione di ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso, «dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

27 Negli anni 1990, il sig. Berlusconi acquisiva, per mezzo della Fininvest, circa il 30% della Mediolanum SpA, all'epoca una SPFM che controllava segnatamente una banca, Banca Mediolanum SpA, e che veniva a tal titolo sottoposta alla vigilanza delle partecipazioni qualificate in Italia a decorrere dall'anno 2014.

28 A seguito della sentenza n. 35729/13 della Corte suprema di cassazione (Italia), divenuta definitiva il 1° agosto 2013, con la quale è stato dichiarato colpevole di frode fiscale, il sig. Berlusconi veniva sottoposto a procedimento dalle autorità italiane di vigilanza competenti, ossia la Banca d'Italia e l'IVASS; il procedimento si concludeva con una decisione che accertava la perdita in suo capo del requisito di onorabilità previsto dalla normativa applicabile e che disponeva, pertanto, che la partecipazione della Fininvest nella Mediolanum eccedente il 9,999% fosse ceduta.

29 Il sig. Berlusconi e la Fininvest impugnavano detta decisione dinanzi ai giudici italiani sollevando, in particolare, un motivo attinente all'applicazione della legge nel tempo, ovvero che la causa del difetto di onorabilità che aveva giustificato l'opposizione all'acquisizione della partecipazione qualificata controversa si era concretizzata anteriormente all'entrata in vigore della normativa che istituiva detto requisito e non rientrava, dunque, nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Soccombenti in primo grado, i ricorrenti vincevano dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), il quale, il 3 marzo 2016, dichiarava che la normativa anteriore all'adozione dei requisiti di onorabilità, della quale i ricorrenti chiedevano si tenesse conto, era ancora applicabile, nonostante argomenti contrari nel senso che essa dovesse essere considerata implicitamente abrogata per contrarietà al diritto dell'Unione.

30 Nelle more, la SPFM Mediolanum veniva assorbita dalla sua controllata Banca Mediolanum, con la conseguenza che la Fininvest si ritrovava titolare di una partecipazione qualificata non più in una SPFM, bensì direttamente in un ente creditizio. La Banca d'Italia e la BCE ne deducevano che occorreva una nuova istanza di autorizzazione, relativa a tale partecipazione qualificata, sul fondamento degli articoli 22 e seguenti della direttiva CRD IV nonché degli articoli 19 e seguenti

del TUB.

- 31 Conformandosi alle indicazioni fornite dalla BCE con lettera del 24 giugno 2016, il 14 luglio 2016 la Banca d'Italia invitava la Fininvest a presentare un'istanza di autorizzazione entro il termine di quindici giorni. Poiché quest'ultima non assolveva tale formalità, il 3 agosto 2016 la Banca d'Italia decideva di avviare d'ufficio un procedimento amministrativo, precisando che la competenza decisionale in materia spettava alla BCE in conformità dell'articolo 4 del regolamento MVU.
- 32 Ricevuta la documentazione dalla Fininvest, la Banca d'Italia trasmetteva alla BCE, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento MVU, una proposta di decisione, con data 23 settembre 2016, che esprimeva un parere negativo quanto all'onorabilità degli acquirenti della partecipazione controversa nella Banca Mediolanum e invitava la BCE ad opporsi all'acquisizione.
- 33 La BCE accoglieva gli argomenti della Banca d'Italia e approvava un progetto di decisione, che trasmetteva al sig. Berlusconi e alla Fininvest per osservazioni. La BCE adottava una decisione finale il 25 ottobre 2016.
- 34 In tale decisione la BCE rilevava che sussistevano dubbi fondati quanto all'onorabilità degli acquirenti della partecipazione nella Banca Mediolanum. Tenuto conto del fatto che il sig. Berlusconi, azionista di maggioranza e titolare effettivo della Fininvest, era l'acquirente indiretto della partecipazione nella Banca Mediolanum ed era stato condannato con sentenza definitiva a una pena detentiva di quattro anni per frode fiscale, la BCE riteneva che egli non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa nazionale per i detentori di partecipazioni qualificate. Detta istituzione si fondava altresì sul fatto che il sig. Berlusconi potesse aver commesso ulteriori irregolarità e riportato ulteriori condanne, analogamente ad altri membri degli organi direttivi della Fininvest.
- 35 La BCE considerava pertanto che gli acquirenti della partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum non soddisfacevano i requisiti di onorabilità e che sussistevano seri dubbi sulla loro idoneità a garantire in futuro una gestione sana e prudente di detto ente finanziario. La BCE si opponeva, di conseguenza, all'acquisizione della partecipazione qualificata del sig. Berlusconi e della Fininvest nella Banca Mediolanum.
- 36 Questi ultimi impugnavano, anzitutto, la decisione della BCE del 25 ottobre 2016 mediante un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale dell'Unione europea (causa Fininvest e Berlusconi/BCE, T-913/16). La sola Fininvest, poi, adiva il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia) perché annullasse gli atti della Banca d'Italia preparatori alla medesima decisione della BCE. Infine il sig. Berlusconi e la Fininvest esperivano dinanzi al Consiglio di Stato un'azione di ottemperanza.
- 37 Nell'ambito di quest'ultima azione, il sig. Berlusconi e la Fininvest hanno fatto valere che la proposta di decisione della Banca d'Italia menzionata al punto 32 della presente sentenza sarebbe nulla per violazione del giudicato formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato di cui al punto 29 della presente sentenza, resa nel contesto della controversia relativa alla loro partecipazione qualificata nella Mediolanum. A sua difesa, la Banca d'Italia eccepisce segnatamente l'incompetenza degli organi giurisdizionali nazionali a conoscere di detta azione, trattandosi di atti preparatori privi di contenuto decisorio, volti all'adozione di una decisione di competenza esclusiva di un'istituzione dell'Unione e rientranti, allo stesso titolo della decisione finale, nella competenza esclusiva del giudice dell'Unione.
- 38 Riuniti i ricorsi del sig. Berlusconi e della Fininvest, il Consiglio di Stato ha considerato che il

procedimento in questione presentasse tanto elementi di un «procedimento unitario», i cui atti sarebbero soggetti al controllo esclusivo del giudice dell'Unione, quanto elementi di un «procedimento cd. composto», gli atti della cui fase nazionale potrebbero essere assoggettati a controllo giurisdizionale a livello nazionale ancorché tale fase nazionale si concluda con un atto non vincolante per l'autorità dell'Unione competente ad adottare la decisione finale.

39 Il Consiglio di Stato ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il combinato disposto degli articoli 263, commi 1, 2 e 5, e 256, [paragrafo] 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che rientra nella competenza del giudice dell'Unione, oppure in quella del giudice nazionale, un ricorso proposto avverso gli atti di avvio, istruttori e di proposta non vincolante adottati dall'[ANC] (...) nell'ambito del procedimento disciplinato dagli articoli 22 e 23 della [direttiva CRD IV], dagli articoli 1, paragrafo 5, 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del [regolamento MVU], dagli articoli 85, 86 e 87 del [regolamento quadro sull'MVU], nonché dagli articoli 19, 22 e 25 del [TUB].

2) Se, in particolare, possa essere affermata la competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione, qualora avverso tali atti sia stata proposta non l'azione generale di annullamento, ma l'azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza (...) del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, esercitata nell'ambito di un giudizio di ottemperanza ai sensi degli articoli 112 ss. del Codice del processo amministrativo italiano – ossia, nell'ambito di un istituto peculiare dell'ordinamento processuale amministrativo nazionale –, la cui decisione involge l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

40 Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice remittente domanda, in sostanza, se l'articolo 263 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo sulla legittimità degli atti di avvio, preparatori e di proposta non vincolante adottati dalle ANC nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva CRD IV, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento MVU, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU, e se la risposta a tale questione sia diversa qualora un giudice nazionale venga investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale.

41 Occorre, in limine, precisare gli effetti sulla ripartizione delle competenze tra giudici dell'Unione e giudici degli Stati membri del coinvolgimento di autorità nazionali in una procedura, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che conduce all'adozione di un atto dell'Unione.

42 A tal riguardo è opportuno ricordare che l'articolo 263 TFUE conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni dell'Unione, fra cui è compresa la BCE.

43 L'eventuale coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali (v., in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2007,

Svezia/Commissione, C-64/05 P, EU:C:2007:802, punti 93 e 94).

- 44 Infatti, in un tal caso di specie, in cui il diritto dell'Unione non intende instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale, l'altra dell'Unione, che avrebbero oggetti distinti, bensì consacrare, tutt'al contrario, il potere decisionale esclusivo di un'istituzione dell'Unione, spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'articolo 263 TFUE (v., per analogia, sentenza del 22 ottobre 1987, Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, punto 17), statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione di cui trattasi ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dalle autorità nazionali di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale.
- 45 Ciò premesso, un atto emanato da un'autorità nazionale che si inserisca nell'ambito di un processo decisionale dell'Unione non rientra nella competenza esclusiva del giudice dell'Unione se dalla ripartizione delle competenze, nella materia considerata, fra le autorità nazionali e le istituzioni dell'Unione emerge che l'atto emanato dall'autorità nazionale è tappa necessaria di un procedimento di adozione di un atto dell'Unione in cui le istituzioni dell'Unione dispongono solo di un margine discrezionale limitato, se non nullo, tale che l'atto nazionale vincoli l'istituzione dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 3 dicembre 1992, Oleificio Borelli/Commissione, C-97/91, EU:C:1992:491, punti 9 e 10).
- 46 È allora compito degli organi giurisdizionali nazionali conoscere delle irregolarità da cui un tale atto nazionale sia eventualmente viziato, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, secondo le medesime modalità di controllo applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa arrecare pregiudizio a terzi, e considerare del resto ricevibile, in nome del principio di tutela giurisdizionale effettiva, il ricorso proposto a tal fine anche quando le norme di procedura nazionali non lo prevedano (v., in tal senso, sentenze del 3 dicembre 1992, Oleificio Borelli/Commissione, C-97/91, EU:C:1992:491, punti da 11 a 13; del 6 dicembre 2001, Carl Kühne e a., C-269/99, EU:C:2001:659, punto 58, nonché del 2 luglio 2009, Bavaria e Bavaria Italia, C-343/07, EU:C:2009:415, punto 57).
- 47 Ciò precisato, si deve rilevare che da una lettura dell'articolo 263 TFUE alla luce del principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, quale sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, risulta che gli atti emanati dalle autorità nazionali nell'ambito di un procedimento come quello descritto ai punti 43 e 44 della presente sentenza non possono essere assoggettati al controllo degli organi giurisdizionali degli Stati membri.
- 48 Occorre a tal riguardo sottolineare che, quando opta per una procedura amministrativa che prevede l'adozione da parte delle autorità nazionali di atti preparatori a una decisione finale di un'istituzione dell'Unione che produce effetti di diritto e può arrecare pregiudizio, il legislatore dell'Unione intende stabilire, tra tale istituzione e tali autorità nazionali, un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione dell'Unione.
- 49 Orbene, l'efficacia di un tale processo decisionale presuppone necessariamente un controllo giurisdizionale unico, che sia esercitato, esclusivamente dagli organi giurisdizionali dell'Unione, solo dopo che sia stata emanata la decisione dell'istituzione dell'Unione che conclude la procedura amministrativa, l'unica decisione idonea a produrre effetti di diritto obbligatori in grado di ledere gli interessi del ricorrente modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica.
- 50 A tal riguardo, la coesistenza tra mezzi di ricorso nazionali avverso atti preparatori o proposte provenienti da autorità degli Stati membri in tale tipo di procedura, da un lato, e ricorso ex articolo 263 TFUE avverso la decisione dell'istituzione dell'Unione che conclude la procedura

amministrativa istituita dal legislatore dell'Unione, dall'altro, non sarebbe scevra da rischi di valutazioni divergenti nell'ambito di uno stesso procedimento e potrebbe, pertanto, mettere in discussione la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità di tale decisione finale, in particolare quando quest'ultima accoglia l'analisi e la proposta di dette autorità.

- 51 Considerato tale imperativo di unicità del controllo giurisdizionale, sono irrilevanti tanto il tipo di strumento di diritto nazionale utilizzato per sottoporre gli atti preparatori adottati dalle autorità nazionali al sindacato di un organo giurisdizionale di uno Stato membro quanto la natura dei capi di conclusione o dei motivi presentati a tal fine.
- 52 È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare la natura della procedura nella quale sono stati adottati gli atti della Banca d'Italia al vaglio del Consiglio di Stato nel procedimento principale.
- 53 Tale procedura è prevista nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, del cui funzionamento efficace e coerente è responsabile la BCE ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento MVU. Essa è volta a mettere in atto l'articolo 22 della direttiva CRD IV, che prescrive, per il buon funzionamento dell'unione bancaria, la previa autorizzazione a ogni acquisizione o aumento di partecipazioni qualificate negli enti creditizi, sulla base dei criteri di valutazione armonizzati enumerati all'articolo 23 della medesima direttiva.
- 54 Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del regolamento MVU, in combinato disposto con l'articolo 15, paragrafo 3, del medesimo regolamento nonché con l'articolo 87 del regolamento quadro sull'MVU, la BCE ha competenza esclusiva a decidere se approvare o meno il progetto di acquisizione al termine della procedura prevista, segnatamente, all'articolo 15 del regolamento MVU nonché agli articoli 85 e 86 del regolamento quadro sull'MVU.
- 55 Nell'ambito di rapporti informati al principio di leale cooperazione in virtù dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento MVU, il ruolo delle autorità nazionali consiste, dal canto suo, come risulta da detta disposizione, dall'articolo 15, paragrafi 1 e 2, del medesimo regolamento nonché dagli articoli 85 e 86 del regolamento quadro sull'MVU, nel registrare le domande di autorizzazione e nel prestare assistenza alla BCE, titolare esclusiva del potere di decisione, segnatamente comunicandole tutte le informazioni necessarie all'adempimento della propria missione, istruendo dette domande e trasmettendole infine una proposta di decisione che non vincola la BCE e di cui, peraltro, il diritto dell'Unione non prescrive la notifica al richiedente.
- 56 Il procedimento in cui s'iscrivono gli atti impugnati dinanzi al giudice remittente è, pertanto, di quelli cui si riferiscono le considerazioni esposte ai punti 43 e 44 della presente sentenza.
- 57 Di conseguenza, si deve considerare che solo il giudice dell'Unione è competente a valutare, in via incidentale, se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori di tale decisione emanati dalla Banca d'Italia. Tale competenza esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale avverso detti atti, senza che rilevi, al riguardo, la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione come l'azione di ottemperanza.
- 58 Riguardo a quest'ultima, come ha rilevato la Commissione, la competenza esclusiva della BCE a decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio e la correlata competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a controllare la validità di una tale decisione, nonché, incidentalmente, a valutare se gli atti nazionali preparatori presentino vizi che possono inficiare la validità della decisione della BCE, ostano a che un organo giurisdizionale nazionale possa conoscere di un'azione volta a contestare la conformità di un tale atto a una disposizione nazionale relativa al principio dell'autorità di cosa giudicata (v., per

analogia, sentenza del 18 luglio 2007, Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434, punti 62 e 63).

- 59 Occorre quindi rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 263 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, preparatori o di proposta non vincolante adottati dalle ANC nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva CRD IV, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento MVU, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU, e che è al riguardo irrilevante la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale.

### **Sulle spese**

- 60 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

**L'articolo 263 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, preparatori o di proposta non vincolante adottati dalle autorità nazionali competenti nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU).**

**È al riguardo irrilevante la circostanza che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale.**

Lenaerts	Bonichot	Prechal
Vilaras	Regan	von Danwitz
Jürimäe	Lycourgos	Rosas
Juhász		Malenovský

Levits

Bay Larsen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 19 dicembre 2018.

Il cancelliere

Il presidente

A. Calot Escobar

K. Lenaerts

---

\*  
— Lingua processuale: l'italiano.

OPINION OF ADVOCATE GENERAL  
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
delivered on 27 June 2018 (1)

**Case C-219/17**

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

(Request for a preliminary ruling from the Consiglio di Stato (Council of State, Italy))

(Reference for a preliminary ruling — Prudential supervision of credit institutions — Single supervisory mechanism — Acquisition of a qualifying holding in a credit institution — EU composite administrative procedures — Judicial review of composite administrative procedures — Jurisdiction to examine an action brought against measures adopted by a national authority — Principle of *res judicata*)

1. The banking union constitutes one of the most important achievements of the European integration process since the introduction of the single currency. In spite of its huge technical complexity, the legal framework for it was put in place extremely quickly, in response to the major financial crisis of 2008.

2. Member States have ceded competences to the European Union in relation to prudential supervision of credit institutions and the resolution of such institutions when they run into solvency problems. While most of the powers to exercise the competences transferred from Member States have gone to the European Central Bank ('the ECB'), national supervisory authorities remain an essential part of the single supervisory mechanism ('SSM') for banking.



3. The EU rules governing the SSM have established various administrative procedures involving the ECB and national supervisory authorities. Such procedures are not new in EU law: they already existed in areas such as structural funds, agriculture and the appointment of members of the European Parliament, for example. But the use made of them within the banking union is much more intensive and more frequent than in other areas.

4. The present proceedings offer the Court of Justice the chance to rule for the first time (if I am not mistaken) on one of these new procedures, namely the procedure governing authorisation to acquire or increase qualifying holdings in credit institutions.

5. The problem to be resolved in this reference for a preliminary ruling is to clarify who should conduct a judicial review of measures adopted as part of this procedure. Specifically, the issue is whether actions challenging certain proposed or draft decisions submitted by the national supervisory authorities to the ECB can be brought before the national courts, or whether their content and the subsequent final decision by the ECB can be reviewed only by the Court of Justice of the European Union.

## **I. Legal framework**

### **A. EU law**

6. The procedure under which the decisions being challenged in the referring court were adopted is addressed in the following rules of EU law:

- Articles 22 and 23 of Directive 2013/36/EU, (2) which incorporates into EU law the Basel III Accords adopted by the Basel Committee on Banking Supervision, which operates as part of the Bank for International Settlements. (3)
- Article 1(5) and Article 15 of Regulation (EU) No 1024/2013. (4)
- Articles 85 to 87 of Regulation (EU) No 468/2014. (5)

### **1. CRD IV**

7. Article 22 (‘Notification and assessment of proposed acquisitions’) provides:

‘1. Member States shall require any natural or legal person or such persons acting in concert (the “proposed acquirer”), who have taken a decision either to acquire, directly or indirectly, a qualifying holding in a credit institution or to further increase, directly or indirectly, such a qualifying holding in a credit institution as a result of which the proportion of the voting rights or of the capital held would reach or exceed 20%, 30% or 50% or so that the credit institution would become its subsidiary (the “proposed acquisition”), to notify the competent authorities of the credit institution in which they are seeking to acquire or increase a qualifying holding in writing in advance of the acquisition, indicating the size of the intended holding and the relevant information, as specified in accordance with Article 23(4). ...

2. The competent authorities shall acknowledge receipt of notification under paragraph 1 or of further information under paragraph 3 promptly and in any event within two working days following receipt in writing to the proposed acquirer.

...

3. The competent authorities may, during the assessment period if necessary, and no later than on

the 50th working day of the assessment period, request further information that is necessary to complete the assessment. Such a request shall be made in writing and shall specify the additional information needed.

... Any further requests by the competent authorities for completion or clarification of the information shall be at their discretion but shall not result in a suspension of the assessment period.

...

5. If the competent authorities decide to oppose the proposed acquisition, they shall, within two working days of completion of the assessment, and not exceeding the assessment period, inform the proposed acquirer in writing, providing the reasons. Subject to national law, an appropriate statement of the reasons for the decision may be made accessible to the public at the request of the proposed acquirer. This shall not prevent a Member State from allowing the competent authority to publish such information in the absence of a request by the proposed acquirer.

6. If the competent authorities do not oppose the proposed acquisition within the assessment period in writing, it shall be deemed to be approved.

7. The competent authorities may fix a maximum period for concluding the proposed acquisition and extend it where appropriate.

8. Member States shall not impose requirements for notification to, or approval by, the competent authorities of direct or indirect acquisitions of voting rights or capital that are more stringent than those set out in this Directive.

...'

8. Article 23 ('Assessment criteria') provides:

'1. In assessing the notification provided for in Article 22(1) and the information referred to in Article 22(3), the competent authorities shall, in order to ensure the sound and prudent management of the credit institution in which an acquisition is proposed, and having regard to the likely influence of the proposed acquirer on that credit institution, assess the suitability of the proposed acquirer and the financial soundness of the proposed acquisition in accordance with the following criteria:

- (a) the reputation of the proposed acquirer;
- (b) the reputation, knowledge, skills and experience, as set out in Article 91(1), of any member of the management body and any member of senior management who will direct the business of the credit institution as a result of the proposed acquisition;
- (c) the financial soundness of the proposed acquirer, in particular in relation to the type of business pursued and envisaged in the credit institution in which the acquisition is proposed;

...

