

Corso on - line BANCA D'ITALIA 2018

Lezione L-01

L'assetto istituzionale della vigilanza europea: il ruolo delle autorità europee e di quelle nazionali.

Sommario: 1. La nuova architettura della supervisione finanziaria europea. - 2. I poteri delle Autorità europee di vigilanza. - 2.1. I poteri di proposta e di regolazione delegata. - 2.2. I poteri di soft law, di indirizzo e di "super-vigilanza". - 2.3. I poteri di intervento d'urgenza. - 2.4 I poteri di coordinamento e di risoluzione delle controversie tra autorità nazionali di vigilanza. - 2.5. Il potere sostitutivo. - 3. L'indipendenza delle ESAs. - 3.1. I dubbi di compatibilità con il TFUE. - 4. Le proposte di revisione dell'architettura di vigilanza europea. - 5. Il *Board of Appeal* e la tutela giurisdizionale avverso gli atti delle ESAs. - 6. L'*European Systemic Risk Board (ESRB)*. - 7. L'Unione Bancaria Europea (UBE). - 8. La BCE quale Autorità di Vigilanza dell'UBE. Il *Single Supervisory Mechanism (SSM)*. - 9. Considerazioni conclusive sul ruolo e sulle funzioni delle autorità nazionali di controllo alla luce del mutato contesto ordinamentale.

1. La nuova architettura della supervisione finanziaria europea.

Nella prospettiva di rafforzare l'**integrazione dei mercati** e innalzare il livello di **armonizzazione della regolazione** del settore, le istituzioni dell'UE, nel tempo, hanno dato vita a un **quadro giuridico unitario**, relativo a tutte le attività destinate al pubblico dei risparmiatori e degli investitori, avendo di mira l'**integrità** e l'**efficienza** globale del **sistema bancario e finanziario** e assicurando, al contempo, il grado di armonizzazione necessario per poter offrire ai **risparmiatori** e agli **investitori** un **elevato livello di protezione**.

La crisi finanziaria scoppiata nel 2007 ha evidenziato una serie di lacune nel sistema di vigilanza sul mercato bancario e finanziario. I **modelli di vigilanza su base nazionale** non sono riusciti a stare al passo con la globalizzazione finanziaria e con la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei, nei quali numerosi istituti finanziari operano a livello transnazionale. La crisi ha evidenziato **lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione coerente del diritto dell'UE** e fiducia tra le autorità nazionali competenti, che agiscono secondo il principio dell'*home State control*.

In varie risoluzioni pubblicate prima e durante la crisi finanziaria, il Parlamento europeo ha esortato ad adottare un sistema di vigilanza europeo più integrato, al fine di assicurare reali condizioni di parità per tutti gli attori al livello dell'UE e rispecchiare l'integrazione sempre maggiore dei mercati finanziari nell'UE.

Per imprimere nuova forza al processo di armonizzazione, la **Commissione europea** ha istituito un **Gruppo di eccellenza (c.d. "di alto livello")** presieduto da **Jacques de Larosière**, che ha formulato proposte di riforma il **25 febbraio 2009**. Le proposte hanno delineato un percorso evolutivo basato sulla trasformazione degli allora **Comitati di livello 3** in **altrettante Autorità europee**, secondo una linea tendenziale che prevedeva come punto di arrivo un modello fondato su una ripartizione delle responsabilità di vigilanza sulla base delle finalità dei controlli, con la creazione di un'Autorità responsabile per i profili di micro-stabilità e di vigilanza prudenziale per il settore bancario, di un'Autorità competente, sotto gli stessi profili, per il settore assicurativo, e di una Autorità competente per la trasparenza, le regole di condotta e i mercati mobiliari. Tali proposte, di notevole interesse, suggerivano cambiamenti di grande respiro, pur nell'alveo dell'assetto istituzionale prefigurato dal TUE. Peraltro, se vi era convergenza sull'adozione di regole chiare, essenziali e da tutti in egual misura applicate, non vi era altrettanta sintonia sull'ipotesi di riforma strutturale della vigilanza, che la maggioranza dei Paesi intendeva continuare a esercitare attraverso le Autorità nazionali, seppure con un forte coordinamento centrale.

