



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

Scritti sull'Unione Bancaria

a cura di Raffaele D'Ambrosio

Contributi di C. Brescia Morra, O. Capolino, S. Cappiello,
R. D'Ambrosio, A. De Aldisio, A. Gardella e M. Lamandini

Luglio 2016

numero

81



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Scritti sull'Unione Bancaria

a cura di Raffaele D'Ambrosio

Contributi di C. Brescia Morra, O. Capolino, S. Cappiello,
R. D'Ambrosio, A. De Aldisio, A. Gardella e M. Lamandini

Numero 81 – Luglio 2016

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

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

Segreteria:

ROBERTA PILO, ROSARIO MENDOLA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Grafica e stampa a cura della Divisione Editoria e stampa della Banca d'Italia

SOMMARIO

Introduzione (MARINO PERASSI)	7
Il diritto bancario dell'Unione (MARCO LAMANDINI)	11
1. <i>Una premessa</i>	13
2. <i>Il sistema composito di norme</i>	14
3. <i>Il sistema composito di amministrazioni</i>	22
4. <i>Il sistema composito dei rimedi giustiziali e quasi giustiziali</i>	27
5. <i>Una conclusione</i>	34
Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority (STEFANO CAPPIELLO)	35
1. <i>Introduzione</i>	37
2. <i>La crisi finanziaria e la creazione dell'EBA e della BU</i>	38
2.1 <i>La prima fase della crisi e il passaggio dall'“armonizzazione minima” al “Single Rulebook”</i>	38
2.2 <i>La seconda fase della crisi e la creazione della banking Union</i>	40
3. <i>Il Single Rulebook: i due livelli normativi</i>	42
3.1 <i>Le norme tecniche dell'EBA</i>	43
3.2 <i>Gli altri strumenti, normativi e non, che compongono il Single Rulebook</i>	45
4. <i>Le linee portanti del Single Rulebook</i>	48
4.1 <i>La piattaforma interattiva di accesso al Single Rulebook</i>	48
4.2 <i>Gli obiettivi e le priorità perseguiti nel completamento delle regole prudenziali</i>	49
4.3 <i>Il cambio di paradigma introdotto dal nuovo regime delle crisi bancarie</i>	50
5. <i>Sulle prossime tappe</i>	52
La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano (OLINA CAPOLINO)	55
1. <i>Premessa</i>	57
2. <i>La disciplina europea e l'adeguamento dell'ordinamento italiano</i>	58
3. <i>Le norme sul governo societario</i>	59
4. <i>Le politiche di remunerazione</i>	64

5. <i>Il superamento del CICR</i>	66
6. <i>I requisiti dei partecipanti ed esponenti</i>	68
7. <i>La tutela dei whistleblowers</i>	70
8. <i>I poteri di vigilanza: la rimozione individuale e collettiva</i>	71
9. <i>Le sanzioni pecuniarie</i>	73
10. <i>Le “altre misure”</i>	76
11. <i>Conclusioni</i>	78
Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability (RAFFAELE D’AMBROSIO)	81
1. <i>Il contemperamento dell’indipendenza e dell’accountability delle autorità di vigilanza: le prospettive internazionale, dell’Unione e nazionale</i>	83
2. <i>L’indipendenza della BCE e delle ANC nell’ambito del MVU</i>	85
3. <i>Le diverse forme di accountability: la predeterminazione delle finalità della vigilanza</i>	92
4. <i>L’accountability nei confronti delle altre Istituzioni dell’Unione</i>	94
5. <i>L’accountability nei confronti dei Parlamenti nazionali</i>	97
6. <i>L’accountability nei confronti del mercato</i>	98
7. <i>L’accountability nei confronti dei cittadini dell’Unione</i>	101
8. <i>L’accountability amministrativa della BCE nei confronti dell’ABE</i>	103
9. <i>L’accountability delle autorità nazionali nei confronti della BCE</i>	104
10. <i>Il controllo giustiziale e giurisdizionale sugli atti della BCE e la responsabilità di quest’ultima quale autorità di vigilanza</i>	105
The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field (CONCETTA BRESCIA MORRA)	109
1. <i>Introduction</i>	111
2. <i>The Administrative Review</i>	113
2.1 <i>The legal basis and core characteristics of the administrative review in the SSM Regulation</i>	113
2.2 <i>The operating procedures of the ABoR</i>	115
2.3 <i>The “opinion” of the ABoR</i>	119
2.4 <i>The scope of the review</i>	121
2.5 <i>The administrative review of decisions taken by EU bodies in the financial sector: similarities and differences</i>	122
2.6 <i>The nature and the role of ABoR in the SSM</i>	127

3. <i>The Judicial Review</i>	128
3.1 Division of competence between the ECJ and the national courts in the review of decisions taken within the SSM	128
3.2 The limits of the judicial review of ECB decisions in the supervisory field	132

Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali (ALESSANDRA DE ALDISIO)

1. <i>Premessa</i>	139
2. <i>Le finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico</i>	139
3. <i>L'ambito di applicazione</i>	142
4. <i>La ripartizione di competenze fra le Autorità di Risoluzione nazionali e il Comitato di Risoluzione Unico</i>	142
5. <i>La governance del Comitato di Risoluzione Unico</i>	144
6. <i>Il processo decisionale per l'adozione delle misure di risoluzione</i>	146
7. <i>Il Fondo di Risoluzione Unico</i>	150
8. <i>Conclusioni</i>	152

La risoluzione dei gruppi finanziari cross-border nell'Unione Europea (ANNA GARDELLA)

1. <i>Too big to fail e interconnessione internazionale dei gruppi bancari</i>	157
2. <i>Le ragioni della cooperazione internazionale: collective action problems e precedenti esperienze di fallimento della cooperazione</i>	158
3. <i>La fase preparatoria della risoluzione dei gruppi: valutazione di risolvibilità, rimozione degli impedimenti e piani di risoluzione</i>	160
4. <i>La strategia di risoluzione: Single Point of Entry e Multiple Point of Entry</i>	161
5. <i>La cooperazione amministrativa internazionale quale infrastruttura necessaria della fase preparatoria e di risoluzione ordinata degli intermediari finanziari</i>	163
6. <i>I collegi di risoluzione</i>	164
7. <i>Il Meccanismo di Risoluzione Unico: istituzionalizzazione della cooperazione amministrativa e rapporti con le autorità nazionali di risoluzione</i>	167
8. <i>La fase della risoluzione: cooperazione amministrativa e coordinamento degli ordinamenti</i>	168
9. <i>L'interazione tra le diverse fonti: Direttiva 2014/59/UE, Direttiva 2001/24/CE e Regolamento MRU</i>	170

<i>10. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni dell'autorità di risoluzione: Goldman Sachs v. Novo Banco</i>	173
<i>11. Segue: Hypo Alpe Adria</i>	176
<i>12. Il principio di non discriminazione e la sua rilevanza nel contesto della risoluzione</i>	177

INTRODUZIONE

Nel corso del 2015 la Consulenza Legale della Banca d'Italia ha organizzato un ciclo di seminari dedicati al nuovo impianto normativo e istituzionale venutosi a determinare a seguito dell'avvio dell'Unione Bancaria. I seminari sono stati seguiti con interesse da studiosi e da operatori del diritto, anche in ragione dell'elevata – e variegata – competenza professionale dei relatori, che si sono distinti per la profondità e l'accuratezza degli interventi. Ai legali ed esperti di vigilanza della Banca d'Italia si sono affiancati esponenti di Istituzioni e Autorità dell'Unione Europea, nonché del mondo accademico.

Il presente numero dei Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale ospita i contributi messi a disposizione da molti fra i relatori che hanno partecipato ai seminari e si colloca nell'alveo dei precedenti studi – pure pubblicati nella stessa collana – su temi specifici dell'Unione Bancaria.

Il primo seminario è stato dedicato al diritto bancario dell'Unione, di cui si è fornito, anche a beneficio dei successivi incontri, il quadro d'insieme.

Si tratta di un sistema molto complesso, fondato su norme multilivello, di differente natura e forza cogente (regole dell'Unione e nazionali, di *hard law* e *soft law*). Un sistema che prevede l'interazione fra amministrazioni nazionali ed europee, di regolazione e di vigilanza, che offre rimedi quasi giurisdizionali e giustiziali, sia nell'ordinamento europeo, sia in quelli nazionali.

In tale ambito, è stato condotto un approfondimento sui meccanismi di adozione delle regole e di omogeneizzazione delle conseguenti prassi di vigilanza di attuazione, anche alla luce del ruolo svolto al riguardo dall'EBA.

Tale ruolo, in costante crescita man mano che vengono aggiunti nuovi tasselli all'Unione Bancaria, si estende fino ad includere, in aggiunta ai poteri tipicamente previsti e disciplinati dal relativo regolamento istitutivo (proposta di norme tecniche di regolazione e di attuazione, adozione di orientamenti e raccomandazioni), nuovi (e atipici) strumenti pratici e di convergenza (quali le *Questions & Answers*) per promuovere approcci e prassi comuni in materia di vigilanza.

L'adeguamento dell'ordinamento italiano al mutato contesto normativo e istituzionale, oggetto di ulteriore successiva indagine, ha dato conto, oltre che dei profili innovativi di diritto sostanziale (*governance*, rimozione degli esponenti, *whistleblowing*, sanzioni e altre misure di vigilanza), anche delle relative ricadute istituzionali, ponendo in rilievo da un lato il superamento del ruolo normativo del CICR e dall'altro il nuovo assetto di competenze nell'ambito del quale apprezzare gli accresciuti strumenti di vigilanza.

Il secondo seminario si è invece concentrato sul Meccanismo di Vigilanza Unico (SSM), esaminandone in dettaglio i profili organizzativi (organizzazione della BCE quale autorità di vigilanza, alla luce dei limiti costituzionali contenuti nello Statuto della BCE e del SEBC e del principio di separazione tra funzioni di politica monetaria e compiti di vigilanza) e funzionali (compiti di vigilanza e possibili criteri di riparto tra la BCE e le Autorità nazionali competenti nell'ambito dell'SSM).

In tale ambito, un'attenzione particolare è stata rivolta ai profili di indipendenza e di *accountability* della BCE nella sua nuova veste di autorità di vigilanza e alla necessità di un loro contemperamento anche alla luce degli orientamenti maturati in sede internazionale.

Proprio con riguardo all'*accountability* sono stati esaminati sia gli aspetti di c.d. a priori *accountability* (predeterminazione delle finalità della vigilanza), sia i molteplici meccanismi di *accountability* nei confronti, rispettivamente, delle altre Istituzioni dell'Unione (prima fra tutte il Parlamento europeo), dei Parlamenti nazionali, del mercato, dei cittadini dell'Unione, nonché dell'EBA. Aspetto, questo, che dà luogo a delicati problemi di bilanciamento di poteri in seno all'Unione, in quanto vede una sua Istituzione (la BCE) tenuta ad obblighi di rendiconto nei confronti di un'agenzia dell'Unione medesima (l'EBA).

È proprio nell'ambito degli obblighi di *accountability* che è stata, poi, presa in considerazione la questione del vaglio giurisdizionale e quasi-giudiziale dell'attività e degli atti della BCE, previsto dall'attuale ordinamento.

Sotto tale profilo – esteso anche agli aspetti di responsabilità civile della BCE per omessa o carente vigilanza – particolare attenzione è stata dedicata all'ambito del sindacato della Corte di giustizia sull'operato della BCE e all'individuazione del difficile crinale che separa il sindacato di legittimità da quello di merito.

Ampia inoltre è risultata – sempre in tale contesto – la trattazione dei compiti del Comitato amministrativo del riesame e dei limiti del suo sindacato sugli atti della BCE: sindacato di legittimità e non di merito, comunque esteso al rispetto delle norme sostanziali e procedurali applicabili alla BCE e non limitato a quelle contenute nel regolamento istitutivo del SSM; sindacato peraltro il cui esito è limitato nell'efficacia dalla mancanza di forza vincolante nei confronti degli organi della BCE che partecipano al processo di adozione delle decisioni di vigilanza.

Il terzo seminario è stato dedicato alla descrizione del Meccanismo di risoluzione unico (SRM) e al nuovo e complesso contesto normativo nell'ambito del quale esso viene a operare (BRRD, regolamento SRM, accordo intergovernativo sul trasferimento al Fondo di risoluzione dei contributi raccolti dalla autorità di risoluzione nazionali).

All'esame dei problemi giuridici connessi alla base legale del Meccanismo suddetto, ha fatto seguito un approfondimento sulla struttura e sulle funzioni del sistema SRM. Dopo una descrizione delle finalità e dell'ambito di applicazione dello stesso SRM, l'attenzione è stata incentrata sul riparto di competenze tra il Comitato unico di risoluzione e le autorità di risoluzione nazionali, sulla *governance* del Comitato predetto, sul processo decisionale per l'adozione delle misure di risoluzione e sul rapporto tra autorità di vigilanza e di risoluzione in seno all'SRM, sul funzionamento e l'intervento del Fondo.

Problemi ancora aperti sono stati segnalati anche sul piano del diritto sostanziale, primo fra tutti la mancata armonizzazione della gerarchia fallimentare, oltre che su quello procedimentale, tra cui, a mero titolo di esempio, il coinvolgimento di numerosi attori per l'adozione delle decisioni di risoluzione, che rende poco snello il relativo procedimento, o la parziale sovrapposizione fra poteri e competenze di autorità di risoluzione e di vigilanza.

E ciò a tacere delle ulteriori questioni connesse alla risoluzione dei gruppi finanziari. Si pensi ai rapporti tra le diverse fonti normative, all'ambito di applicazione delle azioni di risoluzione che godono del mutuo riconoscimento, alla rilevanza del principio di non discriminazione nel contesto della risoluzione, alla natura e al regime giuridico delle decisioni congiunte dei collegi di risoluzione.

Il plesso di norme, autorità e meccanismi in cui si sostanzia l'Unione Bancaria è, in definitiva, un sistema in continua evoluzione, ancora lungi dall'essere completato in quanto manca l'ultimo pilastro, lo schema europeo di garanzia dei depositi.

La tenuta del sistema rispetto all'attuale assetto costituzionale dell'Unione e al principio di equilibrio dei poteri in esso sotteso non è stata ancora vagliata dalla Corte di giustizia, né è stata sino ad oggi verificata la sua validità con riferimento ai principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ciononostante il meccanismo ha già iniziato ad operare, prima nell'ambito della vigilanza prudenziale, poi nell'area della soluzione alle crisi bancarie. I contributi che seguono intendono perciò offrire un primo punto di vista all'interprete che si avvicina a tematiche così nuove e complesse, nella consapevolezza che un giudizio più meditato potrà essere dato solo dopo un adeguato periodo di funzionamento, nel corso del quale si potranno vagliare le capacità di risposta del nuovo sistema alla sfida molto impegnativa posta dal lungo percorso di uscita dalla crisi finanziaria.

Avv. Marino Perassi

IL DIRITTO BANCARIO DELL'UNIONE *

Marco Lamandini

- 1. Una premessa – 2. Il sistema composito di norme – 3. Il sistema composito di amministrazioni – 4. Il sistema composito dei rimedi giustiziali e quasi giustiziali – 5. Una conclusione*

*Testo della relazione al convegno di studi organizzato da Banca d'Italia su *Il diritto bancario europeo*, Roma, 13 febbraio 2015. La relazione, su gentile autorizzazione della Banca d'Italia, è stata pubblicata, nel testo originario, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, I, p. 423. La presente versione del lavoro ne costituisce una rielaborazione e un aggiornamento alla data del 28 febbraio 2016.

1. Una premessa

Ha giustamente rilevato Sabino Cassese¹ che “per comprendere il disegno che si va costruendo (con l’Unione bancaria), bisogna soffermarsi sulle figure organizzative composite”. Infatti, – Egli prosegue – “le figure composite sperimentate all’interno degli Stati presentano i seguenti caratteri: concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un’amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, né in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell’organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote)”. Lo stesso A. ha inoltre messo in guardia dal rischio di voler ricostruire in modo statico l’architettura finanziaria europea, giacché essa non appare “un corpo legislativo stabile, e neppure una legislazione in movimento, bensì un movimento legislativo nel quale – prosegue l’Autore – per dirla in termini proustiani gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti”.

In questo complesso contesto, per cercare di assolvere almeno in piccola parte alla missione (per vero, almeno per me, impossibile) che l’ampio titolo della relazione mi assegnerebbe, mi sembra consigliabile concentrare il mio esame del diritto bancario dell’Unione su tre profili istituzionali che mi pare siano non solo espressione “qualificata” di esso ma anche terreno assai fertile per sperimentare la complessità del nuovo diritto bancario e il suo porsi quale più avanzato avamposto della (problematica ma necessaria) sperimentazione della *governance* economica multilivello europea². I tre profili istituzionali

¹ S.CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, marzo 2014, p. 19.

² Per una più ampia analisi, v. *ECB Banking Supervision and beyond, Report of a CEPS Task Force*, a cura di Roldan e Lannoo, CEPS Bruxelles, dicembre 2014, pp. 1-61; sia consentito inoltre rinviare, tra i molti studi in tema di Unione Bancaria e soprattutto per tutti i riferimenti ad essi (ciò che, in coerenza con la natura di questo scritto, consente di limitare qui al minimo indispensabile i riferimenti alla letteratura, ampiamente disponibili nei più ampi studi di seguito indicati), oltre ai fondamentali studi di R.D’AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, n. 74, dicembre 2013 e *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, n. 78, gennaio 2015, ai miei lavori M.LAMANDINI, D.RAMOS MUNOZ, J.SOLANA, *Depicting the Limits to the SSM’s Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, n. 79, novembre 2015; M.LAMANDINI, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015, From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New Opportunities for European Integration*, ECB, Frankfurt, Dicembre 2015, p. 121 (ma l’intero lavoro collettaneo – ben oltre il mio contributo – offre utilissimi spunti di approfondimento sull’Unione bancaria); nonché, in una prospettiva evolutiva e di ulteriore approfondimento rispetto alle tesi sostenute nel Quaderno n. 79/2015, M.LAMANDINI, D.RAMOS, J.SOLANA, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part I: The ECB’s Mandates*, e id., *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*, entrambi in corso di pubblicazione, tra l’altro, negli ECB Working Papers 2016.

del diritto bancario europeo che vorrei affrontare attengono, rispettivamente: (a) al sistema composito di norme; (b) al sistema composito di amministrazioni; (c) al sistema composito di rimedi giustiziali o quasi giustiziali. Mi sottraggo dunque al compito di offrire una rappresentazione del contenuto sostanziale del diritto bancario europeo³, che evocherò soltanto in modo del tutto episodico in relazione ai tre profili di vertice sopra richiamati.

2. Il sistema composito di norme

2.1. – La variegata articolazione (che talora può apparire una disarticolazione) delle fonti del diritto bancario europeo mi sembra rappresenti, meglio che in ogni altro settore, non solo il profondo ripensamento dell’allocazione della sovranità e del potere di normazione che i mercati impongono alle istituzioni ma anche la molteplice graduazione dei poteri (pubblici e privati) di conformazione che occorre per assicurare una omogenea *rule of law*. La *rule of law*, a sua volta, si rende necessaria non solo per assicurare le basi minime per la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi in prospettiva di integrazione economica *ma ancor più, oggi, per affermare forme di efficace reciproco controllo e leale affidamento in proiezione di allargata mutualità sociale e progressiva socializzazione del rischio finanziario entro i più ampi confini della comunità degli Stati membri*. Vi è in ciò il chiaro ritratto non solo, come pure è stato da tempo correttamente notato, della crisi dello Stato⁴ e del dogma della statualità del diritto, e parallelamente dell’emergere di istituzioni della globalizzazione⁵ ma anche – a me sembra – del tramonto del Novecento. Si è finalmente invertito – naturalmente non senza sussulti e pericolosi colpi di coda – quel processo nazionalistico che, secondo la diagnosi di Berman⁶, aveva portato le nazioni di Europa ad essere sempre più distanti le une dalle altre nel XIX secolo fino a che esse, nella prima metà del XX secolo “si separarono violentemente e distrussero i vincoli comuni che le avevano fino ad allora tenute insieme per quanto blandamente”. Berman osservava così, sul finire del secolo da poco concluso, che “nel tardo XX secolo soffriamo ancora per colpa della storiografia nazionalista, nata nel XIX secolo, la quale sostiene la disintegrazione di un’eredità comune europea in campo

³ Una simile analisi del diritto finanziario europeo potrà rinvenirsi, in una prospettiva che riunisce l’esame della disciplina europea di diritto bancario a quella del mercato dei capitali (o quantomeno di temi di vertice di entrambi i settori), in M.LAMANDINI, D.RAMON MUÑOZ, *EU Financial Law. An Introduction*, in corso di ultimazione per i tipi di Wolters Kluwer International e destinato alla pubblicazione nel 2016. Prime anticipazioni si leggono nelle varie edizioni (2011-2015) della preliminare *student version* dell’*Handbook*, pubblicata da Bonomo editore, Bologna (e, in particolare, da ultimo nella edizione 2015).

⁴ Ancora S.CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, *passim*. Ricordava F.GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 34, nota 53 che già TULLIO ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 123 poteva osservare che “la crisi della sovranità dello Stato si è riflessa – e lo notava V.E.Orlando avvicinando sotto questo aspetto l’istituzionalismo di Romano e il purismo di Kelsen – nella revisione del principio della sovranità del diritto”.

⁵ Secondo la felice descrizione datane ad esempio da M.R.FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, *passim*.

⁶ H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, p. 38; il passo è ricordato già da F.GALGANO, *op. cit.*, p. 35, nota 54.

giuridico". La crisi finanziaria ha interrotto – forzatamente – l’abbrivio inerziale di quella deriva disgregazionista, che – negli ultimi decenni – aveva, in relazione alla struttura degli ordinamenti bancari nazionali e alla loro reciproca interazione nel contesto europeo, prevalentemente assunto le sembianze della *regulatory and supervisory competition in laxity*, ispirata da opportunistiche politiche del tipo “*beggar thy neighbour*” (“*chacun pour soi*”) attraverso l’uso strumentale della leva normativa e dell’esercizio in concreto dei poteri di supervisione (ciò che, in un contesto che pur esibiva strumenti di armonizzazione, trovava spazio nelle pieghe, assai ampie, delle discrezionalità nazionali generosamente riconosciute dalle direttive di prima generazione). Naturalmente ciò non significa che forme di pericolosa differenza nelle regole e ancor più nei criteri di vigilanza siano oggi, tutti, d’incanto superati. Essi permangono in parte, come ben testimonia ad esempio il considerando (16) della direttiva 2013/36/UE là dove dispone – con una norma che riflette la giurisprudenza “*Van Binsbergen*”⁷ ma, nel settore, suona più come un’invocazione che non come l’attestazione di uno stato di fatto – che “i principi del mutuo riconoscimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro di origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro rifiutino o revochino l’autorizzazione qualora elementi come il contenuto del programma, l’ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte *indichino in modo evidente* che l’ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività”.

E a dimostrazione della rilevanza anche pratica che tuttora va riconosciuto a questo tema, può essere utile segnalare come penda proprio in questi giorni, seppur in relazione alla disciplina assicurativa e a seguito di una decisione dell’EIOPA di non procedere nei confronti dell’IVASS ai sensi dell’art. 17 del regolamento n. 1094, un caso avanti al *Board of Appeal* in cui viene in discussione proprio la compatibilità con il diritto europeo del potere dell’autorità dello Stato membro ospitante sul quale è svolta gran parte dell’attività di inibire l’attività sul suo territorio sul presupposto che la verifica prudenziale sull’ente o i suoi esponenti, se effettuata con i criteri più rigorosi dello Stato ospitante *che si assumono più conformi all’ordinamento europeo che non quelli applicati dallo Stato di origine*, non avrebbe consentito il rilascio dell’autorizzazione⁸. Malgrado il perdurare di queste non trascurabili difficoltà di coordinamento, la *tendenza* verso il *progressivo* superamento di forme di concorrenza regolamentare appare tuttavia chiara.

2.2. – In questo generale contesto, a me preme qui segnalare, in relazione al sistema composito delle norme, senza alcuna pretesa di completezza, almeno tre tratti caratterizzanti del nuovo ordinamento bancario.

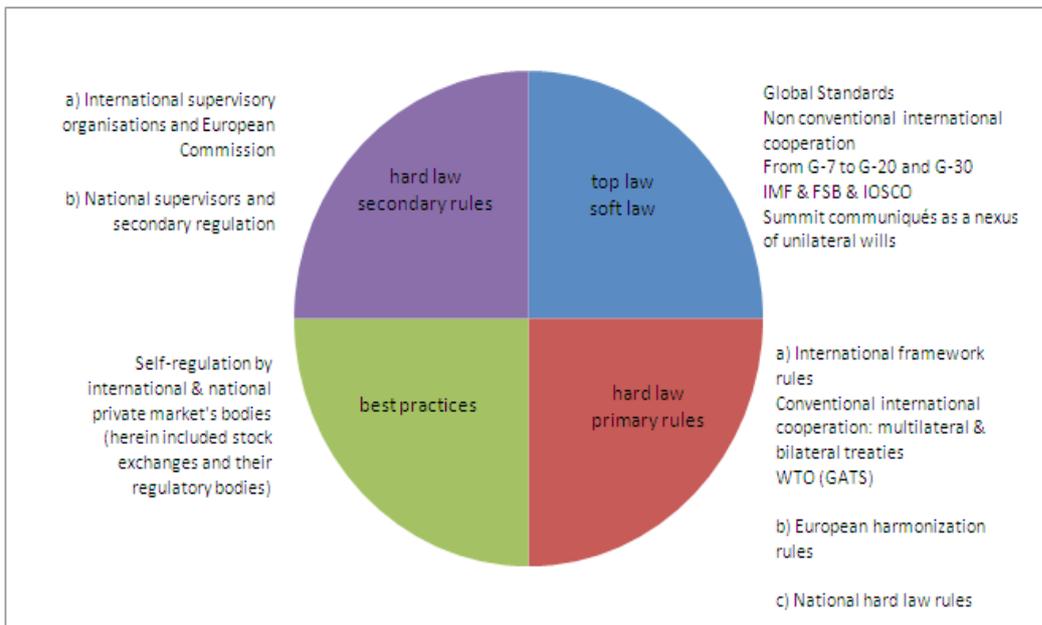
⁷ Corte di Giustizia, 3 dicembre 1974, in causa C 33-74.

⁸ Sulla questione si è pronunciato, in Italia, TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2015, Onix Asigurari c. Ivass, con ampia e articolata motivazione proprio sui rischi di arbitraggio normativo e di supervisione. La medesima questione è stata oggetto di una decisione del Board of Appeal, 3 agosto 2015, accessibile a <http://www.eba.europa.eu/about-us/organisation/joint-board-of-appeal/decisions>, che ha tuttavia declinato la competenza per ragioni di ammissibilità della domanda.

a) Vi è, anzitutto, una compenetrata coesistenza di norme giuridiche e norme sociali. Tale dicotomia si manifesta spesso nella diversa natura, rispettivamente, delle *command and control rules* e della *soft law*, ovvero nella distinzione tra precetti eteronomi di rango legislativo o amministrativo e regole autodisciplinari sia di tipo statutario a valenza auto-organizzativa sia di tipo genuinamente contrattuale. *Et tuttavia ciò che ora balza agli occhi è che l'articolazione delle regole tra norma giuridica e norma sociale opera oggi sostanzialmente ad ogni livello della composita gerarchia delle fonti.* La *soft law* dell'Accordo di Basilea non è fattispecie meno partecipe dell'ordinamento bancario europeo delle norme prescrittive del regolamento (UE) n. 575/2013 su quei medesimi requisiti prudenziali. Le raccomandazioni della Commissione integrano l'ordinamento bancario europeo non meno dei regolamenti e delle direttive. Le raccomandazioni o linee guida dell'ABE non sono a loro volta meno partecipi dell'ordinamento dei *regulatory technical standards* o degli *implementing technical standards* proposti dall'ABE e resi vincolanti dalla Commissione. Le norme sui dispositivi di *governance* della direttiva 2013/36/UE non sono più rilevanti dei codici di autodisciplina o delle scelte statutarie di auto-organizzazione adottate dalle banche, anche se, ad onor del vero, in questo contesto la norma eteronoma o la disposizione di vigilanza sembra aver progressivamente sottratto spazi sempre più ampi (forse talora troppo ampi, seppur a fronte dei notevoli fallimenti di mercato osservati in punto di *governance*) all'autonomia contrattuale (generando il dubbio che si sia talora dinanzi ad un *regulatory overkill* con un pericoloso rischio di ripubblicizzazione di fatto dell'impresa bancaria). Come nella tastiera del pianoforte, quasi ad ogni tasto bianco si contrappone un tasto nero, ad ogni nota piena un diesis, qui quasi ad ogni norma prescrittiva una raccomandazione o una linea guida. Il diritto bancario dell'Unione non è dunque solo diritto, o, se si vuole, è un diritto in un'accezione diversa da quella che gli era propria nell'epoca della statualità del diritto: presenta “scale maggiori” e “scale minori”, componenti “dure” e componenti “morbide”, ha fonti interne e fonti esterne. Si segnalano inoltre due tendenze che valgono ad ulteriormente erodere la “tenuta” di rigide segmentazioni tassonomiche in punto di qualificazione delle norme.

Da un lato, il “movimento legislativo” (per dirla con le giuste parole di Sabino Cassese) si regge effettivamente, più che su di una scala gerarchica di fonti (come tradizionalmente si usava descrivere le stesse), su di una ruota normativa in movimento del tipo di quella qui sotto rappresentata, suddivisa in 4 quadranti che possono leggersi sia in prospettiva *top down* sia *bottom up* (ai due vertici, superiore e inferiore, rispettivamente la *soft law* di fonte internazionale, prevalentemente espressione di istituzioni internazionali di tipo non convenzionale e comunque prive di poteri coercitivi e la *soft law* di mercato, di fonte contrattuale autodisciplinare, agli altri due estremi le regole prescrittive di fonte legislativa sovrastatale federale, statale e le regole prescrittive di fonte amministrativa dettate e attuate dalle autorità di vigilanza).

Qui la peculiarità sta nel fatto che le regole si muovono frequentemente da un quadrante all'altro, arricchendosi di contenuto ad ogni spostamento di quadrante, rendendo particolarmente evidente non solo il “*policy circle by trial and error*” (che sempre Sabino Cassese ha prima d'ora evocato in questo contesto, traslando



la categoria dalla scienza politologica) ma anche quanto – pur in un’epoca in cui sembra affermarsi la retorica della completezza dell’ordinamento giuridico *riformato* – le istituzioni siano tributarie al mercato (esemplare, per certi aspetti, il caso della *governance*, in relazione al ruolo degli amministratori non esecutivi) per la funzione di *norm discovery*. *Ne esce confermato che l’ordinamento bancario europeo è (e continuerà ad essere) anzitutto – e correttamente – il risultato di un esercizio di co-regolazione* ⁹.

Dall’altro lato, occorre guardarsi dall’ascrivere solo alla norma giuridica in senso proprio il carattere della coercitività. Anche la regola di *soft law* che si qualifichi come raccomandazione o la regola autodisciplinare può assumere nei fatti valenza prescrittiva. *Ne costituisce esempio, in relazione a quelle del tipo da ultimo evocato (norme di autodisciplina)*, il fatto che l’autorità di vigilanza possa assumere le migliori pratiche fissate dai codici di condotta quale parametro di valutazione in relazione a regole prudenziali “aperte” quali la sana e prudente gestione, la trasparenza e la diligenza, finendo in tal modo con il poter sanzionare in modo coercitivo la deviazione dalla regola autodisciplinare. *Ne costituisce esempio in relazione a quelle del primo tipo (soft law che promana da istituzioni)*, il fatto che l’art. 6 della direttiva 36/2013/UE *prescriva* agli Stati membri di assicurare che “le autorità competenti *facciano tutto il possibile per attenersi agli orientamenti e alle raccomandazioni emanati dall’ABE conformemente all’articolo 16 del regolamento (UE) n. 1093/2010 e per rispondere alle segnalazioni e raccomandazioni elaborate dal CERS a norma dell’articolo 16 del regolamento (UE) n. 1092/2010.*

⁹ In argomento v. già M.LAMANDINI, D.RAMOS MUNOZ, *A Simplified Model for European Capital Markets’ Law, student version*, Libreria Bonomo editrice, Bologna, settembre 2014, volume I, p. 97 ss. Per una molteplicità di utili spunti e una precisa descrizione della *law in action* dall’angolo visuale (privilegiato) dell’EBA, S. CAPIELLO, *The interplay between the EBA and the Banking Union*, EUI Working Paper, RSCAS 2015/77.

b) In secondo luogo, il sistema composito di norme che costituiscono l'ordinamento bancario europeo è articolato al suo interno in una molteplicità di sottoinsiemi che esprimono un grado assai disomogeneo tra loro di profondità del processo di integrazione. *In altri termini l'ordinamento bancario europeo non si coglie solo in un movimento legislativo, ma anche in un movimento a più velocità.* Due esempi mi pare lo rendano manifesto.

Da un lato, vi è il diverso grado di profondità e velocità del processo di armonizzazione del diritto bancario dell'intera Unione europea rispetto a quello dell'Unione bancaria istituita tra gli Stati membri dell'Eurosistema (come è stato efficacemente notato da Marcello Clarich si va qui dalle regole armonizzate all'amministrazione centralizzata delle stesse e cioè da un'Europa delle regole ad un'Europa dell'amministrazione)¹⁰. Per quanto la regolamentazione prudenziale fondamentale posta dalla direttiva e dal regolamento di rifusione n. 2013/36/UE e n. 575/2013 si applichi a tutti gli Stati membri dell'Unione, e lo stesso valga per il codice unico ("*single rule book*") elaborato dall'ABE e dalla Commissione in conformità al regolamento UE n. 1093/2010 e, pure, all'intero spazio europeo si estendano le previsioni delle direttive 2014/59/UE relativa alla *bank recovery and resolution*, 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi nonché, in prospettiva, la proposta di regolamento sulle c.d. misure strutturali volte ad accrescere la resilienza degli enti creditizi della UE nonché la proposta di regolamento sullo *shadow banking*, tanto il sistema unico di supervisione quanto il sistema unico di gestione della crisi bancaria – per quanto istituiti entrambi con regolamento dell'Unione (rispettivamente i regolamenti UE n. 1024/2013 e 806/2014) – quanto, ora, anche la proposta di istituzione di un sistema di ri-assicurazione e quindi co-assicurazione dei depositi bancari nell'Eurosistema presentata dalla Commissione Europea nel novembre 2015¹¹ sulla base del Rapporto dei 5 Presidenti del 22 giugno 2015¹² hanno ambito territoriale di applicazione limitato ai soli paesi dell'Eurosistema (cui possono aggiungersi, ma su base volontaristica, gli Stati membri estranei al sistema che vogliono qualificarsi come partecipanti). Sennonché, data la stretta interrelazione esistente tra regolamentazione e vigilanza prudenziale, ciò si traduce in un differenziale cospicuo di velocità dell'integrazione degli ordinamenti bancari dell'area Euro rispetto a quelli, pur europei, esterni all'Eurosistema. Così, se il considerando (9) della direttiva 36/2013/UE descrive il meccanismo di vigilanza unico in

¹⁰ Intervento al seminario di studi *L'Unione bancaria. Competenze, procedure e tutele*, Roma, 26 Novembre 2014; dello stesso Autore, v. già *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, relazione al convegno *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, in corso di pubblicazione nei *Quaderni di Giur. Comm.*; id., *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, p. 975 ss; id., *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca, impresa, società*, 2014, 2, p. 333. Per una utile trattazione generale v. anche M.MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 73, 2013, *passim*; F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea – Sistema delle fonti e modelli teorici*, Cedam, Padova, 2012, *passim*.

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 806/2014 in order to establish a European Deposit Insurance Scheme, COM(2015) 586 final; v. anche la Comunicazione "Towards the completion of the Banking Union, COM(2015) 587 final.

¹² Accessibile a http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf

base al regolamento UE n. 1093/2010 e alla direttiva stessa come “il primo passo verso un’unione bancaria” e “il punto di partenza per le tappe successive verso un’unione bancaria”, l’Unione bancaria è viceversa già conseguita in un sottoinsieme geografico dello spazio economico europeo circoscritto agli Stati membri aderenti all’Eurosistema.

Dall’altro lato, non ogni aspetto dell’ordinamento bancario è “catturato” allo stesso modo dal processo di europeizzazione. *Permangono in altri termini, nel composito sistema di norme proprio dell’ordinamento bancario europeo e malgrado la progressiva riduzione delle discrezionalità nazionali consentite dalla normativa europea, spazi non trascurabili ancora devoluti alla competenza normativa nazionale.* E a questo proposito sembra opportuno segnalare come ciò si apprezzi sia in relazione a normative genuinamente “interne a pieno titolo” all’ordinamento bancario sia in relazione ad altre che, pur “esterne” ad esso, ne costituiscono un presupposto necessario di applicazione.

Così, quanto alle prime, è sufficiente ricordare quanto si legge al considerando (15) della direttiva 2013/36/UE e cioè che, in punto di accesso all’attività e vigilanza prudenziale “è opportuno realizzare solo l’armonizzazione necessaria e sufficiente per pervenire ad un mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un’unica autorizzazione valida in tutta l’Unione e l’applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d’origine” e che, come precisa il considerando (16), “la presente direttiva non dovrebbe incidere sull’applicazione delle normative nazionali nei casi in cui esse prevedono autorizzazioni speciali complementari che consentono agli enti creditizi di esercitare attività specifiche o di effettuare particolari tipi di operazioni”. Analogamente, la stessa Unione bancaria conserva in capo agli Stati membri il presidio di normative, come quelle sull’antiriciclaggio, che esulano dagli “speciali compiti” attribuiti alla BCE. Il sistema integrato di regole legislative di Livello I della CRD/CRR contempla inoltre una molteplicità (circa 150) opzioni e discrezionalità nazionali, rimessa alternativamente ai legislatori nazionali o alle autorità nazionali competenti (e solo queste ultime sono oggetto di accentramento, quanto al loro esercizio, in capo alla BCE)¹³.

Quanto alle seconde, emblematico mi pare l’esempio dei diritti societari nazionali. Quanto al regime societario dei soggetti vigilati, infatti, l’ordinamento bancario europeo continua essenzialmente ad accogliere le soluzioni nazionali secondo il criterio di collegamento dello Stato membro di costituzione: ciò che non solo finisce con l’“importare” entro l’ordinamento bancario, in relazione ai

¹³ Sul tema v. ampiamente M.LAMANDINI, D.RAMOS MUNOZ, J.SOLANA, *Depicting the Limits to the SSM’s Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, in specie p. 28 ss. nonché, per l’analisi di sviluppi applicativi di una certa complessità, M.Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015*, p. 122-128; nonché M.Lamandini, D.Ramos, J.Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part I: The ECB’s Mandates*, passim. La BCE ha scelto di esercitare, ma solo per le banche soggette alla sua vigilanza diretta, gran parte di queste opzioni e discrezionalità nel novembre 2015: v. *ECB Public Consultation on a draft regulation of the ECB on the exercise of options and discretions available in Union Law* nonché *Public Consultation on a draft ECB Guide on options and discretions available in Union Law*.

profili organizzativi dell'ente, le molte disarmonie che connotano i differenti diritti societari degli Stati membri ma sembra consentire anche – come testimoniato dalla recente riforma italiana delle banche popolari – a ciascuno Stato membro di definire in autonomia il grado di utilizzabilità per l'esercizio dell'attività bancaria delle diverse forme societarie da esso previste. L'efficienza di questa soluzione (che, visto il radicamento dei diritti nazionali e la resistenza alla loro uniformazione, sembra destinata a perdurare a lungo nel tempo) appare tuttavia limitata nella prospettiva dell'ordinamento bancario: non a caso, nella più recente disciplina europea, si è reso necessario dettare norme speciali di diritto societario per le banche sia in relazione ai dispositivi di *governance* (art. 91 della direttiva 2013/36/UE) sia in relazione ai contratti di assistenza finanziaria infragrupo (art. 16 e ss. della direttiva 2013/59/UE). Restano tuttavia privi di una uniforme regolamentazione, solo a fare qualche esempio tra i tanti possibili, la complessiva disciplina (civilistica) di gruppo, complesso l'adattamento delle regole bancarie nazionali dettate in relazione a profili organizzativi dei soggetti societari di diritto interno ai tipi della SE e della SCE, e probabilmente ancora penalizzante il regime (pur armonizzato) delle fusioni transfrontaliere, che pur dovrà probabilmente svolgere un ruolo non di secondo piano nell'assestare i processi di ristrutturazione e consolidamento continentale dell'industria bancaria europea. *A conclusioni non difformi, a ben vedere, mi pare si pervenga anche in relazione al diritto concorsuale degli Stati membri (per vero assai meno armonizzato del diritto societario)* rispetto al pur cospicuo corpo normativo europeo in materia di “risoluzione” della crisi bancaria che si è venuto formando nell'ultimo anno con la direttiva *bail in* e con l'istituzione del *single resolution mechanism*. Anche qui a norme europee che vorrebbero votarsi all'armonizzazione massima e che sono interne all'ordinamento bancario restano giustapposte norme nazionali che non sono armonizzate in quanto riconducibili all'ordinamento concorsuale generale; esse tuttavia, a dispetto della loro apparente estraneità all'ordinamento bancario, vi incidono assai significativamente, condizionando in concreto l'operare delle norme speciali armonizzate, rendendo così assai meno uniforme di quanto non ci si sarebbe atteso dopo il poderoso sforzo di regolamentazione europea dell'ultimo triennio, il diritto delle crisi bancarie.

c) In terzo luogo, nel sistema composito di norme che costituiscono il diritto bancario europeo, articolato – se ben vedo – in circa 10 livelli di norme (tra norme giuridiche e norme sociali), i diritti fondamentali posti al primo e più alto livello della scala gerarchica delle fonti sembrano oggi chiamati a *concretamente svolgere un (ancor più) attivo ruolo ordinamentale*. Se ne ha recente conferma nella notissima giurisprudenza della CEDU, anzitutto nella decisione nel caso *Grainger (Northern Rock)*¹⁴ in relazione alla tutela assicurata alla proprietà (anche azionaria) e ai diritti di credito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 nonché – per traslazione al settore bancario dei principi affermati dalla Corte nel limitrofo settore del mercato mobiliare, principi peraltro certamente

¹⁴ CEDU, 10 luglio 2012, *Dennis Grainger e altri c. Regno Unito*; per un commento v. T.ARIANI, L.GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *RDS*, 2013, p. 721.

coestensibili ad esso – nella decisione *Grande Stevens*¹⁵ in relazione al giusto processo e al rapporto tra sanzione amministrativa e sanzione penale. Qui peraltro è bene rammentare – seppur per inciso, ma in replica alla usuale considerazione che le norme CEDU non godono del primato e dell’applicazione diretta proprie delle norme primarie europee – come è certo vero che la Corte Costituzionale italiana abbia da tempo precisato, in relazione al rapporto tra Convenzione e diritto interno, che il giudice nazionale ha sì il dovere di adeguarsi alle sentenze CEDU¹⁶ ma “non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU”¹⁷ sicché “nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica, ma quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto interpretativamente, non può procedere all’applicazione diretta della norma della CEDU (...) e deve sollevare la questione di costituzionalità”¹⁸. La Corte Costituzionale, inoltre, in relazione alle norme convenzionali CEDU, che sono da intendersi come sub-costituzionali, esercita, come è noto, un controllo di conformità con le norme costituzionali. Se ne potrebbe voler inferire che la capacità di conformazione dell’ordinamento bancario europeo dei diritti fondamentali che sono riflessi assai bene nelle norme CEDU finisce con l’essere, in tali limiti, circoscritta. Ciò non di meno, occorre altresì considerare che la gran parte dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU trovano altresì riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, di modo che la doverosità del rispetto dei diritti fondamentali risulta per così dire “doppia” (v. anche 52(3) Carta, in relazione ai cc.dd “diritti corrispondenti”). Là dove il diritto fondamentale ha il proprio riconoscimento nella Carta ed è dunque fonte di rango massimo del diritto europeo, esso – a differenza di quanto avviene alla fonte CEDU – beneficia a pieno titolo del primato e dell’applicazione diretta senza necessità della mediazione della Corte Costituzionale¹⁹, purché tuttavia la materia rientri ai sensi dell’art. 51 della Carta nell’ambito di competenza del diritto europeo (ciò che tuttavia non è sempre facile a identificarsi con precisione: lo sono ad esempio i procedimenti sanzionatori rimessi al diritto nazionale?). Ciò è significativo del fatto che, probabilmente, come ben mostra la sentenza della Corte di Giustizia nel caso “*Aklagaren/Akerberg Fransson*”

¹⁵ CEDU, sentenze 4 marzo 2014 n. 18640 e 7 luglio 2014: su di essa, tra i moltissimi contributi editi, v. almeno G.M.FLICK, V.NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. Soc.*, 5/2014, p. 953; P.MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, p. 478.

¹⁶ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113.

¹⁷ Corte Cost., 19 ottobre 2007, n. 348.

¹⁸ Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311.

¹⁹ Particolarmente pertinente è qui, come noto, l’insegnamento, sempre in punto di *ne bis in idem* in relazione alla coesistenza di sanzioni amministrative e penali, ma riguardato non in relazione alla CEDU quanto all’art. 50 della Carta, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, nel caso *Aklagaren c. Akerberg Fransson*.

è soprattutto dai diritti fondamentali direttamente previsti nell'ordinamento dell'Unione e *in primis* dalla Carta dei diritti fondamentali che è da attendersi, nei limiti dell'art. 51 della Carta stessa e al di là della ampia attenzione che pur hanno di recente ricevuto le sentenze CEDU e a ben vedere in un'azione sinergica con esse, l'assolvimento del ruolo ordinamentale cui si è accennato sopra. Basti pensare, senza alcuna pretesa di completezza, oltre ai profili sopra indicati, alla delicata compatibilità con i diritti fondamentali dell'Unione di previsioni che, al fine di favorire la conversione del debito in capitale, derogano al diritto di opzione previsto dall'art. 29 della II Direttiva 77/91/CEE (come successivamente modificata)²⁰, alla questione se sia possibile prevedere – con finalità di conservazione del patrimonio di vigilanza – che i diritti dei creditori (o di taluni di essi) corrano un rischio di perdita *pari passu* se non addirittura antergato rispetto al capitale, alla non meno delicata attuazione del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali – quest'ultimo anche in relazione agli investitori di paesi terzi – in relazione al mercato del controllo bancario, alle relative procedure di autorizzazione²¹ nonché – come talune più recenti sentenze della Corte di Giustizia potrebbero forse voler suggerire (ma la questione è tuttora molto dubbia) – alle misure difensive adottate da società pur ricorrendo a strumenti di diritto privato al fine di limitare o restringere la contendibilità del controllo²².

3. Il sistema composito di amministrazioni

Anche in relazione al sistema composito di amministrazioni che concorrono alla regolamentazione e vigilanza nell'ordinamento europeo mi limito ad evidenziare tre soli profili, che mi paiono di vertice.

²⁰ Sul tema v. Corte di Giustizia, 12 marzo 1996, in causa C-141/93; v. anche, in relazione al diritto di opzione concesso *pari passu* agli obbligazionisti convertibili, Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, in causa C-338/06. Sul tema v. anche la recente pronuncia della Corte costituzionale austriaca nel caso Hypo Alpe Adria/Heta, commentata da G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Il Corriere Giuridico*, 12/2015, p. 1485.

²¹ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in relazione al tema dell'investimento diretto, sia consentito rinviare al mio *Temî e problemi in materia di contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale*, in *RDS*, 2012, p. 491.

²² Si intende far qui riferimento alle potenzialità espansive recentemente mostrate dal principio di libera circolazione dei capitali – tradizionalmente applicato, ad esempio nel contesto delle c.d. *golden shares*, esclusivamente in relazione a misure statali idonee a restringere tale libertà – e cioè alla sua potenziale idoneità ad incidere anche su (e rimuovere) scelte di autonomia contrattuale e assetti organizzativi meramente privati, in alcun modo determinati dall'intervento pubblico. In tal senso potrebbero forse potersi leggere alcune sentenze della Corte di Giustizia, tra cui quelle nei casi C-531/06 (*Farmacie italiane*), C-81/09 (*Tipou*) e C-89/09 (*French Bio- Medical Laboratories*), almeno secondo lo European Company Law Expert Group, *Response to the European Commission's Consultation on the Future of European Company Law*, p. 4 del documento accessibile a www.ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012. Per alcune considerazioni fondate sulle libertà fondamentali in relazione alla recente disciplina italiana sul regime transitorio dei tetti di voto delle banche popolari sia consentito rinviare al mio *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, testo della relazione tenuta al Convegno di Siena sulla riforma delle banche popolari, 22 gennaio 2016, in corso di pubblicazione su *RDS*, 2016 (accessibile anche su www.lamandini.org/publications/articles).

a) Anzitutto, la scelta di demandare all'ABE, con il regolamento UE n. 1093/2010, la funzione di vigilanza regolamentare ma non l'esercizio della vigilanza prudenziale è sintomatica della già rilevata natura *progressiva* – *una progressione che si direbbe fatta solo per singoli passi ben distanziati tra loro* – del processo di edificazione dell'ordinamento bancario europeo. Si tratta, come è noto, di una soluzione pragmatica di compromesso politico (che ha avuto il suo archetipo nella stessa costruzione progressiva del sistema europeo delle banche centrali con competenze monetarie), in relazione alla quale tuttavia un ruolo significativo ha svolto anche la questione della base giuridica. L'utilizzo infatti dell'art. 95 Trattato CEE (poi art. 114 TFEU) poneva all'epoca incognite circa la sua "tenuta" già in relazione alla costituzione stessa di agenzie di regolamentazione delegata. Ove si fosse inteso attribuire anche funzioni di supervisione – ciò su cui, peraltro, non vi era all'epoca neppure il necessario consenso politico – si sarebbe potuto trattare di un "doppio salto nel vuoto", specialmente secondo coloro che interpretavano le risalenti decisioni della Corte di Giustizia nei casi "Meroni"²³ e "Romano"²⁴ come ostative ad ogni disegno del legislatore europeo che volesse investire di poteri decisori vincolanti, da esercitare sulla base di complesse valutazioni tecniche, autorità non previste dal Trattato. Questa stessa preoccupazione, come è noto, ha significativamente influito nella scelta, qualche anno dopo, della diversa base giuridica dell'art. 127(6) TFEU per l'istituzione del sistema unico di vigilanza in capo alla BCE, malgrado tale diversa base giuridica – pur avendo il pregio, politicamente assai apprezzabile nell'attuale contingenza, di consentire l'istituzione dell'Unione bancaria su base geografica più ristretta, confinata ai paesi dell'Eurosistema – evidenziasse altri limiti. Non consentiva infatti di estendere il meccanismo di vigilanza alle assicurazioni, costringeva ad accentrare presso l'autorità monetaria competenze di vigilanza micro e macro prudenziale tra loro in potenziale conflitto, rendendo così necessario definire una più articolata, e per vero alquanto "bizantina", architettura di *governance* della BCE, non consentiva la devoluzione alla BCE di tutte le funzioni ma solo di "specifici compiti" e presentava comunque talune incognite in relazione alla sua compatibilità con l'art. 65(1)(b) TFEU e con il principio di sussidiarietà (specie una volta che risultò chiaro l'intendimento di attrarre entro la competenza "esclusiva" della BCE anche le banche "non significative"). La domanda che ci si può porre oggi – e che costituisce per vero *una mera curiosità da giuristi*, giacché allora il contesto politico non avrebbe, mi pare, consentito di più e altro di quello che nei fatti fu realizzato – è in che modo il diritto fondativo dell'ABE avrebbe potuto essere o sarebbe stato diverso qualora la Corte di Giustizia avesse già espresso allora i principi che ha enunciato solo dopo, con la sua assai importante sentenza del 22 gennaio 2014, in causa C-270/12, *ESMA/Regno Unito* nel c.d. caso *shortselling*²⁵.

²³ Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, in causa C-9/56.

²⁴ Corte di Giustizia, sentenza 14 maggio 1981, in causa C-98/80.

²⁵ In relazione ad essa v. anche le conclusioni, parzialmente difformi, dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen del 12 settembre 2013.

Se ben comprendo con questa importante sentenza, infatti, la Corte ha qui ritenuto: (i) che non violi alcuna disposizione dei Trattati né si ponga in contrasto con la c.d. “dottrina Meroni” assegnare ad un’agenzia di diritto europeo non prevista dal Trattato un potere discrezionale pur assai ampio, qualora l’agenzia sia un ente dell’Unione creato da quest’ultima e il legislatore europeo abbia fissato criteri e condizioni che delimitano il campo d’azione dell’agenzia in modo da escludere che essa eserciti competenze di natura politica²⁶; (ii) che non è in contrasto con i principi enunciati dalla sentenza Romano, tenuto conto anche delle modifiche introdotte agli articoli 263(1) e 277 TFEU che consentono agli organi o organismi dell’Unione di adottare atti di portata generale”, attribuire ad un’agenzia europea la competenza ad emettere provvedimenti normativi di portata generale, purché l’atto istitutivo dell’agenzia abbia cura di circoscriverli a quelli “di esecuzione” provvedendo ad un’adeguata definizione degli stessi; *e soprattutto* (iii) che gli articoli 290 e 291 TFEU non costituiscono casi tassativi di delega di poteri rispettivamente “per integrare o modificare elementi non essenziali dell’atto legislativo” o “per l’esecuzione degli stessi” giacché gli autori del Trattato non hanno inteso stabilire un quadro normativo che consente di attribuire esclusivamente alla Commissione taluni poteri delegati, rilevando anzi come molti articoli del trattato (gli articoli 263, 267 e 277 TFEU in particolare) presuppongono il contrario; (iv) che infine le “misure di armonizzazione” previste dall’art. 114 TFEU possono anche consistere in misure di tipo amministrativo, ivi comprese quelle di tipo individuale (qualora le misure generali si dimostrino insufficienti) e che i destinatari di tali misure di ravvicinamento non devono essere necessariamente solo gli Stati membri. *Come si vede, dopo la pronuncia della Corte, anche l’art. 114 TFEU è di per sé base giuridica solida per l’accentramento in capo ad un’autorità europea delle funzioni di vigilanza* (se ne ebbe del resto prova con il regolamento UE n. 533/2011 che attribuì all’ESMA la vigilanza diretta sulle agenzie di rating e con il regolamento n. 648/2012 che, analogamente, dispose per i “trade repositories”). Inoltre, la base giuridica dell’art. 114 TFEU, nella misura in cui non postula affatto che l’attribuzione di competenze delegate assimilabili a quelle previste per la Commissione dagli articoli 290 e 291 TFEU sia riservata alla sola Commissione, consentirebbe anche che le misure delegate di regolamentazione e quelle di esecuzione – per le quali il regolamento UE n. 1093 prevede in capo all’ABE un mero potere preparatorio, demandandone l’adozione alla Commissione – fossero direttamente adottate dall’ABE quale agenzia europea di regolamentazione delegata. Il che, a ben vedere, consentirebbe anche di meglio isolarle da ogni tentazione di supplenza politica (si tratta infatti di misure regolamentari che, per definizione, non devono implicare scelte politiche), cosa che non altrettanto bene riesce alla Commissione che, non solo ha un ruolo di iniziativa legislativa in relazione alle norme di primo livello che esprimono le scelte di *policy* ma, nei fatti, ha una sempre più percepibile tendenza a ritagliarsi un ruolo politico.

²⁶ Per una recente applicazione del principio, *in subjecta materia*, v. l’opinione dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen del 20 novembre 2014, caso C-507/13, *Regno Unito e Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, in specie paragrafo 62 ss., in relazione alle disposizioni della direttiva 2013/36/UE sul rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione degli esponenti bancari.

b) In secondo luogo, i meccanismi di composizione funzionale tra amministrazioni centrali (europee) e periferiche (nazionali) e tra amministrazioni nazionali tra loro e cioè gli articolati processi di co-amministrazione dell'ordinamento bancario europeo rispettivamente previsti dalla direttiva 2013/36/UE, dal regolamento ABE e dai regolamenti UE 1024/2013 e 809/2014 costituiscono, mi pare, l'applicazione più avanzata che al momento si conosca in ambito europeo del modello organizzativo per reti di autorità. Per vero, si tratta di meccanismi anche significativamente diversi tra loro e che, a loro volta, esprimono *una progressione del modello di integrazione amministrativa* secondo quello che viene talora descritto, dai cultori di diritto europeo, come la "declinazione plurale" dell'esercizio del potere.

Ad un estremo si hanno le ipotesi di cooperazione rinforzata e co-decisione da parte della autorità nazionali competenti nei collegi di supervisione previsti dalla direttiva 2013/36/UE (con un ruolo di mediazione svolto, a presidio dell'interesse europeo, dall'ABE ai sensi degli articoli 19 e 21 del regolamento 1093/2010).

In posizione intermedia, le competenze amministrative dell'ABE, ente europeo sì ma la cui *governance* spetta, al di là delle pur importanti funzioni svolte dal Presidente e dal Direttore esecutivo, *che tuttavia sono privi di diritto di voto*, alle autorità nazionali che siedono nel consiglio di sorveglianza e in quello di gestione. Giustamente, pertanto, Jacques De Larosière ha, per primo, manifestato, nel corso di un'audizione avanti al Parlamento Europeo²⁷, ben motivate perplessità su tale eccessivo peso assegnato, nel governo delle autorità europee, agli esponenti delle autorità nazionali raccomandando un progressivo riequilibrio del baricentro di potere tra Europa e Stati membri. E in questa prospettiva – verso un *progressivo* seppur lento rafforzamento della *governance* di matrice genuinamente europea dell'ABE – sembrerebbe volersi muovere il rapporto della Commissione al Parlamento Europeo dell'8 agosto 2014 sul funzionamento delle autorità di supervisione finanziaria europea²⁸. Peraltro non va dimenticato, quale che sia l'esito della riforma sulla *governance*, che le più importanti decisioni delle autorità europee, anche in casi di emergenza, subiscono in ogni caso il limite posto dalla clausola di riserva sulla c.d. "responsabilità fiscale" degli Stati membri di cui all'articolo 38 del regolamento 1093/2010.

All'altro estremo, si perviene, con l'Unione bancaria, all'articolata struttura di *governance* e non meno articolata ripartizione di competenze del sistema di vigilanza unico e del sistema unico di risoluzione, di cui si dirà subito di seguito.

²⁷ High Level Conference on Financial Supervision in the EU, 24 maggio 2013, Bruxelles (accessibile on line al sito ec.europa.eu/finance/generalpolicy/committees). V. anche, per analoghe conclusioni, il poderoso (e assai interessante) studio predisposto da Mazars per il Parlamento Europeo, *Review of the New ESFS: Part 1 e Part 2*, IP/A/ECON/ST/2012-23, PE 507.446, dell'ottobre 2013.

²⁸ COM(2014) 509 final. L'indicazione della Commissione ha fatto seguito a raccomandazioni in tal senso del Parlamento europeo (Risoluzione del 22 marzo 2014) e del Fondo Monetario (IMF, *Country Report* n. 13/65, marzo 2013).

c) Separata attenzione mi pare meritino infatti proprio le più estreme forme di co-amministrazione poste alla base dell'Unione bancaria nell'Eurosistema. Si tratta, indubbiamente, di un notevole progresso istituzionale. Colpisce tuttavia, anche qui, l'estrema varietà delle soluzioni organizzative adottate pur all'interno di un medesimo schema concettuale di architettura istituzionale; e ciò sia in punto di *governance* delle due Autorità sia in relazione alla ripartizione di funzioni tra "centro" e "periferia", o per meglio dire, tra dimensione europea e dimensione nazionale (*seppur integrata in quella europea*). Basti considerare come, mentre la BCE è destinataria di competenze "originarie" esclusive ai sensi dell'art. 4 del regolamento UE n. 1024/2013, sia pure nei limiti degli "specifici compiti" di natura micro e macroprudenziale che l'art. 127(6) TFEU consentiva di attribuirle, e delega/alloca (tramite una vera e propria *delega/allocazione legislativa di responsabilità* e non già mediante una semplice *delega di funzioni*) ai sensi dell'art. 6 (con l'eccezione dei poteri decisori sull'accesso al mercato e la contendibilità del controllo di cui all'art. 4(1)(a) e (c)) l'espletamento di tali funzioni rispetto alle banche non significative alle autorità nazionali partecipi del meccanismo di vigilanza, il meccanismo di risoluzione prevede che le competenze "originarie" in materia restino in capo alle autorità nazionali, salvo il potere di avocazione di competenza da parte del *Single Resolution Board*.