2. The competent authorities may oppose the proposed acquisition only if there are reasonable grounds for doing so on the basis of the criteria set out in paragraph 1 or if the information provided by the proposed acquirer is incomplete.

...'

9. Paragraph 1 of Article 119 ('Inclusion of holding companies in consolidated supervision') provides:

'1. Member States shall adopt any measures necessary, where appropriate, to include financial holding companies and mixed financial holding companies in consolidated supervision.'

## 2. *The SSM Regulation*

10. Recital 11 states:

'A banking union should ... be set up in the Union, underpinned by a comprehensive and detailed single rulebook for financial services for the internal market as a whole and composed of a single supervisory mechanism and new frameworks for deposit insurance and resolution. ...'

Within the framework of the SSM, this regulation confers specific competences on the ECB for the prudential supervision of credit institutions.

11. Article 1 ('Subject matter and scope') states:

'This Regulation confers on the ECB specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, with a view to contributing to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system within the Union and each Member State, with full regard and duty of care for the unity and integrity of the internal market based on equal treatment of credit institutions with a view to preventing regulatory arbitrage.

...

This Regulation is without prejudice to the responsibilities and related powers of the competent authorities of the participating Member States to carry out supervisory tasks not conferred on the ECB by this Regulation.'

12. Article 4 provides:

'1. Within the framework of Article 6, the ECB shall, in accordance with paragraph 3 of this Article, be exclusively competent to carry out, for prudential supervisory purposes, the following tasks in relation to all credit institutions established in the participating Member States:

...

(c) to assess notifications of the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions, except in the case of a bank resolution, and subject to Article 15;

...

3. For the purpose of carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, and with the objective of ensuring high standards of supervision, the ECB shall apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising those options.

...'

13. Article 6(2) provides that both the ECB and the national competent authorities ('NCAs') are

to be subject to a duty of cooperation in good faith and an obligation to exchange information, and that, without prejudice to the ECB's power to receive directly or have direct access to information reported, on an ongoing basis, by credit institutions, the NCAs are in particular to provide the ECB with all information necessary for the purposes of carrying out the tasks conferred on the ECB by the SSM Regulation.

14. Article 15 ('Assessment of acquisitions of qualifying holdings') states:

'1. Without prejudice to the exemptions provided for in point (c) of Article 4(1), any notification of an acquisition of a qualifying holding in a credit institution established in a participating Member State or any related information shall be introduced with the national competent authorities of the Member State where the credit institution is established in accordance with the requirements set out in relevant national law based on the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3).

2. The national competent authority shall assess the proposed acquisition, and shall forward the notification and a proposal for a decision to oppose or not to oppose the acquisition, based on the criteria set out in the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3), to the ECB, ... and shall assist the ECB in accordance with Article 6.

3. The ECB shall decide whether to oppose the acquisition on the basis of the assessment criteria set out in relevant Union law and in accordance with the procedure and within the assessment periods set out therein.'

### **3. *The SSM Framework Regulation***

15. The SSM Framework Regulation, which was adopted under Article 4(3) of the SSM Regulation, governs the framework for cooperation between the ECB and the NCAs within the SSM.

16. Article 85 ('Notification to NCAs of the acquisition of a qualifying holding') states:

'1. An NCA that receives a notification of an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution established in that participating Member State shall notify the ECB of such notification no later than five working days following the acknowledgement of receipt in accordance with Article 22(2) of Directive 2013/36/EU.

2. The NCA shall notify the ECB if it has to suspend the assessment period due to a request for additional information. The NCA shall send any such additional information to the ECB within 5 working days following receipt thereof by the NCA.

3. The NCA shall also inform the ECB of the date by which the decision to oppose or not to oppose the acquisition of a qualifying holding has to be notified to the applicant pursuant to the relevant national law.'

17. Article 86 ('Assessment of potential acquisitions') provides:

'1. The NCA to which an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution is notified shall assess whether the potential acquisition complies with all the conditions laid down in the relevant Union and national law. Following this assessment, the NCA shall prepare a draft decision for the ECB to oppose or not to oppose the acquisition.

2. The NCA shall submit the draft decision to oppose or not to oppose the acquisition to the ECB at least 15 working days before the expiry of the assessment period as defined by the relevant Union

law.’

18. Article 87 (‘ECB decision on acquisition’) states:

‘The ECB shall decide whether or not to oppose the acquisition on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA’s draft decision. The right to be heard, as provided for in Article 31, shall apply.’

## ***B. Italian law***

### ***1. Financial supervision legislation: the Consolidated Law on Banking (6)***

19. Article 19 of the Consolidated Law on Banking confers upon the Banca d’Italia (‘the Bank of Italy’) the power to issue authorisations to acquire special holdings in financial institutions. Specifically, Article 19(5) states that such authorisations are to be granted where ‘conditions conducive to ensuring sound and prudent management of the bank are met, assessing the aptitude of the potential acquirer and the financial soundness of the proposed acquisition on the basis of the following criteria: the reputation of the potential acquirer, within the meaning of Article 25’.

20. Paragraph 1 of Article 25 (‘Shareholders’) provides that the owners of the holdings referred to in Article 19 must be of good reputation and satisfy criteria of competence and integrity in order to ensure the sound and prudent management of the bank. (7)

21. As a transitional measure, Article 2(8) of Legislative Decree No 72 of 2015 provided that the previous rules on the requirements concerning the good reputation of the owners of holdings in financial institutions would continue to apply.

22. Those rules were set out in Ministerial Decree No 144 of 18 March 1998. (8) Article 1 of the decree details the convictions that have a negative impact on a person’s reputation, meaning that the requirement is not satisfied.

23. As a transitional measure, Article 2 of Decree No 144 of 1998 provided that, ‘in the case of persons holding share capital of a bank on the date of entry into force of the present rules, failure to meet any requirement referred to in Article 1 that was not laid down in the previous rules shall be irrelevant as regards shareholdings already held, provided that the failure to meet the requirement occurred prior to that date’.

24. With regard to mixed financial holding companies, under Article 63 of the Consolidated Law on Banking qualifying members were made subject to the same obligations as members of banking institutions. Article 67bis(2) of the Consolidated Law on Banking states that the Bank of Italy and the Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (‘IVASS’) are jointly responsible for ensuring compliance with those obligations where the companies in question have their seat in Italy and are the parent of a financial conglomerate that is wholly or partly Italian.

### ***2. Legislation on proceedings in the administrative courts***

25. The procedure governing proceedings in the Italian administrative courts provides for what is known as a ‘giudizio di ottemperanza’ (enforcement action), and it is in the context of such an action that the Consiglio di Stato (Council of State, Italy) has referred these questions for a preliminary ruling.

26. According to Article 21septies(1) of Law No 241 of 7 August 1990, (9) ‘any administrative measure ... adopted in breach or circumvention of a final judgment shall be invalid ...’.

27. Under Article 112(1) of the Code of Administrative Procedure, (10) ‘decisions of the administrative courts must be implemented by the public authorities and the other parties’.

28. According to Article 112(2):

‘An enforcement action may be brought to ensure the application:

...

(c) of judgments having the force of *res judicata* and other similar measures by the ordinary courts in order to secure observance of the public authorities’ obligation to comply with the final judgment in respect of the matter that has been decided.

...’

29. Under Article 114(4)(b) of the Code of Administrative Procedure, where a court hearing an enforcement action upholds the action, ‘it must declare void any measures adopted in breach or circumvention of the final judgment’.

30. Article 2909 of the Italian Civil Code provides that findings in a judgment having the force of *res judicata* are enforceable in their entirety against the parties, their heirs and their successors in title.

## **II. Main proceedings and questions referred**

31. From the mid-1990s Mr Berlusconi held, through the company Fininvest, which he controlled, a qualifying holding of more than 30% in Mediolanum SpA (‘Mediolanum’). Mediolanum was a listed mixed financial holding company that was the parent company of the Mediolanum financial group, which included Banca Mediolanum SpA, a wholly owned subsidiary of Mediolanum.

32. In judgment No 35729/13, the Corte Suprema di Cassazione (Court of Cassation, Italy) found Mr Berlusconi guilty of tax fraud and sentenced him to four years’ imprisonment (three years of which he was not required to serve); it also disqualified him from holding public office and managing a corporation for a period of two years. The judgment became final on 1 August 2013.

33. Following the approval of Legislative Decree No 53 of 4 March 2014, (11) Fininvest (on behalf of Mr Berlusconi) filed an application for authorisation to possess qualifying holdings in Mediolanum.

34. In decision No 976145/14 of 7 October 2014, the Bank of Italy and IVASS refused that application, because they considered that Mr Berlusconi did not satisfy the reputation requirement for ownership of qualifying holdings in financial intermediaries.

35. In addition to refusing the application, the Bank of Italy ordered the suspension of voting rights and the sale of the shares in Mediolanum that exceeded the limit of 9.999% laid down in the legislation. However, it agreed to Fininvest’s proposal to create a trust into which to transfer the shares in dispute, and it allowed Fininvest 20 days to notify its compliance with the conditions that had been imposed in order for the transfer to the trust to proceed.

36. Mr Berlusconi challenged that decision before the Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regional Administrative Court, Lazio, Italy), which dismissed the action in judgment No 7966/2015 of 5 June 2015.

37. Mr Berlusconi lodged an appeal before the Consiglio di Stato (Council of State) against the decision to dismiss his action (Fininvest filing an ancillary appeal). In these proceedings the Bank of Italy argued that the appellants lacked standing to bring proceedings, following the merger by ‘reverse integration’ of Mediolanum and Banca Mediolanum.

38. Indeed, during the course of the proceedings, the boards agreed a merger by ‘reverse integration’ by which Mediolanum would be incorporated into Banca Mediolanum. (12) The merger proposal was notified to the Bank of Italy on 26 May 2015 for the purpose of obtaining approval under Article 57 of the Consolidated Law on Banking. As a result, Fininvest acquired a qualifying holding in a financial institution. (13)

39. By decision No 7969932/21 of 21 July 2015, the Bank of Italy authorised the proposed merger. In its written notice of the decision, dated 23 July 2015, the Bank confirmed its decision of 7 October 2014 and clarified that the obligation to sell shares stipulated in the earlier decision should now be understood as ‘relating to the shares in Banca Mediolanum which, as a result [of the] merger, will be allotted [to Fininvest] in exchange for its shares in Mediolanum’.

40. In judgment No 882/2016 of 3 March 2016, the Consiglio di Stato (Council of State) upheld the appeals by Mr Berlusconi and Fininvest and annulled the Bank of Italy’s decision of 7 October 2014. (14)

41. The Consiglio di Stato (Council of State) held that the decision of 7 October 2014 was unlawful because it breached the principle of non-retrospectivity in that it extended the rules on the assessment of qualifying holdings introduced into the Capital Requirements Directive by Directive 2007/44/EC (15) to holdings that existed before the new rules came into force. Directive 2007/44 applied to future holdings, while Article 2 of Decree No 144 of 1998 referred to ‘shareholdings already held’. (16) As the events had occurred prior to the entry into force of the new regulations, the reputation requirements could not be applied to Fininvest.

42. In document No 491595/16 of 4 April 2016, the Bank of Italy explained to the ECB that, as a result of the merger of Banco Mediolanum and Mediolanum, Mr Berlusconi had acquired the status of a shareholder in the credit institution Banco Mediolanum, through Fininvest, which he controlled. It added that, following the judgment of the Consiglio di Stato (Council of State) of 3 March 2016, both the requirement to dispose of that part of his shareholding that exceeded 9.999% of the bank’s share capital and the related suspension of voting rights had ceased to have effect. The Bank of Italy therefore believed that Fininvest should submit an application for authorisation of its qualifying shareholding in Banco Mediolanum, in accordance with Article 22 et seq. of CRD IV and Article 19 et seq. of the Consolidated Law on Banking.

43. In accordance with instructions from the ECB (document of 24 June 2016), on 14 July 2016 the Bank of Italy ordered Fininvest to file an application for authorisation within 15 days. When Fininvest failed to comply, it decided on 3 August 2016 to initiate the administrative procedure on its own initiative, adding that the power to take a decision on the case lay with the ECB under Article 4 of the SSM Regulation.

44. Once it had received the documentation from Fininvest, under Article 15(2) of the SSM Regulation, the Bank of Italy submitted a proposal for a decision that contained an adverse opinion as to the reputation of the purchasers and invited the ECB to oppose the acquisition.

45. The ECB Supervisory Board accepted the arguments put forward by the Bank of Italy and approved a draft decision, which it forwarded to Fininvest and to Mr Berlusconi for comment. On completion of this procedure, the Supervisory Board approved the decision of 25 October

2016; (17) there were no subsequent objections from the Governing Council of the ECB.

46. In that decision, the ECB found that there were serious doubts as to the good reputation of the acquirers of the holding in Banco Mediolanum. Having regard to the fact that the holding in Banco Mediolanum was indirectly being acquired by Mr Berlusconi, who was the majority shareholder and effectively the owner of Fininvest, and that he had been sentenced in a final judgment to four years' imprisonment for tax fraud, the ECB considered that Mr Berlusconi did not satisfy the reputation requirement imposed by the national legislation on owners of qualifying holdings. Moreover, Mr Berlusconi had also committed other irregularities and been convicted of other offences, as had other members of Fininvest's senior management.

47. For all these reasons, the ECB concluded that the acquirers of the qualifying holding in Banco Mediolanum did not satisfy the requirement to be of good reputation and that there were serious doubts as to their ability to ensure the future sound and prudent management of this financial institution. The ECB therefore opposed the acquisition by Fininvest and Mr Berlusconi of the qualifying holding in Banco Mediolanum.

48. Fininvest and Mr Berlusconi challenged the 2016 ECB Decision by means of three court procedures:

- They brought an action before the General Court, (18) where proceedings have been stayed pending the decision in this reference for a preliminary ruling.
- Fininvest also applied to the Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regional Administrative Court, Lazio) for the annulment of the acts of the Bank of Italy leading up to the ECB Decision.
- They filed an 'ottemperanza' action (enforcement action) with the Consiglio di Stato (Council of State), arguing that the aforementioned acts were void because they were in breach of final judgment No 882/2016 of 3 March 2016.

49. The Bank of Italy argues that the national court lacks jurisdiction to rule on this action, which is directed against preparatory acts that do not contain a decision and are intended to facilitate a ruling for which the ECB has sole competence. The final decision by this EU institution can be reviewed only by the Court of Justice.

50. After joining the applications of Mr Berlusconi and Fininvest, the Consiglio di Stato (Council of State) took the view that there are no specific precedents from the Court of Justice regarding the allocation of jurisdiction between national courts and the EU Courts in proceedings concerning the unlawfulness of measures adopted by NCAs as part of this type of procedure. It also considered that the matter is objectively open to debate, because it includes elements of both a single procedure (as argued by the Bank of Italy) and a composite procedure (as argued by Mr Berlusconi and Fininvest). It noted that, in any event, the procedural stage that takes place before the national authority does not end in a decision that is binding on the European authority that must give the final ruling.

51. Against this background, the Consiglio di Stato (Council of State) referred the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

- '(1) Are the first, second and fifth paragraphs of Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union, read in conjunction with Article 256(1) thereof, to be interpreted as meaning that the EU Courts have jurisdiction, or that the national courts have jurisdiction, in an action challenging decisions to initiate procedures, measures of inquiry and non-binding



proposals (as specified in paragraph 1 of the present order) adopted by the competent national authority in the procedure governed by Articles 22 and 23 of Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council, by Articles 1(5), 4(1)(c) and 15 of Council Regulation (EU) No 1024/2013, by Articles 85 to 87 of Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank and by Articles 19, 22 and 25 of the Consolidated Law on Banking?

- (2) In particular, may the jurisdiction of the EU Courts be asserted when the abovementioned measures are challenged, not in a general action for annulment, but in an action for a declaration of invalidity on the grounds of breach or circumvention of the ruling in Judgment No 882/2016 of 3 March 2016 of the Consiglio di Stato (Council of State) brought in accordance with Article 112 et seq. of the Italian Code of Administrative Procedure relating to compliance with a judgment (that is to say, in proceedings peculiar to Italian administrative procedural law), when the decision of the EU Courts involves the interpretation and identification, in accordance with national law, of the objective limits of the ruling given in the judgment in question?’

### III. Analysis of the questions referred

52. As the Commission has argued, some minor rewording of the questions put by the referring court is required to enable the Court of Justice to provide an appropriate response.

53. In principle, there is settled case-law to the effect that the Court of Justice has no jurisdiction to review the lawfulness of measures adopted by national authorities within the context of actions for annulment under Article 263 TFEU. (19)

54. Consequently, the first question posed by the referring court must be understood as a request for a ruling on whether the exclusive jurisdiction which Article 263 TFEU confers on the Court of Justice to review the legality of acts of the European Union prevents national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, measures of inquiry and non-binding proposals adopted at national level by an NCA as part of the procedure under Article 4(1)(c) and Article 15 of the SSM Regulation and Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation, a procedure which culminates in a binding decision by the ECB.

55. In its second question, which is subsidiary to the first question, the referring court wishes to know whether the Court of Justice has jurisdiction to review the legality of national measures that are preparatory to the final decision by the ECB where those measures are challenged not in a ‘general action for annulment’, but in a (specific) action for a declaration of invalidity on the grounds of breach or circumvention of a ruling of a national court that has the force of *res judicata*, brought in the course of a *giudizio di ottemperanza*.

56. Before analysing the two questions referred, I believe it is necessary to:

- review the case-law of the Court of Justice on judicial review of measures adopted in the course of composite or combined administrative procedures involving EU institutions and national authorities of Member States; and
- set out the characteristics of the administrative procedure used by the ECB and the NCAs in authorising acquisitions of or increases in qualifying holdings in credit institutions.

#### A. *Judicial review of measures adopted in composite or combined administrative procedures in EU law*

57. As a general rule, it is for Member States' authorities to apply EU law. Where these authorities act through administrative procedures governed by domestic law, the review of their actions is a matter for the national courts, which are able to refer questions to the Court of Justice using the preliminary ruling procedure. In a small number of areas — generally ones where the European Union has exclusive competence — the administrative application of EU law is undertaken directly by EU institutions, bodies, offices or agencies, which carry out their own procedures, subject to judicial review by the General Court and the Court of Justice.

58. However, there is a growing number of situations in which EU law is applied under procedures involving institutions, bodies, offices or agencies of both the EU and Member States. (20) These procedures are not subject to rules of a general nature (21) under EU law, although they have been the subject of extensive analysis in legal scholarship. (22)

59. So far the Court of Justice has ruled (23) on a case-by-case and non-exhaustive basis on the judicial review of these composite procedures and of the decisions that bring them to a conclusion, and it has examined the question of determination of which court has jurisdiction in the light of the actions that can be challenged. (24) Addressing these procedures in the context of the banking union will be a milestone for the case-law on this subject. (25)

60. As a general rule, in order to identify which court has jurisdiction one has to determine who has the *real* decision-making power in the composite administrative procedure. Under this rule, the national courts will review the legality of administrative acts adopted by national authorities when they take the final decision in this type of procedure. In symmetrical fashion, the Court of Justice of the European Union will rule on the administrative acts of EU institutions that bring composite procedures to an end.

61. There are, however, two situations in which this rule may become less clear-cut in these types of procedures, namely:

- where a definitive measure adopted by EU institutions is based on prior, or preparatory, measures by national authorities, the legality of which is being disputed.
- conversely, where a definitive measure adopted by national authorities may be *contaminated* by allegedly unlawful action on the part of EU institutions, on which that measure is based.

62. The latter situation does not present any great difficulty: judicial review continues to lie with the national courts, although they must make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling on the validity of the action taken by the European Union if they consider that it may be invalid. (26)

63. By contrast, the problems raised by the former situation are more tricky. A decision on which court (national or EU) has jurisdiction to conduct judicial review will depend on the characteristics of the procedure at issue. More specifically, it will depend on how the decision-making power is distributed within that procedure. Using this criterion, the case-law of the Court of Justice enables us to identify two different situations:

- EU composite administrative procedures where the decision-making power lies with the national authorities (*Borelli* case-law).
- EU composite administrative procedures where the decision-making power lies with the EU institutions (*Sweden v Commission* case-law).

### 1. *Borelli* case-law

64. The judgment in *Oleificio Borelli v Commission* (27) concerned a composite administrative procedure in which the decision-making power lay with the national authorities. The Court of Justice held that a project could receive EAGGF funding only if it had been approved by the Member State on whose territory it was to be carried out. Consequently, where the Member State issued an unfavourable opinion, the Commission could not examine the project nor, a fortiori, review the lawfulness of that opinion.

65. The Court of Justice concluded that it had no jurisdiction to rule on the lawfulness of a measure adopted by a national authority, even where that measure formed part of an EU decision-making procedure in which the measure in question was binding on the EU institutions. Any defects in the opinion issued by the national authority could not affect the validity of the decision made by the Commission, which refused the application for aid. (28)

66. The Court of Justice thus rejected the possibility that a measure adopted by the European Union may be affected by the illegality of a national measure in a composite procedure in which the decision-making power lies principally with the national authority. This apparently illogical solution was justified by the need to ensure that administrative acts of the European Union cannot be rendered invalid where the national courts annul national administrative acts on the ground of breach of national rules.

