

Indice

Introduzione	3
I. Perché la vigilanza bancaria?	5
II. La struttura del Mvu	19
III. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del Mvu	43
IV. Il potere regolamentare della Bce	117
Bibliografia	159
Indice sommario	163

Introduzione

Il 1 novembre del 2014, è entrato in vigore il Meccanismo di vigilanza unico introdotto dal regolamento 1024/2013 che attribuisce un ruolo di preminenza alla Banca Centrale Europea in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi.

Il Regolamento non ha stabilito la creazione di una nuova istituzione europea cui attribuire compiti di vigilanza sulle banche. Il termine Mvu indica un nuovo sistema di vigilanza bancaria il cui motore è rappresentato dalla cooperazione tra la Banca Centrale Europea e le competenti autorità nazionali in materia di vigilanza. Infatti, se da un lato è previsto che la BCE eserciti la vigilanza sulle banche più significative, mentre le competenti autorità nazionali rimangano responsabili per le banche meno significative; è vero che, come la Bce viene considerevolmente supportata dalle competenti autorità nazionali nell'esercizio delle sue funzioni, così queste ultime esercitano la vigilanza prudenziale secondo le linee guida della BCE.

Con il Mvu, che rappresenta uno dei tre pilastri dell'Unione Bancaria, è stato realizzato un nuovo modello di integrazione europea: alla mera "cessione di sovranità", si è aggiunto l'ulteriore ingrediente della cooperazione tra il livello nazionale e quello sovranazionale.

L'attuale assetto finanziario dell'Unione è caratterizzato dalla separazione tra le attività di vigilanza e quelle regolamentari: di queste ultime, infatti, non se ne occupa la Bce ma l'Autorità bancaria europea e la Commissione. Obiettivo di questa tesi è evidenziare come la separazione in parola costituisca un ostacolo all'effettivo funzionamento del Meccanismo e dimostrare l'importanza dell'attribuzione di poteri regolatori alla Bce.

Capitolo I

PERCHÉ LA VIGILANZA BANCARIA?

1.1 L'importanza dell'attività bancaria	5
1.2 La crisi del 2007 e del 2009	9
1.3 Il Meccanismo di vigilanza unico. Caratteristiche generali	14

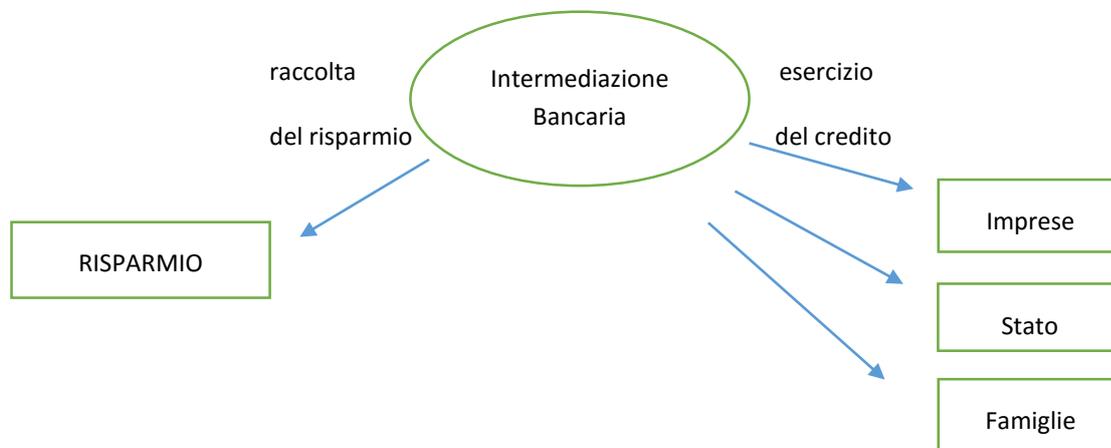
1.1 L'importanza dell'attività bancaria

Prima di esporre le cause che hanno portato all'accentramento dei poteri di controllo sul sistema bancario in capo alla Bce, può essere utile iniziare rispondendo alla seguente domanda: “perché le banche sono soggette a controlli pubblici?”.

Il *sistema finanziario* di un paese, consente il trasferimento delle risorse dai soggetti che hanno accumulato risparmio, ai soggetti in deficit. Il sistema bancario e il mercato mobiliare costituiscono i perni del sistema finanziario di uno stato, i canali attraverso cui avviene il trasferimento delle risorse finanziarie.¹ In ogni economia

¹ Si distingue tra sistemi banco-centrici e sistemi mercato-centrici, in base al peso che i due canali dell'intermediazione bancaria e dei mercati hanno in un determinato paese. In particolare, è un sistema finanziario banco-centrico quello caratterizzato dalla prevalenza dell'intermediazione bancaria come strumento che consente l'afflusso di risorse al sistema economico. Per un approfondimento sull'attenuarsi della distinzione di cui sopra, e per gli altri fattori che definiscono l'assetto del sistema finanziario di un paese, vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. I, par. 1.2 ss.

sviluppata è presente un sistema finanziario (non a caso, le economie sotto sviluppate non ne sono dotate). Si consideri il seguente schema:



*Fonte: Corso di Diritto degli Intermediari Finanziari,

Prof. Concetta Brescia Morra, LUISS Guido Carli

Il *risparmio* è una risorsa finanziaria, è reddito non speso posseduto da soggetti che riescono a soddisfare i propri bisogni quotidiani senza spendere tutte le loro risorse finanziarie. Questi soggetti offrono risparmio.

Allo stesso tempo, vi sono soggetti che non riescono a far fronte ai propri bisogno utilizzando esclusivamente le proprie risorse finanziarie. Questi sono i *soggetti in deficit*, che domandano risparmio. Si pensi, ad esempio, ad una persona che non ha i soldi per acquistare la propria abitazione, o ad un imprenditore che non ha le risorse per finanziare un suo progetto.

Le *banche* sono imprese che svolgono un'attività di intermediazione fra i soggetti che offrono risparmio e quelli che lo domandano. Esse acquisiscono risorse finanziarie –*raccolgono il risparmio*– attraverso contratti con i risparmiatori². Tra le diverse tipologie di contratti, il deposito bancario rappresenta una delle forme di

² Tra le forme contrattuali con cui la banca raccoglie il risparmio possono essere menzionate il deposito bancario, i pronti contro termine, le obbligazioni bancarie, etc. Per le altre forme contrattuali vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. III, par. 3.1.1 ss.

raccolta del risparmio più utilizzate³. Di solito, si tratta di somme depositate “a vista” (il deposito bancario è spesso associato ad un contratto di conto corrente), che il depositante cioè potrà in qualsiasi momento utilizzare tramite strumenti di pagamento (come il bancomat o l’assegno bancario). In seno a questo rapporto giuridico, la banca è debitrice nei confronti dei depositanti, in quanto dovrà rendere loro le somme depositate in qualsiasi momento in base alle loro richieste.

Con una parte delle somme depositate la banca *esercita il credito*⁴, ossia concede prestiti ai soggetti in deficit. Una delle tipiche forme con cui la banca esercita il credito è il contratto di mutuo. Il soggetto che ha ricevuto credito, si impegnerà a rimborsare la banca del prestito ricevuto, più un saggio d’interesse⁵. La banca è quindi creditrice nei confronti delle persone cui ha concesso il credito.

Alla luce di queste considerazioni, possiamo definire l’attività di *intermediazione bancaria*, nella sua accezione tradizionale, come l’esercizio congiunto di offerta di depositi e prestiti⁶. Durante lo svolgimento di queste attività, la banca si augura che i depositanti non chiedano una quantità di denaro superiore alle riserve, e che i concessionari del credito restituiscano le somme ricevute alla scadenza determinata. Se un depositante si rende conto che la banca presso cui ha depositato delle somme

³ Il deposito bancario si distingue dai contratti del codice civile apparentemente simili, come il deposito irregolare, che hanno ad oggetto una somma di denaro. Tra le differenze, ad esempio, mentre nel deposito irregolare il soggetto che deposita un bene paga un corrispettivo per la relativa custodia, nel deposito bancario è la banca che paga un corrispettivo al depositante per il godimento della disponibilità della somma di denaro. Vedi nota n° 2.

⁴ Il termine “erogazione del credito” comprende non solo i contratti con cui la banca esercita il credito, ma anche altre formule negoziali con cui le banche consentono ai clienti di conseguire una disponibilità di denaro, come ad esempio, le garanzie rilasciate dalle banche in favore di terzi. Vedi C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. III, par. 3.1.7 ss.

⁵ La banca diventa di fatto proprietaria delle somme depositate, in quanto può disporre ed esercitare il credito. La banca paga al depositante un prezzo, perché essa dispone di somme che il soggetto, depositandole in banca, non può utilizzare. Questo prezzo è l’interesse che la banca paga al depositante. Seguendo lo stesso ragionamento, se la banca concede in prestito una somma di denaro, il mutuatario, e non più la banca, potrà disporre in via stabile per un determinato periodo della somma ricevuta in prestito. Ecco che il mutuatario, oltre a rimborsare la banca delle somme ricevute, dovrà pagarle un saggio interesse. La differenza tra l’interesse che il mutuatario deve alla banca, e quello che la banca deve al depositante, rappresenta il guadagno della banca per la sua attività di intermediazione.

⁶ L’art. 10 co. 1 del Testo Unico Bancario (t.u.b.) stabilisce che: “La raccolta di risparmio tra il pubblico e l’esercizio del credito costituiscono l’attività bancaria. Essa ha carattere d’impresa.”

non è in grado di adempiere alle sue obbligazioni, verrà meno la sua *fiducia* e conseguentemente vorrà ritirare le somme depositate. E se tutti i depositanti di una banca chiedono la restituzione delle proprie somme⁷, nessuna banca, neanche la più solida del mondo avrà il denaro da restituire. Per riuscirci, essa dovrebbe tener fermo il denaro depositato, quindi non dovrebbe esercitare il credito, pertanto non si tratterebbe di attività bancaria, e verrebbe meno quella fondamentale funzione di supporto all'economia di un paese.

Da quanto detto, emerge che l'attività bancaria comporta un *rischio*. Tale rischio non è sopportato dai depositanti, ma dalla banca⁸, che di conseguenza può fallire. Questo rappresenta una delle cause di fragilità del sistema bancario. La fiducia rappresenta una colonna portante dell'intero sistema finanziario⁹.

Alla luce di quanto detto, emerge con più chiarezza il considerevole supporto all'economia che le banche forniscono. Le funzioni che le banche svolgono servono a comprendere le ragioni sottese a molte delle regole speciali applicate alle banche¹⁰.

⁷ La c.d. Bank run. Si ricordi il caso della banca britannica Northern Rock del 2007. Il Governo inglese decise di comunicare pubblicamente che la Bank of England aveva concesso un finanziamento straordinario alla Northern Rock. Tale decisione aveva il compito di tranquillizzare i depositanti che dubitavano sulla solidità della banca; purtroppo ebbe l'effetto opposto. All'indomani della comunicazione, i depositanti (allarmati) si presentarono agli sportelli della banca e quest'ultima entrò in crisi.

⁸ Al contrario, nei mercati mobiliari è l'investitore che sopporta il rischio. Se l'investitore ha acquistato titoli di un'impresa che è fallita, egli avrà perso il denaro investito. La banca di investimento mediante la quale ha acquistato i titoli non ha nessun obbligo giuridico di restituzione delle somme investite, eventualmente risponderà a titolo di risarcimento del danno nei confronti dell'investitore, nel caso in cui non abbia adempiuto al contratto avente ad oggetto il servizio di investimento, secondo i principi di diligenza (qualificata), correttezza e buona fede. Ciò costituisce una delle differenze tra il canale dell'intermediazione bancaria e quello dei mercati mobiliari, che è riflesso nel diverso sistema di tutele apprestato per i due canali.

⁹ Con riferimento al mercato dei titoli di stato, nel 2011 lo spread tra i Btp italiani e i Bund tedeschi (con scadenza a dieci anni) aveva superato i 500 punti. Tradotto, esso significava mancanza di fiducia nel paese Italia da parte dei mercati. Il mercato non comprava i titoli di stato italiani. Lo Stato italiano alzava quindi i rendimenti dei propri titoli, per renderli più appetibili. Regola basilare in finanza, è che maggiori sono i rendimenti di un investimento, altrettanti sono i rischi che l'investimento comporta. Se il mercato partiva da una situazione di sfiducia, chi avrebbe comprato dei titoli con un alto rischio? Come commentato dal Presidente di Confindustria Emma Marcegaglia nel Dicembre 2011: "Uno spread come quello che avevamo prima, a 570 punti, significava non avere conti pubblici sostenibili, avere banche non in grado di finanziarsi e quindi un credit crunch totale".

¹⁰Per un approfondimento sulle funzioni delle banche vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. I, par. 1.1.2 ss. Si ricordi, ad esempio, la funzione monetaria e la creazione di moneta mediante il meccanismo del moltiplicatore dei depositi. A tal proposito, vedi anche Lieberman, M. e Hall, R. E. (autori), Tirelli, P. e Colombo,

È vero però che esistono anche altre ragioni che spiegano la previsione di controlli pubblici sull'attività bancaria. Queste altre ragioni sono da ricercare negli effetti, nelle conseguenze, che la crisi di un intermediario finanziario può avere.

1.2. La crisi del 2007 e del 2009

Abbiamo detto che la banca è un'impresa¹¹. Abbiamo anche detto che la banca può fallire. Che differenza c'è tra il fallimento di una banca, e quello di una qualsiasi altra impresa, ad esempio, automobilistica? Entrambe hanno delle conseguenze negative, in quanto comportano la chiusura degli stabilimenti, perdita di posti di lavoro, etc. Più grande sarà l'impresa, più gravi saranno le conseguenze negative del suo fallimento. Ciò che differenzia la crisi di un intermediario finanziario, dalla crisi di un'impresa comune, è che la prima ha *esternalità negative* che si sviluppano non solo nei confronti di una circoscritta cerchia di soggetti (ad esempio i dipendenti dell'impresa) ma coinvolgono tanti altri soggetti (basti pensare alla funzione monetaria, all'aumento o diminuzione dell'ammontare di moneta in circolazione).

La difficoltà sta nel fatto che non possono essere individuate un numero finito di cause che originano crisi sistemiche. La storia insegna che i fattori scatenanti una crisi sono i più vari. E ciò è stato ancora una volta dimostrato dalla recente *crisi finanziaria del 2007-2009*, causata dal venir meno della fiducia sulla correttezza del meccanismo di formazione dei titoli e di altri valori mobiliari. I primi problemi si erano manifestati nel mercato interbancario. Le banche americane concedevano prestiti per l'acquisto dell'abitazione. In America non vi era una legge, come quella sulla proprietà fondiaria in Italia, che vietava la concessione di prestiti prendendo in

E. (a cura di), Principi di economia, Apogeo, 2010: " ... È l'ammontare di moneta in circolazione che aumenta, non la quantità di denaro. Le banche non creano ricchezza" .

¹¹ La banca ha un fondamento giuridico generale nell'art. 2195, co. 1, lett. a c.c., il quale stabilisce che l'imprenditore che esercita attività bancaria è soggetto all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese.

garanzia il maggior valore acquisito dall'immobile nel tempo. Di conseguenza le banche americane, avendo concesso un primo prestito garantito dal valore dell'immobile che si intendeva acquistare, concedevano alle stesse persone ulteriori prestiti garantiti dal valore aggiunto che aveva acquisito l'immobile. Alcuni di questi mutui ipotecari erano definiti subprime, a causa dell'elevato rischio di mancato pagamento delle rate di rimborso¹². Molta gente utilizzava il denaro del prestito per spese quotidiane e ad un certo punto non ebbe più i soldi per ripagare il prestito. Ma la crisi, come ha fatto a diventare sistemica? Come è riuscita a trasferirsi in Europa? La risposta la troviamo nell'utilizzo di strumenti finanziari innovativi, le asset backed securities (abs) emesse nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazioni. Si consideri il seguente schema¹³:

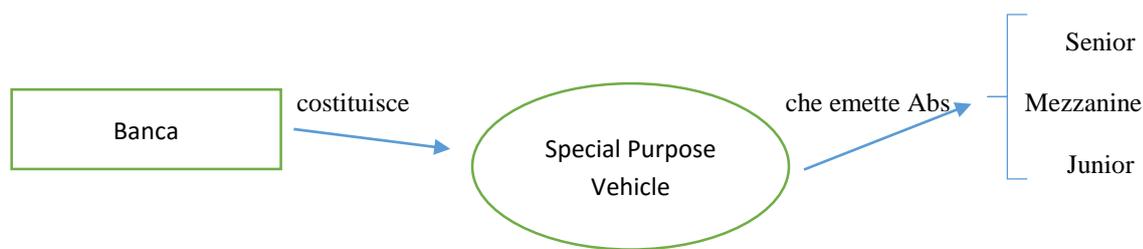
¹² Se la valutazione del merito creditizio è nell'interesse delle banche (vedi nota n° 15), perché queste ultime concedevano prestiti a chiunque, anche a coloro che non fornivano una solida garanzia? La risposta la troviamo nell'innovazione finanziaria (o meglio, nell'utilizzo improprio di quest'ultima). Le banche, attraverso la cessione dei crediti derivanti dai mutui (garantiti da ipoteca) mediante operazioni di cartolarizzazione, trasferivano il rischio dei mutui al mercato mobiliare. Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. I, par. 1.1.4: "Il fenomeno viene descritto come il passaggio da un modello di banca che origina i rischi finanziari e li conserva nel proprio portafoglio (originate and hold) a uno in cui l'intermediario origina i rischi ma li distribuisce nel mercato (originate to distribute)" .

¹³ Come le cartolarizzazioni favoriscono il credito alle banche? La banca è creditrice nei confronti delle persone cui ha concesso i mutui. Invece di aspettare il rimborso delle rate, cede questi crediti in cambio di un prezzo. La cessione viene effettuata mediante una operazione di cartolarizzazione, la quale prevede innanzitutto la costituzione di una società veicolo, lo Special Purpose Vehicle (Spv). Quest'ultimo emette delle Asset Backed Securities (Abs), ossia delle obbligazioni che costituiscono titoli derivati, in quanto il valore delle obbligazioni dipende dall'insieme di attività finanziarie sottostanti, cioè i blocchi di crediti ceduti. Le obbligazioni sono divise in Senior, Mezzanine e Junior. I Junior sono i titoli più rischiosi, e che pertanto conferiscono un maggior rendimento. Queste obbligazioni sono vendute al mercato; il prezzo della vendita viene corrisposto alla banca.

I blocchi di crediti vengono valutati da una agenzia di rating incaricata dalla banca. I mutui che si prestano a tali operazioni sono i mutui fondiari, valutabili in maniera standard, in quanto le agenzie di rating devono semplicemente valutare il valore dell'immobile (e non la capacità dell'imprenditore di fare impresa). Queste ultime attribuiscono il valore al titolo, anche tenendo in considerazione le informazioni fornite dalle stesse banche. Inoltre, erano proprio queste ultime a pagare le agenzie di rating. Tale situazione di probabile conflitto di interessi, ha fatto dubitare sulla correttezza del valore attribuito ai titoli.

(di cui alla nota n°14)Tale incertezza è stata alimentata dal fatto che i titoli derivanti da una cartolarizzazione (rimasti invenduti), venivano a loro volta cartolarizzati: veniva fatte cartolarizzazioni di cartolarizzazioni (in altre parole, vecchi titoli venivano nuovamente messi in vendita nel mercato, attraverso la costituzione di un altro Spv che emetteva Abs). In queste cartolarizzazioni di secondo (anche terzo) livello è difficile valutare i titoli emessi dal veicolo, a causa della "lontananza" degli iniziali crediti cartolarizzati.

Il veicolo di cartolarizzazione (Spv) rappresenta, per l'appunto, un mero veicolo per la realizzazione dell'operazione di cartolarizzazione: il suo patrimonio non può essere aggredito dai portatori dei titoli nel caso in cui questi ultimi non dessero al rendimento e al rimborso di quanto investito. Il titolo renderà e sarà rimborsato solo se i mutui che



*Fonte: Corso di Diritto degli Intermediari Finanziari,
Prof. Concetta Brescia Morra, LUISS Guido Carli

Tramite queste operazioni, le banche trasferivano il rischio dei loro prestiti al mercato, pertanto ciò le aveva portate a pratiche gestionali poco prudenti nella concessione dei prestiti. Infatti, come abbiamo detto poc'anzi, una parte dei mutui erano definiti subprime. La difficoltà nel recupero del rimborso di questi mutui, la scarsa trasparenza delle operazioni effettuate (le cartolarizzazioni al quadrato e al cubo¹⁴), la generazione di informazioni asimmetriche nel mercato con la mancanza di fiducia nella correttezza del meccanismo di formazione dei prezzi dei titoli (le agenzie di rating e il conflitto di interessi, incertezza del valore dei titoli emessi), ma anche e soprattutto la presenza significativa di questi titoli nei portafogli delle banche, hanno portato ad un crollo di fiducia nell'intero sistema finanziario che ha scatenato la recente crisi.¹⁵

La stessa *regolamentazione* finanziaria può essere causa di una crisi. Liberalizzazioni nel settore finanziario, allentamento dei vincoli normativi, regole non adatte a fronte dell'innovazione finanziaria (che ha aggirato i vincoli normativi), possono facilitare lo scatenarsi di una crisi. Non a caso quindi, uno dei primi

vi sono alla base verranno pagati. Così, le banche trasferivano al mercato gran parte del loro attivo (i crediti derivanti dai mutui) e dei relativi rischi, che così facendo scomparivano dai loro bilanci ufficiali.

La collocazione degli Spv come forme di *shadow banking* deriva dalla circostanza che questi intermediari finanziari, pur svolgendo un'attività simile a quella bancaria, non possono essere considerati degli intermediari bancari: essi non raccolgono risparmio con obbligo di rimborso, al pari delle banche. Di conseguenza, essi non sono soggetti a controlli pubblici. Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. V, par. 5.2 ss.

¹⁴ Vedi “* ... *” della nota n° 13.

¹⁵ Per le conseguenze della crisi vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VI, par. 6.1.2.

interventi¹⁶ degli Stati in caso di crisi è l'aggiornamento della propria regolamentazione in materia finanziaria.

In Europa, i paesi aderenti all'euro hanno dovuto fronteggiare un'altra crisi iniziata verso la fine del 2009, riguardante *i titoli del debito sovrano*. Lo spread tra i tassi di interesse (rendimento) dei titoli di alcuni paesi (che il mercato non riteneva solvibili in quanto il loro debito pubblico era cresciuto molto), e i tassi di rendimento dei titoli delle nazioni considerate più affidabili era aumentato¹⁷. Le tensioni del mercato dei titoli di stato, sono state trasferite al settore bancario, provocando difficoltà agli intermediari. Le ragioni dell'intreccio tra le tensioni nel mercato dei titoli di stato e le difficoltà degli intermediari sono dovute al fatto che le banche e i titoli di stato sono collegati. In che modo? Le banche hanno nei loro portafogli anche titoli di stato. Se la fiducia del mercato nei confronti dei titoli emessi da uno stato crolla (il mercato non compra quei titoli) a causa dell'elevato rapporto debito pubblico/PIL, il prezzo dei titoli di Stato presenti nei portafogli delle banche perde quindi valore (se nessuno vuole comprare quei titoli, automaticamente i titoli vengono svalutati dal mercato).¹⁸

Uno dei problemi emersi in seguito alla crisi, non è stato quello di non riuscire ad evitarla, quanto piuttosto di non aver avuto gli strumenti per circoscrivere, ridurre, gli effetti negativi del terremoto finanziario.

¹⁶ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VI, par 6.2 : "L'intervento degli Stati a seguito delle crisi finanziarie"

¹⁷ Rendimento e rischio aumentano e diminuiscono in maniera proporzionale. Più alto è il rendimento, maggiore sarà il rischio del relativo investimento; e viceversa. Quando il mercato non ha fiducia nella solvibilità di uno stato, quest'ultimo avrà dei costi maggiori, dovrà emettere dei titoli con rendimenti maggiori, per rendere questi ultimi più appetibili. Di conseguenza aumentando il tasso d'interesse dei titoli, aumenta il divario (lo spread) dei tassi di questi titoli con i tassi di rendimenti dei titoli di quei paesi che, essendo considerati affidabili dal mercato, non hanno dovuto aumentare i rendimenti dei loro titoli.

¹⁸ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VI, par 6.1.3 per un approfondimento delle difficoltà che hanno avuto le banche in seguito alle tensioni nel mercato dei titoli di stato.

La crisi finanziaria iniziata nel 2007, e la crisi dei debiti sovrani del 2009, hanno quindi dato impulso ad un aggiornamento della normativa finanziaria europea, inimmaginabile appena qualche anno prima. Questo vento di riforme radicali è stato capace, tra gli altri, di mutare anche l'architettura istituzionale dei controlli. La riforma è stata indirizzata al raggiungimento di obiettivi correlati tra loro, quali l'individuazione delle autorità competenti, l'esercizio del potere regolamentare, la vigilanza prudenziale e la gestione delle crisi bancarie.¹⁹

Nel quarto capitolo ripercorreremo la tappe fondamentali della regolamentazione europea in materia bancaria, partendo dall'Atto Unico Europeo del 1987, passando per il Comitato Lamfaloussi, il Rapporto De Larosière del 2008 e la riforma del 2010 che ha dato vita al Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), fino ad arrivare alla "Road Map towards the Banking Union" della Commissione e all'instaurazione del Meccanismo di vigilanza unico con il regolamento n. 1024/2013. Una particolarità del Meccanismo è che, nonostante sia stato istituito con un regolamento, esso è in vigore per i soli paesi dell'eurozona. Tuttavia, il Reg. prevede una *clausola di opt-in* per cui qualsiasi altro Stato membro che lo desideri può aderirvi con un accordo di stretta cooperazione. Il fatto che il Meccanismo sia in vigore solo per alcuni paesi, e che al contrario, la vigilanza venga esercitata secondo provvedimenti normativi europei in vigore per tutti gli Stati membri, prefigura un sistema normativo differenziato, in cui alcune regole sono di applicazione comune, mentre altre riguardano un più stretto novero di paesi²⁰. Ciò

¹⁹ Vedi Boccuzzi, G., L'Unione bancaria europea: nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie, Roma, 2015, Cap. 2, par. 2.1.2. : "... Un più efficace quadro giuridico di gestione delle crisi non può essere svincolato da un coerente sviluppo dell'architettura istituzionale della regolamentazione e della supervisione bancaria."

²⁰ Vedi Mancini, M., Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union, in "Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 73, in cui viene utilizzata l'immagine dei cerchi concentrici per descrivere la nuova architettura della vigilanza europea, nel più esterno dei quali si collocano le regole destinate ad applicarsi a tutti i paesi dell'Unione (Sevif, pacchetto CDR IV, BRRD), mentre nel cerchio interno trovano posto il regolamento istitutivo del Single Supervisory Mechanism, e del Single resolution Mechanism e Single Resolution Fund, applicabili soltanto agli Stati che fanno parte dell'Eurozona e a quelli che decideranno di aderirvi.

dimostra come l'integrazione europea si muova a *due velocità*: alcuni Stati, rispetto ad altri, procedono più speditamente verso un'integrazione sempre più concreta²¹.

1.3 Il Meccanismo di Vigilanza Unico. Caratteristiche generali

Con il *Meccanismo di vigilanza unico*, viene aperta la strada ad un nuovo modello di integrazione europea, poiché vengono affidati alla Banca Centrale Europea, coadiuvata dalle competenti autorità nazionali, poteri incisivi in materia di supervisione. In tale *sistema di cooperazione a due livelli* (europeo e nazionale), è essenziale che vi siano regole e prassi di vigilanza uniformi. Quasi contemporaneamente al raggiungimento del consenso politico sul Meccanismo (o Single Supervisory Mechanism-SSM), è stato adottato il “pacchetto CDR IV”: oggi la vigilanza unica si basa sull'applicazione di un sistema di regole prudenziali armonizzato nei confronti di tutte le istituzioni finanziarie operanti nel mercato unico²².

²¹ Vedi Cassese, S., Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 75, Marzo 2014, a proposito dell'architettura finanziaria europea, essa non è “un corpo legislativo stabile, e neppure una legislazione in movimento, bensì un movimento legislativo nel quale, per dirla in termini proustiani, gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti.”

Vedi Lamandini, M., Il diritto bancario dell'Unione, in “Banca, borsa, titoli di credito”, n. 4, 2015, pp. 423 ss: “... 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 ciò da un'Europa delle regole ad un'Europa dell'amministrazione).” E ancora: “... tanto il sistema unico di supervisione quanto il sistema unico di gestione della crisi bancaria – istituiti entrambi con regolamento dell'Unione – hanno ambito territoriali 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).”

²² Il Regolamento UE n° 575/2013 e la Direttiva UE n° 36/2013 in materia di vigilanza prudenziale, danno attuazione nell'Unione Europea alle regole definite in seno al Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria del 2010 (Basilea 3). Il pacchetto, entrato in vigore il 1° Gennaio 2014, attua il progetto definito dal Consiglio nel Giugno 2009 relativo all'istituzione di un Single Rulebook per le istituzioni finanziarie all'interno del mercato unico europeo. Insieme al “pacchetto CDR IV”, sono componenti fondamentali di questo “manuale unico di supervisione” gli Implementing Technical Standard (Its) e i Regulatory Technical Standards (Rts) emanati dall'EBA e adottati dalla Commissione con regolamenti, che in quanto tali sono direttamente applicabili in tutti i paesi membri.

Il compromesso politico raggiunto sulla disciplina prevista dal regolamento 1024/2013 (che per comodità espositiva, d'ora in avanti indicheremo con "Reg."), è naturalmente riflesso nella *struttura* del Meccanismo, ma anche nei *compiti* e nei *poteri*.

Con riguardo al primo profilo, tra le maggiori preoccupazioni emerse durante i lavori preparatori del SSM vi fu quella di mantenere separate le funzioni di vigilanza prudenziale da quelle di *politica monetaria*²³. Nel II capitolo, vedremo come ciò sia stato affrontato e quali riflessi ha avuto sulla struttura del Meccanismo.

Con riguardo all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, che approfondiremo all'interno del III capitolo, la BCE svolge solo i compiti che le sono esplicitamente attribuiti dal Reg. 1024, che coincidono con i controlli di vigilanza prudenziale affidati dalla normativa europea alle autorità nazionali. Pertanto, i controlli di vigilanza prudenziale che non sono previsti dalla normativa europea, ma dal diritto nazionale, continuano a spettare alle autorità nazionali. Inoltre, se da un lato è previsto che la BCE eserciti la vigilanza sulle banche "più significative", mentre le competenti autorità nazionali rimangono responsabili per le banche "meno significative", dall'altro, come la Bce viene considerevolmente supportata dalle competenti autorità nazionali nell'esercizio delle sue funzioni, così queste ultime esercitano la vigilanza prudenziale secondo le linee guida della BCE.

L'articolazione dei poteri e delle competenze di vigilanza all'interno del SSM, nonché la definizione di procedure e termini per lo svolgimento delle attività, sono definite dal Regolamento Quadro (*SSM Framework regulation*) n. 468/2014²⁴ entrato in vigore il 15 Maggio 2014, adottato dalla BCE su proposta del Consiglio

²³ Vedi Meister, M., The European Banking Union, speech at the ECFR conference on 6th November 2014: "From the perspective of the German government, ... monetary policy and supervision need to be strictly separated at the ECB."

²⁴ Regulation n. 468 of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities.

di Supervisione.²⁵ Questo *potere regolamentare della BCE*, deve essere considerato alla luce del presente sistema europeo di vigilanza, in cui la funzione di supervisione è separata da quella normativa²⁶. La produzione delle regole prudenziali spetta infatti all’Autorità Bancaria Europea e alla Commissione. È indispensabile che l’azione regolamentare e l’azione di supervisione della Banca Centrale Europea trovino costantemente un raccordo efficiente, al fine di non pregiudicare l’effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. Come è stato acutamente osservato dalla dottrina²⁷, una più ampia potestà regolamentare della Bce potrebbe derivare dal fatto che i due provvedimenti normativi che costituiscono il “pacchetto CDR IV”, attribuiscono poteri regolamentari alle “autorità competenti”, tra cui può essere annoverata la BCE a partire dal 1° Novembre 2014, (anno di entrata in vigore del Meccanismo). Di conseguenza, laddove il diritto europeo attribuisca opzioni e discrezionalità alle

²⁵ Vedi Boccuzzi, G., *L’Unione bancaria europea: nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015: “Il Regolamento quadro è entrato in vigore il 15 Maggio 2014 e, insieme al Manuale di vigilanza, ha creato le premesse per l’assunzione delle funzioni di vigilanza da parte della BCE a Novembre 2014. Il loro congiunto operare definisce il quadro generale di riferimento per l’esercizio dell’azione di supervisione, volti ad assicurare la coerenza e l’efficacia del sistema nel suo complesso”.

²⁶ Il rapporto De Larosière prevedeva un’architettura istituzionale basata, tra gli altri, su tre autorità europee che avrebbero dovuto unire la vigilanza sui singoli intermediari alla preparazione di atti normativi. La crisi dei debiti sovrani dell’area euro ha indotto i governi a trovare una soluzione specifica per l’area, accentuando gli elementi di unitarietà della supervisione prudenziale e creando il Meccanismo unico di vigilanza incentrato nella BCE. Se alla Bce fossero stati assegnati poteri normativi di completamento del Single Rulebook per la sola eurozona, ciò avrebbe interferito con la produzione per l’intera Unione di regole di funzionamento del mercato interno nel settore bancario. Ecco perché si è scelto di lasciare all’Abe il potere di produzione delle regole.

Vedi anche Lamandini, M., *Il diritto bancario dell’Unione*, in “Banca, borsa, titoli di credito”, n. 4, 2015, pp. 423 ss: “... 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’Euro-sistema.”

²⁷ Vedi Brescia Morra, C., *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA*, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014. Vedi anche Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.

Vedi anche Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V.

Vedi Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014.

Vedi - Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights’ Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia”, n. 79, Ottobre 2015.

autorità competenti, l'esercizio di queste dovrebbe spettare alla BCE. Ciò verrà discusso all'interno del IV Capitolo.

Capitolo II

LA STRUTTURA DEL MVU

2.1 La scelta per la Banca Centrale Europea	19
2.2 Il Consiglio di vigilanza	26
2.3 La Commissione amministrativa del riesame	35

2.1 La scelta per la Banca Centrale Europea

La scelta di affidare la vigilanza prudenziale alla Banca Centrale Europea è basata sull'intreccio di due ragioni, una di natura tecnica, l'altra di matrice politica²⁸. Per quanto riguarda la prima, inizialmente si era proposto di creare una istituzione europea speciale cui fossero attribuiti i poteri di supervisione²⁹. Ciò avrebbe richiesto una modifica del Trattato di Maastricht, poiché in ossequio alla giurisprudenza

²⁸ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.1.

Vedi anche Brescia Morra, C., *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 73 ss.

²⁹ Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Some e.g. in the European Parliament have proposed the creation of a special body in charge of banking supervision, but ... this would have required an amendment of the Treaty, which cannot be realised in the short term."

“Meroni” e “Romano”³⁰ non era possibile delegare ampi poteri decisori ad autorità non previste dai Trattati. La scelta di attribuire l’esercizio della vigilanza prudenziale alla Banca Centrale Europea, piuttosto che ad una nuova agenzia, è stata agevolata dalla presenza dell’articolo 127.6 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea), che prevede la possibilità di affidare alla Bce, mediante una procedura legislativa in cui il Consiglio ha un ruolo preminente³¹, compiti in materia di vigilanza sugli enti creditizi. Ciò ha permesso di attribuire tali funzioni alla Bce, senza ricorrere all’istituzione di una nuova autorità, e quindi ad una modifica del Trattato difficile da raggiungere nel breve periodo.

L’altra ragione, di tipo politico, consisteva nel fatto che si ritenne preferibile affidare dei compiti complessi e che avrebbero avuto importanti riflessi sulle economie dei paesi membri, ad una istituzione che godesse già di una solida reputazione nei mercati finanziari, piuttosto che ad un organismo creato ex novo³².

³⁰ Corte di Giustizia, sentenza 13 Giugno 1958, in causa C-9/56 (Meroni), e sentenza 14 Maggio 1981, in causa C-98/80 (Romano).

Vedi Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in “Journal of Corporate Law Studies”, n.13/2, 2013, pp. 255 ss.: “In theory, there was an alternative, namely the conferral of banking supervision powers on an expanded European Banking Authority(EBA); ...”.

Vedi anche Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “The choice for the ECB as the institution best placed for exercising the SSM function, although not uncontroversial, is not a surprise. On the one hand many of the national central banks are already in charge of prudential supervision in their own jurisdiction. The alternative, i.e. to put the European Banking Authority in charge of actual supervision was politically and legally objectionable: prudential supervision on Euro area banks could only be exercised by an Euro area supervisory body; more specifically on the basis of the Meroni doctrine, it was considered that supervisory tasks and responsibilities could be delegated to an agency under the prevailing reading of European Law. As a consequence no proper supervisory powers were entrusted to the EBA other than the coordination of existing national supervisory action.”

³¹ Vedi Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in “Journal of Corporate Law Studies”, n.13/2, 2013, pp. 255 ss.: “ The legal basis for the ECB Regulation is TFEU, Article 127(6). Under Article 127(6) the Council must act by means of Regulations and unanimity is required. Technically, the European Parliament and the ECB itself only have the right to be consulted under this provision, but the concomitant need for certain adjustments to the EBA Regulation, which is a matter for co-decision by the European Parliament and the Council, gave the Parliament a lever to exert influence over the content of the ECB Regulation.”

³² Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.1.

Vedi anche Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “ Moreover it was obviously preferable to rely on the strong reputation of the ECB rather than on the creation of a new bodu, a process that would hae been time and energy consuming, triggering numerous rivalries and appetites, and might have had a negative impact on the financial markets.

Tale scelta non è stata esente da critiche. C'è chi sosteneva che in questo modo venivano concentrati troppi poteri in una sola istituzione, così ampliando il suo campo d'azione e, conseguentemente, la sua responsabilità³³. Altri sostenevano l'esistenza di un conflitto di interessi con la funzione monetaria, come ad esempio nel caso in cui il sostegno al sistema bancario possa indurre la Banca Centrale ad aumentare la moneta in circolazione, accrescendo il pericolo di inflazione³⁴.

Inoltre, per quanto riguarda la relazione con l'ABE, a quest'ultima si decise di non affidare funzioni di vigilanza prudenziale, poiché la supervisione sulle banche dell'eurozona doveva essere attribuita ad una autorità competente per l'area euro (l'ABE è un'autorità competente per tutti i membri dell'Unione, quindi anche per coloro che non hanno adottato l'euro, come lo UK, o la Svezia) tra quelle previste dai Trattati. L'Abe, infatti, si occupa della vigilanza regolamentare. Essa conserva la preminenza rispetto alla BCE nella fissazione degli standard tecnici di regolamentazione e attuazione, cosa che potrebbe creare tensioni all'effettivo svolgimento della vigilanza prudenziale da parte della Bce³⁵.

Segue: L'Art 127.5/6 TFUE

Riportiamo il testo dell'articolo 127.5/6 TFUE:

Coherence of financial policies, a strict necessity in these unstable times, calls for strong unitary leadership to avoid relying on weaker instruments of coordination such as the supervisory colleges, or the home-host division of competences."

³³ Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "But this choice has raised some eyebrows, some considering that the decision concentrates too much power in one institution, the accountability of which therefore having to be strengthened..."

³⁴ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 6.3.4. Vedi anche Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss: "The potential conflicts between monetary policy and financial supervisory policy is one of the well known drawbacks of combining these functions within a central bank; ..."

³⁵ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The relationship with the EBA and the latter's pre-eminence in matters of standard setting has been reinforced, in some case potentially raising fears about threats to the effectiveness of the prudential supervision."

“ CAPO 2 POLITICA MONETARIA

Articolo 127 (ex articolo 105 del TCE)

5. Il SEBC contribuisce ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.

6. Il Consiglio, deliberando all'*unanimità* mediante regolamenti secondo una *procedura legislativa speciale*, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea *compiti specifici* in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione. ”

Analizzando il dato normativo, il par.5 riguarda essenzialmente l'attività del SEBC nell'ambito della formulazione di politiche riguardanti la vigilanza e la stabilità del sistema finanziario. Il par.6, invece, riferisce proprio all'esercizio della vigilanza prudenziale³⁶. Esso si pone come una disposizione aperta che non stabilisce degli obblighi giuridici, ma che prevede la possibilità di attribuire compiti specifici alla Banca centrale Europea in materia di vigilanza prudenziale.

Dalla lettura della seguente norma, sono sorte alcune questioni che ci accingiamo ad esporre. L'articolo 139 TFUE contiene una lista di disposizioni che non si applicano agli Stati membri che non hanno adottato l'euro. Tra queste, solo l'articolo 127.5 è menzionato, non l'articolo 127.6. Conseguentemente, taluni hanno sostenuto che la vigilanza di cui al par.6 troverebbe applicazione nei confronti di tutti i paesi membri, senza che alcuna deroga possa trovare applicazione per i paesi che non adottano

³⁶ See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: While the first cited provision refers essentially to activity in the field of formulation and conduct of policies of which the ESCB is put in charge, the second one addresses supervisory tasks such as and charges the ECB with the prudential supervision of banks.”

l'euro (come il RU, la Svezia che hanno ottenuto uno status di “deroga temporanea”³⁷ dall'unione monetaria). In altre parole, il problema che emerge da una lettura meccanica del Trattato, è che il par.5 non troverebbe applicazione, mentre il par.6 sì. Ciò porterebbe ad una conclusione illogica, perché il par.6 è una disposizione di rilievo maggiore del par.5 . Al contrario, sarebbe stato logico non escludere l'applicazione del par.5, ma quella del par.6, in quanto quest'ultimo rappresenta appunto una previsione più incisiva³⁸.

Come spiegare, allora, l'assenza del par.6 dalle deroghe di cui all'articolo 139 TFUE? La risposta può essere trovata nel contenuto dell'articolo 127.6, e nella forte garanzia da esso prevista: l'unanimità. Non sarebbe stato necessario includere il par.6 all'interno delle deroghe previste dall'articolo 139, in quanto, come poc'anzi scritto, la disposizione in parola non stabilisce alcun obbligo giuridico, ma si pone come una disposizione aperta³⁹, rivolta al futuro, in particolare al volere degli stati membri che, all'unanimità, decidano di accentrare la vigilanza prudenziale sulle banche nelle Bce.