Da ultimo, nel settembre 2010, dopo aver promosso per più di un anno una riforma radicale della supervisione finanziaria europea, il Parlamento europeo ha approvato un pacchetto legislativo che modifica sostanzialmente, a decorrere dall'anno 2011, il controllo e la

vigilanza su banche, imprese assicurative e mercati finanziari, istituendo **tre Autorità europee di vigilanza (ESAs)** ⁽¹⁾ - una di vigilanza sulle banche (**EBA - European Banking Authority**, con sede a Londra), l'altra di vigilanza del settore assicurativo (**EIOPA - European Insurance and Occupational Pensions Authority**, con sede a Francoforte), la terza di vigilanza sui mercati mobiliari (**ESMA - European Securities and Market Authority**, con sede a Parigi) - in sostituzione dei preesistenti comitati con poteri consultivi ⁽²⁾.

Le **ESAs** sono coordinate nell'ambito dell'**European System of Financial Supervisors (ESFS, o SEVIF)**, un *network* che ha la funzione di **supervisione microprudenziale**, cioè di controllo e valutazione dei rischi delle singole imprese finanziarie, il quale si affianca al **Comitato europeo per il rischio sistemico (European Systemic Risk Board - ESRB)** che ha, invece, funzioni di **vigilanza macroeconomica**, sotto la vigilanza della BCE ⁽³⁾. L'**ESRB** - in seno al quale un ruolo decisivo è svolto dalla BCE - ha il compito di monitorare e di valutare il mercato, al fine mitigare l'esposizione del sistema al rischio di fallimento delle componenti sistemiche e aumentare la resistenza del sistema finanziario agli *shocks*.

Il modello tradizionale delle agenzie europee con compiti di coordinamento e assistenza ai regolatori nazionali risulta, in tal modo, superato mediante l'attribuzione a **regolatori sovranazionali decentrati rispetto alle istituzioni europee** di più incisivi strumenti di intervento per regolare e controllare i mercati di riferimento. Il nuovo sistema dovrebbe garantire la **coerenza del sistema di vigilanza micro-prudenziale** e **ridurre i rischi di crisi nell'ordinamento dell'UE**. Allo stesso tempo, le nuove regole dovrebbero rafforzare il mercato interno per i servizi finanziari e garantire miglior protezione per gli investitori. Le **ESAs**, in quanto enti autonomi e indipendenti, costituiscono, invero, un modello organizzativo strutturalmente in grado di **neutralizzare i conflitti tra regolatori nazionali** e funzionano, dunque, come **centro di mediazione degli interessi** nell'ottica della stabilità del sistema finanziario europeo.

Nell'ambito dell'esigenza di creare un sistema di vigilanza europeo sull'intermediazione bancaria e finanziaria, al fine di prevenire e gestire le crisi degli intermediari, si inserisce il **suaccennato ampliamento delle funzioni della BCE**, a cui sono ora attribuiti **compiti di supervisione delle banche di maggiori dimensioni e con operatività transfrontaliera**, e l'istituzione di un **Meccanismo Unico di Risoluzione (Single Resolution Mechanism - SRM)** affidato al **Comitato Unico di Risoluzione (Single Resolution Board - SRB)**.

2. I poteri delle Autorità europee di vigilanza.

I regolamenti istitutivi delle tre **ESAs**⁴ delineano la struttura, le funzioni e i poteri di tali Autorità in maniera simmetrica. Le **ESAs** sono chiamate a svolgere compiti di **vigilanza** sui mercati di rispettiva competenza, al fine di garantirne la **stabilità** e l'**efficienza**, nella prospettiva della **tutela dei risparmiatori**. L'art. 8 di ciascuno dei tre regolamenti istitutivi individua nel dettaglio i compiti attribuiti alle **ESAs**.