67. To ensure there were no gaps in judicial review in such cases, the Court of Justice held that it is for the national courts, where appropriate after obtaining a preliminary ruling from the Court, to rule on the lawfulness of the national measure at issue on the same terms on which they review any definitive measure adopted by the same national authority which is capable of adversely affecting third parties. (29)

68. The Court of Justice has applied the same doctrine to composite procedures in which the decision-making power lies principally with national authorities in the case of management of structural funds, protection of geographical indications and appointment and removal of members of the European Parliament. I will refer to some of these below.

69. In the judgment in *Liivimaa Lihaveis*, (30) the Court of Justice held that a programme 'manual' adopted by a monitoring committee in the context of an operational programme under Regulation (EC) No 1083/2006 (31) and intended to promote European territorial cooperation between two Member States did not constitute an act of an institution, body, office or agency of the European Union and, in consequence, the Court of Justice did not have jurisdiction to review its validity. This administrative act could, however, be appealed against in the national courts, which could make a reference for a preliminary ruling in order to ascertain whether the act was compatible with EU law. (32)

70. The field of protection for geographical indications also provides examples of composite administrative procedures in which national authorities have the main role. (33) In the judgment in *Carl Kühne and Others*, (34) the Court of Justice held that the division of responsibilities between the Commission (which registers the designation applied for) and the national authorities (which have previously ruled on it and assessed whether it satisfies the requirements of the regulation) means that any unlawfulness of the national administrative act does not affect the legality of Regulation No 590/1999. (35)

71. As in the *Borelli* judgment, the Court of Justice added that it is for the national courts to rule on the lawfulness of an application for registration of a designation on the same terms as those on which they review any definitive measure adopted by the same national authority which is capable of adversely affecting the rights of third parties under EU law and, consequently, to regard an action

brought for that purpose as admissible, even if the domestic rules of procedure do not provide for this in such a case. (36)

72. Composite procedures in which national authorities have the principal role are also laid down for the election of members of the European Parliament. Having delimited the respective responsibilities of the Parliament and the national authorities in verifying the credentials of MEPs, the Court ruled that it was for the national authorities to declare the results drawn up pursuant to national provisions that are in accordance with EU law. Consequently, under Article 12 of the 1976 Act, the European Parliament was required to take note of that declaration and did not have the power to depart from it on account of any alleged irregularities affecting that national measure. (37)

## 2. *Sweden v Commission case-law*

73. The Court of Justice has also ruled on composite administrative procedures in which the final decision-making power is conferred on EU institutions and national authorities are involved in the preliminary or preparatory stages.

74. In these cases, responsibility for taking the final decision, which brings the procedure to an end, lies with the EU institution and, therefore, judicial review of such decisions must necessarily be undertaken by the General Court and the Court of Justice. Moreover, measures of national authorities in such procedures are of a purely preparatory nature, and therefore as a general rule they will not need to be reviewed either by national courts or by the Court of Justice. (38)

75. In the judgment in *Netherlands v Commission*, (39) the Court of Justice drew a distinction between composite procedures where the decision-making power lies with the EU institutions and those where the involvement of national authorities is decisive. Specifically, it held that the common organisation of the market in bananas was not based on a decentralised management of the tariff quota in respect of which the Member States had been given a decision-making power. (40)

76. Another composite procedure where the final decision-making power lies with the EU institutions was the procedure examined in the judgment in *Greenpeace France and Others*; (41) specifically, the case involved authorisation for a type of genetically modified maize under Directive 90/220. (42) The Court of Justice held that, where the national court finds that, owing to irregularities in the conduct of the examination of the notification by the competent national authority provided for in Article 12(1) of Directive 90/220, it was not proper for that authority to forward the dossier with a favourable opinion to the Commission as provided for in Article 12(2), the court cannot review the validity of the decision taken by the Commission, as this power is reserved to the Court of Justice through the indirect route of a preliminary ruling on the question of validity. (43)

77. Finally, in the judgment in *Sweden v Commission* (44) the Court of Justice addressed another type of composite procedure controlled by the EU authorities. This procedure concerned application for access to documents held by the institutions originating from Member States, as provided for in Articles 4 and 5 of Regulation No 1049/2001. (45) The EU institution takes the decision to refuse or allow access to the requested document, following authorisation from the originating Member State.

78. The Court of Justice held that this was a procedure involving the EU institution and the Member State in order to determine whether access to a document should be refused under one of the substantive exceptions in Article 4(1) to (3) of that regulation.

79. It held that, in such a case, 'it is within the jurisdiction of the Community judicature to review, on application by a person to whom the institution has refused to grant access, whether that refusal was validly based on those exceptions, regardless of whether the refusal results from an

assessment of those exceptions by the institution itself or by the relevant Member State. From the point of view of the person concerned, the Member State's intervention does not affect the Community nature of the decision that is subsequently addressed to him by the institution in reply to the request he has made for access to a document in its possession.' (46)

## ***B. Administrative procedure for obtaining authorisation for qualifying holdings in credit institutions***

80. The requirement to obtain authorisation for qualifying holdings is intended to ensure that only natural or legal persons who will not jeopardise the proper operation of the banking sector can become part of that sector. In particular, the purpose of the assessment is to check that the proposed acquirer enjoys a good reputation and has the necessary financial soundness, so that the institution in which the stake is to be acquired continues to meet its prudential requirements. The assessment also helps to ensure that the transaction is not financed by the proceeds of illegal activities.

81. Article 2(8) of the SSM Regulation refers to the definition of 'qualifying holding' in point 36 of Article 4(1) of Regulation (EU) No 575/2013. (47) It therefore means 'a direct or indirect holding in an undertaking which represents 10% or more of the capital or of the voting rights or which makes it possible to exercise a significant influence over the management of that undertaking'.

82. Article 22 of CRD IV imposes a mandatory requirement for authorisation for an acquisition of or increase (48) in a qualifying holding. All supervisory authorities in the European Union, both in Member States that are members of the banking union and in those that are not, must follow the authorisation procedure.

### ***1. Criteria for granting authorisation***

83. Article 23 of CRD IV harmonises the substantive criteria for assessing an acquisition of or increase in a qualifying holding. (49) This harmonisation is, however, only partial, as the directive does not detail the precise elements required in order to satisfy each of the criteria, which must be assessed in accordance with national rules.

84. In order to standardise practice across Member States, in 2016 the European supervisory authorities adopted joint guidelines on the prudential assessment of acquisitions of and increases in qualifying holdings in the financial sector. (50) As far as banking institutions are concerned, the legal basis for these guidelines is provided by Article 16(1) of Regulation No 1093/2010, (51) which states that the European Banking Authority, with a view to establishing consistent, efficient and effective supervisory practices within the ESFS, and to ensuring the common, uniform and consistent application of EU law, is to issue guidelines and recommendations addressed to competent authorities or financial institutions.

85. While the guidelines are non-binding legal acts, Member States undertake to make every effort to comply with them (and with the recommendations) under a procedure known as 'comply or explain'. (52) According to the information provided at the hearing, the Italian authorities decided to apply the 2016 guidelines in a decision of the Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (Interministerial Committee for Credit and Savings) adopted in 2017.

### ***2. Authorisation procedure***

86. The procedure for granting this type of authorisation is governed by Article 4(1)(c), Article 6(4) and Article 15 of the SSM Regulation, supplemented by Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation.

87. Under Article 4(1)(c) of the SSM Regulation, read in conjunction with Article 6(4), the ECB is exclusively competent to assess and decide on acquisitions of and increases in qualifying holdings in all financial institutions that come under the single supervisory mechanism, irrespective of whether the institutions are more or less significant and of whether they are under the direct supervision of the ECB or the NCAs.

88. This situation highlights the fact that the SSM Regulation has created ‘a truly integrated supervisory mechanism’, in which the key processes are, in general terms, identical for all credit institutions, whether ‘significant’ or ‘less significant’, and involve both the ECB and the NCAs.

89. The common administrative procedures introduced by the SSM Regulation are used both to grant or revoke authorisations to take up the business of a banking institution and also to assess acquisitions of or increases in qualifying holdings.

90. Specifically, the ECB exercises its competence to review acquisitions of and increases in qualifying holdings in the terms laid down in Article 15 of the SSM Regulation, supplemented by Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation. In the procedure to be followed for these purposes, the ECB is the decision-making authority and the NCAs are responsible for the preparatory work for the decisions.

91. The procedure is as follows: [\(53\)](#)

- The applicant entity notifies the acquisition of or increase in a qualifying holding to the relevant NCA, which is the NCA of the Member State where the institution being acquired is established.
- The NCA notifies the ECB of receipt of notification of an intention to acquire or increase a qualifying holding no later than five working days following its acknowledgement of receipt to the applicant. The procedure cannot be finalised until the required information has been submitted. Applicants should therefore ensure that their applications are complete and well structured. If the first review of an application reveals omissions or inconsistencies, the receiving NCA is immediately to ask the applicant to make the necessary amendments.
- Once the application has been submitted and its completeness verified, it is subject to a complementary assessment by the receiving NCA, the ECB and any other NCAs concerned. The assessment seeks to ensure that all relevant parties gain a thorough understanding of the business model and its viability. To this end, the assessment covers all the criteria set out in relevant national and EU laws.
- The NCA will propose a draft decision to the ECB to oppose or not to oppose the acquisition of or increase in qualifying holdings. From this point, the final decision on the approval or rejection of the application is the sole responsibility of the ECB. If an application is to be rejected or additional conditions need to be imposed, the applicant will be entitled to a hearing.
- The final decision lies with the ECB, which follows the usual procedures for taking decisions under the banking union, to be found in Article 26(6) and (8) of the SSM Regulation: the ECB Supervisory Board submits the full draft decision to the Governing Council and the decision is deemed to be adopted unless the Governing Council objects within a period of time that may not exceed 10 days.
- Once the final decision has been adopted, the ECB notifies the applicant. If the acquisition is refused or if the proposed acquirer considers that the decision is detrimental to it in any way,

it may ask for it to be reviewed by the ECB Administrative Board of Review provided for in Article 24 of the SSM Regulation.

***C. First question referred: judicial review of national preparatory measures in the procedure for authorising acquisitions of qualifying holdings in credit institutions***

92. As I have just described, the procedure for authorising acquisitions of or increases in qualifying holdings in financial institutions is a composite procedure, because it involves both the ECB, as the decision-making authority, and the NCAs, as bodies responsible for undertaking the preparatory work for the decisions. I will deal first with the questions regarding competence to take the decision, and will then examine judicial review of the final decision that has to be taken.

***1. Competence to take the final decision***

93. After the application has been submitted, the NCA's involvement is limited to verifying compliance with the conditions required in order for the transaction to be authorised, which are laid down by EU and national law. Their role culminates in the submission of a draft or proposed decision to the ECB, which is in any case not bound by the proposal.

94. Once the proposal has been submitted, the decision-making stage of the composite procedure starts. This is the sole responsibility of the ECB which, in the end, must grant or refuse the application to acquire or increase the qualifying holding. In my opinion, the ECB has an exclusive decision-making power, as the following reasons show.

95. First, Article 87 of the SSM Framework Regulation provides that 'the ECB shall decide whether or not to oppose the acquisition on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA's draft decision'. As the Bank of Italy states, it can be inferred from this provision that the ECB has total power to assess the matters of fact and law when it comes to take its final decision. The proposal submitted to it by the NCA is one more element in that assessment, but not necessarily the only one. There is nothing to prevent the ECB from performing its own independent investigation and research activities (54) and arriving at a different conclusion from that proposed by the NCA, which is not binding on it. (55)

96. I should stress that, in legal terms, the draft submitted by the NCA does not determine the subsequent decision by the ECB. Depending on its merits, it may influence that decision to a greater or lesser extent, but such a situation is also to be found in other processes (such as a non-binding opinion, for example) in any procedure. The NCA has no specific decision-making power, beyond its responsibility for conducting the first stage of the procedure once an application for authorisation has been submitted. This is not, therefore, a case of a codecision procedure involving the NCA and the ECB, as Mr Berlusconi appears to believe in his written observations.

97. Second, the ECB may decide to amend its final decision and to depart from a proposal by an NCA that it previously adopted, following the intervention of the Administrative Board of Review, (56) if an appeal by a potential acquirer is upheld in whole or in part. (57) In addition, the final decision by the ECB may include conditions for the authorisation of the acquisition of or increase in a qualifying holding that do not appear in the proposal from the NCA.

98. Third, the fact that the initial stage of the procedure takes place before the NCA does not mean that the ECB is not involved. Article 85(1) of the SSM Framework Regulation provides that an NCA that receives a notification of an intention to acquire a qualifying holding in a credit institution is to notify the ECB no later than five working days following the acknowledgement of receipt. In addition, Article 6(2) of the SSM Regulation states that both the ECB and the NCAs are to be subject to a duty of cooperation in good faith, and an obligation to exchange information.

99. Fourth, the NCA does not notify the applicant of the draft decision submitted by it to the ECB, thus confirming that this is merely an internal procedure preparatory to the final decision by the ECB, of no legal significance to the applicant or to third parties. (58)

100. Fifth, the procedure for authorising an acquisition of or increase in a qualifying holding is different from other similar procedures, such as the procedure for an authorisation to carry on banking activities. In the latter case, under Article 14(2) of the SSM Regulation (59) the NCA has power to decide on its own to reject an application for authorisation, and it notifies the applicant of its decision, which is effective as against the applicant and against third parties. It is a definitive measure, amenable to review by the national courts, which may make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling. By contrast, under the procedure for authorising acquisitions of qualifying holdings the NCAs do not have these powers.

101. Sixth, under Article 22(6) of CRD IV, if the competent authorities do not oppose the proposed acquisition in writing within the assessment period, it shall be deemed to be approved. In order to ensure that inaction on the part of the NCA does not operate as a form of approval on grounds of administrative silence, the ECB may intervene (pursuant to the third subparagraph of Article 9(1) of the SSM Regulation) (60) and instruct the NCA to express its view on the application for authorisation of an acquisition of or increase in a qualifying holding. This makes clear that the ECB is involved in that procedure from the start and that it is the ECB that exercises sole control over the procedure.

## **2. *Judicial review of decisions in these procedures***

102. Having established that authorisation to acquire or increase qualifying holdings in financial institutions is handled under a composite procedure in which the final decision is a matter solely for the ECB, it is necessary to clarify the question of judicial review of decisions made in this procedure.

103. With regard to determining the applicable system of judicial review, both the *Borelli* case-law and the *Sweden v Commission* case-law address the specific distribution of competences between the national authorities and the EU institutions. Where the decision-making power lies with national authorities, the *Borelli* case-law applies; where it rests with the EU authority, the *Sweden v Commission* case-law applies.

104. The SSM is a complex, multi-layered structure formed by the ECB and the NCAs, in which the ECB holds a key position, is responsible for the operation of the system, and controls the body of tasks required by the mechanism. (61) To achieve these objectives, the ECB has exclusive powers within the SSM framework. The NCAs' involvement reflects the logic of the decentralised exercise of these powers, rather than a distribution of competences between the ECB and the national authorities. (62)

105. In the procedure for authorising qualifying holdings, sole power to take the final decision is concentrated in the ECB, as it is in most composite administrative procedures within the banking union. Symmetrically, sole jurisdiction to conduct a judicial review of the exercise of that concentrated power must lie with the General Court and the Court of Justice. (63)

106. In my view, it is hard to argue against this assertion. Indeed, Fininvest has lodged an application, which is currently before the General Court (T-913/16), for annulment of the ECB's decision to refuse the acquisition of the qualifying holding in Banco Mediolanum.

107. The preparatory nature of the measures taken by the NCAs during the initial stage of the



procedure confirms, if confirmation were needed, that the Court of Justice has an exclusive power of judicial review both over decisions on the authorisation of acquisitions or increases of qualifying shares in banking institutions and over the proposals that precede those decisions.

108. According to the established case-law of the Court of Justice, the validity of acts adopted by EU institutions, whatever their nature or form, can be challenged only where they are binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position. Consequently, in the case of acts or decisions adopted by a procedure involving several stages, an act is open to review only if it is a measure definitively laying down the position (usually, of the Commission or the Council) on the conclusion of that procedure. In contrast, intermediate or provisional measures intended to pave the way for the final decision are not open to challenge. (64)

109. This case-law can be extrapolated to apply to procedures in which the purely auxiliary, preparatory intervention is made by a national authority. Where the act of that authority is limited to a proposal which, by definition, is not a decision, that act cannot affect the legal situation of any natural or legal person. Consequently its nature is not such that would enable it to be challenged in its own right. Moreover, any errors committed during the preparation of the proposal could be asserted as part of a challenge to any final decision that incorporates the contents of the proposal.

110. In summary, national courts cannot rule on purely preparatory acts adopted by NCAs as part of a composite procedure in which the decision lies exclusively with the ECB. Otherwise, the national courts would in practice undertake review of the substance of decisions that are a matter for the ECB rather than the NCAs; such a situation could, moreover, lead to paradoxical situations. (65)

111. Consequently, I believe that jurisdiction to review all acts adopted as part of a procedure to authorise acquisitions of and increases in qualifying holdings in banking institutions must be ascribed to the EU Courts rather than to national courts.

112. Naturally, this allocation of jurisdiction is not without difficulty. In order to safeguard the right of interested parties to an effective remedy, where this objection is raised before them the EU Courts will have to decide whether preparatory measures taken by NCAs that are subsequently adopted by the ECB contained defects that rendered them void in a way that has inevitably contaminated the entire procedure.

113. From this perspective, the question of whether the proposal by the Bank of Italy is unlawful should be examined by the General Court in the action for annulment brought against the ECB's final decision (Case T-913/16), because the ECB had discretion as to whether or not to adopt the proposal submitted by the NCA.

114. Moreover, this solution is also consistent with the provision in Article 4(3) of the SSM. (66) Under that provision, the ECB is entrusted with applying national law that transposes directives and, in exceptional cases, regulations that deal with the banking union, underpinning the extension of the jurisdiction of the Court of Justice to review such cases. (67)

115. On the basis of the above arguments, I believe that Article 263 TFEU:

- confers on the Court of Justice exclusive jurisdiction to review the legality of measures adopted as part of the procedure provided for in Article 4(1)(c) and Article 15 of the SSM Regulation and Articles 85 to 87 of the SSM Framework Regulation; and
- prevents national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, measures of inquiry and proposals adopted at national level by the national competent

authority in the course of that procedure, which culminates in a binding decision by the ECB.

**D. Second question referred: impact of national judgments having the force of *res judicata* on the judicial review of national preparatory measures**

116. The answer to the second question can be inferred logically from my recommended response to the first question. When one argues that the General Court and the Court of Justice have *exclusive* jurisdiction to carry out a judicial review of the measures adopted in these procedures, and that the national courts have no such jurisdiction, the fact that the national courts may be called on to make a ruling through the *giudizio di ottemperanza* or any other procedural mechanism of their domestic law is irrelevant.

117. Indeed, the conferral of jurisdiction is an essential prerequisite in order for subsequent court proceedings to be valid. If a court does not have jurisdiction, it simply cannot act, whatever the procedural route used. The *giudizio de ottemperanza* is one of those routes, through which Italian procedural law seeks to ensure that the final and binding nature of an earlier court decision is respected. (68)

118. Mr Berlusconi and Fininvest seek to avail themselves of this route, citing the judgment delivered on 3 March 2016 by the Consiglio di Stato (Council of State) as grounds for the nullity of the proposed decision forwarded to the ECB by the Bank of Italy during the authorisation procedure. But if, as I have already argued, the Italian courts lack jurisdiction to rule on the preparatory measures agreed by NCAs, that argument will have to be asserted before the General Court (as has happened in Case T-913/16) rather than before the national courts.

119. Thus, in my opinion it is not possible to invoke the procedural autonomy of the Italian State as a ground for arguing that the (potential) *res judicata* effect of the judgment of 3 March 2016 confers jurisdiction on a national court to review the legality of the actions of the Bank of Italy in connection with the preparation of the final decision by the ECB.

120. I do not believe, therefore, that the Court of Justice should go any further and become involved in the as yet undecided issue of the impact of that judgment on this case. However, purely in the alternative, I shall explain why I believe that neither the parties to nor the subject matter of the proceedings resolved by the judgment of 3 March 2016 would be the same as those in the present proceedings (which is a requirement in order for *res judicata* to apply).