L'unanimità, da un punto di vista pratico, non si è rivelata un ostacolo insormontabile all'approvazione del Regolamento sul SSM. Se i potenziali oppositori, da un lato, non volevano essere direttamente coinvolti dal nuovo regime; dall'altro, l'accentramento della vigilanza avrebbe contribuito a stabilizzare la situazione finanziaria di tutti i mercati europei, compresi i loro. Il Regolamento SSM

³⁷ See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “Some have remarked that the prudential matters referred to in article 127(6) cannot exclusively concern the euro area members only but should apply to all EU members. This argument is based on the concept of the monetary union in the Treaty that was meant to be applicable to all Member States, but with an – official temporary – “derogation” for those member States that would not apply for the monetary union. On this basis, Member States as the UK, or Sweden have obtained a <temporary derogation>”.

³⁸ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “It would have been more logical not to except countries like the UK from the these policies than to include the for the active supervisory measures under Article 127(6).”

³⁹ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “It seems that from the beginning Article 127(6) has been conceived to open the possibility to centralise prudential supervision of banks in the hands of the ECB.”

non prevede che future modifiche vengano prese a maggioranza, ma sempre all'unanimità. Pertanto, gli stati non aderenti al Meccanismo mantengono sempre una posizione di negoziazione. Ad ogni modo, è auspicabile che la formulazione del par.6 venga chiarita e ridefinita attraverso una futura revisione del Trattato⁴⁰.

Inoltre, possiamo leggere dal dettato normativo che si tratta di compiti “...*in merito alle politiche...*”⁴¹. Tale espressione ha indotto alcuni a dubitare che la norma avesse ad oggetto l'attribuzione dell'effettivo esercizio della vigilanza prudenziale, ma piuttosto avesse ad oggetto attività riguardanti le politiche di vigilanza, come la preparazione di studi, di report, etc. A ben riflettere, la Bce è già solita condurre report, pareri e studi che poi vengono presentati nelle sedi previste, ad esempio il Consiglio dell' ABE cui partecipa. Pertanto, tale attività può essere fatta rientrare nel par.5 . Se così non fosse, non sarebbe stato logico introdurre l'ulteriore par .6 che avrebbe soltanto un fine di precisazione di una tipologia di attività già prevista dal precedente .5 . Né avrebbe senso prevedere la forte garanzia dell'unanimità⁴². E ancora, nonostante la norma in questione disponga di affidare “... *compiti specifici* ...”, sembrando consentire una delega circoscritta di poteri, il Reg SSM ha trasferito ampi poteri e compiti alla Banca centrale Europea, tra cui possono essere menzionati, a titolo di esempio, il controllo sul possesso dei requisiti necessari per esercitare l'attività bancaria; la verifica del rispetto dei requisiti prudenziali; la

⁴⁰ Vedi la comunicazione della Commissione “Blueprint for a deep and genuine economic and monetary union” del 28 Novembre 2012: “ Article 127 paragraph 6 TFEU could be amended to make the ordinary legislative procedure applicable and to eliminate some of the legal constraints it currently places on the design of the SSM, e.g. enshrine a direct and irrevocable opt-in by non-euro area Member States to the SSM, beyond the model of <close cooperation>, grant non-euro area Member States participating in the SSM fully equal rights in the ECB's decision-making, and go even further in the internal separation of decision-making on monetary policy and on supervision”

⁴¹ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014, see nt 87: “It was mentioned that the reference to <policies> was introduced, at the request of the German delegation, to avoid the ECB becoming active in prudential supervision”.

⁴² See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “Ex absurdo, one cannot reasonably consider that this provision has been inserted in the Treaty, with the strong political guarantees it actually contains – the unanimous decision of all Member States – if it only refers to task relating to policies, such as preparing studies or reports with a view to the adoption of prudential rules by other bodies.”

possibilità di condurre stress test per verificare se l'organizzazione e le strategie poste in essere dalle istituzioni di credito assicurino una solida gestione e copertura dei rischi; etc.⁴³

La scelta di accentrare la vigilanza prudenziale sulle banche nella Bce ha implicato che il primo pilastro dell'unione bancaria sarebbe stato in primo luogo rivolto all'eurozona⁴⁴. D'altronde era proprio l'euro che essendo stato minacciato dalla crisi dei titoli del debito pubblico del 2011, necessitava di un importante progetto di riforma. Taluni si sono perciò chiesti se l'unione bancaria fosse stata costruita per l'Unione, o solamente per l'eurozona. Fermo quanto abbiamo detto, il Regolamento sul SSM prevede che la partecipazione al Meccanismo è aperta anche agli stati che non adottano l'euro (clausola di opt-in). Tuttavia, un dato incontrovertibile è che attualmente solo alcuni degli Stati membri dell'Unione partecipano al Meccanismo. Ciò conferma l'immagine di un' Europa a due velocità, in seno alla quale alcuni paesi procedono verso l'integrazione in maniera più spedita rispetto ad altri.⁴⁵

⁴³ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "Despite the fact that this legislative base seems to allow the attribution only of <specific tasks> on supervisory policy, the Regulation conferred on the ECB the entire set of instruments of prudential supervision. In particular, the remit of the ECB will include controls on requirements needed to access the banking sector (authorisation to carry out banking activities and assessment of applications for the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions); powers to ensure compliance with prudential requirements (capital adequacy, large exposure limits, liquidity and leverage); powers to ensure compliance with regulation on the internal control system (corporate governance arrangements, including fit and proper requirements for the persons responsible for the management of credit institutions, risk management processes, internal control mechanisms, remuneration policies and practices, and effective internal capital adequacy assessment processes); tasks to carry out supervisory reviews and stress tests in order to determine whether arrangements, strategies and processes put in place by credit institutions ensure a sound management and coverage of their risks; powers to impose on credit institutions specific additional own funds requirements, specific publication requirements, liquidity requirements; investigator powers (the ECB may require banks to provide all necessary information in order to carry out its tasks and may conduct all necessary on-site inspections); powers to carry out supervision on a consolidated basis and to participate in supplementary supervision of a financial conglomerate; tasks to carry out supervisory reviews in relation to recovery plans and early intervention to prevent financial stress or failure, excluding any resolution powers."

⁴⁴ See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "It is important to place the banking union in the wider perspective of the political direction in which Europe's economic and monetary system have been evolving, at least in the euro-area."

⁴⁵ Vedi Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "We consider two issues that could pose obstacles to the reduction of the fragmentation of European banking and might threaten financial stability."

Per concludere, l'art 127.6 TFUE ha quindi favorito la conclusione del Regolamento sul SSM. La collocazione della disposizione in parola all'interno del CAPO II sulla "politica monetaria", mostra lo stretto legame esistente tra quest'ultima e la vigilanza prudenziale. La separazione della politica monetaria dalla funzione di vigilanza prudenziale è stata una delle preoccupazioni più rilevanti emerse durante i lavori preparatori del Regolamento 1024/2013. Nel prossimo paragrafo esporremo come tale preoccupazione sia stata tradotta a livello regolamentare e, in particolare, come essa sia stata decisiva per la definizione della struttura e della governance del Meccanismo⁴⁶.

2.2 Il Consiglio di vigilanza e la sua relazione con il Consiglio direttivo della Bce

Passiamo quindi ad analizzare uno degli organismi fondamentali del MVU: il Consiglio di Supervisione (o Supervisory board). Nel paragrafo precedente, abbiamo menzionato che una delle maggiori preoccupazione emerse durante i lavori preparatori sulla disciplina del meccanismo, deciso che l'esercizio dei compiti di supervisione sarebbe stato attribuito alla Bce, concerneva la separazione delle funzioni di vigilanza dalle funzioni di politica monetaria che la Bce già svolgeva⁴⁷.

First, the UK has ruled put the possibility of joining the Single Supervisory System; consequently, a significant part of the European intermediaries are out of the SSM. ..."

Vedi anche Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "... By limiting the SSM to a certain number of states, a two-speed Europe would be created, whereby the single internal market would be split. The risk to the integrity of the internal market is cited in UK publications (see nt 89). The fragmentation of the European financial markets is a pre-existing concern that the Banking Union aims to reverse."

⁴⁶ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 6.3.4. : "Nel 2013, con l'approvazione del Meccanismo di vigilanza unico fra i paesi dell'area dell'euro, si è scelto di affidare poteri di vigilanza sulle banche significative alla BCE, introducendo un nuovo esempio di coesistenza in una sola autorità delle potestà di politica monetaria e di vigilanza."

⁴⁷ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: " La scelta della Banca Centrale quale autorità di vigilanza aveva suscitato critiche da parte dei sostenitori dell'esistenza di potenziali conflitti di interesse fra l'esercizio della funzione di politica monetaria e quella di supervisione sulle banche."

Infatti, la decisione per la Bce fu presa a condizione che i compiti di vigilanza fossero assistiti da considerevoli garanzie di indipendenza. Tali preoccupazioni sono state sollevate da Stati membri, tra cui la Germania⁴⁸, in cui le funzioni di politica monetaria sono state da sempre svolte da un'autorità diversa da quella che esercita la supervisione prudenziale sulle banche; ciò per la preoccupazione che, se fosse la medesima autorità ad esercitare entrambe le funzioni, potrebbe crearsi un conflitto di interessi derivante dal fatto che una decisione di vigilanza prudenziale potrebbe non apparire corretta sotto il profilo della politica monetaria, così ponendo l'autorità in valutazioni contraddittorie sul proprio operato. In altri paesi, come l'Italia, le funzioni di politica monetaria e di vigilanza sono invece da sempre state esercitate dalla medesima autorità, in quanto l'interesse all'efficienza amministrativa derivante da un esercizio congiunto delle due funzioni ha prevalso su quello di evitare un potenziale conflitto di interessi⁴⁹.

Ciò premesso, passiamo ad analizzare come questo contesto politico si sia tradotto, a livello di disciplina, in un intreccio di garanzie poste a tutela della funzione di supervisione, che riguardano la composizione del Supervisory board; la procedura mediante la quale vengono prese le decisioni; l'equilibrio tra politica monetaria e

Vedi anche Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 73 ss.: "... Vi erano alcuni paesi che ... spingevano per assicurare che le funzioni di politica monetaria e quelle concernenti la supervisione bancaria fossero esercitate in maniera indipendente."

See Teixeira, P. G., The Single Supervisory Mechanism: Legal And Institutional Foundations, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: "The principle of separation within the ECB between the conduct of monetary policy and of banking supervision ... was dictated by the concerns regarding the appropriateness of combining monetary policy and banking supervision in the same institution, ..."

See also Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss: "The potential conflicts between monetary policy and financial supervisory policy is one of the well known drawbacks (at least in theory) of combining these functions within a central bank; ..."

⁴⁸ Meister, M., The European Banking Union, in "European Company & Financial Law Review", n. 2, 2015, pp. 115 ss.: "From the perspective of the German government, ... Firstly, monetary policy and supervision need to be strictly separated at the ECB. Banking supervision measures must not menace the trust in our currency."

⁴⁹ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 6.3.4.: "... I fautori dell'affidamento dei poteri di vigilanza sulle banche all'istituto di emissione sottolineano le sinergie che si possono realizzare, considerando le competenze professionali e di esperienza che le banche centrali hanno in materia bancaria e finanziaria. Ad esempio, sono complementari i flussi informativi che le banche devono inviare alla Banca centrale per l'esercizio della funzione di vigilanza e per la conduzione della politica monetaria."

vigilanza; l'istituzione di un panel di mediazione. Il contesto normativo di riferimento è composto dagli articoli 25-27 del Reg.

Segue: La composizione del Consiglio di vigilanza. Articolo 25 Reg.

L'articolo 25 statuisce con riguardo alla composizione del Consiglio di Vigilanza. In particolare, il comma 1 stabilisce che il Consiglio di vigilanza è formato da un rappresentante dell'autorità nazionale competente per ogni stato membro che ha aderito al Meccanismo, da 4 rappresentanti della Bce, da un vice-presidente e dal presidente⁵⁰. Le nomine rispettano i principi di equilibrio di genere, esperienza e qualifica.

Con riguardo alla compagine formata dagli stati partecipanti, se in uno Stato partecipante le funzioni di vigilanza non sono esercitate dalla Banca centrale, il rappresentante dell'autorità di vigilanza competente può essere affiancato da un rappresentante della banca centrale dello Stato in questione⁵¹. In tal caso anticipiamo che, con riferimento al diritto di voto da esercitare in seno alla procedura di votazione di cui diremo tra poco, lo Stato, pur avendo due rappresentanti, potrà esprimere un solo voto. Gli Stati non-euro che aderiscono al Meccanismo hanno lo

⁵⁰ See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The composition of the Supervisory Board is described in some detail and is based on a double input, from the ECB, and from the existing national prudential supervisors.

Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "... Consiglio di Vigilanza composto da un presidente, nominato a seguito di una procedura aperta fra esperti di riconosciuto prestigio internazionale, un vicepresidente scelto tra i membri del Comitato esecutivo della BCE, quattro membri in rappresentanza della BCE e da un rappresentante per ogni autorità nazionale competente dei paesi aderenti."

See also Teixeira, P. G., The Single Supervisory Mechanism: Legal And Institutional Foundations, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: "It comprises ... representatives from each of the national supervisor of the euro area Member States and also from those outside the euro area in <close cooperation> with the SSM."

⁵¹ Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 73 ss.: "Se l'autorità competente non è una banca centrale, il rappresentante nazionale può farsi accompagnare da un rappresentante della banca centrale nazionale".

See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Most of them will be central bankers in charge of prudential supervision in their own jurisdiction, but if not, the national representative may bring a representative of that central bank to the meeting. This will not affect the voting rights, as these two persons will have to agree and may cast only one vote."

status di “full member”): essi fanno parte del Consiglio di vigilanza e prendono parte alle decisioni esprimendo un voto ciascuno.

Per quanto riguarda i membri che provengono dalla Bce, essi sono 5. Ci stiamo riferendo ai 4 rappresentanti della bce e al vicepresidente.

Con riguardo ai rappresentanti della Bce, il contesto normativo di riferimento deriva dal combinato disposto dei commi 1 e 5. Essi sono nominati dal Consiglio direttivo della Bce e non devono esercitare compiti afferenti la politica monetaria⁵². Con riferimento alla procedura di votazione, ognuno di essi potrà esprimere un voto. Il contesto normativo di riferimento per la nomina del vice-presidente deriva dal combinato disposto dei commi 1 e 3. Esso è scelto tra i membri del comitato esecutivo della Bce, ed è nominato mediante la seguente procedura: la Bce, dopo essersi consultata con il Supervisory Board, propone al Parlamento Europeo il nominativo. Se il parlamento approverà la nomina, allora il candidato sarà poi formalmente nominato mediante una decisione di esecuzione presa dal Consiglio, a maggioranza qualificata e senza tener conto del voto dei membri che rappresentano Stati non aderenti al Meccanismo.

Il Presidente deve essere una persona di indubbia indipendenza. Egli viene scelto mediante una procedura aperta, di cui deve essere messo al corrente sia il Parlamento che il Consiglio, tra persone di riconosciuto prestigio e grande esperienza professionale in materia bancaria e finanziaria, e non deve far parte del Governing Council della Bce. Sembra che la procedura per la nomina del presidente (la medesima di quella per la nomina del vice-presidente), ricalchi quella per la nomina del presidente della Bce. Il presidente ha un mandato che dura 5 anni, non

⁵² Ciò costituisce una ulteriore manifestazione del principio di separazione tra politica monetaria e vigilanza prudenziale.

rinnovabile, durante il quale non svolge nessun altro incarico presso le autorità di vigilanza nazionali⁵³.

Il comma 4 regola l'ipotesi che il presidente non sia più in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento dei suoi compiti o abbia commesso una colpa grave. Egli può essere destituito dal suo incarico, su proposta della Bce approvata dal Parlamento, con decisione di esecuzione adottata dal Consiglio. Allo stesso modo può essere destituito il vice presidente, nel caso in cui egli dia le proprie dimissioni da membro del comitato esecutivo della Bce.

Da quanto detto emerge come il Parlamento giochi un ruolo fondamentale nella procedura di nomina e destituzione del presidente o del vice-presidente. Ciò sembra compensare la minore rilevanza che avuto in seno alla procedura di approvazione del Reg.

Infine, il “considerando(70)” afferma che ai fini del coordinamento tra la autorità che compongono il SEVIF, è opportuno che il Consiglio di vigilanza possa invitare un rappresentante dell'Abe e della Commissione a partecipare alle riunioni, così come il Presidente del Consiglio di risoluzione. Il comma 11 prevede che un rappresentante della Commissione possa partecipare alle riunioni del Consiglio di vigilanza, su invito di quest'ultimo. Gli osservatori non hanno accesso alle informazioni riservate riguardanti singole banche.

Segue: La procedura decisoria

Deciso che le funzioni di vigilanza prudenziale sarebbero state affidate alla Bce, il dibattito ricadde sulla governance del Meccanismo, in particolare, su come dovessero essere prese le decisioni di vigilanza prudenziale. La soluzione adottata

⁵³ See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “Strict incompatibility rules apply: he can not be a member of the Governing council nor of a national supervisor, is subject to a strict code of conduct, and to strict cooling off provisions.” “It is like that the procedures applicable to the chairperson of the ECB will be a source of inspiration.” “The chair’s function is a full time one, for five years and not renewable. This will ensure his independence”.

con il Reg. tiene conto di due esigenze: da un lato, il Trattato individua nel Governing Council della Bce l'unico organo cui spetta il potere decisionale; dall'altro, ci si è preoccupati di risolvere situazioni di possibile conflitto di interesse fra la politica monetaria e la vigilanza. Il Reg prevede una procedura di non-obiezione⁵⁴, in cui è stata trovata una soluzione per entrambe le considerazioni di cui sopra, prevedendo un ruolo di preparazione (sostanziale) delle decisioni di vigilanza da parte del Supervisory Board, e un ruolo di adozione (formale) di queste ultime in capo al Governing Council della Bce⁵⁵.

Il Consiglio di vigilanza si occupa della pianificazione e dell'esecuzione dei compiti attribuiti alla Bce dal Reg⁵⁶. Le sue decisioni sono adottate a maggioranza semplice dei suoi membri e il Presidente vota per ultimo. In realtà, il Supervisory board non ha un formale potere decisorio, in quanto la formale adozione della decisione spetta al Governing Council della Bce. Esso infatti, ha una competenza simile al potere della Commissione di avanzare proposte al Consiglio e al Parlamento⁵⁷. In particolare, il Supervisory Board il compito di preparare progetti di decisione, che proporrà poi al Governing council. Sarà quest'ultimo ad adottare formalmente la

⁵⁴ Teixeira, G. P., *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: "The separation principle is also implemented by the unique decision-making process of the SSM. This process relies to a large extent on reverse voting procedures, which have now become widely used in European economic governance as a means to insulate enforcement procedures initiated by the Commission from the preferences of individual Member States."

⁵⁵ Teixeira, G. P., *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: "... Such separation safeguards the institutional framework of the ECB set out in the Treaty and the Statute, which could not be modified by the activation of Article 127.6 TFEU. The involvement of the Supervisory Board required by the SSM Regulation represent a procedural conditions for the exercise of the supervisory tasks within the ECB, and without prejudice to the final supervisory decision-making by the Governing Council."

⁵⁶ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2.: "Il Consiglio di vigilanza rappresenta lo snodo centrale della procedura decisionale".

⁵⁷ Teixeira, G. P., *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: This competence of the Supervisory of the Supervisory Board may be interpreted as akin to the right of initiative of the Commission to make proposals to the Council and the Parliament as co-legislators in the Treaty.

decisione⁵⁸, tramite una procedura di non-obiezione. Non è infatti richiesta una esplicita votazione del Consigli direttivo, basta che quest'ultimo non si opponga entro un termine dalla ricezione del progetto, che il comma 8 stabilisce non debba essere superiore a 10 giorni lavorativi. Laddove sussistano delle situazione di emergenza che lo richiedano, il termine di cui sopra non può superare le 48 ore. Se la Bce si oppone tempestivamente al progetto di decisione, motiva il rigetto facendo particolare riferimento alle questioni di politica monetaria. Il Governing Council non è quindi responsabile per la preparazione delle decisioni di vigilanza. Ciò permette di ottenere un alto grado di separazione della funzione di vigilanza da quella di politica monetaria, così evitando conflitti di interesse⁵⁹.

Nel caso in cui il Governing Council si opponga ad un progetto di decisione, il combinato disposto degli articoli 25.8 e 7.7 stabilisce che lo Stato partecipante la cui moneta non è l'euro⁶⁰, possa notificare alla Bce il suo disaccordo (con le relative motivazioni) rispetto all'obiezione del Governing Council. Entro 30 giorni dalla ricezione, la Bce esprime un parere in cui, tenendo conto delle motivazioni alla base del disaccordo dello Stato, adotterà una decisione di conferma, o di ritiro, dell'obiezione, allegando le relative motivazioni. Se la Bce decide di confermare l'obiezione posta, il Reg. prevede che lo stato possa notificare alla Bce che non intenderà essere vincolato dalla futura decisione relativa al progetto cui si è obiettato. Tale previsione costituisce un forma di incentivo per i paesi membri dell'UE che non adottano l'euro e le cui banche giocano un importante ruolo nell'ambito

⁵⁸ Teixeira, G. P., *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014: "In this sense, the Supervisory Board represents an internal body without decision-making powers, but with the competence to propose decisions and execute them once they are adopted by the Governing Council."

⁵⁹ Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The whole procedure comes down to a de facto conferral of the decision-making power to the Supervisory board, subject to an objection from the Governing Council."

⁶⁰ Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The non-euro participating states have obtained special safeguards; they can object to a proposed decision, either before it is submitted to the Governing Council or once the governing Council has changed it, possibly triggering the opt-out procedure ... "

europea, ad aderire al Meccanismo. A tale paesi viene data la possibilità, una volta diventati partecipanti, di non essere vincolati dalle decisioni di vigilanza su cui loro sono in disaccordo. In tal modo, si compensa il fatto che questi paesi, non adottando l'euro, non fanno quindi parte del Governing council della Bce, e pertanto in tale sede non possono manifestare le loro considerazioni.

Invece, nel caso in cui lo Stato partecipante la cui moneta non è l'euro è in disaccordo rispetto ad un progetto di decisione del Supervisory board, entro 5 giorni dal ricevimento di tale progetto da parte del Consiglio direttivo, comunica tale disaccordo alla Bce. Entro 5 giorni lavorativi dalla ricezione di tale disaccordo, la Bce decide nel merito l'adozione o meno del progetto di decisione, fornendo spiegazioni di tale decisione allo Stato. Quest'ultimo ha la possibilità di porre fine alla sua partecipazione al meccanismo. Ecco l'ulteriore garanzia che il Reg. prevede per incentivare l'adesione al meccanismo: lo stato membro la cui moneta non è l'euro, non solo può svincolarsi dagli obblighi giuridici derivante da una singola decisione di vigilanza, ma può anche, a sua discrezione, porre fine alla sua partecipazione.

Segue: Il comitato direttivo del Consiglio di vigilanza

Il consiglio di vigilanza istituisce, votando a maggioranza semplice, un comitato direttivo costituito da alcuni suoi membri. Il comitato ha una composizione ristretta, atta a garantire un giusto equilibrio e la rotazione tra le autorità di vigilanza nazionali. Esso può essere formato da un numero massimo di dieci membri, in cui è incluso il presidente, il vice presidente e un rappresentante della Bce. Il comitato direttivo svolge compiti preparatori, assiste il consiglio di vigilanza e organizza le riunioni. Non ha poteri decisori.

Segue: La separazione dalla funzione monetaria

Numerose sono le garanzie previste dal Reg. affinché le funzioni di vigilanza e quelle di politica monetaria vengano svolte ognuna in maniera indipendente. È

infatti previsto dall'articolo 26.1 che i membri del consiglio di vigilanza agiscono nell'interesse dell'Unione. Garanzie sulla separazione tra funzione monetaria e di vigilanza sono esplicitamente indicate dall'articolo 25. È infatti stabilito che le funzioni di vigilanza devono essere svolte in forma separata dalla politica monetaria, senza arrecare pregiudizio e interferire con l'esercizio di quest'ultima⁶¹. Del pari è stabilito che le funzioni di politica monetaria non devono determinare l'esercizio della vigilanza. Dalla lettera della disposizione, notiamo dunque che garanzie sono poste a tutela di entrambe le funzioni, ognuna nei confronti dell'altra. Se dovessimo individuare quale tra i due interessi sia prevalente, la politica monetaria sembra avere un peso maggiore⁶².

In seno al MVU opera anche un *panel di mediazione*, incaricato di risolvere le controversie che sorgano laddove uno Stato partecipante sia in disaccordo rispetto all'obiezione posta dalla Bce ad un progetto di decisione del Consiglio di vigilanza⁶³. In ossequio a quanto previsto dall'articolo 25, in cui è stabilito che il panel sia formato da un rappresentante per ogni stato partecipante che sia scelto tra il rappresentante del Governing council e il rappresentante nel Consiglio di vigilanza, il regolamento Bce istitutivo del Mediation panel prevede che questo sia composto per metà dai rappresentanti delle banche centrali nazionali nel Consiglio direttivo

⁶¹ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "... One may wonder what would be the practical meaning of this independence requirement: one could readily imagine that because of blatant violations of the independence obligation, the chair could be forced to step down, but it is more doubtful how this will be applied to the representatives of the national supervisors, as the latter are member of a collegial body. As representative of the national supervisors, the latter cannot be obliged to leave, unless decided differently by the national supervisor. Or could the decisions be annulled as being inspired by national interests? And what with the representatives of the ECB? They too will not be entitled to receive instructions from the Bank as a Union institutions, but as representatives could be forced to step down."

⁶² Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "La possibilità del Consiglio direttivo di sollevare obiezioni attinenti alla politica monetaria mostra che il legislatore europeo nell'attribuzione dei poteri di vigilanza alla Banca centrale ha stabilito un assetto di governo del possibile conflitto di interesse fra l'esercizio delle funzioni di politica monetaria e quelle di vigilanza che non mette sullo stesso piano gli obiettivi che le funzioni perseguono. Ragioni di politica monetaria sembrano poter prevalere su quelle di vigilanza."

⁶³ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4: " il Gruppo di mediazione, ... è stato creato nel presupposto che vi possano essere situazioni in cui le decisioni di vigilanza siano in conflitto con gli obiettivi che la Bce deve perseguire per ragioni di politica monetaria."

della Bce, e per l'altra metà dai rappresentanti delle competenti autorità nazionali nel Consiglio di vigilanza, che si alternano ogni 6 mesi. Ogni membro del panel ha un voto e le decisioni vengono prese a maggioranza semplice.

Ma la separazione delle due funzioni è garantita anche da un punto di vista operativo. Esiste un'organizzazione del personale separata per l'esercizio delle due funzioni, come anche le riunioni e gli ordini del giorno.

Ulteriori garanzie sono poste con riguardo al segreto e allo scambio di informazioni. L'articolo 27 Reg prevede che i membri del Supervisory board sono vincolati al segreto professionale previsto dall'art 37 dello statuto del Sebc, sia durante che dopo i loro incarichi. A quest'obbligo di segretezza sono vincolate anche le persone che forniscano servizi relativi ad incarichi di vigilanza. Inoltre, la Bce può fornire informazioni solo nei casi previsti dal diritto europeo.

2.3 La Commissione amministrativa del riesame. Articolo 24 Reg.

Segue: Premessa sulle decisioni di vigilanza

Il MVU pone profili di interesse non solo con riguardo all'evoluzione della vigilanza bancaria, ma anche in riferimento all'evoluzione del diritto amministrativo europeo⁶⁴. L'approvazione del Regolamento sul SSM ha mostrato come la gestione accentrata di determinati poteri, strumenti e funzioni in seno al Meccanismo, sia stata accompagnata dalla previsione di rimedi che consentono una valutazione e/o modifica delle decisioni di vigilanza assunte. Il regolamento 1024/2014 prevede infatti che nell'ambito del Meccanismo opera un organo, la Commissione

⁶⁴ Sciascia, G., Unione Bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione, in "Banca Impresa Società", n. 3, 2015, pp. 363 ss. : " Il meccanismo unico di vigilanza(MVU) e il meccanismo di risoluzione unico (SRM) sono i due pilastri su cui si fonda l'unione bancaria. ... L'assetto istituzionale dei due meccanismi pone profili di interesse non soltanto in relazione alle innovazioni apportate agli equilibri della regolazione e della vigilanza bancaria, ma anche in un'ottica di più ampio respiro, che guarda alle linee di evoluzione del diritto amministrativo europeo."

amministrativa del riesame, che su istanza di un soggetto interessato da un provvedimento di vigilanza della Bce, valuta la conformità procedurale e sostanziale del provvedimento al Reg. Occorre quindi chiarire cosa si intenda per “provvedimento di vigilanza” al fine di capire i casi in cui sia possibile esperire il procedimento appena menzionato.

Il Regolamento quadro sul MVU definisce la “decisione di vigilanza della Bce” come qualsiasi atto giuridico adottato da quest’ultima nell’esercizio dei compiti e poteri ad essa attribuiti dal Reg. Tale atto non è generale, in quanto diretto ad uno o più soggetti o gruppi vigilati. Da questa definizione emerge che un provvedimento di vigilanza contiene due elementi. Il primo è un elemento funzionale, in quanto la decisione è un atto giuridico emanato esclusivamente nell’esercizio dei compiti e dei poteri attribuiti alla Bce dal Reg; ciò comporta che qualsiasi altra decisione della Bce, non è soggetta ai rimedi previsti dal Reg. Il secondo è un elemento soggettivo, in quanto destinatari della decisione sono uno o più soggetti vigilati.

Le decisioni di vigilanza possono essere ascritte in due categorie. La prima è costituita dalle decisioni assunte dalla Bce nell’esercizio dei poteri ad essa esclusivamente attribuiti dal Reg. Rientrano in tale categoria le decisioni attinenti alla costituzione di succursali e all’esercizio del diritto di stabilimento da parte di enti creditizi insediati in Stati membri non aderenti al SSM; oppure le decisioni con cui viene applicata la disciplina europea e nazionale a carattere prudenziale (quindi i requisiti prudenziali previsti dalla direttiva CRD IV), quella sul rispetto dei requisiti in materia di fondi propri; le decisioni connesse ai piani di risanamento e alle misure di intervento precoce (che configurano una sorta di coordinamento con il SRM⁶⁵. La seconda categoria è costituita dalle decisioni con cui vengono approvati (o sollevate obiezioni a) progetti di decisione adottati da un’ autorità nazionale competente

⁶⁵ Sciascia, G., Unione Bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione, in “Banca Impresa Società”, n. 3, 2015, pp. 363 ss. : “Al riguardo, risulta evidente il contatto con l’SRM e la possibile creazione di una vera e propria “area grigia, a cavallo tra supervisione e risoluzione” (Ciraolo 2015), i cui riflessi potranno anche incidere sulla tipologia di rimedio esperibile.”

(ANC) e sottoposti all'esame della Bce. Sono le c.d. procedure comuni, che comprendono la valutazione delle domande di autorizzazione all'accesso all'attività di ente creditizio, la revoca di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia (l'esercizio del potere di revoca può anche discendere da un'autonoma iniziativa da parte della bce; inoltre, essa deve adottare tali decisioni coordinandosi con l'autorità di risoluzione delle crisi), la valutazione delle acquisizioni di una partecipazione qualificata in un ente creditizio.

Concentriamo adesso sulla Commissione amministrativa del riesame e sulla procedura di revisione.

Segue: la Commissione amministrativa del riesame

Quando il Consiglio direttivo adotta una decisione, è previsto che il destinatario possa chiederne il riesame ad un apposito organo istituito nell'ambito del MVU: la Commissione amministrativa del riesame (o Administrative Board of review – ABOR)⁶⁶. La disposizione cui dobbiamo riferirci è l'art 25 del Reg. La fonte istitutiva di questo Board è rappresentata da una decisione organizzativa della Bce⁶⁷ che fissa le regole di funzionamento del riesame ed è vincolata al rispetto dei principi stabiliti dal Reg.. L'articolo 10 di tale decisione istitutiva, stabilisce che il riesame ha ad oggetto la conformità procedurale e sostanziale della decisione impugnata al Reg⁶⁸, e deve essere limitato ai motivi dedotti dall'appellante (principio della

⁶⁶ Vedi Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss: "The ECB Regulation also envisages a procedure for internal review of the ECB's decisions. It establishes an independent Administrative Board of Review, composed by members appointed by the Governing Council."

See also Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Recourse against final decisions of the ECB is organised on the basis of a reference to an internal review body. There is no internal nor external or judicial review against the decision of the Board, as there are mere proposals, to be subsequently adopted by the Governing Council. Only the latter's decision – often a decision not to object – is open for this internal review. It is also appealable before the ECJ."

⁶⁷ Decisione della Bce n° 16 del 14 Aprile 2014 relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento.

⁶⁸ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "The review therefore should not extend to the merit of the assessment, in conformity to the EBA Regulation (Reg.

corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato). La Commissione è formata da 5 membri e 2 supplenti. Con riguardo alla modalità di nomina, essi sono scelti dalla Bce all'esito di una procedura pubblica basata sull'invito a manifestare interesse, tra persone di indubbio prestigio ed esperienza professionale⁶⁹, che agiscono in maniera indipendente e nell'interesse dell'Unione⁷⁰. I membri del Board of review non devono ricoprire incarichi presso altre autorità di vigilanza europee o nazionali. L'esperienza professionale e l'estraneità rispetto alle istituzioni di supervisione sono criteri che intendono assicurare l'indipendenza e l'autonomia dei singoli individui e dell'organo nel suo complesso. Il loro mandato dura 5 anni, ed è rinnovabile una sola volta.

Segue: La procedura del riesame

Qualsiasi persona fisica o giuridica che sia destinataria di una decisione della Bce⁷¹, può chiederne il riesame per iscritto allegando le motivazioni, entro 1 mese dalla notificazione della decisione o, in assenza di quest'ultima, dalla sua conoscenza. La

1093/2010). The Board of appeal against the decisions of the European Supervisory Authorities (ESAs) can only <confirm the decision taken by the competent body of the Authority, or remit the case to the competent body of the Authority> (art. 60(5) Reg. 1093/2010); it cannot assess the merits of the case."

Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The review procedure mainly aims at safeguarding the rights of aggrieved parties, not to interfere with the prudential appreciation underlying the supervisory decision. According to the Regulation, the review only relates to the <procedural and substantive conformity with this Regulation>, and does not address its wider aspects, such as elements of decisional discretion, or wider supervisory policies. Supervisory decisions may be challenged on many other grounds, such as conformity with the Union law in general, or on the basis of unequal treatment, discrimination, a lack of motivation or ultra vires. It would seem that these grounds would be excluded from the board's mandate. That may be the reason why it has been called <administrative> review."

⁶⁹ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "... soggetti con comprovate conoscenze ed esperienza professionale, maturata anche nell'ambito di autorità di vigilanza, nel settore dei servizi bancari e finanziari."

⁷⁰ Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "They have to be independent and acting in the public interest. Candidates should come from participating Member states – including non-euro states – and may not be from a national supervisor, or from institutions – national or Union – involved in the activities of the ECB, which probably refers to persons working with payments systems, or securities settlements system and perhaps in the ESRB as well."

⁷¹ Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "... an internal <Administrative Board of Review> ... before which the decisions can be challenged by anyone who is directly and individually addressed or affected by the decision, thus excluding representative or class actions."

Commissione si pronuncia innanzitutto sull'ammissibilità della richiesta. Dopodiché, esprime un parere entro 2 mesi dalla ricezione della richiesta di riesame, che adotta a maggioranza di 3 membri su 5. Il parere, che in quanto tale non è giuridicamente vincolante⁷², potrà contenere la proposta di annullare la decisione oggetto dell'impugnazione, oppure la sua sostituzione con una decisione di contenuto identico o con una diversa. Il parere, motivato, viene inviato al Consiglio di vigilanza. Quest'ultimo, tenendo in considerazione il parere del Board, potrà predisporre (non è obbligato) un nuovo progetto di decisione (che verrà notificato alle parti con le motivazioni allegate), con cui abrogherà la decisione iniziale, la sostituirà con una di contenuto identico oppure adotterà una decisione modificata. Tale progetto verrà inviato al Consiglio direttivo, per procedere alla sua adozione mediante la consueta procedura di non obiezione⁷³. Se il progetto diventa decisione (questa sarà notificata alle parti), contro quest'ultima non può essere chiesto il riesame interno, ma può solo essere proposto ricorso alla Corte di giustizia

⁷² Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "Il Consiglio di vigilanza non è tenuto a seguire il parere della Commissione del riesame. Esso può aderirvi, modificando o confermando la decisione nel senso indicato dalla Commissione del riesame, può cambiare la decisione precedente, formulando una proposta nuova di propria iniziativa, oppure ancora può decidere di confermare pienamente la decisione precedente in contrasto con il parere della Commissione."

Vedi Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, *The european Single Supervisory Mechanism*, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss: "The Administrative Board of Review can remit the ECB's decision to the Supervisory Board. The Supervisory Board should take into account the Administrative Board's opinion, but can insist on its initial decision."

D' Ambrosio, R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Moreover, the decisions of the Administrative Board of Appeal are not compulsory for the Governing Council. Under Article 60(5) of the EBA Regulation the competent body of the Authority "shall be bound by the decision of the Board of Appeal", whilst under Article 24(7) of the SSM Regulation the Governing Council is not bound by the decision of the Administrative Board of Review. Under Article 24(7) of the SSM Regulation, the Administrative Board of Review only expresses its opinion. Even though the Supervisory Board must take this opinion into account and promptly submit a new draft decision to the Governing Council, the latter maintains the final power to decide differently from the Supervisory Board draft."

⁷³ Vedi Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Differently from the regular procedure, the Governing Council will have to state its reason, even in the case where it has not formulated objections. In these cases both the Supervisory Board and the Board of Review will have to explicitly state their reasons for their decisions, allowing for further judicial review."

europea⁷⁴. È bene precisare che la richiesta di riesame interno non costituisce una condizione di procedibilità per proporre ricorso davanti alla ECJ⁷⁵. Inoltre, con riguardo ai poteri cautelari, questi sono attribuiti all'unico organo della Bce titolare del potere decisorio⁷⁶: il Governing council. La richiesta di riesame non ha effetto sospensivo, la sospensione della decisione impugnata può essere accordata solo ove il Governing council ritenga soddisfatti entrambi i requisiti del *fumus boni iuris*, essendo la richiesta di riesame ammissibile e non manifestamente infondata, e del *periculum in mora*, cioè ritenga che l'immediata applicazione della decisione impugnata possa causare danni irreparabili.

Segue: Scopo e ulteriori caratteristiche

La Commissione amministrativa del riesame configura un modello di revisione interna⁷⁷, che mira a ridurre il costo dell'impugnazione per le persone che si

⁷⁴ Vedi Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "No recourse against the latter decisions is allowed, except before the ECJ. One can expect the Council to pay special attention to matters that have been submitted for review, as the Council's decision may only be submitted to the ECJ for final, judicial review. On the other hand, an effective internal review procedure will eliminate the risk of having matters being submitted too frequently to the ECJ."

⁷⁵ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "Il ricorso alla Commissione amministrativa per il riesame non preclude la possibilità per l'appellante di rivolgersi alla Corte di giustizia europea, né rappresenta un passo necessario propedeutico per rivolgersi a quest'ultima."

Vedi Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, *The european Single Supervisory Mechanism*, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss: "... The internal review process is without prejudice to the right to challenge decisions before the CJEU."

See D' Ambrosio, R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: Article 24 of the SSM Regulation is without prejudice to the right to bring proceedings before the CJEU in accordance with the Treaties. Nevertheless, the Court's review of the ECB decisions under the SSM Regulation, as is confirmed by Recital 60, is confined to their legality according to the general principle on the judicial control laid down under Article 263 of the TFEU."

⁷⁶ Vedi Sciascia, G., *Unione Bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in "Banca Impresa Società", n. 3, 2015, pp. 363 ss., con riguardo ai poteri cautelari: "Tali poteri possono essere esercitati solo dall'organo che assolve a una funzione decisionale forte, ossia il Consiglio direttivo, ... vi sono insuperabili esigenze nell'architettura istituzionale del MVU tali per cui non sarebbe stato in astratto possibile consentire l'attribuzione di un potere sospensivo/cautelare a un organo della Bce diverso dal Consiglio direttivo, in virtù delle previsioni dei Trattati;..."

⁷⁷ Vedi Sciascia, G., *Unione Bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in "Banca Impresa Società", n. 3, 2015, pp. 363 ss. : "In termini classificatori, quindi, si potrebbe concludere inquadrando la Commissione del riesame nel modello di implementation proprio dell'internal review,

ritengono lese in un loro diritto da una decisione che li riguardi, ma anche ad evitare di dare attuazione ad atti che potrebbero essere annullati dalla Corte di giustizia europea. In considerazione dei tratti caratterizzanti la procedura di revisione, la dottrina le ha attribuito un profilo quasi giurisdizionale. Come abbiamo visto, l'Abor infatti si pronuncia sull'ammissibilità del ricorso; limita la sua valutazione al *petitum* (principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato); su richiesta dell'appellante, chiede la sospensione degli effetti della decisione ove lo reputi opportuno; può tenere udienze con le parti; decide a maggioranza allegando le motivazioni e la sua decisione assume la forma di un parere in quanto è giuridicamente non vincolante⁷⁸. Tenendo anche in considerazione che l'articolo istitutivo della Commissione è previsto dal Reg., essa si presenta come un organo interno alla Bce, integrato nella sua struttura amministrativa, che è idoneo a fungere da cautela al buon funzionamento del MVU, essendo quindi supplementare alle garanzie procedurali previste per l'adozione delle decisioni di vigilanza⁷⁹, e che consente alla parti destinatarie di un provvedimento della Bce di essere sentite⁸⁰ e alla Bce di modificare le proprie decisioni sulla base di un parere di esperti che agiscono in maniera indipendente⁸¹.

seppur affinato mediante accorgimenti quali la formalità della procedura, l'assenza di pregiudizialità rispetto all'azione giurisdizionale e la previsione di requisiti di indipendenza che danno applicazione al principio di continuità funzionale in forma <attenuata>; ..."

⁷⁸ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2.

⁷⁹ Vedi Reg., articolo 22: "Garanzie procedurali per l'adozione di decisioni di vigilanza". A tal proposito vedi Cap. III.

⁸⁰ Vedi Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: " Nothing is mentioned about the role of the applicant's counsel arguing in support of his positions, but there can be little doubt that, here too, due process will fully apply."

⁸¹ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.2: "Si tratta di un istituto in linea con tutti i principi stabiliti nell'ordinamento europeo generale e del reg. (UE) 1024/2013 che attribuiscono grande importanza al diritto delle parti destinatarie di provvedimenti della Bce di essere sentite, in più fasi del procedimento, e all'obbligo dell'amministrazione di rispondere alle richieste di chiarimenti con motivazioni ampie e puntuali. Si tratta di una fase di dialogo fra le banche e la Bce, che può modificare le proprie decisioni sulla base del parere di esperti indipendenti."