Peraltro, qui l'articolazione organizzativa delle funzioni di vigilanza tra centro e periferia appare in entrambi i casi necessaria sia in ragione del principio generale di sussidiarietà sia, con riguardo più specifico alle esigenze settoriali, per assicurare effettivo rispetto della diversità dell'industria bancaria (non a caso evocata dal considerando 17 del regolamento UE n. 1024 e dall'art. 1(3)). *A dimensioni diverse dell'intermediario corrispondono esigenze di vigilanza e gestione della crisi altamente differenziate*. L'applicazione di una "*one size fits all rule*" genererebbe infatti una molteplicità di falsi positivi e falsi negativi nella vigilanza e nella gestione della crisi. Ne deriva così, solo a fare un esempio sul piano della vigilanza prudenziale, che, fermo per tutti il principio di sana e prudente gestione, metodi e approcci valutativi della vigilanza diretta sviluppati dalla BCE, quando applicati in sede di vigilanza indiretta dall'autorità nazionale competente, devono tener conto della diversità dell'intermediario per dimensione, portata geografica, modello di *business* e rischiosità.

Inoltre, sempre in punto di vigilanza prudenziale, l'articolazione organizzativa e funzionale del sistema unico di vigilanza si esprime, a sua volta, in processi amministrativi differenziati, che in tutti i casi vedono la compartecipazione sia della BCE sia dell'autorità competente nazionale.

Ove opera la vigilanza diretta, la compartecipazione dell'autorità nazionale si realizza a livello di struttura dei gruppi congiunti di vigilanza istituiti in seno alla BCE (art. 3 del regolamento UE n. 468/2014 della BCE).

Ove opera la vigilanza indiretta mediante ripartizione di competenza per soggetti, prevista dall'art. 6 al fine di realizzare un modello di vigilanza del tipo "*hub and spoke*", invece, la BCE finisce con il demandare alle autorità nazionali componenti del meccanismo di vigilanza, tramite delega di responsabilità, vere

e proprie funzioni decisorie, salvo conservare tuttavia il potere di dettare linee guida e quello di avocare a sé la funzione ove necessario.

Nei casi di competenza esclusiva per materia demandata dall'art. 4 (a) e (c) alla BCE, l'autorità nazionale è viceversa investita di funzioni che, nel caso del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, danno luogo ad un sub-procedimento che sfocia nell'esercizio decentrato di funzioni decisorie ove si renda necessario verificare che siano rispettate le condizioni previste dalla disciplina nazionale e negli altri casi nell'esercizio di funzioni istruttorie e preparatorie. Non mancano altresì esigenze di raccordo tra i due pilastri della vigilanza e della gestione della crisi: ad esempio, in materia di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività dipendente dallo stato di crisi la co-amministrazione impone il coordinamento tra i due meccanismi di vigilanza e risoluzione (v. art. 4(1)(i) e 15(6) del regolamento n. 1024/2013).

4. Il sistema composito dei rimedi giustiziali e quasi giustiziali

Il diritto bancario dell'Unione offre infine, oltre ad un sistema composito di regole e di amministrazioni, anche un sistema altamente composito di rimedi giustiziali e quasi giustiziali. E poiché, da un lato, non vi è diritto senza azione e, dall'altro lato, la capacità delle norme sociali di effettivamente integrare l'ordinamento dipende dal modo in cui è concretamente esercitata la funzione giustiziale – se ne è avuta recente dimostrazione, mi pare, con la prima decisione del *Board of Appeal* nel caso *SV Capital /EBA*²⁹ in materia di esponenti aziendali bancari, là dove si sono ritenute nei fatti vincolanti ai fini dell'esercizio della discrezionalità amministrativa le *guidelines* dell'EBA, pur costituenti a rigore strumento di *soft law* – il tema risulta qualificante dell'ordinamento bancario europeo non meno dei primi due. Anche in relazione al sistema composito dei rimedi mi limito qui ad evidenziare tre aspetti che mi pare confermino come, anche in questo contesto, si sia dinanzi ad un fenomeno *progressivo* di edificazione di un sistema articolato e coerente ma tuttora non manchino significativi elementi di incompletezza e incertezza.

Un primo aspetto che mi pare meritevole di considerazione attiene al fatto che l'ordinamento bancario dell'Unione, nella sua architettura istituzionale, si è conformato alle linee direttrici della Commissione³⁰ che promuovono l'adozione, a fianco delle vie di ricorso alla Corte di Giustizia, di un sistema rimediale di tipo amministrativo e quasi giudiziale interno alle agenzie europee. Tuttavia i tre organi di giustizia interna previsti rispettivamente per le tre autorità di vigilanza europea, la BCE e lo SRM sono tra loro piuttosto disomogenei³¹ e sussiste in

²⁹ Board of Appeal, 14 giugno 2013.

³⁰ V. COM (2002) 718 final e COM (2005) 59 final; più di recente, Joint Statement 12 giugno 2012.

³¹ Per una più ampia trattazione v. W.BLAIR, *Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, in *European Business Law Review*, 2/2013, p. 165 e M.Lamandini, *The ESAs' Board of Appeal as a Blueprint for the Quasi-Judicial Review of European Financial Supervision*, in *European Company Law*, 6/2014, p. 290.

particolare una marcata differenza tra il *Board of Appeal* previsto dal regolamento 1093 per l'ABE e l'*Appeal Panel* previsto dall'art. 85 del regolamento UE n. 806/2014 da un lato, e il *Board of Review* previsto dall'art. 24 del regolamento n. 1024/2013. A rigore, adottando la tassonomia prevalente in letteratura³² in tema di organi investiti di funzioni “quasi giudiziali”, solo i primi due, ma non il terzo, possono ricondursi entro tale nozione, dal momento che il terzo non soddisfa il tratto tipologico, in genere ritenuto necessario, del carattere vincolante della decisione adottata. Come è noto, infatti, il *Board of Review* della BCE non esprime una decisione vincolante bensì una opinione cui è assegnato un ruolo meramente endoprocedimentale in relazione all'adozione, in sede di revisione, del provvedimento finale da parte del *Governing Council* della BCE. Si è dunque dinanzi, anche qui, ad assonanze e dissonanze, ad armonie e disarmonie, a molteplici “mutazioni” istituzionali. Interessante è tuttavia anche notare come la soluzione prescelta all'interno del sistema di vigilanza unico – dove, non a caso, il *Board of Review* fu previsto solo in fase di avanzata elaborazione della proposta di regolamento – sia più “debole” rispetto a quella sia precedente dell'ABE sia successiva dello SRM, di modo che non sussiste una linea di progressione in funzione del tempo dell'adozione dei diversi regolamenti fondativi mentre sussiste una (parziale) relazione di proporzione inversa tra grado di tutela amministrativa e quasi giustiziale e centralizzazione delle funzioni amministrative. Ciò peraltro, a ben vedere, si riscontra essenzialmente in relazione alla BCE (e non in relazione allo SRB), e probabilmente trova giustificazione nel fatto che il legislatore europeo ha subito qui un condizionamento in punto di *governance* a ragione della specificità propria della banca centrale, e cioè del contestuale espletamento da parte della BCE e dei suoi organi di governo di funzioni prudenziali e monetarie.

Un secondo aspetto meritevole di considerazione mi pare si possa rintracciare nel fatto che l'ordinamento bancario europeo è connotato da un sistema di competenze giudiziali e “quasi giudiziali” ripartito e “multilivello”. La ripartizione di competenze opera, in particolare, in prospettiva sia orizzontale che verticale.

In prospettiva orizzontale viene in considerazione la relazione tra competenza della Corte di Giustizia e organi di giustizia amministrativa interna delle autorità europee. È qui da notare, anzitutto, come il rimedio “interno” svolga presso tutte le agenzie europee un ruolo di “filtro” rispetto al controllo della Corte di Giustizia e l'esaurimento del rimedio di giustizia interno è in genere previsto come condizione di ammissibilità per il ricorso alla Corte di Giustizia. Nel caso dell'ABE, il regolamento n. 1093/2010 sembra viceversa prevedere, in base al coordinato disposto dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 61, un modello di giustizia concorrente (viceversa il comma 1, letto in sé, ove non vi fossero state le previsioni dei commi 2 e 3 avrebbe potuto far pensare che il ricorso alla Corte dovrebbe seguire la decisione del Board of Appeal, dal momento che prevede l'impugnabilità delle decisioni dell'Autorità ai sensi dell'art. 263

³² V. almeno L. DE LUCIA, *A Microphysics of European Administrative Law: Administrative Remedies in the EU after Lisbon*, in *European Public Law* 20, n. 2 (2014), pp. 277-308.

TFEU “in cases where there is no right of appeal before the Board of Appeal”). Non mancano peraltro complicazioni procedurali anche nelle situazioni in cui le parti esperiscano in modo sequenziale i rimedi avanti alla Board of Appeal e alla Corte. Ciò, ad esempio, quando si abbiano domande cautelari di sospensione dell’efficacia di una decisione dell’agenzia proposta mediante ricorso *en réferé* pur in pendenza di procedimento avanti alla giustizia interna. Ma la questione principale che si pone a riguardo mi pare sia quella della definizione dell’esatto perimetro del sindacato devoluto ai due distinti organi di giustizia. Vi è in altri termini da chiedersi se il ricorso alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 263 o 264 TFEU abbia effetti devolutivi uguali ovvero più limitati rispetto all’appello agli organi di giustizia interni alle autorità europee in materia bancaria. In una recente decisione³³ il *Board of Appeal*, giudicando di un appello proposto avverso ad una decisione dell’ESMA, ha lasciato intendere di ritenere più ampio l’esame consentito dall’appello rispetto a quanto la Corte di Giustizia non consenta a se stessa. Potrebbe così intendersi, come ha ritenuto una recente e attenta dottrina³⁴ che nell’un caso si sia dinanzi ad un potere di revisione nel merito, mentre nel secondo caso ad un controllo di stretta legalità. A me pare, tuttavia, che la distanza in concreto sul tipo di sindacato effettuato dalla Corte e dagli organi di giustizia interna sia minore di quella testé suggerita (e ciò perché, nella sostanza, essi si percepiscono come componenti di un unitario, seppur composito, sistema giustiziale ispirato ai medesimi principi). Da un lato, infatti, per quanto il *Board of Appeal* abbia, credo correttamente, puntualizzato nel caso *IPE/ESMA* la differenza tra ricorso alla Corte di Giustizia e appello agli organi di giustizia interna e nel caso *Global Standard Rating* effettuato una complessa revisione di merito del processo di registrazione di un’agenzia di rating da parte dell’ESMA, lo stesso *Board of Appeal* in tutti i casi finora decisi sembra essersi attenuto ad una verifica sostanzialmente di legalità, manifestando altresì con chiarezza l’intendimento di non voler valicare l’area di discrezionalità tecnica demandata dai regolamenti fondativi agli organi di governo dell’autorità³⁵, salvo che non ricorrano casi eccezionali di errore manifesto (e ha qui, significativamente, richiamato il precedente della Corte di Giustizia nel caso *Max.Mobil* (T-54/97)). Dall’altro lato, è noto³⁶ che pur nel quadro di un sindacato di legalità, la Corte di Giustizia verifica, al fine di assicurare un controllo “intenso ed efficace” della decisione impugnata, vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali e obbligo di motivazione (requisito quest’ultimo di ordine pubblico³⁷, da intendersi non assolto non solo in caso di mancata motivazione ma anche qualora essa sia

³³ Board of Appeal, 10 novembre 2014, *IPE c. ESMA*.

³⁴ M.GARGANTINI, *La registrazione delle agenzie di rating. La decisione della Commissione di ricorso delle Autorità europee di vigilanza finanziaria nel caso Global Private Rating Company “Standard Rating” Ltd c. Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (10 gennaio 2014)*, in *RDS*, 8/2014, p. 416.

³⁵ V. in particolare le decisioni 10 gennaio 2014, *Standard Rating*, 18 luglio 2014, *SV Capital II* e 10 novembre 2014, *IPE/ESMA*.

³⁶ V. almeno A.FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *CMLR* 47, 2010, p. 361-403.

³⁷ Corte di Giustizia, 2 dicembre 2009, in causa C-89/08, *Commissione europea c. Irlanda e altri*.

insufficiente³⁸), violazione delle norme di diritto e sviamento di potere. Sennonché, nel corso degli anni, si è assistito ad una progressiva evoluzione dell'intensità di questa verifica da parte della Corte di Giustizia la quale, muovendo dai criteri già indicati nella sentenza *Remia* del 1985, è venuta via via rendendo sempre più ficcante il proprio esame accrescendo nei fatti il controllo circa la ricorrenza di un errore manifesto o di un eccesso di potere nell'esercizio pur dei poteri discrezionali³⁹. Se ne ha testimonianza recente, nel settore antitrust (ma molte ragioni inducono a ritenere che un controllo giudiziale ancora più intenso sia ora necessario nel settore bancario)⁴⁰ nella sentenza della Corte di Giustizia 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, *Mastercard*, in particolare ai punti 155 e 156 ove significativamente si legge:

“155.– Quanto alla portata del sindacato giurisdizionale, occorre ricordare che dalla giurisprudenza dell'Unione risulta che, quando il Tribunale è adito, a norma dell'articolo 263 TFUE, con un ricorso di annullamento avverso una decisione di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, *esso deve, in generale, esercitare, sulla base degli elementi prodotti dalla ricorrente per corroborare i propri motivi, un controllo completo sull'adempimento delle condizioni di applicazione di tale disposizione* (v., in questo senso sentenze *Remia* e *a./Commissione*, EU:C:1985:327, punto 34; *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punti 54 e 62; nonché *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la sua decisione (v., in questo senso sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza citata, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 60). 156 *In occasione di tale controllo, il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto* (v., in questo senso, sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 62, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 61)”. (corsivo aggiunto)

In prospettiva verticale, viene invece in considerazione la relazione tra competenza giustiziale “europea” della Corte di Giustizia e degli organi di giustizia amministrativa interna e giudici nazionali. Sul punto mi limito a due soli rilievi.

³⁸ Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, in causa C-550/09.

³⁹ In particolare v. le conclusioni dell'AG Cosmas nella causa C-83/98 e soprattutto la sentenza 20 maggio 2010, in causa C-12/03, *Tetra Laval BV contro Commissione europea* e le conclusioni dell'AG Tizzano nella medesima. V. anche Tribunale di Primo Grado, 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft*.

⁴⁰ M.LAMANDINI, D.RAMOS MUNOZ, J.SOLANA, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, p. 105

Il primo in relazione al sindacato delle decisioni delle autorità nazionali nel quadro del diritto europeo armonizzato ma al di fuori del sistema di vigilanza unico. Ebbene, rispetto a tali decisioni non vi è dubbio che permanga la competenza degli organi di giustizia previsti dal diritto nazionale. Si aggiunge tuttavia ora, in relazione ad eventuali vizi del provvedimento consistenti nella sua non conformità al diritto europeo, lo strumento di revisione previsto dall'art. 17 del regolamento n. 1093 che attribuisce all'ABE il compito di rimediare alle violazioni del diritto europeo da parte delle autorità di vigilanza. Tale rimedio è stato già invocato in più casi da soggetti "direttamente interessati" (o pretesamente tali⁴¹) per conseguire a livello europeo ciò che essi ritenevano di non aver conseguito a torto a livello nazionale da parte dell'autorità nazionale di vigilanza. Per quanto qui interessa, giova segnalare che le procedure interne delle autorità di vigilanza europee, nel dettare regole operative cui conformarsi nell'esercizio della relativa azione ai sensi dell'art. 17, che è *d'iniziativa discrezionale* salvo che la denuncia non pervenga da istituzioni qualificate indicate nell'art. 17 stesso, hanno precisato che occorre tener conto se il provvedimento dell'autorità nazionale sia stato o meno impugnato dinanzi al giudice nazionale. In quest'ultimo caso, sembra che l'autorità europea sia, in linea di principio, orientata a non provvedere d'iniziativa all'esercizio dei poteri di cui all'art. 17. Sembra dunque di intendere che si dia qui un'applicazione del principio di sussidiarietà, in forza del quale l'intervento rimediabile europeo potrebbe giustificarsi solo in difetto di un intervento giustiziale di diritto interno. Già in un caso, tuttavia, al *Board of Appeal* è stata formulata doglianza circa il fatto che un eccessivo "appiattimento" dell'autorità europea sulle posizioni assunte da autorità e giudici nazionali contrasterebbe con le finalità per le quali il sistema delle autorità europee è stato istituito, giacché non consentirebbe di contrastare processi di *supervisory competition in laxity* che siano strutturali e strategici, e rappresentino cioè vere e proprie opzioni nazionali capaci di condizionare anche il giudizio delle corti nazionali (in quel caso, questo rilievo era indirizzato al Lussemburgo). Purtroppo, lo strumento dell'art. 17 è risultato ulteriormente indebolito (almeno nella prospettiva di un controllo quasi giudiziale e giudiziale dell'esercizio della discrezionalità assegnata all'autorità sul se avviare di propria iniziativa il procedimento ai sensi dell'art. 17) dalla sentenza del Tribunale del 9 settembre 2015 nel caso T-660/14 Sv Capital/EBA (la prima in relazione ad una decisione del Board of Appeal), la quale ha ritenuto che l'esercizio di tale discrezionalità non sia sindacabile. La questione attualmente pende avanti alla Corte di Giustizia e il tempo dirà se questo orientamento restrittivo – al quale nel frattempo il Board of Appeal si è conformato⁴² – è destinato a durare. Certo il delicato "dosaggio" dell'intervento suppletivo e sostitutivo europeo in casi di questa natura costituisce un importante banco di prova per l'assetto istituzionale dell'ordinamento bancario europeo armonizzato e decentrato.

⁴¹ V. a riguardo la decisione 10 novembre 2014, *IPE c. ESMA*.

⁴² Decisione 7 gennaio 2016, *Andrus Kluge e altri c. EBA*.

Il secondo in relazione al meccanismo di vigilanza unitario. Nel sistema della rete giudiziale e amministrativa antitrust vige il principio secondo cui l'azione amministrativa decentrata, anche se svolta dalle autorità di concorrenza nazionale al fine di dare applicazione agli articoli 101 e 102 TFEU, è soggetta al sistema rimediale di diritto nazionale, essendo attratto nella competenza della Corte di Giustizia solo il sindacato delle decisioni assunte in materia di concorrenza dalla Commissione quale autorità europea. Questo principio è verosimilmente efficiente e sembra poterlo essere viepiù ove si possano porre, come nel caso dell'Unione bancaria, problemi di cumulo di normative europee e nazionali, tutte simultaneamente applicabili ad una medesima fattispecie, nel quadro di procedimenti che, proprio per dare adeguato spazio anche alla verifica circa l'applicazione della normativa nazionale, prevedono un ruolo procedimentale per l'autorità nazionale che compone l'autorità europea. Ne deriva che, ove si seguisse il modello della rete giudiziale e amministrativa antitrust (che tuttavia ha una propria espressa base normativa nel regolamento 1/2003) anche in sede di Unione bancaria (considerando dunque solo le materie fatte oggetto di accentramento con il regolamento 1024/2013) dovrebbe poter permanere una qualche ripartizione verticale di competenze giudiziali, giacché mentre i provvedimenti della BCE sono sindacabili dalla Corte di Giustizia quelli delle autorità nazionali dovrebbero continuare ad essere sindacabili dal giudice nazionale. Si tratterebbe in particolare dei provvedimenti di vigilanza sulle banche che il regolamento MUV fa oggetto di delega/allocazione legislativa di responsabilità alle autorità nazionali (seppur soggette alla vigilanza indiretta della BCE) e dei pochi provvedimenti a contenuto decisorio che l'autorità nazionale adotta, proprio in relazione al governo dei requisiti sostanziali di diritto nazionale, nel quadro di un procedimento complesso pur in titolarità della BCE (si pensi in particolare al provvedimento di diniego dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività). Vi è, tuttavia, che l'art. 4 del regolamento 1024/2013 prevede che tutti i compiti previsti dal medesimo articolo siano affidati "in esclusiva" alla BCE. Il medesimo articolo prevede che ciò avviene "within the framework of article 6" e a sua volta il detto articolo prevede che il *single supervisory mechanism* è composto dalla BCE e dalle autorità competenti nazionali, che sembrano dunque essere consustanziali, per questo aspetto, all'istituzione europea. Resta dunque da definitivamente accertare – vuoi con una norma primaria vuoi per via di interpretazione del regolamento n. 1024/2013 da parte della Corte di Giustizia – se, come per vero sembra⁴³, in ragione delle perduranti componenti di diritto nazionale che rimangono nell'ordinamento bancario europeo e dell'assenza di una personalità giuridica di diritto europeo del MUV in quanto tale, l'istituzione del meccanismo unico di vigilanza, pur facendo delle autorità nazionali le componenti di un sistema, non finisca per ciò solo con l'attrarre la loro azione entro il sindacato diretto della Corte di Giustizia ma, sull'esempio della rete delle autorità di concorrenza e giudici nazionali e in coerenza con i principi ispiratori di tale sistema decentrato di giustizia, consenta che le decisioni delle stesse

⁴³ M.LAMANDINI, D.RAMOS MUNOZ, J.SOLANA, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, p. 21, in specie nota 89.

previste nel meccanismo di supervisione unica restino a pieno titolo soggette al sindacato del giudice nazionale. Peraltro, una questione parallela e in qualche modo simmetrica si pone anche in relazione ai provvedimenti adottati sì dalla BCE, ma in base al diritto nazionale di trasposizione del diritto europeo. Non sarà facile per la Corte di Giustizia verificare l'azione di un'istituzione europea in base al diritto nazionale, tanto più ove si dessero mai casi in cui viene applicato dalla BCE non solo e non tanto il diritto sostanziale nazionale attuativo del diritto europeo quanto il diritto procedimentale nazionale⁴⁴.

c) È tempo ormai di concludere. E mi limito dunque a solo enunciare un ultimo aspetto che riguarda profili giustiziali che pure mi paiono meritevoli di attenta considerazione. Ricordavo, in avvio di questa mia breve relazione, che Sabino Cassese ha giustamente osservato come, in relazione all'ordinamento bancario europeo, "gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti". Questa osservazione è molto vera anche in materia giustiziale, dove restano da scrivere importanti capitoli. Mi limito a menzionarne solo due.

Da un lato, vi sono molteplici questioni processuali che dovranno trovare soluzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Così occorrerà accertare se – come io sarei orientato a ritenere e come anche l'ABE sembrava aver informalmente condiviso in sede di consultazione sulle proposte di revisione del regolamento 1093/2010 – le linee guida e raccomandazioni della stessa, pur formalmente non vincolanti, ma in realtà fonti qualificate dell'ordinamento, possano ritenersi soggette al sindacato degli organi di giustizia interna e della Corte di Giustizia. È piuttosto evidente, infatti, che ove esse venissero sottratte ad ogni sindacato in applicazione "automatica" per traslazione dei vincoli al sindacato della Corte in relazione alle mere raccomandazioni o altri atti atipici inidonei a produrre effetti diretti nei confronti dei destinatari o venissero assoggettate alle regole procedurali in tema di provvedimenti endoprocedimentali e preparatori (rispetto ai provvedimenti nazionali derivati) – di modo che i loro vizi andrebbero fatti valere impugnando l'atto finale di invalidità derivata, avanti tuttavia ad un giudice nazionale che è spesso altamente deferente rispetto a provvedimenti normativi interni derivati da quelli europei – la giustizialità di una componente piuttosto ampia e significativa dell'ordinamento bancario europeo sarebbe nella sostanza assai ridotta, se non virtualmente nulla⁴⁵.

⁴⁴ Per una trattazione analitica della questione, M.LAMANDINI, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015*, p. 121; M.LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*, passim.

⁴⁵ Per una prima discussione della questione all'indomani dell'adozione dei regolamenti fondativi, v. M.LAMANDINI, *I regolamenti europei istitutivi del comitato per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari e mercati*, in *NLCC*, 2/2012, p. 211. La risposta alla consultazione sulla revisione dei regolamenti fondativi del Board of Appeal invitava a considerare una revisione degli stessi per precisare il punto; l'ABE rilevava informalmente di ritenere sindacabili avanti al Board anche tali provvedimenti. A sua volta, il Tribunale, con sentenza del 4 marzo 2015, in causa T-496/11 ha ritenuto che anche raccomandazioni o linee guida possono produrre 'effetti legali' se sono percepite come vincolanti dai destinatari e come tali sono soggette ai rimedi giustiziali.

In secondo luogo, si dovrà verificare in che modo la ormai copiosa giurisprudenza della Corte in tema di interesse diretto all'impugnazione di regolamenti o provvedimenti di carattere generale – che ha di recente trovato un importante punto fermo nella sentenza *Inuit*⁴⁶ – possa concretamente trovare applicazione in relazione alle disposizioni regolamentari dell'ordinamento bancario europeo⁴⁷. Si tratterà in particolare di ben precisare, qui, quando essi “non comportano misure di esecuzione” e quando siano idonei ad incidere una situazione soggettiva “a causa di particolari qualità personali o di particolari circostanze atte a distinguere il titolare di tale situazione soggettiva rispetto alla generalità dei destinatari”: requisiti ritenuti entrambi dalla giurisprudenza della Corte necessari per riconoscere *locus standi* all'attore. La sentenza *Ruetgers*⁴⁸ offre probabilmente primi utili indicazioni (essa è stata infatti pronunciata in relazione ad un atto regolamentare dell'agenzia delle sostanze chimiche) e si tratterà di verificare la traiettoria evolutiva che la Corte riterrà di darvi tenuto conto della rilevanza di essi nel complesso e assai importante ordinamento bancario europeo. Non meno importante sarà osservare, più in generale, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di legittimazione ad agire sia avanti agli organi di giustizia interna⁴⁹ sia alla Corte di Giustizia.

Dall'altro lato, piuttosto preoccupante appaiono le ambiguità normative sia nello ESFS, sia nello SSM e nel SRM in tema di presidio giustiziale rispetto alle sanzioni. Mentre infatti in relazione alle sanzioni antitrust la Corte di Giustizia si è vista attribuita con chiarezza un potere pieno di riesame, che legittima una graduazione degli importi, questa facoltà, che pur l'art. 261 TFEU consentirebbe, non sembra esercitata, allo stato, con altrettanta chiarezza in relazione all'ordinamento bancario europeo.

5. Una conclusione

Se dunque – come si è visto – la descrizione più fedele dell'Unione bancaria è quella di un ordinamento in movimento e ancora in progressiva evoluzione, non occorre indugiare in alcuna conclusione. Mi sembrerebbe più giusto rilevare come, in genere, il massimo sforzo si abbia allorché un corpo immobile viene posto in movimento e concludere con le parole finali di un celebre e bellissimo libro di Jean Giono: “Quando penso che un uomo solo (...) è bastato a far uscire dal deserto quel paese di Canaan, trovo che, malgrado tutto, la condizione umana sia ammirevole. Ma, se metto in conto quanto c'è voluto in costanza nella grandezza d'animo e d'accanimento nella generosità per ottenere questo risultato, l'anima mi si riempie di un enorme rispetto”.

⁴⁶ Corte di Giustizia, 3 ottobre 2013, in causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

⁴⁷ Per un ampio esame, v. ora A. WITTE, *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture*, 1 *Oxford Journal of Financial Regulation*, 226, 2015.

⁴⁸ Tribunale di Primo Grado, 7 marzo 2013, in causa T-96/10, *Rütgers Germany GmbH e altri c. Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA)*.

⁴⁹ V. qui, ancora, Board of Appeal, decisione 10 novembre 2014, *IPE c. ESMA*.

IL MECCANISMO DI ADOZIONE DELLE REGOLE E IL RUOLO DELLA EUROPEAN BANKING AUTHORITY

*Stefano Capiello **

1. Introduzione – 2. La crisi finanziaria e la creazione dell'EBA e della BU – 2.1. La prima fase della crisi e il passaggio dall'“armonizzazione minima” al “Single Rulebook” – 2.2. La seconda fase della crisi e la creazione della banking Union – 3. Il Single Rulebook: i due livelli normativi – 3.1. Le norme tecniche dell'EBA – 3.2. Gli altri strumenti, normativi e non, che compongono il Single Rulebook – 4. Le linee portanti del Single Rulebook – 4.1. La piattaforma interattiva di accesso al Single Rulebook – 4.2. Gli obiettivi e le priorità perseguiti nel completamento delle regole prudenziali – 4.3. Il cambio di paradigma introdotto dal nuovo regime delle crisi bancarie – 5. Sulle prossime tappe

* Le opinioni espresse sono esclusivamente personali.

1. Introduzione

La crisi finanziaria ha determinato negli ultimi cinque anni radicali cambiamenti nel quadro normativo e istituzionale della vigilanza bancaria e finanziaria. Una “rivoluzione copernicana” che ha visto la nascita di nuove istituzioni europee, fondamentali innovazioni nel sistema di produzione e applicazione delle regole, nuovi rapporti tra istituzioni europee, e tra queste ultime e le autorità di vigilanza nazionali. È in questa cornice che si inquadra il compito assegnatomi di trattare del nuovo sistema di articolazione delle fonti normative e di produzione delle regole, e in particolare del ruolo a tal fine assegnato all’Autorità Bancaria Europea (in prosieguo European Banking Authority o EBA). Un tema che mi induce tra l’altro a ricordare con gratitudine l’Avvocato Zamboni Garavelli, che con lungimiranza già quindici anni or sono spronava i suoi collaboratori ad approfondire e valorizzare lo studio del diritto bancario europeo.

Questo intervento, che trae spunto anche dalla mia esperienza professionale in EBA, si concentra sulle competenze e gli strumenti di cui l’EBA dispone ai fini della creazione del “corpo unico di regole europee”, o Single Rulebook, che come vedremo rappresenta una delle chiavi di volta del nuovo assetto normativo. I compiti e gli strumenti dell’EBA non possono tuttavia essere illustrati in maniera adeguata se non vengono introdotti da una preliminare analisi della funzione di questa Autorità nell’ambito della nuova architettura di regolazione e vigilanza bancaria, e in particolare in rapporto alla più recente creazione e operatività dell’Unione Bancaria (in prosieguo Banking Union o BU). Da questo aspetto prende quindi avvio questo contributo, cercando di porre in luce come l’EBA, da un lato, e la BU, dall’altro – pur scaturendo da due diverse fasi della crisi finanziaria caratterizzate da un diverso gradiente di integrazione europea perseguito dai *policy maker*, nel passaggio dalla prima alla seconda fase – costituiscono pur tuttavia due componenti di un impianto di regolazione e vigilanza coerente, in cui questi diversi soggetti istituzionali operano su piani diversi in un rapporto sinergico piuttosto che – come talvolta viene suggerito – in contrapposizione o sovrapposizione. Sulla base di questo inquadramento, il paragrafo successivo si focalizza sui nuovi meccanismi, processi e strumenti normativi che caratterizzano il nuovo impianto, ponendo in luce le questioni aperte che talune di queste innovazioni pongono, non solo sul piano della tecnica di produzione delle norme ma anche su quello applicativo, dell’effettivo grado di armonizzazione raggiungibile con il Single Rulebook. Il contributo prosegue con una rassegna delle aree della normativa bancaria su cui le iniziative di armonizzazione e il Single Rulebook si sono concentrati in questi anni, sottolineando tra l’altro come le nuove regole in tema di gestione delle crisi bancarie implicino un vero e proprio “cambio di paradigma” nello svolgimento dell’attività bancaria e della sua supervisione. Chiudono l’intervento alcuni spunti sulle possibili, e auspicabili da parte di chi scrive, direttrici di sviluppo del processo di armonizzazione dell’ordinamento bancario.

2. La crisi finanziaria e la creazione dell'EBA e della BU

Per meglio comprendere le ragioni sottese alla creazione dell'EBA, prima, e della BU, poi, e cogliere la relazione sussistente tra queste due componenti, è utile adottare una lettura diacronica, partendo dalla genesi della crisi finanziaria e osservandone l'evoluzione nel corso di questi anni. È infatti possibile distinguere due diversi stadi della crisi, rispettivamente all'origine della creazione dell'EBA, il primo, e della BU, il secondo¹.

2.1. La prima fase della crisi e il passaggio dall'“armonizzazione minima” al “Single rulebook”

Nel suo primo stadio, la crisi finanziaria si caratterizza come un fenomeno che trae origine al di fuori dell'Europa, dovuto a fattori di carattere globale, quali la sottovalutazione dei rischi derivanti dall'innovazione finanziaria, gli squilibri monetari, la non corretta percezione della relazione tra variabili macroeconomiche e stabilità bancaria. Ma nel suo impatto sul sistema bancario europeo, la crisi ne rivela la fragilità proprio sotto il profilo dell'impianto di regolazione e vigilanza su cui esso poggia. Essa mostra come il principio dell'armonizzazione minima e del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie nazionali – sino a quel momento architrave istituzionale del Mercato Unico – pur avendo ben servito nell'ultimo ventennio del secolo scorso l'obiettivo dell'apertura dei mercati nazionali alla concorrenza su scala europea, fosse tuttavia divenuto al volgere del secolo del tutto incongruente con l'accelerazione che il processo di integrazione dei mercati bancari nazionali e dei suoi operatori aveva subito con la creazione della moneta unica. Da iniziale forza trainante del Mercato unico, l'armonizzazione minima era divenuta paradossalmente, dal 2000 in poi, un fattore di debolezza del medesimo. Tutto ciò, si diceva, è messo a nudo dalla crisi.

La crisi infatti conferma² come in un contesto in cui banche sottoposte a regole e vigilanze nazionali competono in modo crescente su scala europea, anche grazie alla creazione della moneta unica, emergono incentivi perversi e pressioni in ciascun Stato membro ad adottare regole e prassi compiacenti nei confronti dei cc.dd. “campioni nazionali”, al fine di sostenerne la competitività anche a scapito della loro solidità e della stabilità (c.d. arbitraggio regolamentare). Si può innescare così un problema di azione collettiva, una sorta di corsa al ribasso tra gli Stati membri nella definizione e applicazione delle regole, poiché al momento del conclamarsi della crisi *tutti* i partecipanti al sistema – anche i più virtuosi – finiscono comunque col pagare il prezzo (le cc.dd. esternalità negative) delle condotte compiacenti di taluni di essi, e dell'instabilità che ne consegue. Un esempio di siffatto arbitraggio e delle esternalità negative che ne derivano è offerto, durante la crisi, dalle diverse definizioni di capitale ai fini di vigilanza

¹ Cfr. in questo senso A. ENRIA, *Il sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea*, Audizione presso il Senato della Repubblica italiano, 5 marzo 2015.

² La disomogeneità di definizioni e prassi era perverso stata già posta in luce e documentata dal CEBS, il Comitato predecessore dell'EBA.

adottate in ciascun Stato membro: in molte banche gli strumenti finanziari che negli anni precedenti la crisi erano stati qualificati dalle autorità nazionali come “capitale regolamentare” si rivelano all’emergere della crisi del tutto inadeguati – per la loro configurazione contrattuale – ad assorbire le perdite con il necessario tempismo. Ciò costringe i corrispondenti Stati membri a intervenire con iniezioni di capitale pubblico che non solo finiscono con il tenere indenni dalle perdite i suddetti strumenti (il c.d. *bail-out*) ma anche, e soprattutto, innescano a loro volta un generale clima di sfiducia sulla effettiva solidità degli strumenti di capitale di tutte le banche in Europa, provocando quindi *spill-over* negativi ed esigenze di ricapitalizzazione su scala europea.

Ma la crisi dimostra altresì che l’armonizzazione minima e il mutuo riconoscimento sono un fattore di fragilità del Mercato unico anche quando la diversità delle legislazioni nazionali che ne scaturisce non è riconducibile a ragioni di arbitraggio regolamentare. Il profilo è evidente se solo si pensa alle significative differenze nelle definizioni utilizzate da ciascuna vigilanza nazionale ai fini della misurazione degli aggregati prudenziali. Differenze che non solo comportano nella fase fisiologica costi ingiustificati e duplicazioni per l’operatività dei gruppi transfrontalieri ma, ancor peggio, nel momento della crisi impediscono alle vigilanze e ai mercati di avere un quadro chiaro circa le effettive condizioni finanziarie ed economiche dei gruppi bancari transfrontalieri. Si consideri per esempio la mancanza di una definizione europea unica per grandezze fondamentali quali i *non performing loans*, i crediti soggetti a *forebearance*, gli *unencumbered asset* (cfr. *infra* par. 4.2). Tale frammentazione precludeva alle vigilanze di avere dati affidabili per ciascuna banca su base transfrontaliera, ne aveva compromesso la comparabilità da parte degli analisti, minando in maniera indistinta la fiducia dei mercati nelle banche, a prescindere dalle effettive condizioni di ciascuna.

L’inadeguatezza dell’armonizzazione minima e l’esigenza di passare all’armonizzazione massima per vero era già stata propugnata da Tommaso Padoa-Schioppa all’indomani della creazione della moneta unica³, ma senza sufficiente seguito. Tuttavia, come è stato osservato da uno dei padri fondatori del progetto europeo “*la forza di un’idea non si misura dal fatto che essa si imponga senza frizioni al suo primo apparire, ma dalla sua capacità di risorgere dalla sue sconfitte*”⁴. In questo caso è purtroppo la crisi a dimostrare il fondamento dell’originaria proposta: sulla scorta delle evidenze empiriche prodotte dalla crisi, il c.d. “rapporto De Larosière” nel 2009⁵ ripropone il cambio di passo, prospettando un sistema regolamentare e istituzionale del settore bancario europeo basato sulla armonizzazione massima, vale a dire sulla creazione di un corpo unico di regole europee direttamente applicabili negli Stati membri senza

³ T. PADOA-SCHIOPPA, *How to deal with emerging pan-European financial institutions?*, relazione alla Conference on Supervisory Convergence organizzata dal Ministero dell’Economia olandese, disponibile su <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2004/html/sp041103.en.html>, 2004.

⁴ A. SPINELLI, *Come ho tentato di diventare saggio*, Il Mulino, p. 382, 1999.

⁵ J. DE LAROSIÈRE ET AL., *The High-Level Group on Financial Supervision in Europe*, Report, disponibile su http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/de_larosiere_report_en.pdf

bisogno di trasposizione nazionale (il c.d. *Single Rulebook* o SR), nel rispetto del principio di proporzionalità. La proposta viene immediatamente raccolta dal legislatore europeo, con un pacchetto legislativo che contempla tra l'altro la creazione dell'EBA come autorità i cui compiti principali consistono nel contribuire alla creazione del Single Rulebook e alla sua coerente e convergente traduzione in prassi applicative omogenee da parte delle autorità di vigilanza bancaria. Queste ultime continuano tuttavia, in questa fase della costruzione della nuova architettura istituzionale, a operare a livello nazionale, seppur mediante meccanismi di coordinamento che vengono rafforzati e assegnati alla sfera di competenza dell'EBA (i cc.dd. collegi dei supervisor) .

2.2 La seconda fase della crisi e la creazione della Banking Union

Alla prima fase della crisi finanziaria, di estensione globale, succede una seconda fase che si innesta sulla prima e investe peculiarmente solo l'Europa. Si tratta di una crisi caratterizzata dal c.d. circolo vizioso tra condizioni di bilancio degli Stati membri e banche che vi risiedono. In alcuni casi sono i bail-out nazionali in favore delle banche a determinare il deterioramento delle condizioni fiscali degli Stati membri; in altri sono le condizioni fiscali e macroeconomiche degli Stati membri a trasmettersi sulle banche e penalizzarne il costo della raccolta, anche quando i fondamentali di queste banche originariamente non destano preoccupazioni. Quale che sia la molla scatenante, in entrambi i casi l'assenza di un meccanismo di gestione integrato a livello europeo delle crisi bancarie determina una spirale perversa tra banche e Stati in cui esse risiedono. Ma l'effetto di questa spirale si espande al di là dei confini nazionali. Diviene chiaro in questa fase che il suo costo non è pagato solo dagli Stati membri direttamente interessati, ma finisce con il dover essere condiviso anche dagli altri Stati membri, dato il livello di interconnessione e integrazione oramai sussistente. E diviene quindi a questo punto unanimemente riconosciuta la necessità di introdurre una rete di sicurezza europea e una gestione integrata a livello europeo delle crisi bancarie, che a dir il vero avrebbe forse potuto disinnescare alla fonte tale avvitamento se le proposte elaborate in questo senso all'emergere della crisi fossero state accolte. Ad ogni modo, è questo il quadro sulla base del quale matura, all'indomani del salvataggio di Bankia con il contributo dell'European Stability Mechanism, la decisione di creare un sistema integrato di supervisione delle banche e di gestione delle crisi bancarie, la Banking Union, comprendente gli Stati facenti parte dell'Eurozona e gli altri Stati membri che volessero prendervi parte anche prima della loro adesione all'area della moneta unica.

La BU comporta quindi un radicale cambiamento dell'architettura istituzionale in cui l'EBA era stata inizialmente concepita. All'armonizzazione massima delle regole, perseguita con l'EBA, si aggiunge e si affianca ora un meccanismo di integrazione delle vigilanze nazionali sulle banche e della gestione delle loro crisi. Se ne deve desumere che la missione dell'EBA non abbia più ragione di essere? La risposta è negativa.

In primo luogo l'obiettivo perseguito con il Single Rulebook rimane valido anche in presenza della BU perché la creazione di un corpo unico di regole europee è un elemento decisivo per il buon funzionamento della BU stessa, al proprio interno. Ciò in quanto entrambe le attuali colonne della BU, il Single Supervisory Mechanism (SSM) e il Single Resolution Mechanism (SRM), sono sistemi a raggiera, composti da componenti centrali e componenti nazionali, che continuano a dover fare riferimento alle legislazioni nazionali per alcuni rilevanti aspetti dell'operatività delle banche vigilate⁶. Il permanere di differenze nazionali su questi aspetti rappresenta chiaramente un rischio per il buon e omogeneo funzionamento della BU. Si pensi ad esempio alle aree di competenza dell'SSM tuttora rimesse alle opzioni legislative nazionali previste dalla legislazione europea, composta dalla direttiva 2013/36/EU (in prosieguo CRD IV) e dal regolamento 575/2013 (in prosieguo CRR). E si consideri altresì come ai sensi del regolamento 806/2014 istitutivo del Single Resolution Mechanism (SRM) e del Single Resolution Board (SRB) gli schemi di risoluzione adottati dal SRB devono essere eseguiti in ciascuno Stato membro sulla base di quanto le legislazioni nazionali prevedono in attuazione della direttiva BRRD (cfr. articolo 29 del regolamento). Maggiore sarà quindi la capacità dell'EBA di favorire e portare avanti l'armonizzazione massima anche su queste aree mediante il Single Rulebook, minore sarà il rischio di incongruenze e rallentamenti nel cammino della BU.

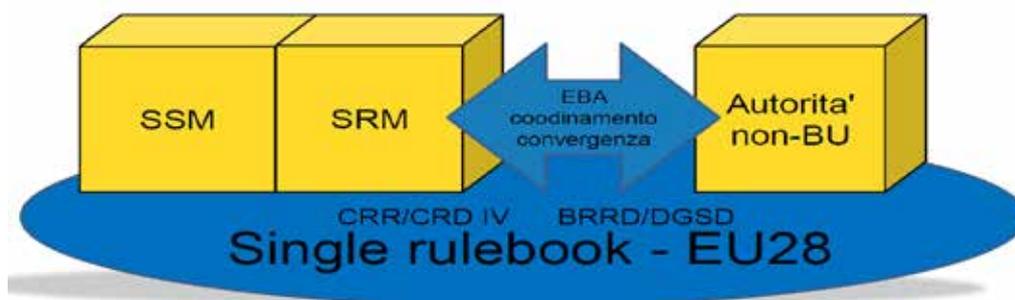
La funzione del Single Rulebook assume inoltre, con la creazione della BU, un nuovo connotato, quello di assicurare la tenuta del Mercato Unico rispetto al rischio di una polarizzazione tra la BU, da un lato, e gli Stati Membri che non vi fanno parte, dall'altro. La presenza di un corpo unico di regole valide per l'intera area del Mercato Unico rappresenta infatti un collante, un argine rispetto al rischio di frammentazione che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, si pone ogni qual volta si apra la possibilità di introdurre varianti nazionali nell'attuazione di regole europee. Come intende visualizzare la figura qui in calce (fig. 1), la presenza di un sostrato normativo unico che disciplini allo stesso modo l'attività bancaria e garantisca la parità delle condizioni competitive (*level playing field*) sull'intero Mercato Unico – all'interno e fuori dalla BU – è una condizione imprescindibile per rendere possibile l'operatività delle banche su base transfrontaliera, e con essa la circolazione dei finanziamenti all'economia reale che il Mercato Unico si prefigge di agevolare.

La presenza di questo nuovo attore istituzionale, la BU, non fa dunque venire meno l'importanza del Single Rulebook e dei compiti al riguardo assegnati all'EBA. Comporta piuttosto una diversa contestualizzazione delle funzioni del Single Rulebook, accompagnata da una ricalibrazione delle aree di azione e di

⁶ Cfr. R. D'AMBROSIO, *La responsabilità della BCE e delle autorità nazionali competenti nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 78, gennaio 2015, *passim*; M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, J. SOLANA ÁLVAREZ, *I limiti ai poteri di vigilanza nel MUV: il ruolo dei mandati costituzionali e dei diritti fondamentali*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 79, ottobre 2015, *passim*.

sviluppo dell'EBA e da una revisione della *governance*. È chiaro ad esempio che la funzione di coordinamento delle vigilanze nazionali originariamente assegnata all'EBA perda la propria ragione di essere all'interno dell'Eurozona, dove a un meccanismo di coordinamento si sostituisce un unico sistema di vigilanza integrata su scala sovranazionale. Così come inevitabili sono stati gli interventi sulla *governance* dell'Autorità.

Figura 1



3. Il Single Rulebook: i due livelli normativi

Le fonti normative che compongono il Single Rulebook si collocano su due distinti livelli gerarchici. Al vertice (c.d. livello 1) abbiamo le direttive e i regolamenti emanati mediante la procedura ordinaria (i.e. mediante codecisione del Consiglio dell'Unione e Parlamento europeo). Tali atti legislativi dovrebbero dettare solo le regole essenziali e che implicano scelte di indirizzo generale – il condizionale è dettato dalle ragioni che si illustreranno in prosieguo – e al contempo conferire una delega (delimitandone l'ambito e lo scopo) alla ulteriore specificazione di tali regole mediante atti normativi (c.d. livello 2). Questi ultimi possono assumere la forma giuridica di:

- I) norme tecniche “di regolamentazione” o “di esecuzione” (a seconda del rinvio compiuto nella delega all'articolo 10 del Regolamento EBA e agli atti delegati ex art. 290 TFUE o all'articolo 15 e agli atti di esecuzione ex art. 291 TFUE) preparate dall'EBA e formalmente adottate dalla Commissione tramite regolamenti, quindi in quanto tali direttamente applicabili negli Stati membri senza che si debba – e si possa – dare luogo a recepimento con un atto di trasposizione nazionale;
- II) regolamenti delegati ex art. 290 Trattato UE o esecutivi ex art. 291 TFUE, adottati dalla Commissione o dal Consiglio (a seconda di quanto disposto nella delega).

La scelta da parte del legislatore primario tra il primo o al secondo tipo di delega dovrebbe essere dettata dai contenuti: solo gli atti delegati del secondo tipo possono implicare scelte politiche o strategiche. Sul significato di questa

distinzione torneremo tra poco. In ogni caso, è un dato di fatto che nell'esperienza maturata in questi anni nella stragrande maggioranza dei casi il legislatore primario è ricorso alla delega a norme tecniche, che per numero e importanza delle materie trattate costituiscono la componente preponderante del Single Rulebook. Tali norme tecniche rappresentano un'innovazione radicale nel panorama delle fonti del diritto bancario europeo e offrono alla dottrina giuridica una serie di profili meritevoli di approfondimento, che possono qui essere solamente accennati come spunti di riflessione.

3.1. *Le norme tecniche dell'EBA*

Le norme tecniche vengono predisposte dall'EBA attraverso un processo articolato, che vede la partecipazione delle autorità di vigilanza nazionali nel processo di stesura guidato dall'Autorità e la sottoposizione della bozza di norma tecnica a una consultazione pubblica, che di regola dura tre mesi. Il testo definitivo viene quindi approvato dal Board of Supervisors, l'organo di vertice dell'EBA composto dalle autorità di vigilanza nazionali, e trasmesso alla Commissione per la formale adozione mediante regolamento. Quest'ultima è peraltro subordinata a un controllo da parte della Commissione sul rispetto dei termini della delega e alla mancanza di obiezioni rispetto alla norma tecnica da parte del Consiglio e del Parlamento europeo (nel caso della norma tecnica di regolamentazione).

Di regola il potere dell'EBA di redigere la norma tecnica è configurato nella delega come un obbligo (recitando la delega "EBA shall develop..."), ma è interessante osservare che in tempi più recenti vi sono stati casi di delega il cui esercizio sembrerebbe essere qualificato come discrezionale (la formula di delega essendo "EBA may develop...", cfr. ad esempio BRRD articoli 36, co. 15, e 74, co. 4). Il condizionale è d'obbligo, in quanto appare difficile postulare in capo all'EBA la possibilità di esercizio di una simile discrezionalità, che rappresenta una prerogativa esclusiva della Commissione, peraltro in assenza di criteri che ne guidino e circoscrivano l'esercizio. È da notare che nella versione italiana della direttiva non si prevede questa discrezionalità (utilizzandosi *sempre*, in tutti gli articoli di delega, la medesima formulazione, "L'ABE elabora..."), laddove la versione inglese utilizza nell'articolo sopra citato il modale "may" a differenza dello "shall" impiegato negli altri articoli di delega, così come quella francese negli stessi articoli prevede che l'EBA "peut élaborer", mentre negli altri articoli di delega dispone che l'EBA "èlabore...".

Il tema della discrezionalità dell'EBA è inoltre alla fonte di un altro aspetto critico nel riscontro tra il dettato del regolamento istitutivo dell'EBA e la successiva prassi legislativa. Da un lato, gli articoli 10 e 15 del regolamento EBA prevedono che le norme tecniche non possano implicare "decisioni strategiche o scelte politiche", dall'altro una semplice ricognizione dei profili rimessi dalla CRR o dalla CRD, o ancora dalla BRRD, alle norme tecniche dimostra incontrovertibilmente che queste ultime sono chiamate a disciplinare aspetti strategici o assumere scelte politiche, se per decisioni strategiche e scelte politiche si intendono decisioni che definiscano le modalità di composizione tra interessi e obiettivi diversi, secondo

una determinata gerarchia dei medesimi. Per vero, la ricognizione di questi primi cinque anni di produzione legislativa nel settore bancario suggerisce di ripensare e riqualificare le modalità di allocazione delle norme sinora seguita tra livello primario e livello secondario. Scorrendo i testi legislativi primari si può agilmente constatare come il disegno originario di definire con il livello 1 solo le decisioni di maggiore portata e i criteri di esercizio delle deleghe al livello 2, sia stato nei fatti disatteso, con la produzione di poderosi corpi normativi di livello 1 contenenti norme eccessivamente dettagliate e tecniche, che dovrebbero invero essere rimesse al livello 2 data la rapida evoluzione delle prassi di mercato. D'altro canto, sarebbe anche opportuno rivedere l'assunto secondo il quale le norme tecniche di livello 2 non possono contenere scelte politiche e strategiche. Ogni norma implica un determinato contemperamento di interessi e quindi in quanto tale implica una scelta politica. Riconoscere che ciò vale anche per le norme tecniche non implica snaturare un'Autorità tecnica rendendola politica. Significa piuttosto riconoscere un dato di fatto, che altrimenti rimarrebbe dissimulato. Ciò che va evitato è piuttosto che la norma tecnica implichi scelte strategiche o politiche senza una adeguata definizione dei criteri e dei limiti della delega, senza un processo normativo che rispetti i canoni della *better regulation* e della consultazione pubblica, e senza una adeguata *accountability* mediante la verifica *ex post* del rispetto dei suddetti criteri e limiti. Mi sembra si possa fondatamente asserire che il processo di produzione delle norme tecniche sopra descritto prevede tutte queste garanzie e si possa quindi sfatare il dogma della scelta puramente tecnica, vale a dire riconoscere esplicitamente che anche le regole tecniche implicano decisioni politiche o strategiche, nel senso e nei limiti appena chiariti. Una tale ricostruzione del processo normativo, si potrebbe da ultimo obiettare, confligge con l'architettura istituzionale dell'Unione europea e in particolare con la giurisprudenza Meroni, che prevede rigidi limiti alla delega ad autorità terze di poteri discrezionali facenti capo alle istituzioni europee. L'obiezione non coglierebbe nel segno: le più recenti letture della giurisprudenza Meroni sembrano notevolmente ridimensionarne la portata ostensiva all'attribuzione di deleghe, almeno rispetto al tipo di delega qui in considerazione, circoscritta nel suo ambito di esercizio e pur sempre formalmente subordinata all'attiva adozione della norma tecnica da parte della Commissione⁷.

L'ultimo spunto di riflessione critica che vorrei sollevare in merito alle norme tecniche concerne il rapporto tra queste ultime e il principio di minima armonizzazione. Occorre infatti ricordare che sia la direttiva CRD IV sia la direttiva BRRD sono tuttora – nonostante la scelta strategica, di vertice, di creare il Single Rulebook – direttive di armonizzazione minima, le quali al contempo rinviano a norme tecniche dell'EBA per la regolamentazione di profili significativi rientranti nel loro alveo. Abbiamo quindi in questi casi, da un lato, norme tecniche

⁷ Cfr. E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis. The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, in *EUI Law Working Papers* n. 13, *passim*, 2015; N. MOLONEY, *European Banking Union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review* 51, pp. 1609-1670, 2014; M. SCHOLTEN e M. VAN RIJSBERGEN, *Erecting a New Delegation Doctrine in the EU upon the Meroni-Romano Remnants*, in *Legal Issues of Economic Integration*, University of Amsterdam 41, pp. 389-405, 2014.

direttamente applicabili senza bisogno di trasposizione ed evidentemente previste dalla legislazione europea al fine di evitare i rischi di frammentazione e disparità impliciti nella trasposizione nazionale, e dall'altro lato il riconoscimento da parte del medesimo legislatore europeo della possibilità per il legislatore nazionale di emanare norme di trasposizione nazionale. Queste ultime tuttavia rischiano di sovrapporsi alle norme tecniche e vanificarne l'obiettivo di creare un quadro normativo identico per ciascuno degli Stati membri. Per fare un esempio, tra i tanti, ci si può domandare in che misura e sino a che punto norme nazionali possano aggiungersi alle norme tecniche dell'EBA che già disciplinano in maniera uniforme per tutti gli Stati membri il contenuto dei piani di risanamento, secondo la delega prevista dall'articolo 10 comma 9 della BRRD. Il quesito sulla possibile convivenza di norme tecniche e regole nazionali in presenza di direttive di armonizzazione minima probabilmente non può trovare una risposta di carattere generale. Occorrerà piuttosto comparare di volta in volta lo scopo della previsione da parte della legislazione di livello 1 di norme tecniche in una certa materia rispetto alle norme nazionali che si aggiungono alle prime, per accertare se le seconde non finiscono con il vanificare l'obiettivo, sotteso alla decisione di prevedere norme tecniche, di garantire la parità delle condizioni competitive sull'intera area del Mercato unico. Si tratta evidentemente di una soluzione non soddisfacente, per il margine di incertezza che essa apre in ciascun caso. La questione merita dunque di essere tenuta nel dovuto conto e ulteriormente studiata, per sollecitare il legislatore europeo a riconsiderare come direttive di armonizzazione minima possano coesistere con l'obiettivo programmatico del Single Rulebook e la conseguente previsione, nell'ambito di queste stesse direttive, di norme tecniche destinate a formare il Single rulebook. Così come, per la medesima ragione, una riconsiderazione critica meritano le opzioni e discrezionalità che sono tuttora presenti nelle pieghe di regolamenti di livello 1, quali la CRR, che d'altrocanto si prefiggono espressamente di garantire un campo di gioco omogeneo in tutta l'area del Mercato unico (cfr. infra par. 4.2).

3.2. Gli altri strumenti normativi, e non, che compongono il Single Rulebook

Le norme di livello 1 e di livello 2 costituiscono il Single Rulebook nella sua accezione più formale e ristretta di "corpo unico di norme". In realtà l'EBA dispone di un corredo ben più ampio di strumenti di varia natura che contribuiscono alla formazione del Single Rulebook in una accezione più ampia del termine. Si tratta di strumenti con caratteri innovativi, di non agile collocazione tra le possibili categorie classificatorie delle funzioni di nomofilachia, interpretazione, *enforcement*, coordinamento, etc. Ciascuno di essi richiederebbe un apposito approfondimento, per le novità che introducono e le riflessioni che stimolano. L'economia del presente contributo consente di accennare solo ad alcuni. Innanzitutto vi sono gli orientamenti (in prosieguo *guidelines* o GL) e le raccomandazioni che l'EBA, su iniziativa propria⁽⁸⁾ ovvero sulla base di una delega di livello 1, può emanare ai sensi dell'articolo

⁸ Sui presupposti che legittimano GL su iniziativa dell'EBA cfr. E. CHITI, *op. loc. cit.*.

16 del Regolamento EBA. Tra le considerazioni che questi strumenti sollevano, la più interessante a mio parere riguarda la collocazione che essi assumono tra le fonti del diritto europeo e la connessa possibilità che diano luogo a pretese giuridiche soggettive direttamente azionabili. Un dato rilevante in argomento è rappresentato dalla decisione del 24 giugno 2013 della Commissione di ricorso delle tre Autorità Europee di Vigilanza (EBA, ESMA ed EIOPA) che, a fronte del ricorso di un utente bancario riconosce il valore che le GL assumono ai fini dell'interpretazione dell'ordinamento nazionale nel momento in cui l'Autorità di vigilanza cui sono rivolte manifesta esplicitamente la sua volontà di conformarsi ad esse, secondo il noto meccanismo del *comply or explain* che caratterizza le GL ai sensi dell'art. 16 del Regolamento EBA. A ben vedere tuttavia le GL dell'EBA non possono essere collocate nell'alveo del meccanismo *comply or explain* nel senso in cui quest'ultimo è comunemente inteso nell'autoregolamentazione. Nel caso delle GL dell'EBA la scelta tra *comply* o *explain* non è arbitraria: l'articolo 16, co. 3, del Regolamento EBA prevede che "le autorità e gli istituti finanziari competenti compiono ogni sforzo per conformarsi agli orientamenti e alle raccomandazioni" dell'EBA. Non si tratta dunque di un arbitrario *comply or explain*, ma di un onere di adeguamento salvo giustificata motivazione. Se questa lettura è corretta, si può allora prospettare che le GL mantengano quell'efficacia interpretativa cui la decisione della Commissione di ricorso faceva riferimento anche nei casi in cui la scelta dell'Autorità di vigilanza di non conformarsi alle GL non sia giustificata ovvero sia motivata da ragioni arbitrarie.