121. With regard to whether the subject matter is the same:

- The previous action concerned decision No 976145/14 of 7 October 2014 of the Bank of Italy and IVASS, which held that Mr Berlusconi did not satisfy the reputation requirement for ownership of qualifying holdings in financial intermediaries.
- The present proceedings concern the legality of the proposal put forward by the Bank of Italy (subsequently incorporated into the 2016 ECB Decision) opposing the acquisition of the qualifying holding in Banco Mediolanum achieved indirectly by Mr Berlusconi through Fininvest. The reason for that opposition lies in the sentence of four years' imprisonment for tax fraud contained in a final judgment, referred to in the judgment by the Consiglio di Stato (Council of State). However, in reaching the conclusion that the requirement for the acquirers to be of good reputation was not satisfied, both the Bank of Italy and the ECB took other additional factors into account, some of which post-date the judgment of 3 March 2016. (69)

122. With regard to whether the parties are the same:

- The ECB did not, and could not, take part in the proceedings that gave rise to the judgment of 3 March 2016, whereas it plays a key role in the present proceedings.
- The 2016 ECB Decision notes that the acquirers do not satisfy the reputation requirement, which it says is true not only of the ‘controlling shareholder and indirect acquirer, Mr Berlusconi, but also of another member of the management board and a member of the supervisory board of Fininvest SpA, as well as Fininvest itself’. (70)

123. In addition, the acquisitions of qualifying holdings are different, the applicable legislation is different and the procedure has changed, with exclusive competence for the decision now resting with the ECB.

124. As neither the subject matter nor the parties in the proceedings resolved by the final judgment of the Consiglio di Stato (Council of State) of 3 March 2016 are the same as those in the present proceedings, it is hard to see how the principle of *res judicata* would apply.

125. Finally, in the alternative to the alternative, the principle of *res judicata* cannot be invoked in order to enforce judgments that are clearly contrary to the rules of EU law, (71) such as judgments that may interfere with the exclusive competence of the ECB to authorise acquisitions of qualifying holdings.

#### IV. Conclusion

126. In accordance with the reasoning set out above, I suggest that the Court of Justice should reply as follows to the questions referred for a preliminary ruling by the Consiglio di Stato (Council of State, Italy):

- (1) Article 263 TFEU, read in conjunction with Article 4(1)(c) and Article 15 of Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, and with Articles 85 to 87 of Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities:
  - confers on the Court of Justice of the European Union exclusive jurisdiction to review the legality of measures adopted in the course of the procedure provided for in the aforesaid articles of the two regulations for the purpose of authorising acquisitions of and increases in qualifying holdings in banking institutions; and
  - prevents national courts from reviewing the legality of decisions to initiate procedures, measures of inquiry and proposed decisions adopted by the competent national authorities as part of that procedure, in which the final decision is a matter for the European Central Bank.
- (2) The lack of jurisdiction of the national courts to review the legality of the measures adopted in the aforesaid procedure cannot be defeated by bringing an action for a declaration of invalidity (*giudizio di ottemperanza*) which invokes an alleged breach or circumvention of the *res judicata* effect of an earlier judgment of a national court.

---

<sup>1</sup> Original language: Spanish.

---

2 Directive of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC (OJ 2013 L 176, p. 338) (known as CRD IV).

---

3 The agreements referred to as Basel III are a set of measures developed by the Basel Committee on Banking Supervision in response to the financial crisis and adopted internationally. They are designed to strengthen the regulation, supervision and risk management of the banking sector. See the information available on the website of the Basel Committee on Banking Supervision, <https://www.bis.org/bcbs/basel3.htm>.

---

4 Council Regulation of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ 2013 L 287, p. 63) ('the SSM Regulation').

---

5 Regulation of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities (SSM Framework Regulation) (OJ 2014 L 141, p. 1).

---

6 Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Testo unico bancario) (Legislative Decree No 385 of 1 September 1993 relating to the consolidated text of the laws on banking and credit ('the Consolidated Law on Banking')). At the material time, the rules on qualifying holdings in financial institutions were set out in Title II of the Consolidated Law on Banking as amended by Legislative Decree No 72 of 12 May 2015, which incorporated the contents of CRD IV into Italian law.

---

7 Article 25(2) referred to future regulations (to be adopted by the Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministry of Economic and Financial Affairs), following an opinion issued by the Bank of Italy) which would specifically determine these requirements, but the legislation has not been drafted.

---

8 Decreto 18 marzo 1998, n. 144, regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (Ministerial Decree No 144 of 18 March 1998 laying down rules for the identification of the requirements of good reputation for holders of the share capital of banks and the fixing of the relevant threshold, 'Decree No 144 of 1998').

---

9 Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (Law No 241 of 7 August 1990 concerning new provisions on administrative procedure and the right of access to administrative documents, as amended by Law No 15 of 11 February 2005).

---

10 Codice del processo amministrativo, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Code of Administrative Procedure, Legislative Decree No 104 of 2 July 2010).

---

[11](#) Decreto Legislativo 4 de marzo 2014, n. 53, attuazione della direttiva 2011/89/UE (Legislative Decree No 53 of 4 March 2014 transposing Directive 2011/89/EU [of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Directives 98/78/EC, 2002/87/EC, 2006/48/EC and 2009/138/EC as regards the supplementary supervision of financial entities in a financial conglomerate) (OJ 2011 L 136, p. 113)], which extended the application of the reputation requirements applicable to senior managers of banking institutions so as to cover mixed financial holding companies.

---

[12](#) This involved an ‘intra-group merger with a one-for-one share swap’, the objective being corporate simplification and organisational rationalisation of the banking group, given that Banca Mediolanum was wholly owned by Mediolanum.

---

[13](#) Fininvest acquired control of approximately 30.124% of the capital of Banco Mediolanum but exercised effective control over only 9.999%, given that voting rights in the remaining 20.125% had been suspended and the Bank of Italy had ordered these shares to be sold.

---

[14](#) Regarding the objection of lack of standing to bring proceedings, raised by the Bank of Italy, the Consiglio di Stato (Council of State) held that the written notice of 23 July 2015 was merely confirmatory, in that it expanded on the asset disposal requirement that had previously been ordered in respect of the shares in Mediolanum, with no separate new assessment. It followed that any annulment of the decision confirmed would automatically entail the lapse of the confirmatory measure.

---

[15](#) Directive 2007/44/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 amending Council Directive 92/49/EEC and Directives 2002/83/EC, 2004/39/EC, 2005/68/EC and 2006/48/EC as regards procedural rules and evaluation criteria for the prudential assessment of acquisitions and increase of holdings in the financial sector (OJ 2007 L 247, p. 1).

---

[16](#) The Consiglio di Stato (Council of State) held that the regulations had not been implicitly repealed as a result of Directive 2007/44. In order for implied repeal to occur, the situations governed by the rules in question must be the same; but in this case the rules applied to different situations: the EU rule applied to the acquisition of a holding, whereas Decree No 144 of 1998 referred to holdings previously acquired and thus already held.

---

[17](#) ECB/SSM/20016-7LVZJ6XRIE7VNZ4UBX81/4 (‘the 2016 ECB Decision’).

---

[18](#) *Fininvest and Berlusconi v ECB* (T-913/16).

---

[19](#) Judgments of 3 December 1992, *Oleificio Borelli v Commission* (C-97/91, EU:C:1992:491), paragraph 9; of 25 January 2007, *Dalmine v Commission* (C-407/04 P, EU:C:2007:53), paragraph 62; of 18 December 2007, *Sweden v Commission* (C-64/05 P, EU:C:2007/802), paragraph 91; and of 17 September 2014, *Liivimaa Lihaveis* (C-562/12, EU:C:2014:2229), paragraph 48.

---

[20](#) These types of procedures involve what is known in the literature as coadministration or integrated administration. See Ziller, J., ‘Les concepts d’administration directe, d’administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen’, in Auby, J.-B., and Dutheil de la

Rochère, J. (ed.), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 327 et seq.; Hofmann, H.C.H., ‘Conclusions: Europe’s integrated administration’, in Hofmann, H.C.H., and Türk, A. (ed.), *EU Administrative Governance*, p. 583; Schmidt-Aßmann, E., ‘Introduction’, in Jansen, O., and Schöndorf-Haubold, B. (ed.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Brussels, 2011, pp. 6 to 8.

---

[21](#) An ambitious proposal in legal literature for codifying EU administrative procedures is to be found in Mir, O., Hofmann, H.C.H., Schneider, J.-P., Ziller, J., et al. (ed.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. Article I-4(4) of the ReNEUAL Code defines the ‘composite procedure’ as an administrative procedure in which the EU authorities and the authorities of one or more Member States are assigned different, but interdependent, functions. A procedure which combines two directly related administrative procedures is also classed as a composite procedure.

---

[22](#) Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017; Della Cananea, G., ‘I procedimenti amministrativi composti dell’Unione europea’, in Bignami, F. and Cassese, S., (ed.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; Mastrodonato, G., *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007; Hofmann, H.C.H., ‘Composite decision-making procedures in EU administrative law’, in Hofmann, H.C.H., Türk, A., *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 136.

---

[23](#) A recent study can be found in Brito Bastos, F., ‘Derivative illegality in European composite administrative procedures’, *Common Market Law Review*, 2018, No 1, pp. 101 to 134.

---

[24](#) Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 273 to 318. See also the studies by Eliantonio, M., ‘Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of “Composite Procedures”’, *Review of European Administrative Law*, 2014 No 2, pp. 65 to 102; and de Türk, A., ‘Judicial Review of integrated administration in the EU’, in Hofmann, H.C.H., and Türk, A., *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 218 to 256, especially pp. 222 to 224.

---

[25](#) See Prechal, S., Widdershoven, R., Jans, J., ‘Introduction’, in Jans, J., Prechal, S., Widdershoven, R. (ed.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2015, p. 33.

---

[26](#) Judgment of 22 October 1987, *Foto-Frost* (314/85, EU:C:1987:452), paragraphs 14 and 15. See also judgments of 10 January 2006, *IATA and ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10), paragraphs 27 and 30, and of 3 October 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council* (C-583/11 P, EU:C:2013:625), paragraph 95.

---

[27](#) Judgment of 3 December 1992, (C-97/91, the ‘*Borelli* judgment’, EU:C:1992:491).

---

[28](#) *Borelli* judgment, paragraphs 9 to 12, and order of the President of the Court of 13 January 2009, *Occhetto and European Parliament v Donnici* (C-512/07 P(R) and C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), paragraph 50.

---

[29](#) *Borelli* judgment, paragraph 13. According to the judgment, the national court should regard an action brought in such a case as admissible even if the domestic rules of procedure do not provide for this.

---

[30](#) Judgment of 17 September 2014 (C-562/12, EU:C:2014:2229), paragraph 56.

---

[31](#) Council Regulation of 11 July 2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and repealing Regulation (EC) No 1260/1999 (OJ 2006 L 210, p. 25).

---

[32](#) The Court of Justice held that ‘Regulation No 1083/2006, read in conjunction with Article 47 of the Charter, must be interpreted as precluding a provision of a programme manual adopted by a monitoring committee in the context of an operational programme established by two Member States and intended to promote European territorial cooperation where that provision does not provide that a decision of that monitoring committee rejecting an application for aid can be subject to appeal before a court of a Member State’ (judgment of 17 September 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12, EU:C:2014:2229, paragraph 76).

---

[33](#) Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs (OJ 1992 L 208, p. 1) introduced a composite procedure in which producer associations submit applications for registration of a PDO or PGI to their national authorities. Those authorities must check that the application is justified and, if they consider that the requirements of the regulation are met, they must forward the application to the Commission, which will merely conduct a formal examination in order to verify whether the requirements are satisfied.

---

[34](#) Judgment of 6 December 2001 (C-269/99, EU:C:2001:659), paragraphs 57 and 58. See also judgment of 2 July 2009, *Bavaria and Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415), paragraphs 55 to 57.

---

[35](#) The case involved registration of the designation ‘Spreewälder Gurken’, which was carried out in accordance with Commission Regulation (EC) No 590/1999 of 18 March 1999 supplementing the Annex to Regulation (EC) No 1107/96 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Regulation (EEC) No 2081/92 (OJ 1999 L 74, p. 8).

---

[36](#) Judgment of 6 December 2001, *Carl Kühne and Others* (C-269/99, EU:C:2001:659), paragraphs 57 and 58. On this point, see also judgment of 2 July 2009, *Bavaria and Bavaria Italia* (C-343/07, EU:C:2009:415), paragraphs 64 to 67.

---

[37](#) This is what occurred in the case of the declarations by the Italian Electoral Office that were the subject of the judgment of 30 April 2009, *Italy and Donnici v Parliament* (C-393/07 and C-9/08, EU:C:2009:275), paragraphs 74 and 75, and of the order of the President of the Court of 13 January 2009, *Occhetto and Parliament v Donnici* (C-512/07 P(R) and C-15/08 P(R), EU:C:2009:3). By declaring — contrary to that declaration — Mr Donnici’s mandate invalid and by ratifying Mr Occhetto’s mandate, the contested decision infringed Article 12 of that act.

---

[38](#) Judgments of 11 November 1981, *IBM v Commission* (60/81, EU:C:1981:264), paragraph 12, and

of 13 October 2011, *Deutsche Post and Germany v Commission* (C-463/10 P and C-475/10 P, EU:C:2011:656).

---

[39](#) Judgment of 17 October 1995 (C-478/93, EU:C:1995:324), paragraphs 34 to 40.

---

[40](#) Member States had been given no powers, either by the Council or by the Commission, to take decisions in regard to management of the import quota, but were required to assume a number of technical functions on behalf of and subject to the control of the Commission (such as drawing up the list of operators and the average quantities of bananas that each operator had sold over the three most recent years for which figures were available). The role of the Member States in the collection and transmission of information could not, however, prevent the Commission, which was required to ensure the daily management of the common organisation of the markets, from checking the accuracy of that information and revising it if there was a danger that the double counting of quantities might distort the basis of the import system.

---

[41](#) Judgment of 21 March 2000 (C-6/99, EU:C:2000:148).

---

[42](#) Council Directive 90/220/EEC of 23 April 1990 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms (OJ 1990 L 117, p. 15), as amended by Commission Directive 97/35/EC of 18 June 1997 adapting to technical progress for the second time Directive 90/220 (OJ 1997 L 169, p. 72). In order to obtain authorisation for genetically modified seeds, an application had to be submitted to the competent national authority. Once the competent national authority had examined the impact on human health and the environment, it forwarded the application to the Commission with a favourable opinion. The Commission, in turn, notified all Member States of the application to enable them to raise objections. If the Commission took a ‘favourable decision’ under Article 13(4) of the directive, the competent authority had to issue the ‘written consent’ enabling the product to be marketed.

---

[43](#) Judgment of 21 March 2000, *Greenpeace France and Others* (C-6/99, EU:C:2000:148), paragraph 57.

---

[44](#) Judgment of 18 December 2007 (C-64/05 P, EU:C:2007:802).

---

[45](#) Regulation (EC) of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (OJ 2001 L 145, p. 43).

---

[46](#) Judgment of 18 December 2007, *Sweden v Commission* (C-64/05 P, EU:C:2007:802), paragraph 94; see also order of the President of the Court of 13 January 2009, *Occhetto and Parliament v Donnici* (C-512/07 P(R) and C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), paragraph 53.

---

[47](#) Regulation of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 (OJ 2013 L 176, p. 1).

---



[48](#) Article 22 of CRD IV treats in the same way the acquisition of a qualifying holding and an increase, whether direct or indirect, in a qualifying holding as a result of which the proportion of the voting rights or of the capital held would reach or exceed 20%, 30% or 50% or the credit institution would become the acquirer's subsidiary.

---

[49](#) These are: the reputation of the proposed acquirer; the reputation and experience of the proposed new members of the senior management; the financial soundness of the proposed acquirer; influence over the institution; and the risk of links with money laundering or terrorist funding activities.

---

[50](#) Joint guidelines by the EBA, EIOPA and ESMA on the prudential assessment of acquisitions and increases of qualifying holdings in the financial sector (JC/GL/2016/01), pp. 21 to 31. The various language versions are available on the website of the Joint Committee of the European Supervisory Authorities at <https://esas-joint-committee.europa.eu/Pages/Guidelines/Joint-Guidelines-on-the-prudential-assessment-of-acquisitions-and-increases-of-qualifying-holdings-in-the-banking,-insuranc.aspx>.

---

[51](#) Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ 2010 L 331, p. 12; 'the EBA Regulation').

---

[52](#) The second subparagraph of Article 16(3) of the EBA Regulation provides that 'within 2 months of the issuance of a guideline or recommendation, each competent authority shall confirm whether it complies or intends to comply with that guideline or recommendation. In the event that a competent authority does not comply or does not intend to comply, it shall inform the Authority, stating its reasons'.

---

[53](#) ECB, *Guide to banking supervision*, 2014, pp. 27 to 30.

---

[54](#) In the present case, the ECB altered some paragraphs in the draft decision submitted by the Bank of Italy, in response to comments made by Fininvest at the hearing before the ECB. This is evidence, if any were needed, of the independence of the ECB when it is required to take a final decision in this type of procedure.

---

[55](#) On this point, see Lackhoff, K., *Single Supervisory Mechanism. A Practitioner's Guide*, Beck, Hart, Nomos, Munich, 2017, p. 172: the procedure for authorising qualifying holdings 'does not consist in a two-step procedure (with a national and an ECB part) as the authorisation procedure but is in its entirety an ECB supervisory procedure'.

---

[56](#) Decision of the European Central Bank of 14 April 2014 concerning the establishment of an Administrative Board of Review and its Operating Rules (OJ 2014 L 175, p. 47). On the operation of this internal administrative review body, see Brescia Morra, C., Smits, R. and Magliari, A., 'The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years', *European Business Organisation Law Review*, 2017, pp. 567 to 589.

---

[57](#) At the hearing, the ECB confirmed that this is not what usually happens.

---

[58](#) The draft decision by the NCA is always submitted to the ECB in English, as this is the language used in communications between the NCAs and the ECB within the SSM (Article 23 of the SSM Framework Regulation). In contrast, the final decision by the ECB is translated into the language of the applicant.

---

[59](#) This provision states that ‘if the applicant complies with all conditions of authorisation set out in the relevant national law of ... the Member State, the national competent authority shall take, within the period provided for by relevant national law, a draft decision to propose to the ECB to grant the authorisation. The draft decision shall be notified to the ECB and the applicant for authorisation. In other cases, the national competent authority shall reject the application for authorisation.’

---

[60](#) The exact wording of the provision is as follows: ‘To the extent necessary to carry out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require, by way of instructions, those national authorities to make use of their powers, under and in accordance with the conditions set out in national law, where this Regulation does not confer such powers on the ECB. Those national authorities shall fully inform the ECB about the exercise of those powers.’

---

[61](#) See the analyses by Chiti, E., and Recine, F., ‘The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position’, *European Public Law*, 2018, No 24, pp. 103 to 108, and by Lamandini, M., and Ramos Muñoz, D., *EU Financial Law*, CEDAM Legal Studies, Wolters Kluwer, 2016, pp. 183 to 212.

---

[62](#) The General Court has drawn attention to this idea in its judgment of 16 May 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg v ECB* (T-122/15, EU:T:2017:337), paragraph 54, against which an appeal is pending (Case C-450/17 P). See the commentaries by D’Ambrosio, R., and Lamandini, M., ‘La “prima volta” del Tribunale dell’Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico’, *Giurisprudenza commerciale*, 2017, pp. 594 to 599, and by Adalid, S., ‘Le MSU, nouveau sous-système de droit de l’Union européenne’, *Revue des affaires européennes*, 2017, No 2, pp. 373 to 370.

---

[63](#) Judgment of 18 December 2007, *Sweden v Commission* (C-64/05 P, EU:C:2007:802), paragraphs 93 and 94; see also order of the President of the Court of 13 January 2009, *Occhetto and European Parliament v Donnici* (C-512/07 P(R) and C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), paragraph 53.

---

[64](#) See, in particular, the judgments of 11 November 1981, *IBM v Commission* (60/81, EU:C:1981:264), paragraphs 9 and 10; of 9 September 2015, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro v Commission* (C-506/13 P, EU:C:2015:562, paragraph 16); and of 20 September 2016, *de Mallis and Others v Commission and ECB* (C-105/15 P to C-109/15 P, EU:C:2016:702), paragraph 51.

---

[65](#) In the case of a preparatory act by the NCA that had the same content as the ECB decision, the judgments of the national court and the Court of Justice could diverge. That situation would arise in the present case if there were to be a judgment of the Italian court and a separate judgment by the General Court that reached contradictory conclusions.

---

[66](#) The wording of this provision is as follows: ‘For the purpose of carrying out the tasks conferred on

it by this Regulation, and with the objective of ensuring high standards of supervision, the ECB shall apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising those options.’

---

[67](#) Even in areas of banking supervision that are regulated by rules of Member States’ domestic law that are not explicitly mentioned in EU law, the ECB considers it has competence to exercise supervisory functions and it effects a detailed application of national rules. This is set out in a letter to the NCAs: ECB, *Additional clarification regarding the ECB’s competence to exercise supervisory powers granted under national law*, letter SSM/2017/0140 of 31 March 2017 (available at [https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter\\_to\\_SI\\_Entry\\_point\\_information\\_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612](https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter_to_SI_Entry_point_information_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612)). See the commentaries by Smits, R., ‘Competences and alignment in an emerging future. After L-Bank: how the Eurosystem and the Single Supervisory Mechanism may develop’, *ADEMU Working Papers Series* 2017/077, pp. 16 to 24.