Capitolo III

AMBITO SOGGETTIVO E OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL MVU

3.1 I soggetti vigilati	44
3.2 I compiti attribuiti alla Bce e il coordinamento con le autorità nazionali	57
3.3 I poteri di vigilanza della Bce	70
3.4 La responsabilità	105

Nel capitolo precedente abbiamo analizzato le struttura del Meccanismo. In particolare, abbiamo visto che il Consiglio di vigilanza è l'organo che (sostanzialmente) prepara le decisioni in materia di vigilanza prudenziale, che verranno poi (formalmente) adottate dal Consiglio direttivo della Bce mediante una procedura di non obiezione. Abbiamo anche parlato della Commissione amministrativa del riesame e della procedura di revisione interna cui possono ricorrere i soggetti direttamente e individualmente destinatari di una decisione di vigilanza. Chiarita la governance del Meccanismo e la revisione interna in seno ad esso prevista, in questo capitolo analizzeremo l'ambito soggettivo e oggettivo di

applicazione del nuovo SSM. In particolare, individueremo i soggetti sottoposti alla vigilanza prudenziale della Bce e i poteri attribuiti a quest'ultima.

3.1. I soggetti vigilati.

3.1.1. Il criterio della "significatività".

Come esposto nel par. 2.1, ai sensi dell'articolo 127.6 TFUE è stato attribuito un ruolo di preminenza alla Banca Centrale Europea in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi stabiliti negli Stati membri che fanno parte dell'eurozona, e negli Stati membri che non adottano l'euro ma hanno deciso di aderire al SSM su base volontaria.

L'attuazione del primo pilastro dell'unione bancaria, deciso che la Banca Centrale Europea sarebbe stata l'autorità cui attribuire l'esercizio della vigilanza prudenziale, ha implicato la discussione di altre importanti questioni durante i lavori preparatori del Regolamento 1024/2013. Tra queste, l'esigenza di definire la portata dell'accentramento dei poteri di vigilanza in capo alla Bce. Alcuni ritenevano dovesse essere realizzato un pieno accentramento della vigilanza: tutti gli enti creditizi sarebbero stati controllati dalla Bce, nessuno escluso. Tale proposta non fu esente da critiche. Non illogicamente, fu obiettato che un accentramento di tale portata sarebbe stato di ostacolo ad un efficace esercizio della vigilanza. Ecco perché, secondo altri, la Bce avrebbe dovuto controllare solo quegli intermediari bancari che per le loro dimensioni erano rilevanti sul piano della stabilità del sistema finanziario europeo, lasciando che la vigilanza sulle altre banche continuasse ad essere esercitata dalle autorità nazionali. Sicuramente, quest'ultima proposta non era all'altezza della grande riforma che si voleva raggiungere con l'attuazione del primo pilastro.

Di conseguenza, nessuna delle menzionate proposte fu integralmente adottata; piuttosto, venne fatto un bilanciamento tra le due e si decise per una soluzione

intermedia. Il Reg 1024/2013 delinea un sistema in cui l'esercizio della vigilanza è incentrato sulla collaborazione tra la Banca Centrale Europea e i supervisori nazionali. In detto sistema, la Bce esercita una vigilanza diretta e indiretta⁸². La vigilanza diretta riguarda la supervisione della Bce sulle banche più grandi, la cui attività può comportare un rischio maggiore per la stabilità del sistema finanziario europeo (banche per l'appunto considerate "più significative" dal punto di vista sistemico). La vigilanza sulle banche più piccole ("meno significative") continua ad essere esercitata direttamente dai supervisori nazionali, che però agiscono secondo le istruzioni, gli orientamenti e le linee guida della Banca Centrale Europea: ecco perché si parla, appunto, di vigilanza indiretta (o decentralizzata⁸³) della Bce.

In realtà, la distinzione tra banche "significative" e "meno significative" non emerge esplicitamente dalla disciplina del Reg. 1024/2013. L'articolo 6 elenca i criteri per cui "un ente creditizio o società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista non sono considerati meno significativi", che se soddisfatti, innescano la vigilanza diretta della Bce⁸⁴.

È sufficiente che uno solo dei criteri in parola sia soddisfatto, affinché l'ente creditizio "non possa essere considerato meno significativo" (sarà quindi

⁸² See D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "In this regard, Recital 16 of the SSM Regulation clearly states that "the safety and soundness of large credit institutions is essential to ensure the stability of the financial system. However, recent experience shows that smaller credit institutions can also pose a threat to financial stability. Therefore, the ECB should be able to exercise supervisory tasks in relation to all credit institutions authorised in, and branches established in, participating Member States." Article 6 therefore specifies the criteria according to which the ECB is competent to supervise credit institutions directly."

⁸³ Vedi Boccuzzi, G., L'Unione bancaria europea: nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie, Roma, 2015, par. 2.2.1.

⁸⁴ Vedi anche articolo 43.7, Reg. Quadro. Per un approfondimento sui criteri vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4.1; Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014; Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss; Angeloni, I. e Beretti, T., Harmonising banking rules in the Single Supervisory Mechanism, in "Law and Economics Yearly Review", n.4/1, 2015, pp. 124 ss; Teixeira, P. G., The Single Supervisory Mechanism: Legal And Institutional Foundations, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014. ...

<significativo>) e pertanto soggetto alla vigilanza diretta della Bce.

Il primo criterio riguarda le *dimensioni* dell'ente e ha un carattere quantitativo. Una banca è considerata “significativa” se a) il suo attivo supera i 30 miliardi di euro; oppure, b) se il rapporto tra l'attivo e il PIL dello Stato membro in cui è stabilita supera il 20%, e sempre che il valore dell'attivo non sia inferiore a 5 miliardi.

Il secondo criterio riguarda l'*importanza* che l'istituto di credito ha *per l'economia dell'Unione o di un qualsiasi Stato membro partecipante*. È previsto che se un supervisore nazionale considera una banca significativa per l'economia nazionale informa la Bce; se quest'ultima confermerà la valutazione effettuata a livello nazionale, l'ente creditizio sarà assoggettato alla vigilanza diretta della Bce.

Il terzo criterio dà importanza alle attività *cross border* di una banca. Non rileva quindi la dimensione dell'ente, quanto piuttosto il fatto che esso operi in più Stati membri attraverso società giuridicamente distinte che controlla (“filiazioni” o “subsidiaries”). In questi casi, una vigilanza accentrata è più efficace di una vigilanza esercitata a livello nazionale. Ecco perché, se la Bce ritiene che la parte delle attività o delle passività iscritte nel bilancio svolte in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la società capogruppo (“attività transfrontaliere”) rappresenti una quota significativa delle attività o passività totali del gruppo, allora quest'ultimo è considerato significativo e pertanto soggetto alla vigilanza diretta della Banca Centrale Europea⁸⁵.

Il quarto criterio assoggetta alla vigilanza diretta della Bce le banche che abbiano richiesto o ricevuto *assistenza finanziaria dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)*. Ciò perché se vengono utilizzati soldi pubblici per evitare che la crisi di

⁸⁵ Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in “Banca Impresa Società”, n. 1, 2015, pp. 73 ss.: “Alla presenza di attività cross border una vigilanza accentrata è più efficiente della vigilanza esercitata da un solo Stato membro, come ci insegna la storia delle crisi bancarie, dal fallimento della Bank of Credit and Commerce International (BCCI) nel anni Novanta. Questa banca aveva la sede in Lussemburgo, ma la sede principale delle attività in Gran Bretagna, così rendendo difficile l'esercizio della vigilanza.”

un intermediario finanziario possa produrre instabilità nel sistema finanziario europeo, di conseguenza la vigilanza su detto ente va accentrata presso una istituzione europea⁸⁶.

Da quanto esposto, emerge che la significatività è importante perché serve a delineare la distribuzione di competenze tra la Bce e le autorità nazionali. Tuttavia, è anche vero che vengono inclusi nella vigilanza diretta della Bce anche istituti di credito che non sono significativi dal punto di vista sistemico. Infatti, il quinto criterio prevede che la Bce assolva i compiti di vigilanza nei confronti dei *tre enti creditizi* più significativi in ciascun Stato membro partecipante. In tal modo, la Bce controlla la quota più importante del sistema bancario di ogni Stato membro, a prescindere che gli intermediari in parola abbiano una significatività di carattere “sistemico”⁸⁷.

3.1.2. Succursali e libera prestazione di servizi in Europa

Una banca insediata in uno Stato membro può, mediante una previa notifica alle autorità del paese ospitante (il c.d. passaporto europeo⁸⁸), operare in tutto il territorio

⁸⁶ Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in “Banca Impresa Società”, n. 1, 2015, pp. 73 ss: Par. 1- “L’intreccio fra debolezze del sistema bancario e problemi di finanza pubblica è emerso in maniera evidente in Spagna con la crisi delle Cajas de Ahorros. Un intervento pubblico di salvataggio da parte del Governo spagnolo era difficile a causa delle tensioni nel mercato dei titoli del debito pubblico di questo paese, in cui si era registrato un forte incremento dello spread con i bund emessi dal Governo federale tedesco. Il governo spagnolo nel giugno 2012 ha chiesto aiuto all’Europa. Quest’ultima, in attuazione del Trattato sul Meccanismo europeo di Stabilità (MES), siglato nel 2012 fra i paesi aderenti all’area euro 2, proprio per sostenere i paesi in difficoltà, ha concesso un prestito al Fondo de Reestructuración ordenada Bancaria (FROB) per la ricapitalizzazione delle banche messo in piedi dal Governo spagnolo. ...”

Par. 4- “... Sono inoltre assoggettate alla vigilanza della BCE le banche che abbiano ricevuto assistenza finanziaria dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). La ratio di questa disposizione è molto chiara. Il sistema unico di vigilanza ha all’origine l’ipotesi in cui si utilizzino soldi dei cittadini europei per evitare che una crisi riguardante uno o più intermediari di un paese membro possa produrre effetti negativi sulla stabilità dell’intero sistema finanziario europeo, come nel caso del Casse di Risparmio spagnole, ricordato nel par. 1. È ovvio che la vigilanza su questi intermediari debba essere accentrata presso un’istituzione europea.”

⁸⁷ Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in “Banca Impresa Società”, n. 1, 2015, pp. 73 ss: “In realtà, se si osservano meglio i criteri principali adottati per classificare una banca come significant o come less significant ci si accorge che il perimetro delle banche incluse nella vigilanza accentrata presso la BCE è più ampio di quello delle sole banche che hanno un rilievo di carattere «sistemico».”

⁸⁸ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.6.2: “Una banca gode del passaporto europeo se ricorrono congiuntamente tre condizioni: è un ente creditizio, seconda la definizione della direttiva

dell'Unione Europea tramite lo stabilimento di una *succursale* oppure esercitando la *libera prestazione di servizi*. La creazione del mercato unico europeo dei servizi bancari nel 1993 ha stabilito i principi del mutuo riconoscimento e dell'home country control: le banche europee possono operare in tutto il territorio dell'Unione, mediante succursali o prestazione di servizi senza stabilimento, sulla base dell'autorizzazione del paese d'origine in cui esse hanno sede e rimanendo soggette al controllo delle autorità competenti di quest'ultimo paese.

Quanto abbiamo detto, deve essere letto in considerazione del nuovo regime introdotto con il Reg. 1024/2013. La fattispecie in parola è disciplinata dagli articoli 11-17 del Reg. Quadro 468/2014 sul Mvu.

Per quanto riguarda *il diritto di stabilimento nell'ambito dei paesi aderenti al Mvu*, sono previste due procedure a seconda che si tratti di una banca "significativa" o "meno significativa". Infatti, nel caso in cui un ente creditizio "significativo" intenda stabilire una succursale all'interno di un altro Stato membro partecipante, dovrà notificare la sua intenzione all'autorità nazionale competente (ANC) in cui esso ha sede. Quest'ultima dovrà immediatamente informare la Bce (art. 11.1). Se entro due mesi dalla ricezione della notifica da parte della ANC la Bce non adotta una decisione contraria, la succursale potrà essere stabilita e iniziare l'attività. La Bce comunica tali informazioni alla ANC dello Stato membro in cui sarà stabilita la succursale (art.11.3). Se invece è un ente creditizio "meno significativo" a voler stabilire una succursale in un altro Stato partecipante, tale intenzione dovrà essere notificata sempre alla ANC in cui esso ha sede (art. 11.2). Stavolta però, sarà quest'ultima a dover decidere. In particolare, se entro due mesi dalla ricezione della notifica la ANC non adotta una decisione contraria, la succursale potrà essere

2013/36/UE, autorizzato dalle autorità dello Stato membro d'origine e sottoposto alle sue autorità competenti; le attività esercitate sono incluse nell'allegato 1 alla direttiva medesima; le attività esercitate sono state autorizzate dalle autorità dello Stato membro d'origine. L'operatività sul territorio dell'Unione da parte di una banca che gode del passaporto europeo si distingue a seconda che avvenga tramite succursale ovvero in <libera prestazione di servizi>."

stabilita e iniziare ad operare. La ANC comunicherà poi tali informazioni alla Bce e alla ANC dello Stato in cui la succursale sarà stabilita (art. 11.4).

Se invece, una banca “significativa” intende esercitare la propria attività nel territorio di un altro Stato membro partecipante in *libera prestazione di servizi*, notifica tale intenzione alla Autorità di vigilanza dello Stato in cui ha sede. Quest’ultima informerà immediatamente la Banca Centrale Europea, e ne darà altresì comunicazione alla Autorità di vigilanza dello Stato partecipante in cui i servizi verranno forniti (art. 12.1). Similmente, nel caso in cui si tratti di una banca meno significativa: quest’ultima dovrà notificare tale intenzione alla Autorità di vigilanza dello Stato in cui ha sede, che provvederà ad informare la Bce e l’ANC dello Stato partecipante in cui saranno forniti i servizi. L’autorità di vigilanza rimane quella del paese d’origine, quindi la Bce o l’ANC a seconda che si tratti di soggetto vigilato significativo o, rispettivamente, meno significativo (art. 12.2).

Nel caso in cui un *ente creditizio stabilito in uno Stato membro non partecipante* intenda stabilire una *succursale in uno Stato membro aderente al Mvu*, notifica tale intenzione alla ANC dello Stato in cui esso ha sede. Quest’ultima, comunicherà tale notifica alla ANC dello Stato aderente in cui vuole essere stabilita la succursale (stato ospitante). Quest’ultima informa immediatamente la Bce (art. 13.1). A seconda che si tratti di un ente creditizio “significativo” o “meno significativo”, entro due mesi dalla ricezione della notifica da parte della ANC dello Stato non partecipante la Bce o, rispettivamente, la ANC dello Stato in cui sarà stabilita la succursale (stato ospitante), si preparano a esercitare la vigilanza, se necessario indicando le condizioni che per motivi di interesse generale devono essere rispettate affinché la succursale possa operare (art.13.2). Pertanto, se la succursale è “significativa”, la Bce sarà l’autorità competente del paese ospitante (art. 14.1); se invece la succursale non può essere considerata significativa (meno significativa), la ANC dello Stato in cui è stabilita la succursale sarà l’autorità competente (Anc Stato

ospitante) (art. 14.2)⁸⁹. Ciò rappresenta, quindi, una deroga al principio dell'home country control.

Nel caso in cui la banca stabilita nel territorio di uno Stato non partecipante intenda esercitare la propria attività secondo il regime della *libera prestazione di servizi* all'interno del territorio di uno Stato partecipante, la procedura è simile a quella già esposta in precedenza. Anche in questo caso abbiamo una deroga alle regole generali: l'autorità di vigilanza competente non sarà quella del paese d'origine ma la Banca Centrale Europea (art. 16.1).

Infine, abbiamo l'ipotesi di un *ente creditizio stabilito in uno Stato partecipante* che intende stabilire una *succursale o operare in libera prestazione di servizi nel territorio di uno Stato non partecipante*. Se si tratta di un ente "significativo", esso dovrà notificare la propria intenzione alla ANC in cui ha sede, che a sua volta informerà immediatamente la Bce. La Bce è l'autorità competente dello Stato d'origine (art. 17.1). Se l'ente è "meno significativo", tale intenzione dovrà essere notificata alla ANC dello Stato in cui ha sede. Quest'ultima sarà l'autorità competente del Paese d'origine (art. 17.2).

3.1.3. I gruppi bancari e la vigilanza consolidata

La Bce *esercita* la vigilanza consolidata sulle imprese capogruppo stabilite in uno Stato membro aderente al Mvu, e *partecipa* ai collegi di supervisor che esercitano la vigilanza consolidata sulle imprese madri stabilite in uno Stato membro non partecipante. Prima di individuare i criteri stabiliti dalla direttiva 36/2013 e dal Reg. per l'individuazione dei casi in cui la Bce è autorità di vigilanza consolidata, chiariamo cosa si intende per gruppo bancario.

⁸⁹ I criteri per stabilire la significatività sono i medesimi previsti dall'art. 6, par. 4-5, del Reg.

Il *gruppo* è un modello organizzativo che può essere scelto da un'impresa bancaria, consistente in un insieme di società giuridicamente distinte l'una dall'altra, ma legate da rapporti di controllo societario. Un esempio di controllo societario è dato dalle partecipazioni di maggioranza. Il gruppo bancario assume normalmente una forma organizzativa di tipo piramidale, al cui vertice sta la società madre (o capogruppo) titolare delle partecipazioni di controllo diretto e indiretto delle altre società del gruppo⁹⁰. La società al vertice dirige e coordina l'attività di tutto il gruppo, che benché formato da società giuridicamente distinte, viene gestito come se si trattasse di un'unica impresa⁹¹.

Nonostante il gruppo non abbia un proprio riconoscimento giuridico, e ogni società sia giuridicamente distinta dall'altra e dotata di un proprio patrimonio, se da un lato proprio tale separazione legale impedirebbe un trasmissione dei rischi, dall'altro l'instabilità generata da una parte del gruppo potrebbe invero colpire anche la capogruppo. Il fallimento di una società controllata potrebbe influire negativamente sulla reputazione della banca madre, ad esempio generando nei depositanti di quest'ultima dubbi sulla sua solvibilità. Ciò potrebbe quindi indurre la capogruppo a coprire le perdite delle società controllate, proprio per evitare di subire ripercussioni negative⁹². È pertanto opportuno che le autorità di vigilanza esercitino

⁹⁰ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.11: "Facendo leva sui poteri derivanti dalla posizione di controllo, l'insieme di società è gestito come se si trattasse di un'unica impresa; la società posta al vertice esercita l'attività di direzione e coordinamento su tutte le società appartenenti al gruppo."

⁹¹ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.11: "Il gruppo presenta diversi vantaggi sotto il profilo gestionale, primo fra tutti lo sfruttamento dell'effetto di *leverage*: l'ammontare di capitale investito dal soggetto al vertice della piramide nell'impresa in forma di gruppo di società è una frazione del capitale complessivo facente capo alle società appartenenti al gruppo e gestite come un'unica impresa. ... Tale forma organizzativa, inoltre, consente maggiore flessibilità e selettività degli investimenti e strutture organizzative più snelle; facilita i rapporti di alleanza con altre imprese; può rendere meno difficoltosa la gestione delle relazioni industriali."

⁹² Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.11: "Su un piano più generale, va considerato che i gruppi di società esercitano effettivamente una gestione complessiva dei rischi, se non effettivamente integrata, anche in assenza di un riconoscimento formale del gruppo sul piano giuridico. Di

i controlli sulle diverse società che fanno parte di un gruppo. La vigilanza consolidata, consente alle autorità di vigilanza proprio il controllo sulla complessiva attività svolta da un gruppo bancario. La società capogruppo è il referente dell'autorità competente per tutto ciò che attiene alla vigilanza consolidata.

Concentriamoci adesso sui criteri stabiliti dall'*articolo 111 della direttiva 36/2013* per individuare il *consolidating supervisor*, ossia l'autorità competente per l'esercizio della vigilanza consolidata, nel caso in cui la società madre e le controllate (le c.d. ramificazioni, filiazioni, o subsidiaries) siano stabilite in paesi diversi dell'UE. Si consideri il seguente schema:

“**B**”: Banca capogruppo

“**C.S.**”: Consolidating supervisor

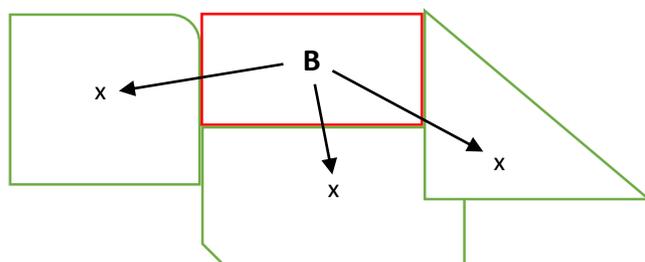
“**P.F.**”: Società di partecipazione finanziaria capogruppo

“**P.F.M.**”: Società di partecipazione finanziaria mista capogruppo

“**x**”: società controllata

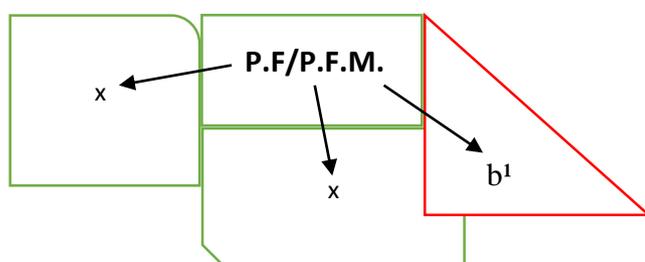
“**b¹**”, “**b²**”, “**b³**”: banche controllate

1)



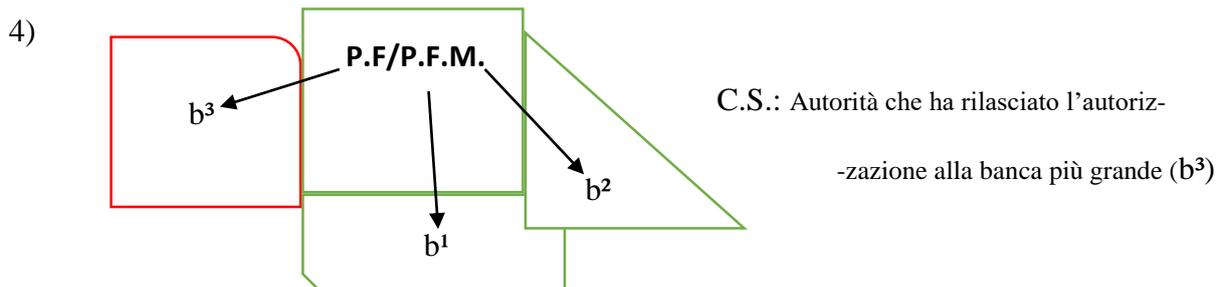
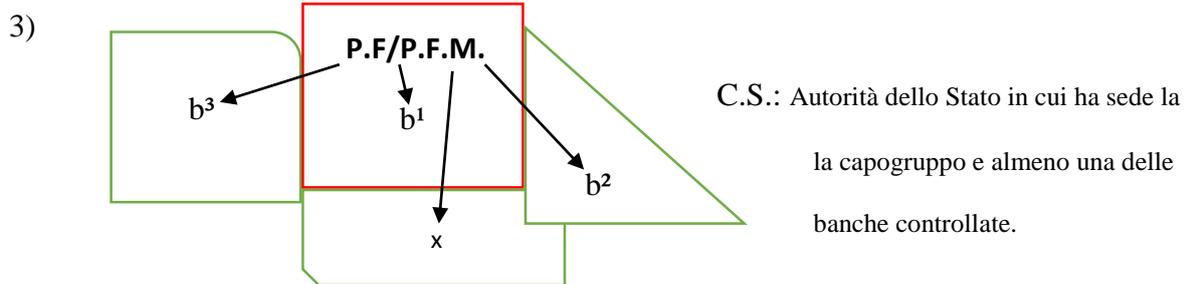
C.S: Autorità che ha rilasciato l'autorizzazione alla Banca capogruppo

2)



C.S: Autorità che ha rilasciato l'autorizzazione all'unica banca controllata (b¹)

conseguenza, è opportuno che le autorità di vigilanza seguano la medesima impostazione nell'esercizio dei controlli a esse affidati.”



Nel caso 1), è rappresentata l'ipotesi in cui la società capogruppo sia una banca. In tal caso, la vigilanza su base consolidata sarà esercitata dall'autorità competente che ha rilasciato l'autorizzazione alla banca.

Nel caso 2), abbiamo l'ipotesi in cui la capogruppo sia una società di partecipazione finanziaria o una società di partecipazione finanziaria mista, e vi sia solo una banca controllata. Il consolidating supervisor sarà l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione all'unica banca controllata.

I Casi 3) e 4) vanno guardati assieme. Nel caso 3) la madre è sempre una società di partecipazione finanziaria o una società di partecipazione finanziaria mista. Questa volta però, essa controlla diverse banche, ognuna di queste ultime stabilita in un diverso paese dell'Unione. Il consolidating supervisor sarà l'autorità dello Stato in cui ha sede la capogruppo ed almeno una delle banche controllate. Il caso 4) rappresenta una particolare ipotesi del caso 3); in particolare, viene presa in considerazione l'ipotesi in cui nessuna delle banche controllate abbia sede nello Stato in cui ha sede la società madre. In tal caso, la vigilanza su base consolidata sarà svolta dall'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione alla banca più grande.

Quanto abbiamo detto deve essere considerato alla luce del nuovo regime introdotto con il *Regolamento 1024/2013*. Infatti, nel caso in cui il ruolo di consolidating supervisor spetterà all'autorità di uno Stato membro aderente al Meccanismo di vigilanza unico, la vigilanza su base consolidata sarà esercitata dalla Banca Centrale europea nel caso in cui il gruppo sia "significativo", dall'autorità nazionale competente se si tratterà di un gruppo "non significativo". I criteri per stabilire se un gruppo possa, o meno, essere considerato "significativo" sono gli stessi previsti dall'articolo 6, par. 4-5, del Regolamento⁹³ per stabilire quando una banca "non possa essere considerata significativa"⁹⁴.

In Europa, a partire dalla riforma attuata dalla direttiva 48/2006 che ha trasportato nell'ordinamento europeo i principi stabiliti con l'accordo di Basilea 2, sono stati fatti progressi nel *coordinamento delle autorità nazionali di vigilanza*. Fermi i principi dell'home country control e del consolidating supervisor, era previsto che per ogni gruppo bancario con filiazioni in più Stati membri, doveva essere costituito un collegio di supervisori composto dai rappresentanti delle autorità nazionali, teso soprattutto allo scambio di informazioni. Oggi, ai sensi dell'*articolo 116 della direttiva 36/2013* l'autorità che esercita la vigilanza consolidata istituisce un *collegio di supervisori* di cui sarà il coordinatore. In considerazione del regime previsto dal Regolamento 1024/2013, se la Banca centrale europea è l'autorità competente per la vigilanza su base consolidata di un gruppo, essa sarà pertanto coordinatore del relativo collegio. Se invece non è il consolidating supervisor, ma è l'autorità di vigilanza competente per una o più banche del gruppo, parteciperà al collegio in qualità di membro.

È bene precisare che l'*Autorità Bancaria Europea (EBA – European Banking authority)* svolge, tra gli altri, un ruolo importante con riguardo al funzionamento

⁹³ E ulteriormente specificati dall'articolo 40 del Regolamento Quadro 468/2014.

⁹⁴ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.11.2.

dei collegi di supervisori⁹⁵. Essa ha poteri che le consentono di coordinare i lavori dei collegi; limitarne le carenze eventualmente emerse; essere mediatore e risolvere in maniera giuridicamente vincolante le controversie tra autorità competenti, potendo anche adottare decisioni di vigilanza direttamente applicabili alla banca al centro della controversia. Tali poteri, insieme a quelli che consentono all'ABE di redigere proposte regolamentari (RTS e ITS), emanare linee guida, raccomandazioni e orientamenti, devono essere considerati nell'ottica di favorire l'applicazione di regimi uniformi di vigilanza in Europa, al fine di conseguire un sistema di supervisione sempre più integrato.

3.1.4. L'organizzazione della vigilanza sui soggetti o gruppi vigilati significativi

La Bce è responsabile dell'istituzione di un gruppo di vigilanza congiunto (GVC) per ogni soggetto o gruppo vigilato significativo. Esso è formato da membri della Bce e delle Anc, ed opera sotto il coordinamento di un membro proveniente dalla Bce, che è a sua volta assistito da uno o più sub-coordinatori delle Anc. Questi ultimi sono designati dalla Anc tra i membri da quest'ultima scelti per far parte di un gruppo di vigilanza congiunto; un membro del personale di un'Anc può essere designato a far parte di più gruppi di vigilanza congiunti. La Bce può chiedere alle Anc di modificare le designazioni effettuate quando risulti opportuno ai fini della composizione di un Gvc. I sub-coordinatori seguono le istruzioni del coordinatore, fatti salvi i compiti e i doveri ad essi spettanti nell'ambito delle rispettive Anc; essi possono a loro volta impartire istruzioni ai membri del gruppo designati dalla

⁹⁵ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.11.2.

Vedi articolo 116.1, par. 1-2, direttiva 36/2013: "1. L'autorità di vigilanza su base consolidata istituisce collegi delle autorità di vigilanza al fine di facilitare l'esecuzione dei compiti di cui agli articoli 112 e 113 e all'articolo 114, paragrafo 1 e, fatti salvi gli obblighi di riservatezza di cui al paragrafo 2 del presente articolo e il diritto dell'Unione, garantisce un coordinamento e una cooperazione adeguati con le pertinenti autorità di vigilanza dei paesi terzi, se del caso.

2. L'ABE contribuisce a promuovere e monitorare il funzionamento efficiente, efficace e coerente dei collegi delle autorità di vigilanza di cui al presente articolo conformemente all'articolo 21 del regolamento (UE) n. 1093/2010. A tal fine l'ABE vi partecipa nel modo opportuno ed è ritenuta autorità competente in detto ambito. ..."

medesima Anc, a condizione che non contrastino con le istruzioni impartite dal coordinatore.

Tra i compiti del gruppo di vigilanza congiunto vi è quello di effettuare il processo di revisione e valutazione prudenziale (supervisory review and evaluation process, SREP) sul soggetto significativo su cui esercita la propria vigilanza; tenendo conto dei risultati dello SREP, predisporre un programma di revisione prudenziale da proporre al Consiglio di vigilanza, comprensivo di un piano di ispezioni; una volta approvato dalla Bce, attuare il programma in parola e ogni decisione della Bce in relazione al soggetto su cui il gruppo esercita la vigilanza; assicurare il coordinamento con il gruppo congiunto incaricato delle ispezioni in loco istituito ai sensi dell'art. 144 del Reg. Quadro; ove appropriato, tenere i contatti con le Anc.

3.1.5. I conglomerati finanziari e la vigilanza supplementare

Per “*conglomerato finanziario*” si intende un gruppo di società in cui abbiamo, da un lato, almeno una impresa di assicurazione, dall'altro, una banca o una società di investimento. Entrambi le componenti finanziarie del conglomerato devono essere significative. Tali attività sono soggette a controlli diversi, spesso eseguiti da autorità differenti. La vigilanza sul complesso delle attività non segue il regime consolidato, ma quello della “*vigilanza supplementare*”. È prevista sempre la costituzioni di collegi cui partecipano le diverse autorità di vigilanza competenti per le imprese del conglomerato. Il ruolo di coordinatore del collegio andrà all'autorità responsabile della vigilanza sull'impresa operante nel settore finanziario più importante del conglomerato. Così, in seguito all'entrata del Meccanismo di vigilanza unico, la Bce assumerà i compiti di coordinatore del collegio quando la banca sottoposta alla sua vigilanza è l'impresa operante nel settore più importante del conglomerato; parteciperà alla vigilanza supplementare

quando banche soggette ai suoi controlli fanno semplicemente parte del conglomerato⁹⁶.

3.2 I compiti attribuiti alla Bce e il coordinamento in seno al Mvu

Da quanto emerso nel paragrafo precedente, emerge con chiarezza che la vigilanza prudenziale della Banca Centrale Europea si estende alla maggior parte sistema finanziario europeo. Anche i supervisori nazionali, tuttavia, giocano un ruolo di indubbia rilevanza. Come precisato nell'introduzione, il Meccanismo di vigilanza unico consiste in un sistema di controlli sulle banche il cui motore è costituito dalla cooperazione tra il livello sovranazionale e il livello nazionale. L'articolo 6 del Regolamento sul SSM stabilisce che il Meccanismo è formato dalla Banca Centrale Europea (responsabile del suo funzionamento) e dalla autorità nazionali competenti, che insieme cooperano in buona fede e si scambiano informazioni⁹⁷. La *vigilanza diretta* che la Bce svolge *sugli enti che non possono essere considerati meno significativi*, viene svolta con la collaborazione dei supervisori nazionali, che non solo per la lingua, ma anche grazie alla loro esperienza professionale e alla vicinanza con gli intermediari, sono in grado di fornire un considerevole supporto. Questi, infatti, anzitutto fanno parte del Consiglio di vigilanza e pertanto hanno la capacità di incidere sulle decisioni assunte nei confronti delle banche "significative"; inoltre, assistono la Bce nel dare esecuzione alle sue decisioni; partecipano, altresì, a squadre di supervisione formate da membri provenienti anche dalla Bce, incaricate di svolgere indagini, raccogliere informazioni, effettuare ispezioni, etc. I supervisori nazionali rimangono inoltre competenti per tutte quelle materie che non riguardano la vigilanza prudenziale, quali la trasparenza, l'antiriciclaggio, etc. E ancora, seppur vi sono delle materie attribuite alla competenza esclusiva della Bce (materie nelle quali, cioè, i provvedimenti vengono assunti sempre dalla Bce a prescindere dalla

⁹⁶ Per un approfondimento vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.11.3.

⁹⁷ Vedi anche artt. 20-21, Reg. Quadro.

significatività o meno dell'intermediario), come l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e all'acquisto di partecipazioni rilevanti al capitale di una banca, i supervisor nazionali (come vedremo) mantengono comunque importanti compiti istruttori.

Le autorità nazionali, dal canto loro, sono responsabili della *vigilanza diretta nei confronti degli enti creditizi meno significativi*. Se, come prima è emerso, i supervisor nazionali giocano un importante ruolo di supporto alla vigilanza diretta della Bce, così quest'ultima, non è esclusa dalla vigilanza sugli enti meno significativi che vengono direttamente controllati dalle autorità nazionali. Infatti, la Bce emana regolamenti, orientamenti e istruzioni per indirizzare la vigilanza prudenziale esercitata a livello nazionale (Non a caso, si parla di vigilanza "indiretta" della Bce). Altresì, essa può, in qualsiasi momento, di propria iniziativa o su richiesta dell'autorità nazionale competente, esercitare direttamente la vigilanza su una banca meno significativa (art. 6.5, lett. b), Reg.); oppure chiedere alle Anc di esercitare poteri previsti dal diritto nazionale che il Reg. non attribuisce alla Bce⁹⁸.

Il Meccanismo di vigilanza unico (e quindi il grado di forte accentramento in capo alla Bce delle competenze in materia di vigilanza sulle banche) non deve essere (superficialmente) letto come una mera cessione di sovranità da parte degli Stati membri. Esso rappresenta un modello di amministrazione integrata⁹⁹, mai

⁹⁸ See D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Under Article 2, point 9, of the SSM Regulation <'Single supervisory mechanism' (SSM) means the system of financial supervision composed by the ECB and national competent authorities of participating Member States as described in Article 6 of this Regulation>; this latter only stipulates, in turn, that <the ECB shall carry out its tasks within a single supervisory mechanism composed of the ECB and national competent authorities>. Nor is legal personality mentioned in the Recitals of the SSM Regulation referring to the Single Supervisory Mechanism. The SSM is rather conceived, like the ESFS, as an integrated network of both national and Union supervisory authorities... Like the European System of Financial Supervision (ESFS), the Single Supervisory Mechanism (SSM) does not have legal personality." Vedi art. 9.1(3) del Reg. e art. 22 del Reg. Quadro.

⁹⁹ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "... il meccanismo di vigilanza unico è un sistema, non tanto di regolazione, com'è stato fino a

sperimentato in Europa, in cui l'attività di vigilanza viene quotidianamente svolta dalle autorità europee e nazionali¹⁰⁰. Di seguito, analizzeremo i compiti che il Regolamento sul SSM ha attribuito alla Bce, e come quindi questi vengono eseguiti alla luce delle modalità di cooperazione stabilite dal Reg. Quadro¹⁰¹ adottato dalla Bce ai sensi dell'art. 6.7 del Reg. n. 1024/2013.

3.2.1 I compiti attribuiti alla Bce: Articoli 1 e 4, Reg. SSM

Il Regolamento sul SSM non contiene la definizione di “vigilanza prudenziale”, il cui contenuto va delineato in funzione degli obiettivi e dei compiti eseguiti nell'esercizio di tale vigilanza.

Il Regolamento sul Mvu attribuisce *compiti specifici* in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi alla Banca Centrale Europea (art1(1)), al fine di favorire la stabilità del sistema finanziario dell'Unione e di ciascun Stato membro, di assicurare l'unità e l'integrità del mercato interno¹⁰², di garantire il rispetto della

oggi in gran parte dei settori di intervento del diritto europeo, quanto di amministrazione attiva, con tutto ciò che ne consegue anche in termine di esigenza di attuare una cooperazione e integrazione tra apparati amministrativi preposti alle funzioni. Il regolamento n. 1024/2013 infatti opera, non già un accentramento di funzioni normative nel settore bancario, che è stato già realizzato in gran parte con l'istituzione nel 2010 dell'Autorità bancaria europea all'interno di un ripensamento complessivo dell'assetto europeo della regolazione finanziaria. Il Regolamento attua soprattutto un trasferimento di funzioni propriamente amministrative di vigilanza, dalle autorità nazionali competenti (nel nostro ordinamento, la Banca d'Italia) alla Banca centrale europea.”

¹⁰⁰ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4: “Le autorità competenti nazionali sono parte integrante del Meccanismo di vigilanza unico, svolgendo un ruolo importante, sia sul piano decisionale, sia su quello dell'attività di vigilanza *day by day*, anche nei confronti degli <intermediari significativi>.” Vedi anche Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014.

¹⁰¹ Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 Aprile 2014 che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate.

¹⁰² Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.4: “Il grado di accentramento delle competenze in capo alla Bce delle potestà in materia di vigilanza sulle banche è molto forte, soprattutto in funzione dell'obiettivo di assicurare l'unità e l'integrità del mercato interno e del principio di parità di trattamento delle istituzioni creditizie europee, sancito dall'art.1, par. 1 del regolamento (UE) n. 1024/2013.”

parità di trattamento¹⁰³ e di impedire l'arbitraggio regolamentare. Da ciò consegue che, tutti i compiti che il Regolamento in parola non attribuisce alla Bce continuano ad essere eseguiti dalle competenti autorità nazionali degli Stati partecipanti (art 1(5))¹⁰⁴.

Per quanto riguarda *il mandato della Bce*, l'articolo 4 del Regolamento contiene l'elenco dei compiti specifici ad essa attribuiti. In particolare, la Bce è responsabile dell'assolvimento dei seguenti compiti:

- Art. 4.1, lett. a) Rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (e relativa revoca);
- b) Nel caso in cui una banca stabilita in uno Stato partecipante intenda aprire una succursale o fornire servizi in uno Stato non partecipante, essere l'autorità competente dello Stato d'origine in virtù del principio dell'home supervisor;
- c) Autorizzare la acquisizione di partecipazioni rilevanti al capitale di banche (e la relativa cessione);

¹⁰³ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Prudential supervision" is not defined in the Regulation: it is identified through the objectives and the instruments of this type of supervision. The objectives as stated in Article 1 of the Regulation are "to contribute to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system within the Union and in each Member State, with full regard and duty of care for the unity and integrity of the internal market based on equal treatment of credit institutions with a view of preventing regulatory arbitrage". The latter idea is repeated in the clause forbidding any discrimination, obviously a concern of the UK."

¹⁰⁴ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: "Agli Stati membri partecipanti, quelli cioè la cui moneta è l'euro oppure che hanno aderito spontaneamente al nuovo sistema di vigilanza instaurando quella che viene definita come una collaborazione stretta ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, spettano invece, in via residuale, tutti i compiti e poteri non attribuiti espressamente alla Banca centrale europea (art. 1, par. 4 e art. 6, par. 6)."

Vedi considerando (28) del Regolamento sul Mvu: "È opportuno lasciare alle autorità nazionali i compiti di vigilanza non attribuiti alla Bce, in particolare i seguenti compiti: ... esercitare la vigilanza sugli enti creditizi dei paesi terzi che aprono una succursale o che prestano servizi transfrontalieri nell'Unione, ... esercitare la vigilanza sui sistema di pagamento, ... prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo e proteggere i consumatori. ". Vedi Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: "Si tratta, a ben vedere, di compiti che non hanno un'attinenza diretta con la vigilanza prudenziale in senso stretto che l'art. 127, par. 6, non avrebbe probabilmente consentito di attribuire alla Banca Centrale Europea."

- d) Assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, con particolare riguardo all'applicazione degli strumenti prudenziali in materia di fondi propri, cartolarizzazione, limiti ai grandi rischi, liquidità, leva finanziaria, segnalazione e informativa al pubblico¹⁰⁵;
- e) Assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione volte ad assicurare la presenza di un governo societario solido (requisiti di onorabilità e professionalità delle persone responsabili dell'amministrazione della banca, politiche e prassi di remunerazione), di processi di gestione del rischio, di meccanismi di controlli interno, di processi efficaci di valutazione dell'adeguatezza del capitale interno (compresi i modelli basati su rating interni);
- f) Effettuare, anche in coordinamento con l'Autorità Bancaria Europea, valutazioni prudenziali comprese prove di stress e la loro eventuale pubblicazione, per verificare se i dispositivi di governo, le strategie e i processi instaurati dalle banche nonché i fondi da esse detenuti siano tali da permettere una gestione solida e una adeguata copertura dei rischi; alla luce di tali valutazioni, imporre alle banche obblighi specifici in materia di fondi propri aggiuntivi, specifici requisiti di informativa e liquidità, e qualsiasi altra misura che sia prevista specificamente dal diritto dell'Unione;

¹⁰⁵Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014, par. 2: "... Despite the fact that this legislative base seems to allow the attribution only of <specific tasks> on supervisory policy, the Regulation conferred on the ECB the entire set of instruments of prudential supervision. In particular, ..."

