

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 prosieguo: 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. E 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 occorranza 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 apporare 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 de 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.

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-Abmann, 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 Santos, 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 de 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 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».

[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. 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).