---

[68](#) As the Commission noted during the hearing, in response to the resolute defence of the unique nature of this Italian procedural instrument mounted by Mr Berlusconi’s lawyers, the fact is that many Member States have legal mechanisms that seek to preserve the final and binding nature of court rulings.

---

[69](#) In point 2.2.1 of its 2016 decision, the ECB took into account the criminal or sanctioning procedures that had been commenced or in which judgments — some final, some not — had been given against Ubaldo Livolsi, Ferdinando Superti Furga and Silvio Berlusconi, and against Fininvest, as the basis for stating that the acquirers of the qualifying holding did not satisfy the requirement to be of good reputation under the rules of Italian and EU law, applied in accordance with the Joint guidelines by the EBA, EIOPA and ESMA on the prudential assessment of acquisitions and increases of qualifying holdings in the financial sector.

---

[70](#) The final part of point 2.2.2 of the 2016 ECB Decision.

---

[71](#) In the judgment of 18 July 2007, *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434), the Court of Justice ruled, in essence, that EU law precludes the application of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res judicata* in so far as the application of that provision prevents the recovery of State aid granted in breach of EU law which has been found to be incompatible with the common market in a decision of the European Commission which has become final (judgments of 3 September 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, paragraph 25; of 10 July 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, paragraph 61; and of 11 November 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742, paragraph 45).

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentate il 27 giugno 2018 [\(1\)](#)

**Causa C-219/17**

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

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Questione pregiudiziale – Vigilanza prudenziale sugli enti creditizi – Meccanismo di vigilanza unico – Acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio – Procedimenti amministrativi composti dell'Unione – Controllo giurisdizionale dei procedimenti amministrativi composti – Giudice competente ad esaminare un ricorso contro atti adottati da un'autorità nazionale – Principio del giudicato»

1. L'unione bancaria costituisce uno degli eventi più importanti del processo di integrazione europea dall'introduzione della moneta unica. La sua articolazione giuridica si è realizzata con estrema rapidità, nonostante la sua enorme complessità tecnica, in risposta alla grande crisi finanziaria del 2008.

2. Gli Stati membri hanno ceduto alle istituzioni dell'Unione talune competenze concernenti la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la loro risoluzione, laddove incontrino problemi di solvibilità. Alla Banca centrale europea (in prosieguo: la «BCE») è stata attribuita la maggior parte dei poteri necessari per l'esercizio di tali competenze trasferite dagli Stati membri, le cui autorità nazionali di vigilanza continuano, tuttavia, ad essere un elemento fondamentale del Meccanismo di vigilanza unico (in prosieguo: l'«MVU») sulle banche.

3. Le norme dell'Unione che disciplinano l'MVU hanno istituito vari procedimenti amministrativi che prevedono l'intervento della BCE e delle autorità di vigilanza nazionali. Siffatti procedimenti non rappresentano una novità nel diritto dell'Unione: essi esistevano già, ad esempio, in materia di fondi strutturali, nel settore dell'agricoltura o nel contesto della nomina dei membri del Parlamento europeo. Nell'unione bancaria si ricorre a tali procedimenti con molta più intensità e frequenza rispetto ad altri ambiti.

4. La presente controversia offre alla Corte la possibilità di pronunciarsi per la prima volta (salvo errore da parte mia) su uno di tali nuovi procedimenti, quello concernente l'autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi.

5. Il problema da risolvere nel contesto del presente rinvio pregiudiziale consiste nel chiarire chi debba esercitare il sindacato giurisdizionale sugli atti adottati nell'ambito di tale procedimento. In particolare, si chiede se talune proposte o taluni progetti di decisione presentati alla BCE dalle autorità di vigilanza nazionali siano impugnabili dinanzi ai giudici nazionali o se, al contrario, il loro contenuto e la successiva decisione finale della BCE possano essere vagliati unicamente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

## **I. Contesto normativo**

### **A. Diritto dell'Unione**

6. Il procedimento mediante il quale sono state adottate le decisioni impugnate dinanzi al giudice del rinvio è disciplinato dalle seguenti norme del diritto dell'Unione europea:

- gli articoli 22 e 23 della direttiva 2013/36/UE (2) che attua nel diritto dell'Unione gli accordi di Basilea III, adottati dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, il quale agisce nell'ambito della Banca dei regolamenti internazionali (3);
- gli articoli 1, paragrafo 5, e 15 del regolamento (UE) n. 1024/2013 (4);
- gli articoli da 85 a 87 del regolamento (UE) n. 468/2014 (5).

#### **1. Direttiva CRD IV**

7. L'articolo 22 («Notifica e valutazione dei progetti di acquisizione») è così formulato:

«1. Gli Stati membri prevedono che qualsiasi persona fisica o giuridica (“candidato acquirente”) che abbia deciso, da sola o di concerto con altre, di acquisire, direttamente o indirettamente, una partecipazione qualificata in un ente creditizio o di aumentare ulteriormente, direttamente o indirettamente, detta partecipazione qualificata in modo tale che la quota dei diritti di voto o del capitale da essa detenuta raggiunga o superi il 20%, 30% o 50%, o che l'ente creditizio divenga una sua filiazione (“progetto di acquisizione”), notifichi prima dell'acquisizione per iscritto alle autorità competenti dell'ente creditizio nel quale intende acquisire o aumentare una partecipazione qualificata, indicando l'entità prevista della partecipazione e le informazioni pertinenti specificate conformemente all'articolo 23, paragrafo 4. (...)

2. Le autorità competenti comunicano per iscritto al candidato acquirente di aver ricevuto la notifica di cui al paragrafo 1 o eventuali informazioni di cui al paragrafo 3 prontamente e comunque entro due giorni lavorativi dalla ricezione.

(...)

3. Durante il periodo di valutazione le autorità competenti possono, se del caso e non oltre il cinquantesimo giorno lavorativo di tale periodo, richiedere ulteriori informazioni necessarie per completare la valutazione. Tale richiesta è fatta per iscritto precisando le informazioni integrative necessarie.

(...) Eventuali ulteriori richieste di completamento o chiarimento delle informazioni da parte delle autorità competenti sono a discrezione di dette autorità ma non danno luogo ad una sospensione del decorso del periodo di valutazione.

(...)

5. Se decidono di opporsi al progetto di acquisizione, le autorità competenti, entro due giorni lavorativi dal termine della valutazione e senza superare il periodo di valutazione, informano per iscritto il candidato acquirente, indicando le ragioni. Fatto salvo il diritto nazionale, un'adeguata motivazione della decisione può essere resa pubblica su richiesta del candidato acquirente. Ciò non impedisce ad uno Stato membro di autorizzare l'autorità competente a pubblicare tale motivazione senza una richiesta del candidato acquirente.

6. Se, entro il periodo di valutazione, le autorità competenti non si oppongono per iscritto al progetto di acquisizione, il progetto di acquisizione è da considerarsi approvato.

7. Le autorità competenti possono fissare un termine massimo per il perfezionamento della prevista acquisizione e prorogarlo ove opportuno.

8. Gli Stati membri non impongono requisiti più rigorosi di quelli previsti nella presente direttiva per la notifica alle autorità competenti o l'approvazione da parte di queste ultime di acquisizioni dirette o indirette di diritti di voto o di capitale.

(...).

8. L'articolo 23 («Criteri di valutazione») dispone quanto segue:

«1. Nell'esaminare la notifica di cui all'articolo 22, paragrafo 1, e le informazioni di cui all'articolo 22, paragrafo 3, le autorità competenti valutano, al fine di garantire la gestione sana e prudente dell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione e tenendo conto della probabile influenza del candidato acquirente sull'ente creditizio, l'idoneità del candidato acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in conformità dei criteri seguenti:

- a) i requisiti di onorabilità del candidato acquirente;
- b) i requisiti di onorabilità, le conoscenze, le competenze e l'esperienza, di cui all'articolo 91, paragrafo 1, di tutti i membri dell'organo di gestione e dell'alta dirigenza che, in esito alla prevista acquisizione, determineranno l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio;
- c) la solidità finanziaria del candidato acquirente, in particolare in considerazione del tipo di attività esercitata e prevista nell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione;

(...)

2. Le autorità competenti possono opporsi al progetto di acquisizione solo se vi sono ragionevoli motivi per farlo in base ai criteri di cui al paragrafo 1 o se le informazioni fornite dal candidato acquirente sono incomplete.

(...).

9. Ai sensi dell'articolo 119 («Inclusione delle società di partecipazione nella vigilanza su base consolidata»), paragrafo 1:

«1. Gli Stati membri adottano i provvedimenti che si rendano necessari per includere le società di partecipazione finanziaria e le società di partecipazione finanziaria mista nella vigilanza su base consolidata».

## 2. *Regolamento MVU*

10. A termini del considerando 11:

«È (...) opportuno creare nell'Unione un'unione bancaria basata su un corpus unico di norme completo e dettagliato sui servizi finanziari per il mercato interno nel suo complesso e comprendente un meccanismo di vigilanza unico e nuovi quadri di garanzia dei depositi e di risoluzione delle crisi bancarie. (...)». Nel quadro dell'MVU, tale regolamento conferisce alla BCE competenze specifiche ai fini della vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

11. L'articolo 1 («Oggetto e ambito di applicazione») così prevede:

«Il presente regolamento attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all'unità e all'integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l'arbitraggio regolamentare.

(...)

Il presente regolamento fa salve le competenze delle autorità competenti degli Stati membri partecipanti a assolvere i compiti di vigilanza non attribuiti dal presente regolamento alla BCE, e i relativi poteri».

12. L'articolo 4 stabilisce quanto segue:

«1. Nel quadro dell'articolo 6, conformemente al paragrafo 3 del presente articolo la BCE ha competenza esclusiva nell'assolvimento dei compiti seguenti, a fini di vigilanza prudenziale, nei confronti di tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti:

(...)

c) valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi, tranne nel caso della risoluzione di una crisi bancaria, e fatto salvo l'articolo 15».

(...)

3. Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni.

(...)».

13. Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, sia la BCE che le autorità nazionali competenti (in

proseguo: le «ANC») sono soggette al dovere di cooperazione in buona fede e all'obbligo di scambio di informazioni e, fatto salvo il potere della BCE di ricevere direttamente le informazioni comunicate su base continuativa dagli enti creditizi, o di accedervi direttamente, le ANC forniscono in particolare alla BCE tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti attribuiti alla BCE stessa dal menzionato regolamento.

14. L'articolo 15 («Valutazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate») è così formulato:

«1. Fatte salve le deroghe di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), la notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio conformemente ai requisiti di cui al pertinente diritto nazionale basato sugli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma.

2. L'autorità nazionale competente valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione, sulla base dei criteri stabiliti dagli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma (...) e assiste la BCE conformemente all'articolo 6.

3. La BCE decide se vietare l'acquisizione sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal pertinente diritto dell'Unione e conformemente alla procedura ed entro i termini per la valutazione ivi stabiliti».

### **3. *Regolamento quadro sull'MVU***

15. Il regolamento quadro sull'MVU, adottato conformemente all'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento MVU, istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito dell'MVU tra la BCE e le ANC.

16. L'articolo 85 («Notifica alle ANC dell'acquisizione di una partecipazione qualificata») enuncia quanto segue:

«1. Un'ANC che riceve una notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio insediato nello Stato membro partecipante, comunica alla BCE tale notifica non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione di aver ricevuto la notifica ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2 della Direttiva 2013/36/UE.

2. Se l'ANC è tenuta a interrompere il periodo di valutazione a causa di una richiesta di ulteriori informazioni, essa ne dà notifica alla BCE. L'ANC invia ogni informazione ulteriore alla BCE entro cinque giorni lavorativi successivi alla loro ricezione.

3. L'ANC informa altresì la BCE della data entro la quale la decisione di opporsi o non opporsi all'acquisizione di una partecipazione qualificata deve essere notificata al richiedente in conformità al pertinente diritto nazionale».

17. L'articolo 86 («Valutazione delle acquisizioni potenziali») così dispone:

«1. L'ANC cui è notificata l'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio valuta se la potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale. A seguito di tale valutazione, l'ANC predispone un progetto di decisione con cui propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione.

2. L'ANC presenta alla BCE il progetto di decisione di opposizione o non opposizione



all'acquisizione almeno 15 giorni lavorativi prima della scadenza del termine per la valutazione, come definito dal pertinente diritto dell'Unione».

18. L'articolo 87 («Decisione della BCE in merito all'acquisizione») prevede quanto segue:

«La BCE decide se opporsi o non opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC. È garantito il diritto a essere sentiti, così come disciplinato dall'articolo 31».

## **B. Diritto italiano**

### **1. Normativa sulla vigilanza finanziaria: il Testo unico bancario (6)**

19. L'articolo 19 del TUB conferisce alla Banca d'Italia la competenza al rilascio delle autorizzazioni all'acquisizione di partecipazioni privilegiate in enti finanziari. In particolare, il suo paragrafo 5 precisa che dette autorizzazioni sono concesse quando ricorrono «condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in base ai seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25».

20. Ai sensi dell'articolo 25 («Partecipanti al capitale»), comma 1, i titolari delle partecipazioni indicate all'articolo 19 devono possedere requisiti di onorabilità e soddisfare criteri di competenza e correttezza in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca (7).

21. In via transitoria, l'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo n. 72 del 2015 ha stabilito che continuavano ad applicarsi le norme precedenti in materia di onorabilità dei titolari di partecipazioni in enti finanziari.

22. Tali norme erano contenute nel decreto ministeriale del 18 marzo 1998, n. 144 (8), il cui articolo 1 individua le condanne che incidono in negativo sull'onorabilità, determinando la perdita del requisito.

23. L'articolo 2 del decreto n. 144 del 1998 stabiliva, in via transitoria, che, «[p]er i soggetti che partecipano al capitale di una banca alla data di entrata in vigore del presente regolamento la mancanza dei requisiti di cui all'articolo 1 non previsti dalla normativa previgente non rileva, se verificatasi antecedentemente alla data stessa, limitatamente alla partecipazione già detenuta».

24. Per quanto riguarda le società di partecipazione finanziaria mista, l'articolo 63 del TUB ha assoggettato i relativi titolari di partecipazioni qualificate ai medesimi obblighi imposti ai detentori di partecipazioni qualificate in istituti bancari. L'articolo 67 bis, comma 2, del TUB dispone che la Banca d'Italia deve garantire, d'intesa con l'Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (in prosieguo: l'«IVASS»), il rispetto dei suddetti obblighi quando dette società hanno sede in Italia e sono capogruppo di conglomerati finanziari italiani, in tutto o in parte.

### **2. Normativa sul procedimento contenzioso-amministrativo**

25. Il procedimento contenzioso-amministrativo italiano contempla il cosiddetto «giudizio di ottemperanza», nel cui ambito il Consiglio di Stato (Italia) ha sollevato le questioni pregiudiziali in esame.

26. Ai sensi dell'articolo 21 *septies*, comma 1, della legge del 7 agosto 1990, n. 241 (9), «[è] nullo il provvedimento amministrativo (...) che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato (...)».

27. Ai sensi dell'articolo 112, comma 1, del Codice del processo amministrativo (10), «[i] provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti».

28. Il comma 2 del medesimo articolo così recita:

«L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:

(...)

c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, alla cosa giudicata.

(...))».

29. Ai sensi dell'articolo 114, comma 4, lettera b), del Codice del processo amministrativo, il giudice investito dell'azione di ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso, «dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato».

30. L'articolo 2909 del codice civile italiano dispone che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

## **II. Controversia principale e questioni pregiudiziali**

31. Il sig. Berlusconi, per il tramite della controllata Fininvest, deteneva dalla metà degli anni novanta una partecipazione qualificata superiore al 30% nella Mediolanum SpA (in prosieguo: la «Società Mediolanum»). Quest'ultima era una società di partecipazione finanziaria mista, quotata in borsa e capogruppo del conglomerato finanziario Mediolanum, di cui faceva parte la Banca Mediolanum SpA, partecipata totalitariamente dalla Società Mediolanum.

32. Con sentenza n. 35729/13, la Corte suprema di cassazione (Italia) condannava il sig. Berlusconi, per il reato di frode fiscale, a una pena detentiva di quattro anni (di cui tre condonati) e alla pena accessoria dell'interdizione per due anni dai pubblici uffici e dagli uffici direttivi delle persone giuridiche. La sentenza è passata in giudicato il 1° agosto 2013.

33. In seguito all'adozione del decreto legislativo del 4 marzo 2014, n. 53 (11), la Fininvest (per conto del sig. Berlusconi) presentava un'istanza di autorizzazione alla detenzione di una partecipazione qualificata nella Società Mediolanum.

34. Con atto n. 976145/14, del 7 ottobre 2014, la Banca d'Italia, d'intesa con l'IVASS, respingeva tale istanza, avendo accertato la carenza, in capo al sig. Berlusconi, del requisito reputazionale previsto per la detenzione di partecipazioni qualificate in intermediari finanziari.

35. Oltre a respingere l'istanza, la Banca d'Italia disponeva la sospensione dei diritti di voto e l'alienazione delle partecipazioni (eccedenti la soglia del 9,999% prevista dalla legge) detenute nella Società Mediolanum. Tuttavia, essa accoglieva la proposta della Fininvest di istituire un trust cui trasferire la partecipazione in questione e assegnava alla Fininvest un termine di venti giorni per comunicare l'adesione alle condizioni formulate ai fini del loro recepimento in detto trust.

36. Il sig. Berlusconi impugnava detta decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), il quale respingeva il ricorso con sentenza n. 7966/2015 del 5 giugno 2015.

37. Il sig. Berlusconi proponeva ricorso in appello avverso la sentenza di rigetto (e la Fininvest un appello incidentale) dinanzi al Consiglio di Stato. In tale procedimento, la Banca d'Italia eccepeva la carenza di interesse degli appellanti, sopravvenuta a seguito della fusione per «incorporazione inversa» tra la Società Mediolanum e la Banca Mediolanum.

38. Infatti, nel corso di detto procedimento, i consigli di amministrazione avevano deliberato la fusione per «incorporazione inversa» della Società Mediolanum da parte della Banca Mediolanum (12). Il 26 maggio 2015 tale progetto di fusione veniva trasmesso alla Banca d'Italia per l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 57 del TUB. Conseguentemente, la Fininvest acquisiva una partecipazione qualificata in un ente finanziario (13).

39. Con provvedimento n. 7969932/21, del 21 luglio 2015, la Banca d'Italia autorizzava il progetto di fusione. Con nota del 23 luglio 2015 essa confermava il provvedimento del 7 ottobre 2014, precisando che l'obbligo di alienazione stabilito con tale provvedimento si sarebbe dovuto intendere «riferito alle azioni di Banca Mediolanum che, in esito [alla] fusione, verranno assegnate [alla stessa Fininvest] in concambio delle azioni [della Società] Mediolanum».

40. Con sentenza n. 882/2016, del 3 marzo 2016, il Consiglio di Stato accoglieva i ricorsi d'appello del sig. Berlusconi e della Fininvest e annullava l'atto della Banca d'Italia del 7 ottobre 2014 (14).

41. Ad avviso del Consiglio di Stato, l'atto del 7 ottobre 2014 era illegittimo in quanto contravveniva al principio di irretroattività, nella misura in cui estendeva a partecipazioni acquisite anteriormente alla sua entrata in vigore le norme relative alla valutazione delle partecipazioni qualificate introdotte dalla direttiva 2007/44/CE (15) nella direttiva CRD. La direttiva 2007/44 si applicava alle partecipazioni future, mentre l'articolo 2 del decreto n. 144 del 1998 faceva riferimento alle «partecipazioni già detenute» (16). Poiché i fatti erano antecedenti all'entrata in vigore della nuova disciplina, non si potevano applicare alla Fininvest i requisiti di onorabilità.

42. Con nota n. 491595/16, del 4 aprile 2016, la Banca d'Italia comunicava alla BCE che, a seguito della fusione tra la Banca Mediolanum e la Società Mediolanum, il sig. Berlusconi, tramite la sua controllata Fininvest, aveva acquisito la qualità di azionista dell'istituto di credito Banca Mediolanum. Indicava inoltre che, a seguito della sentenza del Consiglio di Stato del 3 marzo 2016, avevano cessato di produrre effetti tanto l'obbligo di alienazione della quota delle sue azioni eccedenti il 9,999% del capitale di detta banca, quanto la sospensione dei diritti di voto ad essa connessi. La Banca d'Italia riteneva, pertanto, che la Fininvest dovesse presentare un'istanza di autorizzazione in relazione alla sua partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum, conformemente agli articoli 22 e segg. della direttiva CRD IV e agli articoli 19 e segg. del TUB.

43. Conformandosi alle indicazioni della BCE (lettera del 24 giugno 2016), il 14 luglio 2016 la Banca d'Italia chiedeva alla Fininvest di presentare un'istanza di autorizzazione entro il termine di 15 giorni. Poiché quest'ultima non assolveva tale formalità, il 3 agosto 2016 la Banca d'Italia decideva di avviare d'ufficio il procedimento amministrativo, precisando che la competenza decisionale in tale materia spettava alla BCE, in forza dell'articolo 4 del regolamento MVU.