- g) Esercizio della vigilanza consolidata o partecipazione ai collegi delle autorità di vigilanza secondo quanto stabilito dal diritto dell'Unione (Vedi par. 3.1.3 di questo capitolo);
- h) Esercizio della vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari o partecipazione ai relativi collegi di supervisor secondo quanto stabilito dal diritto dell'Unione (Vedi par. 3.1.4 di questo capitolo);
- i) Assolvere i compiti di vigilanza collegati ai piani di risanamento o alle misure di intervento precoce qualora una banca o un gruppo nei cui confronti la Bce sia il consolidating supervisor non soddisfi o rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili, nonché esercitare i compiti di vigilanza connessi ai cambiamenti strutturali richiesti alle banche per prevenire lo stress finanziario o il fallimento; esclusi i poteri di risoluzione.
- Art. 4.2) Nel caso in cui una banca stabilita in uno Stato non partecipante intenda aprire una succursale o offrire servizi in uno Stato partecipante, assumere il ruolo di autorità competente.

La Bce svolge questi compiti applicando il diritto dell'Unione¹⁰⁶. Essa può, a tal fine, emanare orientamenti, raccomandazioni e decisioni nel rispetto di qualsiasi atto legislativo dell'Unione, compresi le norme tecniche di regolamentazione e di attuazione elaborate dall'Autorità Bancaria Europea ed adottate dalla Commissione. La Bce infatti, non ha alcun potere regolamentare in materia di

¹⁰⁶ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Since the framework within which the ECB may act in performing its supervisory tasks is set by the relevant Union law, Recital 34 adds that "this is without prejudice to the principle of the primacy of EU law. It follows that the ECB should, when adopting guidelines or recommendations or when taking decisions, base itself on, and act in accordance with, the relevant binding Union law."

vigilanza prudenziale, se non nella misura in cui sia necessario per organizzare le modalità di assolvimento dei compiti di cui sopra (art. 4.3)¹⁰⁷. Tuttavia, è previsto che la Bce possa contribuire alla preparazione delle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione dell'*Abe*, o invitare quest'ultima a presentare progetti di norme alla Commissione (art. 4.3(4)).

3.2.2. *Compiti e strumenti macroprudenziali (Art. 5 Reg.)*

Come scritto nel primo capitolo, ciò che differenzia la crisi di un intermediario finanziario, dalla crisi di un'impresa comune è che la prima ha *esternalità negative* che si sviluppano non solo nei confronti di una circoscritta cerchia di soggetti (ad esempio i dipendenti dell'impresa) ma coinvolgono tanti altri soggetti (basti pensare alla funzione monetaria, all'aumento o diminuzione dell'ammontare di moneta in circolazione, etc.). Se a fallire è un intermediario di grosse dimensioni, gli effetti negativi della crisi possono coinvolgere l'intero sistema economico di un paese, se non addirittura quello mondiale (nel caso di crisi sistemiche)¹⁰⁸. La crisi iniziata nel 2007 ne è stata una dimostrazione.

¹⁰⁷ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "inoltre la Banca centrale europea può adottare regolamenti nella misura in cui sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal Regolamento (art. 4, par. 3). Il principale atto normativo attribuito dalla Banca centrale europea è quello che il Regolamento definisce come <quadro per l'organizzazione delle modalità pratiche di attuazione> della cooperazione tra la Banca centrale europea e autorità nazionali nell'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 6, par. 7). Il Regolamento quadro è stato emanato all'esito di una consultazione con le autorità nazionali competenti su proposta del Consiglio di vigilanza della Banca centrale europea, cioè il nuovo organo preposto alle funzioni di vigilanza nel quale sono rappresentati tutti gli Stati che aderiscono al meccanismo di vigilanza unico." Vedi nota n. 19: "I regolamenti in questione sono adottati dopo aver effettuato consultazioni pubbliche e analizzato costi e benefici."

¹⁰⁸ Come scritto nel primo capitolo, la fragilità delle banche e l'instabilità sistemica sono le due facce di una stessa medaglia. Le difficoltà di un intermediario (insolvenza, illiquidità, perdite), soprattutto se si tratta di un intermediario che opera a livello internazionale, sono in grado di influenzare l'andamento dell'intero mercato. Il mercato finanziario deve essere concepito come un *insieme di istituzioni interconnesse* da rapporti reciprocamente vantaggiosi¹⁰⁸, in cui illiquidità, insolvenza e perdite possono quindi facilmente propagarsi durante i periodi di difficoltà.

Ecco quindi l'esigenza di analisi, valutazioni di carattere sistemico, che mirano in via preventiva a individuare situazioni di vulnerabilità nel sistema finanziario che possono trasferirsi ad altri intermediari ed avere conseguenze spiacevoli sulla solvibilità di questi ultimi¹⁰⁹. È questo l'ambito in cui si inquadrano le politiche macroprudenziali (macroprudential policyies, MAP), il cui obiettivo finale è, appunto, la stabilità dell'intero sistema finanziario, con il rafforzamento della cosiddetta resilienza e la prevenzione dell'insorgere di rischi sistemici, assicurando che il settore finanziario dia un contributo positivo alla crescita economica.¹¹⁰ Uno

¹⁰⁹ Vedi Gualadri, E., Single Supervisory Mechanism e politiche macroprudenziali nell'Unione Europea, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 91 ss.: "La crisi finanziaria ha drammaticamente posto in primo piano il rischio sistemico e la necessità di definire politiche di regolamentazione atte a prevenirlo, a almeno a contenerlo. In particolare, ha messo in evidenza come la regolamentazione microprudenziale, che ha l'obiettivo di limitare se non evitare i casi di crisi dei singoli intermediari, non sia sufficiente a difendere il sistema da squilibri sistemici. È infatti emerso che la regolamentazione microprudenziale, quant'anche pervasiva ed efficace nell'agire sui comportamenti dei singoli operatori, non è in grado in intercettare l'instaurarsi di dinamiche perverse e correlate a livello aggregato, con conseguente effetto domino. Ciò ha imposto il ripensamento dell'intero impianto della regolamentazione finanziaria, con l'ampliamento del mandato e del perimetro di intervento a obiettivi e strumenti specificamente indirizzati a limitare il rischio di natura sistemica (systemic or system-wide financial risk) nonché le conseguenti ripercussioni sull'economia reale. È questo appunto l'ambito in cui si inquadrano le politiche macroprudenziali..."

¹¹⁰ Vedi Gualadri, E., Single Supervisory Mechanism e politiche macroprudenziali nell'Unione Europea, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 91 ss., in cui si può leggere che per raggiungere questo obiettivo ultimo, bisogna prima porsi degli obiettivi intermedi. Bisogna cioè, innanzitutto, individuare gli indicatori che segnalino situazioni di potenziale rischio sistemico. Generalmente, essi sono individuati nell'eccessiva crescita del credito, da cui può discendere l'assunzione di rischi eccessivi da parte degli intermediari; nell'eccessivo mismatching delle scadenze e in condizioni di illiquidità del mercato, da cui derivano il market liquidity risk e il funding liquidity risk; nella concentrazione eccessiva degli intermediari su particolari strumenti o mercati, che a seguito dell'interconnessione tra essi può favorire la propagazione di shock; nel moral hazard e in altri incentivi perversi (si pensi al modello del c.d. tto big too fail), che possono innescare situazioni di perdite e ripercussioni negative per il sistema finanziario e l'economia reale.

Individuati gli obiettivi intermedi, si procede con la selezione degli strumenti che meglio incidono su questi ultimi, e calibrarne l'utilizzo. La selezione viene effettuata con riguardo a strumenti in gran parte utilizzati dalla regolamentazione microprudenziale, che hanno una natura sia prudenziale (i buffer patrimoniali e i coefficienti di liquidità) che strutturale (il rapporto impieghi/depositi). Alcuni di essi incidono su tutti gli intermediari (i coefficienti patrimoniali minimi), altri sono rivolti a specifici comparti (requisiti patrimoniali aggiuntivi per gli intermediari di rilevanza sistemica, rapporti loan-to-value, loan-to-income applicati ai prestiti del comparto immobiliare). Viene quindi riportata la seguente tabella, recante i risultati dell'analisi effettuata dal Comitato europeo per il Rischio sistemico (pubblicati nella Raccomandazione del 4 Aprile 2013 sugli obiettivi intermedi e gli strumenti di politica macroprudenziale), che dopo aver esaminato 45 strumenti ne ha selezionati 15:

Obiettivo intermedio	Strumenti
----------------------	-----------

degli strumenti attraverso cui valutare preventivamente le debolezze del sistema sono c.d. prove di stress, che forniscono il grado di solidità del sistema in risposta a shock di uno o più fattori di rischio¹¹¹.

La competenza ad adottare strumenti macroprudenziali al fine di ristabilire l'equilibrio macroeconomico sono di competenza delle autorità nazionali¹¹².

Attenuare ed evitare livelli eccessivi di espansione del credito e di leva finanziaria	Riserva di capitale anticiclica Requisiti patrimoniali specifici per settore (anche per le esposizioni all'interno del sistema finanziario) Coefficiente di leva finanziaria a fini macroprudenziali Limiti obbligatori al rapporto prestito/valore (loan-to-value, LTV) Limiti obbligatori al rapporto prestiti/redditi o (servizio del) debito/reddito (loan-to-income, LTI)
Attenuare ed evitare un eccessivo disallineamento delle scadenze e una carenza di liquidità di mercato	Adeguamento macroprudenziale dell'indice di liquidità (ad esempio, coefficiente di copertura della liquidità) Restrizioni macroprudenziali alle fonti di finanziamento (ad esempio, coefficiente netto di finanziamento stabile) Limite macroprudenziale non ponderato ai finanziamenti meno stabili (ad esempio, rapporto prestiti/depositi) Margini e scarti di garanzia obbligatori
Limitare la concentrazione delle esposizioni dirette e indirette	Restrizioni alle grandi esposizioni Obbligo di compensazione tramite CCP
Contenere l'impatto sistemico degli incentivi disallineati per ridurre l'azzardo morale	Requisiti patrimoniali aggiuntivi per le istituzioni finanziarie di importanza sistemica
Rafforzare la capacità di tenuta delle infrastrutture finanziarie	Margini e scarti di garanzia obbligatori per la compensazione tramite CCP Maggiori obblighi di segnalazione Riserva per il rischio sistemico strutturale

¹¹¹ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.9.3.
Vedi anche lett. f), art. 4.1 del Reg.

¹¹² See D' Ambrosio, R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "A different criterion than the one laid down under Article 6 with regard to micro-prudential tasks is provided for under Article 5 of the SSM Regulation for the allocation of macro-prudential tools. The macro-prudential supervisory tasks are therefore not influenced by the division indicated in Article 6 of the SSM Regulation. First of all, the national competent or designated authorities shall continue to be vested with the powers to apply any macro-prudential tool which is not provided for under the relevant acts of Union law. Secondly, both the national authorities and the ECB may apply the macro-prudential tools provided for under the CR Directive and the CR Regulation in relation to all credit institutions and thus irrespective of their qualification as significant or not."

See also Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The competence to impose macroprudential tools lies primarily with the national authorities – these are not necessarily the prudential supervisors - which can best be explained by referring to the endogenous causes of many systemic developments."

L'articolo 15 del Regolamento stabilisce che le ANC (o l'autorità nazionale designata dallo Stato membro: And) applica i requisiti in materia di riserva di capitale che le banche devono detenere in aggiunta ai requisiti in materia di fondi propri (lett. d), art. 4.1), tra cui la fissazione di quote della riserva anticiclica¹¹³ e ogni altra misura mirante ad affrontare i rischi sistemici o macroprudenziali prevista dal Capital Requirement package IV¹¹⁴. Come specificato anche dal Regolamento quadro all'articolo 104, la Anc (o la And) che intende applicare una delle misure in parola notifica la propria intenzione alla Bce 10 giorni lavorativi prima di adottare la relativa decisione. Se la Bce non è d'accordo invia le proprie obiezioni motivate per iscritto entro 5 giorni dal ricevimento della notifica. Prima di procedere all'adozione della decisione, se del caso, l'Anc prende debitamente in esame le ragioni della Bce.

La Bce può, di propria iniziativa invece delle autorità nazionali (art. 5.2 Reg.¹¹⁵), o su richiesta di un'Anc (o And), applicare requisiti più elevati per le riserve di

¹¹³ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.8.2: "Con le norme di attuazione di Basilea 3, il reg. 575/2013, sono state stabilite nuove misure patrimoniali. Sono stati imposti buffers di capitale aggiuntivi, che non sono determinati in funzione dei rischi del proprio attivo e si sommano al requisito patrimoniale complessivo calcolato per fronteggiare i rischi dell'attivo. ... Nei periodo di eccessiva crescita del credito le autorità possono imporre la riserva anticiclica (countercyclical capital buffer). Essa consente di accumulare, durante le fasi di espansione del credito, capitale primario di classe 1 che sarà poi destinato ad assorbire le perdite nelle fasi discendenti del ciclo (riduzione del credito o recessione)."

¹¹⁴ L'articolo 101 del Reg. Quadro precisa che "1. ... per strumenti macroprudenziali si intende uno qualsiasi dei seguenti strumenti:

a) le riserve di capitale nel significato di cui agli articoli da 130 a 142 della Direttiva 2013/36/UE;

b) le misure per gli enti creditizi autorizzati a livello nazionale o per un comparto di tali enti, ai sensi dell'articolo 458 del Regolamento (UE) n. 575/2013;

c) qualsiasi altra misura prevista dal Regolamento (UE) n. 575/2013 e dalla Direttiva 2013/36/UE che le AND o le ANC intendono adottare, in conformità alle procedure ivi previste, per affrontare rischi sistemici o macroprudenziali nei casi specificamente definiti dal pertinente diritto dell'Unione.

2. Le procedure macroprudenziali di cui all'articolo 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento sull'MVU non costituiscono procedure di vigilanza della BCE o delle ANC nel significato di cui al presente regolamento, fatto salvo il disposto di cui all'articolo 22 del regolamento sull'MVU in relazione alle decisioni nei confronti di singoli soggetti vigilati."

¹¹⁵ See Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "But the ECB may consider that the macroprudential concerns are not adequately addressed at the national level, or affect several Member States in which cases it may take the initiative to impose

capitale o misure più stringenti per affrontare rischi sistemici o macroprudenziali. Essa coopera con la Anc (o And) interessata, in particolare, notificando a quest'ultima la propria intenzione 10 giorni lavorativi prima di adottare la relativa decisione (art. 105.1, Reg. Quadro). Se l'Anc si oppone alla misura che la Bce intende applicare, espone a quest'ultima le proprie obiezioni motivate per iscritto entro 5 giorni dal ricevimento della notifica. Prima di procedere alla decisione, se del caso, la Bce prende in debito esame tali motivi (art. 105.2).

3.2.3 I supervisori nazionali. Il coordinamento in seno al Meccanismo

I compiti elencati nell'art. 4 del Reg. non vengono svolti esclusivamente dalla Bce nei confronti di tutte le banche europee. Lo svolgimento delle attribuzioni in parola deve essere inteso in considerazione di quanto stabilito dall'articolo 6.4 del Regolamento¹¹⁶. Stiamo parlando della “significatività” quale parametro per l'attribuzione delle competenze tra Bce e supervisori nazionali. Tranne che per i compiti di cui alla lettera a) e c) dell' articolo 4 (ossia il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di attività bancaria e all'acquisizione di partecipazioni rilevanti al capitale di banche), in relazione ai quali la Bce è competente nei confronti di tutte le banche europee a prescindere dalla loro significatività, tutti gli altri compiti saranno direttamente svolti dalla Banca centrale europea nei confronti degli enti creditizi più significativi, e dai supervisori nazionali nei confronti delle banche meno

its own measures: obviously only higher or “countercyclical” capital buffers are within the ECB’s remit. These buffers would come in addition to the own fund requirements, and replace the national authorities requirements. This reading is based on the wording used in article 5 (2) Regulation, “instead of the national authorities” and “in addition to the own funds requirements provided in the Regulation.”

¹¹⁶ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in “Banca Impresa Società”, n. 2, 2014, pp. 333 ss: “L’art. 4 contiene infatti un elenco tassativo di funzioni attribuite alla competenza esclusiva della Banca Centrale con riguardo alle banche considerate come più significative (in base ai criteri posti dall’art. 6) e ciò in coerenza con l’art. 127, par.6, del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea che, come si è già accennato, consente l’attribuzione di <compiti specifici> in materia di vigilanza prudenziale.”

significative (art 6(1))¹¹⁷. Inoltre, i supervisori nazionali mantengono il diritto di ottenere informazioni sulle banche stabilite all'interno dello Stato, anche se esse sono incluse nella vigilanza consolidata esercitata dalla Bce, ma anche di effettuare ispezioni, individualmente o assistendo la Bce (art6(2)). In tali casi, un efficace coordinamento è essenziale per consentire che anche rapidi interventi, laddove necessari, possano essere posti in essere in maniera efficiente ed efficace. Le autorità di vigilanza nazionali informano periodicamente la Bce delle attività da loro svolte e dei relativi risultati raggiunti (art6(3)).

Come è stato in precedenza ribadito, sia la Bce che i supervisori nazionali fanno parte del Meccanismo(6(1)); essi hanno l'obbligo di cooperare in buona fede e il dovere di scambiarsi informazioni(6(2))¹¹⁸. I supervisori nazionali assistono la Bce nella preparazione e nell'attuazione degli strumenti di supervisione (6(3)). La cooperazione in parola ha l'obiettivo assicurare un effettivo funzionamento del SSM, di cui la Bce è responsabile. Si potrebbe dire che si tratta di una cooperazione di tipo verticale, che mira ad assicurare l'effettivo funzionamento del Meccanismo sotto la leadership della Bce, che in quanto responsabile del funzionamento di quest'ultimo, è incaricata di una supervisione generale sull'intero sistema¹¹⁹. A tal

¹¹⁷ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "In questo contesto, le autorità nazionali competenti continueranno a svolgere l'attività di ordinaria supervisione delle banche meno rilevanti (art. 6, par.6) volta a verificare il rispetto di un insieme di regole armonizzate a livello europeo ormai assai corposo che incide sull'intera attività e organizzazione degli enti creditizi. Ma anche questa attività avverrà seguendo le modalità stabilite in modo unitario a livello europeo, come si è accennato, dall'Autorità bancaria europea (EBA) e comunque sotto la sorveglianza della Banca centrale europea (art. 7, par. 5, lett. c)."

¹¹⁸ Vedi anche articoli 20-21, reg. quadro.

¹¹⁹ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "... Il meccanismo di vigilanza unico potrà funzionare in modo efficace solo se sarà attuata un'integrazione stretta tra autorità nazionali competenti e Banca centrale europea sia sotto il profilo organizzativo sia sotto il profilo funzionale. In ogni caso, le relazioni tra Banca centrale europea e autorità nazionali competenti all'interno del meccanismo di vigilanza unico appaiono dunque fortemente asimmetriche proprio perché la regia deve essere unitaria. E questa asimmetria come si vedrà di riflette anche nel sistema sanzionatorio. Inoltre se i poteri amministrativi ... sono in molti casi cogestiti, non deve sorprendere che anche i poteri sanzionatori siano improntati alla stessa logica di cooperazione stretta tra la Banca centrale europea e banche nazionali. Il Regolamento (UE) n. 1024/2013 e ancor di più il Regolamento quadro definiscono i termini di una siffatta collaborazione."

proposito, il Regolamento contiene diversi strumenti di coordinamento. In particolare, è previsto che:

- Su proposta del Consiglio di vigilanza secondo le modalità di cui all'articolo 26.7 del Reg., la Bce adotti e pubblichi un quadro per le modalità di cooperazione in seno al Meccanismo. Il 16 Aprile 2014, la Bce ha adottato il Regolamento n. 468, detto appunto Regolamento quadro sul Mvu, in cui è contenuta la metodologia specifica per la valutazione della significatività di una banca e le procedure che devono essere seguite nello svolgimento della vigilanza svolta dalla Bce e dai supervisori nazionali, con particolare riguardo al dovere delle autorità nazionali di informare la Bce delle attività concretamente svolte nei confronti di banche meno significative, in relazione alle quali la Bce può imporre ulteriori doveri di supervisione;
- Ove la Bce sia assistita dalle autorità nazionali competenti, venga designato il soggetto responsabile per fornire assistenza, vengano definite le regole da seguire per fornire informazioni e per le comunicazioni, siano indicate le materie non incluse nel mandato della Bce in relazione alle quali le autorità nazionali rimangono responsabili (art. 6.8);
- La Bce emani regolamenti, orientamenti o istruzioni generali rivolti alle ANC, per indirizzare la vigilanza da questi esercitata nei confronti delle banche meno significative (stiamo parlando della c.d. vigilanza indiretta della Bce sulle banche meno significative) (lett. a), art. 6.5);
- La Bce possa chiedere alle autorità nazionali di utilizzare i poteri loro attribuiti dal diritto nazionale, qualora il Regolamento non attribuisca tali poteri alla

Bce. Del pari, è previsto che i supervisori nazionali informano la Bce dell'esercizio di tali poteri (9.1(3))¹²⁰;

- In qualsiasi momento, la Bce può chiedere alle ANC informazione sulla vigilanza da essi svolta (lett e, art6.5);
- Al fine di garantire l'applicazione di standard di vigilanza elevati la Bce può, di propria iniziativa o su proposta del supervisore nazionale, subentrare nella vigilanza da quest'ultimo svolta nei confronti di una banca meno significativa (art lett. b), art. 6.5) (ciò va letto nella considerazione che uno degli obiettivi del Regolamento è il raggiungimento di un level playing field in un mercato finanziario integrato);
- Il dovere di cooperare in buona fede e l'obbligo generale di scambio di informazioni di cui agli artt. 20-21 del Reg. Quadro.

3.3 I poteri della Bce

La vigilanza prudenziale non ha solo l'obiettivo di verificare che le banche soddisfino i requisiti prudenziale formalmente previsti dal diritto dell'Unione, ma ha anche lo scopo di verificare *la sana e prudente gestione della banca*, ossia che gli enti creditizi svolgano la loro attività in maniera prudente, diligente e responsabile. Nello svolgimento di questi compiti, alla Bce sono attribuiti numerosi poteri e strumenti. Prima di analizzarli nel dettaglio, è bene chiarire la distinzione esistente tra *poteri di supervisione* e *strumenti di supervisione*. Mentre i primi riguardano le decisioni di vigilanza che possono essere imposte sulle banche; gli

¹²⁰ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "This is some form of <substitute supervision>".

strumenti di vigilanza rappresentano le tecniche mediante le quali si verifica se una banca rispetta, o violi, i requisiti prudenziali previsti dalle direttive¹²¹.

Il *Capo III* è dedicato ai *poteri della Banca Centrale Europea*. L'*articolo 9* prevede che, al fine di svolgere i compiti che le sono stati attribuiti dal Reg., nei confronti dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza la Bce è dotata di tutti i poteri previsti dal Regolamento, ed inoltre, può chiedere alle autorità nazionali competenti di utilizzare i poteri che il diritto nazionale attribuisce loro, qualora il Regolamento non attribuisca tali poteri alla Bce¹²². La Bce e le autorità nazionali cooperano strettamente. Riguardo agli enti creditizi stabiliti in Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro la Bce esercita i suoi poteri conformemente all'*articolo 7*.

In particolare, nei confronti dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza la Bce gode dei poteri elencati nel *Capo III*, che è formato da *due sezioni*: la prima riguarda i “*Poteri di indagine*”, la seconda concerne i “*Poteri di vigilanza specifici*”. In particolare, i “poteri di indagine” implicano la possibilità per la Bce di richiedere informazioni (art 10), svolgere indagini generali (art 11) ed effettuare ispezioni in loco (art 12). La Sezione 2, comprende il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art 14), la valutazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate (art 15), i poteri di vigilanza (art 16) e il potere sanzionatorio (art 18).

Prima di analizzare nello specifico i poteri appena menzionati, esponiamo le garanzie procedurali previste per l'adozione delle decisioni di vigilanza.

¹²¹ Wymeersch, E., *The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union*, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014.

¹²² Vedi nota n.38.

3.3.1 Le garanzie procedurali per l'adozione delle decisioni di vigilanza (in generale). La Relazione tra l'articolo 22 del Regolamento e l'articolo 42 della Carta dei diritti fondamentali.

Con riguardo alle *garanzie procedurali per l'adozione delle decisioni di vigilanza* il Regolamento sul Mvu stabilisce che la Bce basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite (art. 22.1). In altre parole, per l'adozione di qualsiasi decisione di vigilanza (non solo quelle con cui vengono irrogate sanzioni) deve essere rispettato il *principio della garanzia del contraddittorio*. Tuttavia, è previsto che qualora sia necessario per evitare un danno significativo al sistema finanziario, la Bce può adottare una decisione senza aver sentito il soggetto interessato, salvo poi garantire a quest'ultimo il diritto a essere sentito. È inoltre previsto dall'articolo 22.2 che nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti, in particolare, il diritto di accesso al fascicolo e il legittimo interesse alla tutela dei propri segreti aziendali. È infine stabilito che le decisioni della Bce sono motivate.

Anche il Regolamento quadro contiene disposizioni che, con un riferimento generale alle decisioni di vigilanza della Bce, garantiscono il diritto ad essere sentiti (art. 31), l'accesso al fascicolo (art. 32), e la motivazione delle decisioni di vigilanza (art. 33).

Le garanzie appena esposte sono espressamente riconosciute dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in cui è stabilito all'*articolo 42* che ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (42.1), e che tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di *essere ascoltata* prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di *accedere al fascicolo* che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della *riservatezza e del segreto professionale e commerciale*; c) l'obbligo per

l'amministrazione di *motivare le proprie decisioni*. Emerge chiaramente la relazione tra l'articolo 22 del Regolamento sul Mvu e l'articolo 42 della Carta.

Segue: Il diritto ad essere sentiti

La Corte di giustizia ha in più occasioni affermato l'importanza del *diritto ad essere sentiti*. Tale diritto è molto importante con riguardo alle materie in cui le autorità europee esercitano ampi poteri discrezionali, come nell'ambito della vigilanza prudenziale. Al soggetto interessato deve essere concesso un periodo di tempo sufficiente per preparare la sua difesa, tenendo in considerazione la complessità del caso¹²³. Vi sono diverse disposizioni del Regolamento sul Mvu e del Regolamento quadro che garantiscono tale diritto. L'articolo 31 del Regolamento Quadro stabilisce che, tranne per la sezione 1 del Capo terzo del Regolamento (ossia, tranne che per la richiesta di informazioni, indagini generali e ispezioni in loco), prima che la Bce possa adottare nei confronti di un soggetto una decisione di vigilanza che possa incidere negativamente sui suoi diritti, la Bce notifica alla parte il contenuto sostanziale della decisione che intende prendere, garantendole la possibilità di presentare osservazioni scritte sui fatti, sugli addebiti e sui fondamenti giuridici della decisione. Le osservazioni vanno presentate entro due settimane dalla notifica¹²⁴, termine che può essere prorogato dalla Bce su richiesta di parte. Se la Bce lo ritiene opportuno, può anche concedere alla parte un incontro nel corso del quale presentare le obiezioni; in tal caso, verrà predisposto un verbale scritto dell'incontro che verrà sottoscritto dalle parti.

L'articolo 22.1 stabilisce che la Bce basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali i soggetti interessati sono stati posti in condizione di essere sentiti;

¹²³ Si pensi all'articolo 126 del Regolamento quadro, in cui è stabilito che l'unità di indagine informa il soggetto interessato del suo diritto ad essere sentito e gli concede un termine *ragionevole* per la presentazione di osservazioni scritte.

¹²⁴ In seno alle procedure di cui agli articoli 14 e 15 del Reg., (cioè nei casi di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e, rispettivamente, valutazione di acquisizioni di partecipazioni qualificate) tali osservazioni vanno presentate entro 3 giorni lavorativi dalla notifica.

tuttavia, laddove sia necessario adottare una decisione urgente al fine di impedire danni significativi al sistema finanziario, la Bce può adottare decisione senza sentire il soggetto, salvo poi, dopo averla adottata, dare alla parte la possibilità di essere sentita. Così l'articolo 31 del Regolamento quadro, prevede che se una decisione urgente appare necessaria al fine di impedire danni significativi al sistema finanziario, la Bce può adottare una decisione di vigilanza suscettibile di incidere direttamente e negativamente sui diritti di tale parte senza offrire a quest'ultima la possibilità di presentare, prima della sua adozione, osservazioni sui relativi fatti, addebiti e fondamenti giuridici; tuttavia, senza indebito ritardo in seguito alla sua adozione, alla parte è garantita la possibilità di presentare osservazione scritte, normalmente entro due settimane dalla ricezione della decisione (termine che può essere prorogate fino a un massimo di sei mesi); alla luce delle osservazioni di parte, la Bce effettua un riesame della decisione di vigilanza che potrà, a seconda dei casi, confermare, modificare, revocare, revocare e sostituire con una nuova decisione. Decisioni urgenti non possono essere prese in seno a procedimenti sanzionatori.

Segue: Il diritto di accesso al fascicolo

Come in precedenza scritto, l'articolo 41.2, lett. b), della Carta, prevede il diritto di ogni persona di *accedere al fascicolo* che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della *riservatezza e del segreto professionale e commerciale*. La giurisprudenza europea riconosce il diritto di accesso al fascicolo come un presupposto essenziale del diritto ad essere sentiti¹²⁵. Tuttavia, è bene precisare che

¹²⁵ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "In the Solvay and ICI cases the Court observed that <the purpose of providing access to the file in competition cases is to enable the addressees of statements of objections to examine evidence in the Commission's file so that they are in a position effectively to express their views on the conclusion reached by the Commission in its statement of objections on the basis of that evidence. Access to file is thus one of the procedural safeguards intended to protect the rights of the defence>".

Tale orientamento viene accolto dal Regolamento sul Mvu, il cui considerando (63), enunciando che: "Nel determinare se il diritto di accesso al fascicolo da parte di persone interessate debba essere limitato, la Bce dovrebbe rispettare i diritti fondamentali e osservi i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

il diritto in parola è diverso dal generale diritto di accesso ai documenti di cui all'articolo 42 della Carta¹²⁶, che si fonda sull'interesse generale dei cittadini dell'unione alla trasparenza nelle istituzioni e organismi dell'Unione. Il diritto di accesso al fascicolo è un sub-diritto del generale diritto alla difesa, ed è soggetto a due condizioni: deve essere pendente uno specifico procedimento amministrativo contro una persona, che possa culminare in una misura che incida negativamente sulla sua sfera giuridica¹²⁷. L'articolo 32 del Regolamento quadro stabilisce che a seguito dell'avvio di una procedura di vigilanza della Bce, la parte interessata ha diritto di accedere al fascicolo della Bce, salvo l'interesse legittimo delle persone giuridiche e fisiche diverse dal soggetto interessato alla tutela del segreto commerciale. Il diritto in parola non si estende alle informazioni riservate, che possono includere documenti interni della Bce o di un'ANC, o la corrispondenza tra queste ultime. La Bce può decidere che l'accesso al fascicolo si concesso attraverso un CD-ROM, copie in forma cartacea inviate per posta o un invito a esaminare il fascicolo presso gli uffici della Bce.

Segue: La motivazione delle decisioni.

L'articolo 22.2(2) del Regolamento sul Mvu stabilisce che le decisioni della Bce sono motivate. Ciò viene ribadito dal Regolamento quadro all'articolo 33, dove è previsto che una decisione di vigilanza della Bce è accompagnata dall'indicazione dei motivi di tale decisione; in particolare, la motivazione esprime i fatti rilevanti e le ragioni giuridiche su cui la decisione di vigilanza della Bce è fondata. Salvo il caso in cui la Bce debba adottare una decisione d'urgenza (di cui all'art. 31.4), queste

europea, in particolare il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", rende chiara la correlazione che esiste tra diritto di accesso al fascicolo e diritto alla difesa.

¹²⁶ Art. 42 "diritto di accesso ai documenti": Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto.

¹²⁷ See D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013.

si basano esclusivamente sui fatti e addebiti sui quali la parte interessata ha avuto la possibilità di presentare osservazioni. L'obbligo di motivazione è importante sia ai fini del controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 263 del TFUE, sia perché la vigilanza prudenziale rientra tra le materie in cui le autorità europee esercitano ampi poteri discrezionali¹²⁸. Salvo l'articolo 278 TFUE¹²⁹ e il caso in cui la Commissione amministrativa del riesame proponga la sospensione della decisione (art. 24.8 del Regolamento), la Bce può decidere che l'applicazione di una decisione di vigilanza sia sospesa mediante: (a) statuizione nella decisione di vigilanza o, (b) in casi diversi dalla richiesta di riesame da parte della Commissione amministrativa del riesame, su istanza del destinatario di tale decisione (art. 134 Reg. Quadro).

Esposte le garanzie procedurali per l'adozione delle decisioni di vigilanza, passiamo quindi ad analizzare i poteri di cui è dotata la Bce ai sensi della Sezione II, Capo III, del Regolamento.

3.3.2 L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (Art. 14 Reg.)

In Europa, vi è l'obbligo per gli enti creditizi di ottenere un'autorizzazione prima di iniziare l'attività¹³⁰. L'articolo 14 del Regolamento sul Mvu¹³¹ e, più nel dettaglio,

¹²⁸ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "The ECB must respect the requirement for acts to state the reasons on which they are based. Article 22(2), second sub-paragraph, of the SSM Regulation requires that "the decisions of the ECB shall state the reasons on which they are based". The obligation to state the reasons is functional to judicial control called for under article 263 of the TFEU and is of even more fundamental importance where the authority, as in the case of the ECB's supervisory powers, enjoys broad power of appraisal."

¹²⁹ Articolo 278 TFUE: "I ricorsi proposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato."

¹³⁰ Vedi direttiva sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento n. 36/2013, articolo 8.

¹³¹ Vedi Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: "Forzando fino al limite delle possibilità la enabling clause del Trattato, l'elenco dei

la parte V del Regolamento Quadro, disciplinano la procedura per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, che costituisce una delle <procedure comuni> previste¹³².

La relativa domanda va presentata alle competenti autorità nazionali dello Stato dove l'ente creditizio avrà sede, che dovranno verificare se le condizioni per il rilascio previste dal diritto nazionale sono rispettate. In Italia, l'autorità competente è la Banca d'Italia e l'articolo 14 del Testo Unico Bancario (t.u.b.) stabilisce che il rilascio dell'autorizzazione è subordinato al rispetto di condizioni riguardanti la forma giuridica (i modelli societari ammessi sono la società per azioni e la società cooperativa a responsabilità limitata); la coincidenza tra la sede legale e la direzionale generale della Banca in Italia; il capitale sociale iniziale della banca (10 milioni di euro per le banche costituite in forma di società per azioni e per le banche popolari, 5 milioni per le banche di credito cooperativo); la presentazione di un programma concernente l'attività iniziale, in relazione al quale viene effettuata una valutazione tecnica sulla sussistenza di condizioni che garantiscano la serietà e

compiti attribuiti alla Banca Centrale Europea abbraccia in realtà tutti gli aspetti più rilevanti dell'attività e dell'organizzazione degli enti creditizi e include poteri di amministrazione attiva che si concretizzano in provvedimenti puntuali. Si pensi in particolare al rilascio e alla revoca dell'autorizzazione degli enti creditizi o alla valutazione delle notifiche relative all'acquisizione e la cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi che può sfociare in un provvedimento che vieta l'acquisizione (art. 15, par. 2)"

¹³²D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Two other exceptions to the allocation of supervisory powers laid down in Article 6 of the SSM Regulation are in Articles 14 and 15. These Articles regulate the power to grant and to withdraw authorisations and the power to assess the acquisition and disposal of qualifying holdings. For these purposes the ECB is the only competent authority within the SSM. The rationale of these provisions seems to be that of preserving both the unity and the integrity of the internal banking market, expressly mentioned in Article 1(1) of the SSM Regulation. In the light of the above, then, there was a need to give to the same authority the powers to assess the requisites both for entering the banking market and for acquiring ownership stakes in credit institutions, irrespective of the institutions' qualification as significant or less significant. This view is confirmed by Recital 20 of the SSM Regulation, according to which <prior authorisation for taking up the business of credit institutions is a key prudential technique to ensure that only operators with a sound economic basis, an organisation capable of dealing with the specific risks inherent to deposit taking and credit provision, and suitable directors carry out those activities. The ECB should therefore have the task of authorising credit institutions that are to be established in a participating Member State and should be responsible for the withdrawal of authorisations...>."

affidabilità del progetto economico presentato; i requisiti che devono essere posseduti dagli esponenti aziendali e dagli azionisti; l'insussistenza di stretti legami tra la banca e altri soggetti, che possono ostacolare l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. È inoltre previsto che la Banca d'Italia neghi l'autorizzazione se nella verifica delle condizioni appena menzionate non risulti garantita la sana e prudente gestione¹³³.

Se il richiedente soddisfa le condizioni previste dal diritto nazionale, l'autorità competente prepara un progetto di decisione di autorizzazione che notifica alla Banca Centrale Europea, con cui propone a quest'ultima il rilascio dell'autorizzazione. La Bce valuta che le condizioni previste dal diritto dell'Unione siano rispettate¹³⁴. Se la valutazione ha un esito negativo, la Bce espone i motivi del rigetto per iscritto. Il progetto si intende adottato se entro 10 giorni lavorativi¹³⁵ dal ricevimento della notifica la Bce non solleva obiezioni.

Per quanto riguarda *il procedimento*, la domanda di autorizzazione viene presentata prima della stipula dell'atto costitutivo. In particolare, il richiedente informa la

¹³³ Per un approfondimento Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.1: "La norma conferisce all'autorità di vigilanza il potere di verificare il rispetto di queste condizioni in funzione del perseguimento della sana e prudente gestione."

Vedi anche D.Lgs. 1° SETTEMBRE 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), articolo 14: "1. La Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; a-bis) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica (3); b) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; c) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; d) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate (1); e) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'articolo 26(2); f) non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza (3). 2. La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione. ..."

¹³⁴ Se ritiene che talune condizioni non siano rispettate, la Bce dà al richiedente la possibilità di presentare commenti scritti sui fatti e gli addebiti inerenti alla valutazione. Vedi Regolamento Quadro, articolo 77.1.

¹³⁵ Tale termine è prorogabile una sola volta di ulteriori di 10 giorni in casi debitamente giustificati. In particolare, l'articolo 77.2 del Regolamento Quadro prevede che in seno alla valutazione della domanda, se la Bce ritiene necessario un incontro con il richiedente (e in ogni altro caso debitamente giustificato) il termine per la decisione può essere prorogato.

Banca d'Italia dei termini essenziali della propria iniziativa, dopodiché procede alla stipula dell'atto costitutivo e alla integrale sottoscrizione e versamento del capitale. Quindi, gli amministratori nominati nell'atto costitutivo notificano alla Banca d'Italia domanda formale per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Una volta che il provvedimento autorizzativo verrà rilasciato, il notaio rogante potrà depositare l'atto costitutivo presso il registro delle imprese¹³⁶.

L'autorizzazione può essere revocata quando l'ente creditizio che l'ha ricevuta non se ne serve entro 12 mesi, vi rinuncia, ha cessato di esercitare la sua attività per un periodo superiore a 6 mesi, l'ha ottenuta presentando false dichiarazioni, non soddisfa più le condizioni di rilascio, e negli altri casi previsti dal diritto dell'Unione¹³⁷. L'autorità competente a revocare l'autorizzazione è la Bce, che agisce di propria iniziativa previa consultazione dell'autorità nazionale competente dello Stato membro partecipante in cui l'ente creditizio è stabilito oppure, *su proposta di tale autorità nazionale competente*.

In quest'ultimo caso, se l'ANC ritiene che l'autorizzazione di un ente creditizio debba essere revocata, in conformità al pertinente diritto dell'Unione o nazionale, (compreso il caso di revoca su richiesta dell'ente creditizio), elabora un progetto di decisione di revoca che presenta alla Bce, unitamente ai documenti giustificativi. Spesso la revoca dell'autorizzazione di una banca è la fase precedente alla risoluzione della banca stessa. È infatti previsto che, laddove il progetto di decisione di revoca possa arrecare pregiudizio all'attuazione delle misure di risoluzione e delle azioni necessarie al fine di mantenere la stabilità finanziaria, l'ANC si coordina con l'autorità competente per la risoluzione delle crisi. La Bce valuta il progetto, garantendo all'ente creditizio la possibilità di presentare osservazioni scritte, anche

¹³⁶ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.1: "... Il procedimento di costituzione della banca non si può, quindi, perfezionare prima del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Al rilascio dell'autorizzazione segue l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 13 t.u.b., che ha effetti meramente ricognitivi di pubblicità-notizia."

¹³⁷ Vedi articolo 18 e 67.1, direttiva 36/2013.

nel corso di un incontro¹³⁸, e adotta una decisione sulla revoca di un'autorizzazione senza indebito ritardo tenendo conto del progetto dell'ANC e delle considerazioni che lo giustificano, delle consultazioni con le autorità nazionali (ossia con l'ANC di riferimento e, nel caso in cui l'ANC non sia l'autorità di risoluzione delle crisi, con l'autorità competente per la risoluzione delle crisi), e delle osservazioni presentate dall'ente creditizio. Solo se l'autorità di risoluzione delle crisi non solleva obiezioni, la Bce potrà adottare la propria decisione sulla revoca; diversamente, dovrà essere seguita la procedura di cui all'articolo 84 del Reg. Quadro, di cui parleremo subito dopo aver analizzato l'ipotesi *di revoca di un'autorizzazione su iniziativa della Bce*.

Se la Bce viene a conoscenza di circostanze che possono giustificare la revoca di un'autorizzazione in conformità al pertinente diritto dell'Unione, essa valuta di propria iniziativa se l'autorizzazione deve essere revocata. Se la Bce intende revocare un'autorizzazione deve consultarsi con l'ANC di riferimento almeno 25 giorni lavorativi prima della data in cui intende adottare la propria decisione¹³⁹. Anche in questo caso, alla parte è garantito il diritto a formulare le proprie osservazioni, di cui la Bce informa l'ANC. La Bce si coordina con l'autorità competente di risoluzione delle crisi, e di ciò informa l'autorità nazionale competente; quindi, adotterà una decisione tenendo conto degli elementi di cui sopra.

Passiamo quindi ad analizzare la procedura ex articolo 84 del Reg. Quadro, da seguire nel caso in cui, in seno alle consultazioni di cui la Bce deve tener conto prima di adottare la propria decisione, *l'autorità di risoluzione delle crisi sollevi obiezioni all'intenzione della Bce di revocare un'autorizzazione*. Come è stato detto, la revoca dell'autorizzazione di una banca spesso precede la risoluzione della banca stessa. Ecco perché è previsto che la Bce adotta la propria decisione tenendo conto, tra gli

¹³⁸ Articolo 31, Reg. quadro, che disciplina il diritto delle parte destinataria di una decisione di vigilanza della Bce di essere sentita.