Nell'innovativa strumentazione del Single Rulebook includerei poi le Questions and Answers (QandA), Si tratta di un "dispositivo", accessibile tramite il sito internet dell'EBA, dove quest'ultima e la Commissione europea forniscono e rendono nota la loro interpretazione rispettivamente delle norme di livello 2 e 1, a fronte di specifici quesiti posti dagli operatori. Si tratta di uno strumento che deriva la propria legittimazione nell'articolo 29, co. 2, del Regolamento EBA secondo il quale l'EBA "può sviluppare, se del caso, nuovi strumenti pratici e di convergenza per promuovere approcci e prassi comuni in materia di vigilanza". Per vero, il QandA sembra collocarsi nella terra di mezzo che tiene insieme l'attività di produzione delle regole che compongono il Single Rulebook e l'area concernente la loro omogenea applicazione. La distinzione e il confine tra le due aree non sono per vero del tutto netti. Il QandA è in tal senso uno strumento che svolge una funzione di tipo nomofilattico, contribuendo alla ulteriore definizione del Single Rulebook, alla sua integrazione nel corso del tempo e alla sua uniforme applicazione sul Mercato unico. Sotto il primo aspetto, le risposte fornite con il QandA – sebbene non abbiano alcuna forza giuridicamente vincolante – si possono considerare come elementi integranti (e integrativi) del Single Rulebook, considerando il valore di fonte interpretativa, almeno per gli aspetti tecnici, che ad esse dovrebbero anettere le autorità giurisdizionali chiamate alla effettiva applicazione delle regole cui le risposte del QandA si riferiscono. Inoltre è ragionevole attendersi che il QandA abbia un certo impatto di fatto, attraverso l'adesione volontaria da parte del mercato alle risposte ivi fornite, in virtù della maggiore certezza del diritto che

l'adesione ad esse implica per quanto appena osservato. Il QandA inoltre è parte integrante del Single Rulebook là dove consente di individuare eventuali lacune o chiaroscuri del testo normativo, vuoi per aspetti della prassi originariamente non adeguatamente considerati, vuoi a causa della continua evoluzione dei mercati. Lacune che possono venire colmate attraverso gli altri strumenti di cui dispone l'EBA, quali le opinioni e i pareri indirizzati alle istituzioni europee, mediante cui l'EBA può sollecitare un intervento del legislatore primario, o ancora le GL e le raccomandazioni, quando la questione può essere risolta sul piano interpretativo e applicativo. Il QandA è infatti, lo si diceva, anche uno strumento applicativo. Da questo angolo visuale, esso contribuisce non solo a fornire indirizzi interpretativi agli utenti finali del dettato normativo, ma anche a consolidare tra le stesse autorità di vigilanza (e le autorità di risoluzione, estendendosi il QandA anche all'area del nuovo regime della gestione delle crisi bancarie) una prassi omogenea nell'applicazione delle regole. In tal senso il QandA – alla cui elaborazione per l'appunto partecipano tutte le autorità di vigilanza e di risoluzione del Mercato unico mediante un network facente capo all'EBA e composto da esperti delle Vigilanze nazionali nonché della BCE e del SRB – è parte integrante di quella “cultura comune di vigilanza” cui si riferisce la rubrica dell'articolo 29 del Regolamento EBA.

L'elenco degli strumenti di cui l'EBA dispone al fine di assicurare l'applicazione uniforme e coerente del Single Rulebook dovrebbe continuare ponendo in luce il ruolo che l'EBA svolge: nell'ambito degli stress test proprio al fine di garantire la parità nell'applicazione delle regole del gioco e consentire la comparabilità dei risultati degli stress test e del patrimonio informativo che ne accompagna la pubblicazione⁹; nei collegi di supervisione e di risoluzione, per agevolare l'effettivo coordinamento e cooperazione delle procedure tra autorità facenti parte della BU e autorità nazionali ad essa esterne; attraverso le verifiche *inter pares* di comparazione e valutazione delle prassi di vigilanza ex articolo 30 del Regolamento EBA; nelle procedure per l'accertamento delle violazioni del diritto dell'Unione ex articolo 17 del Regolamento EBA; nelle procedure di mediazione e arbitrali previste dall'articolo 19 del Regolamento EBA in caso di controversia tra Autorità circa le modalità di applicazione del diritto dell'Unione in relazione a situazioni transfrontaliere. Si tratta di una panoplia di strumenti la cui descrizione, si anticipava, andrebbe ben oltre l'economia del presente scritto. Ciò che si può e si deve in questa sede osservare è che, sebbene gli stessi non rientrino propriamente tra i meccanismi di *creazione* delle regole e appartengano piuttosto all'area della funzione nomofilattica o ancora del monitoraggio e indirizzo nell'*applicazione* delle regole, tuttavia essi sono di fatto – proprio per il labile carattere del confine che distingue produzione delle regole, funzione nomofilattica, e monitoraggio e indirizzo dell'attività applicativa – parte integrante del Single Rulebook, inteso in un'accezione ampia e atecnica di corpo unico di regole disciplinanti in

⁹ Cfr. diffusamente sul punto M. QUAGLIARIELLO, *Europe's New Supervisory Toolkit: Data, Benchmarking and Stress Testing for Banks and their Regulators*, Risk Books, 2016, *passim*.

modo omogeneo e coerente l'attività bancaria e la sua supervisione sull'intero arco del Mercato unico.

4. Le linee portanti del Single Rulebook

Cinque anni dalla creazione dell'EBA sembrano un lasso di tempo sufficiente per un primo bilancio sulle direttrici e le priorità sin qui perseguite nell'elaborazione del Single Rulebook, e sui risultati ottenuti.

Quanto al corso di marcia e alle mete perseguite, le regole prudenziali derivanti dall'Accordo di Basilea e il nuovo regime delle crisi bancarie sono i due pilastri della regolamentazione su cui più intensa è stata l'azione di riforma a livello internazionale in questi anni, e coerentemente sono queste le due aree che hanno maggiormente alimentato lo sviluppo, anche sul piano quantitativo, del Single Rulebook, secondo criteri e direttrici che si illustreranno tra breve.

Occorre prima tuttavia anche osservare che queste due aree non esauriscono l'ambito di competenza del Single Rulebook. Non sono infatti mancati in questi anni anche interventi normativi dell'EBA in aree ulteriori, quali la protezione del consumatore e l'antiriciclaggio. Invero, la sempre maggiore importanza che detti profili acquistano nel quadro regolamentare internazionale per il settore bancario lasciano presumere che questi andranno progressivamente ad acquisire negli anni a venire uno spazio crescente anche nel Single Rulebook.

4.1. La piattaforma interattiva di accesso al Single Rulebook

Sul piano quantitativo, è da notare che in questi cinque anni l'EBA ha portato complessivamente e formalmente a termine al mese di dicembre 2015 circa 115 standard tecnici, 45 GL, 9 raccomandazioni, 101 report, 47 tra opinioni e pareri, rispondendo a oltre 800 quesiti nell'ambito del QandA, e ha utilizzato gli altri strumenti richiamati nelle pagine precedenti nei termini quantitativi illustrati nella tabella in calce. Come si è sopra esposto, tutte queste attività contribuiscono, in forme e con incidenza diversa, alla formazione e al continuo aggiornamento del Single Rulebook. Così è in modo particolare e diretto per gli standard tecnici, le GL e raccomandazioni, le risposte che compongono il QandA. Questa molteplicità e stratificazione, nel tempo e nell'ordine gerarchico, delle fonti introduce per i destinatari delle norme un problema di facilità di accesso e ricostruzione sistematica delle norme. Per tale ragione l'EBA ha predisposto una piattaforma internet interattiva che, partendo dalla singola norma di livello 1, consente di identificare e accedere alle norme secondarie e agli altri strumenti sin qui menzionati che contribuiscono alla specificazione e interpretazione di detta norma, ovvero permette di identificare tutti gli interventi normativi di livello 1 e 2 nonché le GL attinenti ad uno degli argomenti consultabili nel catalogo tematico offerto da questo strumento interattivo.

	2011	2012	2013	2014	2015	Totale
Opinion/Advice	1	6	5	14	21	47
Guideline	2	6	2	17	19	46
Implementing Technical Standard			21	10	9	40
Regulatory Technical Standard		1	39	22	15	77
Rapporti	6	12	26	23	34	101
Raccomandazioni	2		4	1	2	9
Violazioni del diritto dell'Unione				1		
Indagini						1
Mediazioni		2	5			7
Peer review			1	1	1	3
Warning			2			2
Stress test	1			1		2

4.2. Gli obiettivi e le priorità perseguiti nel completamento delle regole prudenziali

Nell'area della regolamentazione prudenziale, le priorità perseguite riflettono le lacune dell'impianto normativo europeo emerse nel dispiegarsi della crisi, così come sono state descritte nei paragrafi iniziali di questo scritto.

La prima parte dell'attività di produzione normativa dell'EBA, in linea con le deleghe contenute nella CRR e nella CRD, è stata quindi prevalentemente impegnata su tre fronti: (a) l'armonizzazione massima dei criteri e delle definizioni rilevanti per la qualificazione del capitale regolamentare (i.e. il numeratore del coefficiente patrimoniale di vigilanza), coprendo l'intero spettro delle regole che incidono su questo profilo, dal regime delle deduzioni passando per i criteri di assorbimento delle perdite per arrivare all'applicazione dei cc.dd. *floors*; (b) l'attuazione uniforme in Europa del nuovo quadro di regole derivanti dall'Accordo di Basilea III sui requisiti di liquidità (LCR e NSFR), ad esempio attraverso il costante monitoraggio del progressivo allineamento delle banche ai nuovi standard e l'emanazione di regole europee del tutto uniformi per la definizione degli "asset liquidi" (*High Quality Liquid Assets*), nonché la predisposizione di modelli di reporting omogenei; (c) la creazione di un generale sistema europeo unico di reporting per tutte le banche per quanto concerne sia le grandezze prudenziali (c.d. COREP) sia quelle finanziarie (cc.dd. FINREP), accompagnato dall'armonizzazione completa delle definizioni sottostanti ad aggregati fondamentali per rendere comparabili su base transfrontaliera le condizioni economiche e finanziarie delle banche, quali la definizione di attività deteriorate (*non performing exposures*),

di attività di bilancio vincolate (*asset encumbrance*), di esposizioni oggetto di concessioni (*forebearance*). I progressi così ottenuti hanno non solo consentito di colmare per l'intera area del Mercato Unico alcune delle maggiori lacune del sistema previgente, ma hanno anche rappresentato un importante caposaldo per l'avvio dell'attività del SSM e la conduzione del “*comprehensive assessment*”, che avrebbe altrimenti trovato un notevole ostacolo nella precedente frammentazione degli aggregati prudenziali utilizzati su base nazionale.

In parallelo con il consolidamento dei fronti appena richiamati, il raggio di azione del Single Rulebook si è progressivamente interessato delle modalità di definizione delle esposizioni ponderate per il rischio, vale a dire “dal numeratore al denominatore” del coefficiente patrimoniale. Sempre in linea con le deleghe previste dalla CRR e CRD IV un corpo significativo di GL, norme tecniche e rapporti tecnici nella seconda metà di questo primo quinquennio sono stati indirizzati a individuare ed eliminare le divergenze nazionali e realizzare un campo di gioco più uniforme nella determinazione delle ponderazioni per il rischio, ad esempio in aree quali le correzioni per i rischi di credito e di mercato, la definizione di default, la possibilità di utilizzare il metodo standardizzato o i modelli interni, le tecniche di mitigazione del rischio di credito.

Sebbene i progressi nell'armonizzazione delle aree descritte siano stati significativi, è bene ricordare che queste stesse aree presentano ancora un ampio numero di divergenze su base nazionale dovute a opzioni e discrezionalità tuttora rimesse dalla CRR e dalla CRD IV ai legislatori nazionali. L'EBA ha acceso un riflettore su questo tema e monitora le modalità di esercizio di queste opzioni e discrezionalità, al fine di porre in evidenza le alterazioni della parità di regole del gioco che ne possono derivare¹⁰ e valutare l'opportunità di sollecitare il legislatore europeo a porre in essere nuove iniziative di ulteriore armonizzazione. Tale modalità di monitoraggio e rendicontazione pubblica costituisce un ulteriore esempio del variegato apparato di strumenti di cui l'EBA dispone per portare avanti la sua missione di armonizzazione del quadro normativo.

4.3. Il cambio di paradigma introdotto dal nuovo regime delle crisi bancarie

Il nuovo regime delle crisi bancarie rappresenta l'altro cantiere di lavori normativi in cui l'EBA è stata intensamente impegnata in questo quinquennio, e come detto costituisce il secondo pilastro del Single Rulebook nella sua configurazione attuale. La direttiva sulla gestione delle crisi bancarie (BRRD) e quella sugli schemi di garanzia dei depositanti (DGSD)¹¹, entrate in vigore il 3 luglio 2014, hanno assegnato all'EBA il compito di redigere oltre 40 tra norme tecniche e GL entro il 3 luglio 2015, traguardo che è stato raggiunto anche attraverso un solido processo di consultazione pubblica su tutti i testi redatti. Questo pacchetto normativo investe tutte le fasi in cui si snoda il processo di prevenzione e gestione delle crisi bancarie:

¹⁰ Le risultanze dell'azione di monitoraggio sono pubblicate sul sito dell'EBA alla pagina <https://www.eba.europa.eu/supervisory-convergence/supervisory-disclosure>

¹¹ Direttiva 2014/49/EU

partendo dalla preparazione dei piani di risanamento e di risoluzione, passando per la definizione del requisito minimo per le passività ammissibili e dei criteri di attuazione del bail-in¹², sino ad arrivare ai criteri di valutazione da adottare per le varie fasi del processo di risoluzione, alle modalità di cooperazione tra autorità di supervisione e risoluzione nell'adozione delle rispettive decisioni¹³, e alle procedure di codecisione tra le varie autorità di risoluzione coinvolte in gruppi transfrontalieri. Non è questa la sede per passare in rassegna i singoli contenuti di queste regole. Ciò che preme sottolineare è che il Single Rulebook svolge un ruolo fondamentale nella concreta realizzazione in Europa di questo nuovo regime. Per poterlo apprezzare, occorre partire dalla considerazione che principio portante di questo nuovo regime è che le banche in crisi irreversibile debbano essere soggette ad un'“ordinata risoluzione”, vale a dire debbano essere sottoposte a liquidazione e/o ristrutturazione senza che: (a) la stabilità finanziaria ed economica del sistema sia posta in pericolo; e (b) il costo della crisi debba essere sopportato da risorse pubbliche. Naturale portato di questo principio è che la procedura di risoluzione debba essere sostenuta *in primis* attraverso risorse private (azionisti, creditori, fondi mutualistici alimentati con risorse private), e solo in via eventuale e residuale con capitali pubblici. Si introduce così un radicale cambiamento di prospettiva nel modo in cui la regolamentazione si rapporta all'attività bancaria: l'obiettivo del sistema di regolazione e supervisione non è più solo indirizzato alla riduzione della “probabilità di fallimento” delle banche, ma deve anche perseguire l'obiettivo di ridurre al minimo il “costo sociale delle crisi bancarie” (ivi comprendendo tanto i costi diretti del sostegno finanziario quanto i costi indiretti che le crisi bancarie possono produrre per la collettività tutta). Del resto questo secondo obiettivo è del tutto complementare e funzionale al primo: solo rimuovendo il supporto implicito dello Stato e assicurando che le banche (i.e. i manager e coloro che decidono di investire negli strumenti finanziari e di debito delle medesime) sopportino le conseguenze delle loro scelte, in modo coerente con la gerarchia dei vari strumenti finanziari in caso di insolvenza, si può ottenere che le banche internalizzino *ex ante* tutti i rischi connessi alle loro scelte. Così facendo, il nuovo regime segna un netto progresso nel modo in cui viene contenuto il problema di eccessiva propensione al rischio che tipicamente si pone nell'attività bancaria (per le dimensioni fisiologiche del *leverage* e l'impatto sociale delle funzioni svolte), consentendo alla disciplina di mercato di dispiegare i suoi effetti. Per tale motivo la portata innovativa di questo nuovo assetto di regole si apprezza a prescindere dal verificarsi di una crisi bancaria: esso consiste piuttosto nel radicale cambio di paradigma con cui le banche nella loro fase di *going concern* vengono supervisionate, gestite e valutate dal mercato. Basti pensare per fare alcuni esempi all'impatto che questo nuovo assetto produce sulla governance delle banche, sugli incentivi di azionisti attuali e potenziali acquirenti, sui modelli di *pricing* e rating delle diverse categorie di strumenti di debito emessi dalle banche, in relazione alla posizione che occupano nella partecipazione alle perdite in caso di fallimento.

¹² Cfr. A. GARDELLA, *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework*. in D. Busch e G. Ferrarini (a cura di), *The European Banking Union*, Oxford University Press, 2015, *passim*.

¹³ Cfr. S. CAPPIELLO, *The EBA and the Banking Union*, in *European Business Organization Law Review* 16, 2015, p. 433.

Perché questo nuovo sistema possa dispiegare i suoi effetti in modo pieno e appropriato, e favorire un corretto *pricing*, è tuttavia necessario che le nuove regole del gioco siano: sufficientemente chiare e definite *ex ante*; uniformi sull'intero Mercato unico; applicate da parte delle nuove autorità di risoluzione in modo coerente con le regole preesistenti e con le modalità con cui queste ultime sono applicate dalle autorità di supervisione¹⁴; conosciute dalla molteplicità dei partecipanti al gioco (e.g. manager, azionisti, investitori, depositanti, analisti finanziari, infrastrutture di mercato, etc.).

Il Single Rulebook mira per l'appunto al conseguimento di questi obiettivi di chiarezza, prevedibilità, trasparenza e conoscenza. Essi sono cruciali per evitare l'incertezza e gli errori nell'apprezzamento del rischio che potrebbero altrimenti scaturire qualora il nuovo sistema di regole e prassi nella gestione delle crisi bancarie non fosse adeguatamente internalizzato dai diversi soggetti, pubblici e privati, che sono parte di questo sistema.

5. Sulle prossime tappe

In conclusione, un breve spunto di riflessione sui prossimi sviluppi del processo di armonizzazione massima dell'ordinamento bancario. Spero che quanto sin qui esposto abbia dimostrato quel rapporto di complementarità tra EBA e BU da cui questa relazione ha preso le mosse. Da un lato, il Single Rulebook si è rivelato ed è tuttora cruciale per dare solide fondamenta giuridiche ad un'azione uniforme del SSM sull'intera area della BU. Dall'altro lato è plausibile ritenere che la BU sarà in questi anni un fattore trainante per uno sviluppo ulteriore del Single Rulebook per quanto riguarda non solo il tasso di armonizzazione, ma anche l'estensione delle aree oggetto di armonizzazione.

Quanto al gradiente di armonizzazione, l'avvio dell'operatività tanto del SSM quanto del SRM sta ponendo in luce gli ostacoli che l'utilizzo delle direttive, in luogo dei regolamenti, comporta per un'uniforme azione di vigilanza e intervento su base transfrontaliera. Come si è posto in evidenza nel paragrafo 3, il Single Rulebook può solo limitatamente conseguire un'armonizzazione massima delle regole e prassi nel caso in cui la fonte di tale processo di armonizzazione continui ad essere una direttiva (come per la CRD IV o la BRRD). La presenza del SSM e del SRM probabilmente, e auspicabilmente, accelereranno una revisione critica di tale assetto (come già indica il faro acceso EBA e SSM sulle discrezionalità e opzioni di cui si è trattato nel paragrafo 4) e la conseguente la progressiva estensione dello strumento del regolamento anche al livello 1.

Tanto il SSM quanto il SRM inoltre mostrano come l'armonizzazione debba estendersi oltre le regole prudenziali, per ricomprendere anche il diritto societario e quello dell'insolvenza delle banche. L'armonizzazione di tali profili appare auspicabile non solo per garantire un'effettiva parità del gioco competitivo

¹⁴ Cfr. S. CAPIELLO, *The impact of the new resolution regime on "banking as usual"*, in *ECB Legal Conference 2015*, European Central Bank, p. 193.

tra banche che operano in Stati diversi, ma anche per consentire all'azione di vigilanza e intervento nelle crisi di poter operare in modo più efficace su base transfrontaliera. Così superando gli ostacoli altrimenti rappresentati da regole diverse in tema, per fare alcuni tra gli esempi più rilevanti, di diritti e doveri delle società di uno stesso gruppo bancario, tutela delle minoranze, gerarchia dei creditori nell'insolvenza e rispetto della medesima in caso di risoluzione.

LA VIGILANZA BANCARIA: PROSPETTIVE ED EVOLUZIONE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Olina Capolino

1. Premessa – 2. La disciplina europea e l'adeguamento dell'ordinamento italiano – 3. Le norme sul governo societario – 4. Le politiche di remunerazione – 5. Il superamento del CICR – 6. I requisiti dei partecipanti ed esponenti – 7. La tutela dei whistleblowers – 8. I poteri di vigilanza: la rimozione individuale e collettiva – 9. Le sanzioni pecuniarie – 10. Le “altre misure” – 11. Conclusioni

1. Premessa

Stiamo vivendo una stagione particolarmente densa di mutamenti normativi. Una importante parte del cammino per la creazione della nuova architettura della vigilanza europea è stata già percorsa, ma ancora ci aspettano tappe significative per il completamento del quadro, come delineato nel giugno del 2012 nella cosiddetta “relazione dei quattro presidenti”¹: manca ancora infatti, dopo l’attuazione di un sistema unico di risanamento e risoluzione², la creazione di un sistema europeo di garanzia dei depositi³, che sembra di non facile realizzazione.

Tra le novità già pienamente delineate dalle nuove regole europee spicca il disegno dei poteri delle autorità di vigilanza, che indubbiamente offre, rispetto al passato, ulteriori e più incisivi strumenti per l’esercizio delle funzioni di supervisione. I poteri e gli strumenti previsti dalla disciplina europea si inseriscono nel quadro normativo italiano in una prospettiva di continuità rispetto all’ordinamento vigente, ma implicano anche un forte rafforzamento della discrezionalità dell’autorità di settore, che vede accresciuta la propria possibilità di scelta tra più strumenti alternativi di intervento.

Al tempo stesso, è tuttavia anche cambiata la distribuzione dei poteri di vigilanza prudenziale, con l’attribuzione alla BCE dei compiti diretti di vigilanza sulle banche “significative”, sia pure attraverso l’assistenza delle autorità nazionali, e con l’inclusione di tutti le banche dell’Eurozona nel perimetro del Meccanismo di vigilanza unico (MVU)⁴.

Questa precisazione preliminare è doverosa, considerato che il t.u.b. non è stato ancora formalmente adeguato al nuovo assetto della vigilanza, già da tempo ormai pienamente operativo⁵.

¹ *Verso un’autentica Unione economica e monetaria*, Relazione del presidente del Consiglio europeo, in stretta cooperazione con i presidenti della Commissione, dell’Eurogruppo e della Banca centrale europea, Bruxelles, 26 giugno 2012; Commissione europea, *Piano per un’Unione economica e monetaria autentica e approfondita*, novembre 2012; Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla relazione dei presidenti del Consiglio europeo, della Commissione europea, della Banca centrale europea e dell’Eurogruppo*, 20 novembre 2012; Rapporto dei quattro presidenti, *Verso un’autentica Unione economica e monetaria*, dicembre 2012.

² Cfr. i d.lgs. nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015, attuativi della direttiva 2014/59/UE; il regolamento UE n. 806/2014 che fissa norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi nel quadro di un meccanismo unico di risoluzione, entrato pienamente in vigore il 1° gennaio 2016.

³ Proposta della Commissione europea per un regolamento modificativo del regolamento n. 806/2014 volta a istituire un sistema europeo di garanzia dei depositi (COM (2015) 586 final), per recepire le indicazioni del “Rapporto dei cinque Presidenti” del 22 giugno 2015.

⁴ 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.

⁵ Il regolamento europeo, a differenza delle direttive, non deve essere recepito nella legislazione nazionale, essendo già giuridicamente vincolante e direttamente applicabile. In relazione al regolamento 1024/2013, qualche modifica sarebbe comunque indispensabile, per assicurare la coerenza delle disposizioni nazionali con il nuovo quadro normativo europeo.

Sicché, occorre tener presente che, nelle materie disciplinate dal regolamento n. 1024/2013 istitutivo del *Single Supervisory Mechanism*, i poteri attribuiti alla Banca d'Italia dall'ordinamento nazionale sono ormai esercitati direttamente dalla Banca d'Italia stessa solo nei limiti stabiliti dal regolamento e dalle relative norme di attuazione, mentre la restante attività di vigilanza (cartolare e ispettiva) è condotta, per le banche "significative", attraverso gruppi congiunti coordinati dalla BCE, e la Banca d'Italia si limita a predisporre e attuare le decisioni assunte dall'autorità europea⁶. L'autorità nazionale continua ad esercitare i poteri di vigilanza nei confronti delle banche "meno significative", ma la BCE può impartire istruzioni e avocare le funzioni di controllo. La BCE è inoltre competente ad adottare, per tutte le banche, i provvedimenti di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e di autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti, all'esito di procedimenti condotti congiuntamente alle autorità nazionali.

2. La disciplina europea e l'adeguamento dell'ordinamento italiano

Negli scorsi decenni, la disciplina prudenziale europea era basata su un sistema di direttive che stabilivano un livello di armonizzazione minima delle regole e lasciavano agli Stati membri ampi margini di discrezionalità nel dare attuazione alle disposizioni nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Tali margini di discrezionalità avrebbero dovuto favorire l'adozione di regole comuni garantendo però, al tempo stesso, il rispetto delle specificità dei singoli ordinamenti; essi tuttavia sono stati utilizzati come strumenti per promuovere i sistemi bancari locali, riducendo la parità concorrenziale e favorendo l'arbitraggio regolamentare. I problemi di disparità competitiva causati dalla eterogeneità con cui le regole comuni sono state recepite nei singoli ordinamenti sono stati poi ulteriormente acuiti dai differenti approcci e prassi delle autorità di vigilanza nazionali.

In questo quadro, l'esigenza di un *corpus* unico di norme e di una vigilanza bancaria integrata è divenuta ancor più pressante per effetto della crisi finanziaria, che ha messo in luce importanti carenze regolamentari, foriere di rischi per la stabilità finanziaria. In occasione della trasposizione nell'ordinamento europeo della disciplina di "Basilea 3"⁷, è stata dunque seguita una strada volta a limitare gli ambiti di discrezionalità regolamentare e a favorire una maggiore armonizzazione delle regole.

⁶ Le autorità nazionali partecipano indirettamente ai processi decisionali della BCE attraverso i componenti del *Supervisory Board* e del *Governing Council*. Sul nuovo assetto dei poteri di vigilanza cfr. M. MANCINI, *Dalla Vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica* n. 73, Roma 2013; C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca, impresa, soc.*, 2015, I, p. 73; L. DONATO e F. RECINE *The Single Supervisory Mechanism. From the building stage to the race track*, in *European Banking 3.0 – Bank Industry and Supervision in the Behavioral Finance Revolution, 20th Report on the Italian Financial System*, Fondazione Rosselli, a cura di Bracchi, Filotto e Masciandaro, Roma, 2015, p. 251 e ss.; L. DONATO, *Regulation and Supervision in Financial System: is the Banking Union in action?*, in *Doing banking in Italy*, a cura di Carretta e Sargiacomo, London 2016, p. 1 e ss..

⁷ Su "Basilea 3" cfr. http://www.bis.org/bcbs/basel3_it.htm.

Le precedenti direttive per il settore bancario sono state infatti sostituite da due distinti strumenti normativi: un regolamento (n. 575/2013, *Capital Requirements Regulation*, CRR), direttamente applicabile negli Stati membri, che consente ridotti margini di discrezionalità nazionale, e una direttiva (2013/36/UE, *Capital Requirements Directive*, CRD IV), che contiene anch'essa, diversamente dal passato, numerose previsioni dettagliate e puntuali.

Il regolamento stabilisce i requisiti di capitale per le banche e le SIM operanti nell'Unione europea⁸ nonché gli obblighi di comunicazione al mercato, perseguendo un approccio di armonizzazione massima. Le altre aree dell'attività bancaria in cui la convergenza, nei rispettivi sistemi legali nazionali, sarebbe stata più difficile da realizzare a causa delle differenze nella disciplina degli istituti giuridici a monte (diritto societario, disciplina delle sanzioni e dei relativi procedimenti), sono state disciplinate invece dalla direttiva.

Il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano è avvenuto con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, contenente modifiche al testo unico bancario e al testo unico della finanza, in attuazione della delega contenuta negli artt. 1 e 3 della legge n. 154/2010 (Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre).

Non per tutte le disposizioni della CRD IV si è comunque resa necessaria la trasposizione nell'ordinamento nazionale attraverso una fonte di rango primario: alcune modifiche, in materia di governo societario e di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione, erano state infatti introdotte già nel corso del 2014 con disposizioni secondarie della Banca d'Italia, adottate nell'ambito dei suoi preesistenti poteri regolamentari.

3. Le norme sul governo societario

La CRD IV persegue un importante rafforzamento della *governance* bancaria. Le norme della direttiva relative alla *governance* sono ben più ampie e dettagliate rispetto ai pochi principi generali enunciati dalle direttive precedenti: esse specificano i compiti degli organi, la loro composizione qualitativa e quantitativa, l'istituzione e il ruolo dei comitati interni, il sistema di *risk management*, gli obblighi di informativa al mercato⁹.

Sono importanti al riguardo i principi sulla *internal governance* espressi dall'art. 74 della direttiva, che si soffermano in particolare sulla necessità che le banche abbiano una robusta struttura di governo societario, che comprenda una ben definita organizzazione interna, con una chiara individuazione delle responsabilità e adeguati sistemi di controllo dei rischi, nonché adeguate politiche di remunerazione e incentivazione.

⁸ Sull'innalzamento dei requisiti patrimoniali per le banche cfr. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 2 ed., Bologna 2016, p. 129 e ss..

⁹ Sulle ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a prevedere una più pregnante disciplina in tema di governo societario si può rinviare a O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano 2015, p. 19 e ss..

L'art. 88 della direttiva è dedicato alla responsabilità degli organi di gestione e di supervisione strategica in relazione all'istituzione di dispositivi di governo societario che assicurino un'efficace e prudente gestione dell'ente, la separazione delle funzioni, la prevenzione dei conflitti di interesse. La direttiva prevede, tra l'altro, che il presidente non debba esercitare la funzione di amministratore delegato, e impone alle banche più significative l'istituzione di un comitato per le nomine.

Si prevede poi (all'art. 91) che i componenti del *board* soddisfino puntuali requisiti personali e professionali, introducendo regole che riguardano sia i membri degli organi individualmente (requisiti reputazionali, di esperienza e professionalità, limiti al cumulo degli incarichi), sia l'organo nel suo complesso (valutazione dell'adeguatezza complessiva, comitato rischi, obblighi di informazione). Gli artt. da 92 a 95 disciplinano le politiche di remunerazione e di incentivazione, prevedendo limiti alle retribuzioni variabili nonché l'istituzione presso le banche più significative di un comitato *ad hoc*. Tra i comitati endoconsiliari è previsto anche un comitato rischi (art. 76, par. 3), che non è richiesto però per le banche minori, in ossequio al principio di proporzionalità.

Nella legislazione bancaria italiana erano in realtà da tempo presenti strumenti di intervento sulla struttura e l'organizzazione dei soggetti che esercitano l'attività bancaria: già nella legge bancaria del 1936-1938 erano rinvenibili, ad esempio, la previsione di incompatibilità per amministratori, direttori e dipendenti bancari, il potere dell'autorità di vigilanza di ordinare la convocazione delle assemblee e dei consigli di amministrazione, ovvero di convocare direttamente detti organi "*per sottoporre all'esame i provvedimenti ritenuti utili alle aziende*", e infine la possibilità di invitare gli organi competenti a disporre la sospensione di "*direttori e funzionari, anche se rivestano la qualità di consiglieri delegati*", ove responsabili di "*gravi manchevolezze*", o di chiedere la risoluzione del loro contratto di impiego¹⁰.

In tempi meno remoti, la previsione dell'art. 13 della seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria (1989/646/CEE), secondo cui le autorità competenti dello Stato membro d'origine erano tenute ad esigere che "*che ciascun ente creditizio [fosse] dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno*", era stata testualmente trasfusa nella versione originaria dell'art. 53 del t.u.b., che alla lettera *d*) contemplava appunto la possibilità per la Banca d'Italia di dettare disposizioni in materia.

Può quindi affermarsi che l'attenzione al buon governo societario delle banche, come presidio e garanzia della loro sana e prudente gestione, non è soltanto frutto dei riflessi della più recente crisi economica e finanziaria sulla disciplina europea, come da molti ritenuto, ma era da tempo presente nella legislazione bancaria italiana. Deve riconoscersi, tuttavia, che gli strumenti di intervento in passato già previsti dall'ordinamento nazionale erano scarsi e non

¹⁰ Cfr. gli artt. 9 e 35 del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, nonché l'art. 91, poi introdotto dal R.D.L. 7 luglio 1937, n. 1400.

sufficientemente incisivi, se paragonati a quelli attualmente messi a disposizione delle autorità di vigilanza. E certamente può essere considerata un effetto della recente crisi la tendenza al rafforzamento degli obblighi di controllo sui rischi e al potenziamento degli strumenti di vigilanza, essendo ormai diventato convincimento comune, proprio grazie alla crisi, che non è possibile affidarsi interamente alle forze di mercato.

La Banca d'Italia ha recepito i principi della direttiva n. 2013/36 sul governo societario delle banche con le Disposizioni del maggio 2014, ma già nel 2008 aveva dettato regole in materia, volte a tener conto della riforma del diritto societario del 2003¹¹. Tralasciando di soffermarsi sul contenuto delle une e delle altre, va però ricordato che le prime Disposizioni si caratterizzavano essenzialmente per due aspetti, relativi l'uno alla struttura del provvedimento (non più indistintamente composto, come nelle tradizionali Istruzioni di vigilanza, da descrizioni, prescrizioni e raccomandazioni, ma più coerentemente articolato in principi e linee guida), e l'altro all'approccio seguito per raccordare le esigenze di vigilanza ai diversi modelli di *governance* introdotti dalla riforma del diritto societario.

Quanto al primo aspetto, le Disposizioni del marzo 2008 introducevano un quadro regolamentare composto, per ciascun argomento, da principi generali e da linee guida applicative di contenuto specifico: i primi destinati ad esprimere gli obiettivi della regolamentazione, lasciando agli intermediari la scelta del modo migliore per darvi applicazione, in accordo con il principio di proporzionalità, mentre compito delle linee guida è invece facilitare, attraverso indicazioni particolari, l'applicazione dei principi generali con riguardo ad ambiti specifici, o in relazione alle diverse tipologie di banche.

Il secondo aspetto che caratterizzava le Disposizioni sul governo societario del 2008 era la scelta regolamentare operata in presenza dei diversi modelli di amministrazione e controllo introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003. Come è noto, la riforma ha affiancato al sistema tradizionale quelli dualistico e monistico, di derivazione rispettivamente tedesca e anglosassone. Per di più, ai tre possibili modelli di governo societario ha aggiunto una variante, prevedendo che nel sistema dualistico le società possano scegliere di conferire al consiglio di sorveglianza poteri di approvazione delle operazioni strategiche¹².

In presenza di una così variegata possibilità di articolare la struttura del governo societario, il problema da risolvere, in una prospettiva di vigilanza, era come rendere sempre ugualmente applicabili, in ciascuno dei diversi modelli

¹¹ Cfr. su entrambi i provvedimenti P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Il governo delle banche*, cit., p. 73 e ss., nonché i restanti interventi raccolti nel medesimo volume.

¹² Art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis), secondo cui, se previsto dallo statuto, il consiglio di sorveglianza delibera anche "in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti".

di *governance*, le prescrizioni ritenute indispensabili per una sana e prudente gestione, garantendone in ogni caso una equivalente efficacia indipendentemente dalle differenti forme di organizzazione societaria adottate¹³.

La soluzione, già oggetto di una prima sperimentazione nelle disposizioni attuative degli accordi cd. di Basilea II¹⁴, fu trovata individuando, all'interno di ciascun modello di governo societario, le funzioni aziendali cardine (gestione corrente, supervisione strategica e controllo), e riferendo ad esse, piuttosto che agli organi, i medesimi compiti e responsabilità nell'applicazione dei principi e delle linee guida enunciati. A ciascuna funzione furono attribuiti dunque specifici compiti e doveri, che la connotano e contribuiscono a differenziarla rispetto alle altre, ma che restano costanti indipendentemente dal modello di *governance* in concreto adottato¹⁵.

In tal modo, la libertà delle banche di scegliere, tra i diversi modelli, quello ritenuto più adatto non è stata conculcata; ma la scelta regolamentare compiuta ha inteso in qualche misura attenuare, se non azzerare, le differenti sfumature comunque esistenti tra i diversi modelli di *governance*, rendendone l'adozione neutrale rispetto alle finalità della vigilanza. La soluzione adottata è stata oggetto di critiche, perché non terrebbe conto delle ineliminabili differenze tra i tre modelli di amministrazione e controllo¹⁶, ma si giustifica in realtà pienamente in relazione alla necessità di garantire in ogni caso il perseguimento delle preminenti finalità della vigilanza bancaria¹⁷.

Con le successive Disposizioni di vigilanza del 6 maggio 2014, la Banca d'Italia si è fatta carico (essendo scaduto il 31 dicembre 2013 il termine di recepimento della direttiva n. 2013/36) dell'attuazione delle previsioni sugli assetti di governo societario delle banche presenti nella direttiva che potevano essere recepite utilizzando i poteri regolamentari già previsti dal testo unico bancario¹⁸. Dei due aspetti caratterizzanti le originarie Disposizioni del 2008

¹³ L'esigenza avvertita dall'autorità di vigilanza era la stessa che aveva indotto il legislatore a modificare, dopo la riforma del diritto societario, l'art. 52 t.u.b., prevedendo che, al fine di soddisfare gli obblighi informativi dell'organo di controllo nei confronti della Banca d'Italia, lo statuto assegnasse a tale organo i necessari poteri "*indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato*".

¹⁴ Banca d'Italia, Circolare n. 263 del 2006.

¹⁵ Per tener conto delle esigenze della vigilanza, le Disposizioni si discostavano anche, nell'enunciate alcune "Linee applicative", da talune previsioni codicistiche, in particolare per quanto concerne gli organi con funzione di controllo, che svolgono un importante ruolo informativo nei confronti dell'autorità di vigilanza: gli organi deputati allo svolgimento di tale funzione debbono essere, perciò, quanto più possibile equiparati, non solo per poteri e responsabilità, ma anche per *status* e garanzie, al collegio sindacale.

¹⁶ Cfr. ad es. G. PRESTI, *Questioni in tema di governance e coordinamento dei controlli*, in *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di V. Calandra Bonaura, A. Bartolacelli e F. Rossi, *Quaderni di giurisprudenza Commerciale*, Milano 2014, p. 32 e ss..

¹⁷ Un'analoga preoccupazione emerge del resto dalla stessa direttiva 2013/36 (cfr. i *Considerando* 55 e 56).

¹⁸ Le Disposizioni, che tengono anche conto delle indicazioni offerte dall'EBA e da altri organismi internazionali, sono confluite nella Circolare 285 del 2013. Con l'entrata in vigore delle nuove Disposizioni, quelle del marzo 2008 sono state abrogate, anche se per alcune previsioni è stata introdotta una disciplina transitoria.

(la suddivisione in principi generali e in linee guida applicative, e l'approccio unitario nei confronti dei diversi modelli societari), il secondo è confermato¹⁹, mentre il primo è, se non abbandonato, certamente molto ridimensionato.

Infatti la strutturazione in principi generali e linee guida volte solo ad orientare le scelte organizzative dei soggetti vigilati formalmente permane, ma cede in realtà il passo ad una nutrita serie di indicazioni prescrittive, secondo un modello di regolamentazione più tradizionale, ma evidentemente più efficace. Interi paragrafi, poi, (quelli sulle banche popolari e sul ruolo del presidente, particolarmente densi di istruzioni puntuali) non rispettano neanche formalmente la suddivisione in principi generali e linee applicative.

Questa diversa impostazione conferma come la scelta di dettare discipline per principi, autonomamente applicabili secondo criteri generali di proporzionalità, lasciando spazio ad interpretazioni e adattamenti, abbia mostrato, alla prova della crisi, di non essere pienamente efficace. D'altra parte, come vedremo, la CRD IV prevede un sistema sanzionatorio particolarmente incisivo, e anche per questa circostanza contribuisce a favorire il ripiegamento da un sistema *principle-based* ad un approccio fondato su un sistema di regole più dettagliate e precettive.

Ad esempio, con riferimento alla disciplina del limite al cumulo degli incarichi la CRD IV ha imposto – per le sole banche di maggiori dimensioni – un limite numerico preciso: tre incarichi per consigliere (uno di amministratore esecutivo e due di amministratore non esecutivo), o, in alternativa, quattro incarichi di amministratore non esecutivo (art. 91). Ciò anche al fine di consentire agli esponenti aziendali di disporre delle necessarie risorse per il corretto adempimento dei loro compiti. Il decreto legislativo di recepimento demanda al Ministro dell'Economia e delle Finanze il potere di emanare con proprio decreto, sentita la Banca d'Italia, disposizioni di dettaglio in materia.

I limiti al cumulo degli incarichi realizzano un obiettivo già presente nelle pieghe delle Disposizioni di vigilanza del 2008 e delle *Guidelines* dell'EBA²⁰, sebbene perseguito con incisività infinitamente inferiore, cioè mediante la sola affermazione della necessità di disporre del tempo minimo occorrente per l'espletamento degli incarichi. In Italia, peraltro, è già previsto uno strumento (il divieto di *interlocking directorates*) che indirettamente favorisce il buon funzionamento degli organi delle banche, vietando la contemporanea partecipazione agli organi di due o più banche, assicurazioni e intermediari in competizione: indirettamente, si è detto, perché la norma che lo ha introdotto nel nostro ordinamento (art. 36 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201) ha in realtà finalità non connesse al perseguimento della sana e prudente

¹⁹ Sul relativo contenuto delle *Disposizioni* cfr. R. LENER, *Le nuove regole in materia di supervisione strategica e di gestione nelle banche, Il governo delle banche*, cit., p. 111 e ss..

²⁰ EBA, *Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders* (EBA/GL/2012/06), in cui un accenno al paragrafo 15.1..

gestione, ma dichiaratamente *antitrust*²¹. La contemporanea presenza delle due norme (nazionale ed europea), che hanno ambiti di applicazione diversi, ma in parte sovrapponibili, rende comunque in Italia più rigoroso l'obbligo di evitare cumuli di incarichi nelle banche. Nel complesso si tratta di una disciplina di forte impatto sulla *governance* delle banche, in quanto idonea a modificare strutturalmente la composizione degli organi.

4. Le politiche di remunerazione

Anche il tema delle politiche di remunerazione, diffusamente trattato dalla direttiva 2013/36 (agli artt. 92 - 95), è stato disciplinato in Italia con disposizioni secondarie. La CRD IV stabilisce, in particolare, un limite massimo per il rapporto tra la componente fissa della remunerazione degli esponenti bancari e quella variabile, che non può superare il 100% della prima. La direttiva consente agli Stati membri sia di stabilire un limite più basso, sia di prevedere la possibilità per gli azionisti di autorizzare un tetto più elevato, purché non superiore al 200%, con delibera da assumere con *quorum* costitutivi e deliberativi rafforzati, fissati dalla direttiva stessa. È previsto un obbligo di informazione all'autorità di vigilanza; le autorizzazioni concesse devono poi essere comunicate all'EBA per consentirne il monitoraggio.

Il tema dei sistemi di remunerazione e incentivazione, citato ormai esplicitamente anche dall'art. 53 t.u.b., ma separatamente dal governo societario pure ivi menzionato, non costituisce, in realtà, una materia a sé rispetto a quest'ultimo: esattamente come l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni, le politiche di remunerazione del "personale più rilevante" costituiscono invece un elemento fondamentale della *governance* bancaria.

L'esperienza della crisi (e dei tanti casi di gestione imprudente collegati all'esistenza di meccanismi incentivanti) ha mostrato la centralità delle politiche di remunerazione nel determinare le condotte – più o meno corrette o orientate all'assunzione di rischi eccessivi – del *management* e del personale. Un uso distorto degli incentivi sulle remunerazioni può costituire un fattore di rischio importante per gli intermediari: quando la remunerazione non è legata ai risultati ottenuti o alle responsabilità assunte, ma è volta a privilegiare piuttosto i ritorni immediati, può incidere sulla correttezza delle condotte, anche nei confronti della clientela. Inoltre, va tenuto presente che l'ammontare delle remunerazioni variabili deve essere sostenibile rispetto alla situazione finanziaria della banca e non deve incidere sulla possibilità di mantenere un adeguato livello di patrimonializzazione. Se la banca ha esigenze di rafforzamento patrimoniale, deve tenerne conto nella determinazione delle remunerazioni, riducendo i *bonus* e applicando anzi sistemi di penalizzazione²².

²¹ Al di là delle intenzioni, la norma in questione, anche grazie alle conseguenze di carattere marcatamente sanzionatorio previste dalla legge (la quale in caso di violazione commina la decadenza da tutte le cariche), può concorrere comunque al raggiungimento di finalità di buon funzionamento e correttezza degli organi sociali, tipiche della vigilanza prudenziale.

²² Sul tema cfr. S. CAPPIELLO, *I compensi variabili dei vertici bancari e l'Europa: un difficile "rapporto"*, in AGE 2014, p. 439 e ss..

Occorre in sostanza contemperare l'esigenza di premiare i *manager*, anche per assicurarsi le migliori professionalità, con quella di evitare politiche aggressive e di breve periodo, volte esclusivamente ad ottenere vantaggi economici personali.

Che si tratti di un elemento di rilievo è attestato dalla circostanza che l'art. 94 della direttiva (sugli elementi variabili della retribuzione) era stato oggetto di un ricorso del Regno Unito alla Corte di Giustizia, poi abbandonato, che contestava anche l'attribuzione all'EBA del compito di emanare in materia progetti di norme tecniche di regolamentazione²³. La rinuncia è intervenuta successivamente al deposito delle conclusioni (evidentemente convincenti) dell'Avvocato generale Jaaskinen, presentate il 20 novembre 2014.

A livello nazionale, le politiche di remunerazione, già oggetto di una prima regolazione nelle Disposizioni del 2008²⁴, sono state ora disciplinate nell'ambito della Circolare della Banca d'Italia n. 285²⁵. Le nuove disposizioni prevedono tra l'altro l'introduzione di un limite massimo al rapporto tra la componente fissa e quella variabile, che di norma non può superare il 100% della prima (ma prevedendo che può raggiungere anche il 200%, previa delibera assembleare adottata con *quorum* rafforzati), dettagliati criteri di determinazione della componente variabile, una più puntuale definizione dei meccanismi di correzione *ex post* (sistemi di *malus* e clausole di *claw-back*), limiti alle remunerazioni variabili nel caso in cui le banche beneficino di aiuti di Stato o non rispettino specifici requisiti di capitale. Si stabilisce che le nuove regole siano attuate secondo un criterio di proporzionalità che tenga conto delle caratteristiche, delle dimensioni e della rischiosità dell'attività; si regolano i compiti del comitato remunerazioni.

La materia è dunque disciplinata dalle disposizioni della Banca d'Italia, ma anche il decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 che ha novellato il t.u.b. è intervenuto sull'argomento, sotto due distinti profili: *a*) riconoscendo espressamente alla Banca d'Italia il potere di prevedere, nell'esercizio della vigilanza regolamentare, che talune decisioni in materia di remunerazione e incentivazione siano rimesse all'assemblea dei soci anche nel modello dualistico, nonché di stabilire i relativi *quorum* costitutivi e deliberativi (art. 53, comma 4-*quinquies*, t.u.b.); *b*) dichiarando nullo qualsiasi patto o clausola non conforme alle disposizioni in materia di sistemi di remunerazione e incentivazione emanate dalla Banca d'Italia o provenienti da atti dell'UE direttamente applicabili (art. 53, comma 4-*sexies*, t.u.b.). Si tratta di disposizioni che non potevano che essere contenute in una fonte primaria. In particolare era

²³ Corte di Giustizia, causa C-507/13, *Regno Unito c/ Parlamento europeo e Consiglio*.

²⁴ La Banca d'Italia aveva poi recepito le indicazioni in materia della direttiva 2010/76/UE, con proprie *Disposizioni* del 30 marzo 2011, ora abrogate. Cfr. anche la *Comunicazione congiunta* Banca d'Italia-Consob, *Attuazione degli Orientamenti emanati dall'ESMA in materia di politiche e prassi retributive (MiFID)*, 29 gennaio 2014.

²⁵ Banca d'Italia, *Politiche e prassi di remunerazione e incentivazione*, in *Circolare* n. 285, Titolo IV, Cap. 2, 18 novembre 2014.

certamente necessaria una norma di legge per intervenire sui contratti collettivi e individuali di lavoro, introducendo clausole che sostituiscono di diritto le precedenti.

Un altro argomento sul quale è stata la legge ad intervenire per adeguare l'ordinamento nazionale è quello delle obbligazioni degli esponenti aziendali. Per rafforzare la disciplina in materia di conflitti di interesse, come specificamente richiesto dalla direttiva, la legge delega per il recepimento ha infatti previsto l'obbligo di astensione dalle deliberazioni per i soci e gli amministratori che abbiano un interesse in conflitto, e la previsione della nullità delle disposizioni contrattuali in contrasto con le disposizioni in materia di remunerazione e politiche di incentivazione previste dalla direttiva. Il decreto legislativo n. 72/2015 ha dato attuazione all'obbligo di astensione (così reintrodotta nel nostro ordinamento limitatamente alle società bancarie) modificando l'art. 53, comma 4, e l'art. 136 t.u.b.. Si tratta di una previsione che rappresenta un "ritorno al passato" rispetto all'attuale formulazione dell'art. 2391 cod. civ.. Anche in questo caso, le innovazioni richieste dalla direttiva dovevano, tipicamente, essere recepite con modifiche a livello legislativo, non potendosi realizzare una loro introduzione nell'ordinamento nazionale attraverso la sola normativa secondaria.

Tutti gli interventi legislativi derivanti dal recepimento della CRD IV hanno trovato ancora una volta posto nel t.u.b., che ha accolto non solo le previsioni riguardanti le banche, ma anche quelle analoghe per i gruppi bancari e per altri soggetti (intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento), nonché per i soggetti ai quali sono esternalizzate funzioni aziendali importanti e per il loro personale. La stessa opera di adeguamento ha riguardato il t.u.f., per le materie e i soggetti ivi disciplinati.

5. Il superamento del CICR

Nella nuova normativa primaria hanno trovato spazio anche interventi di riordino dell'assetto delle autorità competenti non direttamente collegati all'attuazione della direttiva n. 2013/36, ma resi ormai indifferibili dal complessivo quadro della vigilanza europea. Ci si riferisce agli interventi miranti al forte ridimensionamento del ruolo del CICR, una delle "autorità creditizie" previste dal Titolo I del t.u.b.: i compiti di elaborazione della normativa di settore assegnati a questo comitato interministeriale vengono infatti completamente cancellati dal Titolo III del t.u.b. (dedicato alla vigilanza), mentre permangono nel Titolo II, limitatamente all'art. 11, sulla raccolta del risparmio tra il pubblico, e nel Titolo VI, dedicato alla trasparenza delle relazioni contrattuali tra banche e clienti.

La soppressione del generale potere normativo del CICR costituisce un passo importante, anche se tardivo, nella direzione del superamento del tradizionale assetto dei poteri in materia di vigilanza bancaria nell'ordinamento italiano. Già all'epoca della redazione del testo unico bancario parte della dottrina aveva definito il CICR

un organo “*inutile*”²⁶; le varie riforme succedutesi hanno poi reso sempre meno plausibile il suo coinvolgimento nel processo di produzione normativa. Lo spazio per le autorità diverse da quelle tecniche si era, di fatto, già radicalmente ridotto nell’ordinamento nazionale, tanto che l’introduzione di nuove forme di vigilanza su operatori del settore finanziario non era più stata accompagnata dall’attribuzione al CICR di competenze analoghe a quelle esercitate in materia creditizia²⁷.

Un potere normativo del CICR, d’altra parte, non aveva mai trovato ingresso nella disciplina del t.u.f.. E infine, alla luce dell’evoluzione della più recente legislazione europea, sempre più dettagliata e complessa, e sempre più esclusivamente basata sulle interrelazioni fra le autorità tecniche nazionali ed europee, la previsione del CICR come organo di produzione normativa è apparsa ormai superata anche per le banche. La normativa di settore elaborata a livello europeo ha reso infatti definitivamente superflue fasi intermedie di elaborazione della disciplina, a livello politico o comunque di “alta amministrazione”.

Va precisato che l’istituzione del *Single Supervisory Mechanism*, pur costituendo la più importante innovazione nel sistema delle autorità di vigilanza, di per sé non giustifica l’abolizione del CICR, perché in base al regolamento n. 1024/2013 la BCE non dovrebbe avere competenze normative generali, e, d’altra parte, il CICR è competente anche per materie diverse dalla vigilanza prudenziale²⁸; tuttavia, la rigorosa nozione di indipendenza prevista nel regolamento istitutivo del Meccanismo unico di vigilanza rende certamente inattuale il mantenimento di competenze regolamentari in capo a organi diversi dalle autorità tecniche di settore. Nello stesso senso militano il ruolo attribuito all’EBA per la definizione di un *corpus* unico di norme sui servizi finanziari nell’Unione, che svuota di significato l’attribuzione di poteri regolamentari al Comitato interministeriale, e il grado di dettaglio delle disposizioni di vigilanza prudenziale contenute nella direttiva n. 2013/36 e nel regolamento n. 575 del 2013, palesemente incompatibile con la previsione, in materia, di ulteriori autonomi poteri normativi²⁹ attribuiti a soggetti diversi dalle autorità tecniche competenti.

²⁶ F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino 2004, p. 261. Cfr. anche F. BELLÌ, *Vigilanza e dintorni: qualche osservazione sugli artt. 20-30 del decreto n. 481*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE*, a cura di Capriglione, Bari, 1993, p. 156, e F. MERUSI, *La redazione del Testo Unico bancario: problemi di tecnica legislativa*, in *Banca, impresa, soc.*, 1993, p. 31 ss..

²⁷ Ci si riferisce alla disciplina sulla sorveglianza sui sistemi di pagamento e sui soggetti che possono essere abilitati a prestare servizi di pagamento nei confronti del pubblico: cfr. i Titoli V-*bis* e V-*ter*, nonché l’art. 146 del t.u.b.. Al tempo stesso non sono mancati contraddittori segnali di rivitalizzazione: cfr. ad es. l’introduzione nel t.u.b., ad opera dell’art. 29 della l. n. 262 del 2005, dell’art. 128-*bis*, che per l’istituzione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie tra banche e clienti prevede sempre una previa delibera del CICR.

²⁸ Oltre alla trasparenza delle relazioni tra banche e clienti, cfr. le attribuzioni previste da altre leggi, menzionate da M. CLARICH in *Commento agli artt. 2-4*, in *Testo unico bancario, Commentario* a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 12, nota 19.

²⁹ Quanto all’“alta vigilanza” attribuita al CICR dall’art. 2 del t.u.b., in assenza di ulteriori specificazioni normative non può ritenersi che costituisca una funzione ulteriore e diversa rispetto a quella deliberativa (*i.e.* regolamentare) delineata dalla legge, nella quale sembra dunque che anche i compiti di indirizzo debbano esaurirsi: cfr. O. CAPOLINO, *Le autorità*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, Padova 2008, p. 178.

6. I requisiti dei partecipanti ed esponenti

Il decreto legislativo attuativo della direttiva prevede una complessiva riforma della disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali e dei partecipanti al capitale, volta a integrare i preesistenti requisiti di onorabilità, cui si affiancano per gli esponenti aziendali professionalità e indipendenza, con criteri di competenza e correttezza, che dovrebbero essere specificati nella disciplina secondaria. La riforma dovrebbe consentire una valutazione più completa e approfondita dell' idoneità dei partecipanti e degli esponenti bancari.

La materia ha subito una notevole evoluzione. Nella prima direttiva europea di coordinamento bancario (77/780/CEE) si introduceva soltanto il principio dei “*quattro occhi*” (si prevedeva cioè che dovessero essere individuate almeno due persone determinanti per la gestione della banca in possesso di requisiti di onorabilità). In seguito, le direttive succedutesi in materia bancaria hanno descritto i requisiti personali sempre in termini generici (“*qualità*”, “*esperienza*”, “*reputazione*”), il che ha favorito interpretazioni diversificate. L'ordinamento italiano si è attenuto a un'interpretazione molto restrittiva, evidentemente allo scopo di evitare per quanto possibile la compressione dei diritti e delle capacità delle persone; questa interpretazione ha però reso possibili situazioni anomale e ingiustificatamente non in linea con l'evoluzione della disciplina europea e degli altri Paesi.

Il legislatore nazionale ha affidato la definizione dei requisiti a regolamenti ministeriali, che stabiliscono, in presenza di alcune circostanze (come una condanna definitiva a pena detentiva), una presunzione assoluta di perdita dell'onorabilità, ma non riconoscono poi alcuna discrezionalità all'autorità di vigilanza nella valutazione di elementi ulteriori, capaci comunque di incidere negativamente sulla reputazione dei partecipanti al capitale e degli esponenti bancari³⁰. La disciplina nazionale dei requisiti reputazionali è quindi del tutto carente, essendo rimasta affidata a detti decreti ministeriali, tra l'altro anteriori alla riforma del diritto societario (tanto che non disciplinano i requisiti di indipendenza). E sebbene il concetto più ampio di “*reputazione*” sia ormai da tempo menzionato dall'art. 19 t.u.b., a seguito del recepimento della direttiva 2007/44/CE sulle acquisizioni di partecipazioni, i criteri in base ai quali la valutazione dovrebbe essere effettuata non sono stati ancora esplicitamente indicati.

La necessità di procedere a una complessiva riforma della materia deriva anche:

- 1) per gli esponenti aziendali, dalla necessità di conformarsi alle *Guidelines* EBA del novembre 2012³¹. Le *Guidelines* si esprimono sulla valutazione dell' idoneità dei membri dell'organo di gestione e dei *key function holders*,

³⁰ D.M. Tesoro 18 marzo 1998, n. 144 per i partecipanti al capitale delle banche; D.M. Tesoro 11 novembre 1998, n. 469, per i partecipanti al capitale delle SIM, delle SGR e delle SICAV; D.M. Tesoro 18 marzo 1998, n. 161 per gli esponenti bancari; D.M. Tesoro 1° novembre 1998, n. 468, per gli esponenti delle SIM, delle SGR e delle SICAV.

³¹ EBA, *Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders* (EBA/GL/2012/06).

prendendo in considerazione una ampia serie di situazioni e comportamenti che possono incidere sulla reputazione, ivi inclusi i procedimenti in corso, sia penali che per sanzioni amministrative. Secondo il documento, la reputazione è compromessa in ogni caso in cui la condotta personale o professionale suscita fondati dubbi sulla capacità dell'esponente di garantire la sana e prudente gestione della banca, con riguardo non solo alle condanne o ai procedimenti penali pendenti, ma anche alle misure accessorie interdittive e alle sanzioni amministrative per violazioni in campo bancario, finanziario o assicurativo. Per i profili che attengono alla professionalità, le *Guidelines* richiedono una valutazione non solo degli *skills* posseduti dall'esponente, ma anche della loro congruità rispetto alla banca in cui viene assunto l'incarico e alla composizione complessiva del *board*.