44. Dopo avere ricevuto la documentazione dalla Fininvest, la Banca d'Italia trasmetteva alla BCE, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento MVU, una proposta di decisione con parere sfavorevole sulla reputazione degli acquirenti, invitando la BCE a opporsi all'acquisizione.

45. Il consiglio di vigilanza prudenziale della BCE accoglieva gli argomenti della Banca d'Italia e adottava un progetto di decisione, che trasmetteva alla Fininvest e al sig. Berlusconi affinché

presentassero le loro osservazioni. Dopo avere completato tale procedura, detto consiglio adottava la decisione del 25 ottobre 2016 (17), sulla quale il consiglio direttivo della BCE non sollevava obiezioni.

46. In detta decisione, la BCE rilevava che sussistevano dubbi fondati circa l'onorabilità degli acquirenti della partecipazione nella Banca Mediolanum. Tenuto conto del fatto che il sig. Berlusconi, azionista di maggioranza e titolare effettivo della Fininvest, era l'acquirente indiretto della partecipazione nella Banca Mediolanum ed era stato condannato con sentenza definitiva a una pena detentiva di quattro anni per frode fiscale, la BCE riteneva che egli non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa nazionale per i detentori di partecipazioni qualificate. Inoltre, il sig. Berlusconi aveva commesso altre irregolarità ed era stato oggetto di ulteriori condanne, al pari di altri membri degli organi direttivi della Fininvest.

47. La BCE ne deduceva che gli acquirenti della partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum non soddisfacevano i requisiti di onorabilità e che sussistevano seri dubbi sulla loro idoneità a garantire in futuro una gestione sana e prudente di detto ente finanziario. Di conseguenza, la BCE si opponeva all'acquisizione da parte della Fininvest e del sig. Berlusconi della partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum.

48. La Fininvest e il sig. Berlusconi hanno impugnato la decisione della BCE del 2016 utilizzando tre rimedi giurisdizionali:

- essi hanno proposto un ricorso dinanzi al Tribunale (18), la cui trattazione è stata sospesa in attesa della decisione sul presente rinvio pregiudiziale;
- la Fininvest ha inoltre adito il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio chiedendo l'annullamento degli atti della Banca d'Italia preparatori della decisione della BCE;
- essi hanno proposto un'azione di «ottemperanza» dinanzi al Consiglio di Stato, adducendo che i suddetti atti erano nulli in quanto adottati in violazione della sentenza definitiva n. 882/2016, del 3 marzo 2016.

49. La Banca d'Italia sostiene che il giudice nazionale non è competente a pronunciarsi su tale ricorso, diretto contro atti preparatori privi di contenuto decisorio e volti all'adozione di una decisione che spetta in via esclusiva alla BCE. La decisione finale di tale istituzione dell'Unione sarebbe soggetta unicamente al controllo della Corte di giustizia.

50. Previa riunione dei ricorsi del sig. Berlusconi e della Fininvest, il Consiglio di Stato ha rilevato che non vi sono precedenti specifici della Corte di giustizia sul riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione nelle controversie concernenti l'invalidità di atti adottati dalle ANC nell'ambito di tale tipo di procedimenti. Detto giudice ritiene, inoltre, che la questione sia obiettivamente controversa, poiché riguarda sia elementi di un procedimento unitario (tesi della Banca d'Italia), sia elementi di un procedimento composto (tesi del sig. Berlusconi e della Fininvest). Il Consiglio di Stato osserva che, in ogni caso, la fase procedimentale che si svolge dinanzi all'autorità nazionale non si conclude con un atto vincolante per l'autorità europea investita della decisione definitiva.

51. In tale contesto, il Consiglio di Stato sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«Se il combinato disposto degli articoli 263, commi 1, 2 e 5, e 256, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che rientra nella competenza del giudice dell'Unione, oppure in quella del giudice nazionale, un ricorso proposto avverso gli atti di avvio, istruttori e di proposta non vincolante adottati dall'Autorità nazionale

competente (quali specificati al § 1 della presente ordinanza) nell'ambito del procedimento disciplinato dagli articoli 22 e 23 della Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, dagli articoli 1, paragrafo 5, 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, dagli articoli 85, 86 e 87 del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 aprile 2014, nonché dagli articoli 19, 22 e 25 del Testo unico bancario italiano.

Se, in particolare, possa essere affermata la competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione, qualora avverso tali atti sia stata proposta non l'azione generale di annullamento, ma l'azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882/2016 del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, esercitata nell'ambito di un giudizio di ottemperanza ai sensi degli articoli 112 ss. del Codice del processo amministrativo italiano – ossia, nell'ambito di un istituto peculiare dell'ordinamento processuale amministrativo nazionale –, la cui decisione involge l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza».

### **III. Analisi delle questioni pregiudiziali**

52. Le questioni sollevate dal giudice a quo richiedono, come ha osservato la Commissione, una lieve riformulazione affinché la Corte possa fornire una risposta utile.

53. In linea di principio, secondo costante giurisprudenza, la Corte di giustizia non è competente a sindacare, nell'ambito dei ricorsi di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE, la legittimità degli atti adottati dalle autorità nazionali (19).

54. Pertanto, si deve ritenere che il giudice remittente, con la sua prima questione, intenda accertare se la competenza esclusiva conferita dall'articolo 263 TFUE alla Corte di giustizia ai fini del controllo di legittimità degli atti dell'Unione osti a che i giudici nazionali possano verificare la legittimità degli atti nazionali di avvio, istruttori e di proposta non vincolante, adottati da un'ANC nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del regolamento MVU e agli articoli 85, 86 e 87 del regolamento quadro sull'MVU, procedimento che si conclude con una decisione vincolante della BCE.

55. Con la seconda questione pregiudiziale, subordinata a quella precedente, il giudice a quo chiede se la Corte di giustizia sia competente a verificare la legittimità degli atti nazionali preparatori della decisione finale della BCE, quando tali atti non siano impugnati mediante «l'azione generale di annullamento», bensì con una (specifica) azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza di un giudice nazionale, esercitata nell'ambito di un «*giudizio di ottemperanza*».

56. Prima di esaminare le due questioni pregiudiziali, ritengo che occorra:

- richiamare la giurisprudenza della Corte sul sindacato giurisdizionale degli atti adottati nell'ambito di procedimenti amministrativi composti o misti che prevedono l'intervento di istituzioni dell'Unione e di autorità nazionali degli Stati membri, e
- illustrare le caratteristiche del procedimento amministrativo applicato dalla BCE e dalle ANC alle autorizzazioni di acquisizioni o aumenti di partecipazioni qualificate in enti creditizi.

#### **A. Sindacato giurisdizionale degli atti adottati nei procedimenti amministrativi composti o misti di diritto dell'Unione**

57. L'applicazione del diritto dell'Unione spetta, come regola generale, alle autorità degli Stati membri. Quando esse intervengono mediante procedimenti amministrativi di diritto interno, il controllo dei loro atti compete ai giudici nazionali, i quali possono interrogare in via pregiudiziale la Corte di giustizia. In un numero limitato di materie, normalmente di competenza esclusiva dell'Unione, l'applicazione amministrativa del diritto dell'Unione viene effettuata direttamente da istituzioni, organi o organismi della stessa, i quali svolgono i propri procedimenti sotto il controllo giurisdizionale del Tribunale e della Corte di giustizia.

58. Tuttavia, sono sempre più numerosi i casi nei quali il diritto dell'Unione viene applicato con procedimenti che prevedono l'intervento di istituzioni, organi o organismi tanto dell'Unione quanto degli Stati membri (20). Detti procedimenti non sono disciplinati in via generale (21) dal diritto dell'Unione, sebbene siano stati ampiamente analizzati in dottrina (22).

59. Fino ad ora la Corte si è pronunciata (23), caso per caso e in modo non esaustivo, sul sindacato giurisdizionale di tali procedimenti composti, nonché sugli atti che pongono fine ai medesimi, risolvendo il problema dell'individuazione del giudice competente sulla base degli atti impugnabili (24). Il trattamento di tali procedimenti nell'ambito dell'Unione bancaria segnerà un momento importante per tale giurisprudenza (25).

60. Come regola generale, per individuare il giudice competente occorre stabilire a chi spetti il potere decisionale *effettivo* nel procedimento amministrativo complesso. In base a tale regola, i giudici nazionali verificano la legittimità degli atti amministrativi delle autorità nazionali quando esse adottano la decisione che conclude definitivamente questo tipo di procedimenti. Simmetricamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea valuta gli atti amministrativi delle istituzioni dell'Unione che pongono fine ai procedimenti composti.

61. Tuttavia, tale regola può apparire meno chiara in due casi, quando, in questo genere di procedimenti:

- un provvedimento definitivo delle istituzioni dell'Unione sia basato su atti precedenti, o preparatori, di autorità nazionali la cui legittimità sia oggetto di contestazione;
- all'inverso, un provvedimento definitivo delle autorità nazionali possa essere *viziato* da un precedente atto asseritamente illegittimo delle istituzioni dell'Unione, dal quale detto provvedimento tragga origine.

62. Questa seconda ipotesi non solleva grandi difficoltà: il controllo giurisdizionale è attribuito ai giudici nazionali, sebbene essi siano tenuti a sollevare una questione pregiudiziale per esame di validità dinanzi alla Corte di giustizia qualora ritengano che l'atto dell'Unione possa essere invalido (26).

63. Viceversa, la prima ipotesi solleva questioni più delicate. L'individuazione del giudice (nazionale o dell'Unione) competente ad esercitare il controllo giurisdizionale dipende dalle caratteristiche del procedimento di cui trattasi e, più in particolare, dalla ripartizione del potere decisionale nell'ambito di detto procedimento. Applicando tale criterio, in base all'analisi della giurisprudenza della Corte si possono distinguere due casi:

- procedimenti amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale è riservato alle autorità nazionali (giurisprudenza Borelli);
- procedimenti amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale spetta alle istituzioni dell'Unione (giurisprudenza Svezia/Commissione).

## 1. *Giurisprudenza Borelli*

64. La sentenza *Oleificio Borelli/Commissione* (27) verteva su un procedimento amministrativo composto, nel quale il potere decisionale era attribuito alle autorità nazionali. La Corte ha dichiarato che un progetto poteva beneficiare del contributo FEAOG soltanto se otteneva il parere favorevole dello Stato nel cui territorio esso doveva essere eseguito. Di conseguenza, se tale parere era negativo, la Commissione non poteva proseguire l'esame del progetto, né a fortiori sindacare la regolarità di detto parere.

65. La Corte ha concluso che non era competente a pronunciarsi sulla legittimità di un atto emanato da un'autorità nazionale, neppure quando tale atto si inseriva nell'ambito di un iter decisionale comunitario in cui le istituzioni dell'Unione erano vincolate all'atto in questione. Le eventuali irregolarità del parere nazionale non potevano incidere sulla validità della decisione con cui la Commissione aveva negato il contributo richiesto (28).

66. In tal modo, la Corte ha escluso che un atto dell'Unione potesse essere inficiato dall'illegittimità di un atto nazionale in un procedimento composto nel quale il potere decisionale spettava all'autorità nazionale. Tale soluzione, apparentemente illogica, è stata giustificata con la necessità di impedire che atti amministrativi dell'Unione potessero risultare invalidi a causa dell'annullamento, da parte dei giudici nazionali, di atti amministrativi anch'essi nazionali, per violazione di norme parimenti nazionali.

67. In simili casi, onde evitare una carenza di controllo giurisdizionale, la Corte ha dichiarato che è compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale, conformemente alle modalità applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi (29).

68. La Corte ha esteso tale giurisprudenza ai procedimenti composti nei quali prevale il potere decisionale delle autorità nazionali, quando riguardavano la gestione dei fondi strutturali, la protezione delle denominazioni geografiche o la nomina o destituzione di membri del Parlamento europeo. Nel prosieguo farò riferimento ad alcuni di tali procedimenti.

69. Nella sentenza *Liivimaa Lihaveis* (30), la Corte ha dichiarato che una «guida» del programma adottata da un comitato di sorveglianza nell'ambito di un programma operativo disciplinato dal regolamento (CE) n. 1083/2006 (31) e volto a promuovere la cooperazione territoriale europea tra due Stati membri non costituiva un atto adottato da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione e, di conseguenza, la Corte non era competente ad esaminarne la validità. Tuttavia, tale atto amministrativo poteva essere impugnato dinanzi ai giudici nazionali, i quali potevano sollevare una questione pregiudiziale per verificarne la compatibilità con il diritto dell'Unione (32).

70. Anche l'ambito della protezione delle denominazioni geografiche offre esempi di procedimenti amministrativi composti nei quali le autorità nazionali svolgono un ruolo predominante (33). Nella sentenza *Carl Kühne e a.* (34), la Corte ha dichiarato che la ripartizione delle competenze tra la Commissione (la quale registra la denominazione richiesta) e le autorità nazionali (che si sono precedentemente pronunciate su tale denominazione, valutando il rispetto dei requisiti previsti dal regolamento) implica che l'eventuale illegittimità dell'atto amministrativo non influisce sulla legittimità del regolamento n. 590/1999 (35).

71. La Corte ha aggiunto, come nella sentenza *Borelli*, che era compito dei giudici nazionali statuire sulla legittimità di una domanda di registrazione di una denominazione nel rispetto delle stesse modalità di controllo applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità

nazionale, possa incidere sui diritti che derivano ai terzi dall'ordinamento comunitario, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere (36).

72. Anche per l'elezione dei membri del Parlamento europeo sono previsti procedimenti composti nei quali il ruolo predominante spetta alle autorità nazionali. La Corte, dopo avere precisato i limiti delle rispettive competenze del Parlamento e delle autorità nazionali ai fini della verifica dei mandati degli eurodeputati, ha dichiarato che spetta a queste ultime proclamare i risultati secondo le norme nazionali conformemente al diritto dell'Unione. Di conseguenza, il Parlamento europeo sarebbe tenuto, in forza dell'articolo 12 dell'atto del 1976, a prendere atto della proclamazione effettuata, senza avere la competenza di discostarsene a causa di presunte irregolarità che possano viziare tale atto nazionale (37).

## 2. *La giurisprudenza Svezia/Commissione*

73. La Corte si è inoltre pronunciata in ordine ai procedimenti amministrativi composti nei quali il potere di adozione delle decisioni finali è attribuito alle istituzioni dell'Unione e le autorità nazionali intervengono nelle fasi preliminari o preparatorie.

74. In questi casi, la competenza ad adottare l'atto definitivo, che pone fine al procedimento, spetta all'istituzione dell'Unione e, pertanto, il controllo giurisdizionale sul medesimo deve essere necessariamente svolto dal Tribunale e dalla Corte di giustizia. Inoltre, gli atti compiuti dalle autorità nazionali in tali procedimenti hanno natura meramente preparatoria, cosicché, di norma, la loro verifica da parte dei giudici nazionali o della Corte di giustizia non è necessaria (38).

75. Nella sentenza Paesi Bassi/Commissione (39), la Corte ha distinto i procedimenti composti nei quali il potere decisionale spetta alle istituzioni dell'Unione da quelli nei quali è determinante l'intervento delle autorità nazionali. In particolare, essa ha dichiarato che l'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane non era fondata su una gestione decentralizzata del contingente doganale relativamente alla quale gli Stati membri avessero un potere decisionale (40).

76. Un ulteriore procedimento composto nel quale il potere di adozione delle decisioni finali è attribuito alle istituzioni dell'Unione è stato analizzato nella sentenza Greenpeace France e a. (41). In concreto, si trattava dell'autorizzazione di un tipo di granturco geneticamente modificato, in applicazione della direttiva 90/220 (42). La Corte ha ritenuto che, qualora il giudice nazionale accerti che, in ragione di irregolarità nello svolgimento dell'esame della notifica da parte dell'autorità nazionale competente previsto dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 90/220, quest'ultima non ha validamente trasmesso alla Commissione il fascicolo con parere favorevole ai sensi del paragrafo 2 di tale norma, non per questo detto giudice può controllare la validità dell'atto della Commissione, potere che è riservato alla Corte tramite la via indiretta del procedimento pregiudiziale di esame di validità (43).

77. Infine, nella sentenza Svezia/Commissione (44), la Corte ha esaminato un'ulteriore modalità di procedimento composto in cui il potere di controllo è attribuito alle autorità dell'Unione. La controversia verteva sulla domanda di accesso ai documenti delle istituzioni nel caso in cui essi provengano dagli Stati membri, ai sensi degli articoli 4 e 5 del regolamento n. 1049/2001 (45). L'istituzione dell'Unione europea adotta la decisione che nega o consente l'accesso al documento richiesto, previa autorizzazione dello Stato membro di origine.

78. La Corte ha dichiarato che si trattava di un procedimento al quale partecipavano l'istituzione comunitaria e lo Stato membro, finalizzato a stabilire se l'accesso a un documento dovesse essere negato sulla base di una delle specifiche eccezioni previste dall'articolo 4, paragrafi da 1 a 3, del



regolamento citato.

79. La Corte ha dichiarato che, in tali circostanze, «rientra nella competenza del giudice comunitario verificare, su domanda dell'interessato che si è visto opporre un rifiuto di accesso da parte dell'istituzione interpellata, se il rifiuto potesse validamente fondarsi sulle dette eccezioni, e ciò indipendentemente dal fatto che esso sia la conseguenza della valutazione di queste ultime effettuata dall'istituzione stessa oppure di quella compiuta dallo Stato membro in questione. Occorre inoltre evidenziare che, per quanto riguarda l'interessato in questione, l'intervento dello Stato membro non intacca il carattere comunitario della decisione a lui successivamente indirizzata dall'istituzione in risposta alla domanda di accesso che egli le ha rivolto in relazione a un documento da essa detenuto» (46).

### ***B. Procedimento amministrativo per l'autorizzazione di partecipazioni qualificate in enti creditizi***

80. L'autorizzazione (obbligatoria) delle partecipazioni qualificate è intesa a garantire che possano accedere al settore bancario solo persone fisiche o giuridiche che non ne mettano a rischio il corretto funzionamento. In particolare, la valutazione è volta ad accertare che il candidato acquirente goda di buona reputazione e della necessaria solidità finanziaria, in modo che l'ente nel quale vengono acquisite le partecipazioni continui a soddisfare i pertinenti requisiti prudenziali. La valutazione contribuisce inoltre ad evitare che l'operazione sia finanziata con fondi provenienti da attività illecite.

81. L'articolo 2, punto 8, del regolamento MVU rinvia alla definizione di «partecipazione qualificata» di cui all'articolo 4, paragrafo 1, punto 36, del regolamento (UE) n. 575/2013 (47). Si intende come tale una «una partecipazione, diretta o indiretta, in un'impresa che rappresenta almeno il 10% del capitale o dei diritti di voto ovvero che consente l'esercizio di un'influenza notevole sulla gestione di tale impresa».

82. L'articolo 22 della direttiva CRD IV impone il requisito della previa autorizzazione all'acquisizione o all'incremento (48) di partecipazioni qualificate. Tutte le autorità di vigilanza dell'Unione, tanto degli Stati membri aderenti all'unione bancaria quanto di quelli che non vi aderiscono, devono attenersi alla procedura di autorizzazione.

#### ***1. Criteri per il rilascio dell'autorizzazione***

83. L'articolo 23 della direttiva CRD IV armonizza i criteri sostanziali per valutare l'acquisizione o l'incremento di partecipazioni qualificate (49). Tale armonizzazione è tuttavia parziale, giacché la direttiva non stabilisce esattamente quali elementi occorrono per soddisfare ciascuno di detti criteri, che devono essere valutati sulla base delle norme nazionali.

84. Per armonizzare le prassi degli Stati, nel 2016 le autorità europee di vigilanza hanno adottato gli orientamenti comuni per la valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni nel settore finanziario (50). Per quanto riguarda gli istituti bancari, il fondamento normativo di tali orientamenti è costituito dall'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1093/2010 (51), a norma del quale l'Autorità bancaria europea, al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci nell'ambito del Sistema europeo di vigilanza finanziaria e per assicurare l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'Unione, emana orientamenti e formula raccomandazioni indirizzate alle autorità competenti o agli istituti finanziari.

85. Sebbene gli orientamenti siano atti giuridici non vincolanti, gli Stati si impegnano a fare tutto il possibile per attenersi ad essi (e alle raccomandazioni) mediante la tecnica nota come «comply or explain» (52). Stando alle informazioni fornite in udienza, le autorità italiane hanno optato per

l'applicazione dei menzionati orientamenti del 2016 con una decisione del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio adottata nel 2017.

## **2. Procedimento di autorizzazione**

86. Il procedimento per il rilascio di questo tipo di autorizzazioni è disciplinato dagli articoli 4, paragrafo 1, lettera c), 6, paragrafo 4, e 15 del regolamento MVU, integrati dagli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU.

87. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento MVU, la BCE ha competenza esclusiva a valutare e ad adottare le decisioni sull'acquisizione e sull'incremento di partecipazioni qualificate in tutti gli enti finanziari soggetti al meccanismo di vigilanza unico, a prescindere dalla circostanza che i medesimi siano o meno significativi e soggetti alla vigilanza diretta della BCE o delle ANC.