¹³⁹ Tale termine, in situazioni debitamente giustificate, può essere ridotto a 5 giorni. Vedi articolo 82.2, Reg. Quadro.

altri, della consultazione con l'autorità di gestione delle crisi. Se quest'ultima ritiene che l'adeguata attuazione delle misure di risoluzione e delle azioni volte a mantenere la stabilità finanziaria potrebbe essere pregiudicata dalla revoca dell'autorizzazione, notifica tale obiezione alla Bce illustrando il danno che la revoca provocherebbe; la Bce e l'autorità di risoluzione concorderanno quindi un periodo durante il quale la Bce si asterrà dal procedere alla revoca dell'autorizzazione, di cui la Bce informerà l'ANC. Alla scadenza del periodo concordato, la Bce consulta sia l'ANC che l'autorità di risoluzione, e valuta se procedere alla revoca dell'autorizzazione (tenendo conto delle valutazioni delle autorità nazionali circa le conseguenze di una revoca) o alla proroga del periodo concordato (tenendo conto delle misure nel frattempo intraprese e dei relativi risultati raggiunti). Se in seno a tali consultazioni, l'autorità di gestione delle crisi non obietta alla revoca dell'autorizzazione, o se la Bce ritiene che le autorità nazionali non abbiano intrapreso azioni appropriate necessarie per mantenere la stabilità finanziaria, la Bce decide sulla revoca dell'autorizzazione.

3.3.3. L'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni qualificate (Art. 15 Reg.)

Insieme all'autorizzazione per l'esercizio dell'attività bancaria, l'autorizzazione all'acquisizione o cessione di partecipazioni qualificate in banche è una delle <procedure comuni> previste dal Reg¹⁴⁰. Quadro che, pertanto, rientrano nella

¹⁴⁰ Vedi nota n. 132.

D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "...In turn Recital 22 states that "an assessment of the suitability of any new owner prior to the purchase of a significant stake in a credit institution is an indispensable tool for ensuring the continuous suitability and financial soundness of credit institutions' owners. The ECB as a Union institution is well placed to carry out such an assessment without imposing undue restrictions on the internal market."

competenza esclusiva della Bce e in cui la valutazione sulla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge viene effettuata in cooperazione fra Bce e autorità nazionali¹⁴¹.

L'articolo 22 della direttiva 36/2013 prevede che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia deciso di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio¹⁴², o che abbia intenzione di aumentare ulteriormente detta partecipazione¹⁴³, notifichi tale intenzione alle autorità competenti.

L'articolo 19 del t.u.b. recepisce tale disciplina prescrivendo che la Banca d'Italia autorizza preventivamente l'acquisizione di partecipazioni in una banca che comportano il *controllo* o la possibilità di esercitare un'*influenza notevole* sulla banca stessa. Sono, a tal proposito, previste determinate *soglie partecipative*¹⁴⁴. In particolare, è stabilito che l'obbligo di autorizzazione sussiste in caso di acquisizione di una partecipazione che acquisisce una quota di diritti di voto o del capitale della banca almeno pari al 10 %; le autorità competenti possono comunque ritenere che l'acquisizione di una partecipazione inferiore a tale soglia possa comportare una influenza notevole sulla banca¹⁴⁵. È inoltre previsto che la Banca d'Italia autorizzi preventivamente le variazioni delle partecipazioni quando la quota dei diritti di voto

¹⁴¹Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.4: "Il regolamento quadro della Bce 468/2014, infatti, al pari di quanto previsto per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, disciplina una "procedura comune" fra Bce e autorità nazionali per l'esame della domanda di acquisizione o dismissione di partecipazioni rilevanti al capitale di banche."

¹⁴² L'articolo 19.1 del t.u.b. prevede che: "La Banca d'Italia autorizza preventivamente l'acquisizione a qualsiasi titolo in una banca di partecipazioni che comportano il controllo o la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla banca stessa o che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già possedute."

¹⁴³ L'articolo 19.2 del t.u.b. : "La Banca d'Italia autorizza preventivamente le variazioni delle partecipazioni quando la quota dei diritti di voto o del capitale raggiunge o supera il 20 per cento, 30 per cento o 50 per cento e, in ogni caso, quando le variazioni comportano il controllo della banca stessa."

¹⁴⁴ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.2: "L'obbligo di richiedere l'autorizzazione al superamento di determinate soglie quantitative di partecipazione e quando l'acquisto della partecipazione comporti l'assunzione del controllo della banca o la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla stessa."

¹⁴⁵ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.2: "Un margine di discrezionalità alle autorità per valutare le partecipazioni inferiore al 10 per cento resta laddove si possa ritenere sussistente una situazione di influenza notevole."

o del capitale raggiunga o superi il 20 per cento, 30 per cento o 50 per cento e, in ogni caso, quando le variazioni comportano il controllo della banca stessa.

Invece, per quanto riguarda la *nozione di controllo*, la fattispecie è definita dall'*articolo 23 t.u.b.*¹⁴⁶. Essa riferisce alle situazioni in cui un soggetto è in grado di influenzare stabilmente la gestione di una banca, a prescindere dal dominio degli organi societari; mentre l'*influenza notevole* riguarda situazioni in cui un soggetto, senza avere il controllo della società, partecipa alla determinazione delle politiche finanziarie e operative dell'impresa partecipata (vedi n. 3), articolo 23.2, t.u.b.)¹⁴⁷.

L'*articolo 19 del t.u.b.*, di recepimento dell'articolo 23 della direttiva 36/2013, contiene anche l'elenco delle *condizioni* che devono essere verificate dalle autorità competenti al fine di rilasciare l'autorizzazione. Esse riguardano la reputazione del candidato acquirente ex articolo 25¹⁴⁸; l'idoneità, di cui all'articolo 26, delle persone che in esito all'acquisizione svolgeranno funzioni di direzione, amministrazione e

¹⁴⁶ 1. Ai fini del presente capo il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile e in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento (5).2. 2. Il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni: 1) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364-bis del codice civile; 2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza; 3) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute; d) l'attribuzione, a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese; 4) assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi."

¹⁴⁷ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.2.

¹⁴⁸ L'articolo 25 riferisce ai requisiti di onorabilità, competenza e correttezza che devono essere soddisfatti dal candidato acquirente della partecipazione. In particolare, l'onorabilità richiede l'assenza di condanne per determinati reati; la competenza nella gestione di questo tipo di attività viene verificata in relazione agli acquisti di partecipazioni che comportino un'influenza sulla gestione da parte del titolare di queste; infine, per la correttezza deve essere considerata la condotta pregressa dell'acquirente nei confronti delle autorità di vigilanza (ad esempio, se ha ricevuto delle sanzioni, l'essere stato dichiarato fallito o incluso in elenchi ufficiali di debitori inaffidabili, etc.). Vedi più approfonditamente Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.2.

controllo della banca¹⁴⁹; la solidità finanziaria del potenziale acquirente; la capacità della banca di rispettare, a seguito dell'acquisizione, le disposizioni che ne regolano l'attività; l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza; ed infine, non deve esserci il fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Passiamo adesso ad analizzare la procedura per ottenere l'autorizzazione. Il Reg. Quadro prevede una <procedura comune>, ad esito della quale l'autorizzazione è rilasciata dalla Banca Centrale Europea per qualsiasi banca, a prescindere dalla sua significatività, mentre la valutazione dei requisiti previsti dalla legge viene effettuata dalle autorità nazionali competenti in cooperazione con la Bce. Quando una ANC riceve la notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio insediato in uno Stato membro partecipante, ne dà comunicazione alla Bce. L'ANC valuta se la potenziale acquisizione soddisfa le condizioni previste dal diritto dell'Unione e nazionale, ed in seguito prepara un progetto di decisione che invia alla Bce almeno 15 giorni lavorativi prima della scadenza del termine per la valutazione, con cui propone a quest'ultima di vietare o non vietare l'acquisizione.

¹⁴⁹Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.3. In qualsiasi impresa, la valutazione dell'idoneità di un soggetto a far parte degli organi di gestione e controllo della società è rimessa, anzitutto, ai soci che lo nominano. Anche nelle banche, sono i soci a nominare coloro che ricopriranno il ruolo di amministratore o membro del collegio sindacale; tale scelta però, è limitata dalle legge ai quei soggetti che rispettano determinate condizioni. L'articolo 26 riferisce ai requisiti di onorabilità, professionalità, indipendenza, competenza, correttezza, e la possibilità di dedicare all'incarico il tempo necessario al suo efficace espletamento.

In concreto, non è semplice individuare una formula normativa, valida ex ante per qualsiasi situazione, che consenta la verifica di tali requisiti. Si consideri, ad esempio, il requisito della competenza. La competenza necessaria a gestire una banca grande e che opera in più settori è differente da quella richiesta dalla gestione di una banca più piccola. E ancora, si pensi alla labile linea di confine tra professionalità e competenza, visto che la professionalità presuppone un minimo di competenza. In tali casi, viene lasciato alle autorità di vigilanza molta discrezionalità nell'apprezzamento del caso concreto. A tal proposito, si ricordi l'importante contributo fornito dalle linee guida dell'ABE con cui vengono individuati alcuni fattori che devono essere considerati nella verifica del rispetto di tali requisiti. Per la correttezza, ad esempio, esse prevedono che rilevano i comportamenti pregressi del soggetto assunti nei confronti delle autorità di vigilanza (se ha ricevuto sanzioni), ovvero l'essere stato dichiarato fallito o incluso in elenchi ufficiali di debitori.

Del pari, vi sono altri requisiti, dai contorni ben delineati, che non lasciano margini di apprezzamento. L'onorabilità, ad esempio, è soddisfatta dal soggetto se costui non sia stato condannato per la commissione di determinati reati.

La Bce valuta la proposta e decide, garantendo al candidato il diritto a presentare osservazioni scritte¹⁵⁰.

È bene precisare che l'autorizzazione in parola deve essere richiesta prima del perfezionamento dell'acquisto della partecipazione. Pertanto, se l'acquisto di una partecipazione rilevante derivi da un contratto, gli obblighi derivanti da quest'ultimo dovranno essere subordinati alla condizione sospensiva che la Bce rilasci l'autorizzazione¹⁵¹. Inoltre, se l'acquisto di una partecipazione comporti una concentrazione rilevante ai sensi del diritto antitrust, tali questioni dovranno essere valutate dalla competente autorità. Dal 2007, in Italia esiste un protocollo d'intesa tra Autorità garante per la concorrenza e per il mercato (Agcm) e Banca d'Italia che ha ad oggetto lo scambio di informazioni in materia di concentrazioni bancarie¹⁵².

3.3.4. I poteri di vigilanza (Art. 16 Reg.)

La disciplina degli strumenti di vigilanza prudenziale è contenuta nel c.d. "Package IV", formato dalla direttiva 36/2013 e dal regolamento 575/2013. Con questo pacchetto normativo sono stati trasposti in Europa le regole dell'Accordo di Basilea 3; esse sono completate dai technical standard preparati dall'Abe e adottati dalla

¹⁵⁰ Vedi articoli 85-87 del Reg. Quadro sul Mvu.

See Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Acquisition of qualifying holdings in all banks must be notified to the national supervisor and assessed on the basis of national legislation. The proposal will be submitted to the ECB that will decide on the basis of Union Law."

¹⁵¹ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.4: "L'autorizzazione è preventiva rispetto all'acquisto di partecipazioni. ... In caso di operazioni o atti che comportano l'assunzione di un impegno irrevocabile ad acquistare partecipazioni in una banca, come nel caso in cui si acquisti una partecipazione che comporta l'obbligo del lancio di un'Opa, la richiesta dell'autorizzazione deve essere preventiva rispetto all'atto che fa nascere l'obbligo."

¹⁵² Vedi più approfonditamente Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.4.4.

Commissione. Questi strumenti di vigilanza si dividono in controlli sui rischi e controlli sull'organizzazione della banca.¹⁵³

Per quanto riguarda i primi, le disposizioni di vigilanza prevedono innanzitutto regole di adeguatezza patrimoniale che prescrivono requisiti patrimoniali che le banche devono rispettare per fronteggiare i rischi tipici della loro attività, ossia il rischio di credito, il rischio di controparte, i rischi di mercato e i rischi operativi.¹⁵⁴ Invece, per quanto riguarda i controlli sull'organizzazione della banca, le disposizioni normative non indicano quale debba essere l'assetto organizzativo migliore, ma le regole di cui la banca deve dotarsi affinché vi sia un adeguato controllo dei rischi. Le regole riguardano in particolare tre aspetti dell'organizzazione, ossia il sistema dei controlli interni, la corporate governance e i sistemi di remunerazione dei manager.¹⁵⁵

L'articolo 16 del Regolamento contiene una lista di misura che la Bce può imporre sulle banche in determinate situazioni, in particolare quando (art. 16.1):

- Una banca non soddisfa i requisiti prudenziali stabiliti dal diritto dell'unione, del diritto nazionale di recepimento di direttive e dal diritto nazionale che ha esercitato un'opzione prevista da un regolamento (art.4.3(1));
- L'ente creditizio non ha violato i requisiti prudenziali, ma la Bce ha prova del fatto che rischia di violarli nei successivi 12 mesi;
- In base ad una valutazione prudenziale (comprese prove di stress se del caso in coordinamento con l'ABE) (lett. f), art. 4.1), la Bce constata che i dispositivi, le strategie, i processi e i meccanismi attuati dall'ente creditizio e

¹⁵³Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.8.

¹⁵⁴ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.8.1. ss.

¹⁵⁵ Per un approfondimento Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.8.6. ss.

i fondi propri e la liquidità da esso detenuta non permettono una gestione solida e la copertura dei suoi rischi.

È chiaro quindi che la Bce può agire anche a prescindere dal fatto che una violazione sia stata commessa da una banca, sia quando quest'ultima sia suscettibile di violare i requisiti prudenziali, sia quando sono state riscontrate carenze nella sua organizzazione interna, nelle strategie, nei requisiti patrimoniali, etc.¹⁵⁶

L'articolo 16.2 contiene la lista delle misure¹⁵⁷ che, di conseguenza, la Bce può imporre ad una banca. Esse costituiscono il consueto kit di strumenti di vigilanza prudenziale¹⁵⁸. In particolare, la Bce può:

- esigere che gli enti detengano fondi propri superiori ai requisiti patrimoniali stabiliti negli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, riguardo a elementi di rischio e a rischi che non rientrano nell'ambito di applicazione dei pertinenti atti dell'Unione;
- chiedere il rafforzamento dei dispositivi, dei processi, dei meccanismi e delle strategie;

¹⁵⁶ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "There can be no doubt that these corrective instruments could also be used irrespective of an impending breach. Early intervention is often needed, in order to avoid later dilemmas."

¹⁵⁷ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Once more this list constitutes the usual toolkit of the prudential supervisor. Article 1, third indent of the Regulation states that the ECB shall have regard to the different business models of banks, their types or sizes but that should not prevent it from adopting measures to restrict their business, their operations or order the divestment of some of their activities."

¹⁵⁸ See Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "Despite the fact that this legislative base seems to allow the attribution only of "specific tasks" on supervisory policy, the Regulation conferred on the ECB the entire set of instruments of prudential supervision. In particular, the remit of the ECB will include ... powers to ensure compliance with prudential requirements (capital adequacy, large exposure limits, liquidity and leverage); powers to ensure compliance with regulation on the internal control system (corporate governance arrangements, including fit and proper requirements for the persons responsible for the management of credit institutions, risk management processes, internal control mechanisms, remuneration policies and practices, and effective internal capital adequacy assessment processes); tasks to carry out supervisory reviews and stress tests in order to determine whether arrangements, strategies and processes put in place by credit institutions ensure a sound management and coverage of their risks; powers to impose on credit institutions specific additional own funds requirements, specific publication requirements, liquidity requirements; ..."

- esigere che gli enti presentino un piano mirante a ripristinare la conformità ai requisiti in materia di vigilanza a norma degli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, e fissino un termine per la sua attuazione, compresi i miglioramenti di tale piano per quanto riguarda l'ambito di applicazione e il termine;
- esigere che gli enti applichino una politica di accantonamenti specifica o che riservino alle voci dell'attivo un trattamento specifico con riferimento ai requisiti in materia di fondi propri;
- restringere o limitare le attività, le operazioni o la rete degli enti o esigere la cessione di attività che presentano rischi eccessivi per la solidità dell'ente;
- esigere la riduzione del rischio connesso alle attività, ai prodotti e ai sistemi degli enti;
- esigere che gli enti limitino la componente variabile della remunerazione in percentuale dei ricavi netti quando è incompatibile con il mantenimento di una solida base patrimoniale;
- esigere che gli enti utilizzino l'utile netto per rafforzare i fondi propri;
- limitare o vietare le distribuzioni da parte dell'ente agli azionisti, ai soci o ai detentori di strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1 se il divieto non costituisce un caso di default da parte dell'ente;
- imporre obblighi di segnalazione supplementari o più frequenti, anche sul capitale e sulle posizioni di liquidità;

- imporre requisiti specifici in materia di liquidità, comprese restrizioni ai disallineamenti di durata tra le attività e le passività;
- richiedere informazioni aggiuntive;
- rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all'articolo 4, par. 3, primo comma.

3.3.5. *Il potere sanzionatorio (Art. 18 Reg.)*

In generale, una delle più forti esigenze avvertite in ogni ordinamento è quella di affiancare alle leggi che lo costituiscono un apparato di sanzioni a chiusura del sistema e in modo da garantire l'effettività di quest'ultimo. La normativa in materia di vigilanza bancaria non fa eccezione. L'articolo 18 del Regolamento sul Mvu attribuisce alla Banca Centrale Europea il potere di irrogare sanzioni alle banche al fine di assicurare che gli istituti di credito applichino le norme e le decisioni in materia di vigilanza¹⁵⁹; esso però, non facendo esplicito riferimento al criterio della "significatività" per la distribuzione delle competenze tra Bce e autorità nazionali, ha inizialmente creato dei dubbi interpretativi¹⁶⁰, sui cui ha in seguito fatto chiarezza

¹⁵⁹ Vedi Considerando (36), Regolamento 1024/2013.

Vedi anche Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: "Non deve dunque sorprendere che il Regolamento istitutivo del meccanismo di vigilanza unico contenga una disciplina piuttosto articolata delle sanzioni amministrative (art. 18). In essa poteri sanzionatori attribuiti direttamente alla Banca Centrale Europea e poteri sanzionatori attribuiti alle autorità nazionali competenti concorrono nel realizzare l'obiettivo, già enunciato nel considerando 36, di assicurare che gli enti creditizi si conformino alle norme e alle decisioni in materia di vigilanza prevedendo <sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di violazione>."

¹⁶⁰ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "The allocation of the sanctioning powers under the SSM Regulation is not entirely clear. Article 18 is not expressly aligned with the general provisions contained in Article 6 on the allocation of supervisory powers and seems to

il Regolamento Quadro adottato dalla Bce. Di seguito andremo ad analizzare quanto previsto dall'articolo 18 del Regolamento, e dagli articoli 122 ss. del Regolamento Quadro.

Segue: La ripartizione del potere sanzionatorio.

L'articolo 18 del Regolamento prevede una disciplina a <tre livelli>, dove il primo riguarda il potere sanzionatorio della Bce (art. 18.1); il secondo ha una funzione integrativa del primo e riguarda l'importante ruolo svolto dalle ANC (art. 18.5); il terzo riguarda il potere sanzionatorio della Bce con riguardo alla specifica ipotesi di violazione di obblighi derivanti da suoi regolamenti e decisioni (art. 18.7). Analizziamoli uno ad uno.

Il primo livello riguarda il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie attribuito alla Bce ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal Regolamento, in caso di violazioni degli obblighi previsti dai pertinenti atti del diritto dell'Unione direttamente applicabili, commesse dalle banche (par 1). Questo primo livello ha creato dubbi interpretativi a causa dell'assenza di un rinvio agli articoli 4 e 6 del Regolamento che disciplinano il riparto di competenze tra Bce e autorità nazionali, e quindi della mancanza di un esplicito riferimento alla significatività quale criterio di distribuzione delle competenze¹⁶¹. Il Regolamento quadro adottato dalla Bce ha fatto chiarezza; in particolare, l'articolo 124, lett. a), nel disciplinare il deferimento della procedura sanzionatoria all'unità di indagine, riferisce al solo caso in cui la violazione del diritto dell'Unione direttamente applicabile sia commessa da un <soggetto vigilato significativo>. Alla luce di ciò quindi, la Bce irroga sanzioni

follow different criteria. Not surprisingly, Article 18 of the SSM Regulation has been interpreted in two different, opposing ways. ...”

¹⁶¹ Per le questioni interpretative vedi Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in “Banca Impresa Società”, n. 2, 2014, pp. 333 ss.

See also D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 74, Dicembre 2013, 4.3.

amministrative nel caso in cui un *atto dell'Unione direttamente applicabile* sia stato violato, con dolo o colpa¹⁶², da una banca significativa; nel caso in cui la violazione della medesima disposizione sia stata commessa da una banca meno significativa, la competenza sarà della autorità nazionali¹⁶³. I destinatari delle sanzioni della Bce possono essere solo le persone giuridiche; pertanto, la sanzione sarà applicata alla banca in quanto soggetto di diritto, e non alle persone fisiche che sono membri degli organi di gestione e controllo. Le sanzioni amministrative irrogate dalla Bce sono solo pecuniarie. Esse ammontano a fino al doppio dei profitti ricavati o delle perdite evitate in seguito alla violazione, o fino al 10% dell'attivo totale della banca¹⁶⁴ (se la violazione è commessa da una società controllata (filiazione), il totale attivo da prendere in considerazione è quello consolidato del gruppo). Le sanzioni applicate sono efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 18.3).

Il secondo livello, ha una funzione integrativa del primo e riguarda le sanzioni amministrative (non soltanto pecuniarie) irrogate dalle autorità nazionali competenti su richiesta della Bce (par 5). In particolare, il par. 5, articolo 18 del Regolamento, prevede che la Bce può chiedere alle autorità nazionali competenti di avviare un procedimento sanzionatorio in caso di violazione del *diritto nazionale di recepimento delle direttive*; avviare un procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative aventi *natura non pecuniaria* (ad esempio le <misure>¹⁶⁵; infatti,

¹⁶² Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.13: "Le sanzioni amministrative possono essere applicate, tanto nel diritto dell'Unione, quanto in quello nazionale, solo ove la violazione delle regole sia intenzionale ovvero in violazione dei principi di diligenza specifici richiesti per l'esercizio di un'attività professionale. Ciò significa che le sanzioni non sono applicate in base ad un principio di responsabilità oggettiva."

¹⁶³ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.13.

¹⁶⁴ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Administrative pecuniary penalties under Article 18(1) of the SSM Regulation (applicable to the violation of a requirement provided for by the directly applicable Union law) are: (i) of up twice the amount of the profit gained or losses avoided because of the breach, where these can be determined; or (ii) of up to 10% of the total annual turnover, as defined in relevant Union law (Article 305 of the CR Regulation), of a legal person in the preceding business year."

¹⁶⁵ D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013:

come prima precisato, le sanzioni amministrative che irroga la Bce sono solo pecuniarie); avviare un procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative nei confronti di *persone fisiche* (sempre prima precisato, destinatari delle sanzioni della Bce sono solo le persone giuridiche¹⁶⁶); avviare un procedimento per l'irrogazione di *sanzioni non previste dal diritto dell'Unione*, ma contemplate dal diritto nazionale¹⁶⁷. In questo modo, sono messi a disposizione della Banca centrale europea i poteri sanzionatori attribuiti alla competenza delle autorità nazionali¹⁶⁸.

"Thus ECB can only request NCAs to take action in order to apply one of the following: (i) the public statement, since it is a non-pecuniary penalty; (ii) the temporary ban, since it is an administrative measure addressed to the members of the institution's management body or to any other natural person who is held responsible on exercising "functions" in an entity supervised by the ECB; (iii) the cease and desist order where it is addressed to the natural persons above; (iv) the suspension of voting rights where it is considered as a non-pecuniary administrative penalty or where, even though it is considered as a measure, it is addressed to natural persons or to legal person not supervised by the ECB."

¹⁶⁶ Vedi il Considerando(53) del Regolamento: "Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere intesa nel senso di conferire alla BCE il potere di imporre sanzioni a persone fisiche o giuridiche diverse da enti creditizi... fatto salvo il potere della BCE di chiedere alle autorità nazionali competenti di intervenire per assicurare che siano imposte sanzioni appropriate."

¹⁶⁷ Vedi anche articolo 134 del Regolamento quadro, "Soggetti vigilati significativi":

1. Un'ANC avvia un procedimento in riferimento a soggetti vigilati significativi *esclusivamente su richiesta della BCE* quando ciò è necessario al fine di assolvere i compiti attribuiti alla BCE ai sensi del regolamento sull'MVU, nell'ottica di intraprendere azioni volte a garantire che siano irrogate sanzioni adeguate in casi non rientranti nell'articolo 18, paragrafo 1, del regolamento sull'MVU. Tali casi comprendono l'applicazione di:

a) sanzioni non pecuniarie (*perché le sanzioni della Bce sono solo pecuniarie) nel caso di violazione, da parte di persone giuridiche o fisiche, di norme di diritto dell'Unione direttamente applicabili, nonché qualsiasi sanzione pecuniaria nel caso di violazione, da parte di persone fisiche (*Perché destinatari delle sanzioni della Bce sono solo persone giuridiche), di norme di diritto dell'Unione direttamente applicabili;

b) qualsiasi sanzione pecuniaria o non pecuniaria nel caso di violazione, da parte di persone giuridiche o fisiche, di norme nazionali di trasposizione di direttive dell'Unione (*nel caso di violazione da parte di una banca significativa è competente l'autorità nazionale ma solo su richiesta della Bce);

c) qualsiasi sanzione pecuniaria o non pecuniaria da irrogare in conformità alla normativa nazionale che conferisce poteri specifici alle ANC negli Stati membri dell'area dell'euro non attualmente imposta dal pertinente diritto dell'Unione (*vengono colmate le eventuali lacune del diritto dell'Unione, mettendo a disposizione della Bce tutti i poteri sanzionatori previsti dal diritto nazionale).

2. Un'ANC può domandare alla BCE di richiedere alla stessa ANC l'avvio di un procedimento nei casi di cui al paragrafo 1.

3. Un'ANC di uno Stato membro partecipante notifica alla BCE la conclusione di una procedura sanzionatoria avviata su richiesta della BCE ai sensi del paragrafo 1. In particolare, la BCE è informata delle eventuali sanzioni irrogate.

¹⁶⁸ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.13: "La Bce, se non ha nell'ordinamento dell'Unione una base normativa adeguata per sanzionare una banca, può chiedere alle autorità nazionali di avviare un procedimento sanzionatorio sulla base dei poteri ad esse attribuiti dall'ordinamento nazionale. In altri termini, la Bce, in caso di lacune dell'ordinamento europeo, può chiedere l'irrogazione di sanzioni alle banche ai sensi delle

Quindi, in caso di violazione di obblighi derivanti dal *diritto nazionale*, anche di *recepimento delle direttive*, è competente l'autorità nazionale sia nei confronti delle banche significative sia di quelle meno significative; tuttavia, nei confronti delle prime le autorità nazionali potranno avviare un procedimento sanzionatorio non di propria iniziativa, ma solo su richiesta della Bce. Anche le sanzioni irrogate dalle autorità nazionali devono essere proporzionate, efficaci e dissuasive (art. 18.5).

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'articolo 144-quater del t.u.b. stabilisce che nella determinazione dell'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria o della durata delle sanzioni accessorie¹⁶⁹, la Banca d'Italia tiene conto di ogni circostanza rilevante e, in particolare, della: a) gravità e durata della violazione; b) del grado di responsabilità; c) della capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione.

regole nazionali (ad esempio nel caso di sanzioni di natura non pecuniaria, oppure di sanzioni nei confronti di persone fisiche non previste dal regolamento sul Mvu)."

Vedi anche Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "È possibile peraltro che emergano disallineamenti tra le normative nazionali attributive di <specifici poteri attualmente non previsti dal diritto dell'Unione> (art.18, par. 5), il cui esercizio può essere richiesto dalla Banca centrale europea, tali da rendere opportune modifiche legislative sia sotto il profilo delle tipologie dei poteri, sia sotto il profilo delle garanzie procedurali. Ove queste non fossero introdotte non sarebbe garantito il *level playing field* necessario per realizzare pienamente gli obiettivi del Meccanismo di vigilanza unico."

¹⁶⁹ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. IX, par. 9.13. Le sanzioni previste dal t.u.b. sono di tre tipi: pecuniarie, alternative e accessorie. Per quanto riguarda le pecuniarie, il loro ammontare è diverso a seconda che il destinatario sia una persona giuridica (in tal caso l'ammontare massimo è rapportato al fatturato della banca) o una persona fisica (personale della banca). Le sanzioni alternative consistono in un ordine di eliminare le infrazioni (c.d. cease and desist order) connotate da scarsa offensività o pericolosità, anche indicando le misura da adottare e il relativo termine di adempimento. Infine, le sanzioni accessorie vengono applicate nei confronti delle persone fisiche in ragione della gravità della violazione commesse, e consistono nella interdizione dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo per un periodo che va da 6 mesi a tre anni.

Infine, il terzo livello riguarda le sanzioni amministrative irrogate dalla banca centrale europea nel caso di violazione dei regolamenti o decisioni emanate dalla stessa (par 7)¹⁷⁰. Destinataria di questo tipo di sanzioni può essere qualsiasi banca, a prescindere dalla sua significatività. Come è infatti stabilito dall' articolo 122 del Regolamento Quadro, in caso di inosservanza degli obblighi derivanti dai regolamenti e dalle decisioni della Bce, quest'ultima irroga sanzioni amministrative pecuniarie¹⁷¹ nei confronti sia di banche significative, sia di banche meno

¹⁷⁰ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: " ... il Regolamento dota la Banca centrale europea del potere di irrogare sanzioni amministrative esclusivamente pecuniarie volte a dare effettività ai poteri normativi e amministrativi ad essa attribuiti ai fini dell'assolvimento dei propri compiti. Si tratta di una tipologia di sanzioni che è sempre prevista dalle discipline di settore. A livello nazionale, in particolare, l'art. 144 del T.U.B. prevede una sanzione amministrativa pecuniaria anche in casi di inosservanza delle <disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie> (primo comma)"

¹⁷¹ Come definite all'articolo 120, lettera b), ossia "ammende e penalità di mora previste dall'articolo 2 del Regolamento (CE) n. 2532/98 e irrogate ai sensi 18, paragrafo 7, del regolamento sull'Mvu". D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: "Sanctions under article 18(7) of the SSM Regulation (applicable to violations of the ECB regulations or decisions) are those provided for under Article 2 of Council Regulation 2532/98. According to this article, the ECB may apply: (i) fines of up to the amount of €500,000; (ii) periodic penalty payments of up to €10,000 per day of infringement in respect of a maximum period of six months following the notification of the decision to initiate an infringement procedure. ... The fines provided for under article 2 of Council Regulations 2532/98 apply to the less significant credit institutions too. With respect to these latter the maximum amount of €500,000 can be considered as sufficiently severe when compared to the total value of their assets."

L'Articolo 2, Regolamento n. 2532/98 sul potere della Bce di irrogare sanzioni, stabilisce che i limiti per la BCE nell'irrogazione alle imprese di ammende e di penalità di mora sono i seguenti: a) ammende: fino all'ammontare massimo di 500 000 euro; e b) penalità di mora: fino all'ammontare massimo di 10 000 euro per ciascun giorno di protratta infrazione. Le penalità di mora possono essere irrogate con riferimento ad un periodo massimo di sei mesi a decorrere dalla data di notifica all'impresa della decisione. È inoltre previsto che la Bce, nel decidere se irrogare una sanzione e nello stabilire la sanzione appropriata, si attiene al principio di proporzionalità. Altresì la BCE tiene conto, se pertinenti, delle circostanze del caso specifico, quali: a) da un lato, la buona fede e il grado di correttezza dell'impresa nell'interpretazione e nell'applicazione dell'obbligo a essa derivante da un regolamento o da una decisione della BCE, nonché il grado di diligenza e di cooperazione mostrato dall'impresa o, dall'altro lato, qualsiasi prova di malafede da parte dei rappresentanti dell'impresa; b) la gravità degli effetti dell'infrazione; c) la reiterazione, frequenza o durata dell'infrazione da parte dell'impresa; d) i profitti conseguiti dall'impresa a seguito dell'infrazione; e) la dimensione economica dell'impresa; e f) le precedenti sanzioni irrogate da altre autorità alla stessa impresa e basate sugli stessi fatti.

Infine, laddove l'infrazione consista nel mancato adempimento di un obbligo, l'applicazione di una sanzione non esenta l'impresa dall'adempimento di tale obbligo, salvo che la decisione della Bce con cui viene irrogata una sanzione non stabilisca espressamente il contrario.

Il regolamento 2532/98 è stato recentemente modificato con regolamento (UE) del Consiglio n. 159 del 27 Gennaio

significative laddove i pertinenti regolamenti o decisioni impongano a queste ultime obblighi nei confronti della Bce.

Inoltre, per garantire maggiore effettività al potere sanzionatorio della Bce (sia quello di cui al par. 1, sia quello ex par. 7), l'articolo 129.1 del Regolamento quadro prevede che nel caso di violazione protratta di una decisione o di un regolamento di vigilanza della Bce, quest'ultima può irrogare una penalità di mora per ogni giorno di ritardo e per un periodo massimo di sei mesi al fine di obbligare i soggetti interessati a conformarsi agli obblighi loro impartiti dal regolamento o dalla decisione. La penalità di mora è calcolata per ogni giorno di infrazione e i limiti massimo sono specificati dal reg. (CE) n. 2532/98.

A conferma dell'importanza della cooperazione, l'articolo 135 del Regolamento quadro contiene una disposizione di raccordo tra ANC e Bce. È infatti previsto che le ANC notificano alla Bce tutte le sanzioni amministrative irrogate nei confronti di soggetti vigilati meno significativi. A tal proposito si ricordi anche l'articolo 134.3, il quale stabilisce che l'ANC notifica alla Bce la conclusione di una procedura sanzionatoria avviata su richiesta della Bce ai sensi del par. 1 di detto articolo (vedi nota n. 66), in particolare, informandola delle eventuali sanzioni irrogate¹⁷².

Segue: La procedura sanzionatoria.

2015, in seguito alla Raccomandazione della Bce adottata il 26 Aprile 2014 con cui erano state suggerite modifiche puntuali per allineare il regolamento alla nuova disciplina prevista dal Regolamento sul Mvu.

¹⁷² Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.: Una questione non chiarita espressamente dal Regolamento è se la richiesta della Banca centrale europea rivolta a un'autorità nazionale comporti un obbligo di quest'ultima ad avviare il procedimento sanzionatorio oppure se quest'ultima mantenga un ambito di valutazione autonoma, pur nell'ambito di un principio di leale cooperazione, anche sul se avviare il procedimento. Quanto all'esito del procedimento avviato, va necessariamente riconosciuto un margine di apprezzamento autonomo in capo all'autorità nazionale, anche in relazione agli elementi emersi nella fase del contraddittorio. Ciò è chiarito dal Regolamento quadro secondo il quale l'autorità nazionale competente notifica alla Banca centrale europea la conclusione della procedura sanzionatoria avviata su richiesta di quest'ultima informandola <delle eventuali sanzioni irrogate> (art. 134, par. 3)."

D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013: " A problem arises of the extent to which NCAs are obliged to comply with the ECB request. ... The wording of article 18(5) of the SSM Regulation suggest that NCAs are only obliged to open a proceeding and retain a margin of manoeuvre on the conclusion of this proceeding and on the specific penalty to be applied."

Gli articoli 123 e ss. del Regolamento quadro riguardano specificamente *la procedura per l'irrogazione delle sanzioni* da parte della Banca centrale europea. La disciplina che andremo ad esporre tiene conto dei recenti sviluppi della normativa dell'Unione nel campo delle sanzioni e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla tutela dei diritti del soggetto sanzionato (sono infatti previste specifiche cautele volte ad assicurare che l'amministrazione che irroga la sanzione abbia effettuato una valutazione accurata e abbia consentito un adeguato diritto di difesa alla parte sanzionata) e al principio di *separazione tra la fase di indagine e la fase di decisione*. Il principio in parola, ha l'obiettivo di preservare l'imparzialità dell'organo giudicante¹⁷³ (v. considerando(6)). A tal fine, è stata istituita presso la Bce, un'*unità di indagine indipendente*, incaricata di indagare in modo autonomo sulla violazione delle norme e delle decisioni in materia di vigilanza¹⁷⁴. Essa è composta da *funzionari inquirenti* designati dalla Bce, che non devono essere coinvolti, né esserlo stato nei due anni precedenti all'assunzione del ruolo di funzionari inquirenti, nella vigilanza diretta o indiretta del soggetto vigilato interessato. I funzionari assolvono le loro funzioni di indagine in modo indipendente rispetto al Consiglio di vigilanza e al Consiglio direttivo e non partecipano alle deliberazioni di questi due organi (art. 123).

Tenendo in considerazione quanto scritto nel paragrafo precedente a proposito del riparto del potere sanzionatorio tra Bce e Anc, l'unità di indagine è incaricata di svolgere *indagini con riguardo alle violazioni* di obblighi previsti dal diritto dell'unione direttamente applicabile (*art 18.1*) commesse da un soggetto significativo, e con riguardo alle violazioni di obblighi derivanti da una decisione o

¹⁷³ Per un approfondimento vedi D' Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013.

¹⁷⁴ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.13: "Il regolamento quadro della Bce, in attuazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di separazione tra fase di indagine e fase decisionale e di garanzia del contraddittorio in tutte le fasi del procedimento, ha istituito un'unità d'indagine apposita per l'istruttoria delle decisioni che possono dare luogo a sanzioni."

regolamento della Bce (*art. 18.7*) commesse da una banca (quindi, sia nel caso in cui siano commesse da una banca significativa, sia quando siano commesse da una banca meno significativa laddove il regolamento o la decisione imponga degli obblighi a quest'ultima) (*art. 124*).

L'unità di indagine cura l'*istruttoria del procedimento* e dispone di tutti i poteri che il Regolamento conferisce alla Bce (vedi par. 3.3.6, 3.3.7, 3.3.8 sui "poteri di indagine"). Può formulare richieste nei confronti del soggetto interessato, specificando l'oggetto e lo scopo dell'indagine. Nell'assolvimento dei compiti di indagine, l'unità ha accesso a tutte le informazioni e i documenti raccolti dalla Bce e dalla Anc nel corso delle loro attività di vigilanza (*art. 125*).

Quanto alle *garanzie del contraddittorio*, una volta che l'indagine è stata completata l'unità notifica per iscritto al soggetto interessato le relative risultanze con gli addebiti contestati, informandolo del suo diritto a presentare commenti per iscritto e fissando un termine per la loro ricezione (la Bce non è obbligata a tenere in considerazione i commenti pervenuti in ritardo). Nella notifica, l'unità può altresì invitare il soggetto interessato a partecipare ad un'audizione, durante la quale le parti possono farsi rappresentare e/o assistere da avvocati o altre persone qualificate (l'audizione non è pubblica).¹⁷⁵ È garantito il diritto di accesso al fascicolo dell'unità di indagine in conformità all'articolo 32. Effettuata la notifica, ed eventualmente sentite le parti, l'unità di indagine predispose e inoltra al Consiglio di vigilanza una *<proposta di progetto completo di decisione>* (in cui sono specificate le violazioni commesse, i fatti e le sanzioni da irrogare), insieme al fascicolo di indagine. (*art. 126*).

La proposta di progetto completo di decisione statuisce sulla violazione commessa

¹⁷⁵ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.13: "Quest'ufficio notifica alla banca interessata l'avvio del procedimento e ricorda il diritto di inviare obiezioni per iscritto. Lo stesso ufficio può invitare la banca a una udienza, che non è pubblica, ma in cui quest'ultima può farsi assistere da legali." Clarich, M., *Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico*, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "Non è prevista invece una fase ulteriore di contraddittorio innanzi al Consiglio di vigilanza. Complessivamente, in definitiva, il Regolamento quadro prevede un contraddittorio scritto necessario e un contraddittorio orale, sotto forma di audizione, eventuale, ma esclusivamente innanzi all'organo deputato allo svolgimento dell'istruttoria."

e specifica la sanzione amministrativa pecuniaria da irrogare. L'unità di indagine basa la propria proposta di progetto completo di decisione esclusivamente sui fatti e sugli addebiti in ordine ai quali il soggetto vigilato ha avuto la possibilità di presentare commenti. In relazione a tale proposta¹⁷⁶, se il *Consiglio di vigilanza*:

-ritiene che il fascicolo inoltrato dall'unità di indagine si incompleto, può restituirlo all'unità, unitamente a richiesta motivata di ulteriori informazioni. Quindi l'unità di indagine integrerà le indagini esercitando i suoi consueti poteri.

-se ritiene che il fascicolo sia completo e concorda con la proposta, adotta il progetto completo di decisione proposto dall'unità di indagine in riferimento alla violazione o alle violazioni che ritiene siano state commesse.

-se ritiene che il fascicolo sia completo ma non concorda con la proposta, possiamo avere diversi casi di disaccordo: a) il Consiglio di vigilanza ritiene che i fatti descritti non costituiscano prova sufficiente di una violazione, esso può quindi adottare un progetto di decisione con cui archivia il caso; b) il Consiglio di vigilanza concorda con l'assunto per cui il soggetto avrebbe commesso una violazione, ma non concorda con la raccomandazione proposta in ordine alle sanzioni amministrative, esso adotta il progetto di decisione specificando la sanzione amministrativa che ritiene adeguata; c) il Consiglio di vigilanza ritiene che il soggetto abbia commesso una violazione diversa o che i fatti commessi siano diversi da quelli descritti, esso informa per iscritto il soggetto interessato circa le proprie conclusioni e gli addebiti contestati. Quindi l'unità di indagine informerà il soggetto del suo diritto a presentare commenti per iscritto all'unità di indagine e fissa un termine per la loro ricezione; l'unità potrà altresì invitare il soggetto a partecipare a un'audizione; al soggetto interessato è

¹⁷⁶ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "Sulla base di una siffatta proposta il Consiglio di vigilanza, a seconda dei casi può richiedere un supplemento di istruttoria, adottare il progetto di decisione ove ne condivide i contenuti, modificare l'entità della sanzione o archiviare il caso sottoponendo il progetto completo di decisione al Consiglio direttivo della Banca centrale europea (art. 127)."

garantito il diritto di accesso al fascicolo dell'unità di indagine in conformità all'articolo 32.

Il Consiglio di vigilanza predispone un <*progetto completo di decisione*> in cui stabilisce se il soggetto abbia o meno commesso una violazione e specifica le eventuali sanzioni amministrative da irrogare, che si basa esclusivamente sui fatti e gli addebiti in ordine ai quali il soggetto vigilato ha avuto la possibilità di presentare commenti. Tale progetto completo di decisione, viene inoltrato al *Consiglio direttivo* della Bce per l'adozione formale¹⁷⁷ (art. 127).