Per l'assolvimento di tali compiti il legislatore europeo ha munito le **ESAs** di poteri:

- di **proposta normativa** e di **regolazione delegata**;
- di **soft law** (raccomandazioni e pareri);
- di **indirizzo** e "**super-vigilanza**";
- di **intervento d'urgenza**;
- di **coordinamento e di risoluzione delle controversie tra autorità nazionali di vigilanza**;
- di **sostituzione delle autorità nazionali nell'esercizio dei poteri di controllo nei confronti dei soggetti da esse vigilati**.

¹ Dir. 2010/78/UE; Reg. (UE) n. 1093/2010; Reg. (UE) n. 1094/2010; Reg. (UE) n. 1095/2010.

² Si trattava del Comitato di vigilanza bancaria (**CEBS**), del Comitato di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali (**CEIOPS**) e del *Committee of European Securities Regulators (CESR)*.

³ Un certo numero di Stati membri (in particolare, quelli con grandi centri finanziari) aveva proposto e sostenuto una riforma più limitata del sistema di vigilanza, che avrebbe determinato una sostanziale riduzione della portata iniziale della proposta della Commissione europea, a sua volta giudicata come non sufficiente dal Parlamento europeo. I relatori del Parlamento, sin dall'inizio, si sono, invece, espressi in favore di un cambiamento radicale del sistema, in primo luogo attraverso una migliore comunicazione fra le autorità di controllo nazionali. L'accordo finale sul SEVIF vede, pertanto, la trasformazione dei comitati consultivi in veri organismi di controllo con poteri effettivi.

⁴ Reg. (UE) n. 1093/2010; Reg. (UE) n. 1094/2010; Reg. (UE) n. 1095/2010.

2.1. I poteri di proposta e di regolazione delegata. - Il potere di proposta normativa delle *ESAs* consiste nell'elaborazione di **progetti di standards tecnici vincolanti (*draft binding technical standards - BTS*)**, non implicanti esercizio di discrezionalità politica, che la **Commissione europea** può adottare, conformemente agli artt. 290 e 291, TFUE, mediante ***delegated acts (DA)* o *implementing acts (IA)***. L'esercizio di tale potere si sostanzia in un affiancamento delle *ESAs* alla Commissione europea nell'esercizio del **potere normativo delegato (art. 290, TFUE) o di esecuzione (art. 291, TFUE)**. Si tratta di atti di carattere esclusivamente tecnico che non devono contenere scelte politiche o decisioni strategiche, pena un'indebita ingerenza in ambiti decisionali sottratti alla discrezionalità delle *ESAs*, in quanto organi non dotati di legittimazione politica, ma soltanto tecnica.

I ***BTS*** si suddividono in "***Regulatory Technical Standards (RTS)***" e "***Implementing Technical Standards (ITS)***".

L'elaborazione di ***RTS*** segue le procedure previste dagli artt. 10-14 dei regolamenti istitutivi delle singole *ESAs*. Ciascuna autorità, di propria iniziativa, può predisporre un ***draft* di *RTS***, previa consultazione dei soggetti interessati e svolgimento di apposite analisi di impatto della regolazione (***AIR***) e di analisi costi-benefici (***CBA***). Il progetto viene, poi, trasmesso alla **Commissione europea**, che lo può approvare in tutto, in parte o con modifiche ovvero non approvare. Nelle ultime tre evenienze, la Commissione deve rinviare, con motivazione, il progetto all'*ESAs* proponente, la quale, nel termine di **6 settimane**, può modificare il progetto, ripresentandolo in forma di "***formal opinion***". Solo se l'Autorità rimane inerte ovvero presenti un progetto modificato in modo non coerente con le modifiche proposte dalla Commissione, quest'ultima può adottare il ***technical standards*** con le modifiche che ritiene pertinenti o respingerla.

Il potere di proposta normativa può **anche** essere esercitato **su sollecitazione della Commissione europea**, che può richiedere all'*ESAs* la predisposizione di un *draft*. Solo quando l'Autorità rimanga inerte, la Commissione è autorizzata ad adottare autonomamente un *RTS* mediante un atto delegato senza un progetto dell'Autorità. In tal caso, è comunque previsto che il progetto predisposto dalla Commissione europea sia inviato all'*ESA*, che può, attraverso una *formal opinion*, chiedere modifiche, all'esito delle quali la Commissione europea può adottare l'*RTS*.