88. Da tale circostanza emerge che il regolamento MVU ha istituito «un meccanismo di vigilanza realmente integrato», in cui i processi chiave sono generalmente gli stessi per tutti gli enti creditizi, siano essi «significativi» o «meno significativi», e coinvolgono sia la BCE che le ANC.

89. I procedimenti amministrativi comuni istituiti dal regolamento MVU sono utilizzati ai fini del rilascio o della revoca delle autorizzazioni ad accedere all'attività bancaria nonché per la valutazione delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni qualificate.

90. In particolare, la BCE esercita il suo potere di controllo sulle acquisizioni e sugli incrementi di partecipazioni qualificate con le modalità previste dall'articolo 15 del regolamento MVU, integrato dagli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU. Il procedimento che occorre seguire a tal fine prevede l'intervento della BCE in qualità di istituzione preposta all'adozione delle decisioni e delle ANC in qualità di soggetti incaricati della preparazione delle decisioni.

91. Tale procedimento è così strutturato [\(53\)](#):

- il soggetto richiedente invia la notifica di acquisizione o incremento di una partecipazione qualificata all'ANC pertinente, vale a dire quella dello Stato membro in cui si trova l'ente acquisito;
- l'ANC notifica alla BCE la ricezione della notifica dell'intenzione di acquistare o aumentare una partecipazione qualificata, non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla conferma di ricezione del richiedente. La procedura non può essere perfezionata fino a quando non vengono presentate tutte le informazioni necessarie. I richiedenti dovrebbero pertanto garantire che le loro domande siano complete e ben strutturate. Se il primo riesame di una domanda rivela omissioni o incongruenze, l'ANC che la riceve invita immediatamente il richiedente ad apportare le dovute modifiche;
- una volta presentate le domande e verificata la correttezza delle stesse, queste vengono sottoposte a una valutazione complementare da parte dell'ANC ricevente, della BCE e di ogni altra ANC eventualmente interessata. La valutazione è intesa a garantire che tutte le parti coinvolte abbiano una comprensione approfondita del modello societario e della sua sostenibilità e a tal fine riguarda tutti i criteri indicati negli ordinamenti nazionali e dell'Unione;
- l'ANC propone alla BCE il progetto di decisione di opporsi o non opporsi all'acquisizione o all'incremento della partecipazione qualificata. Da quel momento, la decisione finale di approvazione o di rigetto della domanda spetta esclusivamente alla BCE. Nel caso in cui una

domanda venga rigettata o sia necessario imporre condizioni aggiuntive, essa diventerà oggetto di una procedura di audizione;

- la decisione che pone termine al procedimento compete alla BCE, la quale segue la consueta procedura decisionale nell'ambito dell'unione bancaria, prevista dall'articolo 26, paragrafi 6 e 8, del regolamento MVU: il consiglio di vigilanza della BCE sottopone il progetto completo di decisione al consiglio direttivo e la decisione è considerata adottata se il consiglio direttivo non muove obiezioni entro un termine massimo di dieci giorni;
- dopo avere adottato la decisione definitiva, la BCE la comunica al richiedente. Se l'acquisizione viene negata o il candidato acquirente ritiene che tale decisione lo pregiudichi in qualsivoglia maniera, può chiederne il riesame alla commissione amministrativa del riesame della BCE, prevista dall'articolo 24 del regolamento MVU.

***C. Prima questione pregiudiziale: sindacato giurisdizionale degli atti nazionali preparatori adottati nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni qualificate negli enti creditizi***

92. Il procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti finanziari, come si è appena esposto, è di natura composta, poiché vi intervengono la BCE, in quanto autorità cui spetta il potere decisionale, e le ANC, in qualità di soggetti incaricati della preparazione delle decisioni. Esaminerò, in primo luogo, le questioni relative alla competenza decisionale e mi soffermerò, poi, sul sindacato giurisdizionale delle decisioni finali adottate nell'ambito di tale procedimento.

***1. Competenza ad adottare le decisioni finali***

93. L'intervento delle ANC, in seguito alla presentazione della domanda, è circoscritto alla verifica del rispetto delle condizioni di autorizzazione dell'operazione, fissate dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale. Il compito delle ANC si esaurisce con la presentazione alla BCE di un progetto o di una proposta di decisione, che non è in alcun caso vincolante per detta istituzione.

94. A partire da tale proposta inizia la fase decisionale del procedimento composto, ormai sotto la piena responsabilità della BCE, la quale, in definitiva, deve accogliere o respingere la domanda di acquisizione o incremento della partecipazione qualificata. Si tratta, a mio parere, di una competenza decisionale esclusiva della BCE, per i seguenti motivi.

95. In primo luogo, l'articolo 87 del regolamento quadro sull'MVU prevede che «[l]a BCE decide se opporsi o non opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC». Come sostenuto dalla Banca d'Italia, da tale disposizione si evince che la BCE dispone di un pieno potere discrezionale in ordine alla valutazione degli elementi di diritto e di fatto ai fini della propria decisione finale. La proposta che le viene presentata dall'ANC costituisce un ulteriore elemento di valutazione, ma non necessariamente l'unico. Nulla osta a che la BCE compia autonomi atti istruttori e di indagine (54) e giunga ad una conclusione diversa da quella proposta dall'ANC, che non è per essa vincolante (55).

96. Il progetto dell'ANC, insisto, non condiziona, giuridicamente, la successiva decisione della BCE. Detto progetto potrà, in funzione dei suoi meriti, influire in misura maggiore o minore su detta decisione, ma tale caratteristica è comune ad altri atti (ad esempio un parere non vincolante) di qualsiasi procedimento. L'ANC non dispone di alcun potere decisionale specifico e le compete solo istruire la prima fase del procedimento, una volta presentata l'istanza di autorizzazione. Non si

tratta dunque di una procedura di codecisione tra l'ANC e la BCE, come sembra ritenere il sig. Berlusconi nelle sue osservazioni scritte.

97. In secondo luogo, può accadere che la BCE modifichi la propria decisione finale, discostandosi dalla proposta dell'ANC che era stata assunta, in seguito all'intervento della commissione amministrativa del riesame (56), quando il ricorso del potenziale acquirente sia accolto in tutto o in parte (57). Inoltre, la BCE può introdurre nella sua decisione finale condizioni di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di una partecipazione qualificata che non figurano nella proposta dell'ANC.

98. In terzo luogo, il fatto che la fase iniziale del procedimento si svolga dinanzi all'ANC non significa che la BCE ne sia esclusa. L'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento quadro sull'MVU stabilisce che un'ANC che riceve una notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio ne dà comunicazione alla BCE non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione di aver ricevuto la notifica. Inoltre, l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento MVU prevede che sia la BCE che le ANC sono soggette al dovere di cooperazione in buona fede e all'obbligo di scambio di informazioni.

99. In quarto luogo, il progetto di decisione sottoposto dall'ANC alla BCE non viene notificato dall'autorità nazionale al richiedente, il che ne conferma la natura di mero atto preparatorio interno della decisione finale della BCE, privo di effetti giuridici nei confronti del richiedente e dei terzi (58).

100. In quinto luogo, il procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate si differenzia da altri procedimenti analoghi, quale il procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. In quest'ultimo l'ANC può adottare autonomamente, in forza dell'articolo 14, paragrafo 2, del regolamento MVU (59), il provvedimento di rigetto della domanda di autorizzazione, che viene notificato al richiedente da detta autorità e produce effetti nei confronti del medesimo e dei terzi. Si tratta di un atto definitivo, il cui controllo giurisdizionale spetta ai giudici nazionali, i quali possono effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte. Viceversa, nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni qualificate le ANC non dispongono di tali competenze.

101. In sesto luogo, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 6, della direttiva CRD IV, se, entro il periodo di valutazione, le autorità competenti non si oppongono per iscritto al progetto di acquisizione, il progetto di acquisizione è da considerarsi approvato. In caso di inerzia delle ANC, onde evitare che operi tale tipo di silenzio amministrativo positivo, la BCE può intervenire (in forza dell'articolo 9, paragrafo 1, terzo comma, del regolamento MVU) (60) chiedendo all'ANC di pronunciarsi sulla domanda di acquisizione o di incremento di una partecipazione qualificata. Ciò evidenzia che la BCE interviene in tale procedimento fin dal principio e che è detta istituzione a esercitare il controllo esclusivo sul medesimo.

## **2. *Sindacato giurisdizionale delle decisioni adottate in tali procedimenti***

102. Una volta stabilito che la procedura di autorizzazione ad acquisire o aumentare partecipazioni qualificate in enti finanziari configura un procedimento complesso, nel quale la decisione finale spetta, in via esclusiva, alla BCE, occorre precisare come venga svolto il sindacato giurisdizionale sulle decisioni adottate in tale contesto.

103. Al fine di determinare il regime di sindacato giurisdizionale applicabile, tanto la giurisprudenza Borelli quanto la giurisprudenza Svezia/Commissione fanno riferimento alla ripartizione in concreto delle competenze tra le autorità nazionali e le istituzioni dell'Unione. Se il

potere decisionale spetta alle autorità nazionali, si applica la giurisprudenza Borelli; se è riservata all'autorità dell'Unione, entra in gioco la giurisprudenza Svezia/Commissione.

104. L'MVU è una struttura complessa a più livelli, costituita dalla BCE e dalle ANC, nella quale la BCE occupa una posizione fondamentale, assume la responsabilità del funzionamento del sistema e controlla tutti gli aspetti del meccanismo (61). A tal fine, la BCE dispone di poteri esclusivi nel quadro dell'MVU. L'intervento delle ANC risponde alla logica dell'esercizio decentralizzato di tali poteri, e non a una ripartizione delle competenze tra la BCE e le autorità nazionali (62).

105. Nel procedimento di autorizzazione delle partecipazioni qualificate, il potere di adottare la decisione finale è riservato alla BCE, come nella maggior parte dei procedimenti amministrativi complessi dell'unione bancaria. Simmetricamente, la competenza esclusiva ad esercitare il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di tale potere riservato deve spettare al Tribunale o alla Corte di giustizia (63).

106. Ritengo che tale affermazione sia difficilmente contestabile. Di fatto, la Fininvest ha proposto un ricorso di annullamento, che è pendente dinanzi al Tribunale (T-913/16), avverso la decisione della BCE che ha negato l'acquisizione della partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum.

107. La natura preparatoria degli atti compiuti dall'ANC nella fase iniziale del procedimento conferma, se necessario, che spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia il controllo giurisdizionale tanto sulle decisioni di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in istituti bancari, quanto sulle proposte che precedono tali decisioni.

108. Conformemente a una costante giurisprudenza della Corte, può essere contestata unicamente la validità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione, indipendentemente dalla loro natura e dalla loro forma, che mirino a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica. Pertanto, quando si tratti di atti o di decisioni la cui elaborazione ha luogo in varie fasi, costituiscono atti impugnabili solamente i provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione (di norma, della Commissione o del Consiglio) al termine di tale procedura. Non sono invece impugnabili i provvedimenti intermedi o interlocutori destinati a preparare la decisione finale (64).

109. Tale giurisprudenza è applicabile per analogia ai procedimenti nei quali l'intervento preparatorio, meramente ausiliario, proviene da un'autorità nazionale. Se l'atto di tale autorità consiste in una mera proposta, che per definizione non ha natura decisionale, esso non è idoneo ad incidere sulla sfera giuridica di una persona, fisica o giuridica. L'atto in parola è quindi privo della caratteristica che lo renderebbe suscettibile di impugnazione autonoma. Gli eventuali vizi dell'elaborazione della proposta possono, inoltre, essere fatti valere nell'impugnazione della decisione finale che assume il contenuto della proposta.

110. Riassumendo, i giudici nazionali non possono pronunciarsi su meri atti preparatori, adottati dalle ANC, che abbiano formato parte di un procedimento composto in cui la decisione finale spetta in via esclusiva alla BCE. Diversamente, i giudici nazionali assumerebbero in realtà il controllo materiale di decisioni che non competono alle ANC, bensì alla BCE, il che potrebbe anche condurre a situazioni paradossali (65).

111. Pertanto, ritengo che si debba attribuire al giudice dell'Unione, e non a quello nazionale, il controllo giurisdizionale di tutti gli atti adottati nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in istituti bancari.

112. Certamente, tale attribuzione di competenza giurisdizionale non è esente da difficoltà. Al fine

di tutelare il diritto degli interessati a una tutela giurisdizionale effettiva, i giudici dell'Unione devono precisare, qualora venga sollevata dinanzi ad essi tale obiezione, se gli atti preparatori delle ANC, il cui contenuto sia stato successivamente assunto dalla BCE, siano affetti da vizi di nullità tali da aver irrimediabilmente viziato l'intero procedimento.

113. Da questo punto di vista, l'eventuale illegittimità della proposta della Banca d'Italia deve essere accertata dal Tribunale nell'ambito del ricorso di annullamento proposto contro la decisione finale della BCE (causa T-913/16), in quanto detta istituzione disponeva della discrezionalità per accogliere o meno la proposta dell'ANC.

114. Tale soluzione risulta inoltre coerente con il disposto dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento MVU (66). Mediante tale disposizione si affida alla BCE l'applicazione del diritto nazionale che dà attuazione alle direttive e, in via eccezionale, ai regolamenti in materia di unione bancaria, a conferma del fatto che il sindacato giurisdizionale della Corte si estende a tali ipotesi (67).

115. Sulla base degli argomenti sopra esposti, ritengo che l'articolo 263 TFUE:

- conferisca alla Corte di giustizia la competenza esclusiva a sindacare la legittimità degli atti adottati nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del regolamento MVU e agli articoli 85, 86 e 87 del regolamento quadro sull'MVU, e
- osti a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino il sindacato di legittimità degli atti nazionali di avvio, istruttori e di proposta adottati dall'autorità nazionale competente nell'ambito di detto procedimento, che si conclude con una decisione definitiva della BCE.

***D. Seconda questione pregiudiziale: incidenza delle sentenze nazionali passate in giudicato sul sindacato giurisdizionale degli atti preparatori nazionali***

116. Dalla risposta che suggerisco di dare alla prima questione si deduce logicamente la risposta alla seconda. Se si attribuisce al Tribunale e alla Corte di giustizia la competenza *esclusiva* ad esercitare il sindacato giurisdizionale sugli atti adottati in tali procedimenti, e la si nega ai giudici nazionali, è irrilevante che questi ultimi siano chiamati a pronunciarsi tramite il «giudizio di ottemperanza» o mediante una qualsiasi altra modalità processuale di diritto interno.

117. Infatti, l'attribuzione di competenza è un presupposto imprescindibile della validità degli atti giurisdizionali successivi. Se un giudice non è competente, semplicemente non può agire, né tramite un procedimento né tramite un altro. Il «giudizio di ottemperanza» è uno di tali procedimenti, attraverso i quali l'ordinamento processuale italiano impone il rispetto dell'autorità di cosa giudicata di un precedente provvedimento giurisdizionale (68).

118. Il sig. Berlusconi e la Fininvest intendono avvalersi di tale procedimento, adducendo la sentenza del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato quale motivo di nullità della proposta di decisione presentata alla BCE dalla Banca d'Italia nel corso del procedimento di autorizzazione. Tuttavia, se, come già anticipato, i giudici italiani non sono competenti a valutare gli atti preparatori compiuti dalle ANC, tale argomento doveva essere sollevato dinanzi al Tribunale (come è accaduto nel procedimento T-913/16), e non dinanzi ai giudici nazionali.

119. Pertanto, ritengo che non si possa invocare l'autonomia processuale dello Stato italiano per giustificare il fatto che l'(eventuale) effetto di cosa giudicata della sentenza del 3 marzo 2016 comporti l'attribuzione a un organo giurisdizionale nazionale della competenza a sindacare la legittimità degli atti della Banca d'Italia volti alla preparazione della decisione finale della BCE.

120. Non credo quindi che la Corte debba spingersi oltre e dirimere la discussione, ancora irrisolta, relativa alla rilevanza nel caso in esame della sentenza sopra citata. Ciononostante, in via meramente subordinata, illustrerò i motivi per i quali ritengo che non sussistessero né l'identità soggettiva né quella oggettiva (necessarie per rilevare l'effetto di cosa giudicata) tra la controversia risolta dalla sentenza del 3 marzo 2016 e quella attuale.

121. Per quanto riguarda l'identità oggettiva:

- il precedente ricorso verteva sul provvedimento della Banca d'Italia e dell'IVASS n. 976145/14, del 7 ottobre 2014, nel quale è stato dichiarato che il sig. Berlusconi non soddisfaceva il requisito reputazionale previsto per la detenzione di partecipazioni qualificate in intermediari finanziari;
- l'attuale controversia verte sulla legittimità della proposta della Banca d'Italia (successivamente accolta dalla decisione della BCE del 2016) di opporsi all'acquisizione della partecipazione qualificata nella Banca Mediolanum, realizzata indirettamente dal sig. Berlusconi tramite la Fininvest. Tale opposizione è motivata dalla condanna definitiva a quattro anni di reclusione per frode fiscale, alla quale ha fatto riferimento la sentenza del Consiglio di Stato. Tuttavia, sia la Banca d'Italia che la BCE tengono conto anche di altri elementi supplementari, alcuni dei quali successivi alla sentenza del 3 marzo 2016, per affermare che non sussisteva il requisito della onorabilità degli acquirenti (69).

122. Per quanto riguarda l'identità soggettiva:

- la BCE non ha partecipato, né poteva partecipare, al procedimento che ha dato luogo alla sentenza del 3 marzo 2016, mentre il suo ruolo è fondamentale in quello ora in esame;
- la decisione della BCE del 2016 constata la carenza del requisito di onorabilità in capo agli acquirenti, non solo nei confronti dell'«azionista di controllo e acquirente indiretto, il sig. Berlusconi, ma anche di un altro membro del consiglio di amministrazione e di un membro del collegio sindacale della Fininvest SpA, nonché della stessa Fininvest» (70).

123. Inoltre, le acquisizioni di partecipazioni qualificate sono diverse, si applica una diversa normativa ed è cambiato il procedimento, in cui la decisione spetta ora in via esclusiva alla BCE.

124. Non sussistendo dunque identità, né soggettiva né oggettiva, tra la controversia risolta dalla sentenza definitiva del Consiglio di Stato del 3 marzo 2016 e quella ora pendente, difficilmente si potrebbe ammettere l'applicazione del principio del giudicato.

125. Infine, e in via ulteriormente subordinata, il principio del giudicato non potrebbe essere fatto valere al fine di garantire l'esecuzione di sentenze pronunciate in palese violazione del diritto dell'Unione (71), quali sarebbero quelle che interferissero con la competenza esclusiva della BCE ad autorizzare le acquisizioni di partecipazioni qualificate.

#### **IV. Conclusione**

126. In base alle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere come segue alle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato (Italia):

- «1) L'articolo 263 TFUE, in combinato disposto con gli articoli 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza

prudenziale degli enti creditizi, e con gli articoli 85, 86 e 87 del regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate:

- conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la competenza esclusiva a sindacare la legittimità degli atti adottati nell'ambito del procedimento, previsto dalle citate disposizioni dei due regolamenti suddetti, per l'autorizzazione delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni qualificate in istituti bancari, e
  - osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un sindacato di legittimità degli atti di avvio, istruttori e di proposta di decisione adottati dalle autorità nazionali competenti nell'ambito di tale procedimento, in cui la decisione finale spetta alla Banca centrale europea.
- 2) L'incompetenza degli organi giurisdizionali nazionali a sindacare la legittimità degli atti adottati nel menzionato procedimento non può essere resa irrilevante mediante l'esercizio di un'azione di nullità (*giudizio di ottemperanza*) nella quale venga fatta valere la presunta violazione o elusione dell'autorità di giudicato attribuita a una precedente sentenza di un giudice nazionale».

---

1 Lingua originale: lo spagnolo.

---

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU 2013, L 176, pag. 338) (nota come direttiva CRD IV).

---

3 Gli accordi denominati Basilea III sono un complesso di misure adottate a livello internazionale, che il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria ha elaborato in risposta alla crisi finanziaria. Il loro obiettivo è rafforzare la regolamentazione, la vigilanza e la gestione del rischio delle banche. V., in proposito, le informazioni contenute nel sito web del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria [https://www.bis.org/bcbs/basel3\\_es.htm](https://www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm).

---

4 Regolamento del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (GU 2013, L 287, pag. 63) (in prosieguo: il «regolamento MVU»).

---

5 Regolamento della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU) (GU 2014, L 141, pag. 1).

---

6 Decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Testo unico bancario, in prosieguo: il TUB). All'epoca dei fatti della controversia principale, le norme in materia di partecipazioni qualificate in enti finanziari erano contenute nel titolo II del TUB, nella versione risultante dal decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, che ha recepito nel diritto italiano il contenuto della direttiva CRD IV.