Segue: Ulteriori caratteristiche del potere sanzionatorio della Bce.

Il potere sanzionatorio della Bce è soggetto a un termine di prescrizione di 5 anni, decorrenti dal giorno in cui la violazione è stata commessa (art.130). Il potere della Bce di dare esecuzione a una decisione con cui ha irrogato una sanzione è soggetto allo stesso termine di prescrizione quinquennale, decorrente dalla data di adozione del provvedimento sanzionatorio (art. 131).

Le sanzioni irrogate sono pubblicate sul sito ufficiale della Bce per un periodo di almeno 5 anni; se tale pubblicazione sia suscettibile di compromettere la stabilità dei mercati finanziari o un'indagine penale in corso, ovvero danni sproporzionati al soggetto interessato, le decisioni relative a sanzioni sono pubblicate in forma anonima. (art. 132).

Inoltre, se la Bce nell'espletamento dei suoi compiti di vigilanza ha motivo di sospettare che possa essere stato commesso un illecito penale, richiede all'autorità nazionale competente di deferire la questione alle autorità giudiziarie competenti per le indagini e per il procedimento in conformità al diritto nazionale (art. 136).

Salvo il segreto professionale di cui all'articolo 27 del Regolamento, la Bce informa

¹⁷⁷ L'articolo 26 del Regolamento sui rapporti tra il Consiglio di vigilanza e il Consiglio direttivo, prevede che il primo prepari progetti completi di decisione in materia di vigilanza che inoltra al Consiglio direttivo per la loro adozione formale. Vedi "2.2 Il Consiglio di vigilanza e la sua relazione con il Consiglio direttivo della Bce".

l'Autorità bancaria europea di tutte le sanzioni irrogate, nonché delle impugnazioni in relazione a tali sanzioni e l'esito delle stesse (art. 133). I proventi delle sanzioni irrogate dalla Bce appartengono alla Bce¹⁷⁸ (art. 137).

Segue: L'impugnazione.

L'articolo 5 ("Mezzi di ricorso") del Regolamento (CE) 2532/98 sui poteri della Banca centrale europea di irrogare sanzioni, stabilisce che la Corte di giustizia delle Comunità europee¹⁷⁹ ha competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'articolo 172 del trattato per quanto riguarda le decisioni definitive che impongono una sanzione. Pertanto, i provvedimenti sanzionatori¹⁸⁰ della Bce possono essere impugnati in sede giudiziaria, in particolare con ricorso dinanzi al Tribunale in primo grado, e davanti alla Corte di giustizia in appello. Se è pendente un'impugnazione contro l'irrogazione di una sanzione, la Bce pubblica sul proprio sito internet informazioni sullo stato dell'impugnazione in questione e sul relativo esito.

È stato in precedenza detto che l'unità di indagine dispone di tutti i poteri che il Regolamento conferisce alla Bce. Il riferimento è ai "Poteri di indagine" di cui alla Sezione I, Capo III, del Regolamento. Analizziamoli uno ad uno.

¹⁷⁸ Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss: "... elemento che, come si osserva spesso in altri contesti, potrebbe essere visto come suscettibile di generare un (sia pur modesto) conflitto di interesse."

¹⁷⁹ Con il Trattato di Lisbona la denominazione delle istituzioni giudiziarie è stata modificata in "Corte di Giustizia dell'Unione Europea", termine che comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Per un approfondimento vedi Del Vecchio, A., I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi, Bari, 2015, Cap. III, par. 2.

¹⁸⁰ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, i provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia possono essere impugnati davanti alla Corte di Appello di Roma, in deroga alla regola generale per cui spetta al Tribunale amministrativo del Lazio la competenza per i ricorsi contro i provvedimenti della Banca d'Italia. Per un approfondimento vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.13.

3.3.6. *Richiesta di informazioni (Art. 10 Reg.)*

L'*articolo 10* del Regolamento prevede il potere della Bce di richiedere *informazioni* a enti creditizi, società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista, società di partecipazione mista stabilite negli stati membri partecipanti; a persone che vi fanno parte e a terzi che hanno svolto funzioni o attività. La Bce può richiedere che determinate informazioni le vengano comunicate a scadenza regolare, a fini di vigilanza e ai relativi fini statistici. Inoltre, sempre al fine dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal Regolamento, la Bce può richiedere informazioni specifiche precisando il termine in cui queste vanno fornite; in tal caso, prima di richiedere le informazioni prende in considerazione quelle disponibili presso le Anc. Una copia delle informazioni ricevute viene messa a disposizione dell' Anc di riferimento.

3.3.7. *Indagini generali (Art. 11 Reg.)*

L'*articolo 11* del Regolamento stabilisce che ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dallo stesso, la Bce può svolgere tutte le *indagini* necessarie nei confronti dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza. Nell'ambito di un'indagine, la Bce ha diritto di chiedere la presentazione di documenti; esaminare i libri e i registri contabili dei soggetti interessati e fare copie o estratti di questi ultimi; ottenere spiegazioni scritte e orali dai soggetti interessati, o dai loro rappresentanti o dal loro personale; organizzare delle audizioni per ascoltare altre persone che acconsentano ad essere interpellate, allo scopo di raccogliere informazioni pertinenti all'indagine (art. 11.1).

Il destinatario di un'indagine autorizzata con decisione della Bce è tenuto a sottoporvisi; se quest'ultimo ostacola lo svolgimento dell'indagine le autorità

nazionali competenti prestano assistenza alla Bce in conformità al diritto nazionale¹⁸¹, anche nel caso di ispezione in loco ai sensi degli articoli 12-13.

Il Regolamento quadro prevede che la decisione con cui la Bce autorizza un'indagine deve contenere: la base giuridica della decisione e il suo scopo; l'intenzione di esercitare i poteri di indagine di cui all'art. 11.1 del Regolamento; la precisazione che se il soggetto interessato ostacolerà l'indagine egli commetterà una violazione della decisione della Bce sanzionabile ai sensi dell'art. 18.7 del Regolamento.

3.3.8. *Le ispezioni in loco (Art. 12 Reg.)*

La vigilanza ispettiva ha una funzione, si potrebbe anche dire, *<integrativa> della vigilanza informativa*. Essa infatti, consiste in controlli effettuati presso le sedi della banca, che consentono di osservare più da vicino aspetti della gestione che non sono facilmente valutabili mediante i controlli basati sulle informazioni ricevute dagli intermediari.

Normalmente, le ispezioni vengono effettuate presso gli uffici della direzione generale, al fine di valutare il funzionamento dell'organizzazione aziendale, le prassi nel governo della banca, etc. Le verifiche ispettive possono essere a carattere generale quando sono svolte periodicamente, oppure particolari, spesso effettuate in seguito a carenze gestionali evidenziate dalla vigilanza informativa, che impongono una verifica della situazione effettiva della banca. Ad ogni modo, anche le ispezioni generali vengono preparate con la collaborazione degli uffici che si occupano della vigilanza informativa; di conseguenza, emerge chiaramente che lo scambio di informazioni è importante.

¹⁸¹ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "The ECB may launch investigations into the same persons from which it can obtain information but only in the participating states. Apart from requesting the submission of documents, it may ask for oral or written explanations, or undertake interviews. Where necessary, e.g. in case of obstruction, support and assistance from the national supervisor will be solicited."

Le ispezioni servono anche a controllare l'esattezza dei dati inviati dalle banche all'autorità di vigilanza. A secondo del loro oggetto, possiamo avere ispezioni: <a spettro esteso>, quando la valutazione riguarda la complessiva situazione aziendale o <mirate> se invece hanno ad oggetto comparti di attività; <di follow-up>, verificano lo stato di realizzazione di misure correttive richieste dall'autorità di vigilanza o promosse d'iniziativa dagli intermediari; <tematiche>, riguardano la valutazione di aspetti generali che hanno rilevanza per il sistema finanziario e creditizio nel suo complesso.

In ossequio al criterio della significatività, le ispezioni sulle banche significative sono svolte dalla Bce, mentre quelle sugli enti creditizi meno significativi dalle Anc¹⁸².

Gli *articoli 12 e 13 del Regolamento* regolano la fattispecie. È stabilito che la Bce può, al fine di svolgere i compiti attribuiti dal regolamento e previa notifica all'autorità nazionale competente interessata, svolgere ispezioni in loco presso i locali commerciali delle banche sottoposte alla sua vigilanza. Se necessario ai fini di un'ispezione corretta ed efficace, la Bce può svolgere l'ispezione senza preavviso alla banca (art. 12.1).

Sulla base di una decisione della Bce, gli ispettori e le persone autorizzate possono accedere ai locali commerciali e ai terreni dell'ente creditizio destinatario della decisione, ed esercitare i poteri d'indagine di cui all'articolo 11.1, e cioè, chiedere la presentazione di documenti; esaminare i libri e i registri contabili e farne delle copie; ottenere spiegazioni orali e scritte da membri della banca (che sono tenuti a sottoporsi alle indagini) e organizzare audizioni per ascoltare anche altre persone che vi acconsentano.

La Anc dello Stato nel cui territorio deve essere effettuata l'ispezione ha il diritto di partecipare alla verifica ispettiva. I suoi funzionari assistono quelli della Bce sotto la vigilanza e il coordinamento di quest'ultima, ed esercitano i poteri di indagine di

¹⁸² Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 9.10.

cui sopra (art. 12.4).

Quando il soggetto destinatario di un'ispezione autorizzata con una decisione della Bce si oppone, l'Anc presta la sua assistenza in conformità al diritto nazionale, compresa l'apposizione di sigilli su tutti i locali commerciali e ai libri e registri contabili (art. 12.5).

Qualora l'ispezione o l'assistenza richiedano l'autorizzazione giudiziaria in conformità al diritto nazionale, quest'ultima è richiesta (art. 13.1). L'autorità giudiziaria effettua un controllo limitato alla verifica dell'autenticità della decisione della Bce, e che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate; essa può richiedere alla Bce spiegazioni dettagliate sui motivi per cui sospetta che sia stata commessa una violazione degli atti di cui all'articolo 4.3 (ossia una violazione del diritto dell'unione, del diritto nazionale di recepimento di direttive, del diritto nazionale che ha esercitato un'opzione prevista da un regolamento), sulla gravità della sospetta violazione e sul coinvolgimento del soggetto destinatario delle misure coercitive. È inoltre puntualizzato che l'autorità giudiziaria nazionale non può entrare nel merito, mettendo in discussione la necessità dell'ispezione, né esigere che le vengano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Bce. Il controllo di legittimità sulla decisione della Bce, in quanto atto di un'istituzione europea, viene svolto dalla Corte di giustizia (art. 13.2)¹⁸³.

Anche il *Regolamento quadro* contiene disposizioni che riguardano le verifiche ispettive. Ci stiamo riferendo agli *articoli 143-146*. Le ispezioni sono svolte sulla base di una decisione della Bce che ne specifica l'oggetto e lo scopo, con la precisazione che qualsiasi ostacolo all'ispezione posto in essere dal soggetto interessato costituisce una violazione della decisione della Bce per cui potrà essere avviato un procedimento sanzionatorio (art. 18.7), e che in conformità all'art. 11.2

¹⁸³ Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014: "Obviously the Regulation presumes that conflicts may arise and therefore gives the national judiciary the right to assess the proportionality of the coercive measures, the seriousness of the infringement or the evidence of the breach. But the judge is not entitled to receive information on the ECB's file or challenge the necessity of the inspection. The latter point can only be reviewed by the ECJ."

l'autorità nazionale competente comunque presterà l'assistenza necessaria ai fini dell'espletamento dell'ispezione. Se l'ispezione fa seguito ad un'indagine svolta sulla base di una decisione della Bce, qualora la verifica ispettiva abbia il medesimo scopo e ambito dell'indagine, ai funzionari della Bce è garantito l'accesso ai locali commerciali e ai terreni del soggetto sulla base della medesima decisione. In altre parole, non è necessaria un'ulteriore decisione della Bce che autorizzi l'ispezione. La Bce è responsabile della costituzione e della composizione dei gruppi per le ispezioni con il coinvolgimento dell'Anc. La Bce designa il capogruppo scegliendolo tra i membri del personale Bce e dell'Anc; le persone che svolgeranno l'ispezione seguiranno le istruzioni del capogruppo.

La Bce notifica la propria decisione e l'identità dei membri del gruppo d'ispezione al soggetto interessato almeno 5 giorni lavorativi prima dell'inizio della verifica ispettiva. La Bce notifica l'ispezione anche all'Anc almeno 6 giorni lavorativi prima della notifica al soggetto interessato; la notifica in parola, è funzionale a garantire all'Anc il suo diritto a partecipare all'ispezione. Se necessario ai fini di un'ispezione corretta ed efficace, la Bce può svolgere l'ispezione senza previa notifica al soggetto interessato; in tal caso, l'ANC è informata appena possibile prima che l'ispezione abbia inizio.

3.4. La responsabilità

Nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico, l'attribuzione della responsabilità segue la ripartizione delle competenze tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti. Tuttavia, in certi casi la ripartizione delle competenze non è così netta, e di conseguenza, l'attribuzione della responsabilità non risulta essere un compito semplice. Dobbiamo infatti tenere in considerazione che la svolta attuata dal Meccanismo non ha dato luogo ad una semplice divisione di competenze tra autorità europee e istituzioni nazionali, ma ad un nuovo sistema di amministrazione integrata, in cui la vigilanza sugli enti creditizi viene svolta dalla Bce in

cooperazione con le autorità nazionali. Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, la disciplina contiene aspetti particolari, che sono il risultato dell'esigenza di bilanciare le diverse opinioni emerse tra gli Stati membri durante i lavori preparatori del Regolamento. Quest'ultimo, infatti, prevede una particolare procedura decisoria per l'adozione delle decisioni di vigilanza; stabilisce che la Bce vigili direttamente gli enti creditizi più significativi, vigilanza che, come stabilito dal Reg. quadro, viene esercitata tramite i Gruppi di vigilanza congiunti, di cui fanno parte anche le autorità nazionali; le autorità nazionali, a loro volta, sono responsabili della vigilanza sugli enti creditizi meno significativi, ma questa viene svolta secondo le istruzioni fornite dalla Bce (per l'appunto, si parla di vigilanza indiretta della Bce); sono previste delle procedure in cui, sebbene la Bce abbia l'ultima parola sull'adozione del provvedimento definitivo, le Anc svolgono un importante ruolo preparatorio, potendo conseguentemente avere casi di responsabilità concorrente. Risulta chiaro, quindi, che in tutti questi casi di evidente cooperazione ed intreccio di ruoli, non risulta di certo agevole attribuire le responsabilità.

3.4.1. La responsabilità degli organi

Come è stato esposto nei capitoli precedenti, oggi la Banca centrale europea svolge due importanti funzioni: da un lato, si occupa della politica monetaria con l'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi (art. 127.1 Tfeue), dall'altro, a partire dal 1 Novembre 2014 esercita la vigilanza prudenziale al fine di proteggere la solidità degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.

In applicazione del principio di separazione tra la funzione di politica monetaria e quella di supervisione, le due funzioni vengono eseguite in un rapporto di reciproca indipendenza, onde evitare la nascita di potenziali conflitti di interesse. In particolare, le decisioni di vigilanza vengono preparate dal Consiglio di vigilanza per poi essere legalmente adottate dal Consiglio direttivo della Bce mediante una procedura di non obiezione, secondo cui, se entro 10 giorni dal ricevimento della

proposta di decisione inviata dal Consiglio di vigilanza il Consiglio direttivo non si oppone, la decisione si intende adottata. In questo modo, il Consiglio direttivo mantiene l'ultima parola, in quanto quest'ultimo è l'unico organo della Bce titolare di poteri decisorio; allo stesso tempo, dalla disciplina emerge come il potere decisorio in materia di vigilanza prudenziale sia, di fatto, esercitato dal Consiglio di vigilanza. Ipotesi di responsabilità nei confronti dei terzi potrebbe sorgere laddove la Bce rinunciasse alle immunità di cui al Protocollo n. 7.¹⁸⁴ Si porrebbe quindi il problema dell'attribuzione delle responsabilità. Dato che il Consiglio direttivo della Bce è l'unico organo titolare del potere decisorio, esso non può essere esente da responsabilità nel caso in cui una decisione di vigilanza abbia causato danni ai terzi. Tuttavia, la procedura di non obiezione prevista dal Regolamento lascia che il contenuto di tali decisioni sia predeterminato dal Consiglio di vigilanza e, quindi, che il potere decisorio sia di fatto esercitato da quest'ultimo; di conseguenza, il fatto che le decisioni siano formalmente adottate dal Consiglio direttivo non può escludere che vi sia una responsabilità anche del Consiglio di vigilanza.

Nell'ambito del Meccanismo operano anche altri organi, la cui attività, però, ha un rilievo meramente interno. Il Regolamento prevede che il Consiglio di vigilanza istituisca un Comitato direttivo costituito da alcuni suoi membri. Quest'ultimo ha il compito di assistere il Consiglio e organizzare le sue riunioni. Il Comitato svolge dei compiti aventi un rilievo meramente interno e non è dotato di poteri decisorio, motivo per cui non sembra possa essere a quest'ultimo attribuita una qualche forma di responsabilità per i danni causati a terzi da una decisione di vigilanza¹⁸⁵.

Analoghe conclusioni per quanto riguarda la Commissione amministrativa del riesame, organo centrale della procedura di revisione interna cui possono ricorrere i

¹⁸⁴ Il Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione Europea.

¹⁸⁵ D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "Whilst not vested with supervisory powers, the Executive Board is still the ECB's top administrative body responsible for its internal organisation and staff. It may therefore be liable where an alleged failure to act by the ECB caused damage to third parties and was the result of an inadequate internal allocation of staff, resources or information."

soggetti direttamente e individualmente destinatari di una decisione di vigilanza. Il parere fornito dalla Commissione non è giuridicamente vincolante per il Consiglio di vigilanza né per il Consiglio direttivo¹⁸⁶. Il Consiglio di vigilanza valuta il parere non solo con riguardo ai motivi dedotti dal richiedente nell'istanza di riesame, ma prendendo in considerazione anche altri elementi¹⁸⁷, dopodiché formula una nuova proposta al Consiglio direttivo, che può sostituire la decisione iniziale con una di contenuto identico, abrogarla o modificarla¹⁸⁸.

Infine, abbiamo il Panel di mediazione, il cui compito è risolvere le opinioni divergenti che hanno le autorità competenti degli Stati membri partecipanti in merito ad un'obiezione del Consiglio direttivo ad un progetto di decisione del Consiglio di vigilanza; l'opinione del panel, tuttavia, non vincola né il Consiglio di vigilanza né il Consiglio direttivo¹⁸⁹.

3.4.2. La controversa questione della responsabilità dei membri dei Gvc e dei gruppi di ispezione

L'articolo 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) stabilisce che, in materia di responsabilità extracontrattuale, "... La Banca centrale europea deve risarcire ... i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni".

¹⁸⁶ Vedi art. 16.5, Decisione della Bce del 16 Aprile 2014 relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento.

¹⁸⁷ Vedi art. 17.1, Decisione della Bce del 16 Aprile 2014 relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento.

¹⁸⁸ D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "Nevertheless, to the extent that the Supervisory Board would take into account the opinion of the ABoR and this were affected by a patent error of law, a concurrents liability of the ABoR cannot be excluded."

¹⁸⁹ Vedi artt. 8.1 e 10.3, Regolamento della Bce n. 673, 2 Giugno 2014, relativo all'istituzione del gruppo di mediazione e al suo regolamento interno.

Nell'ambito del Meccanismo vi è una profonda iterazione tra la Bce e le Autorità nazionali competenti; ciò comporta che, in determinate situazioni, il personale di un'Anc svolge i propri doveri sotto il coordinamento della Bce. Come infatti è stato esposto nel capitolo precedente (vedi par. 3.1.4.), la vigilanza diretta della Bce (ossia, quella sugli enti creditizi significativi) viene eseguita attraverso unità operative, ossia i Gruppi di vigilanza congiunti-Gvc (o, Joint supervisory teams-Jsts), composte da membri della Bce e delle Autorità nazionali competenti, rispettivamente designati dalla istituzione cui appartengono.

La questione che emerge è se, e in che misura, la Bce potrebbe essere chiamata a risarcire i danni provocati dai membri di un Gvc che sono stati designati dalla Anc e che, in quanto appunto membri del Gvc, agiscono in nome e per conto della Bce. In altre parole, se la Bce può essere chiamata in via esclusiva, o concorrente con la Anc, a risarcire i danni provocati da membri non da essa nominati, che fanno però parte di un'unità operativa mediante la quale la Bce svolge i propri compiti di vigilanza.

La Bce è responsabile dell'istituzione di un gvc per ogni soggetto o gruppo significativo vigilato. Essa nomina il coordinatore del gruppo, che viene scelto tra i membri provenienti dalla Bce; nei gruppi congiunti per le ispezioni, invece, la Bce nomina il coordinatore potendo scegliere anche tra i membri della Anc. Il coordinatore del gruppo ha il compito di coordinare i lavori del gruppo e, a tal proposito, impartisce istruzioni a tutti i membri. Egli è assistito da uno o più sub-coordinatori, designati dalla Anc tra i membri da quest'ultima scelti per far parte del gruppo; anche i sub-coordinatori possono dare istruzioni, ma solo nei confronti degli altri membri nominati dalla Anc e a condizione che non contrastino con le istruzioni del coordinatore. Quando risulti opportuno ai fini della composizione del gruppo, la

Bce può chiedere all'autorità nazionale di modificare una designazione da quest'ultima effettuata¹⁹⁰.

Seconda la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, un atto (sia un'azione che omissione) compiuto da una persona è imputabile ad un'istituzione europea se una disposizione legislativa conferisce alla persona il potere di agire in nome e per conto di tale istituzione, e attribuisce a quest'ultima il potere di esercitare un controllo effettivo sugli atti posti in essere dalla persona¹⁹¹. Soffermandosi invece sul differente criterio dell'esecuzione dei compiti, la giurisprudenza della CGUE ha del pari affermato che un'istituzione europea è responsabile per gli atti posti in essere dai suoi agenti qualora, per via di una relazione *interna* e diretta, essi risultino essere la estensione dei compiti attribuiti all'istituzione¹⁹².

I membri designati dalle Anc nei gruppi di vigilanza congiunti, come anche nei gruppi congiunti per le ispezioni, eseguono i loro compiti secondo le istruzioni fornite dal coordinatore, quest'ultimo nominato dalla Bce. Tenendo in considerazione quanto è stato detto, sembra più che il gruppo agisca in nome e per conto della Bce, piuttosto che della Anc competente, e volendo quindi applicare il criterio dell'esecuzione dei compiti, l'azione dei membri delle Anc sembra più risultare in un'estensione dei compiti attribuiti alla Bce, piuttosto che dei compiti

¹⁹⁰ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "Different models for JSTs could theoretically have been conceived. Under a first model, staff from the NCAs would have become ECB staff. Under a second model, coordination would have been achieved between the ECB and NCAs rather than between their respective staffs. Under a combined model, the NCA staff involved in JSTs, though remaining employed by their own NCA, would have been directly subject to instructions from the ECB. Though the SSMR is not crystal clear on the allocation of responsibilities pertaining to the day-to-day verification of credit institutions, a reading of Article 6(3) in conjunction with Recitals 28 and 37 SSMR suggests the idea, which has been followed in this paper, that the NCAs remain competent for the day-to-day verification of all credit institutions, including significant ones, though under the ECB's coordination."

¹⁹¹ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015, che riporta il caso C-201/89, *Le Pen and Le Front national v. Puhl and others*.

¹⁹² D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015, che riporta il caso C-9/69, *Sayag and AG Zurich v. Leduc and others*.

della Anc. Di conseguenza, la Bce ne sarebbe logicamente responsabile, se non fosse che il criterio in parola vuole che tra istituzione europea e suoi agenti vi sia una relazione interna e diretta, ed è dubbioso che interna possa essere considerata la relazione tra la Bce e i membri designati dalle Anc.

Altresì, la Bce può disporre, ma solo con riguardo ai gruppi per la vigilanza sugli enti creditizi meno significativi, che il gruppo di vigilanza di un'autorità nazionale competente sia formato anche da personale proveniente dalle Anc di altri Stati membri¹⁹³. In tal caso, applicando sempre il criterio dell'esecuzione dei compiti, la Anc competente sarebbe responsabile per gli eventuali danni provocati dall'azione dei membri provenienti dalla Anc dell'altro Stato membro, in quanto, l'azione di tali membri risulta essere più un'estensione dei compiti attribuiti alla Anc competente, piuttosto che un'estensione dei compiti attribuiti all'Anc dell'altro Stato membro. Tuttavia, come nel precedente anche in questo caso, è dubbioso che la relazione tra l'Anc competente e i membri di un'altra Anc possa considerarsi interna.

Segue: Le immunità previste dal Protocollo 7

Il Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione Europea conferisce alle istituzioni europee e al loro personale l'immunità da qualsiasi processo civile, penale e amministrativo iniziato in uno Stato membro per gli atti da loro compiuti in veste ufficiale, ossia, come chiarito dalla giurisprudenza della CGUE, per gli atti da loro compiuti che risultino essere necessari per l'assolvimento dei compiti affidati all'istituzione¹⁹⁴. L'articolo 17 del Protocollo in parola stabilisce che, essendo i

¹⁹³ Vedi art. 31.2 del Reg., e art. 7 del Reg. Quadro.

Vedi anche D'Ambrosio, R., *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "In accordance with Article 31(2) of the SSMR, if the ECB considers that the participation of staff members from an NCA in another NCA's supervisory team is appropriate, it may require the latter NCA to involve staff members of the former NCA in its supervisory team. This provision has been interpreted under the SSMFR as applicable to the day-to-day supervision of less significant credit institutions only."

¹⁹⁴ Vedi D'Ambrosio, R., *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015, che riporta Gruber, G. and Benisch, M., "Privileges and Immunities of the European Central Bank", ECB Legal Paper Working Series No 4, June 2007, pp. 25-26: "the purpose of this provision is to ensure that officials and other servants of the

privilegi, le immunità e le agevolazioni concesse ai funzionari e agli altri agenti dell'Unione esclusivamente nell'interesse di quest' ultima, ciascuna istituzione dell'Unione ha l'obbligo di togliere l'immunità concessa a un funzionario o ad un altro agente ogniqualvolta essa reputi che ciò non sia contrario agli interessi dell'Unione. Preso atto di ciò, tutte le attività che non rientrano nello scopo dell'istituzione possono essere oggetto di processi giurisdizionali innanzi a corti nazionali¹⁹⁵.

Due disposizioni del Protocollo meritano una particolare attenzione. Il riferimento è agli articoli 22 e 11(a). L'articolo 22 stabilisce che le immunità e i privilegi si applicano anche “alla Banca centrale europea, ai membri dei suoi organi e al suo personale”. Tale disposizione deve essere interpretata nel senso che le immunità vengono concesse ai membri di qualsiasi organo della Bce; questo poiché, da un lato, la terminologia dell'art. 22 non distingue tra membri di organi dotati o meno di poteri decisori, né tra membri di organi il cui fondamento istitutivo sia un trattato o un regolamento; dall'altro, bisogna tener conto dello scopo per cui le immunità vengono concesse, stiamo infatti parlando di un'immunità funzionale, ossia di immunità concesse allo scopo che le funzioni attribuite all'istituzione vengano

Communities (including ECB staff) can perform their tasks fully independently; judgements on their performance on the basis of national law would be incompatible with this purpose...The Court of Justice has defined the term 'acts performed by them in their official capacity' in two judgments concerning traffic accidents. According to the Court, the scope of the immunity is limited to acts which, by their nature, are part of the tasks to be performed by the official/servant concerned; the act in question must directly serve the performance of the task”.

¹⁹⁵ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 78, Gennaio 2015, che riporta Gruber, G. and Benisch, M., “Privileges and Immunities of the European Central Bank”, p. 7: “the privileges and immunities granted to an international organisation are conditioned by the organisation's functions (principle of functional immunity). The reason underlying this principle is that international organisations are not sovereign entities like states. They are created by their member states for carrying out specific functions. Therefore, they enjoy privileges and immunities only to the extent necessary for the exercise of those functions. Activities outside the functions entrusted to an international organization (ultra vires activities) are not covered by its special status”. See Case C-2/88, J. J. Zwartveld and Others v Commission [1990] ECR-I 3367, § 19: “...the privileges and immunities which the Protocol grants to the European Communities have a purely functional character, inasmuch as they are intended to avoid any interference with the functioning and independence of the Communities (see the order of the Court in Case C-1/88, SA Générale de Banque v Commission [1989] ECR 857, paragraph 9)”

eseguite in maniera effettiva e indipendente¹⁹⁶.

L'articolo 11(a) stabilisce che sul territorio di ciascun Stato membro e qualunque sia la loro cittadinanza, i funzionari ed altri agenti dell'Unione godono dell'immunità di giurisdizione per gli atti da loro compiuti in veste ufficiale. Inoltre, l'articolo 10 stabilisce che anche i rappresentanti degli Stati membri che partecipano ai lavori delle istituzioni dell'Unione, nonché i loro consiglieri e periti tecnici, godono dei privilegi e delle immunità. I membri nazionali degli organi della Bce sono pertanto inclusi¹⁹⁷.

Venendo a noi, per quanto riguarda i membri dei gruppi di vigilanza congiunti e i gruppi congiunti per le ispezioni che operano sotto il coordinamento della Bce, non è chiaro se le immunità in parola possano essere estese anche a quest'ultimi, e se anche fosse, quale sarebbe la disposizione pertinente tra l'articolo 11(a) o l'articolo 10, e quindi, se andrebbero considerati rispettivamente come agenti dell'Unione o come rappresentanti di Stati membri che partecipano ai lavori dell'Unione¹⁹⁸.

3.4.3. La responsabilità concorrente e la distribuzione della competenza giurisdizionale tra CGUE e autorità nazionali.

Mentre la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a decidere sulla eventuale responsabilità extracontrattuale della Bce, le autorità giudiziarie nazionali

¹⁹⁶ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "Moreover, it is worth noting that immunities under the Protocol also apply to the ECB's staff, which clearly does not enjoy any decision-making powers. There is therefore no reason to introduce such distinctions between the ECB's organs. Furthermore, immunities should apply to all the members of the ECB's organs by virtue of Article 11(a) of the Protocol, irrespective of whether they were appointed by the ECB, the NCAs or according to a special and more complex procedure."

¹⁹⁷ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "Nevertheless, the fact that some members of the Supervisory Board and the Governing Council were appointed by the NCAs and the NCBS respectively does not change their nature as members of ECB organs."

¹⁹⁸ Vedi D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015.

sono competenti con riguardo ai casi aventi ad oggetto la responsabilità extracontrattuale delle relative Anc. Come esposto all'inizio, l'attribuzione delle responsabilità segue la ripartizione delle competenze; tuttavia, dato che la vigilanza è effettuata in cooperazione tra Bce e Anc, e tenuto anche in considerazione che le Anc agiscono anche secondo le istruzioni, i regolamenti e gli orientamenti della Bce, l'attribuzione della responsabilità non si rivela un compito semplice.

La giurisprudenza della CGUE ha affermato che, quando il diritto dell'Unione attribuisce alla Commissione il potere di emanare istruzioni vincolanti per un'autorità nazionale, e quest'ultima le esegue, sarà la Commissione ad essere eventualmente responsabile, non l'autorità nazionale¹⁹⁹. Così, quando la Bce emana istruzioni e regolamenti nei confronti delle Anc, degli eventuali danni derivanti dagli atti compiuti da queste ultime dovrà risponderne la Bce, tranne che, conservando le autorità nazionali competenti un margine di discrezionalità sul modo in cui eseguire le istruzioni e i regolamenti, allora si avrebbe una responsabilità concorrente della Bce e delle Anc. In tali casi, il soggetto danneggiato potrebbe iniziare due azioni parallele, una contro la Bce davanti la CGUE, l'altra contro la Anc davanti l'autorità giudiziaria nazionale. Uno dei principi di diritto processuale internazionale costantemente affermati dalla CGUE è quello del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, per cui il danneggiato deve, prima di iniziare un'azione di risarcimento davanti la CGUE, esperire un'azione di risarcimento davanti l'autorità nazionale, laddove il diritto interno preveda dei rimedi che siano idonei a fornire un'effettiva protezione, e quindi un adeguato risarcimento, ad esso. Tuttavia, è bene precisare che esperita azione di risarcimento contro una Anc dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, per i danni derivanti da un atto compiuto dalla Anc in esecuzione di un'istruzione o di un regolamento della Bce, la corte nazionale potrebbe ritenere necessario effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi

¹⁹⁹ D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015, che riporta il caso C-175/84, Krohn&Co Import Export(GmbH & Co KG) v. Commission.

dell'art. 267 Tfeue, con cui le chiede di interpretare l'atto della Bce²⁰⁰. Di conseguenza, come precedentemente scritto, l'autorità giudiziaria nazionale potrà statuire con riguardo alla eventuale responsabilità extracontrattuale della Anc, ma non su quella della Bce, per cui è competente la CGUE.

²⁰⁰D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015: "When an action for damages is brought before a national court against an NCA which acted on the basis of an ECB regulation or instruction, the national court may consider the need to require the CJEU to give a preliminary ruling under Article 267 TFEU, for the interpretation of the ECB act"

Capitolo IV

IL POTERE REGOLAMENTARE DELLA BCE

4.1 Introduzione	117
4.2 Le ragioni a sostegno dell'armonizzazione delle regole e dell'accentramento della vigilanza	118
4.3 Le tappe fondamentali della regolamentazione europea	121
4.4 Le soluzioni ai problemi dell'attuale quadro regolamentare	136
4.5 Il rafforzamento del potere regolamentare della Bce	137
4.6 Conclusioni	155

4.1 Introduzione.

In Europa, sono stati fatti enormi passi in avanti nel campo della regolamentazione finanziaria e della vigilanza. Con particolare riguardo al settore bancario, il processo di armonizzazione delle regole e dell'accentramento della vigilanza vede oggi

l'Autorità bancaria europea e la Commissione incaricate della redazione delle norme, mentre alla Banca centrale europea sono stati attribuite funzioni di vigilanza. L'assetto europeo si caratterizza quindi per la separazione della funzione regolamentare da quella di vigilanza: ciascuna funzione viene eseguita da autorità diverse. È indispensabile che l'azione regolamentare e l'azione di supervisione trovino costantemente un raccordo efficiente, al fine di non pregiudicare l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. In Europa, l'accentramento della vigilanza è stato raggiunto con l'attuazione del primo pilastro dell'Unione bancaria; invece, per quanto riguarda l'armonizzazione delle regole, nonostante sono stati fatti importanti progressi grazie al lavoro svolto dall'Autorità bancaria europea, permangono ancora delle importanti differenze (importanti sotto il profilo delle pericolose implicazioni che esse comportano) tra gli Stati Membri. Prima di analizzare le fasi che hanno portato all'attuale separazione tra funzione regolamentare e funzione di vigilanza, può essere utile esporre le ragioni a sostegno dell'armonizzazione delle regole e dell'accentramento della vigilanza che d'altra parte caratterizzano l'attuale sistema bancario europeo.

4.2 Le ragioni a sostegno dell'armonizzazione delle regole e dell'accentramento della vigilanza.

Vi sono diversi motivi che rendono preferibile l'armonizzazione delle regole ad un sistema in cui ogni Stato ne ha di proprie. Uno di questi riguarda le esternalità negative derivanti dal fallimento di un intermediario²⁰¹. Come è stato detto nel I capitolo, essendo la finanza un insieme di istituzioni interconnesse, il fallimento di un intermediario finanziario produce delle esternalità negative che, a maggior ragione se a fallire è un intermediario di grosse dimensioni, possono coinvolgere gli

²⁰¹ See Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "Regulatory harmonization is mainly grounded on the spillover effects generated by banking and financial crises. ..."

enti finanziari di altri Stati. Quando gli effetti negativi della crisi di un intermediario attraversano i confini e la crisi coinvolge il sistema economico di più Stati, si pone il problema se la situazione vada affrontata da ogni Stato individualmente, o coordinando l'attività di ciascuno. In tali situazioni, avere un quadro regolamentare comune senz'altro favorirebbe il coordinamento. Altresì, in un mondo sempre più globalizzato, un insieme di regole comuni contribuirebbe a diminuire l'arbitraggio regolamentare ed avere un maggior "level playing field", così riducendo il numero di enti creditizi invogliati a spostare la loro sede in quegli Stati dove la legislazione è meno rigida. Inoltre, se ogni Stato ha una propria legislazione, diversa da quella degli altri paesi, i costi per gli enti creditizi che vorrebbero allargare la propria attività in altri mercati potrebbero aumentare. Tuttavia, anche l'armonizzazione delle regole può presentare degli svantaggi. Se le regole su cui i paesi hanno raggiunto l'accordo sono viziate, o in qualche modo imperfette, esse potrebbero, di conseguenza, incidere negativamente sul sistema finanziario.

L'armonizzazione delle regole può essere perseguita attraverso diverse strumenti normativi²⁰². Le norme prodotte a livello internazionale sono normalmente di soft law, ossia non giuridicamente vincolanti. Un esempio, è costituito dalle regole concordate in seno ai comitati che si riuniscono a Basilea. Quest'ultime, benché hanno la natura di norme giuridicamente non vincolanti, sono regolarmente trasposte dagli Stati membri all'interno delle loro giurisdizioni con strumenti legislativi giuridicamente vincolanti. Nell'Unione Europea, l'armonizzazione delle regole viene perseguita attraverso le direttive e i regolamenti. Mentre le prime devono essere recepite dagli Stati membri, e concedono a questi ultimi un margine di discrezionalità (che come vedremo in seguito, è una delle cause di differenze regolamentari), i regolamenti sono direttamente applicabili e sono spesso utilizzati per trasporre gli standard fissati a livello internazionale dal comitato di Basilea.

Se gli Stati, concordi sui vantaggi che ne deriverebbero, decidono di perseguire

²⁰² Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "Harmonization can take different forms depending on the means used to implement it. ..."

l'armonizzazione delle regole, si pone la questione di chi debba esercitare il potere regolamentare²⁰³. Il settore finanziario è un ambito tecnico che per essere regolamentato ha bisogno di una considerevole esperienza e conoscenza nel campo, fattori di cui il legislatore difficilmente risulta esserne fornito. Di conseguenza, risulta appropriato che il legislatore affronti le delicate questioni che emergono nell'ambito finanziario, limitandosi a stabilire i principi generali che devono essere rispettati dalla disciplina di settore, e lasciando che di quest' ultima se ne occupi l'esecutivo o magari un'agenzia indipendente dal governo. Le ragioni che rendono preferibile la delegazione del potere regolamentare ad una agenzia indipendente, piuttosto che al governo, sono principalmente due²⁰⁴. Anzitutto, mentre in un ramo dell'esecutivo non è semplice concentrare e accrescere l'esperienza e la specializzazione in un settore, ciò risulta essere possibile in un'agenzia. Inoltre, l'indipendenza dell'agenzia ridurrebbe il rischio di un'interferenza politica, così da favorire un'azione orientata più al lungo periodo. Tuttavia, l'esercizio di poteri regolamentari da parte di un'agenzia solleverebbe problemi quali, ad esempio, la mancanza di legittimazione democratica. Come vedremo più avanti, in Europa le regole del settore bancario sono preparate dall'Autorità bancaria europea per poi essere adottate dalla Commissione.

Anche l'accentramento della vigilanza è giustificato, più o meno, dalle medesime ragioni a favore dell'armonizzazione delle regole. La recente crisi finanziaria ha mostrato che in un sistema in cui operano diversi supervisori, la cooperazione e il coordinamento tra le attività di vigilanza è destinato a indebolirsi proprio nel momento in cui ve ne è più bisogno, ossia nel caso del fallimento di un

²⁰³ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "A further question, which is also central to the present chapter, is how to allocate regulatory and supervisory powers once a decision for either harmonization or centralization has been taken. ..."

²⁰⁴ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "Firstly, expertise can be concentrated and accumulated in a regulatory agency in a way which is not always possible with the government bureaucracies; ... Secondly, agency's independence may reduce the risks of political interference, encourage a long term perspective, and (perhaps) facilitate consultation and more open decision-making."

intermediario²⁰⁵. Di conseguenza, in seguito alla crisi l'accentramento della supervisione è tornato ad essere un obiettivo primario da raggiungere. Una prima strada da percorrere potrebbe essere quella che prevede la fissazione di criteri per cui un supervisore sia competente a controllare le banche stabilite, non solo all'interno del territorio nazionale, ma anche in altri paesi (nell'Ue, il principio del mutuo riconoscimento ne è un esempio). Un'ulteriore ipotesi da prendere in considerazione consisterebbe nel rafforzamento della cooperazione tra i supervisori attraverso l'istituzione di agenzie di coordinamento (quanto avvenuto nell'Ue con la riforma del 2010 che ha istituito il Sistema europeo di vigilanza finanziaria- Sevif). Tuttavia, in caso di crisi, gli interessi nazionali dei supervisori potrebbero risultare problematici, perché il supervisore tenderebbe a proteggere più gli interessi del proprio paese piuttosto che quelli degli altri paesi coinvolti. Il modello che sembra ovviare a tale problema, è quello che prevede l'istituzione di un'autorità di vigilanza sovranazionale²⁰⁶. In una certa misura, così è stato per il Meccanismo di vigilanza unico, che tuttavia non ha previsto l'attribuzione dei compiti di vigilanza ad una nuova autorità europea, ma ha instaurato un sistema di amministrazione integrato, formato dalla Banca centrale europea e dai supervisori nazionali, in cui l'esercizio della vigilanza è incentrato proprio sulla cooperazione tra questi ultimi.

4.3 Le tappe fondamentali della regolamentazione europea.

L'Atto unico europeo del 1986 (entrato in vigore il 1° Luglio del 1987) aveva l'obiettivo di velocizzare il processo di armonizzazione delle regole. Fino a quel momento, l'accordo su regole comuni poteva essere raggiunto sulla base

²⁰⁵ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "The 2008 financial turmoil vividly showed that supervisory fragmentation, such as that found in the EU, is a cause of systemic risks, for the cooperation between national supervisors is bound to fail precisely when it is most needed, ie in the case of a banking crisis."