In buona sostanza, sebbene sia formalmente la Commissione europea ad adottare gli ***RTS***, tuttavia essa non può farlo senza aver prima chiesto all'*ESA* interessata di presentare un progetto (da cui peraltro la Commissione può, motivatamente, discostarsi). Inoltre, la Commissione è tenuta a rinviare il progetto finale all'*ESA* competente, che può ancora modificare il progetto e ripresentarlo sotto forma di parere formale alla Commissione, la quale deve tenerne conto e comunque coordinarsi con l'*ESA* stessa.

Oltre al potere di proposta, i regolamenti attribuiscono alle *ESAs* un potere di **regolazione attuativa**: l'art. 15 disciplina la procedura per l'emanazione di ***ITS*** mediante ***implementing acts*** ai sensi dell'**art. 291, comma 2, TFUE**. Anche tali *standards*, al pari di quelli adottati dalla Commissione europea su proposte delle *ESAs*, sono «*di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e lo scopo del loro contenuto è quello di determinare le condizioni di applicazione di tali atti*».

Il potere di proposta e, in misura ancor maggiore, il potere di regolazione delegata, costituiscono un'importante innovazione nel procedimento di *rulemaking* europeo, al punto tale da sollevare dubbi sulla conformità al quadro istituzionale delineato dal TFUE. Il bilanciamento di poteri nell'ordinamento UE, infatti, osterebbe a una delega di responsabilità di regolazione a **enti non previsti nei Trattati** come titolari di dette competenze. Tuttavia, per poter realizzare a livello europeo funzioni di vigilanza su servizi reticolari e gestire la complessità delle discipline di regolazione nazionali, ad oggi la **delega di poteri a regolatori indipendenti ed esperti** rappresenta, secondo la maggior parte delle analisi, lo strumento giuridico più adeguato.

Nell'individuare i settori in cui le *ESAs* elaborano *BTS* appare fondamentale raggiungere un adeguato equilibrio, in modo da creare **un insieme unico di norme armonizzate** (c.d. ***Single Rule Book***), senza complicare indebitamente la regolazione e l'applicazione della stessa. A tal fine, il "*considerando*" n. 11 della **dir. 2010/78/UE (c.d. *Omnibus*)** sottolinea che devono essere selezionati unicamente i settori per i quali *standards* tecnici coerenti possono contribuire in misura significativa ed efficace al raggiungimento degli obiettivi della legislazione pertinente, garantendo, al contempo, che le decisioni politiche siano adottate dal

Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione secondo le loro procedure abituali. Il successivo "considerando" n. 12 precisa che i settori disciplinati da *standards* tecnici devono essere squisitamente tecnici, tali da richiedere la competenza di esperti di vigilanza. Gli *standards* tecnici adottati come *IA*, inoltre, devono stabilire le condizioni per un'applicazione uniforme degli atti giuridici vincolanti dell'UE e non devono implicare scelte politiche.

La dir. *Omnibus* individua una prima serie di sotto-settori nell'ambito dei quali le *ESAs* possono elaborare *standards* tecnici, ferma restando l'inclusione di altri sotto-settori in futuro.

Gli obiettivi che la dir. *Omnibus* si pone nell'individuare i sotto-settori regolati da norme tecniche sono i seguenti:

- migliorare il funzionamento del mercato interno assicurando un livello elevato, efficace e coerente della regolazione e della vigilanza prudenziale,
- proteggere i depositanti, gli investitori e i beneficiari, e in tal modo le imprese e i consumatori,
- tutelare l'integrità, l'efficienza e il regolare funzionamento dei mercati finanziari,
- mantenere la stabilità e la sostenibilità del sistema finanziario,
- preservare l'economia reale,
- salvaguardare le finanze pubbliche,
- rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza.