---

7 Il comma 2 rinviava, ai fini della specifica determinazione di tali requisiti, a una norma futura (che avrebbe dovuto essere emanata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, previo parere della Banca d'Italia), che non è stata adottata.

---

8 Decreto del 18 marzo 1998, n. 144, regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (in prosieguo: il «decreto n. 144 del 1998»).

---

9 Legge del 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge dell'11 febbraio 2005, n. 15.

---

10 Codice del processo amministrativo, decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104.

---

11 Decreto legislativo del 4 marzo 2014, n. 53, attuazione della direttiva 2011/89/UE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica le direttive 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE e 2009/138/CE per quanto concerne la vigilanza supplementare sulle imprese finanziarie appartenenti a un conglomerato finanziario (GU 2011, L 136, pag. 113)], che ha esteso alle società di partecipazione finanziaria mista i requisiti relativi alla onorabilità dei dirigenti applicati agli istituti bancari.

---

12 Si trattava di una «fusione infragruppo, con concambio 1:1», al fine di realizzare la semplificazione societaria e la razionalizzazione organizzativa del gruppo bancario, dato che la Società Mediolanum deteneva il 100% delle azioni della Banca Mediolanum.

---

13 La Fininvest acquisiva circa il 30,124% del capitale della Banca Mediolanum, ma disponeva del controllo effettivo solo al 9,999%, poiché il restante 20,125% era soggetto alla sospensione dei diritti di voto e all'obbligo di alienazione imposto dalla Banca d'Italia.

---

14 Per quanto riguarda la carenza di interesse al ricorso, eccepita dalla Banca d'Italia, il Consiglio di Stato rilevava che l'atto del 23 luglio 2015 aveva natura meramente confermativa, in quanto estendeva, senza nuova ed autonoma valutazione, l'obbligo di alienazione già disposto nei confronti delle azioni della Società Mediolanum. Pertanto, l'eventuale caducazione dell'atto confermato avrebbe determinato l'automatica caducazione dell'atto confermativo.

---

15 Direttiva 2007/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario (GU 2007, L 247 pag. 1).

---

16 Ad avviso del Consiglio di Stato, non era configurabile un'abrogazione tacita della norma regolamentare per effetto della direttiva 2007/44. L'abrogazione tacita richiedeva come presupposto indispensabile l'identità della fattispecie disciplinata dalle norme, mentre, nel caso in esame, le due discipline avevano un campo di applicazione totalmente diverso: quella dell'Unione faceva riferimento all'acquisto della partecipazione, mentre quella del decreto n. 144 del 1998 faceva riferimento alla

partecipazione già acquisita e, dunque, attualmente detenuta.

---

[17](#) ECB/SSM/20016-7LVZJ6XRIE7VNZ4UBX81/4 (in prosieguo: la «decisione della BCE del 2016»).

---

[18](#) Causa Fininvest e Berlusconi/BCE (T-913/16).

---

[19](#) Sentenze del 3 dicembre 1992, Oleificio Borelli/Commissione (C-97/91, EU:C:1992:491, punto 9); del 25 gennaio 2007, Dalmine/Commissione (C-407/04 P, EU:C:2007:53, punto 62); del 18 dicembre 2007, Svezia/Commissione (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punto 91), e del 17 settembre 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, punto 48).

---

[20](#) Questo tipo di procedimenti corrisponde a quello che la dottrina definisce coamministrazione o amministrazione integrata. V. Ziller, J., «Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen», in Auby, J.-B. e Dutheil de la Rochère, J. (ed.), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pagg. 327 e segg.; Hofmann, H.C.H., «Conclusions: Europe's integrated administration», in Hofmann, H.C.H. e Türk, A. (ed.), *EU Administrative Governance*, pag. 583; Schmidt-Aßmann, E., «Introduction», in Jansen, O. e Schöndorf-Haubold, B. (ed.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Bruxelles, 2011, pagg. da 6 a 8.

---

[21](#) Un'ambiziosa proposta dottrinale di codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione è quella di Mir, O., Hofmann, H.C.H., Schneider, J.-P., Ziller, J. e altri (ed.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. L'articolo I-4, paragrafo 4, del codice ReNEUAL definisce il «procedimento composto» come un procedimento amministrativo nel quale le autorità dell'Unione e quelle di uno Stato membro, o di diversi Stati membri, svolgono funzioni distinte interdipendenti. Costituisce un procedimento composto anche la combinazione di due procedimenti amministrativi direttamente connessi tra loro.

---

[22](#) Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017; Della Cananea, G., «I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea», in Bignami, F. e Cassese, S., (dir.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; Mastrodonato, G., *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007; Hofmann, H.C.H., «Composite decision-making procedures in EU administrative law», in Hofmann, H.C.H. e Türk, A., *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pag. 136.

---

[23](#) Uno studio recente può essere consultato in Brito Bastos, F., «Derivative illegality in European composite administrative procedures», *Common Market Law Review*, 2018, n. 1, pagg. da 101 a 134.

---

[24](#) Alonso de León, S., *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017, pagg. da 273 a 318. V. anche i lavori di Eliantonio, M., «Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of 'Composite Procedures'», *Review of European Administrative Law*, 2014 n. 2, pagg. da 65 a 102, e di Türk, A., «Judicial Review of Integrated Administration in the EU», in

Hofmann, H.C.H. e Türk, A., *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pagg. da 218 a 256, in particolare pagg. da 222 a 224.

---

[25](#) V. Prechal, S., Widdershoven, R. e Jans, J., «Introduction», in Jans, J., Prechal, S. e Widdershoven, R. (ed.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2015, pag. 33.

---

[26](#) Sentenza del 22 ottobre 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punti 14 e 15). V. altresì sentenze del 10 gennaio 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, punti 27 e 30), e del 3 ottobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio (C-583/11 P, in prosieguo: la «sentenza Inuit I», EU:C:2013:625, punto 95).

---

[27](#) Sentenza del 3 dicembre 1992 (C-97/91, in prosieguo: la «sentenza Borelli», EU:C:1992:491).

---

[28](#) Sentenza Borelli, punti da 9 a 12, e ordinanza del presidente della Corte di giustizia del 13 gennaio 2009, Occhetto e Parlamento/Donnici [C-512/07 P(R) e C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punto 50].

---

[29](#) Sentenza Borelli, punto 13. Secondo detta sentenza, il giudice nazionale doveva considerare ricevibile il ricorso proposto in quelle circostanze, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedevano.

---

[30](#) Sentenza del 17 settembre 2014 (C-562/12, EU:C:2014:2229, punto 56).

---

[31](#) Regolamento del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999 (GU 2006, L 210, pag. 25).

---

[32](#) La Corte ha considerato che «il combinato disposto del regolamento n. 1083/2006 e dell'articolo 47 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione di una guida del programma, adottata da un comitato di sorveglianza nell'ambito di un programma operativo stipulato tra due Stati membri e volto a promuovere la cooperazione territoriale europea, la quale non preveda l'impugnabilità dinanzi a un giudice di uno Stato membro di una decisione del comitato di sorveglianza con cui viene respinta una domanda di sovvenzione» (sentenza del 17 settembre 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, punto 76).

---

[33](#) Il regolamento (CEE) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (GU 1992, L 208, pag. 1), ha istituito un procedimento complesso nel quale le associazioni dei produttori presentano le domande di registrazione di una DOP o di un'IGP dinanzi alle loro autorità nazionali. Queste ultime devono verificare che la domanda sia fondata e, qualora ritengano che i requisiti del regolamento siano soddisfatti, la trasmettono alla Commissione, la quale svolge soltanto un semplice esame formale per verificare se tali requisiti sussistano.

---

[34](#) Sentenza del 6 dicembre 2001 (C-269/99, EU:C:2001:659, punti 57 e 58). V. altresì sentenza del 2

luglio 2009, Bavaria e Bavaria Italia (C-343/07, EU:C:2009:415, punti da 55 a 57).

---

[35](#) Si trattava della registrazione della denominazione «Spreewälder Gurken», effettuata conformemente al regolamento (CE) n. 590/1999 della Commissione, del 18 marzo 1999, che completa l'allegato del regolamento (CE) n. 1107/96 della Commissione relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'articolo 17 del regolamento (CEE) n. 2081/92 (GU 1999, L 74, pag. 8).

---

[36](#) Sentenza del 6 dicembre 2001, Carl Kühne e a. (C-269/99, EU:C:2001:659, punti 57 e 58). V., nel medesimo senso, sentenza del 2 luglio 2009, Bavaria e Bavaria Italia (C-343/07, EU:C:2009:415, punti da 64 a 67).

---

[37](#) Così è accaduto nelle proclamazioni effettuate dall'Ufficio elettorale italiano che sono state oggetto della sentenza del 30 aprile 2009, Italia e Donnici/Parlamento (C-393/07 e C-9/08, EU:C:2009:275, punti 74 e 75), e dell'ordinanza del presidente della Corte di giustizia del 13 gennaio 2009, Occhetto e Parlamento/Donnici [C-512/07 P(R) e C-15/08 P(R), EU:C:2009:3]. Dichiarando invalido, contrariamente alla proclamazione, il mandato del sig. Donnici e confermando quello del sig. Occhetto, la decisione impugnata aveva violato l'articolo 12 dell'Atto in parola.

---

[38](#) Sentenze dell'11 novembre 1981, IBM/Commissione (60/81, EU:C:1981:264, punto 12), e del 13 ottobre 2011, Deutsche Post e Germania/Commissione (C-463/10 P e C-475/10 P, EU:C:2011:656).

---

[39](#) Sentenza del 17 ottobre 1995 (C-478/93, EU:C:1995:324, punti da 34 a 40).

---

[40](#) Agli Stati membri non era stato conferito, né da parte del Consiglio né da parte della Commissione, un potere di decisione per la gestione del contingente di importazione, ma essi erano tenuti ad assumere talune funzioni tecniche per conto e sotto il controllo della Commissione (ad esempio compilare l'elenco degli operatori e stabilire il quantitativo medio di banane che ogni operatore aveva venduto negli ultimi tre anni per i quali vi erano dati disponibili). Tuttavia, la funzione che espletavano gli Stati membri nella raccolta e nella trasmissione dei dati non poteva impedire alla Commissione, incaricata della gestione quotidiana dell'organizzazione comune dei mercati, di controllarne l'esattezza e di correggerli qualora risultasse che doppi conteggi rischiavano di alterare la base del regime di importazione.

---

[41](#) Sentenza del 21 marzo 2000 (C-6/99, EU:C:2000:148).

---

[42](#) Direttiva 90/220/CEE del Consiglio, del 23 aprile 1990, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (GU 1990, L 117, pag. 15), come modificata dalla direttiva 97/35/CE della Commissione, del 18 giugno 1997, recante secondo adeguamento al progresso tecnico della direttiva 90/220/CEE (GU 1997, L 169, pag. 72). L'autorizzazione di sementi geneticamente modificate presupponeva la presentazione di una domanda all'autorità competente. Quest'ultima, dopo averne valutato l'impatto sulla salute umana e sull'ambiente, trasmetteva alla Commissione la domanda con un parere favorevole. La Commissione, a sua volta, comunicava detta domanda a tutti gli Stati membri affinché formulassero eventuali obiezioni. Se la Commissione adottava una «decisione favorevole» ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 4, di detta direttiva, l'autorità competente era tenuta a rilasciare il «consenso scritto» che consentiva l'immissione del prodotto sul mercato.

---

[43](#) Sentenza del 21 marzo 2000, Greenpeace France e a. (C-6/99, EU:C:2000:148, punto 57).

---

[44](#) Sentenza del 18 dicembre 2007 (C-64/05 P, EU:C:2007:802).

---

[45](#) Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU 2001, L 145, pag. 43).

---

[46](#) Sentenza del 18 dicembre 2007, Svezia/Commissione (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punto 94); v., nel medesimo senso, ordinanza del presidente della Corte di giustizia del 13 gennaio 2009, Occhetto e Parlamento/Donnici [C-512/07 P(R) e C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punto 53].

---

[47](#) Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (GU 2013, L 176, pag. 1).

---

[48](#) L'articolo 22 della direttiva CRD IV equipara, ai fini del trattamento, l'acquisizione di una partecipazione qualificata all'incremento della stessa, diretto o indiretto, che si verifica quando la quota dei diritti di voto o del capitale detenuta raggiunga o superi il 20%, 30% o 50% o l'ente creditizio divenga una filiazione.

---

[49](#) Tali criteri sono: i requisiti di onorabilità del candidato acquirente; i requisiti di onorabilità e l'esperienza dei candidati dirigenti; la solidità finanziaria del candidato acquirente; l'influenza sull'ente e il rischio di collegamenti con operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

---

[50](#) Orientamenti comuni dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA per la valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni nel settore finanziario (JC/GL/2016/01), pagg. da 15 a 24. Le diverse versioni linguistiche del documento sono disponibili sul sito web del Joint Committee of the European Supervisory Authorities all'indirizzo <https://esas-joint-committee.europa.eu/Pages/Guidelines/Joint-Guidelines-on-the-prudential-assessment-of-acquisitions-and-increases-of-qualifying-holdings-in-the-banking,-insuranc.aspx>.

---

[51](#) Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione (GU 2010, L 331, pag. 12; in prosieguo: il «regolamento EBA»).

---

[52](#) Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento EBA, «[e]ntro due mesi dall'emanazione di un orientamento o di una raccomandazione, ciascuna autorità nazionale di vigilanza competente conferma se è conforme o intende conformarsi all'orientamento o alla raccomandazione in questione. Nel caso in cui un'autorità competente non sia conforme o non intenda conformarsi, ne informa l'Autorità motivando la decisione».

---

[53](#) BCE, Guida alla vigilanza bancaria, 2014, pagg. da 27 a 30.

---

[54](#) Nel caso in esame, la BCE ha modificato alcuni punti del progetto di decisione presentato dalla Banca d'Italia, alla luce delle osservazioni svolte dalla Fininvest durante l'audizione dinanzi alla BCE. Tale circostanza conferma, se necessario, l'indipendenza della BCE ai fini dell'adozione della decisione definitiva in questo tipo di procedimenti.

---

[55](#) V., nel medesimo senso, Lackhoff, K., *Single Supervisory Mechanism. A Practitioner's Guide*, Beck, Hart, Nomos, Monaco di Baviera, 2017, pag. 172: il procedimento di autorizzazione di partecipazioni qualificate «does not consist in a two-step procedure (with a national and an ECB part) as the authorization procedure but is in its entirety an ECB supervisory procedure».

---

[56](#) Decisione della BCE, del 14 aprile 2014, relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento (GU 2014, L 175, pag. 47). Sull'attività di tale organo interno di controllo amministrativo, v. Brescia Morra, C., Smits, R. e Magliari, A., «The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years», *European Business Organisation Law Review*, 2017, pagg. da 567 a 589.

---

[57](#) In udienza, la BCE ha affermato che tale ipotesi non è frequente.

---

[58](#) Il progetto di decisione dell'ANC è redatto in tutti i casi in lingua inglese ai fini della sua trasmissione alla BCE, giacché si tratta della lingua di comunicazione tra le ANC e la BCE nell'ambito dell'MVU (articolo 23 del regolamento quadro sull'MVU). La decisione finale della BCE viene tradotta nella lingua del richiedente.

---

[59](#) Ai sensi di detta disposizione, «[s]e il richiedente soddisfa tutte le condizioni di autorizzazione previste dal pertinente diritto nazionale [dello] Stato membro, l'autorità nazionale competente adotta, entro il termine previsto dal pertinente diritto nazionale, un progetto di decisione con cui propone alla BCE il rilascio dell'autorizzazione. Il progetto di decisione è notificato alla BCE e al richiedente l'autorizzazione. Negli altri casi, l'autorità nazionale competente respinge la domanda di autorizzazione».

---

[60](#) Detta disposizione è così formulata: «Nella misura necessaria ad assolvere i compiti attribuiti dal presente regolamento, la BCE può chiedere, mediante istruzioni, alle autorità nazionali in questione di utilizzare i propri poteri, in virtù e in conformità delle condizioni stabilite dal diritto nazionale, qualora il presente regolamento non attribuisca tali poteri alla BCE. Le autorità nazionali in questione informano la BCE in modo esaustivo in merito all'esercizio di detti poteri».

---

[61](#) V. le analisi di Chiti, E. e Recine, F., «The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position», *European Public Law*, 2018, n. 24, pagg. da 103 a 108, e di Lamandini, M. e Ramos Muñoz, D., *EU Financial Law*, CEDAM Legal Studies, Wolters Kluwer, 2016, pagg. da 183 a 212.

---

[62](#) Tale concetto è stato evidenziato dal Tribunale nella sentenza del 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg/BCE* (T-122/15, EU:T:2017:337, punto 54), contro la quale è pendente un ricorso di annullamento (causa C-450/17 P). V. le osservazioni di D'Ambrosio, R. e

Lamandini, M., «La “prima volta” del Tribunale dell’Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico», *Giurisprudenza commerciale*, 2017, pagg da 594 a 599, e di Adalid, S., «Le MSU, nouveau sous-système de droit de l’Union européenne», *Revue des affaires européennes*, 2017, n. 2, pagg. da 373 a 370.

---

[63](#) Sentenza del 18 dicembre 2007, Svezia/Commissione (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punti 93 e 94); v., nel medesimo senso, ordinanza del presidente della Corte di giustizia del 13 gennaio 2009, Occhetto e Parlamento/Donnici e Italia [C-512/07 P(R) e C-15/08 P(R), EU:C:2009:3, punto 53].

---

[64](#) V., in particolare, sentenze dell’11 novembre 1981, IBM/Commissione (60/81, EU:C:1981:264, punti 9 e 10); del 9 settembre 2015, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commissione (C-506/13 P, EU:C:2015:562, punto 16), e del 20 settembre 2016, Mallis e a./Commissione e BCE (da C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702, punto 51).

---

[65](#) A fronte di un atto preparatorio dell’ANC avente lo stesso contenuto dell’atto della BCE, la decisione del giudice nazionale potrebbe essere diversa da quella della Corte. Tale ipotesi ricorrerebbe qualora, nel caso in esame, esistessero una sentenza del giudice italiano e una del Tribunale che pervenissero a soluzioni contraddittorie.

---

[66](#) Detta disposizione è così formulata: «Ai fini dell’assolvimento dei compiti attribuite dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell’Unione e, se tale diritto dell’Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell’Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni».

---

[67](#) Anche in settori della vigilanza bancaria disciplinati da norme di diritto interno degli Stati membri e non espressamente contemplati dal diritto dell’Unione, la BCE si considera competente a svolgere il ruolo di supervisore e procede a un’applicazione dettagliata di norme nazionali. È quanto specifica una comunicazione alle ANC: BCE, *Additional clarification regarding the ECB’s competence to exercise supervisory powers granted under national law*, letter SSM/2017/0140, del 31 marzo 2017, disponibile all’indirizzo [https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter\\_to\\_SI\\_Entry\\_point\\_information\\_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612](https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter_to_SI_Entry_point_information_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612). V. le osservazioni di Smits, R., «Competences and alignment in an emerging future. After L-Bank: how the Eurosystem and the single Supervisory Mechanism may develop», *ADEMU Working Papers Series* 2017/077, pagg. da 16 a 24.

---

[68](#) Come ha rilevato la Commissione in udienza, in risposta alla risoluta difesa della peculiarità di tale strumento processuale italiano da parte degli avvocati del sig. Berlusconi, certamente esistono in molti altri Stati membri meccanismi giurisdizionali intesi a garantire l’autorità di cosa giudicata delle decisioni giudiziarie.

---

[69](#) Al punto 2.2.1 della decisione della 2016, la BCE ha tenuto conto dei procedimenti penali, o sanzionatori, avviati o conclusi con condanne, alcune definitive e altre non definitive, contro i sigg. Ubaldo Livolsi, Ferdinando Superti Furga e Silvio Berlusconi, nonché contro la Fininvest, e ha dichiarato che gli acquirenti della partecipazione qualificata non soddisfacevano il requisito di

onorabilità, ai sensi delle norme di diritto italiano e delle norme dell'Unione, applicate conformemente agli orientamenti comuni dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA per la valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni qualificate nel settore finanziario.

---

[70](#) Punto 2.2.2 in fine della decisione della BCE del 2016.

---

[71](#) Nella sentenza del 18 luglio 2007, *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434), la Corte ha dichiarato, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, come l'articolo 2909 del Codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto dell'Unione e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione europea divenuta definitiva (sentenze del 3 settembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 25; del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 61, e dell'11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742, punto 45).





## QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.

- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria* 1996, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.

- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perchè le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n.66<sup>en</sup> – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.
- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.
- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).

- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n.72<sub>app</sub>– ENRICO GALANTI , *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI e MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia - Il provvedimento della Banca d’Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights’ Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.
- n. 81 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *Scritti sull’Unione Bancaria*, luglio 2016.
- n. 82 – *Gustavo Bonelli, Un giurista in Banca d’Italia*, dicembre 2017.
- n. 83 – *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.
- n. 84 – *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture. Conference jointly organized by Banca d’Italia and the European Banking Institute*, giugno 2018.