²⁰⁶ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, Cap. IV-V: "only the establishment of a supranational supervisor overcomes both the limits of supervisory cooperation and the national bias of the lead supervisor. This is the case of the SSM which, however, also includes elements of supervisory cooperation (between the ECB and the national authorities)."

dell'unanimità degli Stati membri. Con gli anni, nuovi paesi sono entrati a far parte dell'allora Comunità Europea. Maggiore è il numero dei membri, più difficile è trovare il consenso di tutti su regole comuni; ciò costituì un ostacolo al processo di integrazione europea. Ecco che con l'Atto unico del 1986, si decise di passare ad un nuovo tipo di integrazione europea, basata sui concetti *dell'armonizzazione minima, e del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza*²⁰⁷. In particolare, era previsto che il Consiglio Eu potesse decidere che talune disposizioni in vigore in uno stato membro, fossero riconosciute come equivalenti a quelle applicate da un altro stato membro. Per essere riconosciute in tutti gli stati europei, le regole di un paese dovevano essere precedute da un'armonizzazione minima: non più l'unanimità su tutte le regole, ma la maggioranza su un nucleo minimo di regole, che poi dovevano essere recepite da ogni stato membro all'interno del proprio ordinamento. In tal modo, si sarebbe creata una concorrenza tra regole che avrebbe automaticamente favorito il progressivo avvicinamento delle normative degli stati membri.

La direttiva n. 646/1989 ha stabilito regole di armonizzazione minima e ha affermato il principio del mutuo riconoscimento: le banche possono operare in tutto il territorio europeo, mediante succursali o prestazione di servizi senza stabilimento, sulla base dell'autorizzazione del paese d'origine e sono soggette al controllo della autorità competenti di quest'ultimo paese²⁰⁸.

L'armonizzazione minima e il mutuo riconoscimento non avevano pienamente realizzato l'obiettivo perseguito dall'Atto Unico, ossia la velocizzazione dell'armonizzazione delle regole. Infatti, permanevano considerevoli differenze fra

²⁰⁷ Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, par. 8.2: "La realizzazione del mercato unico in campo bancario va inquadrata nel più generale processo di avvicinamento delle normative dei paesi aderenti all'Unione. Il Trattato di Roma del 1957 si prefiggeva l'obiettivo dell'abolizione delle restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi, con riferimento a persone, merci, servizi e capitali. La realizzazione del mercato unico è stata accelerata nel settore bancario con l'Atto unico europeo, entrato in vigore il 1° Luglio 1987; con esso è stata affermata una nuova filosofia per l'integrazione dei sistemi normativi europei, fondata sui principi del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza negli altri paesi delle regole stabilite in un singolo paese dell'Unione. ..."

²⁰⁸ Per un approfondimento vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, par. 8.2.

le regole adottate dagli stati membri²⁰⁹. Motivo per cui, venne istituito un comitato di esperti presso la Commissione Eu, in seno al quale l'Italia è stata rappresentata dal Professor Spaventa. Nel Novembre del 2000, il comitato pubblicò il proprio rapporto (il c.d. *rapporto "Lamfalussy"*), in cui proponeva di favorire l'armonizzazione delle regole attraverso l'istituzione di tre organismi con competenze specifiche di ausilio alla Commissione (per le banche fu costituito il Committee of european banking supervisor – Ceb, che nel 2010 verrà sostituito dalla Autorità Bancaria Europea). Inoltre, al fine di limitare il margine di discrezionalità degli Stati nel recepimento delle direttive, si propose di passare dall'armonizzazione minima *all'armonizzazione massima*: gli Stati, nel recepire le direttive, non avrebbero potuto stabilire regole diverse, neanche più severe di quelle europee. Fu altresì stabilito, che ad una prima direttiva sarebbe seguita una direttiva di attuazione (una direttiva esecutiva della prima), e che i tre organismi sopra menzionati avrebbero avuto il compito di emanare guidelines, al fine di favorire ulteriormente l'uniforme attuazione delle direttive. Ciò in considerazione del fatto che uno degli ostacoli alla creazione di un mercato con regole comuni, sono sia le differenze linguistiche, ma anche quelle culturali: spesso un termine ha la medesima traduzione all'interno degli ordinamenti, ma quella traduzione ha poi un significato legale diverso, proprio a causa della differente tradizione giuridica.

La recente crisi finanziaria ha dimostrato come questo sistema si sia rivelato insufficiente rispetto agli obiettivi prefissati²¹⁰. Quest'ultima, insieme alla crisi riguardante i titoli del debito sovrano che i paesi dell'area euro hanno dovuto affrontare, ha innescato un processo di integrazione, inimmaginabile appena qualche

²⁰⁹ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, par. 8.2: "Nonostante la creazione del mercato unico dei servizi bancari, negli ultimi anni del Novecento permanevano importanti differenze fra le regole adottate dai paesi europei. Furono avviati approfondimenti per accelerare l'armonizzazione della regolamentazione e rafforzare i poteri degli organi dell'Unione. ..."

²¹⁰ Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, par. 7.4 e 8.2: "La crisi finanziaria ha dato luogo a un ampio dibattito sulle debolezze del sistema dei controlli sulla finanza in Europa. ...", essa ha avviato "una nuova riforma, basata su uno studio condotto da esperti europei (il <comitato dei saggi> presieduto da Jacques De Larosière) concluso nel 2009. La riforma è stata approvata dal Parlamento e dal Consiglio europeo nel 2010. ..."

anno prima, che ha aggiornato la normativa finanziaria europea e ha portato alla separazione tra attività di vigilanza e di regolamentazione caratterizzante l'attuale architettura finanziaria dell'Unione.

Per questi motivi, nell'Ottobre del 2008 la Commissione EU aveva conferito ad un gruppo di esperti presieduto da Jacques *De Larosière*, il mandato di formulare proposte per il rafforzamento della supervisione finanziaria in Europa. Il Rapporto De Larosière²¹¹ individuava nel superamento delle incoerenze regolamentari, uno dei possibili rimedi alla crisi globale. Al fine di conseguire l'unicità della disciplina finanziaria europea, raccomandava²¹² di non ricorrere ad atti normativi che permettessero un recepimento e un'attuazione non uniforme (le direttive europee, diversamente dai Regolamenti, non sono direttamente applicabili), e proponeva di individuare le principali divergenze nelle legislazioni nazionali di recepimento delle direttive (opzioni, deroghe), procedendo quindi alla loro eliminazione.²¹³ Il rapporto delineava inoltre la creazione di nuove Autorità europee, allo scopo di realizzare una più stretta collaborazione sulla regolamentazione e sulla vigilanza delle istituzioni finanziarie operanti su base transfrontaliera.

Il quadro del Rapporto De Larosière, è stato attuato con numerosi provvedimenti legislativi europei, sia per quanto riguarda l'aspetto della produzione normativa, sia per l'assetto istituzionale. Con riferimento a quest'ultimo, nel 2010 sono stati adottati dal Parlamento Eu diversi regolamenti con i quali è stato istituito il *Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF)*. Quest'ultimo è formato dal Comitato Europeo per il Rischio Sistemico²¹⁴ e da tre Autorità di vigilanza europee (European

²¹¹ Report of "The High-Level Group on Financial Supervision in the Eu", Bruxelles, 25 Febbraio 2009.

²¹² Il Rapporto formula ben 31 raccomandazioni in tema di miglioramento della regolamentazione, di assetti istituzionali della vigilanza in Europa e di stabilità finanziaria.

²¹³ Vedi Capolino, O., Il Testo unico bancario e il diritto dell'Unione Europea, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014

²¹⁴ O European Systemic Risk Board (Esrb), istituito con il Regolamento n. 1092/2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell' Ue.

Supervisory Authorities - ESAs), dedicate alla vigilanza micro-prudenziale: l'Autorità bancaria europea nel settore bancario; l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati nel settore degli intermediari mobiliari; l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali nel settore delle assicurazioni e dei fondi pensione.²¹⁵ Peraltro nonostante si tratti di autorità con compiti di vigilanza micro-prudenziale, la riforma del 2010 non ha sostanzialmente modificato l'assetto fino ad allora in vigore, basato sul principio dell'home country control e del consolidating supervisor²¹⁶; tuttavia, sono stati previsti comitati tecnici presieduti dalle autorità nazionali di vigilanza, al fine di rafforzare l'obiettivo di cooperazione tra le autorità di supervisione coinvolte.

Con riferimento alla produzione normativa, il diritto europeo sta andando sempre più nella direzione tracciata da quelle raccomandazioni. Aumenta il ricorso ai regolamenti e alle direttive di armonizzazione massima. Una delle agenzie europee appena menzionate ha un ruolo importante nella produzione delle regole prudenziali in materia bancaria. L'Abc, pur non essendo dotata di un'autonoma potestà regolamentare, ha il potere di formulare proposte contenenti norme tecniche di regolamentazione (i regulatory technical standards, di cui all'art. 10, reg. 1093/2010) e di attuazione (gli implementing technical standards, ex art. 15, reg. 1093/2010) alla Commissione Eu. Quest'ultima, adotta le proposte con regolamenti, conferendo loro

²¹⁵ L'ABE (European banking authority – EBA) è stata istituita con il Regolamento n. 1093 del 2010; l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (European Securities and Market Authority - Esma) con il Regolamento n. 1095/2010; l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (European Insurance and Occupational Pensions Authority – Eiopa) con Regolamento n. 1094/2010.

²¹⁶ Per “*filiazioni*” si intendono società insediate in uno stato membro, che sono controllate da una banca che ha sede in un altro paese dell'Ue. Nel caso di operatività di una banca attraverso filiazioni, queste ultime sono banche nazionali e pertanto sono vigilate in via principale dall'autorità competente del paese dove sono insediate. La vigilanza sull'insieme del gruppo (la vigilanza consolidata) è invece affidata all'autorità competente del paese dove è insediata la banca capogruppo. Sono previsti meccanismi di cooperazione fra le autorità dei paesi interessati, come accordi bilaterali di cooperazione (memorandum of understanding- Mou), oppure obblighi di preventiva consultazione fra le autorità competente dei paesi coinvolti.

Progressi nel coordinamento delle autorità nazionali di vigilanza sono stati fatti con la riforma attuata dalla direttiva 48/2006 che ha trasportato nell'ordinamento europeo i principi stabiliti con l'accordo di Basilea 2. Fermi i principi dell'home country control e del consolidating supervisor, è stato previsto che per ogni gruppo bancario con filiazioni in più Stati membri, debba essere costituito un collegio di supervisor composto dai rappresentanti delle autorità nazionali, teso soprattutto allo scambio di informazioni.

valore giuridico e rendendole direttamente applicabili negli ordinamenti degli stati membri.²¹⁷

Nel 2012, l'Europa ha compreso che le soluzioni adottate nel 2010 non sarebbero state sufficienti per fronteggiare una nuova fase di instabilità finanziaria. Con la “*Road Map towards the Banking Union*”²¹⁸ della Commissione, si ha un punto di svolta nell'integrazione del mercato unico europeo in materia finanziaria. La Commissione presenta un concreto progetto di Unione bancaria²¹⁹, sostenendo che nei paesi aventi una moneta unica è importante accentrare anche le competenze di supervisione sulle banche. A favore di tale progetto la Banca Centrale Europea, la quale sottolineava che la frammentazione del sistema bancario europeo rendeva poco efficace la trasmissione degli impulsi di politica monetaria all'economia nell'area euro. Ecco che nel più generale contesto dell'integrazione europea, l'Unione bancaria mira non solo alla salvaguardia della solidità del sistema bancaria e della stabilità finanziaria, ma anche alla realizzazione di una integrazione economica e fiscale europea²²⁰.

La riforma aveva tre obiettivi: l'accentramento della funzione di supervisione mediante la creazione del Meccanismo di vigilanza unico (Mvu); un meccanismo per la risoluzione delle banche in difficoltà denominato Meccanismo di risoluzione

²¹⁷ Le norme tecniche di attuazione ex art. 15 del reg. 1093/2010, vanno adottate dalla Commissione a norme dell'art. 291 TFUE. Le norme tecniche di regolamentazione sono previste dall'art. 10, del reg. 1093/2010 e vanno adottate dalla Commissione con Regolamenti delegati a norma dell'art. 290 TFUE. In quest'ultimo caso il procedimento di adozione è un attimo più complesso, dato che oltre l'approvazione della Commissione, è previsto un termine entro cui il Parlamento Eu e il Consiglio possano fare opposizione.

²¹⁸ Proposal of the European Commission n° 511 of 12 September 2012 for a Council Regulation conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision on credit institutions.

²¹⁹ Vedi Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016, Cap. VIII, par. 8.2. Vedi anche Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in “Banca Impresa Società”, n. 1, 2015, pp. 73 ss : “In questo contesto, la Commissione europea nel 2012 riconosce che ulteriori passi nella creazione di un sistema di regole comuni per le banche sono importanti, ma non sono più sufficienti se sono state messe in comune le responsabilità di politica monetaria e, a seguito della crisi finanziaria, si è creato un pericoloso legame fra rischio del debito sovrano e debolezze del sistema bancario”.

²²⁰ Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: The SSM regulation in the first part of a multi-layered approach that aims at creating a safe landscape in the euro area and protecting the public against the further banking crises.”

unico (Mru); il rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi. Questi tre obiettivi costituiscono i tre pilastri sui cui è basata la riforma²²¹e che sono stati tutti raggiunti²²². Nel 2013, quasi contemporaneamente al raggiungimento del consenso politico sul Mvu, al fine di realizzare l'obiettivo di una disciplina comune indicato dal rapporto De Larosière, sono stati adottati due provvedimenti legislativi europei sull'esercizio dell'attività di vigilanza, ossia la direttiva 36/2013 e il reg. 575/2103²²³, che costituiscono il c.d. “*pacchetto CRD IV*”. Quest'ultimo infatti, intende assicurare l'uniformità delle regole tecniche, dei criteri applicativi, delle prassi di vigilanza e delle modalità di esercizio dei poteri. Se ciò è possibile con il regolamento, in quanto direttamente applicabile, lo è un po' meno per la direttiva, che dovendo essere recepita dagli stati membri all'interno dei loro ordinamenti, conferisce in tal modo un (seppur minimo) margine di discrezionalità a questi ultimi. Ad ogni modo, il margine di discrezionalità che hanno sia i Parlamenti nazionali nell'esercizio della loro potestà normativa, sia le autorità nazionali competenti per la vigilanza²²⁴ nello svolgimento delle loro funzioni, risulta essere (in tale nuovo contesto) abbastanza contenuto. Il CRD IV package (così anche Bank recovery and

²²¹ Vedi Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014: “ In order to reduce fragmentation and foster the creation of a unified banking system in Europe, the European Commission approved a reform based on three pillars: a single mechanism of supervision over banks, referred to as the Single Supervisory Mechanism (SSM); a single mechanism for the “resolution” of troubled banks, the Single Resolution Mechanism (SRM); and strengthening the system of the existing national deposit guarantee schemes (DGS).”

²²² Il 15 ottobre 2013, è stato approvato il Reg. n° 1024 che prevede la creazione del Meccanismo di vigilanza unico (Mvu) per l'attuazione del primo pilastro. Più lungo e complesso, è stato il dibattito sull'attuazione del secondo pilastro, compromesso poi raggiunto con il Reg. n° 806 del 15 Luglio 2014, che attribuisce compiti rilevanti per la gestione delle crisi bancarie al Comitato di risoluzione unico, e che prevede la creazione di un Fondo unico per la risoluzione delle banche. Il terzo pilastro, ha visto l'approvazione della direttiva n° 49/2014, che pur conservando il previgente impianto basato sui sistemi nazionali di assicurazione, ha previsto un maggiore raccordo operativo di questi ultimi con il Comitato di risoluzione unico per favorire gli interventi nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico.

²²³ Direttiva n° 36 del 16 Giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento; regolamento (UE) n° 575 del 26 Giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, composto da ben 521 articoli.

²²⁴ Esse hanno comunque la possibilità di partecipare al processo di formazione delle norme a livello europeo, in quanto partecipanti al Board dell'Abe.

resolution directive-BRRD²²⁵) condensa l'idea di quel Single Rulebook tanto ambito per il sistema bancario dell'Unione, al fine di ottenere una disciplina pienamente uniforme in materia di vigilanza che azzeri l'arbitraggio normativo tra gli stati membri²²⁶.

In Europa, è stato quindi adottato un approccio peculiare che comporta la separazione tra attività di vigilanza e attività di regolamentazione. Infatti, mentre in diversi paesi queste due attività sono svolte dalla medesima autorità (come ad es. nel Regno Unito), in Europa invece, i compiti di vigilanza sono eseguiti da autorità diverse da quelle che si occupano della regolamentazione finanziaria. In particolare, l'ABE e la Commissione si occupano della redazione delle regole, mentre alla Bce sono stati attribuiti compiti di vigilanza prudenziale nell'ambito del Meccanismo. La separazione in parola, emerge chiaramente da quanto disposto dall'art. 4.3 del Regolamento n.1024/2013, istitutivo del Mvu, in cui viene affermato che:

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

²²⁵ La direttiva n° 59 del 15 Maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento è, come le altre coeve iniziative del legislatore europeo, figlia della crisi globale, sotto un duplice profilo: supera l'approccio basato sul riconoscimento reciproco delle procedure dettando un quadro armonizzato di prevenzione e gestione delle crisi bancaria, e prevede strumenti innovativi per la gestione delle crisi (distinguendo tra misure di intervento precoci e misure volte alla soluzione della crisi) che mirano essenzialmente ad allontanare dai taxpayers le conseguenze delle crisi bancarie (bail in). Questa direttiva, che trova applicazione in tutti gli stati membri dell'Ue, si affianca alla disciplina prevista dal Mru (costruito nell'ambito dell'Unione Bancaria) che riguarda il più ristretto ambito degli Stati appartenenti all'Eurozona.

²²⁶ Vedi Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in “ECGI Working Paper Series in Law”, n.240, 2014: “ Over time, however, the national banking laws are expected to converge due to the increased use of European regulations and maximum harmonisation directives, resulting in what is now commonly referred to as the “European Single Rulebook”. However, the idea of having a common rulebook is a rather conceptual one, as it refers to a set of directives, regulations, implementing acts and maybe even recommendations, guidance, Q&As and other similar non binding instruments, which being conceived in a comprehensive approach, will be more in line with each other, reflecting an integrated regulatory system as applicable in the same way throughout the Union. However, although the first important chapters have been written – the CRD IV, CRR and the BRRD – the Rulebook will remain under development for quite some time.”

regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni.”

Per quanto riguarda i poteri della Bce, il par.2 dell’articolo in parola stabilisce che:

“A tal fine, la BCE adotta orientamenti e raccomandazioni e prende decisioni fatti salvi il pertinente diritto dell’Unione e, in particolare, qualsiasi atto legislativo e non legislativo, compresi quelli di cui agli articoli 290 e 291 TFUE, e conformemente agli stessi. In particolare, è soggetta alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione vincolanti elaborate dall’ABE e adottate dalla Commissione a norma degli articoli da 10 a 15 del regolamento (UE) n. 1093/2010, all’articolo 16 di tale regolamento e alle disposizioni di tale regolamento sul manuale di vigilanza europeo predisposto dall’ABE conformemente a tale regolamento. La BCE può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento.”

Quindi la Bce ha il potere di prendere decisioni, emanare linee guida e orientamenti, ma sempre nel rispetto del diritto dell’Unione e, in particolare, delle norme vincolanti adottate dalla Commissione su proposta dell’Autorità Bancaria Europea. Limitatamente all’organizzazione dei compiti di vigilanza attribuiti, la Bce ha anche un potere regolamentare che ha esercitato per l’adozione del Regolamento n. 468/2014 (Regolamento quadro sul Mvu) sulle modalità di cooperazione tra la Bce e le Anc nell’ambito del Meccanismo. Pertanto, nonostante sia previsto che la Bce, prima di adottare un regolamento, effettui consultazioni pubbliche per analizzare i potenziali costi e benefici, aspetto questo normalmente richiesto per l’adozione di regole in senso proprio, cioè vincolanti i terzi e non aventi un rilievo meramente interno (organizzativo, nel caso in parola), il Regolamento non attribuisce alla Bce

un pieno potere regolamentare²²⁷, confermando quindi la separazione tra le attività di vigilanza e i compiti di regolamentazione.

Segue: i problemi dell'attuale quadro regolamentare.

Oggi, grazie al lavoro svolto dall' Autorità bancaria europea, sono stati fatti grandi passi in avanti verso l'armonizzazione delle regole in ambito europeo; tuttavia, permangono ancora delle importanti differenze (importanti sotto il profilo delle pericolose implicazioni che esse comportano) tra gli Stati Membri. In occasione della recente crisi finanziaria, studi eseguiti da comitati di esperti e promossi dalla Commissione hanno mostrato come le differenze si registrano sia in campo regolamentare che con riguardo agli stili e agli approcci di supervisione. Essenzialmente, le differenze in campo regolamentare sono dovute alle *direttive europee* che devono essere recepite con leggi nazionali all'interno di ciascun ordinamento²²⁸, a differenza dei regolamenti che sono direttamente applicabili. La direttiva fissa gli obiettivi e lascia gli Stati Membri liberi di decidere come raggiungerli: è proprio questo margine di discrezionalità che sta alla base delle differenze regolamentari.

Inoltre, si pensi alle *misure strutturali* proposte in seguito alla crisi, ad esempio, consistenti nella distinzione tra intermediari che svolgono solo l'attività bancaria tipica (raccolta di risparmio ed erogazione del credito) ed intermediari che svolgono attività finanziarie nel mercato mobiliare. La ratio di tale separazione è isolare determinate attività che hanno bisogno di una particolare protezione e sono importanti per l'economia reale (la raccolta del risparmio e l'erogazione del credito

²²⁷ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "The need for a public consultation, normally required for the adoption of rules in the proper sense, i.e. provisions binding on third parties, suggests that in the remit of the ECB there are also regulatory powers. As the first part of the same article (Article 4(3)) does not seem to assign such powers to the ECB, except to the extent necessary to self-organize the supervisory function, it is unclear what the source of these powers is. Thus we can conclude that Regulation 1024/2013 does not confer on the ECB a formal regulatory power."

²²⁸ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "Up to now the differences were mainly due to the provision of EU directives that left discretionary options to Member States in transposing EU law. ..."

alle imprese) dai rischi derivanti da attività “meno rilevanti” (attività di investimento nel mercato). Negli Stati Uniti, in seguito alla crisi finanziaria, tale divisione è stata nuovamente introdotta (con la “Volcker rule” contenuta nel Dodd-Frank Act del 2010). Anche in Inghilterra è stata introdotta la distinzione tra separazione tra banche di risparmio e banche di investimento (Banking reform Bill del 2013). In Europa, il rapporto Liikanen pubblicato nel 2012 ha affermato che, al fine di evitare futuri terremoti finanziari, è necessario separare l’attività bancaria tipica dalle attività di investimento in borsa. La Commissione ha accolto le esigenze emerse dal rapporto Liikanen con una proposta di regolamento nel Gennaio del 2014; tuttavia, proposte di riforme strutturali sono ben lungi dal costituire un patrimonio di regole comuni per i paesi europei (Brescia Morra 2014)²²⁹.

Si pensi anche alla condotta degli Stati Membri, i quali, piuttosto che essere aperti al cambiamento, tendono a mantenere gli *stili di vigilanza*²³⁰ adottati fino ad ora, talvolta perché i governi nazionali vogliono proteggere la competitività dei loro intermediari e del loro sistema finanziario, altre volte per via di un approccio conservatore legato al proprio quadro regolamentare ed amministrativo. Le differenze negli approcci di vigilanza conducono ad un arbitraggio regolamentare, che comporta indebiti vantaggi a quegli intermediari stabiliti in paesi dove l’attività di vigilanza è meno penetrante. Tale situazione comporta delle implicazioni problematiche nella prospettiva del Mvu, dato che la Bce nello svolgimento dei suoi compiti applica anche le leggi nazionali di recepimento delle direttive europee. Di conseguenza, l’integrità del mercato interno e la parità di trattamento degli intermediari vengono compromessi. Ma anche la cooperazione tra la Bce e le

²²⁹ See Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014.

²³⁰ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014: “Member States would like to maintain the styles of supervision they have adopted up to now. The reasons for national resistance to change are various. In some cases, governments would like to protect the competitiveness of their national intermediaries and national financial system; in some other cases, the conservative approach refers to the national regulatory framework (which could even be subject to constitutional limits) and administrative traditional culture.”

autorità nazionale, che sta alla base dell'effettivo funzionamento del Mvu, viene messa a rischio, poiché, come è stato scritto nei capitoli precedenti, se da un lato la vigilanza sugli enti più significativi viene svolta dalla Bce, quest'ultima però viene costantemente supportata dalle autorità nazionali (v. art. 4.3, Reg. 1024/2013); similmente, la vigilanza sugli enti meno significativi viene invece svolta dalle autorità nazionali (che applicano anche le proprie leggi di recepimento delle direttive), ma secondo i regolamenti, le istruzioni e gli orientamenti forniti dalla Bce.

Segue: Esigenze di armonizzazione nell'ambito della gestione delle crisi.

Un esempio di differenze regolamentari, in relazione alle quali, in seguito all'entrata in vigore del Mvu, l'esigenza di armonizzazione è considerevolmente aumentata, si ha nell'ambito della gestione delle crisi bancarie²³¹. Il secondo pilastro dell'Unione bancaria è stato attuato con il regolamento n. 806/2014, che ha attribuito compiti rilevanti per la gestione delle crisi bancarie al Comitato di risoluzione unico (Single Resolution Board) e che ha previsto la creazione di un Fondo unico per la risoluzione delle banche (Single Resolution Fund). Il presupposto fondamentale per l'attivazione della procedura di risoluzione è il "dissesto o il rischio di dissesto" della banca. La valutazione di tale presupposto spetta all'autorità di vigilanza competente; pertanto, dato che l'ambito di applicazione del Mru segue quelli del Mvu, alla Bce. Se quest'ultima ritiene che l'ente creditizio sia in dissesto o a rischio di dissesto ("is failing or likely to fail"), lo comunica al Comitato di risoluzione unico. Se quest'ultimo ritiene che vi sia un rischio sistemico, che non vi siano soluzioni alternative private praticabili o ulteriori misure di vigilanza che potrebbero evitare il dissesto entro un ragionevole periodo di tempo, e che la risoluzione sia necessaria nell'interesse pubblico, adotta un "programma di risoluzione" che include anche gli strumenti di risoluzione e l'eventuale uso del Fondo di risoluzione. Se tale

²³¹ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "The split of the supervisory function into different tasks, regulation and controls on the banks' management, falling within the remit of different authorities, creates serious problems in pre-crisis situations, because the regulatory framework in this field is not well defined."

programma prevede la concessione di aiuti di Stato, non si può procedere alla sua adozione fintanto che la Commissione non abbia adottato una decisione favorevole in merito alla sua compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato. il Consiglio Ue può opporsi all'adozione del programma se ritiene che non vi sia un interesse pubblico rilevante che giustifichi la risoluzione dell'ente o se non concorda con l'importo del Fondo da utilizzare. Diversi sono i problemi che emergono da tale quadro regolamentare. Anzitutto, la mancanza di una chiara definizione di “poteri di intervento precoce” a livello europeo potrebbe condurre ad un differente trattamento delle banche dell'eurozona²³², e quindi ad una forte esigenza di armonizzazione delle regole. Infatti, l'art. 4.1(i) del regolamento n. 1024/2013 prevede che nei confronti delle banche “significative” la Bce assolve:

“i compiti di vigilanza collegati ai piani di risanamento e alle misure di intervento precoce qualora un ente creditizio o gruppo nei cui confronti la BCE sia l'autorità di vigilanza su base consolidata non soddisfi o rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili, nonché, solo nei casi previsti espressamente dal pertinente diritto dell'Unione per le autorità competenti, a cambiamenti strutturali richiesti agli enti creditizi per prevenire lo stress finanziario o il fallimento, ad esclusione dei poteri di risoluzione.”

Cosa si intende per “poteri di intervento precoce” può essere compreso leggendo l'art. 16 del medesimo regolamento, che contiene una lista non esaustiva dei poteri di vigilanza che la Bce può utilizzare in determinate circostanze (ad esempio in caso di violazione dei requisiti prudenziali) per affrontare problemi pertinenti (vedi cap. III). La Bce può, ad esempio, esigere che le banche detengano fondi propri superiori ai minimi richiesti; restringere, limitare le attività o esigere la cessazione di determinate attività; esigere che gli enti limitino la componente variabile della

²³² Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014: “First, the lack of a clear and uniform definition of “early intervention measures” at European level could lead to different treatments of Euro Area banks. The ECB will not have the same set of tools to react to a bank in distress in all the Euro Area countries, due to the lack of harmonization in this field.”

remunerazione in percentuale dei ricavi netti dei managers; rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti. Si consideri anche la direttiva n. 36/2013 (Capital Requirements Directive), la quale, all'art. 102, prevede che in determinati casi le autorità competenti possono intraprendere le "misure necessarie" per far fronte ai problemi, che vengono elencate all'interno dell'art. 104 della medesima. Tali misure corrispondono, in larga parte, a quelle di cui all'art. 16 del regolamento 1024/2013, e possono essere utilizzati dalla Bce in quanto quest'ultima è autorità di vigilanza competente. Tuttavia, dato che stiamo parlando di una direttiva, che in quanto tale va recepita dagli Stati membri, la Bce sarebbe dotata anche degli ulteriori poteri, oltre a quelli elencati dall'art. 104, che gli Stati membri hanno aggiunto in sede di recepimento, poiché, come sopra ricordato, la Bce nell'espletamento dei suoi compiti applica il diritto dell'unione, e ove questo sia composto da direttive, il diritto nazionale di recepimento di tali direttive. Vediamo allora che, il margine di discrezionalità concesso dalle direttive ancora una volta conduce a regolamentazioni nazionali differenti, che a loro volta, comportano che le banche dell'area euro sia trattate in maniera differente. L'esigenza di armonizzazione delle regole che riguardano le "misure di intervento precoce" è stata avvertita dal legislatore europeo, che ha approvato la direttiva n. 59/2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Tuttavia, sono necessari ulteriori sforzi per raggiungere una più profonda integrazione in questo settore²³³.

Un ulteriore problema che emerge è collegato alla procedura di risoluzione. Quest'ultima, infatti, è una procedura complessa che coinvolge diverse istituzioni:

²³³ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "To some extent the compromise reached in June 2013 on the proposal of a directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (EU Council 11148/1/13, 28 June 2013, adopted by the EU Parliament on 15 April 2014) harmonizes some crisis prevention measures, such as the appointment of one or more special managers to a bank with a deteriorating financial situation or that has committed serious irregularities (Article 24 of the proposal), but we believe it is necessary to make a stronger effort to reach a deeper integration of European laws on this point."

la Bce, il Comitato di risoluzione unico, la Commissione ed il Consiglio. Ciò rischia di rendere il processo decisionale lungo e difficilmente compatibile con le esigenze legate alla gestione delle crisi bancarie, cioè la necessità prendere decisioni in maniera rapida mantenendo una rigorosa riservatezza delle informazioni, onde evitare fughe di notizie che potrebbero provocare fenomeno di panico bancario²³⁴. Inoltre, la partecipazione del Consiglio implica il coinvolgimento degli Stati nella decisione e, quindi, la possibile interferenza di valutazioni di carattere politico.

Un terzo problema riguarda la fase iniziale della procedura di risoluzione, ove la Bce e il Cru (Comitato di risoluzione unico) hanno competenze parzialmente sovrapposte. Infatti, mentre la decisione sull'adozione di uno schema di risoluzione spetta al Mru, la valutazione delle prime due condizioni, ossia il dissesto o il rischio di dissesto della banca e l'assenza di misure alternative sotto forma di intervento del settore privato o di azione di vigilanza che permetta di evitare il dissesto della banca in tempi ragionevoli, spetta alla Bce e, rispettivamente, al Cru in stretta cooperazione con la Bce. La valutazione del dissesto o del rischio di dissesto della banca può essere effettuata anche dal Cru, ma a condizione che quest'ultimo comunichi tale intenzione alla Bce, e quest'ultima, entro 3 giorni di calendario dal ricevimento della comunicazione, non effettua tale valutazione. Pertanto, nel caso in cui la Bce ometta di effettuare la propria valutazione il Cru avrà un ampio margine di discrezionalità perché adotterà la decisione in proprio. Una procedura di risoluzione, a seconda dei casi, può quindi essere innescata sia dalla Bce, che dal Cru stesso. Dobbiamo altresì chiederci se, una volta che la Bce ha valutato che una banca è in dissesto o a rischio di dissesto, il Cru possa decidere di non adottare uno schema di risoluzione²³⁵. Il Cru

²³⁴ Vedi Brescia Morra, C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, par. 10.6.2 e, Brescia Morra, C., *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA*, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014: "Second, when the legal framework on bank resolution is in place, there will be a plurality of authorities with overlapping powers in some circumstances. This could slow down the reactions of authorities that are needed to prevent panic."

²³⁵ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015: "whether the SRB retains any residual discretion after the

potrebbe giustificare il rifiuto sulla mancata soddisfazione della seconda condizione prevista (dovrebbe, quindi, ritenere che esistono misure alternative, sotto forma di intervento del settore privato o di azione di vigilanza, che permettano di evitare il dissesto della banca in tempi ragionevoli); tuttavia, esso non ha il potere di indicare alla Bce e alle autorità nazionali le misure di vigilanza da adottare per evitare l'adozione di uno schema di risoluzione. In realtà, il Cru potrebbe inoltre motivare il suo rifiuto sostenendo che la risoluzione non incontra l'interesse pubblico (la terza condizione); tuttavia, la decisione potrebbe essere impugnata dalla Commissione, o ribaltata dal Consiglio. Per questi motivi, una volta che la Bce ha valutato che una banca è in dissesto o a rischio di dissesto, il Cru ha, in realtà, un sottile margine di discrezionalità che gli consente di rifiutare l'adozione di uno schema di risoluzione²³⁶.

4.4 Le soluzioni ai problemi dell'attuale quadro regolamentare.

Le differenze regolamentari fin qui esposte, costituiscono un ostacolo all'effettivo funzionamento del Meccanismo. Esistono diverse strade che possono essere percorse per affrontare con successo queste problematiche, alcune delle quali già imboccate dalle istituzioni europee. Anzitutto, il problema delle differenze regolamentari dovuto alle direttive, ad esempio, potrebbe essere gradualmente superato aumentando il ricorso a strumenti normativi europei che non hanno bisogno

ECB exercises its competence. Arguably, such discretion is ample if the ECB omits its assessment, in which case the SRB will adopt the decision all on its own, but such instances should be rare. The real question is whether the SRB could refuse to adopt a resolution scheme once the ECB has made an assessment that an entity is failing or is likely to fail."

²³⁶Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015: "Nominally it could, but the margin is thin. If it refused on grounds of lack of public interest, the decision would be challenged by the Commission, and overturned by the Council. The SRB could still rely on its own assessment about the likelihood of a private sector solution, or regulatory intervention and refuse on those grounds, but the SRM Regulation does not give the SRB the power to instruct the ECB and NCAs to adopt specific supervisory measures with the aim to avoid the adoption of a resolution scheme."

di essere recepiti. In tale ottica, il legislatore europeo ha adottato il c.d. “Pacchetto CDR IV” (Capital Requirements package – CRD IV) che è composto dal Regolamento n. 575/2013 (Capital Requirements Regulation – CRR) relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, e dalla Direttiva n. 36/2013 (Capital Requirements Directive – CRD) sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Il Regolamento, composto da ben 521 articoli, ha cancellato un gran numero di divergenze tra Stati membri dovute al recepimento delle direttive, è direttamente applicabile e non ha bisogno di ulteriori azioni di recepimento da parte degli Stati Membri. Si pensi anche ai Rts e agli Its elaborati dall’Abe e poi adottati dalla Commissione mediante regolamenti, che in quanto tali, sono direttamente applicabili²³⁷.

Inoltre, per quanto riguarda la cooperazione tra la Bce e le autorità nazionali competenti, il Regolamento n. 468/2014 (Regolamento quadro sul Mvu) prevede che la vigilanza sugli enti creditizi più significativi sia organizzata tramite gruppi di vigilanza congiunti. Questi gruppi sono formati da personale della Bce e da membri provenienti dalle autorità nazionali; il lavoro e la cooperazione in seno di questi gruppi potrà, nel lungo periodo, contribuire alla creazione di prassi comuni nel settore della vigilanza.

4.5 Il rafforzamento del potere regolamentare della Bce.

Una terza strada da seguire potrebbe essere quella che prevede il conferimento di poteri più incisivi alla Bce, al fine di generare standard comuni di vigilanza e quindi riavvicinare gli approcci di supervisione, ma anche al fine di rendere maggiormente effettiva l’attività di vigilanza stessa, attraverso non solo strumenti di soft law come orientamenti e linee guida, ma soprattutto con riguardo al suo potere regolamentare,

²³⁷ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014.

così allentando quella netta separazione tra attività di vigilanza e attività regolamentare oggi presente in Europa. L'art. 1(1) del Regolamento n. 1024/2013 afferma che i compiti di vigilanza sono stati attribuiti alla Bce:

“al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all'unità e all'integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l'arbitraggio regolamentare.”

La separazione tra i compiti di vigilanza e le attività di regolamentazione pone in pericolo il raggiungimento di questi obiettivi, e rappresenta quindi un ostacolo all'effettivo funzionamento del Mvu²³⁸. Di seguito riporteremo un esempio di come la mancanza di un autonomo potere regolatorio della Bce potrebbe ostacolare l'effettività della sua azione di vigilanza.

Definire l'ambito di applicazione di una disciplina è una delle questioni più importanti per la politica di regolamentazione²³⁹. Se determinate attività finanziarie vengono regolamentate, il costo per eseguirle potrebbe aumentare, così spingendo gli intermediari ad intraprendere attività connesse in settori non regolamentati (il c.d. shadow banking). Tale problema (una sorta di “aggiramento delle regole”) potrebbe essere risolto limitando l'attività delle banche, oppure rendendo la vigilanza più penetrante. Da un punto di vista macro-economico, è importante che il supervisore abbia conoscenza non solo dei rischi derivanti dalle attività regolamentate ma anche di quelli che nascono in settori non regolamentati, poiché questi ultimi, al pari dei primi, potrebbero costituire un pericolo per la stabilità del sistema finanziario. Di conseguenza, la vigilanza non dovrebbe avere un assetto rigido, ma piuttosto avere

²³⁸ Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in “LUISS Guido Carli/School of European Political Economy”, n. 2, 2014: “This division between regulation and supervision is particularly dangerous for the proper functioning of the new SSM.”

²³⁹ Busch, D. e Ferrarini, G., European Banking Union, Oxford, 2015, par. 5.57: “Defining the scope of regulatory action is one of the main issues for financial regulatory policy. ...”

la capacità di adattarsi ed estendersi anche alle attività non regolamentate. Secondo l'art. 4.1 del regolamento n. 1024/2013, la Bce è responsabile della vigilanza prudenziale nei confronti degli enti creditizi, e il regolamento n. 575/2013 (Capital requirements regulation) definisce l'ente creditizio come "un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto". Tale definizione è contenuta in un regolamento europeo che, in quanto tale, è direttamente applicabile all'interno degli ordinamenti nazionali, per cui gli Stati membri non hanno quel margine di discrezionalità concesso loro dal recepimento delle direttive, per mezzo del quale potrebbero, nel caso di specie, definire come ente creditizio un'impresa che svolge anche solo una delle attività menzionate. Inoltre, i contenuti di tale definizione non potrebbero essere interpretati e meglio specificati dalla Bce mediante linee guida, poiché quest'ultime sono vincolate al rispetto del diritto dell'Unione (v. art. 4.3(2), regolamento n. 1024/2013). Pertanto, nell'ambito dell'Unione bancaria, la Bce non ha il potere di definire la portata del mandato di cui è stata incaricata (sia con riguardo ai soggetti sottoposti alla sua vigilanza che alle attività di supervisione) nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico²⁴⁰. Ciò mostra come, la separazione tra regolamentazione e vigilanza, e quindi la mancanza in capo alla Bce di un autonomo potere, incida negativamente sull'effettività della sua azione di vigilanza, poiché determinati soggetti e attività rimangono fuori dell'ambito di applicazione del Meccanismo, nonostante meriterebbero di essere inclusi²⁴¹.

Segue: a favore della limitazione dei poteri.

²⁴⁰ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.59: "Within the EBU, the ECB is neither empowered to specify the scope of banking activities falling under the SSM nor to extend its consolidated supervision to non-banks that are part of a banking group."

²⁴¹ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.61: "To the extent that the ECB lacks regulatory powers, in particular with respect to the definition of activities and/or groups subject to its own supervision, also its supervisory action is negatively affected as a wide range of activities and entities remain out of the scope of the SSM even when they would deserve to be included."

L'attuale limitazione dei poteri regolamentari della Bce potrebbe essere giustificata dalla necessità di avere una armonizzazione delle regole per tutto il mercato interno, e che non sia, quindi, confinata ai paesi dell'area euro (e di quelli che non adottano l'euro ma hanno aderito al Meccanismo). L'importanza di un univoco quadro regolamentare era stata già sottolineata dal comitato Lamfalussy, che aveva individuato nelle differenze regolamentari una delle cause per cui non si era riusciti ad arginare gli effetti della crisi finanziaria, e quest'ultime sono state una delle ragioni per cui si è proceduto, con maggiore speditezza, verso l'accentramento della supervisione. A ciò è stato obiettato²⁴² che, in futuro, i paesi dell'area euro potranno raggiungere un'integrazione ancora più profonda (come d'altronde è confermato dai risultati raggiunti anche nell'ambito della gestione delle crisi con l'istituzione del Mru) che potrebbe richiedere ulteriori bisogni di regolamentazione, differenti da quelli dei paesi non aderenti al Mvu, e che giustificherebbe un uniforme trattamento delle banche dell'eurozona anche a discapito di una minore armonizzazione delle regole nel Mercato interno.

Ma a favore della limitazione dei poteri regolatori della Bce in materia prudenziale, oltre all'esigenza di armonizzazione delle regole, anche l'art. 127.6 del Tfu, che ha costituito la base giuridica per l'accentramento della vigilanza in capo alla Bce. Infatti, una lettura rigida dell'art. 127.6, tenendo anche in considerazione le prerogative della Commissione, del Consiglio e del Parlamento in seno alla procedura legislativa, supporterebbe la tesi per cui sarebbe necessaria una modifica del Trattato per poter attribuire poteri regolamentari in materia prudenziale alla Bce, al fine di conferire a quest'ultima uno status equivalente a quello che già possiede in materia di politica monetaria²⁴³.

²⁴² Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.78: "However, the overall scenario could look different in the future and justify a uniform treatment of the Eurozone banks even at cost of lower EU harmonization. ... As a consequence, supervision in the euro area may progressively pose regulatory needs different from the SSM non-participating Member States. ..."