Per quanto rileva ai nostri fini, deve ricordarsi che l'**EBA** è, principalmente, competente sulle **direttive nn.:**

- **2014/17/UE** (sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali, o direttiva sul credito ipotecario - **MCD**)
- **2013/36/UE** (sui requisiti patrimoniali - **CRD IV**)
- **2006/48/CE** (relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio),
- **2006/49/CE** (relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi)
- **94/19/CE** (relativa ai sistemi di garanzia dei depositi).

L'**EBA** è altresì competente:

- sulle **direttive nn. 2002/87/CE** (relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario) e **98/78/CE** (relativa alla vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione appartenenti ad un gruppo assicurativo),
- sul **regolamento (CE) n. 1781/2006** (riguardante i dati informativi relativi all'ordinante che accompagnano i trasferimenti di fondi),
- sulla **direttiva 2009/110/CE** (concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica - **EMD**),
- sulle **parti pertinenti delle direttive nn. 2005/60/CE** (relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo), **2002/65/CE** (concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) e **2007/64/CE** (relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno).

Nella misura in cui i requisiti richiesti dagli atti legislativi dell'UE non siano pienamente armonizzati, in conformità del principio di precauzione in materia di vigilanza, i *BTS* che sviluppano, specificano o fissano le condizioni di applicazione di tali requisiti non dovrebbero impedire agli Stati membri di imporre requisiti più rigorosi. I *BTS* dovrebbero, pertanto, consentire agli Stati membri di procedere in tal senso, in settori specifici, ove gli atti legislativi in questione prevedano detta discrezionalità.

Il *corpus* unico di norme applicabile a tutti i soggetti pertinenti del mercato interno è volto ad assicurare un'adeguata armonizzazione dei criteri e della metodologia applicata dalle autorità competenti per valutare i **rischi degli istituti di credito**. Al riguardo, la dir. *Omnibus* si pone l'obiettivo di elaborare *draft* di *BTS* in relazione all'*Internal Ratings Based approach*, all'*Advanced Measurement Approach* e ai metodi di rischio di mercato basati o meno sul modello interno, assicurando la qualità e la solidità di tali metodi e la coerenza dell'esame da parte delle autorità competenti. Tali *BTS* dovrebbero consentire alle autorità competenti di permettere agli istituti finanziari di sviluppare diversi metodi basati sulla loro esperienza e specificità, conformemente ai requisiti stabiliti nelle direttive nn. 2006/48/CE e 2006/49/CE, relative all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

Occorre evidenziare che il legislatore europeo non ha avvertito l'esigenza di attribuire alle *ESAs* la funzione di elaborare *draft* di *BTS* sui requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali di banche, imprese di investimento, *OICVM* e relative società di gestione. Ma data la rilevanza di tali requisiti ai fini della sana e prudente gestione, la *dir. Omnibus* ha attribuito alle *ESAs* il compito di individuare in via prioritaria le *best practices* nelle *guidelines* degli Stati membri e assicurare la convergenza dei processi di vigilanza con tali *best practices*.

2.2. I poteri di *soft law*, di indirizzo e di "super-vigilanza". - Al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci e garantire l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'UE, il legislatore europeo ha attribuito alle *ESAs* un potere di ***soft law***, che si sostanzia nell'emanazione di **raccomandazioni** e nell'espressione di ***guidelines***. L'attività a effetti normativi delle *ESAs* tende, dunque, a pluralizzarsi attraverso **strumenti giuridici formali e informali**, che contribuiscono con la stessa dignità a strutturare le "regole del gioco". La convivenza di *hard law* e *soft law* genera un modello di *governance* del settore finanziario ibrido e flessibile, in cui le **responsabilità nazionali** si contemperano con l'esigenza di **uniformità normativa e stabilità finanziaria sovranazionali**.