- 2) per i partecipanti, dalle *Joint Guidelines* elaborate già nel 2008 dai tre comitati europei di settore (CEBS, CESR e CEIOPS) che, dopo la direttiva 2007/44/CE, e al fine di coordinare le prassi di vigilanza, avevano adottato un concetto di reputazione di ampia portata, che include la correttezza negli affari e la valutazione dei giudizi in corso³². Del resto anche la giurisprudenza amministrativa italiana aveva già affermato, una volta entrata in vigore la direttiva 2007/44, l'esigenza di una valutazione ampia del requisito reputazionale per i partecipanti, sancendo espressamente che la sua mancanza può essere desunta non solo dalla perdita dell'onorabilità a seguito di condanna definitiva, ma anche dall'esistenza di procedimenti penali pendenti o da altre circostanze rilevanti³³.

La nuova disciplina prevede – in aggiunta ai requisiti di onorabilità – criteri di correttezza per gli esponenti aziendali e gli azionisti rilevanti, in modo da ampliare la valutazione anche a condotte diverse dalle uniche ora prese in considerazione (quelle, cioè, che hanno dato luogo a sentenze di condanna definitive).

Si prevede, in sostanza, un sistema a “cerchi concentrici”, in cui, accanto a requisiti oggettivi e tassativi, che costituiscono condizione necessaria (ma non sufficiente) all'acquisizione di partecipazioni o all'assunzione di cariche nelle banche, sono presenti ulteriori criteri di competenza e correttezza, che consentono di valutare l'idoneità non solo formale ma anche sostanziale del partecipante o dell'esponente.

Per gli esponenti bancari, le modalità di controllo non vengono modificate, e continuano quindi a prevedere il vaglio preventivo da parte degli stessi organi della banca, chiamati a verificare il rispetto della disciplina e, se del caso, a pronunciare

³² CEBS, CERS, CEIOPS, *Guidelines for the prudential assessment of acquisitions and increases in holdings in the financial sector required by Directive 2007/44/EC*, 18 dicembre 2008. Le *Joint Guidelines* sono state espressamente richiamate dal decreto del Ministro dell'economia sostitutivo di delibera CICR del 27 luglio 2011, n. 675.

³³ Cfr. le sentenze TAR Lazio, sez. I, nn. 2826 e 2827 del 23 febbraio 2010 (con nota di GALANTI, *L'acquisizione di partecipazioni in intermediari finanziari fra regole comunitarie uniformi e discrezionalità delle autorità di controllo in Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 194 ss.), nonché TAR Lazio, sez. III, del 5 giugno 2015, n. 7966.

la decadenza dell'esponente. Anche sotto quest'ultimo profilo si conferma sostanzialmente il previgente regime, secondo cui la decadenza dall'incarico può essere decisa dall'organo competente ma anche dalla Banca d'Italia, chiamata a valutare l'idoneità degli esponenti e i limiti al cumulo degli incarichi.

Nei lavori preparatori per l'attuazione della CRD IV, si era affacciata l'ipotesi di attribuire la potestà normativa per la disciplina di dettaglio della materia direttamente alla Banca d'Italia, ciò che avrebbe permesso di ricondurre pienamente la valutazione dei requisiti reputazionali alla funzione di vigilanza, coerentemente con il quadro normativo europeo. Il testo definitivo del decreto legislativo di attuazione della direttiva ha lasciato poi invariata la competenza in capo al MEF, che dovrà dunque emanare la disciplina secondaria attuativa³⁴.

Va precisato infine che la valutazione dei requisiti dei partecipanti al capitale di tutte le banche e quella degli esponenti delle banche "significative" è ora affidata alla BCE³⁵, che però, in base al meccanismo di cui all'art. 4(3) del regolamento istitutivo del SSM, applica la legge nazionale di trasposizione delle direttive europee: sicché essa si trova, al momento, ad avere nei confronti dei partecipanti e degli esponenti delle banche italiane soltanto i poteri di cui agli artt. 25 e 26 t.u.b., nella versione ancora vigente (in attesa, si spera breve, dei nuovi regolamenti ministeriali).

7. La tutela dei *whistleblowers*

Il decreto legislativo attuativo della CRD IV ha introdotto nell'ordinamento italiano un'altra novità, costituita dalla tutela della riservatezza per chi segnala irregolarità alla banca di appartenenza o all'autorità di vigilanza (i cd. *whistleblowers*); ciò in attuazione dell'art. 71 della direttiva, il quale prevede l'istituzione di meccanismi efficaci per incoraggiare la segnalazione alle autorità di vigilanza di violazioni della disciplina prudenziale dall'interno delle banche.

Si tratta di una previsione che potrà avere effetti positivi sulla corretta gestione delle banche. È stato notato che anche la tutela dei *whistleblowers* discende dalla crisi, che ha potuto svilupparsi attraverso condotte irregolari del *management* anche grazie all'assenza di adeguati "anticorpi" interni alle banche³⁶. Forme analoghe di tutela sono state previste anche nella pubblica amministrazione: l'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dalla legge anticorruzione (legge n. 190 del 2012) prevede che il pubblico dipendente che riferisce al suo superiore gerarchico o denuncia condotte illecite sul luogo di lavoro non possa essere discriminato, sanzionato o licenziato.

³⁴ Cfr. gli artt. 25 e 26 t.u.b., come sostituiti dal d.lgs. n. 72 del 2015. L'attribuzione all'autorità di vigilanza del compito di individuare nuovi criteri e situazioni rilevanti, soprattutto in tema di requisiti reputazionali, avrebbe forse attenuato per il futuro il rischio di ritrovarsi, come già accaduto, con una disciplina non in linea con gli sviluppi europei.

³⁵ Cfr. gli artt. 15, 4(1), lett. e), e 6(4) del regolamento 1024/2013.

³⁶ L. DONATO e D.D. ABATE, *Banking Governance and the new EU supervision*, in *Reshaping commercial banking in Italy: new challenges from lending to governance*, a cura di G. Bracchi e D. Masciandaro, 19th Report on the Italian Financial System della Fondazione Rosselli, Roma 2014, p. 282.

Le regole sulla segnalazione delle irregolarità, introdotte dal decreto legislativo, sono previste dagli artt. 52-*bis* e 52-*ter* del t.u.b.: tale collocazione si giustifica perché il canale informativo costituito dal *whistleblowing* viene ad affiancarsi ai doveri di informazione gravanti sulle banche ai sensi dell'art. 51 t.u.b. e agli obblighi di comunicazione che fanno capo a soggetti qualificati (sindaci, revisori) in base all'art. 52, arricchendo il quadro delle fonti di informazione di cui l'autorità di vigilanza può disporre.

Per le segnalazioni nell'ambito degli intermediari, si prevede l'estensione della tutela alle segnalazioni riguardanti tutte le violazioni di norme che disciplinano l'attività bancaria, e non solo a quelle relative alla vigilanza prudenziale, come richiesto dalla CRD IV; ciò tenuto conto che qualsiasi violazione delle regole disciplinanti l'attività bancaria può essere sintomatica di una scorretta gestione e richiedere l'avvio di azioni correttive interne. Le procedure interne degli intermediari dovranno essere delineate in modo da assicurare la presenza dei presidi richiesti dalla direttiva in termini di riservatezza e tutela contro condotte ritorsive, discriminatorie o altri trattamenti ingiusti. È importante, a tutela dei *whistleblowers*, l'affermazione che la presentazione di una segnalazione non costituisce violazione degli obblighi di confidenzialità e riservatezza derivanti dal rapporto di lavoro.

Per le segnalazioni alla Banca d'Italia, si è scelto invece un criterio più restrittivo, limitando l'ambito dei segnalanti solamente al personale delle banche (mentre la direttiva avrebbe consentito di estenderlo a "chiunque"), e l'oggetto delle segnalazioni alle violazioni della normativa in materia prudenziale, come previsto dalla CRD IV. Probabilmente in questo caso non si è ritenuto necessario un ampliamento del campo di applicazione perché, per i soggetti diversi dal personale bancario e per le violazioni diverse da quelle strettamente inerenti alla vigilanza prudenziale, continuerà ad essere possibile indirizzare alla Banca d'Italia esposti, che già attualmente vengono ricevuti e gestiti secondo linee guida rese pubbliche dall'Istituto. Sull'utilizzo della segnalazione, il testo del decreto legislativo precisa che la Banca d'Italia si avvale delle segnalazioni ricevute, se rilevanti, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza: l'intento è di chiarire che non necessariamente a qualsiasi segnalazione deve far seguito un'iniziativa della Banca d'Italia resa nota al mercato e al segnalante.

8. I poteri di vigilanza: la rimozione individuale e collettiva

Sul piano dei poteri di vigilanza, il recepimento della CRD IV ha rappresentato l'occasione per una razionalizzazione significativa. L'art. 53 t.u.b., infatti, è stato opportunamente scisso: mentre in passato sotto la rubrica "*Vigilanza regolamentare*" erano compresi, in realtà, sia il potere di dettare disposizioni secondarie di carattere generale, sia i poteri di adozione di provvedimenti particolari, ora l'articolo disciplina, più coerentemente, il solo potere della Banca d'Italia di emanare provvedimenti generali (e senza più il vincolo di conformarsi alle delibere del CICR). Le misure di carattere particolare (convocazione degli organi, adozione di provvedimenti specifici) sono invece previste dall'art. 53-*bis* ("*Poteri di intervento*").

L'elenco dei poteri già assegnati all'autorità di vigilanza è sostanzialmente confermato. Esso è stato però integrato con la previsione del potere (previsto in conformità dell'articolo 3, comma 1, lettera *e*) della legge delega) di rimuovere uno o più esponenti aziendali, quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca³⁷.

Si tratta di un importante strumento di intervento a disposizione dell'autorità di vigilanza³⁸ che, sotto il profilo dell'incisività nei confronti dei soggetti vigilati, si è inserito tra la convocazione dell'assemblea per la revoca di uno o più amministratori (potere che la Banca d'Italia già aveva in base al previgente art. 53, comma 3, lett. *b*) e *c*), t.u.b., ma che lascia la decisione finale ai soci), e lo scioglimento dell'intero consiglio di amministrazione in occasione della sottoposizione ad amministrazione straordinaria della banca ai sensi dell'art. 70 t.u.b. (strumento eccessivo allorquando sia necessario e sufficiente allontanare uno o più esponenti aziendali, responsabili della *mala gestio*).

Questo potere, che era stato già in passato invocato dal governatore Draghi³⁹, e poi in più occasioni ancora richiesto dalla Banca d'Italia, non è in realtà previsto dalla CRD IV, ma la sua introduzione in occasione del recepimento della direttiva è stata certamente opportuna, anche alla luce del complessivo quadro normativo europeo. L'art. 16(2), lett. *m*) del regolamento 1024/2013 sul Meccanismo unico di vigilanza ha riconosciuto infatti alla BCE il potere di rimozione; un analogo potere è previsto anche dalla direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche, la quale inquadra questa misura tra quelle di intervento precoce⁴⁰.

In attuazione di quest'ultima direttiva⁴¹, è stato nuovamente disciplinato, qualificandolo appunto come misura di intervento precoce, il potere della Banca d'Italia di rimuovere tutti i componenti degli organi di amministrazione e di controllo, cui si aggiunge la possibilità di rimuovere uno o più dirigenti⁴². Si tratta di una misura, alternativa all'amministrazione straordinaria o alla nomina di un commissario in temporaneo affiancamento⁴³, adottabile in presenza degli stessi presupposti che possono giustificare gli altri due provvedimenti, e cioè

³⁷ Alla rimozione individuale, prevista dall'art. 53-*bis*, il d.lgs. n. 72 del 2015 aveva affiancato una forma di rimozione collettiva quale misura alternativa all'amministrazione straordinaria per gravi irregolarità (art. 70-*bis*). L'articolo è stato poi abrogato dall'art. 1, comma 15, del d.lgs. n. 181 del 2015, e sostituito dall'art. 69-*vicies-semel* in occasione del recepimento della direttiva 2014/59/UE (BRRD).

³⁸ Sull'argomento, cfr. già L. DONATO, M. COSSA, *Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'autorità di vigilanza*, in *Banca, Impresa, Società*, 2011, p. 339 e ss..

³⁹ M. DRAGHI, *Considerazioni finali* sul 2009, Roma, 31 maggio 2010, p. 16, e sul 2010, Roma, 31 maggio 2011, p. 17.

⁴⁰ Direttiva 2014/59/UE (BRRD), artt. 27(1), lett. *d*), e 28.

⁴¹ Cfr. i decreti legislativi nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015.

⁴² Cfr. l'art. 69-*vicies-semel* del t.u.b.

⁴³ Cfr. l'art. 75-*bis* t.u.b.. Per la nomina del commissario in temporaneo affiancamento debbono ricorrere le stesse situazioni previste per l'amministrazione straordinaria, ivi comprese, quindi, la previsione di gravi perdite del patrimonio e la richiesta dell'organo amministrativo o dell'assemblea straordinaria.

gravi violazioni o irregolarità ovvero un significativo deterioramento della situazione della banca⁴⁴.

La previsione che rende particolarmente efficace la rimozione collettiva è la necessità dell'approvazione della Banca d'Italia per l'assunzione della carica da parte dei nuovi amministratori destinati a sostituire quelli colpiti dal provvedimento di rimozione, che evita il rischio di conferme assembleari o comunque di nomine di persone ancora non in grado di assicurare la sana e prudente gestione della banca; il punto debole della disciplina è dato dalla permanenza in carica degli amministratori rimossi per il tempo necessario alla convocazione e allo svolgimento dell'assemblea, seppure è da ritenere che essi non possano compiere, in tale periodo, atti eccedenti l'ordinaria amministrazione⁴⁵: manca infatti, in questo caso, la previsione della deroga alle garanzie del procedimento e dell'immediata efficacia del provvedimento, previsione che, nell'amministrazione straordinaria, evita il rischio di condotte degli organi uscenti che peggiorino ulteriormente la situazione aziendale.

In conclusione, gli strumenti a disposizione dell'autorità di vigilanza⁴⁶ per allontanare esponenti bancari di cui si tema il negativo influsso sulla sana e prudente gestione sono ormai più che adeguati, se non sovrabbondanti. Si tratterà in concreto di valutare, in relazione ai rispettivi presupposti, quando esercitare il potere di rimozione di uno o più esponenti bancari previsto all'art. 53-*bis*, e quando si debba invece ricorrere agli altri strumenti di cui l'autorità di vigilanza dispone: la dichiarazione di decadenza per perdita dei requisiti, la rimozione collettiva come provvedimento alternativo all'amministrazione straordinaria. Non va poi dimenticata la possibilità, sempre scaturente dall'attuazione della CRD IV, di disporre il *temporary ban* per gli esponenti bancari sanzionati, il che ci conduce ad accennare anche alle novità in tema di sanzioni amministrative.

9. Le sanzioni pecuniarie

Il recepimento della CRD IV ha rappresentato l'occasione per introdurre importanti novità nella disciplina delle sanzioni amministrative. La direttiva

⁴⁴ Art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*). Il confine tra il (non meglio definito) significativo deterioramento della situazione aziendale, che giustifica le misure di intervento precoce, e la situazione di dissesto o rischio di dissesto che giustifica invece l'adozione delle misure di risoluzione (ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 180 del 2015) rinvia alla distinzione tra previsione di gravi perdite e previsione di perdite di eccezionale gravità, già presente nel nostro ordinamento (cfr. gli artt. 70 e 80 t.u.b. nel testo antecedente alle modifiche apportate con d.lgs. n. 181 del 2015).

⁴⁵ Il testo unico non si esprime sul punto, ma non dovrebbe considerarsi applicabile l'istituto della *prorogatio* con pienezza di poteri, previsto dall'art. 2385 c.c. solo per gli amministratori scaduti o dimissionari: deve pertanto ritenersi che i compiti di gestione siano circoscritti, nel periodo in questione, agli atti di ordinaria amministrazione.

⁴⁶ Con il recepimento della direttiva 2014/59/UE, il potere di disporre l'amministrazione straordinaria, inquadrata ormai tra le misure di intervento precoce a disposizione dell'autorità di vigilanza, è stato direttamente attribuito alla Banca d'Italia, che in passato aveva solo in potere di proposta nei confronti del Ministro dell'economia; l'art. 76, che disciplinava la gestione provvisoria, cui la Banca d'Italia poteva ricorrere nei casi di assoluta urgenza che non consentivano di attendere il decreto ministeriale, è stato conseguentemente abrogato.

realizza una riforma complessiva e un importante rafforzamento del sistema sanzionatorio, indicando le violazioni per le quali deve essere prevista una sanzione, elevando la misura massima delle sanzioni pecuniarie ed elencando i criteri in base ai quali l'autorità di vigilanza deve orientare la scelta della sanzione applicabile.

Mentre i criteri per l'irrogazione delle sanzioni dettati dalla direttiva⁴⁷ non sembrano, nella sostanza, troppo dissimili da quelli già presenti o desumibili dalla legge n. 689 del 1981, altre previsioni appaiono veramente innovative, come la creazione di una banca dati centrale delle sanzioni presso l'EBA, che consentirà alle autorità di vigilanza di informarsi sulle sanzioni irrogate anche al di là dei confini nazionali, ai fini delle valutazioni di competenza sui requisiti reputazionali dei *manager* bancari.

Nel decreto legislativo n. 72 del 2015 la disciplina sanzionatoria è stata riscritta per recepire le norme della CRD IV; le nuove norme sono applicabili a tutti gli intermediari disciplinati dal t.u.b. e a tutte le sanzioni amministrative ivi previste, per evitare una frammentazione della disciplina sanzionatoria, così come disparità di trattamento per condotte analoghe. L'attuazione della direttiva sancisce anche il passaggio a un sistema volto a sanzionare in primo luogo l'ente, e solo sulla base di determinati presupposti anche l'esponente aziendale o comunque la persona fisica responsabile della violazione.

L'art. 65 della direttiva sembra infatti postulare l'imprescindibilità della sanzione a carico della persona giuridica, ammettendo poi la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere eventualmente anche sanzioni a carico delle persone fisiche. La direttiva lascia tuttavia al diritto nazionale l'individuazione delle circostanze in cui la sanzione debba essere irrogata, oltre che alle persone giuridiche, anche ai relativi esponenti. La scelta va compiuta tenendo conto della circostanza che, se sanzionare le persone giuridiche ha il vantaggio di definire un sistema semplice e oggettivo e consente una riduzione del contenzioso, prevedere anche sanzioni che colpiscano le persone fisiche favorisce, d'altro canto, una più elevata responsabilizzazione individuale.

È dubbio, peraltro, quale delle due risposte sanzionatorie assicuri un maggiore effetto di deterrenza: la responsabilità delle persone giuridiche può incentivare scelte organizzative volte a prevenire i comportamenti irregolari, ma potrebbe anche favorire comportamenti imprudenti e irregolari da parte degli esponenti e del personale della banca, i cui effetti (anche) sul piano sanzionatorio graverebbero poi esclusivamente sulla banca. La sanzionabilità degli esponenti e dirigenti bancari è inoltre maggiormente in linea con il nostro

⁴⁷ Gli elementi considerati dalla direttiva sono la gravità e durata della violazione, il grado di responsabilità della persona giuridica o della persona fisica, la condizione economica del responsabile della violazione, l'entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, i pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile, il livello di cooperazione con l'autorità del responsabile della violazione, le precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto, le potenziali conseguenze sistemiche della violazione.

sistema nazionale, che sin dalla legge bancaria del 1936-1938 ha sempre previsto sanzioni nei confronti delle sole persone fisiche.

Coerentemente con la direttiva, la soluzione adottata dal legislatore italiano in sede di recepimento prevede come regola generale la responsabilità dell'intermediario, ma enuclea anche i presupposti in presenza dei quali si possono comminare, in aggiunta, sanzioni alle persone fisiche. Si tratta di circostanze al ricorrere delle quali è importante affermare e punire anche le responsabilità individuali: grave violazione dei doveri propri dell'organo, inosservanza dei doveri individualmente attribuiti; condotta incidente in modo rilevante sull'organizzazione o sui profili di rischio; condotta che ha contribuito a determinare la mancata ottemperanza a provvedimenti specifici; violazioni agli obblighi imposti ai sensi dell'art. 26 o in base a provvedimenti specifici o in materia di remunerazioni, quando l'esponente è la parte interessata⁴⁸.

Per le violazioni delle disposizioni sulla trasparenza viene prevista, invece, unicamente la responsabilità dell'intermediario, tenuto conto del carattere "diffuso" di tali irregolarità, che rende difficile individuare all'interno delle banche responsabilità dirette di singoli esponenti o dipendenti. Molto raramente, infatti, le violazioni delle disposizioni in materia sono riconducibili esclusivamente a una ben individuata condotta individuale.

Rispetto alla disciplina nazionale previgente, sono stati significativamente elevati gli importi massimi delle sanzioni pecuniarie, per tener conto delle soglie espressamente indicate dalla direttiva; sono stati tuttavia aumentati anche i minimi edittali, in modo da assicurare in ogni caso un adeguato grado di deterrenza alla sanzione. Alle società e agli enti potranno dunque essere irrogate sanzioni di importo variabile da 30.000 euro al 10% del fatturato. Le sanzioni previste per le persone fisiche saranno invece comprese tra 5.000 e 5 milioni di euro. Il consistente incremento dell'ammontare massimo delle sanzioni pecuniarie potrebbe farle in futuro considerare sufficientemente afflittive da assumere quella "*colorazione penale*" che, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, rende necessaria la pubblicità dell'udienza per garantire il diritto ad un equo processo⁴⁹.

Non è possibile affrontare in questa sede anche un'analisi del procedimento amministrativo per l'irrogazione delle sanzioni e del giudizio di opposizione alle sanzioni. Può però affermarsi che, in linea di principio, il procedimento sanzionatorio italiano era già disciplinato da regole che consentivano l'esercizio del diritto di difesa, garantendo l'accesso ai documenti rilevanti, la presentazione

⁴⁸ Cfr. l'art. 144-ter del t.u.b.

⁴⁹ CEDU, sez. II, *Grande Stevens*, 4 marzo 2014, sentenza che per la prima volta ha affermato la "*colorazione penale*" delle sanzioni amministrative pecuniarie, ove particolarmente severe, e la necessaria previsione delle relative garanzie con riguardo a sanzioni irrogate da un'autorità italiana di vigilanza in materia finanziaria. Cfr. in argomento R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Quaderni di ricerca giuridica* n. 74, Roma, dicembre 2013. Quanto alle sanzioni pecuniarie irrogate secondo le norme previgenti, la giurisprudenza italiana ha escluso una loro equiparabilità, per tipologia e incisività, a quella esaminata nella sentenza *Grande Stevens* (Cass., 4 agosto 2016, n. 16313).

di difese scritte, l'audizione personale, se richiesta, e la separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie; è inoltre sempre assicurato il controllo giurisdizionale⁵⁰.

Tuttavia, tenuto conto anche della maggiore afflittività delle sanzioni prevista dalla direttiva, il decreto legislativo di attuazione della direttiva 2013/36 ha avvertito l'esigenza di una revisione della disciplina alla luce dei principi ribaditi dalla Corte di Strasburgo. È stata, quindi, rivista non solo, come richiesto dalla direttiva, la disciplina delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 144 t.u.b., ma anche quella sul rito per le opposizioni. Sotto quest'ultimo profilo, il decreto legislativo stabilisce, in particolare, che il giudizio innanzi alle Corti d'appello si svolga in udienza pubblica⁵¹, superando così il problema sollevato con la sentenza *Grande Stevens*.

Con provvedimento del 3 maggio 2016⁵², la Banca d'Italia – in considerazione delle innovazioni della cornice primaria e del nuovo assetto di poteri derivante dall'avvio del Meccanismo di vigilanza unico – ha modificato infine le disposizioni secondarie del 18 dicembre 2012 in materia di procedura sanzionatoria, prevedendo, tra l'altro, un'estensione del contraddittorio, destinato ora a svilupparsi anche nella fase successiva alla formulazione al Direttorio della proposta sanzionatoria. Anche questa scelta intende tener conto della ben più marcata afflittività delle sanzioni risultanti dal recepimento della CRD IV rispetto al regime previgente.

10. Le “altre misure”

L'attuazione della CRD IV ha determinato, infine, l'ingresso nell'ordinamento nazionale delle “altre misure amministrative” che la direttiva affianca alla tradizionale sanzione amministrativa pecuniaria: l'ordine di porre termine a determinate condotte lesive e di astenersi dal ripeterle (*cease and desist order*), l'interdizione temporanea dall'esercizio delle funzioni per gli esponenti bancari (*temporary ban*), la dichiarazione pubblica che identifica il responsabile e la natura della violazione (*public statement*).

La direttiva non distingue tra misure correttive e sanzioni, lasciando agli ordinamenti nazionali ampi margini di discrezionalità sulla classificazione dei singoli strumenti di reazione; tale classificazione risulta, invece, indispensabile a livello nazionale, in primo luogo al fine di individuare rispetto a quali degli strumenti elencati dovranno operare le specifiche garanzie proprie del

⁵⁰ La giurisprudenza ha osservato infatti che non può considerarsi violato l'art. 6 della CEDU quando il provvedimento sanzionatorio sia impugnabile davanti a un giudice indipendente e imparziale (Cass., 6 marzo 2016, n. 4725; Cass., 4 agosto 2016, n. 16313, cit.). Si ricorda che la giurisdizione nei giudizi di opposizione alle sanzioni, dopo alterne vicende e, da ultimo, il pronunciamento della Corte Costituzionale (C. cost., 9 aprile 2014, n. 94), è tornata alla Corte d'appello di Roma, che prima della recente modifica normativa decideva in camera di consiglio.

⁵¹ Sono stati modificati gli artt. 145 e 195 rispettivamente del t.u.b. e del t.u.f..

⁵² Il provvedimento recante le *Disposizioni in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*, adottato dalla Banca d'Italia il 3 maggio 2016, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17 maggio 2016, n. 114 (le nuove disposizioni sono entrate in vigore a partire dal 1° giugno 2016).

procedimento sanzionatorio⁵³. Ma la configurazione di uno strumento di reazione a una precedente violazione come sanzione o come “misura” incide, oltre che sul procedimento applicabile, anche sulla individuazione dell’autorità competente: con riguardo alle misure non sanzionatorie, sono applicabili infatti le regole stabilite dal regolamento n. 1024/2013 sul Meccanismo unico di vigilanza, e vale quindi, per la determinazione della competenza, la distinzione ivi stabilita tra banche *significant* e *less significant*; se si tratta di sanzione non pecuniaria, la competenza dovrebbe spettare invece alle autorità nazionali (potendo la BCE imporre solo sanzioni pecuniarie, ai sensi dell’art. 18, par. 1, del citato regolamento).

Il problema di un inquadramento a livello nazionale non viene affrontato nel recepimento della misura del *public statement*, che è stata considerata difficilmente distinguibile dalla mera pubblicazione della sanzione: in base a questa logica, il t.u.b. (art. 145, comma 3) non configura la pubblicazione della violazione alla stregua di sanzione *ad hoc*, prevedendo piuttosto l’automatica⁵⁴ pubblicazione del provvedimento sanzionatorio sul sito *web* della Banca d’Italia, la quale – tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti – potrà stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, con spese a carico dell’autore della violazione.

Quanto al *temporary ban*, (disciplinato negli artt. 144-*ter* t.u.b. e 190-*bis* t.u.f.), non vi sono dubbi che tale misura sia qualificabile come sanzione accessoria, considerati sia il suo carattere affittivo, che ne suggerisce l’adozione in presenza di violazioni particolarmente gravi, sia la sua affinità con un istituto (l’interdizione temporanea dalle cariche in persone giuridiche) già presente nel nostro ordinamento come pena accessoria.

Anche il *cease and desist order* è stato disciplinato dal t.u.b. (art. 144-*bis*) come una sanzione amministrativa non pecuniaria, che può essere applicata dalla Banca d’Italia in luogo della sanzione pecuniaria, quando le violazioni accertate non siano particolarmente gravi. L’ordine è dunque destinato ad essere impartito all’esito di una procedura amministrativa sanzionatoria⁵⁵; considerate le caratteristiche della misura, destinatario dell’ordine è l’intermediario responsabile della violazione. Nel caso di inadempimento dell’ordine, la Banca d’Italia commina una sanzione pecuniaria aggravata (fino a un terzo) rispetto a quella che sarebbe stata applicabile per la violazione originaria, nei confronti dell’intermediario, e – se ne ricorrono i presupposti – anche delle persone fisiche responsabili del mancato rispetto dell’ordine.

Nel quadro della soluzione scelta dal legislatore italiano, la misura in esame potrebbe dunque essere letta come una sorta di “ammonizione”, un avvertimento che, in un’ottica di gradualità, rappresenti la prima reazione al comportamento violativo, e prelude all’applicazione di sanzioni più affittive in caso di mancata

⁵³ Cfr. R. D’AMBROSIO, *op. cit.*, p. 16 e ss..

⁵⁴ Salve le ipotesi di pubblicazione differita o in forma anonima di cui all’art. 145, comma 3-*bis*, t.u.b..

⁵⁵ Cfr. le nuove *Disposizioni in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa* (Sez. I, par. 1.5).

cessazione dei comportamenti irregolari. L'ordine varrebbe a identificare le condotte o le omissioni che integrano la violazione, e a chiarire l'esatta portata delle misure che la Banca d'Italia si attende siano poste in essere per rimuoverle, potendo poi lasciare il posto, nel caso di inadempimento dell'ordine stesso, ad una sanzione pecuniaria aggravata nei confronti sia dell'intermediario sia, se necessario, dei suoi esponenti. La circostanza che l'ordine sia previsto solo per le violazioni meno gravi è, in quest'ottica, coerente con l'impostazione che consente di reprimere con la sanzione pecuniaria determinate infrazioni solo quando superino la soglia della rilevanza⁵⁶.

Tuttavia, nel quadro delle misure previste dalla direttiva, il *cease and desist order* sembrerebbe forse maggiormente assimilabile a una misura di carattere ripristinatorio. L'ordine dell'autorità di vigilanza appare infatti dettato dalla volontà di ottenere un ripristino della corretta gestione, più che da un intento punitivo. Seguendo questa linea di ragionamento, esso potrebbe, piuttosto, *aggiungersi* alla sanzione, che punisce l'illecito già verificatosi, con la prescrizione di cessare – per il futuro – la condotta illecita e di porvi rimedio. E va segnalato che, secondo le nuove Disposizioni in materia di procedura sanzionatoria, “*Resta ferma, in ogni fase del procedimento (sanzionatorio), la possibilità per la Banca d'Italia di adottare (...) provvedimenti specifici nei confronti degli intermediari vigilati, anche volti alla cessazione dei comportamenti non conformi al principio di sana e prudente gestione o alla rimozione di esponenti aziendali, nonché lettere di richiamo*”⁵⁷.

11. Conclusioni

Tentando di riassumere le considerazioni che precedono, necessariamente frammentarie per aver voluto ricordare tante tra le recenti novità normative, può dirsi che la risposta regolamentare alla crisi ha consentito indubbiamente di accrescere e rendere più efficaci gli strumenti a disposizione delle autorità di vigilanza bancaria.

Esse hanno ora effettivamente a disposizione strumenti di intervento flessibili e incisivi, attraverso i quali orientare la scelta dei *manager*, l'attività degli organi sociali e l'organizzazione interna delle banche, in modo da garantire una gestione corretta e un efficace svolgimento delle funzioni di controllo interno.

Il superamento del ruolo normativo del CICR, il potere di fissare i requisiti reputazionali e di valutarli discrezionalmente, la possibilità di verificare i limiti al cumulo degli incarichi, l'arricchimento degli strumenti di regolazione e di intervento, e tutti gli altri fattori derivanti dalla nuova disciplina europea che potenziano il ruolo delle autorità di vigilanza intervengono, peraltro, in una fase in cui tutti i poteri di vigilanza prudenziale o sono stati ceduti alla BCE, o comunque debbono essere esercitati sotto la sua supervisione, nell'ambito del MVU. Questo duplice mutamento di scenario rende arduo prevedere secondo

⁵⁶ Cfr. l'art. 144, comma 8, t.u.b..

⁵⁷ Banca d'Italia, *Disposizioni, cit.*, p. 14.

quali linee e con quali risultati si svilupperà in futuro l'attività di vigilanza sulle banche italiane. Ogni valutazione sull'efficacia delle regole recentemente introdotte è quindi prematura.

Sotto altro profilo, va notato che le recenti disposizioni di derivazione europea sembrano confermare, e anzi accentuare, la specialità delle società appartenenti al settore bancario⁵⁸: la disciplina speciale delle banche, se da una parte continua a mostrarsi formalmente rispettosa della libertà organizzativa di ciascuna banca, dall'altra impone nella sostanza – per fini di sana e prudente gestione – regole estremamente dettagliate non solo sui requisiti di capitale, ma anche sulla composizione degli organi, sulle loro attività e responsabilità.

La disciplina europea di settore frutto dell'ultima crisi finanziaria sembra attestare dunque incisivamente, attraverso la quantità e qualità dei recenti atti normativi, una riconfermata specialità dell'impresa bancaria, avvalorando l'idea che la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito siano, secondo una risalente ma in definitiva appropriata definizione, “*funzioni di interesse pubblico*”⁵⁹.

⁵⁸ R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in COSTI e VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica* n. 62, Roma 2008, p. 7.; F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, ivi p. 19; R. COSTI e F. VELLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *AGE*, 2007, p. 481; M. CERA, *Le imprese bancarie fra statuti speciali, libertà d'iniziativa, norme imperative*, in *Riv. dir. comm.* 2007, p. 531. Più in generale, C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Società di diritto speciale, Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. VIII, Torino 1992, p. 525, il quale considera l'inesistenza di un unico modello di società per azioni, in quanto al modello codicistico se ne affiancano altri con regimi parzialmente diversi; ma il distacco non giunge mai, tuttavia a coprire l'intera regolamentazione e non esiste, quindi, una società integralmente disciplinata dal diritto singolare.

⁵⁹ R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, art. 1.

IL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO: PROFILI DI INDIPENDENZA E DI ACCOUNTABILITY

Raffaele D'Ambrosio

1. Il contemperamento dell'indipendenza e dell'accountability delle autorità di vigilanza: le prospettive internazionale, dell'Unione e nazionale – 2. L'indipendenza della BCE e delle ANC nell'ambito del MVU – 3. Le diverse forme di accountability: la predeterminazione delle finalità della vigilanza – 4. L'accountability nei confronti delle altre Istituzioni dell'Unione – 5. L'accountability nei confronti dei Parlamenti nazionali – 6. L'accountability nei confronti del mercato – 7. L'accountability nei confronti dei cittadini dell'Unione – 8. L'accountability amministrativa della BCE nei confronti dell'ABE – 9. L'accountability delle autorità nazionali nei confronti della BCE – 10. Il controllo giustiziale e giurisdizionale sugli atti della BCE e la responsabilità di quest'ultima quale autorità di vigilanza

1. Il contemperamento dell'indipendenza e dell'*accountability* delle autorità di vigilanza: le prospettive internazionale, dell'Unione e nazionale

Indipendenza e *accountability* costituiscono due requisiti delle autorità di vigilanza che non possono essere scissi. La prima assicura che l'autorità di vigilanza operi senza condizionamenti da parte sia del potere politico sia dell'industria dei soggetti vigilati. La seconda – tradotta in italiano col termine “responsabilità” che, diversamente dall'espressione francese “*obligation de rendre des comptes*”, pecca di genericità e non rende ragione dei molteplici doveri in cui essa si traduce – è il contraltare della prima ed è prevista al fine di evitare che l'esercizio indipendente del potere sconfini nell'arbitrio.

Non c'è, perciò, da stupirsi se l'equilibrio tra indipendenza e *accountability* delle autorità di vigilanza rappresenti un obiettivo perseguito ai diversi livelli – internazionale, dell'Unione e nazionale – in cui il fenomeno è considerato e, in diverse forme, disciplinato.

Il principio di Basilea n. 2 per un'efficace vigilanza bancaria – rubricato “indipendenza, *accountability*, risorse e tutela giuridica delle autorità di vigilanza” – richiede, infatti, che l'autorità di vigilanza, da un lato, disponga “di autonomia operativa, procedure trasparenti, solide strutture di governo, processi budgetari che non incidono sull'autonomia e risorse adeguate”, dall'altro, sia “tenuta responsabile per l'espletamento dei propri compiti e l'utilizzo delle proprie risorse”, ancorché al contempo giuridicamente tutelata.

Analogamente, lo *IOSCO principle* n. 6.3, relativo alle autorità di vigilanza sui mercati, prevede che “the regulator should be operationally independent from external political or commercial interference in the exercise of its functions and power” e, al contempo, “accountable in the use of its powers and resources”.

Specifica, quanto all'indipendenza, che la stessa “will be enhanced by a stable source of funding for the regulator”; precisa, poi, che “in some jurisdiction, particular matters of regulatory policy require consultation with, or even approval by, a government, minister or other authority. The circumstances in which such consultation or approval is required or permitted should be clear and the process sufficiently transparent or subject to review to safeguard its integrity. Generally, it is not appropriate for these circumstances to include decision making on the day-to-day technical matters”.

Stabilisce, subito dopo, con riferimento all'*accountability*” che essa implica: “a regulator that operates independently of sectoral interests; a system of public accountability of the regulator; a system permitting judicial review of decisions of the regulator”; e che “where accountability is through the government or some other external agency, the confidential and commercially sensitive nature of much of the information in the possession of the regulator must be respected. Safeguards must be in place to protect such information from inappropriate use or disclosure”.

Analogo approccio si rinviene nell'*IMF's staff position note* del maggio 2010 (*The Making of Good Supervision: Learning to Say 'No'*), dove si afferma (p. 16): che “supervisory agencies should be able to resist inappropriate political interference or inappropriate influence from the financial sector itself”; che ciò deve riflettersi “in the processes for appointment and dismissal of senior staff, stable sources of agency funding, and adequate legal protection for staff”, cosicché “provisions that require, for example, that key decisions on individual companies be referred to the government, should be avoided”; che “supervisory agencies should not manage or otherwise run the enterprises they supervise”; e che “the boards of supervisory agencies should not have directors who represent the industry”.

Al tempo stesso, nel predetto studio del FMI, si precisa (sempre a p. 16) che, “to balance independence”, è necessario che le autorità di vigilanza “have to report to the public on their use of resources, key decisions, and as far as possible, the effectiveness of their supervision in relation to their supervisory objectives. This last element is challenging (not least because of the need to avoid disclosure of confidential examination and enforcement information). However, it is important to ensure that agency performance can be assessed”.

La legislazione dell'Unione in materia di vigilanza sui vari segmenti del mercato finanziario segue tale linea di pensiero, con riguardo, innanzitutto, agli organismi apicali del SEVIF (ABE, AESFEM, AEAP e CERS) e ora anche, come vedremo meglio nel prosieguo di questa relazione, al Meccanismo di vigilanza unico (MVU).

Rispetto al “modello SEVIF”, il “modello MVU”, seguito poi anche per il Meccanismo di risoluzione unico (MRU), fa, però, un passo in avanti, in quanto prevede espressamente requisiti di indipendenza e di *accountability*, non soltanto per l'autorità apicale dell'Unione, ma anche per quelle nazionali che partecipano al Meccanismo.

In realtà, l'indipendenza delle autorità nazionali partecipanti al SEVIF poteva già ricavarsi dal complesso delle regole contenute nei relativi regolamenti istitutivi. Si pensi al meccanismo del *comply or explain* rispetto alle raccomandazioni dell'autorità apicale o ai poteri di *binding mediation* di quest'ultima, di cui rispettivamente agli articoli 16 e 19 di ciascuno di detti regolamenti; situazioni che entrambe presuppongono l'indipendenza dell'autorità nazionale, che deve essere messa in grado di relazionarsi con l'autorità dell'Unione senza condizionamenti politici o dell'industria locali.

La novità dei regolamenti istitutivi del MVU e del MRU consiste, piuttosto, nel fatto che in essi è espressamente richiesto che anche le autorità nazionali siano indipendenti e si assume che le stesse siano responsabili quanto meno nei confronti dei rispettivi Parlamenti nazionali.

In linea generale, ciascuno degli organismi costituenti il SEVIF, nello svolgimento dei rispettivi compiti, “agisce in modo indipendente, obiettivo e non discriminatorio, nell'interesse esclusivo dell'Unione” (art. 1, paragrafo 5, quarto sub-paragrafo, di ciascun regolamento istitutivo) ed è responsabile nei confronti del Parlamento europeo e del Consiglio (art. 2, reg. istitutivi).

Isingoli regolamenti istitutivi, sulla falsariga del modello BCE, quale autorità di politica monetaria, declinano, poi, tale indipendenza nelle forme dell'indipendenza funzionale, personale e finanziaria. A fronte dei requisiti d'indipendenza sono previsti obblighi di trasparenza e, più in generale, di rendicontazione.

Il nesso tra indipendenza e *accountability* è sottolineato, infine, dalla stessa legislazione nazionale.

L'art. 19, comma 4, della legge n. 262/2005 dispone, infatti, che “la Banca d'Italia, nell'esercizio delle proprie funzioni e con particolare riferimento a quelle di vigilanza, opera nel rispetto del principio di trasparenza, naturale complemento dell'indipendenza dell'autorità di vigilanza. Riferisce del suo operato al Parlamento e al Governo con relazione semestrale sulla propria attività”.

Si esaminano di seguito, più da vicino, i requisiti di indipendenza e di *accountability* della BCE e delle Autorità di vigilanza nazionali competenti (ANC) nell'ambito del MVU, confrontandoli, di volta in volta, con quanto previsto, a livello di Unione, per gli organismi del SEVIF e per il gemello MRU.

2. L'indipendenza della BCE e delle ANC nell'ambito del MVU

La BCE gode di indipendenza funzionale, personale e finanziaria, non soltanto quale autorità di politica monetaria, ma anche quale autorità di vigilanza. L'unica differenza, e non di poco rilievo, è che, mentre nel primo caso l'indipendenza della BCE è garantita dal TFUE e dallo Statuto del SEBC e della BCE medesima, nel secondo essa è assicurata dalla legislazione secondaria dell'Unione (il reg. MVU).

L'indipendenza funzionale è sancita, precisamente, dal considerando n. 75 e dagli artt. 19 e 26(1) reg. MVU.

Ai sensi del primo, per assolvere efficacemente al suo mandato istituzionale, “la BCE dovrebbe esercitare i compiti di vigilanza attribuiti in piena indipendenza, in particolare libera da indebite influenze politiche e da qualsiasi ingerenza degli operatori del settore, che potrebbero comprometterne l'indipendenza operativa”.

È quindi previsto, all'articolo 19, che i membri del Consiglio di vigilanza e il Comitato direttivo agiscano in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione, senza chiedere, né ricevere, istruzioni né dai Governi degli Stati membri, né dalle Istituzioni o dagli organi dell'Unione; e che, di converso, le Istituzioni e gli organi dell'Unione e i Governi degli Stati membri o altri soggetti pubblici o privati non cerchino di influenzarli.

Disposizioni pressoché identiche sono contenute nei regolamenti istitutivi degli organismi del SEVIF.

In questi ultimi è previsto, infatti, che, nell'esercizio dei compiti loro assegnati, il presidente, i membri con diritto di voto del consiglio delle Autorità di vigilanza, i membri del consiglio di amministrazione e il direttore esecutivo di ciascuna delle Autorità dell'Unione, nonché i membri del consiglio e del comitato

direttivo del CERS agiscano in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione nel suo insieme, senza chiedere né ricevere istruzioni né dai Governi degli Stati membri, né dalle istituzioni o dagli organi dell'Unione; e, di converso, che le istituzioni e gli organi dell'Unione ed i Governi degli Stati membri o altri soggetti pubblici o privati non cerchino di influenzare i membri degli organi decisionali delle Autorità (cfr. gli artt. 42, 46, 49 e 52 dei regolamenti istitutivi delle singole Autorità e art. 7 del regolamento istitutivo del CERS).

Vi sono, tuttavia, alcune differenze di un qualche rilievo.

Una prima differenza rispetto ai requisiti imposti agli organi apicali delle autorità del SEVIF è che l'art. 26(1) reg. MVU si dà anche cura di chiarire che ad agire nell'interesse dell'Unione nel suo complesso debbano essere “*tutti i membri del consiglio di vigilanza*”.

Previsione forse inutile, visto che tale obbligo è già imposto dall'art. 19 reg. MVU, ma che tradisce il sospetto di *supervisory forbearance* nei confronti delle autorità nazionali e dei loro rappresentanti in seno al Consiglio di vigilanza della BCE. Tale sfiducia nei confronti delle autorità nazionali è il portato della crisi finanziaria e assume un rilievo pregnante con riguardo ai compiti di vigilanza in senso stretto di cui è investita la BCE (le autorità del SEVIF hanno invece sostanzialmente, salvi i poteri attribuiti all'AESFEM per le agenzie di rating e i repertori di dati, compiti di vigilanza c.d. regolamentare).

Una seconda, più significativa, differenza risiede nel fatto che l'indipendenza funzionale è espressamente prevista non soltanto – come già avviene per i membri degli organi apicali delle autorità del SEVIF – per i membri degli organi decisionali della BCE in materia di vigilanza, ma anche per le stesse ANC, che operano in seno al MVU.

La ragione principale è, forse, da collegare alla circostanza che il reg. MVU, diversamente dai regolamenti istitutivi degli vari organismi del SEVIF, disciplina i poteri, non solo dell'autorità apicale dell'Unione, ma anche delle ANC e, in tale ambito, assoggetta queste ultime ai regolamenti, alle linee guida e alle raccomandazioni della BCE, quando vigilano sulle banche meno significative (art. 6(5)(a) reg. MVU), ovvero alle relative istruzioni, nei casi in cui esercitano poteri nei confronti delle banche significative; casi, certo, limitati per le ANC dell'area dell'euro (artt. 6(3), 9(1), 18(5) reg. MVU), ma che costituiscono, invece, la regola per quelle degli Stati in cooperazione stretta (art. 7 reg. MVU). Per tale motivo, il reg. MVU si cura direttamente di assicurare che le ANC siano poste al riparo da condizionamenti della politica o dell'industria nazionali. Inoltre, gli obblighi delle ANC nei confronti della BCE non sembrano comparabili con quelli delle medesime nei confronti delle autorità apicali costituenti il SEVIF.

Per ragioni analoghe a quelle viste per il MVU, anche l'art. 47(1) del reg. sul MRU richiede l'indipendenza e del Comitato e delle autorità di risoluzione nazionali. C'è solo da osservare che, ai sensi dell'art. 47 reg. MRU cit., l'obbligo di agire nell'interesse esclusivo dell'Unione grava sul Presidente, sul vicepresidente e sui membri del Comitato di cui all'art. 41(1) (b), quelli cioè

nominati dal Parlamento Europeo, ma non sui membri nazionali; differenza che sembrerebbe giustificata dalla circostanza che l'attività di risoluzione impatta più da vicino sugli interessi economici nazionali.

Di converso, nel disciplinare l'indipendenza del presidente e dei membri con diritto di voto del consiglio delle autorità di vigilanza dell'ABE, l'art. 42(3) reg. istitutivo dispone che i primi due commi – che tale indipendenza appunto prevedono – si applichino fatti salvi i compiti attribuiti alla BCE dal reg. sul MVU.

La previsione, di non immediata comprensione, potrebbe forse voler dire che i poteri della BCE sollecitatori di iniziative normative dell'ABE di cui all'art. 4(3) reg. MVU e la partecipazione stessa della BCE (ma senza diritto di voto) al consiglio delle autorità di vigilanza di quest'ultima di cui all'art. 40(1) (d) reg. istitutivo dell'ABE non vanno considerate quali indebite ingerenze nell'attività istituzionale dell'ABE medesima.

Il che sembrerebbe, però, scontato, considerata anche la scarsa pregnanza delle predette prerogative BCE, cosicché la ragione della previsione del reg. ABE sembrerebbe essere, almeno storicamente, un'altra. Essa sembra, allora, da collegarsi alla circostanza che in una precedente versione del reg. MVU era contenuta una norma – l'art. 4(1)(l) – che assegnava alla BCE il compito di coordinare e di esprimere la posizione comune delle ANC in seno al Consiglio delle autorità di vigilanza e al Consiglio di amministrazione dell'ABE. La norma di cui all'art. 42, comma 3, reg. ABE potrebbe allora, più verosimilmente, leggersi unitamente alla previsione del reg. MVU, che attribuiva alla BCE un potere ben più rilevante e condizionante dell'esercizio dei compiti istituzionali dell'ABE. Quella previsione è stata però poi fatta cadere, cosicché sorge il dubbio che l'art. 42, terzo comma, reg. ABE sia semplicemente una dimenticanza del legislatore dell'Unione.

Il mancato rispetto del dovere di agire in maniera indipendente parrebbe avere conseguenze politiche più che giuridiche¹, ma il panorama delle posizioni in dottrina è variegato².

Supporta l'indipendenza funzionale della BCE la previsione, per lo staff coinvolto nelle funzioni di vigilanza, di codici di condotta³ e di periodi di c.d. “*cooling-off*”, di astensione, cioè, dall'accettazione di un'occupazione

¹ WYMEERSCH, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in *Financial Law Institute Working Paper Series*, WP 2014-01, Universiteit Gent, Gennaio 2014, p. 52.

² Cfr. LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D. e SOLANA ÁLVAREZ, J., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, n. 79, secondo cui, p. 21, “an affected party could challenge the validity of an ECB's supervisory act on the suspicion that the act had been adopted under the influence of the government of a Member State or any other public or private body”.

³ Artt. 19(3) SSMR e 13sexies delle regole di procedura della BCE. Il Codice di condotta per i membri del Consiglio di vigilanza della Banca centrale europea è stato adottato dal Consiglio di vigilanza medesimo il 12.11.2014.

remunerata presso enti del settore privato nei cui confronti la BCE ha poteri di vigilanza⁴. La trattazione analitica delle relative previsioni esorbita, tuttavia, dai limiti di questo intervento.

Vale, invece, la pena di soffermarsi su di un altro profilo, concernente l'indipendenza dell'organo interno della BCE cui sono assegnate funzioni di vigilanza, e cioè del Consiglio di vigilanza, rispetto agli organi costituzionali della BCE.

Il Consiglio di vigilanza ha, precisamente, la responsabilità della programmazione e dell'esecuzione dei compiti di vigilanza e, di fatto, nell'intenzione del legislatore dell'Unione, dovrebbe anche determinare il contenuto delle decisioni di vigilanza, salvo obiezioni del Consiglio direttivo motivate da ragioni di politica monetaria. Il meccanismo di cui all'art. 26(8) reg. MVU è il seguente: il Consiglio di vigilanza propone al Consiglio direttivo progetti di decisione completi, che quest'ultimo approva per silenzio assenso – in mancanza, cioè, di obiezioni motivate, in particolare, da ragioni di politica monetaria – decorsi dieci giorni lavorativi.

Sotto tale riguardo, l'indipendenza da garantire in seno alla BCE è quella del Consiglio di vigilanza innanzitutto rispetto al Consiglio direttivo. Ciò che può essere assicurato solo da un rigoroso rispetto del principio di separazione tra funzioni di vigilanza da un lato e funzioni di politica monetaria dall'altro (art. 25 reg. MVU).

Tale rispetto, tuttavia, non è sempre facile da realizzare, come attestato, tra l'altro, dalla deroga al principio di non obiezione introdotta per l'adozione delle decisioni in materia macro-prudenziale; si veda l'art. 13-nonies del regolamento interno BCE, non perfettamente in linea con l'art. 26(8) del reg. MVU. La deroga rischia di alterare l'equilibrio dei poteri stabilito dal Legislatore dell'Unione tra Consiglio di vigilanza e Consiglio direttivo troppo a favore di quest'ultimo, anche alla luce del fatto che l'area degli strumenti macro-prudenziali è, di per sé, mobile e può, quindi, sovrapporsi a volte a quella degli strumenti di vigilanza micro-prudenziale (si consideri, a tal proposito, che l'art. 16(2) reg. MVU prevede l'applicabilità degli strumenti di Pillar 2 ivi elencati per finalità macro– oltreché micro-prudenziali).

Inoltre, nel concreto atteggiarsi dell'articolazione interna dei poteri di vigilanza, si assiste a un sempre maggiore coinvolgimento del Comitato esecutivo, cui è affidato un ruolo chiave nello scambio di informazioni tra le funzioni di

⁴ Così il considerando 76: "l'uso di periodi di incompatibilità nelle autorità di vigilanza è importante per garantire l'efficienza e l'indipendenza della vigilanza esercitata da tali autorità. A tal fine e fatta salva l'applicazione di norme nazionali più rigorose, la BCE dovrebbe istituire e mantenere procedure generali e formali, inclusi periodi di riesame proporzionati, per valutare in anticipo e prevenire potenziali conflitti con l'interesse legittimo dell'MVU/della BCE nel caso in cui un ex membro del consiglio di vigilanza inizi a svolgere un'attività nel settore bancario un tempo soggetto alla sua vigilanza". Per la relativa disciplina cfr., oltre all'art. 31 del reg. MVU, l'art. 8 del Codice di condotta per i membri del Consiglio di vigilanza della Banca centrale europea cit..

vigilanza e di politica monetaria, mentre, di converso, nessun ruolo è affidato in tale ambito al Consiglio di vigilanza, e sono attribuiti significativi poteri organizzativi anche per quanto attiene alle funzioni di vigilanza. Competenza, certo, incontestabile alla luce dell'art. 11(6) dello Statuto del SEBC e della BCE, ma pericolosa, ove dovesse lambire l'esercizio stesso dei compiti di vigilanza, come nel caso di un'eventuale delega, per quanto circoscritta, al Comitato esecutivo di compiti di vigilanza.

Ma l'indipendenza del Consiglio di vigilanza risulta minata anche sotto un altro profilo. La relazione annuale sull'attività di vigilanza è un atto della BCE ed è adottata, secondo le relative norme di procedura (art. 13-quindecies delle regole di procedura della BCE), dal Consiglio direttivo su proposta del Consiglio di vigilanza, presentata dal Comitato esecutivo. A illustrare la relazione al Parlamento e all'Eurogruppo è, però, il presidente del Consiglio di vigilanza e non il presidente della BCE.

Si assiste, così, all'incongruenza che il presidente del Consiglio di vigilanza illustra al Parlamento europeo una relazione sull'attività di vigilanza deliberata dal Consiglio direttivo e al cui procedimento di approvazione redazione contribuisce anche il Comitato esecutivo.

Tale ultima previsione non appare del tutto in linea col principio di separazione tra funzioni di politica monetaria e funzioni di vigilanza, soprattutto ove si consideri che la relazione annuale – in linea col criterio essenziale n. 3 del principio di Basilea n. 2, che richiede alle autorità di vigilanza di rendere pubblici i propri obiettivi – indica anche le priorità di vigilanza dell'anno in cui essa è presentata al Parlamento⁵. Inoltre, essa confligge con lo stesso art. 26(1) reg. MVU, laddove esso assegna in via esclusiva al Consiglio di vigilanza la pianificazione, oltreché l'esecuzione, dei compiti appunto di vigilanza, previsione che dovrebbe escludere qualsiasi ingerenza nella definizione di tale attività sia del Consiglio direttivo sia, a maggior ragione, del Comitato esecutivo.

In altri termini, il rischio che tramite la definizione delle priorità di vigilanza il Consiglio direttivo e il Comitato esecutivo possano ingerirsi nell'esercizio dei compiti affidati alla BCE dal reg. MUV è reale e ciò compromette l'indipendenza del Consiglio di vigilanza rispetto agli altri organi della BCE.

Quanto all'indipendenza personale dei membri del Consiglio di vigilanza, essa è, innanzitutto, assicurata dalle disposizioni sulla complessa procedura per la nomina e la revoca del presidente e del vice-presidente del Consiglio di vigilanza (art. 26(3), (4) e (5) reg. MUV) e sulla durata del mandato del primo. Il meccanismo di nomina e di revoca vede coinvolti, oltre alla BCE, anche il Consiglio e il Parlamento europei ed è, quindi, uno strumento volto ad assicurare al contempo l'indipendenza e l'*accountability* dell'organo (cfr. l'art. 26(3) e (4) del reg. MVU).

⁵ Si veda la relazione del marzo 2015, pp. 6-9, ove sono illustrate appunto le *supervisory priorities* per il 2015.

Quanto alla durata del mandato essa è stabilita in cinque anni per il presidente (cfr. l'art. 26(3), secondo sub-paragrafo, del reg. MVU) e per i membri nominati dalla BCE⁶, mentre la durata del mandato del vice-presidente e dei membri di nomina delle ANC è verosimilmente legata, in mancanza di norme *ad hoc*, alla durata del rispettivo originario mandato. Il mandato quinquennale del presidente e dei membri di nomina BCE non è rinnovabile.

Previsioni analoghe sono contenute nei regolamenti istitutivi degli organismi costituenti il SEVIF.

Quanto all'indipendenza personale, si richiede, in particolare, che sia garantita la stabilità del Presidente e del direttore esecutivo delle Autorità, prevedendo un'ampia durata della loro carica (cinque anni, rinnovabili per una sola volta: artt. 48, comma 3, e 51, comma 3), una procedura articolata per la loro nomina (artt. 48, comma 2, e 51, comma 2, che prevedono l'intervento del Parlamento nella procedura di nomina, che può opporsi alla nomina del presidente ed è chiamato a confermare la nomina del direttore esecutivo) e regole restrittive in materia di revoca del mandato (artt. 48, comma 5, e 51, comma 5, che subordinano la revoca ad una decisione nel primo caso del Parlamento a seguito di una decisione del consiglio e nel secondo caso del consiglio). Per la nomina del primo presidente del CERS (presidente della BCE) e del primo vicepresidente del CERS (scelto tra i membri del consiglio generale della BCE) è prevista una durata di cinque anni.

Il mandato quinquennale del presidente e del direttore esecutivo degli organismi del SEVIF è, diversamente da quanto visto per il presidente del Consiglio di vigilanza della BCE e dei membri di nomina BCE in quest'ultimo, rinnovabile.

Il rinnovo è, tuttavia, subordinato a una complessa procedura, che vede coinvolti il Consiglio delle autorità di vigilanza e il Parlamento europeo. In particolare, ai sensi dell'art. 48(4) reg. istitutivo, "nel corso dei nove mesi che precedono la scadenza del mandato di cinque anni del presidente, il consiglio delle autorità di vigilanza valuta: i risultati conseguiti nel corso del primo mandato e il modo in cui sono stati raggiunti; i doveri e le esigenze dell'Autorità per gli anni successivi. Il consiglio delle autorità di vigilanza, tenuto conto della valutazione, può rinnovare il mandato del presidente una volta, con riserva di conferma da parte del Parlamento europeo".

L'indipendenza finanziaria – in linea con il principio n. 2, criterio n. 6 dei Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria – è realizzata, in concreto, tramite l'attribuzione alla BCE del potere di imporre a tutte le banche dei Paesi partecipanti un contributo di vigilanza, senza, peraltro, pregiudicare il potere delle ANC di imporre, a loro volta, un proprio contributo, conformemente al diritto nazionale, per i compiti non trasferiti alla BCE o per la loro assistenza a quest'ultima (cfr. il considerando 77 e l'art. 30 del reg. MVU e il reg. BCE n. 1163/2014).

⁶ Cfr. la decisione della BCE del 6.2.2014.

Previsioni analoghe sono contenute nell'art. 59 reg. MRU.

Per le autorità componenti il SEVIF è, invece, solo richiesto che esse abbiano un proprio bilancio autonomo, distinto da quello dell'Unione Europea, con entrate provenienti principalmente da contributi obbligatori delle autorità nazionali di vigilanza e dal bilancio generale dell'Unione (considerando 59 e art. 62 dei regolamenti istitutivi delle Autorità).

La diversa misura dell'autonomia finanziaria della BCE da un lato e delle autorità del SEVIF dall'altro trova una prima spiegazione nella circostanza che i compiti di vigilanza puntuale della prima sulle banche sono sicuramente più impegnativi di quelli di vigilanza meramente regolamentare attribuiti alle seconde e necessitano, quindi, di un apporto di risorse più consistente; di qui la previsione di un contributo diretto da parte dei soggetti vigilati.