²⁴³ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.80: "An argument which may have contributed to the present unsatisfactory approach could be found in a narrow reading of the Treaty and of the prerogatives of the Commission, the Council and the Parliament as to legislative rule-making. This would support

Sempre contraria ad un rafforzamento dei poteri regolatori della Bce e, in particolare, al fatto quest'ultima possa esercitare le opzioni che il pacchetto CDR IV concede alle autorità nazionali, sta un'interpretazione dell'art. 4.3 del regolamento n. 1024/2013, in cui è stabilito che:

“La BCE può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento.”

Tale disposizione ha dato vita ad un orientamento interpretativo secondo cui la Bce ha un potere regolamentare solo nelle materie espressamente previste dal regolamento n. 1024/2013; pertanto, la Bce può utilizzare il suo potere regolamentare solo ai fini organizzativi dei compiti di vigilanza attribuiti, e non per esercitare le opzioni che il pacchetto CDRIV garantisce alle autorità nazionali competenti. Tale conclusione è supportata da due argomenti. Da un punto di vista formale, l'art. 9.1(2) del regolamento n. 1024/2013 stabilisce che la Bce:

“ha tutti i poteri e obblighi che il pertinente diritto dell'Unione conferisce alle autorità competenti e designate, salvo diversamente disposto dal presente regolamento”

Quindi, da un lato, il regolamento attribuisce alla Bce i poteri che il diritto dell'unione conferisce alle autorità nazionali competenti (quindi, anche il potere di esercizio delle opzioni loro garantite, che la Bce eserciterebbe mediante l'adozione di regolamenti), a condizione che il regolamento non disponga diversamente; dall'altro, lo stesso regolamento contiene una specificazione in relazione all'utilizzo di uno dei poteri, ossia il potere regolamentare, prevedendo che la Bce possa adottare

the thesis that a Treaty amendment is necessary to grant the ECB a status similar to the one already held by the same in the monetary policy arena.

See also par. 5.75: “... a clear asymmetry between the ECB monetary and supervisory roles. On the one hand, the ECB is a fully-fledged EU institution with exclusive competence in monetary policy and strong regulatory powers in its area of competence. On the other, the ECB is a prudential supervisor... the ECB enjoys limited regulatory powers...”

regolamenti ma “solo nella misura in cui” ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti. È come se lo stesso regolamento facesse marcia indietro, specificando, con riguardo al potere regolamentare, che quest’ultimo può essere esercitato solo a fini organizzativi, lasciando quindi concludere che solo nei casi espressamente autorizzati dal regolamento, la Bce può esercitare il suo potere regolamentare. Da un punto di vista sostanziale, invece, se la Bce avesse il potere di esercitare le opzioni garantite alle autorità nazionali competenti, queste avrebbero efficacia esclusivamente nei confronti delle banche significative, ma non per le banche meno significative (che sono vigilate a livello nazionale); ciò ostacolerebbe il raggiungimento di uno degli obiettivi del Mvu, ossia diminuire l’arbitraggio regolamentare e assicurare un “level playing field”. Infatti, se è vero che le banche meno significative sono vigilate dalle autorità nazionali secondo le istruzioni fornite dalla Bce ai sensi dell’art. 6.5 del reg. n. 1024/2013 (vigilanza indiretta della Bce), ciò non condurrebbe a conclusioni differenti da quelle appena esposte (sull’arbitraggio regolamentare che verrebbe alimentato), perché la Bce può rivolgere istruzioni nei confronti delle autorità nazionali solo nei casi previsti dall’art. 6.7, e cioè riguardanti l’organizzazione della vigilanza come stabilita dalla metodologia, ma non per invitarle ad esercitare le opzioni che sono state esercitate dall Bce così da avere i medesimi requisiti anche per le banche meno significative. In altre parole, l’arbitraggio regolamentare che con l’istituzione del Mvu si vuole contribuire ad eliminare, finisce per essere alimentato da quest’ultimo!

Segue: a sostegno dell’attribuzione di più poteri.

Al contrario, una lettura di ampio respiro dell’art. 127.6 potrebbe giustificare l’attribuzione di tali poteri alla Bce. Infatti, l’art. 127.6 dispone che alla Bce siano affidati:

“compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione.”

Il termine “politiche”, nel senso ampio del termine, includerebbe senza dubbio certi poteri regolamentari che potrebbe essere meglio specificati dal Consiglio²⁴⁴. L’affiancamento di tali poteri ai compiti di vigilanza della Bce renderebbe l’azione di quest’ultima maggiormente efficace. L’attribuzione di poteri regolamentari alla Bce, permetterebbe a quest’ultima di definire l’ambito di applicazione del suo mandato, e le concederebbe una maggiore flessibilità di azione, potendo questa scegliere, a seconda della situazione da affrontare, se intervenire con una misura di vigilanza per affrontare un problema già sorto, o fissare delle regole per affrontare determinati problemi prima che questi sorgano. Tali regole potrebbero essere formulate con un certo grado di generalità che permetterebbe di verificare come queste siano in grado di incidere nella pratica, così da prendere in considerazione la necessità di modificarle ed adattarle alle esigenze del mercato²⁴⁵. Di conseguenza, l’attuale quadro regolamentare sarebbe arricchito da un ulteriore strato di regole adottate dalla Bce in forza dei poteri ad essa delegati dal Consiglio, che avrebbero valore nei confronti degli enti creditizi stabiliti nei paesi aderenti al Meccanismo. Si porrebbe quindi la questione del rapporto che tali regole avrebbe con altre di pari rango, ossia quelle adottate dalla Commissione su proposta dell’Abe. Due soluzioni potrebbe essere adottate: da un lato, prevedere dei meccanismi di coordinamento per evitare divergenze eccessive, dall’altro, imporre alle regole della Bce il rispetto delle norme preparate dall’Abe, così attribuendo alle prime un livello inferiore rispetto a queste ultime²⁴⁶. In realtà, il reg. n. 1024/2013 prevede già delle disposizioni di

²⁴⁴Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.80: “However, a broader reading of the Treaty already allows the delegation of regulatory powers to the ECB in its role as a prudential supervisor. ... The notion of <policies> could no doubt include some rule-making powers in the areas of supervision that the Council could very well specify in its mandate to the ECB grounding the SSM.”

²⁴⁵ Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.81: “As a result, the ECB supervisory competences would be complemented by rule-making ones, and also allowing for some flexibility in the choice between bringing supervisory actions in individual cases ex post and setting the rules for all supervised institutions ex ante. ... rules should be formulated at a sufficient level of generality, so as to leave room for firms’ experimentation and supervisory discretion.”

²⁴⁶Busch, D. e Ferrarini, G., *European Banking Union*, Oxford, 2015, par. 5.82: “The suggested approach would lead to the creation of a new layer of rules that would still be subject to EU primary legislation. ...”

coordinamento tra la Bce da un lato, e l'ABE e la Commissione dall'altro, onde evitare sovrapposizioni regolamentari²⁴⁷. L'art. 3.1(1) di tale regolamento prevede che:

“La BCE coopera strettamente con l'ABE, con l'AESFEM, con l'AEAP e con il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS) nonché con le altre autorità che fanno parte del SEVIF che garantiscono un livello adeguato di regolamentazione e di vigilanza nell'Unione” ; il par. 2, altresì, stabilisce che:

“Ai fini del presente regolamento la BCE partecipa al consiglio delle autorità di vigilanza dell'ABE alle condizioni di cui all'articolo 40 del regolamento (UE) n. 1093/2010”. Inoltre, l'art 26.11 dispone che:

“Un rappresentante della Commissione può, su invito, partecipare alle riunioni del consiglio di vigilanza in veste di osservatore”. Nonostante il regolamento non preveda alcuna disposizione che estenda tale invito ad un rappresentante dell'ABE, il considerando(70) enuncia che:

“Per assicurare il pieno coordinamento con le attività dell'ABE e con le politiche prudenziali dell'Unione, è opportuno che il consiglio di vigilanza possa invitare l'ABE e la Commissione in veste di osservatori”.

Si consideri anche l'art. 4.3(4) del Regolamento 1024/2013, in cui è stabilito che:

“Se necessario, la BCE contribuisce, svolgendo qualsiasi ruolo partecipativo, all'elaborazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione o di attuazione dell'ABE a norma del regolamento (UE) n. 1093/2010 o richiama l'attenzione di quest'ultima sulla potenziale necessità di presentare alla

²⁴⁷ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 79, Ottobre 2015: “The SSM Regulation establishes a horizontal distribution of competences between the ECB and other institutions and authorities of the European Union in the realm of the exercise of regulatory powers. ... The SSM regulation provides for several coordination mechanisms between the ECB on one hand, and the EBA and the European Commission on the other, to avoid regulatory overlaps.”

Commissione progetti di norme che modificano le attuali norme tecniche di regolamentazione o di attuazione.”

Un orientamento sempre a favore dell’attribuzione di più poteri alla Bce e che sostiene l’inseparabilità tra poteri di vigilanza e poteri regolatori, deriva da un’interpretazione del considerando(32) del regolamento n. 1024/2013, dell’art. 132 Tfue e degli artt. 25.2 e 34 dello Statuto della Bce²⁴⁸. In particolare, il considerando(32) del reg. n. 1024/2013, confermando che la Bce non sostituirà l’Abe e la Commissione del loro ruolo di adozione di norme c.d. di secondo livello, enuncia che:

“Poiché non è opportuno che subentri all’ABE nell’assolvimento di tali compiti, la BCE dovrebbe esercitare il potere di adottare regolamenti a norma dell’articolo 132 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in conformità degli atti dell’Unione adottati dalla Commissione sulla base di progetti elaborati dall’ABE e fatto salvo l’articolo 16 del regolamento (UE) n. 1093/2010.”

Secondo l’art. 132 Tfue, la Bce:

“stabilisce regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell’articolo 3, paragrafo 1, primo trattino, negli articoli 19, paragrafo 1, 22 o 25, *paragrafo 2 dello statuto del SEBC e della BCE* e nei casi che sono previsti negli atti del Consiglio di cui all’articolo 129, paragrafo”

L’art. 25.2 dello Statuto della Bce, in riferimento all’art. 127.6 del Tfue, stabilisce che:

²⁴⁸ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights’ Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia”, n. 79, Ottobre 2015.

“la BCE può svolgere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, eccettuate le imprese di assicurazione.”

Infine, l’art. 34 dello Statuto della Bce, replicando quanto disposto dall’art. 132 Tfeue, prevede che la Bce:

“stabilisce i regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell’articolo 3.1, primo trattino, negli articoli 19.1, 22 o 25.2 e nei casi che sono previsti negli atti del Consiglio di cui all’articolo 42”.

Dalla lettura di queste disposizioni, notiamo come lo stesso Tfeue attribuisca un generale potere regolamentare alla Bce, di cui quest’ultima non viene privata dal regolamento n. 1024/2013, il quale, disponendo all’art. 4.3 che la Bce “può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento” vuole essenzialmente evitare che la Bce eserciti il potere regolamentare in maniera tale che questo vada a sovrapporsi a quello esercitato dalla Commissione e dall’Abe, e che in questo modo si crei un ulteriore strato di regole efficaci solo nei confronti delle banche vigilate nell’ambito del Mvu, che rappresenterebbero un ostacolo alla realizzazione del Single European rule book per tutte le banche europee²⁴⁹. Di conseguenza, la Bce sarebbe dotata anche di un potere regolamentare generale (quindi non limitato ai solo fini organizzativi) ma subordinato al rispetto delle norme dell’Unione di primo e secondo livello. Volendo approfondire l’analisi, l’art. 132 Tfeue e 34 dello Statuto della Bce prevedono che

²⁴⁹ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM’s supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights’ Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia”, n. 79, Ottobre 2015: “... Article 4(3), where it specifies that <the ECB may also adopt regulations only to the extent necessary to organize or specify the arrangements for the carrying out of the tasks conferred on it by this regulation> is essentially meant to prevent the ECB from generating undesired regulatory overlaps by competing with the Commission and EBA in the exercise of regulatory powers granted by Union law to the Commission and by adding an additional layer of regulation applicable only to banks supervised by the SSM and established in the participating Member States that could jeopardize the goal of a single rule book for all European banks...”

quest'ultima può adottare regolamenti quando ciò sia necessario per l'assolvimento dei compiti attribuiti; il riferimento non è solo ai compiti di politica monetaria, ma anche a quelli di vigilanza attribuiti alla Bce ai sensi dell'art. 127.6 del Tfeue (che è richiamato dall'art. 25.2 dello Statuto della Bce). Sia il Tfeue (art. 132) che lo Statuto della Bce (art. 34), prevedendo che ai fini dell'assolvimento dei suoi compiti la Bce adotti regolamenti, sembrano suggerire che l'attribuzione di poteri regolamentari alla Bce sia un'automatica conseguenza del fatto che a quest'ultima siano stati attribuiti dei compiti. Pertanto, se il Consiglio ha attribuito alla Bce compiti di vigilanza ai sensi dell'art. 127.6 Tfeue, quest'ultima sarebbe automaticamente investita di poteri regolamentari, senza che tali poteri andrebbero specificamente attribuiti dal Consiglio con un nuovo intervento ai sensi dell'art. 127.6²⁵⁰. A ciò potrebbe essere obiettato che, dato che ai sensi dell'art. 127.6 Tfeue il Consiglio può affidare “compiti specifici” di vigilanza prudenziale alla Bce, rientra nella discrezionalità di quest'ultimo decidere se affidare compiti prudenziali limitati alla vigilanza o comprendenti anche poteri regolamentari in materia. Ad ogni modo, resta il fatto che, come poc'anzi esposto, il Trattato prevede che la Bce, nell'espletamento dei suoi compiti (compresi quelli di vigilanza di cui all'art. 25.2 dello Statuto), possa adottare regolamenti; pertanto, bisogna stare attenti a, da un lato, non interpretare la disciplina del regolamento n. 1024/2013 (segnatamente, l'art. 4.3) in modo da privare la Bce del suo potere regolamentare conferitole dal Trattato, dall'altro, ben intendere che il suddetto potere debba essere esercitato nella misura necessaria allo svolgimento dei compiti (quindi, per quanto a noi interessa, non oltre lo scopo dei

²⁵⁰ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 79, Ottobre 2015: “It is worth noting, moreover, that both Article 132 TFEU and Article 34 of the Statute provide that, to the extent necessary to implement the tasks conferred on it, “the ECB shall make regulations”. In this way both provisions could even suggest that the attribution of implementing regulatory powers could be an automatic effect of the conferral of the specific prudential tasks conferred to the ECB without the need of any complementary specification by the Council regulation conferring them under Article 127(6) TFEU. This would militate against any reading of SSM Regulation conducive to an excessive limitation of the ECB implementing regulatory powers, and in particular against a restrictive interpretation of Article 4(3) suggesting a strict reading of that provision.”

compiti di supervisione) e sempre nel rispetto del diritto dell'Unione (sia delle norme di primo, che di secondo livello). Ma, in quali casi l'esercizio del potere regolamentare da parte della Bce può essere considerato necessario per lo svolgimento dei suoi compiti? Al fine di allineare quanto disposto dall'art. 4.3 del reg. 1024/2013 all'interpretazione sistematica di cui sopra (in cui si è tenuto conto, cioè, anche di quanto previsto al di fuori del regolamento n. 1024/2013, ossia il Tfue), il fatto che la Bce possa "inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento" potrebbe essere inteso nel senso di limitare il potere regolamentare della Bce laddove il diritto dell'Unione abbia già un completo corpo di norme (di primo e secondo livello), in relazione alle quali gli interventi regolatori della Bce riguarderebbero solo la definizione delle modalità organizzative per vigilare sul loro rispetto (e quindi l'art. 4.3 avrebbe l'obiettivo di precludere alla Bce di aggiungere requisiti regolamentari), mentre, laddove il diritto dell'Unione risultasse incompleto e delegasse le scelte regolamentari alle competenti autorità, la Bce potrebbe esercitare il suo potere regolamentare, che a questo punto risulterebbe (necessario e) limitato esclusivamente dal fatto che essa può esercitarlo solo per l'assolvimento dei suoi compiti (per quanto a noi interessa, quelli di vigilanza) e non oltre gli scopi di questi ultimi ("nella misura necessaria")²⁵¹.

Alla luce di tali considerazioni, consegue che laddove il diritto dell'Unione conceda opzioni alle autorità nazionali competenti, l'esercizio del potere regolamentare da

²⁵¹ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015: "To reconcile therefore a literal reading of Article 4(3) with a more systematic interpretation, the period "the ECB may also adopt regulations only to the extent necessary to organize or specify the arrangements for the carrying out of the tasks conferred on it by this Regulation" could be read as limiting the scope of ECB regulation where Union law (herein included national legislations exercising Member States options) is already a complete body of primary and secondary rules which needs only to be enforced and supervised (and here the ECB regulatory scope shall be mainly organizational, in a broad sense of the expression, though). The ECB regulatory power under Article 132 TFEU and 34 of the Statute could remain, on the contrary, unaffected, within the limits of the tasks conferred on it and with the functional scope of implementing them ("to the extent necessary to it"), where Union law is incomplete and, in particular, defers regulatory choices to competent authorities."

parte della Bce per l'esercizio di tali opzioni non potrebbe generare sovrapposizioni. A tal proposito, il considerando(45) del regolamento n. 1024/2013 enuncia che:

“Per assolvere i suoi compiti la BCE dovrebbe disporre di adeguati poteri di vigilanza. Il diritto dell'Unione in materia di vigilanza degli enti creditizi attribuisce determinati poteri alle autorità di vigilanza designate a tal fine dagli Stati membri. Nella misura in cui tali poteri rientrano nell'ambito dei compiti di vigilanza attribuiti dovrebbe considerare la BCE l'autorità competente per gli Stati membri partecipanti, ed è necessario dotarla dei poteri conferiti alle autorità competenti dal diritto dell'Unione”.

A partire dal 1° Novembre 2014, la Bce è diventata autorità di vigilanza competente per la maggior parte delle banche europee. La questione che emerge è se le opzioni esercitate dalla Bce abbiano efficacia nei confronti di tutte le banche, o solo nei confronti delle banche significative²⁵², poiché in quest'ultimo caso, le autorità nazionali manterrebbero allora il potere di esercitare le opzioni, che avrebbero validità nei confronti delle banche meno significative.

Il 14 Marzo del 2016, ad esito della consultazione pubblica sull'esercizio delle opzioni e delle discrezionalità previste dal diritto dell'Unione conclusa il 16 Dicembre del 2015, la Bce ha adottato il Regolamento n. 445/2016 e una Guida sull'esercizio di tali opzioni e discrezionalità. Il regolamento, è uno strumento giuridicamente vincolante del diritto dell'Unione che stabilisce gli obblighi legali applicabili alle banche significative dell'MVU con riferimento al trattamento prudenziale di determinate opzioni e discrezionalità “generali”²⁵³. La Guida, invece,

²⁵² Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in “Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia”, n. 79, Ottobre 2015: “... a final question arises on whether the ECB empowerment to exercise competent authority options and discretions for participating Member States is general or confined to prudential options for significant banks only.”

²⁵³ Vedi Consultazione pubblica riguardante i progetti di regolamento e di guida della Banca centrale europea sull'esercizio delle opzioni e delle discrezionalità previste dal diritto dell'Unione: “Nel caso delle opzioni generali la BCE può adottare una decisione di policy applicabile a tutte le banche sottoposte alla sua vigilanza, senza che si effettui una valutazione specifica aggiuntiva per ciascuna banca. È ad esempio di carattere generale l'opzione in base

è uno strumento non giuridicamente vincolante, intesa come strumento di ausilio ai gruppi di vigilanza congiunti nello svolgimento dei loro compiti, che fornisce a questi ultimi indicazioni su come valutare singolarmente altre opzioni e discrezionalità in merito alle quali occorre assumere una decisione “caso per caso”²⁵⁴. Il 18 Maggio del 2016 la Bce ha elaborato il progetto di addendum alla Guida della BCE sulle opzioni e sulle discrezionalità previste dal diritto dell’Unione, che segna un passo avanti verso l’ulteriore armonizzazione della vigilanza sulle banche significative nell’area dell’euro, ed ha quindi lanciato la seconda fase di consultazione pubblica che si concluderà il 21 Giugno 2016.

Il regolamento n. 445/2016 recepisce gli orientamenti interpretativi a favore dell’attribuzione di poteri regolatori alla Bce che sono stati sopra esposti, e dispone che l’esercizio delle opzioni e discrezioni previste dal diritto dell’Unione da parte della Bce abbia efficacia solo nei riguardi delle banche significative. In particolare, il considerando(1) enuncia che:

“La Banca centrale europea (BCE) ha il potere di stabilire regolamenti conformemente all' articolo 132 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Inoltre, l' articolo 132 del Trattato e l'articolo 34 dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (di seguito lo «Statuto del SEBC»), facendo riferimento all'articolo 25.2 dello Statuto del SEBC, conferiscono alla BCE poteri regolamentari in quanto necessari ad

alla quale un debitore può essere considerato in stato di default se è in arretrato da 90 o 180 giorni sulle proprie obbligazioni creditizie, poiché la decisione della BCE tra le due alternative si applica a tutte le banche significative”
Vedi anche nota n. 22.

²⁵⁴ “Al contrario delle opzioni generali che sono applicabili a tutte le banche significative, le opzioni e le discrezionalità esercitate “caso per caso” richiedono una valutazione specifica per ogni banca, che di regola presenta una richiesta per beneficiare di un’opzione. Le deroghe sono un esempio tipico di categoria soggetta a una valutazione “caso per caso”. È quindi necessaria una valutazione caso per caso da parte della BCE, la quale verifica che la banca interessata possa beneficiare della deroga. La decisione di concedere una deroga all’applicazione dei requisiti di liquidità dipende, ad esempio, dalla struttura di liquidità e dalla gestione di tale rischio propri di ciascuna banca.”

assolvere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi.”

Il considerando(3), in riferimento alla qualifica della Bce quale “autorità competente”, enuncia che:

“Come stabilito dalla pertinente normativa dell'Unione, la BCE è l'autorità competente negli Stati membri partecipanti ad assolvere i propri compiti microprudenziali nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico (MVU) a norma del Regolamento (UE) n. 1024/2013 nei confronti di enti creditizi classificati come significativi ... Pertanto essa ha tutti i poteri e gli obblighi che il pertinente diritto dell'Unione conferisce alle autorità competenti. In particolare, la BCE ha il potere di esercitare le opzioni e le discrezionalità previste dal diritto dell'Unione.”

Sulla base di queste considerazioni, l'art. 1 dispone che:

“Il presente regolamento specifica alcune delle opzioni e discrezionalità conferite alle autorità competenti ai sensi del diritto dell'Unione in materia di requisiti prudenziali per gli enti creditizi esercitate dalla BCE. Si applica esclusivamente con riferimento agli enti creditizi classificati come significativi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, del Regolamento (UE) n. 1024/2013 ...”

Il regolamento è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'UE ed entrerà in vigore il 1° ottobre 2016.

Quindi, se la Bce in qualità di autorità competente esercita le opzioni e le discrezionalità previste dal diritto dell'Unione con efficacia nei riguardi delle sole banche significative, le autorità nazionali manterrebbero allora il potere di esercitare le opzioni con efficacia nei confronti delle banche meno significative. Alcuni

esponenti della dottrina²⁵⁵ hanno sostenuto che ciò condurrebbe, da un lato, a un regime uniforme per le banche significative (il che rappresenta comunque un passo avanti verso l'armonizzazione delle regole), dall'altro, a un regime differente per quelle meno significative (a seconda delle opzioni esercitate dallo Stato in cui hanno sede).

Ne è quindi nato un orientamento interpretativo a favore dell'esercizio da parte della Bce delle opzioni e delle discrezionalità previste dal diritto dell'Unione nei confronti di tutte le banche, anche quelle meno significative. Se leggiamo l'art. 4.1 del regolamento n. 1024/2013:

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

notiamo che i compiti a fini di vigilanza prudenziale elencati nell'articolo in parola, sono attribuiti alla competenza esclusiva della Bce nei confronti di tutte le banche²⁵⁶. Ciò tuttavia, deve essere letto insieme alla ripartizione di competenze di cui all'art 6, in cui è stabilito che (art. 6.3):

“Ove opportuno e fatte salve la competenza e la responsabilità della BCE in ordine ai compiti attribuiti dal presente regolamento, spetta alle autorità nazionali competenti assistere la BCE, ... nella preparazione e nell'attuazione

²⁵⁵ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 79, Ottobre 2015: "... if NCAs would retain the power to exercise national options and discretions in respect to non significant banks – the allocation of rule making within the SSM for the exercise of competent authorities options and discretions would be conducive, as already suggested in the literature to a disparity of requirements for significant and less significant banks, with a uniform exercise of the options limited to significant banks. This is something that, functionally, is widely believed quite undesirable.”

²⁵⁶ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 79, Ottobre 2015: "his suggests that the attribution of competence to the ECB, whilst limited to the special tasks granted for prudential supervisory purposes, is exclusive and extends to all banks.”

degli atti inerenti ai compiti di cui all'articolo 4 concernenti tutti gli enti creditizi”,

e che, nei confronti delle banche meno significative, alcuni dei compiti di cui elencati dall'art.4 sono svolti direttamente dalle autorità nazionali (art. 6.6):

“Fatto salvo il paragrafo 5 del presente articolo, le autorità nazionali competenti assolvono i compiti, e ne sono responsabili, di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere b), da d) a g) e i), e adottano tutte le pertinenti decisioni di vigilanza in relazione agli enti creditizi menzionati al paragrafo 4, primo comma, del presente articolo”;

tali compiti, tuttavia, vengono svolti “Fatto salvo il paragrafo 5”, il quale stabilisce che la Bce (art. 6.5(a)):

“emana regolamenti, orientamenti o istruzioni generali rivolti alle autorità nazionali competenti in base ai quali sono eseguiti i compiti definiti nell'articolo 4, ad esclusione del paragrafo 1, lettere a) e c), e le decisioni di vigilanza sono adottate dalle autorità nazionali competenti.”,

e che (art. 6.5(b)): “allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati, la BCE può decidere in qualsiasi momento, di propria iniziativa dopo essersi consultata con le autorità nazionali competenti o su richiesta di un'autorità nazionale competente, di esercitare direttamente tutti i pertinenti poteri per uno o più enti creditizi”.

Quindi, volendo riassumere, l'art.4.1 attribuisce alla competenza esclusiva della Bce determinati compiti di vigilanza prudenziale nei confronti di tutte le banche. Questi vengono svolti secondo la ripartizione delle competenze di cui all'art.6, secondo cui, alcuni dei compiti di cui all'art. 4.1 vengono svolti dalla Bce nei confronti di tutte le banche, mentre altri vengono svolti da quest'ultima solo nei confronti delle banche significative, perché nei confronti di quelle meno significative verranno invece

eseguiti dalle autorità nazionali (artt. 6.5 e 6.6); queste ultime, tuttavia, agiranno secondo i regolamenti, le istruzioni e gli orientamenti forniti dalla Bce (art.6.5(a)), fermo che quest'ultima potrà, anche di propria iniziativa, decidere di svolgere essa stessa i compiti di vigilanza nei confronti di una o più banche meno significative (art. 6.5(b)). Alla luce di ciò, possiamo concludere che le autorità nazionali assumono la maggior parte, ma non tutti le responsabilità di supervisione della Bce nei confronti delle banche meno significative, e quindi, le ANC possono, ma solo per certi aspetti, essere considerate autorità competenti, ma senza che venga sottratto alla Bce il ruolo di principale autorità competente per tutte le banche, anche per quelle meno significative²⁵⁷, come testimoniato dagli articoli di cui sopra. Conseguentemente, se il Trattato attribuisce alla Bce un generale potere regolamentare per l'espletamento dei suoi compiti (inclusi quelli di vigilanza), e se la Bce risulta essere autorità competente principale nei confronti di tutte le banche ai sensi del reg. n. 1024/2013, allora le opzioni esercitate dalla Bce hanno valore nei confronti di tutte le banche, anche di quelle meno significative, senza che quindi l'esercizio di queste possa dar luogo ad una disparità di requisiti tra banche significative e quelle meno significative ("unlevel playing field"). È importante, al fine di meglio comprenderne la ratio, leggere ed interpretare le disposizioni legislative alla luce dei loro considerando e tenere conto del quadro normativo in cui esse vengono inserite (un'interpretazione sistemica).

È stato sostenuto²⁵⁸ che un tale (esteso anche alle banche meno significative)

²⁵⁷ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015: "In other terms, it is certainly true that the attribution of exclusive competence set out in Article 4(1) must be read in conjunction with the provisions of Article 6, that stipulates that both NCAs and the ECB exercise competences with regard to less significant institutions. We note, nonetheless, that the cooperation framework set out by Article 6 was basically tailored as a legislative attribution to the NCAs of the direct exercise of (most but not all) prudential supervisory responsibilities of the ECB with regard to less significant banks. In this way, national supervisors are also made competent authorities to some effects, without depriving however the ECB of the role of primary competent authority also for less significant banks (as witnessed by Article 6(5) of the SSM Regulation)."

²⁵⁸ Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015: "Despite our preferences, these conclusions are however still

esercizio del potere regolatorio da parte della Bce, potrebbe dar luogo a diversi procedimenti giurisdizionali. Gli enti creditizi destinatari di una decisione della Bce, potrebbero utilizzare l'incertezza derivante dalla distribuzione delle competenze in materia regolamentare come argomentazione difensiva. Del pari, se la Bce adottasse un atto esercitando uno dei poteri riservati ad un'autorità nazionale, anche quest'ultima potrebbe richiedere allo Stato membro di appartenenza di iniziare un procedimento davanti la Corte di giustizia per richiedere l'annullamento di tale atto. Dato che le conclusioni interpretative esposte sono provvisorie, un intervento della Corte di Giustizia potrebbe risultare utile ai fini di una loro convalida. Auspicabile sarebbe anche un intervento del legislatore europeo.

4.6 Conclusioni.

In Europa, il 4 Novembre 2014, è entrato in vigore il Meccanismo di vigilanza unico, istituito con il regolamento n. 1024/2013 che ha attribuito alla Banca centrale europea compiti rilevanti in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi. Esso costituisce il primo dei tre pilastri su cui è stata costruita l'Unione Bancaria europea. Il regolamento in parola, ha introdotto in Europa un nuovo sistema di amministrazione, che è stato definito "di amministrazione integrata". Infatti, non è stata istituita nessuna nuova autorità cui i compiti di vigilanza sono stati devoluti: è il modo in cui effettuare la vigilanza che è stato ripensato. La Banca centrale europea è responsabile della vigilanza su tutte le banche situate negli Stati membri che adottano l'euro, e negli Stati membri che non adottano l'euro ma hanno aderito al Meccanismo tramite accordi di "stretta cooperazione". In tale compito, essa è

provisional and need to be validated by the CJEU.", "...this opens an uncharted territory to private litigation to test both the ECB v. national allocation of regulatory competences from a constitutional point of view and the principle of effective judicial protection enshrined in the Charter of Fundamental Rights. Supervised credit institutions could potentially use conflicts over vertical distribution of competences under the SSM Regulation to defend themselves from intrusive acts from the SSM supervisors. One such situation will evidently arise where the ECB exercises a competence that it does not hold, or where the exercise of a recognized competence goes beyond its legal scope (i.e. the ECB acts ultra vires)."

affiancata dalle autorità nazionali. L'intera vigilanza si basa, pertanto, sulla cooperazione tra il livello sovranazionale e quello nazionale. In detto sistema, da alcuni per l'appunto definito "a due livelli", mentre la Banca centrale europea si occupa della vigilanza sugli enti creditizi che, secondo i requisiti fissati dal regolamento, sono considerati "significativi" dal punto di vista sistemico, le autorità nazionali si occupano della vigilanza sulle banche "meno significative". L'organizzazione della vigilanza è definita dal regolamento n. 468/2014 della Bce (regolamento quadro sul Mvu), in cui, tra gli altri, è previsto che la vigilanza sugli enti significativi venga svolta mediante gruppi di vigilanza congiunti di cui fanno parte membri della Bce e della autorità nazionali. La vigilanza diretta che la Bce svolge sugli enti che sono considerati significativi viene quindi svolta con la collaborazione dei supervisori nazionali, che non solo per la lingua, ma anche grazie alla loro esperienza professionale e alla vicinanza con gli intermediari, sono in grado di fornire un considerevole supporto. Le autorità nazionali, dal canto loro, sono incaricate della vigilanza sugli enti creditizi meno significativi. Queste ultime, tuttavia, svolgono i loro compiti secondo i regolamenti, gli orientamenti e le istruzioni che la Bce può rivolgere loro ai sensi del regolamento. Per questo, con riguardo alle banche meno significative, si parla di vigilanza "indiretta" della Bce. Tuttavia, la Bce può, anche di proprio iniziativa, quando ciò sia necessario al fine di garantire l'applicazione di standard di vigilanza adeguati, decidere di esercitare essa stessa la vigilanza diretta nei confronti di una o più banche meno significative.

Quando si parla di regolamentazione finanziaria, normalmente il riferimento è sia all'attività di vigilanza che all'attività di regolamentazione, che sono esercitate dalla medesima autorità. In Europa, si è adottato un assetto diverso, caratterizzato dalla separazione tra attività di vigilanza e attività di regolamentazione. Infatti, questi compiti sono attribuiti ad autorità diverse; in particolare, la Bce si occupa della vigilanza nell'ambito del Meccanismo, mentre della regolamentazione se ne occupa l'Autorità bancaria europea e la Commissione. In realtà, il regolamento sul Mvu

attribuisce alla Bce un potere regolamentare, il cui esercizio è però limitato ai soli fini organizzativi della vigilanza. È stato dimostrato come tale separazione sia d'ostacolo all'effettivo funzionamento del Meccanismo. In particolare, essendo la Bce sfornita di un pieno potere regolamentare, quest'ultima non può definire la portata del suo mandato; di conseguenza, determinati soggetti e attività rimangono fuori dell'ambito di applicazione del Meccanismo, nonostante meriterebbero di essere inclusi. Un potenziamento dei poteri regolamentari della Bce potrebbe ovviare a tali problemi. Secondo una rigida lettura dell'art. 127.6 sarebbe necessaria una modifica del Trattato per poter attribuire poteri regolamentari in materia prudenziale alla Bce, al fine di conferire a quest'ultima uno status equivalente a quello che già possiede in materia di politica monetaria. Sempre a favore della limitazione dei poteri regolamentari della Bce, un orientamento che si basa su un'interpretazione degli artt. 9.1(2) e 4.3 del regolamento sul Mvu, secondo cui, la Bce avrebbe un potere regolamentare solo nelle materie espressamente previste da tale regolamento; pertanto, la Bce può utilizzare il suo potere regolamentare solo ai fini organizzativi dei compiti di vigilanza attribuiti.

Al contrario, un'interpretazione di ampio respiro, più elastica dell'art. 127.6 del Tfu, e un'interpretazione sistemica degli artt. 132 del Tfu, 25.2 e 34 dello Statuto, permetterebbero di interpretare l'art. 4.3 come apparentemente limitativo del potere regolamentare della Bce, permettendo a quest'ultima di utilizzare il suo potere laddove il diritto dell'Unione non sia disposto di un corpo completo di norme, ed anche per esercitare le opzioni che il diritto europeo concede alle autorità nazionali. L'esercizio di questo potere avverrebbe nel rispetto delle regole già fissate, e non andrebbe, quindi, a sovrapporsi con quello dell'Abc e della Commissione, e sarebbe efficace nei confronti di tutte le banche europee, essendo la Bce autorità (in primis) competente nei confronti di tutti gli enti creditizi, sia significativi che meno significativi. Tuttavia, la Bce ha recentemente adottato il Regolamento n. 445/2016 con cui si ritiene autorità competente ad esercitare le opzioni e le discrezionalità previste dal diritto dell'Unione solo nei confronti delle banche significative.

Bibliografia

- Boccuzzi, G., L'Unione bancaria europea: nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie, Roma, 2015, Cap. II.
- Brescia Morra, C., Il diritto delle banche, Bologna, 2016.
- Busch, D. e Ferrarini, G., European Banking Union, Oxford, 2015, Cap. IV-V.
- Virzo, R. e Ingravallo, I., Evolutions in the Law of International Organizations, Brill | Nijhoff, 2015, Cap. 8.
- Wymeersch, E. e Hopt, K. J. e Ferrarini, G., Financial Regulation and Supervision. A post-crisis analysis, Oxford, 2012, Cap. IX.
- Angeloni, I. e Beretti, T., Harmonising banking rules in the Single Supervisory Mechanism, in "Law and Economics Yearly Review", n.4/1, 2015, pp. 124 ss.
- Brescia Morra, C., From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the EBA, in "LUISS Guido Carli/School of European Political Economy", n. 2, 2014.
- Brescia Morra, C., La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 73 ss.
- Coster, T., Discussion Report: The European Banking Union, in "European Company & Financial Law Review", n. 2/2015, pp. 120 ss.
- Clarich, M., Le sanzioni amministrative bancarie nel Meccanismo di vigilanza unico, in "Banca Impresa Società", n. 2, 2014, pp. 333 ss.

- Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 75, Marzo 2014.
- D'Ambrosio, R., Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 74, Dicembre 2013.
- D'Ambrosio, R., The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 78, Gennaio 2015.
- Del Gatto, S., Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", n. 4, 2015, pp. 1221 ss.
- Donato, L. e Grasso, G., Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il Testo Unico Bancario, verso il Single Supervisory Mechanism, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2014.
- Enria, A, L'Unione bancaria europea vista da Londra, in "collana febaF", n. 3, 2013.
- Ferran, E. e S.G. Babis, Valia, The european Single Supervisory Mechanism, in "Journal of Corporate Law Studies", n.13/2, 2013, pp. 255 ss.
- Gualadri, E., Single Supervisory Mechanism e politiche macroprudenziali nell'Unione Europea, in "Banca Impresa Società", n. 1, 2015, pp. 91 ss.
- Lamandini, M., Il diritto bancario dell'Unione, in "Banca, borsa, titoli di credito", n. 4, 2015, pp. 423 ss.
- Lamandini, M. e Munoz, D. R. e Alvarez, J. S., Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of

Fundamental Rights' Protection, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 79, Ottobre 2015.

- Meister, M., The European Banking Union, in "European Company & Financial Law Review", n. 2, 2015, pp. 115 ss.
- Napoletano, G., Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union, in "Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia", n. 76, Giugno 2014.
- Sciascia, G., Unione Bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione, in "Banca Impresa Società", n. 3, 2015, pp. 363 ss.
- Wymeersch, E., The Single Supervisory Mechanism or SSM, Part One of the Banking Union, in "ECGI Working Paper Series in Law", n.240, 2014.

Indice sommario

I. Perché la vigilanza bancaria?

1.1 L'importanza dell'attività bancaria	5
1.2 La crisi del 2007 e del 2009	9
1.3 Il Meccanismo di vigilanza unico. Caratteristiche generali	14

II. La struttura del Mvu

2.1 La scelta per la Banca Centrale Europea	19
Segue: l'art. 127, par. 5-6, del Tfu	21
2.2 Il Consiglio di vigilanza	26
Segue: la composizione	28
Segue: la procedura decisoria	30
Segue: il comitato direttivo	33
Segue: la separazione dalla funzione monetaria	33
2.3 La Commissione amministrativa del riesame	35
Segue: premessa sulle decisioni di vigilanza	35
Segue: la composizione	37
Segue: la procedura del riesame	38
Segue: scopo e ulteriori caratteristiche	40

<u>III. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del Mvu</u>	43
3.1 I soggetti vigilati	
3.1.1 Il criterio della “Significatività”	44
3.1.2 Succursali e prestazione di servizi in Europa	47
3.1.3 I gruppi bancari e la vigilanza consolidata	50
3.1.4 L’organizzazione della vigilanza sui soggetti o gruppi vigilati significativi	55
3.1.5 I conglomerati finanziari e la vigilanza supplementare	56
3.2 I compiti attribuiti alla Bce e il coordinamento con le Anc	57
3.2.1. I compiti attribuiti alla Bce: Articoli 1 e 4, Reg. SSM	59
3.2.2. Compiti e strumenti macroprudenziali (Art. 5 Reg.)	63
3.2.3. I supervisori nazionali. Il coordinamento in seno al Meccanismo	67
3.3 I poteri di vigilanza della Bce	70
3.3.1 Le garanzie procedurali per l’adozione delle decisioni di vigilanza. La relazione tra l’art. 22 del Regolamento e l’art. 42 della Carta dei diritti fondamentali.	72
Segue: Il diritto ad essere sentiti	73
Segue: Il diritto di accesso al fascicolo	74
Segue: La motivazione delle decisioni.	75
3.3.2. L’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria (art. 14 Reg.)	76
3.3.3. L’autorizzazione all’acquisizione di partecipazioni qualificate (art. 15 Reg.)	81
3.3.4. I poteri di vigilanza (art 16 Reg)	85

3.3.5. Il potere sanzionatorio (art 18 Reg)	89
Segue: La ripartizione del potere	90
Segue: La procedura sanzionatoria	95
Segue: Caratteristiche	99
Segue: L'impugnazione	100
3.3.6. Richiesta di informazioni (Art. 10 Reg.)	101
3.3.7. Indagini generali (Art. 11 Reg.)	101
3.3.8. Le ispezioni in loco (Art. 12 Reg.)	102
3.4 La responsabilità	105
3.4.1 La responsabilità degli organi	106
3.4.2 La controversa questione della responsabilità dei membri dei Gvc e dei gruppi di ispezione	108
3.4.3 La responsabilità concorrente e la distribuzione della competenza giurisdizionale tra CGUE e autorità nazionali	113

IV. Il potere regolatorio della Bce

4.1 Introduzione	117
4.2 Le ragioni a sostegno dell'armonizzazione delle regole e dell'accentramento della vigilanza	118
4.3 Le tappe fondamentali della regolamentazione europea	121
Segue: I problemi	130
Segue: Esigenze di armonizzazione nell'ambito della gestione delle crisi	132
4.4 Le soluzioni ai problemi dell'attuale quadro regolamentare	136

4.5 Il rafforzamento del potere regolatorio della Bce	137
Segue: A favore della limitazione di tali poteri	139
Segue: A sostegno dell'attribuzione di più poteri	142
4.6 Conclusioni	155

Bibliografia	159
--------------	-----

Grazie alla disponibilità sempre dimostrata dal Professore Virzo e dalla Professoressa Brescia Morra, e grazie anche alla supervisione di quest'ultima, le cui lezioni hanno trasmesso in me un vivo interesse per questa materia, la realizzazione di questo lavoro è stata possibile. A loro un sincero ringraziamento.

Tesi di laurea:

IL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO IN EUROPA. IL POTERE REGOLAMENTARE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA.

Candidato: Luca Grasso

Relatore: Prof. Roberto Virzo

Giurisprudenza

Correlatore: Prof. Concetta Brescia Morra

LUISS Guido Carli, anno 2015/16