L'efficacia applicativa degli atti di *soft law* è garantita dal sistema del ***comply or explain***, in base al quale l'**autorità nazionale di vigilanza competente (ANC)** che non si conformi alla raccomandazione o alla *guideline* espressa dall'*ESAs* è tenuta a motivarne le ragioni. Tale potere è intimamente connaturato al ruolo delle *ESAs*, in funzione della garanzia dell'uniforme applicazione del diritto dell'UE da parte delle ANC nei settori del mercato bancario, finanziario e assicurativo. La funzione di uniformare l'applicazione del diritto europeo si risolve, in ultima istanza, nell'esercizio di un **potere di "super-vigilanza"** da parte delle *ESAs* sulle ANC, che insiste sugli atti e sui comportamenti posti in essere da queste ultime e si sostanzia in un sindacato sulla loro conformità al quadro europeo. Si configura una sorta di vigilanza europea sul vigilante nazionale, ovvero di super-controllo del controllore.

Nel caso in cui l'esito del sindacato di conformità al diritto europeo sia negativo, la ***dir. Omnibus*** e i regolamenti istitutivi delle singole *ESAs* riconoscono loro un potere di sostituirsi alle ANC nell'adozione dei provvedimenti necessari a porre rimedio all'inosservanza del diritto dell'UE, anche quando l'esercizio di tale potere implichi la diretta adozione di decisioni nei confronti dei soggetti privati vigilati dall'ANC.

Risulta, a questo punto, evidente come il poter di super-vigilanza non rimanga confinato al rapporto tra *ESAs* e ANC, ma estenda il proprio raggio di azione anche al rapporto tra l'ANC e i soggetti da questa vigilati. In altri termini, il controllo che l'*ESAs* esercita è, direttamente, un controllo sulle ANC, avente a oggetto la conformità al diritto dell'UE, ma, indirettamente, è un controllo effettivo sul mercato e sui relativi attori. Nella nuova struttura della vigilanza, in altri termini, le *ESAs* costituiscono il vertice del controllo, in posizione di sovraordinazione rispetto alle ANC, con funzione di governo del settore vigilato, in una logica prospettica ascendente di accentramento del potere.

2.3. I poteri di intervento d'urgenza. - Il nuovo sistema europeo di vigilanza mostra particolare attenzione alle **situazioni di urgenza**, stabilendo condizioni e procedure per la **dichiarazione di emergenza** da parte del Consiglio dell'UE e attribuendo alle *ESAs* il compito di rivolgere raccomandazioni al Consiglio dell'UE quando ritengano che si possano verificare **rischi di sistema** tali da determinare una **situazione di emergenza**.

Il potere delle *ESAs*, in contesti fragili di mercato, non è limitato a suscitare la dichiarazione di emergenza da parte del Consiglio dell'UE. Anche se questa non è dichiarata, ma si renda comunque necessaria un'azione coordinata delle ANC per rispondere a sviluppi negativi che possano seriamente compromettere i mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario nell'UE, le ***ESAs*** possono adottare **decisioni individuali** per chiedere alle **ANC** di adottare le **misure necessarie** previste dalle norme di settore, «*per affrontare tali sviluppi, assicurando che gli istituti finanziari e le autorità competenti rispettino gli obblighi fissati in tale normativa*». Se, però, l'ANC non si conforma a tali decisioni, è previsto un potere sostitutivo in capo all'*ESA*.

2.4 I poteri di coordinamento e di risoluzione delle controversie tra autorità nazionali di vigilanza. - La nuova architettura su cui si fonda il SEVIF richiede alle ANC di collaborare strettamente con le *ESAs*, anche mediante **scambio di informazioni, coperte dal segreto**.

Le *ESAs* possono stabilire contatti con le autorità di vigilanza di paesi terzi, contribuire all'elaborazione delle decisioni in materia di equivalenza dei regimi di vigilanza nei paesi terzi e concludere accordi di cooperazione (anche in relazione allo scambio di informazioni, qualora i paesi terzi siano in grado di assicurare il segreto professionale).

Con l'obiettivo di migliorare la trasparenza, la **dir. Omnibus** attribuisce alle *ESAs* il compito di elaborare, pubblicare e aggiornare **i registri e gli elenchi degli operatori finanziari dell'UE**. Si tratta:

- dell'elenco delle **autorizzazioni di enti creditizi** concesse dalle ANC,
- del registro di tutte le **imprese di investimento**,
- dell'elenco dei **mercati regolamentati** ai sensi della *MiFID II*.