Il considerando 77 del reg. MVU suggerisce, peraltro, una diversa spiegazione, a testimonianza ancora una volta della sfiducia del legislatore dell'Unione rispetto alla *supervisory forbearance* delle autorità nazionali, che invece come visto contribuiscono al bilancio delle autorità del SEVIF.

Nel predetto considerando si legge infatti, tra l'altro, che “per assolvere efficacemente i suoi compiti di vigilanza, la BCE dovrebbe disporre di risorse consone, ottenute con modalità che salvaguardino l'indipendenza della BCE da indebite influenze delle autorità nazionali competenti”.

Oltre a garantire l'indipendenza finanziaria della BCE, l'imposizione del contributo di vigilanza corrobora anche il principio di separazione tra funzioni di politica monetaria e di vigilanza, prevedendo una fonte di finanziamento separata per queste ultime (cfr. anche sotto tale riguardo il citato considerando 77 che giustifica l'imposizione del contributo di vigilanza anche al fine di salvaguardare il principio di separazione).

Sebbene vi sia, come visto, una ripartizione di competenze tra la BCE e le ANC, la responsabilità dell'efficace funzionamento del MVU nel suo complesso grava in definitiva sulla BCE.

Ne consegue che l'imposizione del contributo di vigilanza è funzionale a coprire sia i costi direttamente sostenuti dalla BCE per lo svolgimento della vigilanza sulle banche significative, sia i costi indiretti che la BCE sostiene per coordinare, tramite l'emanazione di linee guida e direttive operative, le ANC nello svolgimento dei compiti di vigilanza sulle banche meno significative.

Non tutti i costi connessi, purchessia, all'esercizio della vigilanza possono essere coperti dal contributo versato dai soggetti vigilati. Siccome, però, l'art. 5(2) del reg. BCE n. 1163/2014 – il regolamento che disciplina cioè i contributi di vigilanza – parla anche di costi indirettamente connessi ai compiti di vigilanza, alcune precisazioni si rendono necessarie al fine di evitare un'applicazione sconsiderata della disposizione.

Non si ritiene, perciò, che tali costi possano includere finanche quelli derivanti dalla responsabilità della BCE per carente o omessa vigilanza. Ragioni

storiche e sistematiche si oppongono a tale ricostruzione. Nella versione del predetto regolamento sottoposta a pubblica consultazione tali costi erano, infatti, espressamente inclusi tra quelli suscettibili di essere coperti dal contributo. L'esclusione espressa di essi nella versione poi definitivamente approvata a seguito delle osservazioni formulate nel corso della consultazione pubblica depone, allora, per la loro non riconducibilità ai predetti costi indiretti.

Tra le ragioni sistematiche dell'esclusione dei costi da responsabilità civile dal novero di quelli che possono essere coperti dal contributo di vigilanza può essere poi invocato oltre al principio di buona amministrazione la necessaria *accountability* della BCE, anche nei confronti della CGUE, per la quale si rinvia al paragrafo finale di questo scritto.

Si è posto il problema specifico se l'art. 30 del reg. MVU osti a che la BCE retroceda parte dei contributi di vigilanza alle ANC per i costi che esse devono sopportare relativamente alla loro attività di assistenza alla BCE in seno al MVU.

La norma fa salvo, come noto, il diritto delle ANC a imporre un contributo autonomo secondo il diritto nazionale, ma non esclude tale possibilità.

Anzi, l'art. 30 reg. MVU, nel far salve "le modalità adottate per l'attuazione" del reg. medesimo e, in particolare, "degli articoli 6 e 12", lascia intravedere proprio forme alternative di distribuzione del predetto contributo di vigilanza tra la BCE e le autorità componenti il MVU, sia con riguardo alle attività che esse svolgono a supporto della BCE o in esecuzione di sue istruzioni ai sensi dell'art. 6, sia con riguardo alla loro collaborazione alle ispezioni in loco della BCE medesima.

Lo strumento tramite cui realizzare tale redistribuzione del contributo sarebbe l'atto previsto dall'art. 6(7) reg. MVU che regola in generale i rapporti tra la BCE e le ANC in seno al MVU, rapporti tra cui può anche includersi, non essendo le materie indicate nell'art. 6(7) cit. tassative, la redistribuzione del contributo di vigilanza.

3. Le diverse forme di *accountability*: la predeterminazione delle finalità della vigilanza

Nell'esaminare ora il contraltare dell'indipendenza, e cioè l'*accountability* dell'autorità di vigilanza, va compiuta una prima distinzione tra la c.d. *a priori accountability* e i meccanismi veri e propri volti ad assicurare il rispetto di obblighi di rendicontazione.

Una prima forma di *accountability* della BCE consiste, infatti, nella predeterminazione delle finalità della vigilanza (c.d. *a priori accountability*). Queste sono espressamente indicate nel considerando n. 30 e nell'art. 1 reg. MVU, che, tuttavia, non sono perfettamente allineati.

Infatti, mentre entrambi fanno riferimento alla solidità delle banche, alla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, alla parità di trattamento delle banche e all'integrità del mercato interno, il solo considerando n. 30 menziona

anche la tutela dei depositanti; differenza non irrilevante sotto il profilo della responsabilità civile della BCE per omessa e/o carente attività di vigilanza.

Come noto, i considerando rappresentano una chiave interpretativa dell'atto legislativo dell'Unione. Ebbene, la previsione nel considerando 30 reg. MVU della tutela dei depositanti induce a ritenere che tutelati dall'attività di vigilanza siano anche i depositanti, cosicché un'omessa o carente vigilanza della BCE può configurare questi ultimi quali soggetti legittimati a richiedere gli eventuali danni.

Uno scostamento rispetto alle finalità di vigilanza predette potrebbe aversi con riguardo alla vigilanza macro-prudenziale, ove si consideri – ma la questione resta dubbia – che, nell'assolvimento dei relativi compiti, la BCE deve tener conto della situazione specifica del sistema finanziario, della situazione economica e del ciclo economico nei singoli Stati membri, piuttosto che di quelle dell'intera euro-area.

L'individuazione delle finalità di vigilanza della BCE è meno puntuale di quella rinvenibile nei regolamenti istitutivi delle singole autorità del SEVIF e del MRU. L'art. 1(5) di ciascuno dei predetti regolamenti e l'art. 14(2) reg. MRU sono, infatti, più dettagliati nell'elencazione delle rispettive finalità.

La ragione risiede verosimilmente nella c.d. “dottrina Meroni”. Quest'ultima, come noto, consente la delega di poteri a organismi dell'Unione diversi dalle Istituzioni della stessa, a condizione che sia puntualmente delimitato l'ambito di esercizio di poteri discrezionali ed è evidente che l'indicazione puntuale delle finalità in vista delle quali detti poteri possono essere esercitati contribuisce a delimitarne l'ambito di applicazione.

Anche il legislatore italiano si muove nella stessa direzione di predeterminare le finalità della vigilanza. Si pensi alle cc.dd. “meta-norme” contenute nei testi unici bancario e del mercato finanziario⁷.

La pluralità delle finalità generali di vigilanza sia in ambito bancario sia in altri segmenti del mercato finanziario può porre un problema di raccordo tra di esse e di temperamento degli interessi pubblici a esse sottesi. Cosicché quando, com'è la regola, una stessa autorità dell'Unione deve perseguire più di una finalità, due principi devono soccorrerla: 1) la subordinazione della propria attività amministrativa alla legislazione dell'Unione; 2) l'eventuale graduazione degli obiettivi e degli interessi pubblici operata dallo stesso legislatore dell'Unione.

Sotto il primo profilo, va osservato che l'autorità di vigilanza, ancorché dotata (come nel caso della BCE, ma non delle autorità del SEVIF) di poteri discrezionali, deve perseguire tutti gli obiettivi che la legge dell'Unione le assegna, non potendo

⁷ La Banca d'Italia deve, ad esempio, esercitare i propri poteri di vigilanza nel rispetto delle finalità generali indicate dal t.u.b. e dal t.u.f.. Tali finalità, puntualmente elencate nei testi legislativi richiamati, sono distinte a seconda che riguardino i soggetti che operano nel segmento bancario (artt. 5 e 127 del t.u.b.) o in quello mobiliare del mercato finanziario (art. 5 del t.u.f.) ovvero ancora le strutture nelle quali avviene lo scambio di strumenti finanziari (mercato in senso stretto: artt. 76, 77 e 82 del t.u.f.).

sacrificarne uno a vantaggio dell'altro. Sotto il secondo profilo, nel tutelare i diversi interessi pubblici previsti dalla legislazione dell'Unione, l'autorità deve seguire l'eventuale gerarchia tra di essi ricavabile dagli atti legislativi che le attribuiscono i poteri e dai principi costituzionali contenuti nei Trattati.

In aggiunta alla predeterminazione delle finalità della vigilanza, il reg. MVU configura e disciplina diversi meccanismi di *accountability* nei confronti delle Istituzioni politiche dell'Unione, dell'industria bancaria, dei cittadini dell'Unione, di altri organismi amministrativi dell'Unione, degli organi e Istituzioni dotati di poteri giustiziali e giurisdizionali.

Di seguito si esaminano le regole e i meccanismi sopra menzionati, evidenziandone similitudini e differenze rispetto a quelli approntati in sede di disciplina degli organismi componenti il SEVIF e del MRU.

4. L'*accountability* nei confronti delle altre Istituzioni dell'Unione

Quale contraltare dell'indipendenza, il regolamento sul MVU prevede in capo alla BCE obblighi e meccanismi di *accountability* innanzitutto nei confronti delle Istituzioni comunitarie e dei Parlamenti nazionali.

Dai considerando del regolamento emerge, però, che l'imposizione di obblighi di *accountability* alla BCE trae, piuttosto, spunto dal trasferimento alla stessa di compiti prima spettanti alle autorità nazionali, a propria volta tenute a rendere il conto del loro operato ai rispettivi Parlamenti nazionali.

Storicamente, quindi, si tratta di uno spostamento degli obblighi di *accountability* dal livello nazionale a quello europeo. In particolare, nel considerando n. 55 del reg. MVU si legge, tra l'altro, che "è opportuno che il passaggio di poteri di vigilanza dal livello nazionale a quello dell'Unione sia bilanciato da adeguati obblighi in materia di trasparenza e responsabilità"; e che "la BCE dovrebbe pertanto rispondere dell'esecuzione di tali compiti al Parlamento europeo e al Consiglio quali istituzioni democraticamente legittimate a rappresentare i cittadini dell'Unione e gli Stati membri".

Gli artt. 20 e 21 reg. MVU disciplinano gli obblighi di *accountability* della BCE nei confronti, da un lato, del Parlamento Europeo, del Consiglio, della Commissione e dell'Eurogruppo e, dall'altro, dei Parlamenti nazionali. Tali obblighi mantengono, tuttavia, ferma la salvaguardia della riservatezza dei dati di vigilanza.

L'art. 20 prevede, innanzitutto, l'obbligo della BCE di rendere conto al Parlamento e al Consiglio, in quanto Istituzioni politiche dell'Unione, dell'esecuzione dei compiti di vigilanza previsti dal reg. MVU. Più esteso è, invece, il novero dei destinatari della relazione annuale, che riferisce sull'esecuzione di tali medesimi compiti: oltre al Parlamento europeo e al Consiglio, l'art. 20 vi include la Commissione e l'Eurogruppo e l'art. 21 anche i Parlamenti nazionali.

Il presidente del Consiglio di vigilanza della BCE può essere sentito su richiesta dell'Eurogruppo riguardo all'esecuzione dei compiti di vigilanza, in presenza di rappresentanti degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro, mentre è tenuto a partecipare alle riunioni dei competenti comitati del Parlamento europeo su richiesta del Parlamento stesso. Sempre su richiesta, il presidente del Consiglio di vigilanza della BCE partecipa a discussioni orali riservate a porte chiuse con il presidente e i vicepresidenti delle competenti commissioni del Parlamento europeo, ove richieste per l'esercizio dei poteri del Parlamento.

La BCE risponde, oralmente o per iscritto, alle interrogazioni o ai quesiti a essa rivolti dal Parlamento europeo o dall'Eurogruppo conformemente alle proprie procedure e in presenza di rappresentanti degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro.

È espressamente prevista la stipula di accordi tra la BCE e il Parlamento europeo, oltre che “sulle modalità specifiche di organizzazione di tali discussioni al fine di garantire piena riservatezza conformemente agli obblighi di riservatezza imposti alla BCE in qualità di autorità competente ai sensi del pertinente diritto dell'Unione”, anche “sulle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull'esecuzione dei compiti attribuiti alla BCE dal... regolamento” sul MVU, inclusi “l'accesso alle informazioni, la cooperazione alle indagini e le informazioni sulla procedura di selezione del presidente del consiglio di vigilanza”.

In realtà, l'Accordo Inter-istituzionale stipulato tra la BCE e il Parlamento Europeo il 6 novembre 2013⁸ include, nel novero delle attività oggetto di supervisione da parte di quest'ultimo, oltre alle materie specificamente indicate dall'articolo 20 reg. MVU, anche altre materie, tra cui si segnalano, in particolare, per la loro rilevanza, l'accesso delle competenti commissioni del Parlamento ai verbali del Consiglio di vigilanza e la consultazione del Parlamento sugli atti soggetti a consultazione pubblica. Tali materie sono, tuttavia, pur sempre riconducibili alla responsabilità democratica della BCE e alla relativa supervisione del Parlamento sull'esecuzione dei compiti di vigilanza.

Quanto all'accesso ai verbali del Consiglio di vigilanza, il § 4 dell'accordo dispone testualmente che “la BCE fornisce alla commissione competente del Parlamento europeo almeno un resoconto completo e pertinente dei lavori del Consiglio di vigilanza ai fini della comprensione dei dibattiti, compreso un elenco commentato delle decisioni”; e che “in caso di obiezione da parte del Consiglio direttivo a un progetto di decisione del Consiglio di vigilanza ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 8, del regolamento (UE) n. 1024/2013, il presidente della BCE comunica al presidente della commissione competente del Parlamento i motivi di tale obiezione, in linea con gli obblighi di riservatezza di cui al presente accordo”. Ciò conferma, tra l'altro, che la regola è quella dell'attribuzione di fatto al Consiglio di vigilanza della competenza all'adozione di tutti i provvedimenti di vigilanza.

⁸ In GUCE, 30.11.2013 L 320/1.

Inoltre, ai sensi del § 5 dell'Accordo inter-istituzionale tra la BCE e il Parlamento Europeo del 6 novembre 2013, la BCE è tenuta a informare la commissione competente del Parlamento in merito alle procedure che ha stabilito per l'adozione dei propri regolamenti, decisioni, indirizzi e raccomandazioni che siano soggetti a consultazioni pubbliche. I progetti di tali atti sono trasmessi alla commissione competente del Parlamento prima dell'inizio della procedura di consultazione pubblica. Qualora il Parlamento presenti osservazioni in relazione agli atti, queste ultime possono essere oggetto di uno scambio di opinioni con la BCE. Tali scambi di opinioni, di natura informale, si svolgono parallelamente alle consultazioni pubbliche ex art. 4(3) reg. MVU. Non sono, però, previste forme di coordinamento tra le consultazioni pubbliche e quelle presso il Parlamento.

Ancorché non espressamente richiesto dal regolamento sul MVU, la BCE ha, inoltre, stipulato nel dicembre 2013, un *Memorandum of Understanding* con il Consiglio, limitato alla disciplina degli propri obblighi di *accountability* espressamente previsti dall'art. 20 del regolamento cit. nei confronti del Consiglio stesso e dell'Eurogruppo.

Obblighi di *accountability* nei confronti delle altre Istituzioni dell'Unione analoghi a quelli gravanti sulla BCE quale autorità di vigilanza sono previsti per il Comitato di risoluzione dall'art. 45 del reg. MRU.

Anche per gli organismi costituenti il SEVIF è, come accennato, prevista una responsabilità politica nei confronti del Parlamento e del Consiglio (art. 3 dei regolamenti istitutivi delle Autorità).

È poi stabilito che il Parlamento e il Consiglio possono richiedere al presidente di ciascuna delle Autorità di riferire e di trasmettere una relazione scritta, che deve indicare nel suo contenuto minimo informazioni sulle norme tecniche di regolazione e sull'esercizio dei poteri sostitutivi delle autorità nazionali e sulle relazioni internazionali (art. 50 di ciascuno dei regolamenti istitutivi delle Autorità).

Più articolato, considerata la delicatezza dei compiti e degli interessi coinvolti, l'obbligo di rendicontazione del CERS, di cui all'art. 19 del relativo reg. istitutivo, ai sensi del quale "almeno una volta l'anno e più frequentemente in caso di turbolenze finanziarie diffuse, il presidente del CERS è invitato ad un'audizione annuale dinanzi al Parlamento europeo in occasione della pubblicazione della relazione annuale del CERS al Parlamento europeo e al Consiglio. Tale audizione è condotta separatamente dal dialogo monetario tra il Parlamento europeo e il presidente della BCE [§ 1]. La relazione annuale di cui al paragrafo 1 contiene le informazioni che il consiglio generale decide di rendere pubbliche... Le relazioni annuali sono rese pubbliche [§ 2]. Su invito del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, il CERS esamina altresì questioni specifiche [§ 3]. Il Parlamento europeo può chiedere al presidente del CERS di partecipare a un'audizione delle commissioni competenti del Parlamento europeo [§ 4]. Il presidente del CERS procede almeno due volte all'anno, o più spesso se lo ritiene opportuno, a discussioni orali riservate a porte chiuse con il presidente e i vicepresidenti della commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo sulle attività del CERS in corso... [§ 5]".

5. L'*accountability* nei confronti dei Parlamenti nazionali

L'*accountability* della BCE nei confronti dei Parlamenti nazionali è prevista e disciplinata dall'art. 21 reg. MVU. Essa si sostanzia: nella contestuale trasmissione ai Parlamenti nazionali della relazione indirizzata al Parlamento europeo; nelle osservazioni che i Parlamenti nazionali possono fare su tale relazione e nelle richieste che essi possono rivolgere alla BCE su osservazioni o quesiti; nello scambio di opinioni, cui il presidente o un membro del Consiglio di vigilanza insieme a un rappresentante dell'autorità nazionale competente, possono essere invitati in relazione alla vigilanza delle banche nel relativo Stato membro.

Detta *accountability* è giustificata dal “potenziale impatto delle misure di vigilanza sulle finanze pubbliche, sugli enti creditizi e i rispettivi clienti e dipendenti, nonché sui mercati degli Stati membri partecipanti”: così recita il considerando n. 56 del reg. MVU.

In verità, nelle proprie conclusioni sul completamento dell'Unione monetaria dell'ottobre 2012, il Consiglio aveva espresso l'avviso (§ 15) che il controllo democratico avrebbe dovuto tener luogo al livello in cui le decisioni sarebbero state prese: vale a dire, presso le Istituzioni politiche dell'Unione per quanto attiene alle decisioni di vigilanza della BCE e presso i Parlamenti nazionali per quanto attiene alle decisioni di vigilanza delle ANC.

L'*accountability* della BCE fa comunque salva “la responsabilità delle autorità nazionali competenti nei confronti dei parlamenti nazionali conformemente al diritto nazionale per l'assolvimento di compiti che non sono attribuiti alla BCE dal presente regolamento e per lo svolgimento di attività da esse eseguite conformemente all'articolo 6”: così l'art. 21(5) reg. MVU.

Sulla falsariga dell'art. 21 reg. MVU, l'art. 46 reg. MRU prevede obblighi di *accountability* del Comitato nei confronti dei parlamenti nazionali, con salvezza anche qui dell'*accountability* delle ARN per i poteri a esse spettanti ai sensi del reg. medesimo.

Diversamente da quanto visto per la BCE quale autorità di vigilanza e per il Comitato del MRU, non sono previsti obblighi di *accountability* nei confronti dei parlamenti nazionali in capo alle autorità del SEVIF. Ciò sembra giustificato sia dalla minore rilevanza dei poteri a esse attribuiti sia dalla circostanza che laddove invece detti poteri possono incidere in modo significativo sulle competenze degli Stati membri in materia di bilanci – circostanza circoscritta tuttavia ai provvedimenti adottati in situazioni di emergenza ex art. 18 o ai provvedimenti di *binding mediation* ex art. 19 reg. istitutivi – sopperisce la clausola di salvaguardia di cui all'art. 38 reg. istitutivi.

Rileva, inoltre, quanto all'*accountability* delle ANC nei confronti dei Parlamenti nazionali, la cornice normativa di cui all'art. 59(2) della direttiva 2013/36/UE, secondo cui “gli Stati membri possono autorizzare la comunicazione di determinate informazioni relative alla vigilanza prudenziale degli enti a commissioni parlamentari di inchiesta nel loro Stato membro, corti dei conti nel loro Stato membro e altre entità di indagine nel loro Stato membro, alle seguenti

condizioni: a) che le entità abbiano un mandato preciso a norma del diritto nazionale di indagare o esaminare le azioni delle autorità responsabili per legge della vigilanza sugli enti o della normativa relativa a detta vigilanza; b) che le informazioni siano strettamente necessarie per l'esercizio del mandato di cui alla lettera a); c) che le persone che hanno accesso alle informazioni siano soggette a obblighi di segreto professionale a norma del diritto nazionale almeno equivalenti a quelli di cui all'articolo 53, paragrafo 1; d) quando le informazioni provengono da un altro Stato membro, che le stesse non siano comunicate senza l'esplicito assenso delle autorità competenti da cui provengono e unicamente ai fini da esse autorizzati".

Sul rispetto delle condizioni indicate dall'art. 59(2) della direttiva 2013/36/UE ha richiamato l'attenzione la stessa BCE nell'ambito della propria attività consultiva sulle leggi nazionali concernenti la materia del mercato finanziario in generale⁹.

In ogni caso, laddove le ANC operino in ottemperanza a istruzioni o richieste della BCE, ai sensi degli artt. 9(1), terzo sub-paragrafo, e 18(5) reg. MVU, dovrebbero applicarsi obblighi di *accountability* quanto meno concorrenti nei confronti dei Parlamenti nazionali, della BCE da un lato e delle ANC dall'altro.

Queste ultime dovrebbero rimanere in particolare *accountable* nei confronti dei rispettivi parlamenti nazionali per quei profili del loro operato in relazione ai quali le istruzioni della BCE lasciano aperti margini di discrezionalità.

6. L'*accountability* nei confronti del mercato

Regole particolari di *accountability* vigono con riguardo all'adozione dei regolamenti della BCE. Queste prevedono, innanzitutto, taluni accorgimenti procedurali volti ad assicurare l'*accountability* della BCE nei confronti, oltretutto come visto sia del Parlamento europeo, anche del mercato.

⁹ Si veda, di recente, il parere del 18 Dicembre 2015 "on certain amendments to Banka Slovenije's institutional framework" (§ 6.5), che così precisa: "as stated in Opinion CON/2015/8, while Article 59(2) of Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council and Article 84(5) of Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council allow Member States to, under certain conditions, authorise the disclosure of certain information relating to the prudential supervision of institutions to parliamentary enquiry committees, courts of auditors and other entities in charge of enquiries in their Member State, such disclosure should not be made to the National Assembly per se. With regard to the amendments in the draft law to protect confidential information, additional safeguards for the exchange of confidential information with a parliamentary inquiry committee and the Court of Audit as referred to in Article 59(2) of Directive 2013/36/EU must always be observed: (a) the parliamentary enquiry committee and the Court of Audit must have a 'precise mandate' under national law; (b) the information must be 'strictly necessary' for fulfilling that mandate; (c) persons with access to the information are subject to professional secrecy requirements under national law that are at least equivalent to those referred to in Article 53(1) of Directive 2013/36/EU; (d) where the information originates in another Member State, it is not disclosed without the express agreement of the competent authorities that have disclosed it, and solely for the purposes for which those authorities gave their agreement; and (e) to the extent that the disclosure of information relating to prudential supervision involves processing of personal data, any processing by the parliamentary enquiry committee or the Court of Audit must comply with national law transposing Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council. Furthermore, the above conditions should be applied not only to information that is confidential under Directive 2013/36/EU but also to information that is confidential under other Union or national law provisions".

Infatti, prima di adottare un regolamento, similmente a quanto stabilito per l'adozione delle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione da parte della Commissione su proposta delle autorità del SEVIF (si vedano a tal riguardo gli artt. 10 e 15 dei relativi reg. istitutivi), la BCE effettua consultazioni pubbliche e analizza potenziali costi e benefici, a meno che tali consultazioni e analisi siano sproporzionate in relazione alla portata e all'impatto del regolamento in questione, ovvero in relazione alla particolare urgenza della questione, nel qual caso la BCE dà conto dell'urgenza: così l'art. 4(3) reg. MVU.

L'obbligo di consultazione pubblica e l'analisi costi-benefici è imposto anche per le modalità di calcolo del contributo di vigilanza e, in deroga a quanto previsto dalla regola generale sopra richiamata, non è derogabile. Circostanza questa che ben si comprende considerata l'incisività dell'atto sui soggetti vigilati.

È discusso se la consultazione debba o meno avvenire in tutte le lingue dei Paesi partecipanti al MVU, come pur suggerito dall'Ombudsman europeo¹⁰.

La consultazione pubblica è prevista dal criterio essenziale n. 4 del principio di Basilea n. 1 soltanto ove opportuna e per la modifica dei regolamenti "che riguardano l'attività bancaria". In linea con tale previsione sono, quindi, gli obblighi di consultazione eventualmente imposti per l'adozione delle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione adottate dalla Commissione su proposta dell'autorità del SEVIF di volta in volta competente *ratione materiae*.

A stretto rigore il principio suddetto non avrebbe, quindi, richiesto un obbligo di consultazione nel caso dei regolamenti della BCE che, per espressa previsione dell'art. 4(3) reg. MVU, non riguardano l'attività bancaria. Non è questa la sede per un esame dettagliato dei termini della questione. Ci si limita a ricordare semplicemente che, ai sensi della norma sopra citata "la BCE può... adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuite" dal reg. MVU¹¹.

Tuttavia, ancorché non riguardanti l'attività bancaria, il reg. MVU ha imposto ugualmente l'obbligo di consultazione per i regolamenti adottati dalla BCE, in ragione del loro impatto, quanto meno indiretto, sulla posizione dei soggetti vigilati ed ha, come visto, configurato detto obbligo come inderogabile, nel caso in cui detto impatto fosse invece chiaramente diretto e significativo, come per la disciplina del contributo di vigilanza.

La consultazione dell'industria bancaria è avvenuta in concreto con riguardo sia (doverosamente) al regolamento sull'imposizione delle *supervisory fees* sopra citato sia a quello che istituisce il quadro di cooperazione tra la BCE e le ANC.

¹⁰ Cfr. la decisione dell'Ombudsman europeo del 4 ottobre 2013.

¹¹ Cfr. più in dettaglio D'AMBROSIO, R., *The ECB and NCAs liability within the SSM*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, No 78, Roma, gennaio 2015, pp. 101 ss.; LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D. e SOLANA ÁLVAREZ, J., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, n. 79, pp. 28 ss..

Per l'adozione di quest'ultimo, l'art. 6(7) reg. MVU si limita, in realtà, a richiedere la consultazione delle ANC sulla proposta del Consiglio di vigilanza e l'adozione finale dell'atto da parte del Consiglio direttivo, per di più al di fuori del meccanismo del silenzio assenso di cui all'art. 26(8) che fa espressamente salvo proprio l'art. 6 reg. MVU. Tuttavia, in ragione della natura regolamentare dell'atto e della circostanza che talune delle materie in esso disciplinate non riguardano strettamente i rapporti tra la BCE e le ANC, la BCE ha deciso, correttamente, di sottoporre l'atto medesimo alla previa consultazione pubblica.

Obblighi analoghi di consultazione sono previsti anche dalla legge nazionale.

Per l'adozione degli atti regolamentari e a contenuto generale la Banca d'Italia deve, al pari delle altre autorità di vigilanza, consultare previamente le associazioni di categoria dei soggetti vigilati e dei risparmiatori. E ciò deve fare in applicazione del principio di proporzionalità (cfr. a tal fine l'art. 23 l. 262/2005).

L'art. 23, comma 2, della legge 262 del 2005 cit. prevede, in particolare, che “nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità [di vigilanza] tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con minore sacrificio degli interessi dei destinatari” e che, “a questo fine”, cioè, in vista della realizzazione del principio di proporzionalità, “esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei risparmiatori”.

In proposito il Consiglio di Stato (sezione VI, sentenza n. 7972 del 27.12.2006) ha sottolineato che “l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”; e, ancora, che “in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”.

Mette in luce, il supremo consesso amministrativo, soprattutto il rapporto – inversamente proporzionale – tra ampiezza dei poteri attribuiti alle autorità e rafforzamento delle garanzie procedurali. “Non è pensabile”, prosegue, infatti, il Consiglio di Stato, che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, cosicché “nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità

sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori); e "uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati".

7. L'*accountability* nei confronti dei cittadini dell'Unione

La legittimazione dal basso delle autorità di vigilanza dell'Unione trova ulteriore supporto nell'accesso ai documenti in loro possesso nell'esercizio delle loro attività "istituzionali" da parte dei cittadini dell'Unione medesima.

Va, a tal proposito, richiamato il considerando 59 reg. MVU, ai sensi del quale "i regolamenti di cui all'articolo 15, paragrafo 3, TFUE dovrebbero determinare le modalità di accesso ai documenti in possesso della BCE risultanti dall'assolvimento dei suoi compiti di vigilanza, conformemente al TFUE".

Dev'essere preliminarmente chiarito che l'accesso ai documenti cui fa riferimento il suddetto considerando è quello generale dei cittadini dell'Unione agli atti delle relative Istituzioni, quale forma di controllo democratico sul loro operato. Tale accesso va tenuto, perciò, ben distinto dal diritto di accesso al fascicolo, previsto e disciplinato dal reg. MVU e dal reg. BCE n. 468/2014 nell'ambito delle garanzie procedurali riconosciute ai soli destinatari dei provvedimenti di vigilanza della BCE.

I regolamenti cui fa riferimento l'art. 15(3) TFUE sono quelli adottati dal Parlamento e dal Consiglio, cui tutte le Istituzioni e gli organismi dell'Unione devono uniformarsi con proprie norme di procedura nell'assicurare l'accesso ai propri documenti ai cittadini dell'Unione medesima.

La BCE, tuttavia, è tenuta a uniformarsi ai principi previsti nei predetti regolamenti solo per quanto attiene alla propria attività amministrativa.

Alla luce di quanto sopra si pone, allora, il problema se includere l'attività di vigilanza della BCE nell'ambito di quella amministrativa di cui all'art. 15(3) TFUE, come sembra suggerire il considerando 59 MVU, o se considerarla, invece, a essa sottratta, in quanto equiparabile alle altre attività istituzionali della BCE, quali le funzioni di politica monetaria.

A favore dell'esclusione dell'attività di vigilanza dall'attività amministrativa può invocarsi l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza funzionale della BCE. A tale argomento può, però, opporsi che, mentre l'indipendenza della BCE quale autorità monetaria è riconosciuta dal TFUE e dallo Statuto della BCE e del SEBC, l'indipendenza della BCE quale autorità di vigilanza è, invece, riconosciuta dall'art. 19 reg. MVU e, quindi, può essere tranquillamente derogata da norme pari-ordinate.

A favore della inclusione dell'attività di vigilanza della BCE nell'ambito dell'attività amministrativa può invocarsi la circostanza che l'ABE e gli altri organismi del SEVIF (così come anche il Comitato del MRU) sono, invece, assoggettati al regolamento del Parlamento e del Consiglio di cui all'art. 15(3) TFUE (cfr. per le Autorità del SEVIF, l'art. 67 di ciascun regolamento istitutivo e, per il Comitato del MRU, l'art. 72 del relativo regolamento). A tale argomento può, però, obiettarsi che l'attività dell'ABE, per quanto avente a oggetto la stessa materia, non è equiparabile all'attività svolta dalla BCE, in quanto la prima svolge fundamentalmente (sebbene non esclusivamente) attività di regolazione, mentre la seconda svolge attività di vigilanza in senso proprio. Svolge, invece, attività anche di vigilanza, sulle agenzie di rating e sui repertori di dati, l'AESFEM, che è, come l'ABE, assoggettata al predetto regolamento del Consiglio.

Indubbiamente, la trasparenza dell'attività delle Istituzioni dell'Unione è considerata dalla giurisprudenza quale ineliminabile strumento di *accountability* democratica¹² e assurge, ormai, a principio di rango costituzionale dell'Unione medesima (cfr., oltre all'art. 15(3) TFUE cit., l'art. 11 del TUE e l'art. 52 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali).

A ben vedere, tuttavia, ciò che rileva è che sia assicurata la trasparenza dell'Istituzione interessata, a prescindere dallo strumento giuridico volto a realizzarla, se (i) tramite regole di procedura della BCE adottate nella cornice di un regolamento del Parlamento e del Consiglio ovvero (ii) tramite un autonomo regolamento BCE.

La BCE sembra comunque seguire la prima strada. Ciò risulta: (i) dalla decisione BCE 20015/1 (UE/2015/529) del 21 gennaio 2015, che modifica la decisione BCE 2004/3 (2004/258/CE) del 4 marzo 2004, relativa in generale all'accesso del pubblico ai documenti della Banca centrale europea¹³, per includere tra i casi che giustificano il rifiuto dell'accesso l'interesse pubblico “alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie” e “la finalità delle ispezioni di vigilanza”; (ii) dalla decisione BCE 2015/16 (UE/2015/811) del 27 marzo 2015¹⁴, che, pur dettando una regola ad hoc sull'accesso del pubblico ai documenti di vigilanza BCE detenuti dalle ANC¹⁵, chiarisce, al considerando n. 1, che il regime relativo all'accesso del pubblico ai documenti della Banca centrale europea (BCE) è quello stabilito in termini generali dalla decisione BCE/2004/3.

¹² Cfr. Corte giust. UE, casi C-39/05 P e C-52/05 P, Turco v. Consiglio § 45, in Racc. giur. C. giust., 2008, I-04723.

¹³ In GUCE L 80 del 18 marzo 2004, pp. 42-44.

¹⁴ In GUCE L 128 del 23 maggio 2015, pp. 27-28.

¹⁵ L'art. 2 della decisione statuisce che “qualora riceva una istanza di accesso ad un documento della BCE che è in suo possesso, un'ANC, prima di assumere una decisione circa la divulgazione, consulta la BCE in merito all'ambito di applicazione dell'accesso, a meno che risulti chiaro che il documento debba o non debba essere divulgato”; e che “in alternativa, l'ANC può deferire l'istanza alla BCE”.

8. L'*accountability* amministrativa della BCE nei confronti dell'ABE

Sia la BCE sia le ANC sono *accountable*, in quanto autorità di vigilanza (cfr. l'art. 4(2)(i) del regolamento istitutivo dell'ABE), nei confronti dell'ABE. Ciò risulta chiaramente dagli artt. 16, 17 e 19 del regolamento istitutivo di tale autorità.

Gli articoli sopra citati assoggettano, precisamente, le autorità di vigilanza ai poteri dell'ABE di: dettare orientamenti e raccomandazioni; assicurare il rispetto del diritto dell'Unione anche sostituendosi alle autorità di vigilanza; risolvere le controversie tra autorità competenti in situazioni transfrontaliere.

Al riguardo giova segnalare la situazione particolare in cui si viene a trovare la BCE che, pur rivestendo lo *status* di Istituzione dell'Unione (direttamente prevista dai Trattati) soggiace, tuttavia, a obblighi di *accountability* nei confronti di un'agenzia dell'Unione medesima, quale appunto, l'ABE (istituita con atto di legislazione secondaria), laddove la gerarchia istituzionale avrebbe suggerito il contrario¹⁶.

Va, tuttavia, rilevato che un problema analogo si pone – e in termini forse ancora più accentuati – con riguardo agli obblighi di *accountability* degli organismi e istituzioni operanti in seno al MRU rispetto all'ABE. Il processo decisionale in seno al MRU vede, infatti, spesso coinvolti oltre al Comitato anche la Commissione e il Consiglio, rispetto ai quali un dovere di *accountability* nei confronti dell'ABE appare ancor meno in linea col diverso rango istituzionale dei primi rispetto alla seconda.

I processi di *accountability* nei confronti dell'ABE sono chiaramente distinti per la BCE da un lato e per le ANC dall'altro e seguono, fondamentalmente, la linea di demarcazione tra vigilanza sulle banche significative e vigilanza sulle banche meno significative.

Né la BCE può vantare un potere di coordinamento dell'attività che le ANC fossero eventualmente tenute a porre in essere in quanto assoggettate, con riguardo alle banche meno significative, ai predetti poteri dell'ABE.

Infatti, i poteri di istruzione e di orientamento che la BCE può adottare nei confronti delle ANC sono soltanto quelli definiti nell'ambito della cornice di cui all'art. 6(7) reg. MVU e del reg. BCE n. 468/2014 di esso attuativo; e, né nell'art. 6(7) reg. MVU cit. né nel predetto reg. BCE, vi è menzione alcuna di un potere di coordinamento della BCE nei confronti delle ANC, per il caso che esse siano chiamate a operare in ottemperanza a orientamenti o raccomandazioni dell'ABE.

¹⁶ Cfr. Ter Kuile, G., Wissink, L. e Bowenschen, W., Tailor-made accountability within the Single Supervisory Mechanism, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 180; Wolfer, B. e Volland, T., Level the Playing Field: the New Supervision of Credit Institutions by the European Central Bank, in *Common Market Law Review*, 2014, 1493.

9. L'*accountability* delle autorità nazionali nei confronti della BCE

Se, come appena detto, la BCE non può orientare l'attività delle ANC nei casi non previsti dall'art. 6(7) reg. MVU e del reg. della BCE n. 468/2014, nell'ambito e nei limiti in detta cornice normativa essa è, invece, responsabile del buon funzionamento del MVU e dispone, pertanto, di poteri di indirizzo nei confronti delle autorità suddette.

A tal fine essa dispone: di poteri regolamentari di istruzione e di raccomandazione sull'esercizio dell'attività di vigilanza delle ANC sulle banche meno significative; del potere – puntuale ed eccezionale – di avocazione della vigilanza su di una banca meno significativa, per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati; di sorveglianza sul funzionamento del sistema nel suo complesso; di richiesta di informazioni alle ANC in merito all'assolvimento dei compiti di vigilanza da esse assolti.

A tali poteri corrispondono alcuni obblighi di informazione e perciò in senso lato di *accountability* delle ANC nei confronti della BCE, espressamente previsti nel reg. 468/2014 cit..

È previsto un solo caso in cui le ANC devono fornire alla BCE informazioni relative ad una banca meno significativa: quello in cui la situazione di quest'ultima si deteriori rapidamente e in modo significativo, “specialmente quando tale deterioramento potrebbe condurre a una richiesta di assistenza finanziaria diretta o indiretta da parte del MES”¹⁷.

Di regola, invece, il flusso informativo tra le ANC e la BCE attiene: a) in via preventiva, alle procedure di vigilanza rilevanti che le prime intendano avviare o ai provvedimenti di vigilanza rilevanti che esse intendano adottare nei confronti delle banche meno significative¹⁸; b) in via successiva, alle misure da esse adottate e, più in generale, all'assolvimento dei loro compiti di vigilanza¹⁹.

Si tratta, come si vede, di obblighi ben più pregnanti di quelli che gravano sulle ANC in ambito SEVIF. A parte, infatti, quello di *comply or explain* di cui all'art. 16 reg. istitutivo delle singole autorità dell'Unione costituenti il SEVIF non esistono doveri positivi di *accountability* delle ANC nei confronti delle autorità dell'Unione.

Tuttavia, l'art. 8, § 1, lett. e) del regolamento ABE (analoga norma è contenuta anche nei regolamenti istitutivi delle altre autorità dell'Unione) prevede che l'Autorità bancaria europea “organizza ed effettua verifiche *inter pares* delle autorità competenti, anche formulando orientamenti e raccomandazioni e individuando le migliori prassi, al fine di rafforzare l'uniformità dei risultati di vigilanza”.

¹⁷ Cfr. l'art. 96 del reg. BCE n. 468/2014.

¹⁸ Cfr. gli artt. 97 e 98 del reg. BCE n. 468/2014.

¹⁹ Cfr. gli artt. 99 e 100 del reg. BCE n. 468/2014.

La norma rappresenta una prima formalizzazione di quella che in dottrina è chiamata “*horizontal accountability*”, per rimarcare la circostanza che le autorità nazionali che partecipano ad agenzie dell’Unione rispondono l’una verso l’altra nel contribuire alla definizione e all’applicazione delle linee operative dell’agenzia medesima.

10. Il controllo giustiziale e giurisdizionale sugli atti della BCE e la responsabilità di quest’ultima quale autorità di vigilanza

Il reg. MVU prevede, innanzitutto, un riesame delle decisioni BCE dinanzi alla Commissione amministrativa del riesame, organo interno della BCE stessa. Il riesame non vincola, però, né il Consiglio di vigilanza, né tanto meno il Consiglio direttivo, come espressamente sancito dall’art. 16(5) della decisione BCE/2014/16 sull’istituzione della Commissione e le relative regole di funzionamento e come, d’altronde, già ricavabile dall’art. 24(7) del reg. MVU.

Ciò diversamente da quanto previsto per la Commissione di ricorso delle autorità del SEVIF di cui all’art. 60(5) reg. istitutivo di ciascuna di esse e per la Commissione per i ricorsi avverso gli atti del Comitato di risoluzione prevista dall’art. 85(8) del reg. MRU.

L’art. 24 reg. MVU cit. prevede, infatti: che, “dopo essersi pronunciata sull’ammissibilità del riesame, la commissione amministrativa del riesame esprime un parere... e rinvia il caso al consiglio di vigilanza affinché prepari un nuovo progetto di decisione”; che “il consiglio di vigilanza tiene conto del parere della commissione amministrativa del riesame e presenta senza indugio al consiglio direttivo un nuovo progetto di decisione” e che “il nuovo progetto di decisione abroga la decisione iniziale, la sostituisce con una decisione di contenuto identico oppure la sostituisce con una decisione modificata”; che, infine, detto nuovo progetto di decisione “si ritiene adottato a meno che il consiglio direttivo non sollevi obiezioni entro un termine massimo di dieci giorni lavorativi”.

La vincolatività delle decisioni della Commissione amministrativa del riesame avrebbe potuto avere un senso quanto meno nei confronti del Consiglio di vigilanza, fermo restando il rispetto delle prerogative del Consiglio direttivo nell’ambito della politica monetaria. Così come disciplinata dall’art. 24 reg. MVU cit. e dalle nome del medesimo attuative essa, invece, rischia di compromettere l’intento verosimilmente perseguito dal legislatore dell’Unione di disincentivare il ricorso alla CGUE.

Il vaglio della Commissione amministrativa per il riesame è limitato alla conformità procedurale e sostanziale della decisione della BCE al reg. MVU, e non è, quindi, esteso al merito²⁰. Esso dovrebbe, tuttavia, includere anche la

²⁰ Cfr. il considerando n. 64, secondo periodo, del reg. MVU secondo cui “la portata del riesame dovrebbe riguardare la conformità procedurale e sostanziale di tali decisioni con il presente regolamento, nel rispetto, nel contempo, del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull’opportunità di adottare le decisioni stesse”. Nello stesso senso, in dottrina, WYMEERSCH, E., *op. cit.*, p. 58.

conformità dell'atto al diritto dell'Unione in generale, quanto meno nei limiti in cui è lo stesso reg. MVU, specie nel suo preambolo, a richiamarlo²¹.

Anche il vaglio della CGUE sugli atti della BCE è limitato al solo sindacato di legittimità e ciò vale addirittura con riguardo alle sanzioni. Un sindacato di merito di queste ultime potrebbe essere il portato dell'applicazione del principio della tutela effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Non è però questa la sede per entrare nella complessa questione, per un esame della quale mi permetto di rinviare al Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza Legale n. 76²².

La circostanza che il vaglio della CGUE sia limitata ai profili di legittimità non vuol dire però che la Corte deve astenersi da qualsiasi sindacato circa la valutazione dei fatti effettuata dalla BCE, soprattutto ove si considerino gli ampi poteri discrezionali di cui essa dispone²³.

Si ricorda, inoltre, che la partecipazione delle autorità nazionali ai procedimenti che mettono capo all'adozione di provvedimenti BCE pone il problema dell'eventuale sindacato della CGUE anche sulla fase endo-procedimentale nazionale.

Le autorità nazionali restano, invece, assoggettate per gli atti di propria competenza ai sensi del reg. MVU al sindacato dei giudici nazionali, con la precisazione, tuttavia, che, nei casi in cui l'atto presupposto sia un regolamento, istruzione o orientamento BCE, l'interpretazione e il vaglio di validità di quest'ultimo competono alla CGUE.

Un problema distinto riguarda, invece, i casi in cui la BCE adotti provvedimenti di vigilanza previsti dal diritto nazionale traspositivo di direttive. Qui la giurisdizione è sempre della CGUE, che si trova così a valutare la conformità dell'atto della BCE al diritto nazionale, ferma restando l'applicazione del principio di primazia del diritto dell'Unione nel caso di non corretta trasposizione di quest'ultimo nell'ordinamento nazionale²⁴.

Nel suo ruolo di autorità di vigilanza la BCE non gode di alcuna espressa limitazione di responsabilità, in quanto il reg. MVU la assoggetta al regime

²¹ Cfr., tra gli altri, i considerando 58, 59, 62, 81, 82, 86 MVU. *Contra* WYMEERSCH, E., *op. cit.*, p. 58.

²² D'AMBROSIO, R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, pp. 73-74.

²³ In particolare, secondo la giurisprudenza della CGUE, "qualora la decisione... sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario [dell'Unione] non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella" dell'autorità; "tuttavia, se il giudice comunitario [dell'Unione] riconosce" all'autorità "un potere discrezionale in materia economica o tecnica, ciò non implica che egli debba astenersi dal controllare l'interpretazione", da parte di tale autorità, "di dati di tale natura. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono": Trib., 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, II-3601, §§ 88-89.

²⁴ Cfr. su tali profili WITTE, A., *The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?*, in *MJ*, 1, 2014, pp. 89 e ss., e WOLFER, B. e VOLAND, T., *op. cit.*, p. 1485.

generale previsto per tutte le Istituzioni dell'Unione dall'art. 340 TFUE (cfr. il considerando n. 61 reg. MVU).

Il discorso non cambia per quanto attiene alle Autorità del SEVIF, i cui regolamenti istitutivi prevedono (cfr. l'articolo 69, comma 1, di ciascuno di essi) che “in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Autorità risarcisce, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, i danni cagionati dall'Autorità stessa o dal suo personale nell'esercizio delle sue funzioni. La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni”. Il CERS, non avendo personalità giuridica, non risponde direttamente dei danni in ipotesi riconducibili ai propri atti, essendo questi ultimi imputabili direttamente all'Unione.

Una norma limitativa di responsabilità non è prevista neppure per il Comitato del MRU.

Tuttavia, se per le autorità del SEVIF l'assenza di una norma *ad hoc* limitativa della loro responsabilità può trovare giustificazione nella loro mancanza di poteri discrezionali, ciò è meno vero per il Comitato del MRU, sebbene lo stesso operi in base a norme che ne circoscrivono ampiamente l'operato.

Sicuramente con riguardo alla BCE siffatto approccio stride con l'esigenza di assicurarle sufficienti margini di manovra in ragione dei molteplici interessi che è chiamata a perseguire ed è perciò in contrasto con i Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria²⁵ e con le caratteristiche stesse di unicità del MVU.

Nell'ambito di quest'ultimo, la BCE e le ANC sono investite di poteri di vigilanza della medesima natura, sebbene attribuiti alla prima e alle seconde secondo i criteri stabiliti dal reg. MUV (fondamentalmente, secondo lo *status* di “significativa” o “meno significativa” della banca). Non vi sarebbe, pertanto, ragione di assoggettare la BCE e le ANC a regole di responsabilità diverse. Inoltre, escludere qualsiasi protezione legale per la BCE potrebbe indurre quest'ultima ad avvalersi in misura eccessiva della collaborazione di quelle ANC che godono, nei rispettivi ordinamenti, di regimi di responsabilità più favorevoli.

Alla luce di quanto sopra, potrebbe pervenirsi a una qualche forma di limitazione di responsabilità della BCE per via interpretativa, seguendo due percorsi alternativi; facendo, cioè, leva sulle regole speciali applicabili alle autorità di vigilanza nei vari Paesi Membri ovvero sul criterio della violazione sufficientemente grave, già applicato dalla Corte di giustizia alle Istituzioni dell'Unione²⁶.

²⁵ Cfr. il principio n. 2, criterio n. 9.

²⁶ Cfr. su tali profili D'AMBROSIO, R., *The ECB and NCAs liability within the SSM*, cit..

THE ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL REVIEW OF DECISIONS OF THE ECB IN THE SUPERVISORY FIELD

Concetta Brescia Morra *

1. Introduction – 2. The Administrative Review – 2.1. The legal basis and core characteristics of the administrative review in the SSM Regulation – 2.2. The operating procedures of the ABoR – 2.3. The “opinion” of the ABoR – 2.4. The scope of the review – 2.5. The administrative review of decisions taken by EU bodies in the financial sector: similarities and differences – 2.6. The nature and the role of ABoR in the SSM – 3 The Judicial Review – 3.1. Division of competence between the ECJ and the national courts in the review of decisions taken within the SSM – 3.2. The limits of the judicial review of ECB decisions in the supervisory field

* Concetta Brescia Morra is Professor of Financial Market Regulation, University of Sannio and a member of the Administrative Board of Review (ABoR) of the Single Supervisory Mechanism of participating EU countries. The opinions expressed in this article are solely those of the author and do not represent the official policy or position of the ABoR. I wish to thank for very useful comments Javier Aristegui Yáñez, André Camilleri, Raffele D’Ambrosio, Marco Lamandini, Marino Perassi, Jean-Paul Redouin, Roberto Virzo. I am, of course, solely responsible for any remaining errors.

1. Introduction

Council Regulation (EU) No 1024/2013 (hereinafter SSM Regulation), implementing Article 127(6) TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union),¹ shifted the responsibilities for carrying out the supervision of the most important part of the Euro area banking system² from national authorities to the European Central Bank (ECB).³

The ECB is mandated to carry out its tasks within the Single Supervisory Mechanism (SSM)⁴ which is composed of the ECB and national authorities. It is responsible for the effective and consistent functioning of the SSM. The banks in the participating countries are divided into two categories: “less significant banks” and “banks of significant relevance”.⁵ As a rule, the ECB is responsible

¹ According to Article 127(6), TFEU: “*The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings*”.

² Regarding the problems posed by Article 127(6) as the legal basis for the SSM, see TOSATO G.L., *The legal base of the Banking Union*, in *The European Banking Union*, Messori M. and Barucci E. eds., Passigli, Perugia, 2014, pp.23-31.

³ With regard to the powers of the ECB under Article 127(6) for the purposes of financial stability, see LASTRA R.M., *Evolution of the European Central Bank*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, pp. 1274 ff.; SMITS R., *The role of the ESCB in banking supervision*, in *Legal Aspects of the European Central Banks. Liber Amicorum of Paolo Zamboni Garavelli*, European Central Bank, Frankfurt, 2005, pp. 199 ff.

⁴ The mechanism is open to other European Member States that wish to “opt-in” under an agreement of close cooperation.

⁵ The significance is based on certain criteria: the size, the importance for the economy of the EU or any participating Member State, and the relevance of cross-border activities. Moreover, banks that have requested or received financial assistance from the European Stability Mechanism and the three most significant credit institutions in each of the participating Member States will fall within the remit of the ECB even if they do not meet the criteria for being considered “of significant relevance”. See GUARRACINO F., *Role and powers of the ECB and the EBA in the perspective of the forthcoming single supervisory mechanism*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, no 2, pp. 184-210.

for the supervision of “banks of significant relevance”, while the supervision of “less significant banks” lies with the national competent authorities.⁶

The new structure of banking supervision in Europe put in place a pattern of integration that has never yet been tested. The SSM creates an original mode of interaction among the EU and the national administrations. An integrated system of administration is set up at the decision-making and at the operational levels.⁷

The assignment of supervisory tasks implies that the ECB has a significant responsibility for safeguarding financial stability in the Union. To this end, the SSM Regulation conferred on the ECB a broad range of discretionary powers; moreover, the ECB has all the powers and obligations, that competent and designated authorities have under the relevant Union law for prudential purposes. Given the concentration of power in the hands of a European institution vis-à-vis national banks, Recital 54 of the SSM Regulation provides that the ECB “should be bound in its decision-making procedures by Union rules and general principles on due process and transparency”.

To safeguard the rights of banks or other natural or legal persons that could be affected by the ECB’s decisions, the SSM Regulation provides a system for the review of the ECB’s decisions, and envisages the establishment of a new mechanism, in addition to traditional judicial remedies.

⁶ On the architecture of the Single Supervisory Mechanism and on the ECB’s powers see BRESCIA MORRA C., *The evolution of banking supervision architecture in Europe*, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, Roberto Virzo, Ivan Ingravallo (eds.), Martinus Nijhoff, Boston-Leiden, 2014, pp. 224 ff.; BRESCIA MORRA C., *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA*, in *Studi sull’integrazione europea*, no. 3, 2014, pp. 465 ff.; BUSCH D. – FERRARINI G. (eds.), *European Banking Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015; CAPRIGLIONE F., *European banking union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part 1, p. 5; D’AMBROSIO, R., *Due process and safeguards of the persons subject to the SSM supervisory and sanctioning proceedings*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, December 2013, No. 74, Rome; D’AMBROSIO, R., *The ECB and NCAs liability within the SSM*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, January 2015, no. 78, Rome; FERRAN, E. – BABIS, V., *The European Single Supervisory Mechanism*, Paper 10/2013, *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, March, 2013; GORTSOS C.V., *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union*, EPLO, Athens, 2015; LAMANDINI M., MUÑOZ D.R., ÁLVAREZ J.S., *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The role of Constitutional Mandates and of the Fundamental Rights’ Protection*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia*, November 2015, no. 79, Rome; LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The European Central Bank (ECB) powers as a catalyst for change in EU Law. Part I: The ECB’s mandates*, in *Columbia Journal of European Law*, 2016, forthcoming; MICOSI S., *Banking union in the making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, no. 2, part 1, pp. 80 ff.; MOLONEY, N., *European banking union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, no. 51, pp. 1609 ff.; TEIXEIRA, P.G., *The Single Supervisory Mechanism: Legal and institutional foundations*, in *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, March 2014, no. 75; WYMEERSCH E., *The Single Supervisory Mechanism or ‘SSM’, part one of the Banking Union*, *Working Paper Research*, April 2015, no. 255.

⁷ See CHITI E., *The relationship between national administrative law and European administrative law in Administrative Procedures, What’s New in European Administrative Law?*, J. Ziller (ed.), *European University Institute Working Paper No. 2005/10*; DONATO L., RECINE F., *The Single Supervisory Mechanism. From the building stage to the race track*, in *XX Rapporto della Fondazione Rosselli sul sistema bancario italiano*, Edibank, 2015, pp. 251-276.

As laid down in the Treaties, the ECB is an institution of the Union as a whole and therefore its decisions are subject to the judicial review of the Court of Justice of the European Union (CJEU).⁸

Moreover, the SSM Regulation provides for an internal administrative review of the ECB's decisions. To carry out this internal review the Regulation requires the ECB to establish an Administrative Board of Review (referred to in this paper as the ABoR, the Board or the Administrative Board). The administrative review and its procedures are regulated by Article 24 of the SSM Regulation and by the ECB decision of 14 April 2014 (ECB/2014/16).⁹

The administrative and the judicial review are important tools for closing the legal gaps and solving those cases of legal uncertainty that are unavoidable when new legislation has been enacted. To build a new regulatory system it is not enough to approve the rules; legal systems are formed through the implementation of those rules by the competent authorities, and by the interpretation of the rules in court.

This paper examines the administrative and judicial review of the ECB decisions in the banking supervisory field. In the first part the core characteristics of the functioning of the internal administrative review carried out by the ABoR are described, and the paper highlights the differences between the ABoR and similar bodies that are already in place for reviewing decisions of some European agencies. In the second part the paper explores the specific features of the judicial review of ECB decisions in this field.

2. The administrative review

2.1. The legal basis and core characteristics of the administrative review

According to Article 24 of the SSM Regulation, any natural or legal person may request a review of a decision taken by the ECB in the exercise of the powers conferred on it by the SSM Regulation if that decision is addressed to that person, or is of a direct and individual concern to that person.

The request for review can be filed after the decision has been formally adopted by the ECB. The ECB decision-making process in the banking field is complex: the planning and execution of the tasks conferred on the ECB are undertaken by the Supervisory Board, which is set up under the SSM Regulation and which proposes to the Governing Council of the ECB a complete draft decision to be adopted by that body. The Governing Council does not formally

⁸ See the European Court of Justice 23 April 1986 affirming: “*The European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.*” (Judgment in, *Les Verts v Parliament*, C-294/83, EU:C:1986:166, para 23). See also case “*OLAF*”, Judgment, in *Commission v European Central Bank*, C-11/00, EU:C:2003:395.

⁹ Decision of the European Central Bank of 14 April 2014 concerning the establishment of the Administrative Board of Review and its Operating Rules (ECB/2014/16).

ratify or approve the draft decision. The decision is deemed adopted unless the Governing Council objects to the Supervisory Board proposal within a period of ten days. The governance structure of the ECB in the banking field is due, on the one hand, to the need to provide tools to address potential conflicts of interest between monetary policy and banking supervision, and, on the other hand, to the regulatory constraints imposed by the Treaty which identifies the Governing Council as the only decision-making body of the ECB.

Therefore, according to the SSM Regulation, a request for review may be lodged with the ABoR when the ECB has adopted the decision (when the ten day non-objection deadline has passed) and the decision has been notified to the interested parties.

The ABoR shall express an opinion within two months from the receipt of the request, and remit the case to the Supervisory Board for the preparation of a new draft decision. The Supervisory Board shall take into account the opinion of the ABoR and shall promptly submit a new draft decision to the Governing Council. The initial decision is abrogated, and it is then replaced either by an identical decision or by an amended decision.

The review is without prejudice to the right to bring proceedings before the CJEU in accordance with the Treaties. No action may be brought before the Court of Justice against the opinion of the ABoR. If the applicant decides to appeal the decision of the Governing Council that is made after the ABoR has issued its opinion, the ABoR's opinion becomes public as part of the ECB's proceedings before the Court.

The structure of the ABoR as outlined by the European legislator highlights the aim of setting up a body composed of independent experts in the banking supervisory field.

The ABoR is composed of five members, who may be replaced by one of two alternates under certain conditions.

The members of the Administrative Board and the two alternates must be individuals of high repute who are Member State nationals and have a proven record of relevant knowledge and professional experience, including supervisory experience, to a sufficiently high level in the fields of banking or other financial services. The call for expressions of interest published in the starting phase by the ECB¹⁰ to select the members of the ABoR shows the importance that the ECB assigns to practical work experience in the field of banking supervision or of the operating mechanisms of the European institutions. Among the selection criteria, the call stated that, in addition to a very good knowledge of EU legislation in the banking field and of the operational aspects of the banking field, a distinct advantage for candidates was to have supervisory experience or a thorough understanding of EU institutions and EU decision-making processes, as well as

¹⁰ OJ CA 133/1, 1.5.2014.

other European and international processes of relevance to the activities of the ECB, and the SSM in particular. The specific professional skills required are of some importance in determining the scope of the administrative review of the ECB decisions, as I will show in the following paragraphs.

According to Article 24 of the SSM Regulation, the members are to act independently and “in the public interest”.

Rules are provided to ensure that the ABoR’s members are independent of the ECB (and of the national competent authorities) as well from potential applicants.

To ensure that the members are independent of the authorities, notwithstanding the fact that they are appointed by the Governing Council of the ECB, the Regulation provides that the members should not be current staff of the ECB, nor current staff of competent authorities or other national or Union institutions, bodies, offices or agencies that are involved in carrying out the tasks conferred on the ECB by the SSM Regulation. Moreover, Article 24 expressly underlines the fact that the members of the Board are not to be bound by any instructions from the ECB. This latter provision, along with rigorous procedural rules for how the ABoR functions, constitutes a substantial guarantee that the deliberations of the ABoR are free from potential interference from the ECB offices (see paragraph 1.2).¹¹

To guarantee their independence from potential applicants, the members must make a public declaration of their commitments and a public declaration of interest indicating any direct or indirect interest that might be considered prejudicial to their independence or the absence of any such interest.

2.2. The operating procedures of the ABoR

Under the SSM Regulation, as implemented by the ECB’s decision (ECB/2014/16), the operating rules of the ABoR are typical of those of a judicial body. The procedure is clearly divided into two parts: the investigation phase, which includes the possibility of holding an oral hearing, and the deliberation phase.

¹¹ See on this point LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The ECB powers as a catalyst for change in EU law: Part 2*, (footnote 6), p. 61 arguing that the ABoR falls short of having “institutional independence” because of the lack of binding powers over the ECB and the lack of “an appearance of independence”, given that the Board is part of the ECB’s structure. The authors make reference to the *Grande Stevens* case, (Judgment on the merits delivered by a Chamber, *Grande Stevens v Italy*, no(s).18640/10, 1847/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10 ECHR 2014-II) where the ECHR accepted that the members of the Italian securities commission (CONSOB) had subjective independence, but held that the fact that the investigative and decision-making units were branches of the same administrative body acting under the authority and supervision of a single chairman was not compatible with the requirements of impartiality. In my opinion, it is inappropriate to consider the ABoR as in any way “part of the ECB’s structure”, as would be the case with an internal office of an authority. The ABoR, contrary to what is highlighted in the case of *Grande Stevens* by the ECHR, is an organ of the ECB and not an office (a branch) of the ECB structure, and it does not act under the authority and supervision of the Supervisory Board or of the Governing Council.

Formalizing the proceedings into distinct phases and laying down strict procedural rules ensures that the right of due process is respected and that a truly independent assessment is made by the ABoR.

According to Article 6 of the ECB decision (ECB/2014/16), the Secretary of the Board is the same as the Secretary of the Supervisory Board. “The Secretary shall be responsible for preparing the efficient examination of reviews, organizing the Administrative Board’s pre-hearings and hearings, drafting the respective proceedings, maintaining a register of reviews and otherwise providing assistance in relation to the reviews”. The choice of the same officer (and his staff, the Secretariat) as the Secretary to the ABoR and Secretary to the Supervisory Board has been questioned,¹² with the argument being made that there is a risk of a conflict of interest because the officer has prepared the adoption of the measure that is subject of the complaint. On this point it must be considered first that the proposal made by the Supervisory Board to the Governing Council is the result of a complex decision-making process that starts with a proposal from the competent offices of the ECB and is subject to discussion and assessments that are the sole responsibility of the Supervisory Board acting in its collegial capacity. The role of the Secretary is limited to assisting the Supervisory Board in this final decision-making stage. Secondly, the division of the proceedings before the ABoR into distinct phases, and specifically the crucial final stage when the Board’s members discuss, with full autonomy, the substance of the case, ensure the independence of this body. It is worth mentioning that the whole of the ABoR process is documented in the minutes of meetings, which could be disclosed in court.

The investigation phase starts with the receipt of a notice of review from an applicant and ends after the oral hearing, if a hearing is called. On receipt of a notice the Chair must designate, from among the Board members, a rapporteur for the review taking into account the specific expertise of each member of the Board (Article 8 of ECB/2014/16). During the investigation phase the case rapporteur conducts the investigation and all the members of the Board examine in detail the admissibility of the review and the points raised by the applicant in the request.

During the investigation phase, the Board may ask for support from the ECB, including legal expertise (Article 6 of ECB/2014/16), and it may also ask for information from the national authorities that were involved in the ECB’s decision-making process. During this phase the Board acquires much information as it can about the facts and rules applicable to the case, as necessary for a proper assessment. All the information and the opinions obtained are subjected to an evaluation during the decision-making phase. This evaluation is based on the knowledge and professional experience of the members of the ABoR, which includes a very good knowledge and understanding of EU legislation in the field

¹² See DONATO L., RECINE F., *The Single Supervisory Mechanism. From the building stage to the race track* (footnote 7), p. 272.

of banking and other financial services, of the functioning of the banking sector and of supervisory procedures and judicial practice in the context of supervisory appeal procedures.¹³

The first two points examined are the admissibility of the application and the need for suspension.

The Board first has to rule on the admissibility of the request, before examining whether it is legally founded. The request must be submitted by a natural or legal person to whom an ECB decision is addressed or for whom such a decision is of direct and individual concern.¹⁴

Given that the rules about standing are the same as those provided by the Treaty for having a standing before the CJEU (Article 263(4) TFEU),¹⁵ the principles established in the case law of the Court are very important for defining the conditions for the admissibility of a request for review made to the ABoR. According to the case law of the CJEU,¹⁶ a contested decision is of direct concern to an applicant if that decision directly affects the legal situation of the applicant¹⁷ or influences his or her material situation¹⁸ or has a foreseeable impact on his or her legal position.¹⁹ According to the settled case law, a legal act of an EU institution or agency is of individual concern when it affects specific natural or legal persons by reason of certain attributes peculiar to them, or by reason of a factual situation that differentiates them from all other persons and distinguishes them individually in the same way as the addressee.²⁰

Moreover we have to take into account that, according to a well-established procedure of Union law, an applicant for relief must demonstrate that it has an interest in bringing proceedings, that is, it must show that it would benefit from a contested act being annulled or rescinded. The CJEU has consistently upheld that an interest in bringing proceedings is an essential and fundamental prerequisite for

¹³ See the call for expressions of interest for external experts to be appointed as members and alternates of the Administrative Board of Review of the European Central Bank (2014/C 133 in OJ CA 133/1, 1.5.2014).

¹⁴ Article 24(5) of the SSM Regulation and Article 7 of the ECB decision on the operating rules of the ABoR.

¹⁵ According to Article 263(4) TFEU, “Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures”.

¹⁶ See case Judgment in *Firma Plaumann & Co v Commission*, C-25/62, EU:C:1963:17. For an extensive commentary on the point, see WITTE A., *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, no 1, pp. 1-37.

¹⁷ See Judgment in *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, T-69/99, EU:T:2000:302, para 24.

¹⁸ See Order in *Borax Europe Ltd v European Chemicals Agency*, T-346/10, EU:T:2011:510, para 46.

¹⁹ See Judgment in *Piraiiki-Patraiki and others v Commission*, C- 11/82, EU:C:1985:18, para 6.

²⁰ See Judgment in *Firma Plaumann & Co v Commission*, C-25/62, EU:C:1963:17 para 107; Judgment in *Union de Pequenos Agricultores v Council*, C-50/00 P, EU:C:2002:462, para 36.

any legal proceedings.²¹ Therefore, the interest in bringing proceedings could be considered to be an essential and fundamental prerequisite for an administrative review before the ABoR.

As in court proceedings, the ABoR's assessment is limited to the examination of the grounds relied upon by the applicant as set forth in the notice of review. By contrast, the Supervisory Board may take other elements into account in its proposal for a new draft decision (Article 17 of ECB/2014/16). This rule highlights the fact that the ABoR has a limited mandate: to review an ECB decision on request, limiting its review to the issues raised by the applicant. The ECB's position is different – it has to pursue the general objectives entrusted to it by the SSM Regulation in the exercise of its supervisory powers over banks; in the light of this its objective can change its original decision on the basis of a new assessment of the case. The ABoR's role is not to replace or second-guess the ECB as a supervisory authority. Only a manifest violation of law, even if this was not highlighted in the request of the applicant, must be brought by the ABoR to the Supervisory Board's notice to protect the obligation of the administration to act legally.

The second point to be examined is the need for suspension. The ABoR may propose to the Governing Council that it suspends its contested decision, if the request for review is admissible and not obviously unfounded and the ABoR considers that the immediate application of the contested decision may cause irreparable damage. These are the typical conditions required to obtain an order of suspension of a contested measure from a judicial body. Because of its urgent nature, the decision for the contested decision to be suspended is the sole responsibility of the Governing Council. This is an important exception to the ordinary procedure, and shows, unquestionably, that the only decision-making body of the ECB is the Governing Council, even though the SSM Regulation chooses to assign a crucial role to the Supervisory Board in supervisory decisions, by laying down the non-objection procedure.

The types of evidence that can be brought before the Board during the investigation are typical of judicial proceedings. The applicant may request the ABoR's permission to adduce, in the form of a written statement, witness or expert evidence, and the ECB may request the Administrative Board's permission to call a witness or expert to give oral evidence at the hearing, but the permission will only be given if the ABoR considers it necessary for the just determination of the review. The Board has a broad discretion on the admissibility and evaluation of evidence.

²¹ According to the settled case law, the interest in bringing proceedings must exist at the stage of lodging the action (case Judgment in *Cañas v Commission*, 20 June 2013, C-269/12 P, ECLI:EU:C:2013:415, para 15), it must, on that date, be vested and current (case Judgment in *Planet AE Anonymi Etairieia Parochis Symvouleftikon Ypiresion v European Commission*, C-564/13 P, EU:C:2015:124, para 34), it cannot be assessed on the basis of a future, hypothetical event (case Judgment in *Vassiliki Strogili v Court of Auditors of the European Communities*, C-204/85, EU:C:1987:21, para 11), it must continue until the final decision (Judgment in *Cañas v Commission*, 20 June 2013, C-269/12 P, ECLI:EU:C:2013:415, para 15) and it must be proved by the applicant (Opinion in *Mory SA v European Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:409).

A very important stage of the investigation phase is the oral hearing. Article 14 of the ECB decision (ECB/2014/16) states that the ABoR may call for an oral hearing where it considers this necessary for the fair evaluation of the request; both the applicant and the ECB will be requested to make oral representations at such a hearing. The hearing is useful to give the applicant the opportunity to be heard by the ABoR and to allow the ECB to give a better explanation of the reasons underlying the contested decision. The hearing is a useful way to ensure that the principle of due process, established as a general principle of European law and constantly recalled by the SSM Regulation is followed. The hearing is not open to third parties, because of the confidentiality that covers all acts and proceedings before the Board. This character of the process is explained by the fact that the proceedings before the Board represent a phase of the decision-making process of the ECB and so are subject to the principle of confidentiality.

The second phase of the review is the deliberation phase, which starts immediately after the hearing and ends with the adoption by the ABoR members of an opinion. As underlined above, it is crucial that the deliberations, which include the conclusions reached on the request for review and the drafting of and voting on the opinion, are carried out by the ABoR with full independence. The ECB services do not participate in this final phase of the proceedings. The Board decides on the basis of a majority of at least three of its five members.

The many similarities between proceedings before the ABoR and those before a judicial body could lead to the conclusion that the ABoR could be classified as a “quasi-judicial” body. The non-binding nature of its decisions and the fact that its proceedings are a phase of the ECB’s decision-making process (a phase that could take place only in case of a request for review), however, should lead one to dismiss this classification. The procedural rules that replicate those for judicial decisions are imposed by the SSM Regulation merely to ensure a fair evaluation of the applicant’s rights.

2.3. *The “opinion” of the ABoR*

As stated in paragraph 1.1., the ABoR’s opinions are not binding on the Supervisory Board or the Governing Council.

The non-binding nature of the ABoR’s opinions could be viewed as a weakness of the internal administrative review of ECB decisions. This solution is the result primarily of the political decision not to change the Treaty to create the SSM, and to respect the Treaty provisions that lay down that the Governing Council is the only decision-making body of the ECB. Therefore, it was not possible for the new body, not established by the Treaty but set up by a Regulation, to issue opinions that were binding on the Governing Council. We have to take into account the fact that the SSM has a complex decision-making structure: the Governing Council can object to a draft proposal of the Supervisory Board but cannot replace any proposal. Therefore, if the ABoR’s opinion were

to be binding on the Supervisory Board it would, de facto, be binding on the Governing Council as well.²²

Moreover, given the “independence” of the ECB and its special status as one of the European Union institutions, it is difficult to conceive of a body composed of “outside experts” binding the decision-making power of the Governing Council²³. According to the Treaties, the decisions of the ECB, can be challenged only before the Court of Justice of the European Union (see more extensive considerations on this point in para. 1.5).

Although it is not binding, the ABoR opinion is a relevant step in the decision making process of the ECB because the Supervisory Board “shall take into account the opinion” of the ABoR (Article 24(7) SSM Regulation) and shall in any case promptly submit a new draft decision to the Governing Council. The opinion must propose whether the initial decision should be abrogated, replaced with a decision of identical content or replaced with an amended decision. In the latter case, the opinion should contain proposals for the necessary amendments (Article 16, para 2 ECB/2014/16). The new draft decision abrogates the initial decision. This means that the ABoR is part of the decision-making process of the SSM.

Moreover, the ABoR’s opinion “shall be notified to the parties” (Article 24(9) SSM Regulation) and, accordingly, if the parties affected by the ECB decision appeal the decision before the CJEU the arguments of the ABoR will be disclosed in court. The CJEU could consider the arguments of the ABoR as the assessment made by independent experts – that is the opinion of a body composed of people chosen by the ECB because of their “relevant knowledge and professional experience in the banking supervisory field”.

From the non-binding nature of the ABoR’s final decision we can easily infer that it is not an adjudicative body, like a court.

²² One could argue that the EU legislator should have provided that the decision of the ABoR would be binding only the Supervisory Board, which plays a crucial role in the decision making procedure of the ECB in the supervisory field, while leaving the Governing Council (the only decision-making body of the ECB according to the Treaties) free to follow or not to follow the advice of the ABoR. See on this point HARLOW C., RAWLINGS R., *Process and Procedure in EU Administration*, Hart publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2014, p. 292 affirming that given the scale of the ECB’s new supervisory responsibilities and hence the likely large number of decisions, “the Supervisory Board resembles a ‘de facto agency’: one that is housed in the Bank but which will operate with a high degree of autonomy”. In my opinion this approach would also have resulted in a violation of the independence of the ECB because of the decision-making procedure established by the SSM Regulation. This Regulation provides a well-balanced procedural scheme that confers on the Supervisory Board, which is composed of the representatives of the national competent authorities, responsibility for banking supervisory tasks, but then preserves the formal competence of the Governing Council to take decisions, by means of the non-objection procedure. With this scheme, under the hypothesis that the ABoR decisions bound the Supervisory Board, the Governing Council would have been de facto bound by the ABoR decisions.

²³ See HARLOW C., RAWLINGS R., *Process and Procedure in EU Administration*, p. 294 (footnote 22), who in commenting on the review procedure of the decisions of the ECB by the ABoR, say “Yet another convoluted procedure in the face of the Bank’s entrenched constitutional position...”.

2.4. *The scope of the review*

The ABoR carries out an internal administrative review pertaining to “... the procedural and substantive conformity with this Regulation...” of the decision taken by the ECB in the prudential supervisory field (Article 24(1) SSM Regulation).

We have to examine whether this expression allows a broad interpretation of the powers of the ABoR and whether this body can carry out a review that is not merely an assessment of the legality of the ECB’s decision.

The reference to “substantive conformity” implies that the ABoR’s review is not limited to whether there was an infringement of an essential procedural requirement, which would primarily be the right of the addressee of the decision to be heard, the right of defence during the proceedings, and the duty of the ECB to provide adequate reasons for its decision (see Article 21 of the SSM Regulation on the “due process for adopting supervisory decisions”). The ABoR must also check that, in substance, the decision complies with applicable law, including the prudential provisions contained in the SSM Regulation. When the decision taken by the ECB involves a margin of discretion, the ABoR should respect “the margin of discretion left to the ECB to decide on the opportunity to take those decisions” (Recital 64 SSM Regulation).

To understand the limits on the scope of the ABoR’s review it is useful to point to the CJEU’s “limited standard of review”: where the Union Courts review the legality of a complicated “economic assessment” made by the Commission or another institution, and the institution concerned has a “broad discretion”, the review will be confined to whether the procedural requirements were complied with, whether the statement of reasons is sufficient, whether the facts were correctly set out; whether there was any manifest error of assessment, and whether there was a misuse of powers.²⁴ In line with the case law of the Court of Justice, the role of the ABoR is to check the conformity of the ECB decision with Union law, having regard not only to procedural and legal principles, but also to the prudential provisions contained in the SSM Regulation.²⁵ When the decision taken by the ECB involves a margin of discretion (for instance when a certain level of capital requirements is set for a bank), the ABoR is bound to limit its review to establishing whether the contested decision was vitiated by a manifest error or misuse of power and whether it clearly exceeded the bounds of the ECB’s discretion.

The proceedings before the Board have an added-value. The specific knowledge and the experience in the field of banking supervision of the ABoR’s members allow them to assess thoroughly and expertly whether the decision complies with the prudential rules; in other words, the ABoR offers a “well qualified” assessment of the prudential aspect of the case underlying the supervisory decision.

²⁴ See the references to the case law of the CJEU in footnotes 62, 63, 64, 65.

²⁵ See the Annual Report of the ECB, *Banking Supervision*, 2016.

Regardless of the letter of the law, we believe that the scope of the ABoR's review is not limited to assessing the conformity of the ECB decision with the SSM Regulation. The ABoR's mandate includes an evaluation of the legality of the ECB's decision according to Union law, and, where Union law is composed of Directives, according to national legislation transposing those Directives. The role of the ABoR in verifying the ECB's compliance with the general principles of EU law, such as those of equal treatment, non-discrimination, duty to state the reasons for a decision, and proportionality, is crucial.²⁶ Most of these principles are expressly referred to in SSM Regulation (Recitals nos. 30, 58, 59, 81, 86; Articles 1(1) and 22(2)). Moreover, to consider the ABoR merely as a body with the limited mandate of assessing the conformity of the ECB's decisions with the SSM Regulation only would undermine the main purpose for which this body of internal review was established, which is to prevent the ECB from carrying out acts that are voidable in court. Recital 64 of the SSM Regulation explicitly states that the ECB should establish an Administrative Board of Review "for reasons of procedural economy".

2.5. The administrative review of decisions taken by EU bodies in the financial sector: similarities and differences

The core characteristics of the ABoR are similar to those of other review or appeal bodies set up in the EU regulatory system to safeguard the rights of parties affected by European agencies. The first appeal board was set up within the Community Plant Variety Office (CPVO).²⁷ The scheme was reproduced in other regulations as a "standard" in cases where the agency has decision-making powers, in order to grant a right of appeal to interested parties to a board of appeal that should be part of the agency but independent of its administrative and regulatory structure. Other boards of appeal were established within the European Chemical Agency (ECHA),²⁸ the European Aviation Safety Agency (EASA),²⁹ the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM),³⁰ and the Agency for the Cooperation of Energy Regulation (AGER).³¹ Two more appeal bodies were established in the financial sector: the Board of Appeal of

²⁶ A different opinion is expressed by WYMEERSCH E., *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', part one of the Banking Union* (footnote 6), p. 55. He states that, because of the literal wording of Article 24(1) of the SSM Regulation, which limits the scope of the ABoR's review to the "procedural and substantive conformity with this regulation", other grounds, such as conformity with Union law in general, or unequal treatment, discrimination, lack of reasons or *ultra vires*, "...would be excluded from the board's mandate".

²⁷ Council Regulation (EC) No 2100/94 on Community plant variety rights.

²⁸ Council Regulation (EC) No 1907/2006 concerning the registration, evaluation, authorization and restriction of chemicals (REACH) establishing a European Chemical Agency.

²⁹ Council Regulation (EC) No 216/2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency.

³⁰ Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark; the board of appeal is composed of five commissions.

³¹ Council Regulation (EC) No 713/2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

the European Supervisory Authorities (ESAs)³² and the Appeal Panel of the Resolution Board.³³

To understand the nature and operational scope of these bodies it is very useful to review the established case law on the Board of Appeal for disputes relating to intellectual property rights, which was established in 2009. According to Recital 13 of Regulation (EU) No 207/2009, this body is “...necessary to ensure that parties who are affected by decisions made by the Office are protected by the law in a manner which is suited to the special character of trade mark law”. An appeal may be brought before the Board of Appeal against a decision taken by the OHIM. As in the case of the ABoR, the idea behind the establishment of a Board of Appeal is the creation of a system for the review of administrative decisions by people with specific expertise in the field. The Board is independent, and in its decisions the members are not bound by any instructions. The department whose decision was appealed is bound by the *ratio decidendi* of the Board of Appeal. Actions may be brought before the Court of Justice against decisions of the Board of Appeal (Article 65 Regulation No 207/2009). This means that, prior to initiating proceedings before the Court of Justice, the affected party is required to appeal the decision of the Office before the Board of Appeal. As the decision of the Board of Appeal is ascribed to the Office, it is an integral part of the Office, so that the Office has no right of Appeal against a decision of the Board.³⁴ Therefore the Board cannot be regarded as being a “court or tribunal”.³⁵

Similarly, in the cases of the authorities established in the financial sector, namely the Board of Appeal of the ESA’s (hereinafter the BoA of the ESAs) and the Appeal Panel of the Resolution Board, the members of the bodies are independent of the authorities (Article 59 Regulation No 1093/2010, Article 85(2), Regulation No 806/14) but the authorities are bound by their decisions (Article 85(8) Regulation No 806/2014). In order to contest a decision taken by the Board of Appeal or the Appeal Panel, the parties may file an appeal before the CJEU.

All these review and appeal bodies set up to safeguard the rights of parties affected by a decision of a Union agency or authority are similar as regards their composition, the independence of their assessment and their procedural rules.

³² According to Recital 58 Regulation (EU) No 1093/2010 “...it is necessary to ensure that the parties affected by decisions adopted by the Authority may have recourse to the necessary remedies. To protect effectively the rights of parties, and for reasons of procedural economy, where the Authority has decision-making powers, parties should be granted a right of appeal to a Board of Appeal.

³³ Regulation (EU) No 806/2014.

³⁴ See See LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, (ed. Nowak J.T.), Oxford University Press, 2014, para 20.09. In the *Vedial* case, the Court held that the Office was not entitled to ask the Court to alter or annul a contested decision of the Board of Appeal (case Judgment in *Vedial SA v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, T-110/01, EU:T:2002:318, paras 16-25).

³⁵ See Judgment in *Procter & Gamble Company v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, T-63/01, EU:T:2002:317, para. 20.

Each of these bodies is composed of people with relevant knowledge and professional experience.³⁶ The members are “independent” from the authority whose decision they review and, possibly, revise, and are not bound by any instructions from the agency or authority.³⁷

Regarding their procedural rules, the boards have a short period of time within which to make their decisions; the decision is adopted on the basis of a majority of the members; there is the possibility of holding a hearing with the parties; and the decisions/opinions expressed are to be reasoned. One important difference regards the disclosure of the outcome of the proceedings. In the case of the boards of appeal of the European agencies mentioned above the decisions “shall be made public”; in contrast, the opinion of the ABoR shall be “notified to the parties”, but not made public. The proceedings of the ABoR shall be confidential unless the Governing Council authorises the President to make the outcome of the particular proceedings public (Article 22(2) of the ECB decision of 14 April 2014).³⁸ Given that the proceedings before the ABoR are part of the decision making process of the ECB, the confidentiality of the process before the ABoR and of its opinion is justified by the confidentiality that applies to all acts of the ECB as a supervisory authority (Article 27 of the SSM Regulation on professional secrecy). The duty of confidentiality also protects the interest of the applicant in not having “non-public” information on its financial situation or on its relationship with the supervisory authority disclosed. Given legal limits to the publication of the ABoR’s opinions, in developing legal precedents, it could be useful to publish the established interpretations (extracted from the opinions) of the Board on the application of the SSM rules, provided that confidential information is not disclosed.

Important differences can be highlighted between the ABoR and the appeal boards described above. We focus our attention on the differences existing between the ABoR and the BoA of ESAs and the Appeal Panel of the Resolution Board (namely the authorities established by the EU legislator to review the decisions of authorities in the financial sector).

First, the European legislator has chosen different names: Board of Appeal, Appeal Panel and Administrative Board of Review. The use of the word “appeal” highlights the intent to refer to a “quasi-judicial” body, while the name of the ABoR leaves no doubt that it is an administrative body; it carries out an internal review and therefore it cannot be regarded as a court.

³⁶ There is one difference, which is in the number of the members of the board: five member and two alternates for the Administrative Board of Review and for the Appeal Panel, and six members and six alternates for the BoA of ESAs.

³⁷ See on this point LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The ECB powers as a catalyst for change in EU law* (footnote 6), p. 61 who underline that Article 58(5) ESAs Regulation provides limits to the ESAs power to remove the members of the Board of Appeal; neither Article 24 of the SSM Regulation nor Article 85 of the Regulation No 806/2014 stipulate express rules for removal.

³⁸ The members of the ABoR and the alternates shall be subject to the professional secrecy requirements laid down in Article 37 of the Statute of the ECB even after their duties have ceased (Article 22(1) of the ECB decision of 14 April 2014).

It is questionable whether the object of the review represents a difference between these Boards. While the SSM Regulation clearly states that the objective of the review is to assess the procedural and substantive conformity of the ECB decisions with the law, Regulations No 1093/2010 and No 806/2014 are more ambiguous about the object of the review by the BoA of the ESAs and of the Appeal Panel. The latter Regulations expressly state that “if the appeal is admissible, the Board of Appeal shall examine whether it is well-founded” (Article 60(4) Regulation No 1093/2010 and Article 85(7) Regulation No 806/2014), without specifying whether the board is to carry out an assessment concerning the legality or the merits of the decision. Considering that the BoA of the ESAs and the Appeal Panel can only confirm or remit the decision to the relevant agency, which then has to take a new decision, the reviews by these two boards seem limited to questions of legality. The boards cannot carry out a full examination on the merits, or they would then be exercising the same powers as the agency.³⁹ Moreover, an express reference to the scope of the review is contained in the rules regarding the composition of the board, where it is clarified that “the Board of Appeal shall have sufficient legal expertise to provide expert legal advice on the legality of the Authority’s exercise of its powers (Article 58(2) Regulation No 1093/2010 and Article 85(2) Regulation No 806/2014). According to the above analysis, we do not see a substantial difference between the objectives of the reviews of the ABoR, as described in paragraph 1.4, and those of the reviews carried out by the BoA of ESAs and the Appeal Panel of the Resolution Board. All these bodies carry out reviews to check the substantive conformity with the law of decisions⁴⁰ by the authorities.⁴¹

There is no doubt, however, that there is an important difference between the final outcomes of the proceedings. The ABoR issues non-binding opinions to the ECB, while the BoA of ESAs and the Appeal Panel issue decisions that are binding on the relevant authorities.

³⁹ See WITTE A., *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture* (footnote 16), p. 20. Witte argues that “...the purpose of this limitation to remittance is presumably to safeguard the competent body’s discretionary powers” and states that the assessment made by the Board of Appeal is limited to questions of law. A different opinion is expressed by CHIRULLI P., DE LUCIA L., *Specialized adjudication in EU administrative law: the boards of appeal of EU agencies*, in *European Law Review*, 2015, p. 846. These authors claim that the boards of appeal of the ESAs and of the SRM “can review the legal and technical correctness as the merits of the first decision in the light of the specific points raised by the claimants”. As was made clear above, the scope of the review carried out by the BoA of OHIM is completely different since it, according to the Court of Justice “is called upon to carry out a new full examination on the merits” if necessary by exercising the same power as the agency (see Judgment in *L’Oréal SA v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, T-112/03, EU:T:2005:102, paras 36–37).

⁴⁰ According to Regulation 806/2014 the review of the Appeal Panel is limited to certain decisions issued by the Resolution Board, specifically referred to in Article 85(3).

⁴¹ See WYMEERSCH E., *The European Financial Supervisory Authorities or ESAs*, in *Financial Regulation and Supervision. A Post-Crisis Analysis*, E. Wymeersch, K.J. Hopt and G. Ferrarini (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 295 affirming that the appeal of the Board of Appeal of ESAs would cover different grounds, including a misjudgement on the substance, allowing the Board to re-evaluate the arguments underlying the decisions in the light of applicable EU law. “So for example, could the review be extended to whether the appealed measure is protecting the interests of investors which is essentially a policy issue based on the general objectives in the regulation.”

The decisions of the BoA of ESAs and of the Appeal Panel bind the authorities that have taken the decision. If they do not confirm the decision that is being appealed, the BoA and the Appeal Panel, as mentioned above, “remit the case to the competent body” of the authority and that body must adopt an amended decision regarding the case, in compliance with the board’s directions. On the basis of these provisions, there is the right of appeal before the Court of Justice of a contested decision taken by the BoA or the Appeal Panel or, where there is no right of appeal to the BoA or the Appeal Panel, by the authority.⁴²

In contrast, the ABoR “expresses an opinion” that does not bind the ECB. Accordingly, only the ECB’s decision could be appealed before the CJEU. As already mentioned above, however, the opinion shall propose whether the initial decision should be abrogated, replaced with a decision of identical content or replaced with an amended decision. In the latter case, the opinion should contain proposals for the necessary amendments (Article 16, para 2 ECB/2014/16).

In conclusion, the difference between reviews by the ABoR and reviews by the BoA of ESAs and the Appeal Panel does not concern the scope of the review or its intensity, but only the nature of the act concluding the review, and its ability to be legally binding on the body that issued the decision appealed. This latter difference can be explained by the special status of the ECB under the European Treaty, as underlined above in paragraph 1.3. The ECB is not an agency established through with an EU Regulation, like the ESAs or the Resolution Board, but an institution established by the Treaty, and it enjoys a high degree of independence. Although banking supervision is a different task (conferred on the ECB with a Regulation) from monetary policy function, which justifies the special status of the ECB established by the Treaties, in absence of a revision of the Treaties it seems difficult to see how the ECB’s decisions can be subject to adjudicative review by an organ other than the Court of Justice.⁴³

⁴² The wording of the rules does not make it clear whether the appeal to the board is a precondition for judicial review. On the one hand, Article 61(1) Regulation 1093/2010 states that “Proceedings may be brought before the CJEU in accordance with Article 263 TFEU, contesting a decision taken by the Board of Appeal or, in case where there is no right of appeal before the Board of Appeal, by the Authority”, while on the other hand Article 61(2) points out that “Member States and the Union institutions, as well any natural or legal person, may institute proceedings before the Court of Justice of the European Union against decisions of the Authority, in accordance with Article 263 TFEU”. See LAMANDINI M., *The ESAs’ board of appeal as a blueprint for the quasi-judicial review of European financial supervision*, in *European Company Law*, 2014, December, vol. 11, issue 6, p. 293, who considers that the administrative internal remedy of making an appeal should be exhausted by the parties as a condition to filing a request for judicial review before the Court of Justice, considering that this interpretation of the rules is consistent with the principle that administrative recourses should be exhausted, and it is probably advisable for reasons of procedural economy, so that the proceedings which are instituted before the CJEU are filtered in the best way. The same opinion is expressed by WITTE A., *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture* (footnote 16), pp. 21-22.

⁴³ See WITTE A., *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture* (footnote 16), p. 34.

2.6. *The nature and the role of the ABoR in the SSM*

We can conclude that the ABoR is an organ of the ECB because it is part, albeit only following a request by a third party, of the decision-making process of the ECB.

It is an administrative body and cannot be regarded as a court or a tribunal, even if the operating procedure adopted is “quasi-judicial”.⁴⁴ The administrative role of the body is expressly acknowledged by the Regulation in the name “Administrative Board of Review”, and in the description of the body as being “for the purposes of carrying out an internal administrative review of the decisions taken by the ECB in the exercise of the powers conferred on it by this Regulation” (Article 24(1), SSM Regulation).

The scope of reviews by the ABoR is not limited to procedural matters: the ABoR can consider the merits of the ECB’s decisions. When the decision involves a margin of discretion, the review is confined to ascertaining that the facts have been accurately stated and that there has been no manifest error of assessment and no misuse of power.

The aim of the ABoR is, on the one hand, to offer to parties who are affected by the ECB’s decision, and who argue that the decision was taken in violation of the law, an additional occasion to be heard and to defend their rights before a body composed of independent experts. It is a complementary remedy to the judicial one. Moreover, the administrative review presents the advantage⁴⁵ of being completed within a short time, without affecting the time for an appeal before the Court of Justice,⁴⁶ and at low cost.⁴⁷ On the other hand, the ABoR’s review protects the interests of the public administration of operating in full compliance with the law and not implementing acts that are voidable in court.

⁴⁴ Other similar bodies, such as the boards of appeal set up for European agencies, are also ambiguous in their nature or are considered to apply non-judicial remedies, according to most scholars. See CHIRULLI P., DE LUCIA L., *Specialised adjudication in EU Administrative Law* (footnote 39), pp. 832 ff. LAMANDINI M., *The ESAs’ board of appeal as a blueprint for the quasi-judicial review of European financial supervision* (see footnote 42), p. 290 states that the BoA of the ESAs displays “quasi-judicial functions ensuring internal enforcement of the rule of law within the Authorities and a final administrative review process for appeals relating to the ESAs decisions”. On this point see also BLAIR W., *Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, in *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series*, No. 2012-30. The author, without taking a position on the judicial or administrative nature of these appeal boards, states that the Board of Appeal of the ESAs “is not a supervisory or policy committee. It is an appeal board with an adjudicative function”.

⁴⁵ See HARLOW C., RAWLINGS R., *Process and Procedure in EU Administration*, p. 294, (footnote 22). The authors welcome the establishment of the ABoR considering the ECB’s new found engagement with market actors, especially given the delay and the cost associated with proceedings in the Court of Justice of the European Union.

⁴⁶ After the end of the administrative proceedings before the ABoR, the Governing Council takes a new decision, even if identical to the decision appealed, which guarantees the applicant the right to a period of two months within which to appeal to the Court.

⁴⁷ See the guide to the costs of the review, on the ECB website (https://www.bankingsupervision.europa.eu/organisation/governance/shared/pdf/abor_cost_guide/guidecostsreview.en.pdf).

3. The Judicial Review

3.1. *Division of competence between the ECJ and the national courts in the review of decisions taken within the SSM*

The Single Supervisory Mechanism (SSM) does not have a legal personality.⁴⁸ It is merely a mechanism, not an institution.⁴⁹

In the light of this, supervisory decisions cannot be ascribed to the SSM but have to be ascribed to the ECB or to the national competent authorities (NCAs), according to the rules on the distribution of competences contained in the SSM Regulation.

Let me briefly recall the division of competence between the ECB and the NCAs.

Although the ECB is responsible for an effectively functioning and consistent supervision mechanism, the ECB does not carry out prudential supervision of the entire banking system of the Euro area. The banks within the participating countries are divided into two categories: “less significant banks” and “banks of significant relevance”. The significance is based on certain criteria: the size, the importance for the economy of the EU or any participating Member State, and the relevance of cross-border activities (Article 6 SSM Regulation).

With respect to “banks of significant relevance”, supervisory decisions are taken by the ECB. NCAs are responsible for assisting the ECB with the preparation and implementation of any acts relating to the ECB’s tasks (in “close cooperation”)⁵⁰ (Article 4 SSM Regulation). With respect to “less significant banks”, supervisory decisions are taken by the NCAs. The ECB may issue regulations, guidelines or general instructions to the NCAs for the purposes of ensuring the consistency of supervisory outcomes within the SSM. If necessary, to ensure the consistent application of high supervisory standards, the ECB may decide that it will itself also exercise directly all the relevant powers with respect to “less significant banks”.⁵¹

Which court has jurisdiction to rule on the legality of a supervisory act depends on the subject to which the act is ascribed. Nonetheless, the SSM entails a new mode of cooperation (“close cooperation”)⁵² between the European

⁴⁸ R. D’AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to the SSM supervisory and sanctioning powers* (footnote 6), p. 9.

⁴⁹ E. WYMEERSCH, *The single supervisory mechanism or ‘SSM’, part one of the Banking Union* (footnote 6), p. 21.

⁵⁰ See Regulation No. 468/2014 of the ECB establishing the framework of cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the ECB and the national competent authorities.

⁵¹ These decisions have to be taken after consulting with the NCAs or upon request by a NCA (Article 6(5)(b), of the SSM Regulation).

⁵² See Regulation No. 468/2014 of the ECB.

authorities and the national authorities in the exercise of their supervisory functions. In the case of the oversight of credit institutions “of significant relevance”, the law does not provide for a decentralized decision-making system. National authorities carry out the investigation and implementation phases of the administrative process; they are considered an integral part of the SSM in the Regulation.⁵³ The competence and responsibility for the decision lies with the ECB.

According to Article 163 TFEU, the Court of Justice is competent to assess the legality of the ECB’s acts.⁵⁴ According to general principles,⁵⁵ national courts and tribunals are competent to assess the legality of the acts of national competent authorities.

This rule also applies in the case of acts carried out by a national authority implementing a decision of the ECB, in situations where the implementation of the ECB decision is based on powers not provided by Union law. The SSM Regulation provides for two such cases. The first is contained in Article 9(1) which states that “to the extent necessary to carry out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require, by way of instructions, those national authorities to make use of their powers, under and in accordance with the conditions set out in national law, where this Regulation does not confer such powers on the ECB. Those national authorities shall fully inform the ECB about the exercise of those powers”. The second is provided by Article 18(5) concerning administrative penalties, which affirms “...where necessary for the purpose of carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require national competent authorities to open proceedings with a view to taking action in order to ensure that appropriate penalties are imposed in accordance with the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3) and any relevant national legislation which confers specific powers which are currently not required by Union law”. In the latter case penalties are applied by the NCA.

According to the case law, it is only where the national supervisor has no autonomous discretionary decision-making power (that is, where the national authority merely implements the decision addressed to it by the ECB), that the party could be considered to be directly affected by the ECB instruction and therefore to have the standing that entitles him to bring an appeal before

⁵³ E. WYMEERSCH, *The European Banking Union, a first analysis*, in *Financial Law Institute, working paper series*, WP 2012-07, Universitet Gent.

⁵⁴ See LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, (footnote 34) para 2.49.

⁵⁵ See LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law* (footnote 34), 2014, para 1.04.

the Court of Justice.⁵⁶ If some autonomous decision-making power rests with the national authorities, the party affected by the decision may appeal it only before the national courts; the latter shall refer the question of the annulment of the ECB instruction to the CJEU by way of preliminary reference proceedings. According to Article 267 TFEU, the Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning the validity and interpretation of the acts of Union institutions, bodies, offices, or agencies.⁵⁷ Of course, to obtain the annulment or the suspension of the national decision the party must appeal the decision before the national courts.

The division of competence between the ECB and the NCAs and the consequent allocation of Jurisdiction between the European Court of Justice and the national courts could hinder the achievement of the “equal treatment” goal expressed in Article 1 of the SSM Regulation or of the maximum harmonization of the rules under the new regulatory system.

Besides, we have to take into account that the possibility of a different treatment of banks still lies within the legal framework, notwithstanding the Banking Union. The European legislator has expended great effort during recent years to achieve a greater harmonization of the rules in the field of banking supervision. The “Single Rulebook” represents the main task of the European Banking Authority, which was established in 2010 (Regulation (EU) No 1093/2010) in order to ensure a level playing field and the adequate protection of investors and consumers across the EU.⁵⁸ Moreover, the new regulatory framework is composed of two different legislative instruments (the Capital Requirements IV package): a Directive governing access to deposit-taking activities (Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council 26 June 2013) and a Regulation establishing the prudential requirements (Regulation (UE) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 – CRR). The Regulation is directly applicable; this means that it will take immediate effect in all Member States without any further action on the part of the national authorities. This should reduce the

⁵⁶ On this point see ARONS T.M.C., *Judicial protection of supervised credit institutions in the European Banking Union*, in *European Banking Union*, D. Busch, G. Ferrarini (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 445-447. Arons refers to the *International Fruit* case, which dealt with agricultural measures, to infer that the standing of an addressee of a decision taken by the national financial supervisor at the instruction of the ECB is critically dependent on the degree of detail provided in the ECB instruction. In Arons’ opinion, if the ECB decision determines in detail which powers granted by national law have to be used and how those powers are to be used, the Court of Justice may have jurisdiction because there is no discretionary (material) decision-making left for the national supervisor. See also LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The ECB powers as a catalyst for change in EU law: Part 2: SSM and fundamental rights* (see footnote 6), pp. 52 ff., affirming that the rules regarding standing established by the CJEU in the *Plaumann* case (Judgment in *Firma Plaumann & Co v Commission*, C-25/62, EU:C:1963:17), have resulted in the exclusion of any standing for private parties in almost all cases in which EU acts were not directly addressed to those parties, a result criticized by scholars.

⁵⁷ See LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, 2014 (footnote 34), paras 3.01-3.05 and 6.01-6.34.

⁵⁸ TROIANO V., *The new institutional structure of EBA*, *Law and Economics Yearly Review*, vol. 2, part. 1, 2013, pp. 163-183.

divergences between European legal systems that result from the transposition of Directives. The new rules cancelled a large number of national options and discretions, but still allow some options to Member States in how they are implemented.

The possibility of different standards in Europe has not been fully overcome in the new system of rules, even after the entry into force of the Banking Union. The regulation of banks remains essentially a competence of national laws, implementing EU rules, as is pointed out in several provisions of the SSM Regulation. According to Article 4(3), the ECB "...shall apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising these options. To that effect, the ECB shall adopt guidelines and recommendations, and take decisions subject to and in compliance with the relevant Union law...".

In this legal context the role that could be played by the Court of Justice in achieving a harmonized regulatory system is very important: on the one hand, it can exercise its powers to review the legality of the ECB's decisions, whether those decisions are based on European Union law or on national law⁵⁹, and on the other hand, it can give preliminary rulings on the interpretation of Union law, as well as on the validity of acts adopted by the Union institutions, bodies, offices or agencies (Article 267 TFEU), where an act has been taken by a national competent authority, but is based on the ECB's general instructions.

The latter case is that set out in Article 6(5)(a) of the SSM Regulation which provides that the ECB should issue regulations, guidelines or general instructions to national competent authorities with regard to decisions about "less significant banks". As mentioned before, only in case the instructions of the ECB are detailed and there is no discretionary decision-making left for the national supervisor, a natural or a legal person could be regarded as directly affected by them. Therefore that person could seek annulment of the

⁵⁹ There are no limits to the jurisdiction of the Court of Justice to rule on a decision of the ECB based on national law where Union law is composed of Directives and the national legislation transposes these directives (Article 4(3) SSM Regulation). As developed in the case law on the jurisdiction of the Court of Justice to deliver preliminary rulings on the interpretation of Union law, where the Court of Justice is not entitled to rule on facts or points of national law, there is nothing to prevent the Court from spelling out its understanding of the facts and points of national law as its starting point for its useful (specific) interpretation of the applicable provisions and principles of Union law (see LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, 2014 (footnote 34), paras 6.20-6.21).

instructions of the ECB before the Court of Justice⁶⁰. Because of the express reference (Article 6(5)(a) of the SSM Regulation) to ECB instructions for “groups or categories of credit institutions” it is unlikely that there is no discretionary decision-making left for national supervisor. Therefore, in most cases individuals have no standing to bring proceedings before the Court of Justice seeking the annulment of those instructions of the ECB. By contrast, there is ample room for the use of the preliminary ruling procedure concerning the validity and interpretation of the ECB’s instructions.⁶¹

3.2. *The limits of the judicial review of ECB decisions in the supervisory field*

Under Article 263 TFEU, an act of a Union institution, body, office or agency may be annulled on four express grounds: lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers.

According to well-established case law,⁶² where the Union courts review the legality of a complicated “economic assessment” made by the Commission or another institution and the institution concerned has a “broad discretion”, the review will be confined to whether the procedural requirements were complied with, whether the statement of reasons is sufficient, whether the facts were

⁶⁰ See footnote 56. If a person is regarded as being directly affected by the ECB guidelines or instruction this person does not have to demonstrate that have been “individually” concerned. Indeed, the Lisbon Treaty revised the *locus standi* conditions of private applicants. In accordance to the new Article 263(4) TFEU, any natural or legal person may institute annulment proceedings in three cases: (1) an act addressed to that person or (2) an act which is of direct and individual concern to them and against (3) a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. The Lisbon Treaty abolished the obligation to prove “individual concern” when seeking annulment of a regulatory act not entailing implementing measures. According to well-established case law, a regulatory act for the purpose of Article 263(4) must understood as covering all acts of general application apart from legislative acts (see LENAERTS K., MASELIS I. GUTMAN K., *EU Procedural Law*, paras 7.105-7.110, footnote 34). Therefore a person that wants to seek annulment of the ECB’s general instructions for “groups or categories of credit institutions” should only prove that has been directly affected by them.

⁶¹ See LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The ECB powers as a catalyst for change in EU law: Part. 2: SSM and fundamental rights* (footnote 6), p. 54. The authors underline that if recourse to a preliminary reference by national courts remains as uneven as it is today, as demonstrated by many scholars in recent research papers, there would be very little room to scrutinize the ECB’s decisions giving general instructions to national authorities.

⁶² See Judgment in *Telefonica and Telefonica de Espana v Commission*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, para 54, affirming that “Accordingly, the Court of Justice has already stated that, whilst, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the EU judicature must refrain from reviewing the Commission’s interpretation of information of an economic nature. The EU judicature must, among other things, not only establish whether the evidence put forward is factually accurate, reliable and consistent, but must also determine whether that evidence contains all the relevant data that must be taken into consideration in appraising a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it (Judgment in *Commission v Tetra Laval*, C-12/03 P, EU:C:2005:87, para 39; Judgment in *Chalkor v Commission*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, para 54; and Judgment in *Otis and Others*, C-199/11, EU:C:2012:684, paragraph 59)”; see also case Judgment in *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, para 46; Judgment in *Microsoft corp. v Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, paras 87-89.

correctly stated and whether there was a manifestly wrong assessment or a misuse of powers” (the CJEU’s “limited standard”).⁶³ “The discretion allowed to the institutions is justified by the complexity of the technical, economic and legal situations they have to examine and of the assessments which they have to make”.⁶⁴

The “limited standard” review does not mean that the Court does not review the Commission’s interpretation of economic and technical data. The Union’s courts must not only establish whether the evidence put forward is factually accurate, reliable, and consistent but must also determine whether that evidence contains all the information that must be taken into accounts in order to assess a complex situation, and whether the evidence is capable of substantiating the conclusion drawn from it.⁶⁵

There is no question that the ECB in performing its banking supervisory tasks enjoys a broad discretion. Therefore a “limited standard” review shall apply.

⁶³ See Judgment in *Ryanair v Commission*, T-342/07, EU:T:2010:280, para 30. See also Judgment in *Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, para 69 “In that regard, it is clear from the case-law that while, in the context of the control of concentrations, a field in which the Commission has a margin of assessment with regard to economic matters, review by the Court of First Instance is limited to establishing whether the evidence relied on is factually accurate and to establishing the absence of a manifest error of assessment, it none the less remains the case that the correctness, completeness and reliability of the facts on which a decision is based may be the subject of judicial review (see, to that effect, *Commission v Tetra Laval*, paragraph 39, and Case C-525/04 P *Spain v Lenzing* [2007] ECR I-0000, paragraphs 56 and 57). Indeed, that is one of the ways in which the Community judicature can verify whether the factual and legal elements upon which the exercise of the power of assessment depends were present (see, to that effect, Case C-269/90 *Technische Universität München* [1991] ECR I-5469, paragraph 14)”.

⁶⁴ See the opinion of Advocate-General P. Léger of 17 February 2005 (Opinion *Rica Foods v Commission*, C-40/03 P EU:C:2005:93, paras 45 to 50). Advocate-General Léger in this opinion draws a distinction between a decision involving the exercise by the EU authority of a discretion of a “technical nature” and one involving the exercise of a discretion of a “political nature”. The first is the discretion of an administrative authority justified by the technical, economic and legal complexity of the situation that it has to consider; e.g. in competition cases. The second corresponds to the political responsibilities that the Union confers on an institution; e.g. in an agricultural case; according to Advocate-General Léger, “The institutions are generally recognized as having such a discretion where they act in their capacity as ‘political’ authorities and, in particular, where they legislate in a given field or where they lay down guidelines for a Community policy... the institutions must generally reconcile divergent interests and thus select options within the context of the policy choices which are their responsibility”. In both situations judicial review is clearly limited to “manifest error”, but “...that judicial review is less exhaustive where the measure at issue is the result of an institution’s exercise of discretion of a political nature”. Consequently what changes is the intensity of the review. According to this theoretical position one might wonder if the powers conferred on the ECB under the SSM Regulation entail a discretion of a political nature because the law allows the ECB to reconcile divergent interests, such as monetary policy objectives and banking supervision goals. Having regard to the rules that establish a clear separation of the monetary policy function from the prudential supervision function, the answer to this question is negative. Article 25(1) of the SSM Regulation expressly states that “when carrying out tasks conferred on it by this Regulation, the ECB shall pursue only the objectives set by this Regulation”. Moreover, Article 25(5), with the aim of ensuring separation between monetary policy and supervisory tasks, establishes the Mediation Panel, and Article 26(8) states that if “...the Governing Council objects to a draft decision, it shall state the reasons for doing so in writing, in particular stating monetary policy concerns...”.

⁶⁵ See Judgment in *Astrazeneca v Commission*, T-321/05, EU:T:2010:266, para 33; Judgment in *Microsoft corp. v Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, para. 89.

On this point it is important to recall the decision of the Court on the limits of the judicial review of the monetary policy decisions of the ECB⁶⁶ in which it is clearly stated that even if in this case the ECB enjoys a broad discretion (because the Treaties confer on the ECB sole responsibility for framing and implementing monetary policy), the review is not limited to verify if the ECB has complied with the essential procedural requirements of administrative acts. The Court, in assessing whether the ECB complied with the principle of proportionality, has underlined the need for an adequate statement of reasons justifying a monetary policy decision (in this case the OMT programme).⁶⁷

This principle is even more important in the banking supervisory field, where the discretion of the ECB is more limited than that which it enjoys in the field of monetary policy; in the field of monetary policy the rules provide for the attribution of a broad mandate to achieve the objective to maintain price stability. Indeed, the banking supervision function is well-defined by a set of rules setting out in detail the objectives of the ECB's powers and the conditions for exercising them.

Article 296(2) TFEU states that “*legal acts shall state the reasons on which they are based and shall refer to any proposal, initiatives recommendations, requests or opinions required by the Treaties*”. Adequacy of reasoning requires the specification of the legal basis on which the act is based, the factual background to the measure, and the purpose behind the act. A minimal, merely formal statement of reasons is not sufficient because it does not enable the interested parties and the Union judicature to verify the legality of the act.⁶⁸

The principles expressed by the Court can ensure full compliance with the provision of Article 22 of the SSM Regulation concerning the duty of the due process for adopting supervisory decisions. This article clearly underlines not only the right for the addressees of ECB decisions to be heard, but also that these decisions shall state the reasons on which they are based.

One issue that is not easily solved concerning the scope of the review of the Court of Justice of the decisions of the ECB regards the possibility of modifying the amount of fines imposed by the ECB. According to Article 261 TFEU, where EU regulations give the CJEU “unlimited jurisdiction”⁶⁹ with regard to the penalties provided for in such regulations, the Court has the power to adjust the amount of the fine. “Unlimited jurisdiction” over the review of final decisions

⁶⁶ See Judgment in *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400, para 111 on the validity of the decision of the Governing Council of the ECB approving the programme of Outright Monetary Transactions (OMTs). The Court expressly states that in this case “...The intensity of the judicial review of the ECB's activity, its mandatory nature aside, must be characterised by a considerable degree of caution”.

⁶⁷ Judgment in *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400, paras 164-170.

⁶⁸ Case Judgment in *Technische Universität München*, C-269/90, EU:C:1991:438, paras 26-27.

⁶⁹ See LENAERTS K., MASELIS I., GUTMAN K., *EU Procedural Law*, 2014 (footnote 34), paras 15.01-15.09.

whereby a sanction is imposed by the ECB is expressly provided by Article 5 of Council Regulation (EC) No 2532/98 concerning the powers of the ECB to impose sanctions. It is not clear whether the ECB penalties and sanctions under Article 18 of the SSM Regulation are subject to Article 5 of Council Regulation 2532/98. A reference to Regulation 2532/98 is contained in Article 18 para 7. Without prejudice to paragraphs 1 to 6, for the purposes of carrying out the tasks conferred on it by the Regulation, if there is a breach of ECB regulations or decisions, the ECB may impose sanctions in accordance with Regulation No 2532/98. Therefore, if a decision under this Regulation is taken, there is no doubt that the ECJ has “unlimited jurisdiction”.⁷⁰

⁷⁰ The unlimited jurisdiction of the Court is nonetheless required by the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) and of the CJEU as regards penalties having a *coloration pénale*, as an element of the right to an effective judicial remedy (see Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber *Engel and others v. the Netherlands*, ECHR nos 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, ECHR, 1976, § 82). To the extent that the penalties and the sanctions under Articles 18(1) and 18(7) of the SSM Regulation are to be considered as criminal in nature they should be subject to the unlimited jurisdiction of the CJEU. In the light of the above one may therefore conclude that administrative penalties have a “*coloration pénale*” if they can be considered “penal in substance” or are “particularly severe”, in comparison to the maximum potential penalty under the relevant law. According to D’AMBROSIO R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning powers* (footnote 6), pp. 19 ff. the potential administrative penalties under Article 18(1) of the SSM Regulation seem to be sufficiently severe to meet the *Engel* criteria, so they can be considered as having a *coloration pénale*. See on this point also LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The ECB powers as a catalyst for change in EU law: Part. 2: SSM and fundamental rights* (footnote 6), pp. 50 ff.

**IL MECCANISMO DI RISOLUZIONE UNICO.
LA DISTRIBUZIONE DEI COMPITI
TRA IL COMITATO DI RISOLUZIONE UNICO
E LE AUTORITÀ DI RISOLUZIONE NAZIONALI
E ALTRI ASPETTI ISTITUZIONALI ***

Alessandra de Aldisio

*1. Premessa – 2. Le finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico –
3. L'ambito di applicazione – 4. La ripartizione di competenze fra le Autorità
di Risoluzione nazionali e il Comitato di Risoluzione Unico – 5. La governance
del Comitato di Risoluzione Unico – 6. Il processo decisionale per l'adozione
delle misure di risoluzione – 7. Il Fondo di Risoluzione Unico – 8. Conclusioni.*

*Intervento tenuto al convegno “Il Meccanismo di Risoluzione Unico”, svoltosi presso la Banca d'Italia il 2 ottobre 2015 nell'ambito dei Seminari Giuridici sull'Unione Bancaria. Il testo riflette esclusivamente l'opinione dell'autrice e non intende rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

1. Premessa

Nel mio intervento di oggi presenterò il Meccanismo di Risoluzione Unico e il ruolo che la Banca d'Italia è chiamata a svolgere nel suo ambito; la presentazione sarà svolta a partire dalle previsioni del Regolamento sul *Single Resolution Mechanism* (SRM).¹

Il Meccanismo di Risoluzione Unico costituisce il secondo pilastro dell'Unione Bancaria; il progetto di realizzare un'Unione Bancaria fra i paesi dell'area dell'euro nasce nel giugno 2012 quando, a seguito delle tensioni sui titoli di Stato di alcuni Stati membri e della necessità di utilizzare risorse fiscali comuni per sostenere le banche di alcuni paesi, i Capi di Stato e di Governo dell'area dell'euro, accogliendo la proposta contenuta nel c.d. rapporto dei Quattro Presidenti, hanno deciso di costituire una Unione Bancaria basata su un sistema di supervisione unico, un sistema unico di risoluzione delle crisi, un sistema integrato di assicurazione dei depositi.²

In meno di due anni sono stati adottati il Regolamento sul *Single Supervisory Mechanism* (SSM), il Regolamento SRM, la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD) e la direttiva sui sistemi di garanzia dei depositanti. Si tratta di un cambiamento significativo che riguarda gli obiettivi e gli strumenti utilizzati e i soggetti chiamati ad assumere le decisioni in merito alle politiche e agli strumenti da applicare nel caso di una crisi.

Nel corso della presentazione vedremo quali sono le finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico, l'ambito di applicazione, la ripartizione delle competenze fra il Comitato di Risoluzione Unico (*Single Resolution Board*) e le autorità nazionali di risoluzione (*National Resolution Authorities*), la governance del Comitato, il processo decisionale per giungere alla decisione di porre una banca in risoluzione, per terminare con il ruolo della Banca d'Italia nell'ambito del Meccanismo e con alcuni cenni sul Fondo di Risoluzione Unico. Effettuerò quindi alcune valutazioni preliminari sulla capacità del nuovo *framework* di raggiungere le finalità per le quali è stato concepito sulla base del disegno finale delle previsioni che lo regolano. Il Meccanismo di Risoluzione Unico sarà infatti pienamente operativo solo a partire dal gennaio 2016.

2. Le finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico

Vorrei partire da quelle che sono le finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico, indicate negli stessi considerando del regolamento SRM come le ragioni che sono alla base della creazione di un fondo di risoluzione unico e

¹ Regolamento (Ue) N. 806/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014 che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del Meccanismo di Risoluzione Unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010

² *Verso un'autentica Unione Economica e Monetaria*, Relazione del Presidente del Consiglio europeo Herman Van Rompuy in stretta cooperazione con i presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca Centrale Europea, 26 giugno 2012.

dell'accentramento del processo decisionale da seguire nel caso di fallimento di una banca, in particolare di una banca che operi a livello *cross-border*.

La creazione di un fondo di risoluzione unico mira a spezzare il legame fra le condizioni finanziarie delle banche e le condizioni finanziarie degli Stati che si realizza quando il *funding* per la soluzione delle crisi bancarie deriva da fondi esclusivamente nazionali. In questi casi può verificarsi un circolo vizioso che ha inizio quando, a seguito della necessità di intervenire per ricapitalizzare banche in difficoltà, le condizioni finanziarie dello Stato si indeboliscono; questo indebolimento può comportare un aumento del costo del debito per lo Stato e di conseguenza un aumento del costo del *funding* per le banche. Inoltre, le banche spesso detengono quantità significative di titoli del debito pubblico il cui prezzo è sotto pressione e, anche per tale via, possono indebolirsi dando luogo a nuove necessità di ricapitalizzazione pubblica. Il ricorso al *funding* nazionale per la soluzione delle crisi bancarie determina inoltre una frammentazione del mercato dei servizi bancari perché le condizioni di prestito sono basate non sul profilo di rischio degli intermediari ma sulla forza finanziaria dello Stato in cui questi sono localizzati.

Tav. 1 Gli aiuti di Stato alle banche durante la crisi

Paesi	Ricapitalizzazione + acquisti attività deteriorate		Garanzie + interventi di liquidità	
	Miliardi €	% PIL 2014	Miliardi €	% PIL 2014
Austria	12,35	3,75	19,33	5,87
Belgium	42,64	10,65	46,81	11,69
Cyprus	3,30	18,97	2,83	16,25
Denmark	11,09	4,26	146,97	56,40
Finland	0,00	0,00	0,12	0,06
France	26,25	1,23	92,73	4,35
Germany	144,15	4,94	139,78	4,79
Greece	40,85	23,00	69,20	38,97
Hungary	0,21	0,21	2,47	2,37
Ireland	65,38	34,58	285,16	150,84
Italy	7,95	0,49	85,68	5,32
Latvia	0,95	4,03	1,52	6,43
Lithuania	0,27	0,74	0,00	0,00
Luxembourg	2,60	5,32	3,90	7,98
Netherlands	28,02	4,23	71,30	10,76
Portugal	15,85	9,14	20,41	11,77
Slovenia	3,84	10,29	2,15	5,76
Spain	94,76	9,10	91,28	8,77
Sweden	0,78	0,18	19,92	4,63
United Kingdom	140,55	6,23	191,53	8,50
Europe 28	641,77	4,60	1293,07	9,26
Somme recuperate	122,7			

Fonte: Commissione Europea.