Allo stesso modo, la **dir. Omnibus** attribuisce alle *ESAs* il compito di elaborare, pubblicare e aggiornare **l'elenco dei prospetti approvati** e dei certificati di approvazione previsti dalla direttiva 2003/71/CE, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari.

I regolamenti istitutivi del SEVIF, oltre alla collaborazione, prevedono un **meccanismo di risoluzione delle controversie tra ANC**. Se una ANC è in disaccordo con la procedura seguita o con il contenuto di una misura adottata da un'altra ANC o con l'assenza di intervento da parte di quest'ultima su settori specificati negli atti giuridici dell'UE a norma del regolamento (UE) n. 1093/2010, del regolamento (UE) n. 1094/2010 e del regolamento (UE) n. 1095/2010 e in merito alle quali la normativa impone la cooperazione, il coordinamento o la presa di decisione congiunta da parte delle ANC di più di uno Stato membro, le **ESAs**, su richiesta, possono prestare **assistenza alle ANC per trovare un accordo**.

Qualora la controversia persista, le *ESAs* possono decidere sul caso.

La **dir. Omnibus** individua una serie di ipotesi in cui può essere applicato il meccanismo di risoluzione delle controversie tra ANC, ma l'elencazione non pregiudica la previsione di ulteriori casi in futuro. La stessa direttiva, tuttavia, non impedisce alle *ESAs* di esercitare poteri e assolvere funzioni espressamente attribuite dai rispettivi regolamenti istitutivi, anche riguardo alla mediazione non vincolante, nella prospettiva di un'applicazione uniforme, efficiente ed efficace degli atti giuridici dell'UE.

2.5. Il potere sostitutivo. - Nell'analizzare i poteri di *soft law*, di intervento d'urgenza e di risoluzione delle controversie tra ANC, si è accennato al potere sostitutivo che il nuovo quadro della vigilanza attribuisce alle *ESAs*.

Nel comparto dei poteri di *soft law* l'efficace esercizio della **funzione sostitutiva** è garantito da un **potere di indagine delle ESAs**, avviabile d'ufficio o su richiesta di soggetti pubblici (una o più autorità competenti, Parlamento europeo, Consiglio dell'UE, Commissione europea, gruppo delle parti interessate nel settore bancario) ed esercitabile dopo averne informato l'ANC interessata.

Nel termine di 2 mesi dall'avvio dell'indagine, l'*ESA* può inviare all'ANC interessata una **raccomandazione** in cui illustra **l'azione necessaria** per conformarsi al diritto dell'UE. Se l'ANC non si conforma nel termine di **un mese**, la Commissione europea, su istanza dell'*ESA* o d'ufficio, entro **3 mesi** dall'invio della raccomandazione, può esprimere una **formal opinion** (che tiene necessariamente conto della raccomandazione dell'*ESA*) per chiedere all'**ANC** stessa di adottare le **misure necessarie** per rispettare il diritto dell'UE.

Se quest'ultima non si conforma all'*opinion* della Commissione europea ed è necessario **«rimediare tempestivamente a tale inosservanza, al fine di mantenere o di ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario»**, l'*ESA* può, se si tratta di norme direttamente applicabili agli operatori privati, adottare un'**individual decision** nei confronti di un singolo istituto finanziario, **«imponendogli di prendere misure per rispettare gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica»**⁵.

⁵ Tale decisione deve essere conforme alla *formal opinion* espressa dalla Commissione europea, la quale deve tener conto della raccomandazione dell'*ESA*. Tale decisione, in ogni caso, prevale su ogni eventuale decisione già adottata dall'ANC in materia.

Il **potere di intervenire d'urgenza** è anch'esso associato a un potere dell'ESA di sostituirsi all'ANC.