I dati sui costi sostenuti dai paesi europei tra il 2008 e il 2014 per intervenire a favore delle banche in difficoltà con ricapitalizzazioni e misure a fronte delle attività deteriorate mostrano che il costo è stato molto elevato, pari a 641,77 mld (di cui 122,7 recuperati), corrispondenti al 4,6% del PIL 2014, con punte fino al 34% del PIL per l'Irlanda.³ Nel caso dell'Irlanda le difficoltà delle banche, nate a causa di una bolla immobiliare, si sono trasmesse allo Stato; ma in alcuni casi si è verificato l'opposto; sono state le difficoltà dello Stato a indebolire le condizioni finanziarie delle banche, come nel caso della Grecia.

La creazione di un fondo di risoluzione alimentato da contributi versati dagli intermediari mira quindi a evitare che nel futuro siano i singoli Stati a dover intervenire per sostenere banche in difficoltà.

La creazione di un fondo *unico* di risoluzione, in cui sono gli intermediari di diversi paesi a versare i contributi, riconosce inoltre che, data l'elevata interconnessione e l'operatività *cross-border* degli intermediari, il fallimento di una banca in uno Stato membro ha effetti sulla stabilità dei mercati finanziari dell'intera Unione; la disponibilità di risorse comuni per il finanziamento della risoluzione riflette quindi i benefici condivisi da tutti gli Stati membri di una accresciuta stabilità finanziaria nell'area dell'euro.

La seconda finalità del Meccanismo di Risoluzione Unico è quella di accentrare le decisioni di risoluzione allineando le responsabilità di vigilanza a quelle di gestione delle crisi. È infatti coerente che le conseguenze finanziarie del fallimento di un intermediario restino nella responsabilità di uno Stato membro se la vigilanza è affidata ad autorità nazionali, ma per gli Stati partecipanti al *Single Supervisory Mechanism* (SSM) la risoluzione deve essere anch'essa trasferita ad un livello sovranazionale.

L'accentramento delle funzioni di risoluzione richiede la costituzione di un'autorità unica per tutte le banche dell'eurozona che deciderà l'avvio e applicherà gli strumenti di risoluzione nei singoli casi. Ne risulterà facilitata la risoluzione coordinata delle banche *cross-border* europee in quanto sarà possibile superare un eventuale disaccordo fra le autorità *home* e le autorità *host* che potrebbe condurre ad azioni unilaterali pregiudizievoli per la stabilità finanziaria dell'area, tuttora ipotizzabile, come vedremo, nell'ambito della direttiva BRRD.⁴

La gestione della risoluzione da parte di un'autorità unica permetterà poi di attuare strategie e politiche di risoluzione omogenee nei diversi paesi e di realizzare un trattamento uniforme dei creditori. La direttiva BRRD lascia, infatti, alcuni spazi di discrezionalità alle autorità nella scelta delle politiche di risoluzione da adottare nei singoli casi e nell'utilizzo del fondo risoluzione, sebbene per

³ Rispetto a quanto presentato nell'intervento al convegno, sono qui pubblicati dati più recenti della Commissione Europea, secondo la tavola presentata da E. Montanaro e M. Tonveronachi al convegno tenutosi presso l'Università di Siena il 13 maggio 2016 "Il Meccanismo di Risoluzione Unico: sfide e opportunità per il sistema bancario italiano".

⁴ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

il suo utilizzo ai fini dell'assorbimento delle perdite sia previsto un potere di controllo della Commissione. Ne conseguirà una maggiore certezza legale per gli investitori e minori distorsioni competitive che sarebbero potute derivare da diverse interpretazioni e applicazioni della direttiva a livello nazionale.

3. L'ambito di applicazione

L'ambito di applicazione del Meccanismo di Risoluzione Unico coincide con quello dell'SSM e include pertanto tutte le banche e tutti i gruppi bancari dell'Eurozona e degli Stati membri che avviano una stretta cooperazione con l'SSM.

Al riguardo, è possibile effettuare alcune osservazioni. In primo luogo, l'ambito di applicazione si estende a tutte le banche dell'area dell'euro, dalla più grande alla più piccola, sebbene il beneficio dell'accentramento delle funzioni decisionali e del finanziamento della risoluzione riguardi soprattutto le grandi banche operanti a livello *cross-border*. Questo risponde alla necessità di evitare che si configurino due categorie di intermediari all'interno del mercato, in relazione a una possibile asimmetria nel trattamento dei creditori che può discendere dalle diverse politiche di risoluzione attuate dalle autorità dei vari paesi e da fonti di finanziamento diverse: accentrate da un lato, nazionali dall'altro.⁵

L'altro aspetto interessante relativo all'ambito di applicazione è che esso comprende le società appartenenti ai gruppi bancari soggetti alla vigilanza consolidata della BCE, pur se queste non sono soggette alla vigilanza individuale diretta della BCE. Ciò è necessario affinché sia possibile pianificare e gestire la risoluzione di un gruppo in modo unitario, in modo da preservare il valore del gruppo nel suo insieme e quindi conseguire il migliore risultato per tutte le società che vi appartengono. La conservazione del gruppo nella sua interezza è infatti un espresso obiettivo del Regolamento SRM.⁶

4. La ripartizione di competenze fra le Autorità di Risoluzione nazionali e il Comitato Unico di Risoluzione

Se quindi l'ambito di applicazione è esteso a tutte le banche dell'area dell'euro, tuttavia, analogamente a quanto previsto dal regolamento SSM, è stabilita una ripartizione di competenze fra le autorità di risoluzione nazionali e il Comitato basata sulla tipologia degli intermediari.

In particolare, il Comitato, cui il Regolamento attribuisce il ruolo di "autorità di risoluzione" competente per i Paesi aderenti, adotta le decisioni di risoluzione per: (i) le banche "significative" ai sensi del Regolamento SSM; (ii) le banche non significative la cui vigilanza sia avocata dalla BCE; (iii) i gruppi

⁵ Regolamento SRM, considerando 22.

⁶ Regolamento SRM, considerando 27.

transfrontalieri.⁷ Pertanto, rispetto al Regolamento SSM, sono accentrate non soltanto le banche più grandi ma anche quelle aventi un'operatività cross-border, ovvero quelle banche per le quali il beneficio di un accentramento delle responsabilità di risoluzione è significativo in quanto consente di superare un eventuale disaccordo fra le autorità *home* e le autorità *host*.

Rispetto a tali banche, il Comitato, in cooperazione con la BCE, adotta il piano di risoluzione, valuta la risolvibilità e determina il requisito minimo per i fondi propri e le passività ammissibili (*Minimum Requirement for own funds and eligible liabilities* – MREL). Inoltre, il Comitato applica il *write-down* degli strumenti di capitale e avvia e gestisce la risoluzione decidendo quali strumenti applicare e in che misura utilizzare il fondo di risoluzione, previa approvazione della Commissione e, in alcuni casi, del Consiglio (cfr. *infra*). Per le banche accentrate, le autorità di risoluzione nazionali svolgono attività istruttoria di supporto al Comitato, possono predisporre una versione preliminare del piano di risoluzione e curano l'attuazione del programma di risoluzione utilizzando i poteri a esse attribuiti dalle leggi nazionali di recepimento della BRRD.

Per le banche non accentrate, l'esercizio dei poteri di risoluzione spetta alle autorità di risoluzione nazionali sotto la vigilanza e nel rispetto delle istruzioni e linee guida dettate dal Comitato. Tuttavia, la competenza a predisporre il programma di risoluzione viene trasferita al Comitato anche per le banche non accentrate ove sia previsto l'intervento del Fondo di Risoluzione Unico. Questo, è da ritenere, per assicurare che le risorse finanziarie condivise siano utilizzate in modo coerente nei casi singoli.

Gli Stati membri possono infine chiedere al Comitato di esercitare i poteri sugli enti stabiliti nel loro territorio.

Se quindi un ruolo importante è attribuito alle autorità di risoluzione nazionali, è poi necessario che sia garantita unità e coerenza del sistema.

A questo fine, risponde, da un lato, la scelta di adottare un regolamento direttamente applicabile negli Stati membri che evita interpretazioni divergenti della direttiva BRRD. Per le banche non accentrate, le autorità di risoluzione nazionali applicheranno infatti le stesse disposizioni sostanziali del Regolamento che riproducono le norme della BRRD e le disposizioni nazionali di recepimento della BRRD sui poteri delle autorità di risoluzione, queste ultime in quanto compatibili con il funzionamento del SRM; nessuna previsione, quindi, delle norme nazionali deve pregiudicare il funzionamento del meccanismo.⁸

Dall'altro, il Regolamento stabilisce che il Comitato è responsabile del funzionamento efficace e coerente del sistema e conferisce a esso espressi poteri al riguardo. In particolare, il Regolamento prevede che il Comitato emani

⁷ I gruppi transfrontalieri, secondo la definizione del Regolamento, sono quelli che possiedono filiazioni che siano banche, imprese di investimento o società finanziarie stabilite in uno Stato Membro dell'Eurozona o in uno Stato Membro che ha avviato una stretta cooperazione con l'SSM.

⁸ Considerando 28 Regolamento SRM.

istruzioni e orientamenti generali, nel rispetto delle norme tecniche vincolanti dell'EBA, e sia previamente informato dalle autorità di risoluzione nazionali delle misure di risoluzione che esse intendono adottare, può approvarle ed è informato sulla loro attuazione. Inoltre, il Comitato può emettere pareri e *warning* sulle misure proposte, indicando eventuali elementi non conformi al Regolamento o alle istruzioni emanate dal Comitato stesso; si esercita qui un controllo sulle modalità con le quali l'autorità nazionale applica il Regolamento e le istruzioni del Comitato; quando le autorità di risoluzione nazionali non si conformino alle richieste di modifica della decisione avanzate dal Comitato, questo può esercitare direttamente i poteri affidati alle autorità di risoluzione nazionali dal Regolamento.⁹ Infine, Il Comitato può esercitare poteri di indagine, ispettivi e di richiesta di informazioni.

Saranno molto importanti le modalità, tuttora da definire, che regoleranno la cooperazione fra le autorità di risoluzione nazionali e il Comitato di risoluzione; a questo fine il Comitato, in cooperazione con le autorità di risoluzione nazionali, dovrà approvare regole interne per organizzare le modalità pratiche della cooperazione. Tuttavia dovrà trattarsi di regole interne che il Comitato adotterà nella sessione plenaria perché, a differenza che per la BCE in ambito SSM, al Comitato non sono attribuiti poteri regolamentari.¹⁰

5. La governance del Comitato di Risoluzione Unico

Vediamo quindi le caratteristiche e le modalità di funzionamento del Comitato di Risoluzione. Innanzitutto, il Comitato è l'autorità di risoluzione comune a tutti i paesi aderenti all'SSM e svolge le funzioni che la BRRD assegna all'autorità di risoluzione.

È costituito nella forma di un'agenzia dell'Unione, al pari ad esempio dell'Autorità Bancaria Europea; quindi a differenza che nel caso dell'SSM, per il quale è stata utilizzata una norma del Trattato (l'articolo 127.6 TFUE) che permette espressamente di attribuire alla BCE funzioni di vigilanza prudenziale, nel caso del Meccanismo di Risoluzione Unico è stata costituita un'agenzia dell'Unione, utilizzando come base legale l'articolo 114 TFUE; su questo torneremo nel seguito.

Il Comitato è composto dal Presidente, da quattro membri a tempo pieno e da un membro per ciascuno Stato membro partecipante in rappresentanza delle autorità nazionali di risoluzione. I membri a tempo pieno e il Presidente rappresentano l'elemento sovranazionale del Comitato, così come i membri del Comitato Esecutivo della BCE nel Consiglio Direttivo,

Alle riunioni partecipano due osservatori permanenti, uno della BCE e uno della Commissione, che partecipano alle riunioni senza diritto di voto.

⁹ Regolamento SRM, art. 31.1 e art. 7.4

¹⁰ Regolamento SRM, art. 31.1

Tali istituzioni infatti, come vedremo, hanno un ruolo importante nel processo decisionale. Il Presidente è assistito da un Vice Presidente che partecipa alle riunioni del Comitato, ma senza diritto di voto.

Il Comitato si riunisce in due sessioni, la sessione plenaria o la sessione esecutiva in relazione alle diverse decisioni da assumere.

La sessione plenaria è convocata per decidere su questioni di carattere generale e per le decisioni più significative riguardanti le risorse del fondo di risoluzione. In particolare la sessione plenaria è competente quando sia necessario fare ricorso a contributi ex post o a prestiti per integrare le risorse del fondo, quando la risoluzione di un intermediario comporti un intervento del fondo superiore a 5 miliardi di euro (10 miliardi in caso di interventi di liquidità) e quando la somma cumulativamente erogata dal fondo nei 12 mesi precedenti abbia raggiunto la soglia di 5 miliardi di euro. Le decisioni sono assunte a maggioranza semplice che rappresenti una percentuale minima di contribuzioni al fondo (in genere il 30 per cento), al fine di tenere conto, nella partecipazione al voto, dell'importanza dei sistemi bancari dei vari paesi. Si tratta in questo caso di un monitoraggio sull'utilizzo delle risorse comuni del fondo diretto a verificare che le decisioni siano coerenti nei diversi casi, affidato al Comitato nella sua interezza.¹¹

La sessione esecutiva, competente per le decisioni che riguardano singoli intermediari, vede la partecipazione – oltre che del Presidente e dei quattro membri permanenti – dei soli rappresentanti delle autorità di risoluzione dei paesi in cui è stabilito l'intermediario; pertanto, in caso di deliberazioni su un gruppo transfrontaliero, sarà presente il rappresentante dell'autorità di risoluzione del paese di insediamento della capogruppo e i rappresentanti delle autorità di risoluzione degli Stati membri in cui il gruppo ha filiazioni. La sessione esecutiva quindi prepara, valuta e approva i piani di risoluzione delle entità accentrate, determina il requisito di fondi propri e passività ammissibili (MREL), propone alla Commissione il programma di risoluzione ed è competente per tutte le materie che il regolamento non attribuisce espressamente alla sessione plenaria.

Le decisioni sui singoli intermediari sono assunte *per consenso* dalla sessione esecutiva del Comitato cui partecipano i rappresentanti delle autorità nazionali di risoluzione dei paesi in cui il gruppo opera. Se tuttavia non è raggiunto un accordo entro il termine stabilito dal Presidente, i componenti esecutivi del Board – ovvero il Presidente e i quattro membri a tempo pieno che rappresentano la componente sovranazionale – decidono a maggioranza semplice. Nel caso di intermediari appartenenti a gruppi, il Comitato dovrà decidere minimizzando sia l'impatto su altre componenti del gruppo e sul gruppo nel suo insieme, sia sulla stabilità finanziaria dell'Unione e dei paesi in cui il gruppo opera.¹²

Le modalità di voto della sessione esecutiva del Comitato sui singoli intermediari rappresentano un superamento delle norme della BRRD che, nel

¹¹ Regolamento SRM, considerando 33.

¹² Regolamento SRM, art. 15.2.

riconoscere poteri di mediazione all'EBA nel caso di decisioni riguardanti i gruppi *cross-border*, hanno rispettato il limite rappresentato dalla clausola di salvaguardia della responsabilità fiscale presente nel regolamento dell'EBA. La decisione sul programma di risoluzione è infatti uno dei casi in cui il mancato accordo tra l'autorità *home* e le autorità *host* consente l'adozione di provvedimenti individuali per le diverse componenti del gruppo, potenzialmente anche non coerenti fra di loro, quindi con un pregiudizio potenziale per la stabilità finanziaria dell'Unione.

Si tratta quindi di una norma chiave del meccanismo di risoluzione che, da un lato, prevede la partecipazione delle autorità di risoluzione dei paesi che hanno un interesse diretto nelle decisioni di risoluzione riguardanti i singoli intermediari e che saranno coinvolte nella loro attuazione; dall'altro, permette di risolvere in modo unitario la crisi di un gruppo operante in più paesi anche laddove non sia possibile raggiungere un accordo fra le diverse autorità di risoluzione. Dato il trasferimento del potere decisionale alla componente sovranazionale del Comitato, è previsto che i componenti esecutivi adottino decisioni nei casi singoli coerenti, appropriate e proporzionate; la necessità è qui quella di assicurare la parità di trattamento nei diversi casi.¹³

6. Il processo decisionale per l'adozione delle misure di risoluzione

Al processo decisionale per l'adozione delle misure di risoluzione nei confronti delle banche accentrato partecipano, oltre al Comitato e alle autorità nazionali di risoluzione, la BCE, la Commissione, nella duplice veste di istituzione chiamata a valutare gli aspetti discrezionali della risoluzione e a verificare il rispetto della disciplina in materia di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 TFEU, e il Consiglio.

Si tratta di un processo molto complesso e le ragioni di tale complessità risiedono nella base legale utilizzata, l'art. 114 TFUE, che non ha permesso di fare a meno dell'intervento della Commissione per tutte le scelte che implicano valutazioni discrezionali. Il Comitato è infatti un'agenzia e non un'istituzione dell'Unione. Questo ha condotto a riservare alla Commissione, e in alcuni casi al Consiglio, la valutazione degli aspetti discrezionali delle decisioni di risoluzione sulla base della posizione assunta dalla Corte di Giustizia che ha ritenuto non legittima la delega di funzioni discrezionali a organi o autorità non previsti dal trattato (cd. dottrina Meroni). La dottrina Meroni non ha infatti consentito di conferire alla nuova agenzia, creata in virtù dell'art. 114 TFUE, compiti che implicano l'esercizio di poteri che richiedono valutazioni discrezionali.

Il processo comprende la decisione di avviare la risoluzione, e quindi l'accertamento delle condizioni della risoluzione, l'adozione del programma di risoluzione, e quindi la scelta degli strumenti da utilizzare e le modalità del ricorso al fondo di risoluzione, e infine l'attuazione del programma di risoluzione.

¹³ Regolamento SRM, art. 53.5

Quanto alla decisione di avvio della risoluzione, la BCE, nella veste di supervisore unico, valuta la sussistenza della prima delle condizioni, ovvero lo stato di dissesto o il rischio di dissesto dell'ente ("*failing or likely to fail*"), in consultazione con il Comitato, e ne dà comunicazione al Comitato e alla Commissione. La valutazione può essere effettuata anche dal Comitato nel caso di inattività della BCE. Il Regolamento prevede infatti che il Comitato può effettuare tale valutazione dopo avere informato la BCE e solo se la BCE entro tre giorni non effettui essa stessa la valutazione.¹⁴

Il Comitato verifica poi la presenza degli altri presupposti per l'avvio della risoluzione, ovvero la mancanza di soluzioni di mercato alternative, in stretta cooperazione con la BCE, e la sussistenza di un interesse pubblico a evitare la liquidazione dell'ente, quando cioè la liquidazione non è in grado di raggiungere gli obiettivi della risoluzione, ovvero assicurare la continuità dei servizi essenziali, proteggere la stabilità finanziaria, prevenendo il contagio e mantenendo la disciplina di mercato, salvaguardare i fondi pubblici minimizzando il ricorso a forme straordinarie di sostegno, proteggere i depositanti, i fondi e le attività della clientela.¹⁵ Quindi, il Comitato predispone il programma di risoluzione e lo trasmette alla Commissione. Nel caso in cui sia previsto il ricorso al Fondo di Risoluzione Unico, la Commissione procede alla verifica del rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato prima che il Comitato presenti il programma di risoluzione alla Commissione.

A questo punto ha inizio la fase dell'approvazione del programma di risoluzione e si aprono tre possibili scenari.

La Commissione, infatti, può, entro 24 ore dal ricevimento del programma di risoluzione: i) approvare il programma di risoluzione oppure ii) sollevare obiezioni relative agli aspetti discrezionali della decisione che non riguardano i casi in cui è competente il Consiglio o iii) sollevare obiezioni relative ad aspetti discrezionali che richiedono l'intervento del Consiglio, ovvero la sussistenza del requisito del *public interest* o l'ammontare delle risorse del fondo necessarie ad attuare il programma. In particolare deve essere il Consiglio, su proposta della Commissione, a esercitare un controllo sulla valutazione fatta dal Comitato della sussistenza di un interesse pubblico ad effettuare una risoluzione, anziché una liquidazione e a valutare eventuali modifiche non irrilevanti dell'ammontare delle risorse del fondo da utilizzare per un dato intervento di risoluzione (ovvero 5% o più della proposta fatta dal Comitato). Ove il Consiglio ritenga inesistente l'interesse pubblico, la procedura di risoluzione termina e l'ente viene liquidato secondo la procedura ordinaria; nel caso in cui il Consiglio ritenga necessario variare l'ammontare delle risorse del fondo, il Comitato deve modificare di conseguenza, entro le 8 ore successive, il programma di risoluzione.¹⁶

¹⁴ Regolamento SRM, art.18.

¹⁵ Regolamento SRM, Art. 14.

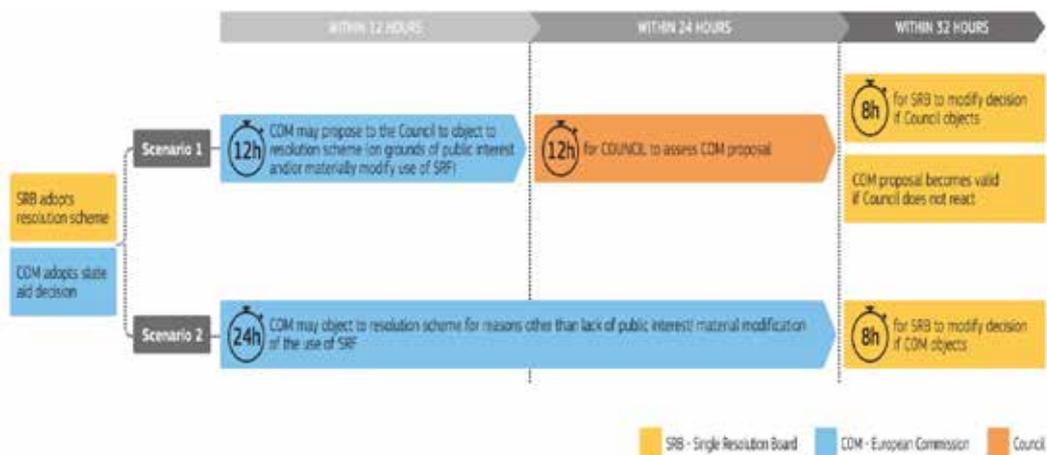
¹⁶ Regolamento SRM, considerando 24 e 26.

Le autorità nazionali di risoluzione devono quindi attuare il programma di risoluzione nel rispetto del Regolamento SRM e delle disposizioni nazionali di recepimento della BRRD con esso compatibili.

Rispetto alla proposta iniziale della Commissione, il testo finale prevede un accresciuto ruolo del Comitato quale autorità di risoluzione unica dell'Unione. L'intervento della Commissione è infatti ora limitato alla verifica degli aspetti discrezionali delle decisioni di risoluzione, nel rispetto della dottrina Meroni. Considerato inoltre il significativo impatto delle decisioni di risoluzione sulla stabilità finanziaria e sulla sovranità fiscale degli Stati Membri, per alcuni aspetti, fra cui la valutazione dell'interesse pubblico a disporre la risoluzione, è stato previsto l'intervento del Consiglio.¹⁷

Nel concreto, sarà necessario verificare che l'intervento della Commissione e in alcuni casi quello del Consiglio, garantiscano la necessaria tempestività ed efficacia del processo decisionale, specie ove si consideri che le decisioni relative all'utilizzo del fondo oltre un certo ammontare sono soggette anche a una possibile obiezione della sessione plenaria del Comitato.

Fig. 1 Il processo decisionale per l'adozione delle misure di risoluzione



Fonte: Commissione Europea.

Inoltre, la valutazione della compatibilità dell'intervento del fondo con la disciplina sugli aiuti di Stato, che condiziona lo stesso avvio della risoluzione, presenta tempi indeterminati e modalità che potrebbero non essere compatibili con la gestione di una crisi.

Per le banche non accentrate, il Regolamento attribuisce alle autorità di risoluzione nazionali i compiti che nel processo decisionale per le banche accentrate sono svolti dal Comitato grazie ad alcuni rinvii di non sempre facile

¹⁷ Regolamento SRM, considerando 24.

lettura.¹⁸ Tuttavia, secondo un'interpretazione non ufficiale della Commissione Europea, anche per tali banche la verifica della prima delle condizioni della risoluzione (i.e. la banca è *failing* o *likely to fail*) è affidata alla BCE e non all'autorità nazionale competente¹⁹, in consultazione con l'autorità di risoluzione nazionale; tale interpretazione, ancora sotto esame, fa leva sul fatto che il Regolamento SSM assegna alla BCE il potere di revocare la licenza bancaria anche nei confronti degli intermediari non significativi.

Sono assegnate alle autorità di risoluzione nazionali le valutazioni relative alle altre condizioni – in particolare la sussistenza di un interesse pubblico ad attuare la risoluzione – e la scelta degli strumenti da utilizzare nel singolo caso. Ove tuttavia sia previsto il ricorso al fondo di risoluzione, non sarà l'autorità di risoluzione nazionale, ma il Comitato a predisporre il programma di risoluzione poiché, come abbiamo visto, l'utilizzo del fondo di risoluzione, e quindi delle risorse comuni versate da tutti gli intermediari dell'area, comporta il trasferimento delle competenze al Comitato. Le autorità di risoluzione nazionali potranno pertanto disporre in autonomia misure di risoluzione solo ove queste siano interamente finanziate dai creditori attraverso l'uso del *bail-in*, ivi incluso il sistema di garanzia dei depositi (DGS), tenuto a contribuire al *bail-in* in sostituzione dei depositanti protetti; non vi è infatti spazio per la costituzione di fondi nazionali di risoluzione nei paesi partecipanti all'SSM.

In merito ai rapporti fra la BCE, il Comitato e le autorità di risoluzione nazionali nell'accertamento delle condizioni di risoluzione, abbiamo visto che il Regolamento, avvalendosi di una delle facoltà previste dalla direttiva BRRD – da utilizzarsi peraltro solo in via eccezionale – assegna la responsabilità di accertare lo stato o il rischio di dissesto anche al Comitato di risoluzione in caso di inattività della BCE. Quanto alla seconda delle condizioni, ovvero la mancanza di soluzioni alternative, di mercato o di vigilanza, idonee a evitare il fallimento, nel silenzio della direttiva sul punto, la responsabilità è stata assegnata al Comitato o alle autorità di risoluzione nazionali in relazione alla tipologia di banca, seppure in stretta cooperazione con la BCE.²⁰

Quale sarà, allora, il ruolo della Banca d'Italia nell'ambito dell'SRM?

In qualità di autorità di risoluzione, nella fase di preparazione della risoluzione, la Banca d'Italia dovrà predisporre i piani di risoluzione, effettuare la valutazione di risolvibilità e stabilire il MREL per le banche non accentrate, nell'ambito di linee guida e orientamenti generali del Comitato. Per avviare la risoluzione di tali banche, qualora sia confermata l'interpretazione che attribuisce alla BCE la competenza a

¹⁸ Regolamento SRM, Art. 7.3.

¹⁹ Cfr. però quanto emerge dalla relazione BCE sull'attività di vigilanza per l'anno 2015, pag. 30: "Qualora non sia possibile ripristinare la solidità di una banca mediante interventi delle autorità di vigilanza o privati, si potrà decidere di dichiarare l'ente "in dissesto o a rischio di dissesto". Per gli enti significativi, questa decisione compete alla BCE, previa consultazione con l'SRB".

²⁰ Cfr. il considerando 41 della BRRD che ritiene eccezionale la competenza dell'autorità di risoluzione nella valutazione dello stato di dissesto in aggiunta a quella dell'autorità di vigilanza.

dichiarare il *failing or likely to fail* anche per le banche non accentrate, la Banca d'Italia dovrà essere consultata dalla BCE ai fini dell'accertamento dello stato di dissesto; dovrà quindi, in cooperazione con la BCE, accertare la mancanza di soluzioni alternative in grado di evitare il fallimento, inclusa la possibilità che il *write-down* degli strumenti di capitale sia in grado di ripristinare condizioni di *viability*; valutare l'interesse pubblico ad attuare una risoluzione invece della liquidazione; infine, attuare il programma di risoluzione.

Il Comitato potrà essere chiamato a fornire un parere sulla proposta della Banca d'Italia di avvio della risoluzione; come abbiamo visto, deve adottare esso stesso il programma se è previsto l'uso del fondo di risoluzione dopo la valutazione della compatibilità con gli aiuti di Stato effettuata dalla Commissione.

Per le banche accentrate la Banca d'Italia svolge attività istruttoria e di supporto, può essere chiamata a predisporre una versione preliminare del piano di risoluzione; cura l'attuazione delle misure contenute nel programma di risoluzione.

7. Il Fondo di Risoluzione Unico

Vediamo quindi in breve la disciplina del Fondo di Risoluzione Unico. Il Regolamento SRM istituisce il Fondo di Risoluzione Unico (*Single resolution Fund* – SRF) volto a finanziare l'utilizzo degli strumenti di risoluzione secondo le modalità e nei limiti previsti nella BRRD.

Il fondo è alimentato dai contributi degli enti soggetti al Meccanismo di Risoluzione Unico che vengono raccolti dalle autorità di risoluzione nazionali e poi trasferiti al fondo in base alle previsioni contenute nell'*Intergovernmental Agreement* – IGA.²¹ L'affiancamento dell'accordo intergovernativo al Regolamento SRM è dovuto alle censure avanzate in sede di negoziati da alcuni Stati, specie la Germania, sull'utilizzo dell'art. 114 TFUE quale base giuridica per la costituzione dell'SRM, e in particolare del Fondo di Risoluzione Unico.

I contributi che gli enti soggetti al meccanismo sono tenuti a versare ex ante, in misura fissa, sono proporzionati alle loro passività al netto dei depositi protetti e dei fondi propri, corretti per il rischio. La BRRD rimette a un atto delegato della Commissione e a un atto di implementazione del Consiglio la determinazione della metodologia di calcolo dei contributi da versare al fondo sulla base dei criteri generali indicati dalla direttiva.²² Sono poi previsti contributi straordinari ex post, prestati volontari tra meccanismi di finanziamento e il ricorso a mezzi di finanziamento alternativi.

Il fondo potrà essere utilizzato per fornire linee di liquidità, garanzie e contributi al capitale della *bridge bank* o della *bad bank*, ma non è utilizzabile per assorbire

²¹ L'accordo è disponibile su <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8457-2014-INIT/it/pdf>.

²² I lavori sul tema si sono conclusi nell'autunno scorso con l'adozione del Regolamento delegato della Commissione 2105/63 del 21.10.2014 e del Regolamento di implementazione del Consiglio 2015/81 del 19 dicembre 2014.

direttamente le perdite o per ricapitalizzare gli enti se non in casi eccezionali, per un ammontare limitato (pari al 5 per cento delle passività totali dell'ente) e solo dopo aver applicato il bail-in ad almeno l'8 per cento delle passività totali dell'ente in risoluzione, come richiesto dalla BRRD.

Il fondo avrà una dotazione finanziaria a regime pari all'1 per cento dell'ammontare dei depositi protetti di tutte le banche autorizzate nei paesi partecipanti corrispondente a circa 55 miliardi di euro, che verrà raggiunta nell'arco di otto anni (cd. periodo transitorio). L'IGA stabilisce che le risorse del fondo saranno inizialmente suddivise in comparti nazionali separati, corrispondenti ai contributi forniti dalle banche di ciascun paese, e che i comparti nazionali saranno gradualmente unificati tramite un processo di mutualizzazione progressiva; il 40 per cento della capacità dei comparti nazionali sarà messa in comune già nel primo anno, il 60 per cento nel secondo; il resto, con una progressione lineare, nei sei anni successivi, fino a raggiungere la totale mutualizzazione dei comparti nell'ultimo anno.

L'IGA definisce un ordine di utilizzo dei comparti che riflette il meccanismo di progressiva mutualizzazione delle risorse. In primo luogo saranno utilizzati i comparti nazionali dei paesi in cui l'ente o il gruppo operano (entro limiti decrescenti nel tempo e commisurati al peso della singola entità all'interno del gruppo) e, in secondo luogo, si attingerà al comparto mutualizzato (secondo percentuali crescenti). Ove tali risorse non siano sufficienti, saranno quindi utilizzate le risorse residue dei comparti nazionali dei paesi interessati dalla risoluzione; infine è previsto il ricorso ai contributi ex post delle banche dei paesi in cui il gruppo opera; ove questi non siano immediatamente disponibili, il Comitato ha la possibilità di attivare prestiti fra comparti o forme alternative di finanziamento. Il Regolamento prevede che il Comitato contragga per il fondo accordi di finanziamento, ove possibile di tipo pubblico, riguardanti l'immediata disponibilità di mezzi finanziari aggiuntivi da attivare nel caso in cui le risorse del fondo non siano sufficienti. Tali accordi dovranno essere disponibili a partire dalla data di avvio del fondo (1° gennaio 2016).

Resta da definire a livello europeo una rete di sicurezza (*backstop*) che possa integrare le disponibilità del Fondo per far fronte con tempestività alle crisi degli intermediari di maggiore dimensione. I lavori per definire un *backstop* comune europeo dovranno essere avviati subito dopo l'entrata in vigore del Regolamento affinché esso sia attivo al massimo entro la fine del periodo transitorio.

Il recente rapporto dei cinque Presidenti europei sul completamento dell'Unione economica e monetaria indica opportunamente come prioritaria la sua predisposizione.²³ In particolare il rapporto indica che il dispositivo di *backstop* potrebbe essere attuato rapidamente, per esempio attraverso una linea di credito dell'ESM al fondo di risoluzione unico. Per garantire che il *backstop* non abbia implicazioni di bilancio nel medio termine, il sostegno pubblico dovrebbe essere recuperato attraverso prelievi ex post nel settore finanziario.

²³ Commissione Europea, *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*, Relazione di J.C. JUNCKER in collaborazione con D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGHI e M. SCHULZ, 22 giugno 2015.

8. Conclusioni

In conclusione dell'intervento vorrei tentare una valutazione preliminare del nuovo quadro normativo alla luce delle finalità che ne hanno ispirato il disegno di cui abbiamo parlato all'inizio della presentazione. Vediamo in particolare gli aspetti positivi del nuovo quadro normativo.

È innanzitutto positivo che l'Unione disponga di un quadro normativo uniforme e di strumenti efficaci per la gestione delle crisi bancarie considerato che, ancora nel 2008, in molti paesi non esistevano a tal fine che le procedure di insolvenza ordinaria.

È anche importante che le nuove norme individuino un'autorità di risoluzione unica che sostituisce le autorità di 18 paesi considerato che ciò permetterà di gestire in modo coordinato le crisi dei gruppi bancari *cross-border* all'interno dell'Unione bancaria. I gruppi *cross-border* rappresentano infatti un importante fattore di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari; la frammentazione dei gruppi lungo i confini nazionali che si è verificata in occasione dei salvataggi effettuati dai Governi nella recente crisi ha rappresentato un passo indietro nel cammino verso un mercato più integrato. Sebbene un aumento del livello di integrazione si sia registrato a partire dall'annuncio della creazione dell'Unione bancaria, il livello di integrazione del mercato bancario rimane ancora inferiore a quello esistente prima della crisi.²⁴ Il Meccanismo di Risoluzione Unico, che permette di preservare l'unità del gruppo anche in caso di mancato accordo fra le autorità *home* e *host* rappresenta un decisivo progresso da questo punto di vista.

La presenza di un'autorità di risoluzione unica garantisce inoltre che vi sia una sola *policy* di risoluzione per tutte le scelte di carattere discrezionale che sono presenti nella BRRD; si pensi alle esclusioni discrezionali dal bail-in o alla misura del ricorso del fondo di risoluzione, scelte dalle quali può derivare un trattamento dei creditori non uniforme nei vari paesi.

Non siamo tuttavia ancora in presenza di una armonizzazione piena della gerarchia fallimentare nei diversi paesi dell'Unione. La necessità di assumere iniziative per armonizzare ulteriormente la gerarchia fallimentare è tra gli aspetti che dovranno essere valutati dalla Commissione entro il 2018 ai fini di una possibile revisione del Regolamento SRM.²⁵ Considerato che la gerarchia fallimentare rappresenta il *benchmark* nella valutazione del principio *no creditor worse-off*, sarebbe importante proseguire in vista di questo obiettivo anche per assicurare maggiore certezza degli investitori.

Il terzo aspetto positivo è rappresentato dalla disponibilità di risorse comuni per il finanziamento della risoluzione, versate ex ante dagli intermediari; questa riduce infatti il legame fra le condizioni di solvibilità delle banche e le condizioni finanziarie degli Stati attenuando la frammentazione del mercato. La riduzione

²⁴ BCE, *Financial Integration in Europe*, Aprile 2015.

²⁵ Regolamento SRM, art. 94.1, lett. e)

dei rating verificatasi di recente per alcune banche europee per il venir meno del sostegno pubblico implicito da parte dei Governi dovrebbe rendere più omogenee le condizioni di prestito. È vero che il sostegno pubblico implicito viene meno soprattutto in virtù delle norme contenute nella BRRD relative all'uso del bail-in, ma certamente l'utilizzo di risorse comuni del fondo di risoluzione, anziché dei singoli fondi nazionali, va nel senso di ridurre tale legame; in caso di insufficienza delle risorse dei fondi, sarebbero, infatti, i singoli Governi a dover intervenire per finanziarli.

Vi sono tuttavia alcuni aspetti problematici rappresentati, da un lato dall'assetto istituzionale scelto, centrato sulla separazione fra autorità di vigilanza e autorità di risoluzione e sul coinvolgimento di numerosi attori per l'assunzione delle decisioni di risoluzione. Inoltre, alcune soluzioni adottate per il finanziamento della risoluzione non sembrano del tutto in linea con l'obiettivo di spezzare il legame fra Stati e banche che ha ispirato la creazione dell'Unione.

In particolare, la separazione fra l'autorità di vigilanza e l'autorità di risoluzione nell'ambito dell'Unione Bancaria e alcune aree di sovrapposizione fra i poteri e le competenze delle due autorità, specie con riferimento all'accertamento dello stato di dissesto, richiederà che si affermi una reale collaborazione ispirata a reciproca fiducia per evitare il rischio di una duplicazione delle attività che può comportare una minore efficacia e coerenza dell'azione delle autorità a salvaguardia della stabilità finanziaria.

È da valutare poi se la complessità del processo decisionale, che prevede l'intervento di molteplici attori, sia compatibile con le esigenze di rapidità e riservatezza richieste dalla gestione di una crisi.

In proposito è necessario considerare che a differenza che nel SSM, dove si concentra un'attività da lungo tempo svolta dalle autorità a livello nazionale sulla base di direttive prudenziali armonizzate (*single rulebook*) e il problema è soprattutto quello della omogeneizzazione delle prassi di vigilanza, con l'SRM l'introduzione di un livello decisionale accentrato ha luogo in ambiti di attività del tutto nuovi per gli intermediari e per le autorità secondo regole appena entrate in vigore. Solo l'applicazione concreta ci potrà dire se questo delicato equilibrio tra complessità decisionale ed efficacia del SRM è stato raggiunto.

In prospettiva potrebbe rivelarsi utile una modifica del Trattato diretta ad affidare espressamente al Comitato poteri decisori di natura discrezionale che consenta di evitare il coinvolgimento della Commissione, ed eventualmente del Consiglio, e di snellire così il processo decisionale. La possibilità che le funzioni di risoluzione siano esercitate da un'istituzione indipendente dell'Unione è espressamente menzionata dal Regolamento che fa riferimento a una possibile revisione dell'assetto istituzionale sulla base di un rapporto della Commissione che dovrà esaminare questo e altri aspetti e dovrà essere presentato entro il 2018.²⁶

²⁶ Regolamento SRM art. 94.1 lett. a).

Dubbi sussistono inoltre sulla necessità di un controllo preventivo della Commissione per la verifica del rispetto della disciplina in tema di aiuti di Stato; in particolare tale controllo sembrerebbe non necessario considerato che un *public aid* in forma di utilizzo del fondo dovrebbe ritenersi in principio compatibile con il mercato interno, proprio perché effettuato nel rispetto delle condizioni previste dalla BRRD e dal Regolamento SRM che dovrebbero eliminare *ex ante* il rischio di un utilizzo distortivo delle risorse del fondo. La BRRD, infatti, ammette il ricorso al fondo di risoluzione non soltanto in misura contenuta e previo *burden sharing* con i creditori, e cioè in misura pari al 5 per cento del totale delle passività dell'ente e dopo aver esercitato il bail-in di almeno l'8 per cento del passivo, ma anche solo ove ciò sia necessario per raggiungere gli obiettivi della risoluzione, in primis per tutelare la stabilità sistemica. Misure compensative necessarie per ridurre eventuali distorsioni competitive potrebbero facilmente essere applicate *ex post* dalla Commissione.

Quanto al legame fra banche e Stati che la mutualizzazione delle risorse per il finanziamento della risoluzione dovrebbe spezzare nell'ambito dell'Unione Bancaria, la ripartizione del fondo di risoluzione unico in comparti nazionali e le modalità per integrare i contributi *ex ante* in caso di insufficienza delle risorse del fondo non sembrano del tutto adeguate. In particolare, il ricorso ai contributi *ex post* delle sole banche dei paesi nei quali il gruppo è insediato stabilito dall'IGA contrasta con i benefici condivisi dall'intera area dell'Euro che derivano da una efficace risoluzione.

È inoltre auspicabile che il *backstop*, da utilizzare per rafforzare la capacità finanziaria del fondo di risoluzione unico sia definito in tempi brevi e preveda l'utilizzo di linee di credito dell'ESM.

Restano poi esclusivamente nazionali i sistemi di garanzia dei depositi (DGS), seppure soggetti a una maggiore armonizzazione dalla direttiva 2014/49/UE.²⁷ Il rapporto dei quattro Presidenti del giugno 2012 aveva indicato come componente essenziale dell'Unione bancaria anche un DGS comune. La Commissione Europea, accogliendo le raccomandazioni nuovamente formulate nel recente Rapporto dei Cinque Presidenti, ha presentato nel novembre 2015 la proposta legislativa diretta a istituire un sistema di garanzia dei depositi unico per i paesi aderenti all'SSM (*European Deposit Insurance Scheme – EDIS*). È stato quindi avviato il negoziato presso il Consiglio, ma il progetto incontra l'opposizione di alcuni paesi.

Ci auguriamo che gli aspetti critici del nuovo *framework* possano essere al più presto affrontati per consentire l'efficace funzionamento del meccanismo a protezione della stabilità finanziaria dell'Unione.

²⁷ Direttiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, recentemente recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30.

LA RISOLUZIONE DEI GRUPPI FINANZIARI CROSS-BORDER NELL'UNIONE EUROPEA

Anna Gardella*

1. Too big to fail e interconnessione internazionale dei gruppi bancari – 2. Le ragioni della cooperazione internazionale: collective action problems e precedenti esperienze di fallimento della cooperazione – 3. La fase preparatoria della risoluzione dei gruppi: valutazione di risolvibilità, rimozione degli impedimenti e piani di risoluzione – 4. La strategia di risoluzione: Single Point of Entry e Multiple Point of Entry – 5. La cooperazione amministrativa internazionale quale infrastruttura necessaria della fase preparatoria e di risoluzione ordinata degli intermediari finanziari – 6. I collegi di risoluzione – 7. Il Meccanismo di Risoluzione Unico: istituzionalizzazione della cooperazione amministrativa e rapporti con le autorità nazionali di risoluzione – 8. La fase della risoluzione: cooperazione amministrativa e coordinamento degli ordinamenti – 9. L'interazione tra le diverse fonti: Direttiva 2014/59/UE, Direttiva 2001/24/CE e Regolamento MRU – 10. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni dell'autorità di risoluzione: Goldman Sachs v. Novo Banco – 11. Segue: Hypo Alpe Adria – 12. Il principio di non discriminazione e la sua rilevanza nel contesto della risoluzione

* Legal Expert, European Banking Authority, membro del Financial Stability Board, *Legal Expert Group on Cross-border resolution actions*, Università Cattolica, Facoltà di Giurisprudenza (in aspettativa); LLM Harvard Law School; PhD Università Statale di Milano; JD, Università di Genova. Le opinioni espresse non riflettono necessariamente quelle dell'EBA né quelle del FSB *Legal Expert Group*.

1. *Too big to fail* e interconnessione internazionale dei gruppi bancari

L'interconnessione internazionale dei gruppi bancari, e non soltanto la loro dimensione e volume di affari, è un elemento significativo del *'too big to fail'* ('TBTF') e quindi un ostacolo alla risoluzione ordinata in caso di dissesto finanziario. Il processo di ri-regolamentazione successivo alla crisi ha preso atto che il dissesto di un intermediario finanziario a rilevanza sistemica non è un problema esclusivamente nazionale ma dà luogo a *spill-over* negativi in altri Stati che possono tradursi in instabilità finanziaria e potenziale effetto domino. Al fine di prevenire ed invertire la probabilità del verificarsi di questi scenari, si è formato un consenso tra i *policy makers* sulla necessità di un quadro normativo omogeneo a livello internazionale relativo alla gestione delle crisi dei gruppi finanziari *cross-border* quale strada per porre fine al TBTF. I principi costituenti di questo regime sono stati sviluppati a livello di G20 dal *Financial Stability Board* nei *Key Attributes for Effective Resolution Regimes of International Financial Institutions*¹ ("*Key Attributes*") che, oltre ad occuparsi della disciplina sostanziale – segnatamente le diverse fasi della crisi, i rispettivi ruoli dell'autorità di vigilanza e dell'autorità di risoluzione, gli strumenti e i poteri che devono essere resi disponibili alle autorità di risoluzione per risolvere un intermediario finanziario in modo ordinato – si preoccupano di istituire meccanismi idonei a gestire i rapporti transfrontalieri. L'interconnessione degli enti appartenenti a grandi gruppi di soggetti vigilati rende la stretta cooperazione tra le autorità competenti un elemento essenziale della disciplina. Non sorprende, quindi, che ai suddetti aspetti siano dedicati almeno 3 dei 12 *Key Attributes*, in particolare il n. 7, relativo al quadro giuridico per la cooperazione transfrontaliera, il n. 8, relativo ai *Crisis Management Groups* e il n. 9 relativo agli accordi di cooperazione concernenti intermediari specifici, ulteriormente specificati nei *Principles for effective cross-border resolution*². Queste linee direttrici sono state recepite a livello europeo dalla Direttiva 2014/59/UE che stabilisce un quadro giuridico sul risanamento e la risoluzione degli intermediari finanziari e successivamente nel Regolamento UE n. 806/2014 istitutivo del Meccanismo di Risoluzione Unico ("*Regolamento MRU*") ulteriormente specificati nella legislazione europea delegata ed attuativa elaborata dall'Autorità Bancaria Europea ("EBA").

Il presente scritto intende quindi esaminare la disciplina europea ed internazionale degli aspetti *cross-border* della risoluzione bancaria, mettendo in luce sia i profili operativi e funzionali della cooperazione e del coordinamento tra le autorità competenti, sia gli sviluppi in termini di *governance* internazionale conseguenti alla rilevanza delle procedure amministrative sul piano internazionale e al relativo ruolo attribuito alle autorità amministrative competenti, anche in via autonoma rispetto allo Stato centrale.

Analizzata l'infrastruttura amministrativa internazionale su cui poggia il nuovo regime, l'attenzione sarà rivolta all'attuazione delle misure di risoluzione e al

¹ Approvati nel novembre 2011, una versione aggiornata all'ottobre 2014 è disponibile sul sito http://www.fsb.org/2014/10/r_141015/

² Adottati il 3 novembre 2015, disponibili su www.financialstabilityboard.org

necessario coordinamento degli ordinamenti nazionali al fine di assicurare l'efficacia transfrontaliera delle azioni e dei poteri delle autorità di risoluzione nazionali. In quest'ottica il lavoro esaminerà le tecniche normative utilizzate dal legislatore europeo che si caratterizzano per il loro pragmatismo e orientamento al risultato consistente nell'assicurare gli effetti transfrontalieri dell'azione di risoluzione, piuttosto che per un'impostazione tradizionale fedele ai canoni dei conflitti di leggi, dai quali peraltro non possono prescindere in vista di assicurare il risultato perseguito. Tale metodo è completato dal requisito del rispetto dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto europeo da parte dell'autorità di risoluzione nell'adozione delle proprie decisioni, tra cui quello di non discriminazione.

2. Le ragioni della cooperazione internazionale: *collective action problems* e precedenti esperienze di fallimento della cooperazione

La spinta all'elaborazione di una disciplina comune ed omogenea delle crisi bancarie scaturisce dalla presa d'atto dei passati fallimenti della cooperazione tra le autorità nazionali competenti in assenza di un quadro giuridico condiviso. La predisposizione di tale disciplina è avvenuta in prima battuta ad opera di *network* di autorità di regolamentazione riunite a livello internazionale nell'ambito del FSB³. La cooperazione nella fase dell'attuazione delle regole ne costituisce il completamento e poggia essa stessa su *network* più o meno istituzionalizzati di autorità.

Sotto il profilo della *governance* internazionale, la cooperazione amministrativa nella forma di *networks* di autorità ha conosciuto uno sviluppo significativo in tempi recenti per effetto dell'interdipendenza delle attività economiche su scala globale, soprattutto in quei settori in cui l'elevata concentrazione di potere regolatorio rende poco agevole la stipulazione di trattati internazionali, ma in cui gli Stati traggono un vantaggio reciproco a cooperare⁴. Nel settore bancario e finanziario, specie dopo la crisi del 2008, tale incentivo è rappresentato dalla riduzione degli *spill-over* negativi della crisi di un ente finanziario sistemico operante in diverse giurisdizioni sulla stabilità finanziaria. L'assunto è che la condivisione d'informazioni, la discussione ed approvazione della strategia di risoluzione e il dialogo continuativo tra le autorità favoriscono soluzioni coordinate, attente a minimizzare l'impatto del dissesto di un intermediario sulla stabilità finanziaria e sull'economia reale di altri Stati interessati dalla crisi di un determinato intermediario, evitando la propagazione degli effetti negativi e di contagio. Benché in linea di principio, e per i motivi appena delineati, tutte le autorità abbiano interesse a cooperare, il rapporto *agent-principal* che lega ciascuna autorità al proprio Stato e l'assenza di una singola unità politica condivisa di fronte alla quale rispondere del proprio operato costituiscono il limite della cooperazione internazionale, segnando il punto in cui l'incentivo alla defezione può materializzarsi a scapito della cooperazione in vista dei maggiori vantaggi che ciascuna autorità può

³ Per un esame in ottica internazionalistica della formazione e legittimazione delle norme in materia bancaria da parte delle autorità di regolamentazione riunite nel Comitato di Basilea, v. BARR, MILLER, *Global Administrative Law: The View From Basel*, in *Eur. Journ. Int'l Law*, 2006, 15.

⁴ RAUSTIALA, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, in *Virginia Journ. Int'l Law*, 2002, 1.

trarre dal comportamento individuale, sia in termini economici che in termini politici o reputazionali nei confronti della comunità politica di riferimento⁵. In assenza di un ‘*common enforcer*’, sono gli interessi nazionali in ultima analisi a prevalere. Deve ravvisarsi in questi elementi il fallimento della cooperazione (*collective action problems*) e, di converso, la tendenza ad una maggiore aggregazione quanto più è integrato il tessuto economico e politico, ciò che si riflette anche nell’impianto della cooperazione che prende forme sempre più istituzionalizzate.

Dal punto di vista giuridico, a livello internazionale l’attività di cooperazione si basa su un quadro snello, per lo più costituito da *Memorandum of Understanding* (‘*MoU*’) negoziati e firmati dalle autorità, al di fuori da interferenze politiche, benché sotto l’ombrello della legittimità giuridica costituita dal conferimento di potere da parte del legislatore all’autorità amministrativa a concludere accordi tecnici di cooperazione con omologhe autorità straniere. Gli *MoUs* sono accordi di *soft law* che fissano la cornice della cooperazione tra le autorità. La natura giuridica non vincolante di questi accordi costituisce al contempo il punto di forza e di debolezza: da un lato ne rende la conclusione più agevole anche se non scontata, dall’altro non spinge le autorità contraenti ad assumere veri e propri obblighi, mantenendo così un margine di manovra domestico. Al fine di evitare possibili letture in senso prescrittivo, gli *MoUs* sono spesso formulati in termini vaghi ed ambigui, in modo da non ‘sostanziare’ veri e propri impegni di collaborazione da parte delle altre autorità contraenti, evitando altresì falsi affidamenti e connessi danni reputazionali in caso di mancata cooperazione.

Lo sviluppo della cooperazione amministrativa internazionale sotto l’ombrello di *MoUs* è previsto dai *Key Attributes* del FSB che per ogni *G-SIB* richiedono la costituzione di *Crisis Management Groups* tra le autorità di vigilanza o di risoluzione competenti⁶. A livello europeo, la maggiore integrazione economica e politica tra gli Stati membri si è manifestata in forme di cooperazione amministrativa stabili costituite da *network* incorporati in atti legislativi vincolanti⁷, come i collegi di risoluzione previsti dalla Direttiva 2014/59/UE e monitorati dall’EBA. Il passo successivo è rappresentato dall’istituzionalizzazione del *network* con trasferimento del potere decisionale dal livello nazionale a quello sovranazionale. Si tratta dello sviluppo verificatosi in Europa con l’istituzione del MRU e la costituzione di una nuova autorità, il Comitato Unico di Risoluzione, che

⁵ Su questi temi, v. GOODHART, SCHOENMAKER, *Burden sharing in a banking crisis in Europe*, LSE Financial Market Group, Special Paper Series n. 164, March 2006; LUPO-PASINI, BUCKLEY, *International Coordination in Cross-Border Banks Bail-ins: Problems and Prospects*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2015, 203; ID., *Global Systemic Risk and International Regulatory Coordination: Squaring Sovereignty and Financial Stability*, in *American University Int’l Law Rev.* (30), 2015, 665.

⁶ Cfr. il *Key Attribute* n. 8, specificamente dedicato ai *Crisis Management Groups*.

⁷ Su questa forma di *governance* v. EBERLEIN, NEWMAN, *Escaping the International Governance Dilemma? Incorporated Transgovernmental Networks in the European Union*, in *Governance*, 2008, 25; CASTELLANO, JEUNEMAÎTRE, LANGE, *Reforming European Union Financial Regulation: Thinking through Governance Models*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, 2012, 409, secondo la cui classificazione, a grandi linee, i collegi di risoluzione sembrano rispondere alle caratteristiche delle ‘*meta-organisations*’, mentre il MRU alla ‘*centralisation*’ con trasferimento di potere decisionale.

agisce al centro del Meccanismo in stretta cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali di risoluzione che sono i membri del Comitato e del Meccanismo.

3. La fase preparatoria della risoluzione dei gruppi: valutazione di risolvibilità, rimozione degli impedimenti e piani di risoluzione

Una delle caratteristiche salienti del nuovo regime europeo sul risanamento e risoluzione degli intermediari finanziari è la previsione di una fase preparatoria caratterizzata da un esercizio di ‘analisi’ interno dell’intermediario sotto la guida dell’autorità. In relazione alla fase di risanamento, questa analisi, inclusa l’identificazione delle opzioni di risanamento, è svolta dall’intermediario al quale è richiesto di elaborare un piano di risanamento rispondente ai requisiti dettati dalla Direttiva 2014/59/UE e specificati nella legislazione di attuazione, incluse le norme tecniche e le *Guidelines* elaborate dall’EBA. Il piano viene quindi sottoposto alla valutazione dell’autorità di vigilanza, che considera la credibilità e fattibilità del piano e delle opzioni di risanamento per ciascuno scenario di crisi finanziaria o macro-economica previsto⁸. L’attività preparatoria della risoluzione prevede invece lo sviluppo di un piano di risoluzione da parte dell’autorità di risoluzione, sulla base delle informazioni fornite dall’ente vigilato su richiesta dell’autorità di risoluzione. Il piano delinea la strategia di risoluzione e il necessario coordinamento con le autorità degli Stati in cui l’intermediario e gli altri enti appartenenti al gruppo sono stabiliti nella fase di attuazione delle misure di risoluzione. L’elaborazione del piano di risoluzione si basa sulla valutazione della risolvibilità dell’intermediario, che deve essere credibile e fattibile⁹. Laddove l’autorità di risoluzione riscontri impedimenti significativi alla risolvibilità dell’ente, come la complessità della struttura giuridica o finanziaria, la difficoltà dell’ente nell’assicurare la continuità delle funzioni essenziali o l’accesso alle infrastrutture del mercato finanziario, spetta in prima battuta all’intermediario indicare all’autorità di risoluzione misure necessarie ed adeguate a rimuoverli. Soltanto qualora le misure autonomamente proposte vengano considerate inadeguate, l’autorità potrà autonomamente imporre quelle che ritiene più idonee.

⁸ Cfr. le norme tecniche di regolamentazione elaborate dall’EBA sul contenuto dei piani di risanamento (EBA/RTS/2014/11), le norme tecniche di regolamentazione elaborate dall’EBA sulla valutazione dei piano di risanamento (EBA/RTS/2014/12) adottate dalla Commissione europea il 23 marzo 2016, cfr. Regolamento Delegato C(2016) 1691 def., ancora soggetto allo scrutinio del Parlamento europeo e del Consiglio al momento della consegna del presente scritto e non ancora pubblicato in GUUE, reperibile al sito <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-1691-EN-F1-1.PDF>. V. inoltre le *Guidelines* sulla serie di scenari da utilizzare nei piani di risanamento (EBA/GL/2014/06), disponibili sul sito https://www.eba.europa.eu/documents/10180/984909/EBA_2014_IT.pdf/af68db85-bc4e-4ca1-82ab-c6f9f55145cf e le *Guidelines sull’elenco minimo degli indicatori minimi qualitativi e quantitativi dei piani di risanamento* (EBA/GL/2015/02) disponibile sul sito https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1147256/EBA-GL-2015-02_IT_Guidelines+on+recovery+plans+indicators.pdf/b896618d-e6c7-4a8e-b5dc-8402ca05fa0c

⁹ Cfr. le norme tecniche di attuazione elaborate dall’EBA sul contenuto dei piani di risoluzione e valutazione di risolvibilità (EBA/RTS/2014/15) adottate dalla Commissione con Regolamento Delegato 2016/1075 del 23 marzo 2016, in GUUE L. 184/1 dell’8 luglio 2016, p. 1. V. inoltre, le *Guidelines* dell’EBA sulla definizione delle misure volte e ridurre o rimuovere impedimenti alla possibilità di risoluzione e sulle circostanze in cui ciascuna misura può essere applicata ai sensi della Direttiva 2014/59/UE (EBA GL/2014/11) disponibili sul sito https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1110533/EBA-GL-2014-11+GL+on+Powers+to+address+resolvability_IT.pdf/d435aa94-ff17-4122-b1d0-0ee6eb4ca6f7

4. La strategia di risoluzione: *Single Point of Entry* e *Multiple Point of Entry*

La determinazione della strategia di risoluzione, che informa il contenuto del piano di risoluzione¹⁰, fa parte e costituisce un aspetto essenziale della fase preparatoria. Sulla scorta dei lavori condotti in seno al *Financial Stability Board*, il regime europeo individua due strategie di risoluzione dei gruppi bancari: *Single Point of Entry* ('SPE') e *Multiple Point of Entry* ('MPE'), anche se non sono escluse varianti e strategie 'ibride'¹¹. La strategia di risoluzione determina *ex ante* l'allocazione e l'assorbimento delle perdite (e quindi dei costi della risoluzione) nell'ambito del gruppo, tenendo conto tra l'altro della struttura societaria e di finanziamento. Poiché scopo del nuovo regime delle crisi bancarie è la risoluzione ordinata dell'ente, è opportuno che la strategia di risoluzione dei gruppi transfrontalieri sia modellata in base all'organizzazione e alla struttura di finanziamento del gruppo, piuttosto che essere ispirata a semplici logiche geografiche di ripartizione secondo i confini nazionali. Al piano di risoluzione contenente la strategia deve essere data concreta attuazione nella fase di risoluzione in cui viene sviluppato un programma di risoluzione, alla luce dei dati concreti aggiornati alla valutazione effettuata in base all'art. 36 della Direttiva e allo specifico scenario in essere. Le autorità di risoluzione possono deviare dal piano di risoluzione soltanto quando, tenuto conto delle circostanze concrete, reputino che gli obiettivi della risoluzione possano essere meglio conseguiti per mezzo di azioni di risoluzione diverse da quelle individuate nel piano di risoluzione (art. 91(6) Direttiva 2014/59/UE).

La strategia del SPE è incentrata sull'esercizio dell'azione di risoluzione – bail-in o trasferimento di attività e passività – nei confronti dell'ente posto al vertice della catena societaria, sia essa una società *holding* oppure una società operativa, evitando il coinvolgimento delle società operative stabilite in altri Stati membri. L'efficacia della strategia richiede che la società al vertice, il punto unico di entrata dell'azione di risoluzione, detenga passività di ammontare sufficiente ad assorbire le perdite. La strategia richiede quindi che la struttura di finanziamento del gruppo

¹⁰ DE SERIÈRE, *Recovery and resolution plans of banks in the context of the BRRD and the SRM: some fundamental issues*, in BUSCH, FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, Oxford 2015, 336; BINDER, *Resolution planning and Structural Bank Reform within the Banking Union*, SAFE Working Paper Series, SAFE Working Paper No. 81 (2015), disponibile sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2540038; HADIEMMANUIL, *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 21/2013*, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2336872

¹¹ FSB, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 16 luglio 2013, disponibile sul sito www.financialstabilityboard.org. Cfr. le misure tecniche di regolamentazione dell'EBA sulla valutazione di risolvibilità e contenuto dei piani di risoluzione, EBA/RTS/2014/15 adottate dalla Commissione con Regolamento Delegato 2016/1075. In dottrina v. GORDON, RINGE, *Bank Resolution in Europe: The Unfinished Agenda of Structural Reform*, BUSCH, FERRARINI cit., 500 ss. e ID., *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, in *Columbia Law Rev.*, (115), 2015, 1297. Sull'interazione tra finanziamento della risoluzione e cooperazione internazionale v. GRUENENWALD, *Inducing Cooperation Through the Back Door? The Case of Cross-Border Bank Resolution*, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2151789; e BINDER, *Cross-border coordination of bank resolution in the EU: all problems resolved?*, 2015, disponibile su www.ssrn.com

preveda un *upstream* delle perdite delle filiazioni (*subsidiaries*) operative e una *downstream* di risorse per ricapitalizzare la/le società operative in dissesto. Questo schema impone da parte sia dell'autorità di risoluzione sia dell'intermediario finanziario un'analisi dettagliata della struttura del finanziamento del gruppo e dei rapporti intra-gruppo.

Come considerazione generale, la strategia del SPE è adatta a quei gruppi bancari molto interconnessi e con gestione centralizzata. Il successo della strategia dipende da diversi elementi tra i quali la già accennata struttura societaria e finanziaria del gruppo, inclusa la disponibilità di una quantità sufficiente di passività ammissibili, l'accesso e la continuità delle funzioni essenziali comprese quelle condivise e il coordinamento tra le autorità interessate nell'adozione o nella prestazione di assistenza al momento dell'attuazione delle misure di risoluzione. L'assenza di una *holding* al vertice della catena societaria può costituire una difficoltà aggiuntiva alla messa in pratica della strategia SPE, rendendo più complesso l'esercizio del bail-in perché nell'ambito delle passività eleggibili si verificherebbe un concorso tra le passività *senior* non garantite, contratte per motivi operativi o che originano da derivati, con maggiori potenzialità di *spill-over* negativi e contagio¹².

Queste considerazioni sono alla base dell'impostazione tedesca in materia di MREL, di recente codificata nella legge di adattamento dell'ordinamento tedesco al Meccanismo di Risoluzione Unico (*Abwicklungsmechanismusgesetz*)¹³, che ha introdotto la subordinazione legale di certe passività *senior* non garantite allo scopo di renderle subordinate rispetto ad altre appartenenti al medesimo rango, così da agevolare l'esercizio del bail-in. In questo modo, infatti, vengono individuate in anticipo dal legislatore quelle passività *senior* – diverse da quelle maggiormente suscettibili di dar luogo a rischio sistemico, come quelle relative a strumenti derivati o a depositi eccedenti Euro 100.000 – la cui svalutazione e conversione è tale da comportare minori rischi per la stabilità finanziaria. La subordinazione legale opera così come 'equivalente funzionale' dell'emissione di passività esterne ammissibili da parte della *holding* in quei gruppi la cui struttura non prevede società di partecipazioni al vertice della catena societaria. Se da un lato il carattere pragmatico della soluzione tedesca merita apprezzamento, non si può fare a meno di constatare che soluzioni nazionali frammentarie rispetto al tema della gerarchia delle passività assoggettabili a bail-in solleva perplessità quanto alla prevedibilità e all'uniformità di trattamento degli investitori all'interno dell'Unione europea. La Direttiva 2014/59/UE ha lasciato la questione alla competenza del diritto nazionale, limitandosi a prescrivere il rispetto del principio di parità di trattamento dei creditori appartenenti alla medesima classe (art. 34(1)(f)). Alla luce di queste prime esperienze attuative e del dibattito in corso sull'implementazione del

¹² Per espressa ammissione del FSB l'applicazione di questa strategia di risoluzione a società operative al vertice della catena societaria, piuttosto che a società *holding*, può richiedere aggiustamenti che dovranno essere esaminati nel piano di risoluzione per renderla pienamente efficace; cfr. FSB, *Recovery and Resolution Planning* cit. 12. Per un'illustrazione dell'attuazione della strategia ai gruppi con società *holding*, v. GRACIE, *TLAC and MREL: From design to implementation*, 17 luglio 2015, disponibile su www.bankofengland.co.uk

¹³ Del 6 Novembre 2015, *Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)*.

requisito elaborato dal *Financial Stability Board* relativo al *Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC)*¹⁴, il tema dell'uniformità e prevedibilità del trattamento riservato agli investitori/creditori si propone con particolare rilevanza, specie nell'ambito dell'Unione Bancaria, dove le esigenze di armonizzazione sono ancora più sensibili¹⁵.

In quanto concentra l'azione di risoluzione dell'autorità su un singolo punto di entrata – la società al vertice della catena di controllo o la holding – il SPE è tale da restringere, anche se non da escludere, effetti transfrontalieri delle misure di risoluzione. L'ubicazione delle passività ammissibili o la legge ad esse applicabile (in particolare quando di uno Stato terzo) sono elementi da prendere in considerazione nella determinazione dell'efficacia *cross-border* dell'azione di risoluzione; va peraltro osservato che nel contesto intra-UE il rilievo di questi elementi è largamente neutralizzato da norme materiali contenute nella Direttiva 2014/59/UE che prevengono la rilevanza di leggi diverse da quelle dell'autorità di risoluzione al fine di favorire l'efficacia transfrontaliera delle misure di risoluzione¹⁶.

Diversamente dal SPE, la strategia del MPE si basa su un'impostazione territoriale frammentata, secondo la quale azioni di risoluzione vengono adottate nei confronti delle *subsidiaries* stabilite nelle giurisdizioni di operatività del gruppo, seppure in modo coordinato e in conformità con quanto previsto nel piano di risoluzione di gruppo. Nel caso di grandi gruppi bancari, ogni porzione regionale può essere assoggettata a SPE nell'ambito di un'impostazione globale di MPE¹⁷. Nella sua concezione originaria questa strategia è adatta ad essere applicata a quei gruppi caratterizzati da minore integrazione finanziaria ed operativa e che presentano quindi un minor livello di interconnessione, permettendo la risoluzione indipendente delle entità che ne fanno parte. Il successo della strategia richiede che ogni ente del gruppo che costituisce un punto di entrata dell'azione di risoluzione assicuri di avere a disposizione passività ammissibili di ammontare sufficiente per assorbire le perdite, prima di poter accedere al fondo di risoluzione.

5. La cooperazione amministrativa internazionale quale infrastruttura necessaria della fase preparatoria e di risoluzione ordinata degli intermediari finanziari

L'illustrazione della fase preparatoria della risoluzione dei gruppi transfrontalieri mostra come tale processo presupponga una cooperazione e un

¹⁴ FINANCIAL STABILITY BOARD, *Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) Principles and Term Sheet*, del 9 novembre 2015, disponibile sul sito <http://www.fsb.org/2015/11/total-loss-absorbing-capacity-tlac-principles-and-term-sheet/>

¹⁵ Sulle potenziali disuguaglianze conseguenti alla mancanza di armonizzazione della gerarchia dei crediti a livello europeo v. WOJCIK, *Bail-in in the Banking Union*, in *CMLR*, 2016, 91 ss. Sulla legge tedesca, v. anche il Parere BCE del 2 settembre 2015 (CON/2015/31). Sulle iniziative legislative nazionali in tema di MREL e modifiche alla gerarchia dei crediti, v. EBA, *Interim report on MREL*, del 19 luglio 2016 (EBA/OP/2016/12) sul sito www.eba.europa.eu, p. 54 ss.

¹⁶ V. *infra* paragrafo 6.2.

¹⁷ FSB, *Recovery and Resolution Planning*, cit. 17.

coordinamento efficace tra le autorità di risoluzione, a partire dall'elaborazione e dall'approvazione del piano di risoluzione. In coerenza con questa impostazione, la nuova disciplina europea delle crisi bancarie persegue obiettivi che non rispondono a logiche esclusivamente nazionali ma che hanno riguardo anche alla salvaguardia del mercato interno e alla stabilità finanziaria, che di per sé non è racchiudibile entro confini nazionali (art. 31 Direttiva 2014/59/UE).

Condizione per il successo di questa impostazione sovranazionale europea illustrata dagli obiettivi della risoluzione, è la collaborazione internazionale amministrativa tra le autorità di risoluzione e di vigilanza coinvolte, vale a dire sotto la cui giurisdizione ricadono l'intermediario in dissesto e gli altri enti del gruppo.

La cooperazione amministrativa internazionale è quindi un pilastro fondamentale del nuovo regime di risoluzione dei gruppi transfrontalieri, che si è tradotta innanzitutto nell'istituzione dei collegi di risoluzione previsti dalla Direttiva 2014/59/UE, sulla scia dei paralleli collegi di supervisione previsti dalla Direttiva 2013/36/UE. Nell'ambito dell'Unione Bancaria, di cui il MRU istituito dal Regolamento UE 806/2014 costituisce il secondo pilastro accanto al Meccanismo di Vigilanza Unico ("MVU") che ha conferito alla Banca Centrale Europea ("BCE") la vigilanza prudenziale diretta sugli istituti di credito significativi¹⁸, la cooperazione amministrativa è stata istituzionalizzata e parte delle prerogative statali esercitate dalle autorità nazionali di risoluzione sono state trasferite a livello sovranazionale e conferite al Comitato, l'autorità europea di nuova istituzione al centro del MRU. Si tratta di uno sviluppo successivo ed ulteriore rispetto ai collegi di risoluzione, che evidenzia la maggiore integrazione tra i paesi della zona Euro.

6. I collegi di risoluzione

I collegi di risoluzione sono *networks* di autorità amministrative previsti dalla legislazione europea che ne disciplina l'istituzione, le funzioni e le procedure di funzionamento secondo modalità operative funzionali ma cristallizzate in fonti normative vincolanti. Si distinguono da altri fori di cooperazione internazionale tra autorità amministrative istituiti e governati da *MoUs*, accordi flessibili di natura non vincolante.

La Direttiva 2014/59/UE prevede che i collegi di risoluzione devono essere istituiti dall'autorità di risoluzione a livello di gruppo per tutti gli intermediari con filiazioni o succursali significative in uno o più Stati membri (art. 88), individua i componenti effettivi con e senza diritto di voto e gli osservatori, le materie di competenza del collegio, comprese quelle su cui è chiamato a prendere una decisione congiunta, e ne fissa le modalità di adozione. Il funzionamento concreto dei collegi di risoluzione è ulteriormente determinato da norme tecniche di regolamentazione elaborate dall'EBA che specificano le modalità e le tempistiche per l'adozione delle decisioni congiunte e, più in generale, lo svolgimento concreto ed effettivo della

¹⁸ Regolamento UE n. 1024/2013.

cooperazione nell'ambito dei collegi¹⁹. A presidio del raggiungimento di questo risultato, la Direttiva ha conferito all'EBA il compito di monitorare l'efficienza e la coerenza del loro funzionamento²⁰. A seguito dell'istituzione del MRU, i collegi di risoluzione devono essere stabiliti soltanto per quei gruppi finanziari presenti interamente negli Stati membri non partecipanti all'Unione Bancaria, o in parte in Stati "out" e in Stati "in". In quest'ultimo caso l'autorità di risoluzione a livello di gruppo per gli Stati membri partecipanti all'Unione Bancaria sarà il Comitato. I gruppi interamente stabiliti in Stati membri partecipanti all'Unione Bancaria, invece, sono assoggettati al regime di cooperazione istituzionalizzata codificata nel MRU che sostituisce i collegi di risoluzione²¹.

Anche alla luce di questa iniziale descrizione, si osserva che i collegi di risoluzione, benché sotto il profilo della *governance* internazionale rispondano alle caratteristiche dei *network* in quanto fori di coordinamento piuttosto che di trasferimento di potere ad un'autorità sovranazionale, sono nondimeno volti al conseguimento di un elevato grado di cooperazione tra le autorità che ne sono parte. A queste ultime è richiesta l'adozione di decisioni congiunte in relazione ad una serie di questioni previste dalla Direttiva 2014/59/UE, quali la valutazione della risolvibilità dell'intermediario, la determinazione di ostacoli rilevanti alla risolvibilità dell'intermediario e l'idoneità delle misure volte a rimuoverli (art. 18 Direttiva 2014/59/UE), l'approvazione dei piani di risoluzione e la determinazione del requisito minimo di fondi propri e di passività ammissibili ('MREL') (art. 45 Direttiva 2014/59/UE).

L'adozione di decisioni congiunte, che si possono definire un atto amministrativo internazionale, rappresenta il punto di arrivo cui deve tendere la cooperazione amministrativa prevista dalla Direttiva. Tale caratteristica decisionale differenzia i collegi di risoluzione da *network* informali di cooperazione tra autorità nazionali come i *Crisis Management Groups* previsti dai *Key Attributes* e disciplinati da *MoUs*.

La natura ibrida dei collegi di risoluzione, che sotto il profilo della *governance* internazionale si pongono a metà strada tra i *network* informali e la cooperazione istituzionalizzata incorporata nel MRU, si manifesta nel momento in cui le autorità di risoluzione non riescono a raggiungere un accordo per l'adozione di una decisione congiunta. Tenuto conto della potenziale divergenza di interessi tra autorità nazionali e l'assenza di una comunità politica comune di riferimento, non può essere esclusa *ex ante* l'ipotesi che le autorità del *network* possano trovare maggiori incentivi a perseguire comportamenti

¹⁹ Regolamento Delegato della Commissione europea 2016/1075, art. 50 ss.

²⁰ Articolo 88(4) Direttiva 2014/59/UE che riprende l'art. 21 del Regolamento UE n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA, dedicato al ruolo dell'EBA nei collegi di vigilanza.

²¹ Art. 31(2) Regolamento MRU: "L'articolo 13, paragrafi da 4 a 10, e gli articoli da 88 a 92 della direttiva 2014/59/UE non si applicano alle relazioni tra le autorità nazionali di risoluzione. Non si applicano la decisione congiunta e le decisioni eventualmente adottate in assenza di una decisione congiunta ai sensi dell'articolo 45, paragrafi da 9 a 13, della direttiva 2014/59/UE. A tali relazioni si applicano invece le pertinenti disposizioni del presente regolamento".

individualistici e a deviare da quelli cooperativi. Si tratta di un punto di rottura rispetto al perseguimento della cooperazione amministrativa intra-europea, per evitare il quale sarebbero state auspicabili soluzioni più coraggiose da parte del legislatore. La Direttiva 2014/59/UE prevede che in caso di mancato raggiungimento di una decisione congiunta, le singole autorità – quella a livello di gruppo e quelle competenti per le *subsidiaries* – possono adottare decisioni individuali. Se da un lato la Direttiva 2014/59/UE prescrive che in tal caso la decisione individuale deve dar conto delle opinioni espresse dalle altre autorità presenti nel collegio – a conferma dell'importanza del dialogo e della cooperazione, e di converso del carattere di *extrema ratio* dell'adozione di una decisione individuale in caso di fallimento della cooperazione – dall'altro mancano strumenti o controlli volti a garantire la coerenza complessiva delle decisioni individuali adottate, con il rischio di pervenire a soluzioni non coordinate nell'ambito del gruppo. Per evitare conseguenze di questo tipo e nello spirito di facilitare la cooperazione effettiva tra le autorità di risoluzione che si materializzano nella decisione congiunta, la Direttiva 2014/59/UE prevede che l'EBA possa prestare assistenza in qualità di mediatore al fine di raggiungere un accordo all'interno del collegio. L'intervento dell'EBA può consistere sia nella procedura di conciliazione non vincolante ai sensi dell'art. 31(c) del Regolamento n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA, sia di mediazione vincolante ai sensi dell'art. 19 dello stesso Regolamento. In quest'ultimo caso, qualora non venga raggiunto un accordo tra le parti, l'EBA può imporre una decisione vincolante nei confronti delle stesse. Il legislatore ha dunque previsto il ricorso a strumenti di facilitazione dell'accordo per assicurare l'adozione di decisioni congiunte o quanto meno di decisioni capaci di prendere in considerazione le esigenze di altre autorità; suscita rammarico peraltro la timidezza nel definire il ruolo dell'EBA in caso di disaccordo, lasciando aperta la possibilità per le autorità interessate di adottare una decisione individuale.

La natura giuridica delle decisioni congiunte che, come accennato poc'anzi, costituiscono un atto amministrativo internazionale, è piuttosto delicata. Avendo riguardo in particolare a quelle decisioni aventi effetti immediati e diretti sull'intermediario, ci si può chiedere come debbano essere attuate nell'ordinamento nazionale, in particolare se debbano essere 'trasposte' in una decisione domestica. Questa sembrerebbe essere la soluzione più plausibile specie quando deve essere tradotta. Problematiche nuove potrebbero presentarsi qualora la decisione comune – o la sua trasposizione da parte dell'autorità nazionale – venga impugnata e annullata (anche parzialmente) davanti al giudice nazionale. In assenza di un regime sul riconoscimento delle decisioni in materia amministrativa, che non ricade nell'ambito di applicazione del Regolamento UE n. 1215/2012 sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale, cd. Bruxelles I, ci si può chiedere se la decisione rimanga valida negli altri Stati membri, nei limiti in cui l'oggetto della stessa consenta una tale divisione geografica, oppure se debba essere assunta nuovamente. E' ancora prematuro per prevedere se un tale scenario costituisca un fenomeno reale o soltanto di scuola; qualora si presentasse, si può ipotizzare che le autorità componenti del collegio potrebbero reagire a questo stato di incertezza giuridica con l'adozione di decisioni individuali.

7. Il Meccanismo di Risoluzione Unico: istituzionalizzazione della cooperazione amministrativa e rapporti con le autorità nazionali di risoluzione

Con l'istituzione del MRU e la costituzione di una nuova autorità al centro, il Comitato, l'Unione Bancaria si è dotata di un'autorità di risoluzione europea per le banche significative stabilite nella zona Euro²², complementare alla BCE nell'esercizio della funzione di vigilanza. In tal modo si è inteso evitare asimmetrie nel livello di regolamentazione – sovranazionale/nazionale – tra le funzioni di vigilanza e di risoluzione degli istituti di credito che avrebbe effetti negativi sulla generale coerenza del sistema, lasciando aperta la questione della possibile protezione dei 'campioni nazionali' da parte delle autorità nazionali, o comunque potenziali conflitti con l'autorità europea.

Come accennato, il MRU costituisce la forma più evoluta di cooperazione amministrativa in materia di risoluzione a livello europeo, comportando il conferimento di potere e di prerogative sovrane al livello sovranazionale al Comitato. Al pari del Sistema Europeo delle Banche Centrali o dello stesso MVU, il MRU pur essendo espressione di uno sviluppo nella direzione dell'istituzionalizzazione della cooperazione amministrativa e della costruzione di un'infrastruttura amministrativa europea come condizione per l'ulteriore integrazione tra gli Stati membri, si basa esso stesso su una struttura di *network* tra le autorità nazionali di risoluzione. Queste siedono nell'organo decisionale del sistema, il Comitato, con diritto di voto.

Spetta al Comitato in sessione esecutiva²³ adottare le decisioni relative ai singoli intermediari, al cui fine deve tendere al consenso. In caso di divergenza e di impossibilità di adottare una decisione condivisa, il Regolamento MRU prevede che spetta soltanto al presidente e ai membri permanenti del Comitato, e non ai rappresentanti delle autorità di risoluzione nazionale, esprimere un voto. Si tratta di una previsione inevitabile per assicurare l'adozione di una decisione, ma da interpretarsi come *extrema ratio*, dovendosi raggiungere, anche per ragioni diplomatiche, decisioni quanto più unanimi²⁴.

²² La giurisdizione del Comitato peraltro è più ampia di quella della BCE in funzione di autorità di vigilanza, in quanto comprende anche i gruppi finanziari transfrontalieri in base all'art. 2 Regolamento MRU.

²³ Il Comitato – l'organo decisionale del MRU – si riunisce in due 'formati': (i) in sessione plenaria, composta dai rappresentanti delle autorità nazionali di risoluzione, dal Presidente e dai quattro membri permanenti del Comitato, e (ii) in sessione esecutiva, in cui siedono il Presidente, i quattro membri permanenti del Comitato e, quando devono essere adottate decisioni relative ad un intermediario, l'autorità di risoluzione a livello di gruppo e le autorità degli Stati membri in cui sono stabilite filiazioni o entità rientranti nel perimetro di vigilanza consolidata.

²⁴ Una procedura speciale è prevista per l'approvazione del programma di risoluzione, in cui da un lato può essere coinvolto il Comitato in sessione plenaria conformemente all'art. 50(2) Regolamento MRU, dall'altro la natura giuridica di agenzia del Comitato e le connesse restrizioni all'adozione di decisioni che implicano scelte discrezionali che hanno un impatto sulla politica economica, hanno richiesto l'introduzione di un complesso meccanismo che contempla l'intervento della Commissione e del Consiglio, istituzioni europee con pienezza di poteri, con funzioni di scrutinio e supporto delle decisioni assunte dal Comitato (art. 18(7)-(10) Regolamento MRU). Per maggiori dettagli v. BUSCH, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, in BUSCH, FERRARINI, cit., 323.

Rispetto ai collegi di risoluzione la differenza di *governance* è marcata, poiché il MRU richiede sempre l'adozione di decisioni condivise a livello europeo e preclude l'adozione di decisioni individuali da parte delle autorità nazionali di risoluzione. Si tratta di una conseguenza coerente con il maggiore livello di integrazione tra gli Stati partecipanti e che riflette l'idea stessa della istituzionalizzazione della cooperazione tra le autorità nazionali della zona Euro.

8. La fase della risoluzione: cooperazione amministrativa e coordinamento degli ordinamenti

Indipendentemente dalla strategia di risoluzione adottata, *SPE* o *MPE*, l'efficacia della risoluzione vera e propria di un gruppo transfrontaliero necessita del coordinamento delle autorità coinvolte, del riconoscimento degli effetti delle azioni adottate – quando queste hanno un impatto sulle succursali, sui beni, diritti o passività localizzate in un altro Stato, o sono regolati dalla legge straniera – e dell'eventuale adozione di misure di sostegno (anche di vigilanza) per assicurare l'efficacia transfrontaliera delle azioni di risoluzione.

Il primo tipo di coordinamento e di cooperazione consiste nell'attuazione congiunta da parte delle autorità di risoluzione coinvolte, del piano di risoluzione concordato nella fase preparatoria attraverso azioni specifiche descritte nel programma di risoluzione, salvo che le circostanze indichino che gli obiettivi della risoluzione possano essere meglio raggiunti secondo modalità diverse. Nel momento della crisi è importante mettere in pratica la cooperazione perseguita nella fase preparatoria, evitando azioni individuali da parte delle autorità interessate ed agire in modo coordinato. Ciò implica ad esempio, che nell'esercizio discrezionale di misure di risoluzione, un'autorità deve avere riguardo all'impatto sulla stabilità finanziaria in altri Stati²⁵. In base alla stessa logica, la messa in risoluzione di un intermediario nel proprio '*home State*' non dovrebbe determinare l'automatica messa in risoluzione di enti appartenenti al medesimo gruppo in altri Stati. Tali principi, contenuti nel *Key Attribute* n. 7.2, sono stati incorporati nell'art. 87 della Direttiva 2014/59/UE sui principi di coordinamento e di cooperazione in caso di risoluzione di gruppi transfrontalieri. Tra essi, a titolo esemplificativo, figurano la celerità nell'adozione delle misure, la presa in considerazione degli interessi degli Stati membri in cui sono stabilite rispettivamente l'impresa madre, la filiazione o la succursale, l'impatto della decisione di risoluzione sulla stabilità finanziaria, sui fondi pubblici, sul fondo di risoluzione e sul sistema di garanzia dei depositanti. Il coordinamento e la cooperazione tra le autorità è quindi fondamentale in vista dell'adozione di misure volte a minimizzare *spill-over* negativi tra gli Stati membri.

²⁵ FSB, Key Attribute 7.2: "Legislation and regulation in jurisdictions should not contain provisions that trigger automatic action in that jurisdiction as a result of official intervention or the initiation of resolution or insolvency in another jurisdiction, while reserving the right of discretionary action if necessary to achieve domestic stability in the absence of effective international cooperation and information sharing. Where a resolution authority takes discretionary national action it should consider the impact on financial stability in other jurisdictions".

Il secondo tipo di coordinamento consiste nel mutuo riconoscimento delle azioni di risoluzione come modalità per assicurarne l'efficacia e l'attuazione transfrontaliera. La disciplina europea si pone su un livello più avanzato rispetto ai rapporti tra Stati non appartenenti ad organizzazioni regionali. L'efficacia transfrontaliera delle azioni di risoluzione nell'Unione europea è tuttora regolata dalla Direttiva 2001/24/UE sulla riorganizzazione e liquidazione degli enti creditizi, modificata dall'art. 117 della Direttiva 2014/59/UE per assicurare che gli strumenti e i poteri di risoluzione²⁶ rientrino nella definizione di 'provvedimento di risanamento' e godano in tal modo del mutuo riconoscimento automatico in tutta l'Unione²⁷.

Questa disciplina è precisata da alcune disposizioni contenute nella Direttiva 2014/59/UE e relative al riconoscimento e all'assistenza che deve essere assicurata nell'attuazione di quelle decisioni dell'autorità di risoluzione che dispongono il trasferimento di proprietà, azioni, diritti, attività, passività ubicati in Stati membri diversi da quello dell'autorità che ha adottato la decisione o retti dalla legge di un altro Stato membro (art. 66 Direttiva 2014/59/UE). Le disposizioni in parola non si limitano al mutuo riconoscimento e alla prescrizione di misure di sostegno, ma sono accompagnate dalla previsione di tecniche normative volte ad assicurare che la piena efficacia transfrontaliera non sia pregiudicata da interferenze legislative esterne. A questo fine è previsto non solo che lo Stato straniero in cui l'azione di risoluzione deve essere eseguita debba prestare l'assistenza necessaria al perfezionamento del trasferimento in base alla legge nazionale (*lex rei sitae*), ma anche che l'azione di risoluzione straniera oggetto di mutuo riconoscimento venga isolata dall'applicazione della legge regolatrice dello specifico diritto, azione, attività o passività oggetto del trasferimento, in modo da mettere la specifica misura di risoluzione al riparo da eventuali contestazioni basate su tale legge locale (art. 66(3) Direttiva 2014/59/UE). Nella medesima direzione si muovono i paragrafi (4) e (5) dell'art. 66 della Direttiva che prescrivono che l'esercizio del potere di svalutazione e di conversione di strumenti di capitale e passività ammissibili da parte dell'autorità di risoluzione deve essere esercitato in conformità con la legge dello Stato dell'autorità di risoluzione e che deve essere preclusa ai creditori interessati la contestazione di tali azioni sulla base della legge applicabile a tali strumenti se diversa. Ancora, il successivo paragrafo (6) del medesimo articolo prevede l'applicazione necessaria della legge dello Stato dell'autorità di risoluzione a tutta una serie di aspetti, quali (a) il diritto degli azionisti, dei creditori e dei terzi di contestare la cessione di azioni, altri titoli di proprietà o attività, diritti o

²⁶ Come definiti e specificati nell'art. 63 e seguenti della Direttiva 2014/59/UE.

²⁷ L'art. 2 della Direttiva 2001/24/CE, come modificato dalla Direttiva 2014/59/UE, definisce i "provvedimenti di risanamento" come "i provvedimenti destinati a salvaguardare o ristabilire la situazione finanziaria di un ente creditizio o di un'impresa di investimento quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, punto 2, del regolamento (UE) n. 575/2013, e che possono incidere sui diritti preesistenti di terzi, compresi i provvedimenti che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una svalutazione dei crediti; tali provvedimenti comprendono l'applicazione degli strumenti di risoluzione e l'esercizio dei poteri di risoluzione previsti dalla direttiva 2014/59/UE". V. anche Corte di Giustizia, 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*, punti 103-114.

In generale sugli aspetti internazionalprivatistici della risoluzione v. LEHMAN, *Bail-In and Private International Law: How to Make Bank Resolution Measures Effective Across Borders*, 2016, disponibile sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2759763

passività; (b) la svalutazione o la conversione del valore nominale di uno strumento o di una passività; e (c) le salvaguardie per le cessioni parziali di attività, diritti o passività o l'esercizio del bail-in. Sotto il profilo del diritto internazionale privato, la combinazione di queste diverse tecniche legislative conduce ad inquadrare la strategia del legislatore europeo nell'ottica di una sorta di *lex fori approach* tesa a raggiungere il duplice risultato sostanziale di assicurare effetti transfrontalieri alle azioni di risoluzione ed al contempo di assicurare la parità di trattamento tra tutti i soggetti pregiudicati dai provvedimenti di risoluzione²⁸. Ciò è coerente con l'art. 3 della Direttiva 2001/24/CE che prevede l'efficacia transfrontaliera delle misure di riorganizzazione in base alla legge dell'autorità che le ha adottate. L'intento del legislatore è quindi pragmatico e volto al risultato, orientato a logiche materiali piuttosto che di conflitti di leggi, dai quali peraltro non può completamente prescindere e che devono essere presi in considerazione al fine di assicurare il raggiungimento del risultato perseguito. Un esempio di questa impostazione è offerto dall'art. 66(2) Direttiva 2014/59/UE che, come accennato, richiede allo Stato ospite di fornire l'assistenza necessaria al fine di assicurare che la cessione al ricevente di azioni, altri titoli di proprietà, crediti, attività sia perfezionata in base alla legge nazionale (*lex rei sitae*). Ponendo l'accento sull'obbligo di assistenza, piuttosto che sulla legge applicabile, il legislatore europeo rimane fedele alla prospettiva del mutuo riconoscimento piuttosto che all'impostazione classica dei conflitti di legge, la cui operatività viene anzi limitata dalla previsione della competenza della legge dell'autorità di risoluzione.

Sotto altri aspetti, il coordinamento tra metodo 'comunitario' del mutuo riconoscimento e conflitti di legge così come disciplinati nella Direttiva 2001/24/CE tuttora applicabile, non è altrettanto fluido ed è suscettibile di dar luogo a incertezze applicative. Il rapporto tra le norme internazionalprivatistiche e la Direttiva 2014/59/UE merita senza dubbio un maggiore approfondimento che esula però dal più ristretto ambito di questo scritto.

9. L'interazione tra le diverse fonti: Direttiva 2014/59/UE, Direttiva 2001/24/CE e Regolamento MRU

Fatta questa prima illustrazione delle disposizioni rilevanti e del metodo pragmatico e sostanziale adottato dal legislatore per ottenere lo scopo perseguito, *ie* la piena efficacia transfrontaliera, occorre mettere in luce che l'interazione tra la Direttiva 2014/59/UE e la Direttiva 2001/24/CE, nonché i rapporti all'interno del MRU non sono delineati chiaramente nei singoli atti legislativi e richiedono un maggiore approfondimento. Come si è accennato, la Direttiva 2014/59/UE non ha inteso abrogare la Direttiva 2001/24/CE, al contrario non solo l'ha perpetuata modificandone alcune disposizioni, ma come si evince dalle disposizioni sostanziali, la presuppone come base per la ripartizione della giurisdizione delle autorità di risoluzione tanto nella fase preparatoria quanto in quella di risoluzione vera e propria.

²⁸ Sul punto v. GARDELLA, *Bail-in and the two dimensions of burden sharing*, in EUROPEAN CENTRAL BANK, *From Monetary Union to Banking Union on the Way to Capital Markets Union, New Opportunities for European Integration (Frankfurt am Main., December 2015)*, 205, disponibile sul sito www.ssrn.com.

Vale la pena ricordare che la Direttiva 2001/24/CE contiene una disciplina di tipo internazionalprivatistico in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, complementare al meccanismo di vigilanza prudenziale basato sull'*home country control* e completato dal mutuo riconoscimento. Riflettendo l'impostazione giurisdizionale della supervisione, la Direttiva 2001/24/CE adotta il modello di giurisdizione universale per disciplinare l'insolvenza, attribuendo allo Stato membro di origine la competenza ad applicare i provvedimenti di risanamento ad un ente creditizio e alle succursali (*branches*) stabilite in altri Stati membri, prevedendo l'esplicazione di effetti in modo automatico in tutta l'Unione in base alla legge dello Stato di origine²⁹. La giurisdizione dello Stato di origine è invece esclusa in relazione alle *subsidiaries* che sono soggette alla giurisdizione dell'autorità dello Stato membro in cui sono stabilite, replicando così la ripartizione di competenza in materia di vigilanza prudenziale. Questa ripartizione di giurisdizione è rispecchiata nella Direttiva 2014/59/UE: benché l'autorità di risoluzione a livello di gruppo eserciti un ruolo di coordinamento e di impulso nell'ambito del collegio di risoluzione, le decisioni in merito alle filiazioni, tanto nella fase preparatoria quanto in quella di risoluzione vera e propria, sono assunte dalle singole autorità di risoluzione degli Stati Membri in cui sono stabiliti gli enti appartenenti al gruppo. Nella fase preparatoria, i limiti della giurisdizione dello *home country control* sono in parte superati dall'obiettivo di adottare una decisione congiunta tra le autorità di risoluzione aventi giurisdizione su enti del gruppo. Soltanto quando tale decisione congiunta non è raggiunta, la Direttiva prevede la possibilità di adottare decisioni individuali con ambito di applicazione territoriale (ad esempio art. 18 Direttiva 2014/59/UE). Nella fase di attuazione della risoluzione, invece, trova piena applicazione il meccanismo del mutuo riconoscimento che intende assicurare l'automatica efficacia transfrontaliera delle misure adottate dall'autorità di risoluzione, superando l'intrinseca territorialità del potere pubblico di quest'ultima.

Occorre a questo punto esaminare se questo modello è seguito anche nel MRU oppure se la centralizzazione a livello europeo nel Comitato, delle decisioni relative alla risoluzione ne ha alterato l'impostazione.

Come illustrato in precedenza, per quegli intermediari che ricadono nell'ambito di giurisdizione del MRU, le decisioni sono adottate dal Comitato, pur con sensibili differenze di procedura e competenza tra le decisioni attinenti alla fase preparatoria e alla fase di esecuzione, in particolare in relazione all'adozione del programma di risoluzione³⁰. Come specificato dagli artt. 18(9) e 23 del Regolamento MRU, benché l'adozione del programma di risoluzione avvenga a livello europeo, la sua esecuzione riposa sulle autorità nazionali di risoluzione che sono tenute ad

²⁹ Art. 3 Direttiva 2001/24/CE su cui v. CERCONE, *European Community Directive on Reorganization and Winding-up of Credit Institutions. Exceptions to the application of the lex concursus*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, 2004, 685; GALANTI, *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca, borsa*, I, 2002, 407; VATTERMOLI, *La gestione delle crisi transnazionali delle imprese bancarie ed assicurative: la nuova disciplina comunitaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, 56; GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 268 ss.; ID., *Cross-border bank insolvency: private international law and State aid rules*, in *European banking and financial law journal (Euredia)*, 2009, 127.

³⁰ V. *supra* paragrafo 7.

attuare il programma in base alla disciplina dettata dalla Direttiva 2014/59/UE come attuata negli ordinamenti nazionali³¹. Il Comitato sorveglia l'attuazione delle decisioni da parte delle autorità nazionali (art. 28 Regolamento MRU) e può dare istruzioni a queste ultime su qualsiasi aspetto dell'esecuzione del programma di risoluzione. Come misura residuale, il Regolamento MRU prevede che il Comitato può prendere provvedimenti direttamente nei confronti dell'intermediario quando l'autorità nazionale non ha applicato le misure previste nel programma o non le ha applicate correttamente (art. 29(2) Regolamento MRU). Le specifiche modalità di coordinamento e i rapporti tra il Comitato e le autorità di risoluzione nazionale saranno meglio specificate in un Regolamento apposito previsto dall'art. 50(1)(k) Regolamento MRU da adottarsi dal Comitato, analogamente a quello previsto dal Regolamento MVU per disciplinare i rapporti interni tra la BCE e le autorità di vigilanza nazionali, cd. *ECB Framework Regulation*³².

Il Regolamento MRU prevede quindi una modalità di esecuzione 'a cascata' per il programma di risoluzione che si sviluppa per linee verticali dal centro alla periferia del sistema. Qualche incertezza permane sull'interazione tra il Regolamento MRU e la Direttiva 2001/24/UE per quanto riguarda gli effetti, per linee orizzontali, dell'attuazione delle decisioni del Comitato. Non sembra esservi dubbio che l'ambito di giurisdizione delle autorità nazionali di risoluzione nell'esecuzione del programma di risoluzione dipende dalla ripartizione di giurisdizione determinata dalla Direttiva 2001/24/CE che è in qualche modo il presupposto di questo sistema 'a cascata': è l'autorità nazionale di risoluzione competente ad adottare i provvedimenti di risoluzione nei confronti dell'intermediario e delle sue sussidiarie (artt. 18(9), 23 e 28 Regolamento MRU).

Merita qualche considerazione in più l'identificazione della fonte che assicura l'efficacia transfrontaliera delle misure di risoluzione, cioè se essa derivi dalla Direttiva 2001/24/CE come modificata nella Direttiva 2014/59/UE, oppure direttamente dal Regolamento MRU. A questo riguardo, come osservato in precedenza, il Regolamento MRU da un lato colloca a livello europeo, nel Comitato (attraverso una complessa procedura che coinvolge la Commissione ed il Consiglio) l'approvazione e l'adozione del programma di risoluzione, e a livello nazionale la sua esecuzione da parte delle autorità nazionali di risoluzione. Alla luce di questa struttura, non è del tutto chiaro se la fonte degli effetti transfrontalieri sia la stessa decisione del Comitato che adotta il programma di risoluzione e le successive istruzioni attuative impartite alle autorità di risoluzione nazionali, oppure la decisione delle autorità nazionali di risoluzione che dà esecuzione al programma in base al diritto nazionale. Al Comitato spetta un'attività di sorveglianza sulla corretta attuazione del programma che esercita attraverso l'adozione di istruzioni rivolte alle autorità nazionali di risoluzione, in

³¹ Sul rapporto tra Regolamento MRU e Direttiva 2014/59/UE v. le considerazioni svolte in GARDELLA, *Bail-in and the financing of resolution within the SRM framework*, in BUSCH, FERRARINI cit., 373, e in italiano in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2015, I, 587.

³² Regolamento UE n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 14 aprile 2014 che stabilisce un quadro di cooperazione all'interno del MVU.

modo da assicurare la massima aderenza al programma e la coerenza della sua attuazione in tutti gli Stati partecipanti coinvolti (art. 29(1) Regolamento MRU). Tenuto conto di questa ripartizione di competenza che vede nella decisione attuativa del programma adottata dall'autorità nazionale di risoluzione la fonte immediata delle misure di risoluzione imposte all'intermediario, agli azionisti e ai creditori, se ne può dedurre che l'efficacia transfrontaliera dell'esercizio degli strumenti di risoluzione derivi dal mutuo riconoscimento automatico previsto dalla Direttiva 2001/24/CE per le azioni adottate dalle autorità di risoluzione. Soltanto in caso di inerzia delle autorità nazionali di risoluzione, il Comitato è investito del potere di subentrare a queste ultime e di adottare misure dirette nei confronti dell'intermediario in risoluzione (art. 29(2) del Regolamento MRU).

Questo schema e interazione delle diverse fonti giuridiche troverebbe conferma nell'allocatione della giurisdizione nei confronti delle decisioni che impongono le misure di risoluzione. I soggetti colpiti da queste ultime – intermediario, azionisti e creditori – hanno diritto di agire in giudizio nei confronti dell'autorità nazionale (art. 85 Direttiva 2014/59/UE) che, in caso di condanna, deve essere risarcita dal Comitato in conformità e secondo le condizioni previste dall'art. 87(4) Regolamento MRU³³. L'impugnazione in annullamento davanti al Tribunale di prima istanza ex art. 263 TFUE, della decisione del Comitato che adotta lo schema di risoluzione non è in linea di principio esclusa (cfr. art. 86 Regolamento MRU), difficoltà pratiche al successo di questa strategia giudiziaria derivano peraltro dalla soddisfazione dei requisiti richiesti dal Trattato così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

10. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni dell'autorità di risoluzione: *Goldman Sachs v. Novo Banco*

Nonostante la Direttiva 2014/59/UE sia entrata solo recentemente in vigore, si registrano a livello europeo già alcune decisioni delle corti nazionali. Queste pronunce offrono un'occasione di riflessione sul nuovo quadro giuridico e sugli aspetti ambigui che necessitano di una maggiore chiarezza interpretativa.

In *Novo Banco v. Goldman Sachs*³⁴ la *High Court* inglese, in una vicenda relativa alla risoluzione del Banco Espírito Santo ("BES") da parte del Banco do Portugal ("BdP"), ha adottato un'interpretazione restrittiva dell'ambito delle azioni di risoluzione che godono del mutuo riconoscimento nell'Unione europea. La Corte ha privilegiato l'applicazione del solo art. 66 della Direttiva 2014/59/UE, piuttosto che la più ampia clausola di mutuo riconoscimento prevista dall'art. 3 della Direttiva 2001/24/UE, tra l'altro in un'accezione restrittiva che limita gli effetti transfrontalieri a quelle decisioni dell'autorità di risoluzione che hanno per oggetto specifico la cessione di azioni, diritti attività, passività.

³³ ARONS, *Judicial protection of supervised credit institutions in the European Banking Union*, in BUSCH, FERRARINI (nt. 10), 461, 462.

³⁴ [2015] EWHC 2371 (Comm), su cui v. anche LEHMAN, *Bail-In and Private International Law* (nt. 27).

Nel caso di specie BdP, avendo constatato che ne ricorrevano le condizioni, con decisione del 3 agosto 2014, ha messo in risoluzione BES e ha trasferito attività e passività alla *bridge bank ad hoc* costituita, *Novo Banco*, lasciando in BES quelle deteriori. Tale trasferimento è stato accompagnato dalla svalutazione totale del valore delle azioni di BES e dei crediti subordinati come previsto dalla Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria ("Comunicazione sul settore bancario")³⁵. La decisione iniziale di BdP del 3 agosto 2014 si è limitata a indicare genericamente che non erano oggetto di trasferimento le attività e passività che ricadevano in determinate esclusioni previste dalla legge bancaria portoghese. Successivamente, con decisione del 22 dicembre 2014, BdP ha precisato che il contratto concluso da BES con *Oaktree Finance* e successivamente trasferito da quest'ultima a *Goldman Sachs* rientrava tra le eccezioni previste dalla legge e pertanto non era ricompreso tra le passività trasferite a *Novo Banco*, ma rimaneva una passività di BES. Di fronte all'inadempimento del contratto da parte di *Novo Banco*, *Goldman Sachs* ha citato in giudizio quest'ultimo davanti alla *High Court* inglese sulla base di una clausola di scelta del foro contenuta nel contratto chiedendo il pagamento di quanto pattuito .

La *High Court* ha ritenuto sussistente la giurisdizione inglese. Rigettando le obiezioni sollevate da *Novo Banco*, che sosteneva che la Corte era priva di competenza perché oggetto del contendere era in sostanza la decisione di BdP del 22 dicembre 2014, un atto pubblico straniero la cui conoscenza è riservata alla giurisdizione dello Stato dell'autorità che ha adottato l'atto (il Portogallo nel caso di specie), la *High Court* ha richiamato l'interpretazione restrittiva delle materie escluse dalla nozione di materia civile e commerciale di cui al Regolamento 1215/2012, sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze, cd. *Bruxelles I*³⁶. La Corte ha inoltre sottolineato che, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'insussistenza della competenza in base al Regolamento *Bruxelles I* può essere dichiarata soltanto quando l'oggetto della domanda trae origine da poteri autoritativi non riconducibili alla nozione di materia civile e commerciale, mentre nel caso di specie la domanda concerneva l'inadempimento contrattuale di *Novo Banco*. Il secondo, e più delicato passaggio del ragionamento della *High Court*, verte sull'affermazione che la clausola di scelta del foro è opponibile a *Novo Banco* sulla base della legge applicabile al contratto, nel caso di specie il diritto inglese. Non sfugge che la lettura combinata di questi due passaggi della sentenza porta ad affermare la sussistenza della competenza inglese sulla base del diritto privato evitando di affermare l'esercizio della giurisdizione sull'atto pubblico straniero adottato da BdP – la decisione di BdP del 22 dicembre 2014 – del quale però viene al contempo esplicitamente negata l'efficacia.

³⁵ In GUUE C 216, 30 luglio 2013, 1.

³⁶ V. per tutti CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino 2016, p. 26 ss.

Il ragionamento della *High Court* si presta a critiche per l'inversione dell'ordine delle questioni, per avere cioè preso le mosse dal diritto privato, la legge inglese applicabile al contratto, al fine di affermare la successione di *Novo Banco* nel rapporto e l'opponibilità allo stesso della clausola di scelta del foro, omettendo di dare rilevanza primaria al regime europeo della risoluzione. In quest'ultimo la successione dell'ente ponte nei diritti e nelle responsabilità dell'ente in risoluzione è retto dal diritto amministrativo piuttosto che dal diritto privato, ed in particolare dalla decisione dell'autorità di risoluzione che dispone il trasferimento di attività e passività alla *bridge bank*. E' quanto previsto dall'art. 40(9), secondo sottoparagrafo della Direttiva 2014/59/UE, ai sensi del quale "le autorità di risoluzione possono prescrivere che un ente-ponte sia considerato una continuazione dell'ente soggetto a risoluzione e possa continuare a esercitare i diritti che erano esercitati da quest'ultimo in relazione alle attività, diritti o passività ceduti"³⁷, dal quale si evince *a contrario* che la continuità non si presume. Non convince quindi l'affidamento del giudice inglese sulla legge applicabile al contratto, essendo invece la questione disciplinata dalle norme della Direttiva 2014/59/UE.

Sotto quest'ultimo aspetto, peraltro, la Corte ha neutralizzato l'efficacia della decisione portoghese sulla base di due considerazioni: la prima relativa alla natura giuridica dell'atto di BdP del 22 dicembre 2014, la cui qualificazione come decisione di risoluzione è stata messa in discussione da *Goldman Sachs* sulla base di argomentazioni di diritto amministrativo portoghese; la seconda, collegata alla prima, relativa alla qualificazione dell'atto in oggetto alla stregua di una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 66 della Direttiva 2014/59/UE e coperta dal regime del mutuo riconoscimento. La *High Court*, accedendo ad una lettura restrittiva e formalistica della nozione di provvedimento di cessione di cui all'art. 66 della Direttiva 2014/59/UE, ha negato il riconoscimento della decisione portoghese, affermando che la decisione di BdP di dicembre 2014, limitandosi a precisare quali passività non erano state oggetto di trasferimento non poteva considerarsi un provvedimento di cessione coperto dall'art. 66 della Direttiva 2014/59/UE e pertanto non era destinato a spiegare effetti in altri Stati membri.

Questa lettura restrittiva del regime del mutuo riconoscimento è criticabile in quanto frustra l'intento del legislatore di assicurare l'efficacia transfrontaliera dei provvedimenti di risoluzione, al cui fine l'art. 127 della Direttiva 2014/59/UE ha espressamente modificato l'art. 2 della Direttiva 2001/24/CE per ricomprendere nelle misure che godono del regime del riconoscimento automatico in tutta l'Unione quelle adottate nell'esercizio degli strumenti e dei poteri di risoluzione. A dispetto di questo quadro legislativo, la *High Court* ha basato la sua decisione esclusivamente sull'art. 66 della Direttiva 2014/59/UE, che concerne le decisioni di *cessione* di beni, diritti, attività e passività. Non è chiaro dalla sentenza se questo inquadramento sia dovuto alle particolarità del caso – il doppio provvedimento di

³⁷ Cfr. art. Ciò vale anche a fini regolamentari, in relazione ai quali la *bridge bank* è considerata *ex lege* la continuazione della banca in risoluzione con riguardo al "diritto di prestare servizi o di stabilirsi in un altro Stato membro conformemente alla direttiva 2013/36/UE o alla direttiva 2014/65/UE".

BdP – oppure risponda ad un’impostazione interpretativa deliberatamente restrittiva del riconoscimento automatico. In quest’ultimo caso si presterebbe a critiche sotto il profilo già richiamato del combinato disposto del regime della risoluzione con quello della Direttiva 2001/24/CE, volto a favorire il massimo riconoscimento delle decisioni adottate dall’autorità di risoluzione nell’esercizio degli strumenti e dei poteri di risoluzione. La lettura restrittiva della *High Court* solleva quindi perplessità alla luce del più ampio quadro giuridico previsto dal regime di risoluzione. Considerati gli effetti negativi sull’efficacia transfrontaliera del regime comune europeo, è auspicabile che la decisione della *High Court* non divenga un precedente giurisprudenziale; in caso contrario verrebbe frustrato l’intento del legislatore di accentrare il procedimento e le relative impugnazioni nello Stato dell’autorità di risoluzione con gravi ripercussioni sulla coerenza ed uniformità del sistema.

11. Segue: *Hypo Alpe Adria*

Merita qualche considerazione anche la recente vicenda austriaca della risoluzione di *Heta*, un ente speciale creato nel 2014 in base ad una legge *ad hoc* adottata dall’Austria per la gestione della crisi del gruppo *Hypo Alpe Adria*. Tale legge speciale prevedeva, tra l’altro, l’adozione da parte dell’autorità di risoluzione austriaca, di un provvedimento di annullamento di certe obbligazioni finanziarie in conformità con i requisiti previsti da quella legge.

L’autorità di risoluzione austriaca ha successivamente adottato, nel marzo 2015, una decisione di risoluzione in base alla legge di trasposizione della Direttiva 2014/59/UE; nonostante *Heta* non sia un istituto di credito, l’applicazione della Direttiva è stata fatta discendere da un riferimento di diritto interno contenuto nella legge di trasposizione. La decisione di risoluzione prevede, tra l’altro, l’adozione di una lunga moratoria (pari a 15 mesi) con sospensione dei pagamenti, strumentale ad effettuare la valutazione della società e a considerare l’adozione degli strumenti di risoluzione appropriati, incluso il *bail-in*, e ad identificare quali passività assoggettare a questo strumento.

In questo contesto, la *Bayern LB* ha intentato un procedimento in Germania davanti al Tribunale di Monaco contro *Heta*, sulla base di una clausola di scelta del foro contenuta nei contratti finanziari in essere con l’ente austriaco, contestando l’efficacia transfrontaliera delle misure adottate dall’autorità di risoluzione austriaca. La lunga sentenza del Tribunale di Monaco ha accolto la domanda degli attori in base a diversi argomenti. In primo luogo ha affermato che il regime previsto dalla legge speciale sulla risoluzione del gruppo *Hypo Alpe Adria* non gode del riconoscimento previsto dalla Direttiva 2001/24/CE, in quanto le misure in essa previste non sono volte alla riorganizzazione del gruppo bensì alla sua liquidazione. In secondo luogo, il Tribunale ha negato che la svalutazione delle obbligazioni imposta dall’autorità austriaca potesse essere considerata una misura amministrativa, come tale coperta dal mutuo riconoscimento di cui alla Direttiva 2001/24/CE; il Tribunale, invece, ha affermato che pur essendo contenuta in un atto amministrativo, la misura in realtà doveva considerarsi di tipo legislativo essendo prevista, anche nei dettagli, dalla legge di cui la decisione dell’autorità ha costituito una mera trasposizione formale.

Infine, il Tribunale ha osservato che tale misura non soddisfaceva i requisiti di norma di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 9(3) del Regolamento UE n. 593/98 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁸, in quanto lo scopo perseguito dalla legge austriaca consiste nella protezione delle proprie finanze pubbliche e non il mantenimento della stabilità finanziaria o la prevenzione di una corsa agli sportelli. Il Tribunale ha osservato, anzi, che se *Heta* fosse stata messa in liquidazione piuttosto che sottoposta a tali misure di riorganizzazione, ai creditori tedeschi sarebbe stata garantita l'opportunità di intervenire nel procedimento di insolvenza per far valere il proprio credito ed eventualmente recuperarne una parte. Questa sezione della decisione è originale e meritevole di attenzione nella parte in cui, da un lato nega la qualificazione di norma di applicazione necessaria alla legge austriaca adottata a protezione delle proprie finanze pubbliche, dall'altro, sembra non escludere *a priori* una tale qualificazione qualora la legge straniera persegua il mantenimento della stabilità finanziaria e la prevenzione della corsa agli sportelli.

12. Il principio di non discriminazione e la sua rilevanza nel contesto della risoluzione

Gli incisivi poteri attribuiti alle autorità di risoluzione, combinati con l'efficacia transfrontaliera delle azioni, inducono a svolgere alcune considerazioni sulla necessità da parte delle autorità di rispettare i principi e i diritti di fonte non solo nazionale ma anche sovranazionale. Si è già accennato (e illustrato in altra sede³⁹), come da un lato alle autorità di risoluzione siano stati attribuiti poteri incisivi capaci di interferire con il diritto di proprietà, dall'altro lato come tali poteri siano limitati dall'esigenza di rispettare i diritti garantiti dalla Carta europea dei Diritti Fondamentali e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – il diritto di proprietà, di libertà di impresa, di tutela giurisdizionale effettiva – nonché le restrizioni imposte dalla disciplina degli aiuti di Stato. Meritevole di particolare attenzione è anche il principio di non discriminazione, principio generale del diritto dell'Unione europea⁴⁰. Nel richiamare i principi e gli interessi che l'autorità di risoluzione deve prendere in considerazione nel caso di risoluzione di un gruppo transfrontaliero, l'art. 87 della Direttiva 2014/59/UE non menziona espressamente il principio di non-discriminazione che è invece richiamato dall'art. 6(1) del Regolamento MRU⁴¹. Il richiamo a non discriminare i creditori in base alla nazionalità o alla localizzazione del proprio credito è contenuto anche nel *Key Attribute 7.4* del FSB. Il principio di non discriminazione può essere lesa in modo sia diretto, come nel caso in cui vengano soggetti a trattamento differenziato

³⁸ Su cui v. il commento di BIAGIONI, in *NLCC*, 2009, 799.

³⁹ GARDELLA, *Bail-in and the financing of resolution* cit., 387.

⁴⁰ TRIDIMAS, *Principles of EU law*, Oxford, 2006, 59 ss.

⁴¹ V. anche il considerando n. (46) del Regolamento MRU, "È opportuno che le misure non comportino discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di nazionalità" e n. (60) "In particolare, qualora creditori di pari rango siano trattati in maniera diversa nel contesto di un'azione di risoluzione, le differenze dovrebbero essere proporzionate e giustificate dal pubblico interesse e non dovrebbero comportare discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di cittadinanza".

i depositanti della casa madre rispetto a quelli della succursale stabilita in un altro Stato membro, sia indiretta, come nel caso in cui sia imposto un *haricut* maggiore sui titoli detenuti in larga parte da creditori residenti in un altro Stato membro.

Il principio di non-discriminazione è richiamato in diversi considerando della Direttiva 2014/59/UE e si impone alle autorità nazionali nell'esercizio dei propri poteri⁴². L'assenza di precedenti specifici relativi a crisi bancarie non dovrebbe portare a conclusioni diverse. A questo riguardo va richiamata la sentenza della Corte EFTA del 28 gennaio 2013⁴³, in cui l'Autorità EFTA aveva chiesto la condanna dell'Islanda per la violazione della Direttiva 94/19/CE sugli schemi di garanzia dei depositanti, per non aver assicurato il rimborso dei depositanti delle succursali inglesi e olandesi entro i tempi previsti da quella Direttiva successivamente al fallimento della banca islandese *Icesave*. La vicenda da cui trae origine la sentenza riguarda l'asserito trattamento discriminatorio dei depositanti delle *branches* inglese e olandese della banca rispetto ai depositanti della sede islandese. Mentre questi ultimi, infatti, a seguito del fallimento della casa madre *Icesave* erano stati interamente trasferiti all'ente ponte appositamente creato senza subire perdite, i depositanti delle *branches* non avevano potuto beneficiare di alcuna misura predisposta dall'autorità islandese: da un lato non erano stati trasferiti all'ente ponte che non era succeduto nelle succursali negli Stati diversi dall'Islanda; dall'altro non avevano beneficiato del rimborso dei depositi protetti da parte del fondo di garanzia dei depositanti islandese. La Corte, esclusa qualunque responsabilità dello Stato per non avere assicurato che il fondo fosse capiente e capace di rimborsare i depositanti nei tempi previsti, ha affermato che il principio di non discriminazione non era stato violato nel caso di specie in quanto il fondo non era stato azionato neppure per il rimborso dei depositanti islandesi. La sentenza, come accennato, desta qualche perplessità avuto riguardo alla situazione complessiva, anche se, sotto il profilo squisitamente processuale la decisione appare conforme al principio della domanda che obbliga a considerare che gli attori avevano contestato il trattamento discriminatorio del fondo di garanzia dei depositanti ma non quello dell'autorità islandese incaricata della gestione della crisi alla quale si sarebbe potuto imputare il trattamento discriminatorio. Nel caso di specie i depositanti nazionali erano stati trasferiti ad una nuova banca per ordine dell'autorità, ma non avevano usufruito della copertura (allora) fino a € 20,000 prevista dal fondo di garanzia, pertanto non si era verificata alcuna discriminazione con i depositanti delle *branches* estere.

⁴² Cfr. considerando n. (13), (29), (47).

⁴³ *Autorità di Vigilanza EFTA c. Islanda, E-16/11*, disponibile sul sito <http://www.eftacourt.int/cases>

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.

- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.

- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perchè le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n. 66^{en} – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.
- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.
- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).

- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n.72_{app}– ENRICO GALANTI , *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI e MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia - Il provvedimento della Banca d’Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights’ Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.