Dichiarata una situazione di emergenza o resasi necessaria un'azione coordinata delle ANC per rispondere a sviluppi negativi che possano seriamente compromettere i mercati finanziari o la stabilità (generale o parziale) del sistema finanziario nell'Unione, le **ESAs** possono adottare **individual decisions** per chiedere alle **ANC** di adottare le **misure necessarie** previste dalle norme di settore, per affrontare tali sviluppi, assicurando che gli istituti finanziari e le ANC rispettino gli obblighi fissati in tale normativa. Se l'ANC non si conforma a tali decisioni, è previsto un **potere sostitutivo** in capo all'ESAs, abilitata ad adottare una **individual decision** nei confronti di un singolo istituto finanziario, imponendogli di prendere le misure necessarie per rispettare gli obblighi imposti da tale normativa, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica. Tale decisione prevale su ogni altra determinazione eventualmente già assunta dall'ANC.

Un potere di natura sostitutiva è attribuito alle **ESAs** anche in relazione alla **risoluzione delle controversie tra ANC**: se una di esse non si conforma alla decisione di soluzione del conflitto e omette di assicurare che un istituto finanziario rispetti gli obblighi che gli sono direttamente applicabili in base alla normativa di settore, l'ESAs può adottare nei confronti del singolo istituto finanziario una **individual decision** che gli impone di adottare le misure necessarie per rispettare gli obblighi che gli incombono ai sensi del diritto dell'UE, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica.

3. L'indipendenza delle **ESAs**.

I regolamenti istitutivi qualificano le **ESAs** come organismi dell'UE, riconoscono loro personalità giuridica e prevedono, per ciascuna, cinque organi: il **Board of Supervisors**, il **Management Board**, il **Chairperson**, l'**Executive Director** e il **Board of Appeal**.

Il **Board of Supervisors** è composto dal presidente di ciascuna ANC e da componenti senza diritto di voto. Assolve la funzione di emanare gli atti indicati nei precedenti paragrafi e di adottare il *work programme* annuale e pluriennale e la relazione annuale sulle attività dell'ESA.

Il **Management Board** è composto dal **Chairperson** e da 6 membri eletti dal **Board of Supervisors** tra i suoi membri con diritto di voto, e ha il compito di proporre al **Management Board** l'adozione del *work programme* annuale e pluriennale ed esercita le competenze di bilancio.

Il **Chairperson**, che ha la rappresentanza dell'ESA, è designato dal **Board of Supervisors**, salvo opposizione del Parlamento europeo, e ha la funzione di preparare e di presiedere i lavori del **Board of Supervisors** e del **Management Board**.

L'**Executive Director** – nominato dal **Management Board**, previa conferma del Parlamento europeo – è responsabile dell'esecuzione del *work programme* annuale dell'ESA, sotto la guida del **Board of Supervisors** e sotto il controllo del **Management Board**, ed è altresì responsabile del funzionamento dell'ESA e dell'elaborazione del *work programme* pluriennale ⁽⁶⁾.

A sancire l'indipendenza delle **ESAs** si ergono le norme che stabiliscono che nessun loro organo può chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni o organi dell'UE, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati. Il carattere dell'indipendenza viene sancito a un duplice livello: sia nei confronti di soggetti pubblici (ivi comprese le ANC, i cui rappresentanti in seno all'ESAs devono agire «*in piena indipendenza e obiettività nell'esclusivo interesse dell'Unione nel suo insieme*»), sia nei confronti di soggetti privati. Il carattere dell'indipendenza, inoltre, riveste sia l'ESAs intesa come persona giuridica, sia i singoli organi.

Può affermarsi che con le **ESAs** si completa il modello di amministrazione indipendente, permeato da tempo negli ordinamenti degli Stati membri dell'UE.

⁶ I regolamenti prevedono anche una serie di organi congiunti, tra i quali il **Joint Committee delle ESAs** – composto dai *Chairpersons* delle singole ESA – con la funzione di *forum*, inteso ad assicurare condotte uniformi in materia di conglomerati finanziari; contabilità e revisione dei conti; analisi microprudenziali degli sviluppi intersettoriali, dei rischi e delle vulnerabilità in termini di stabilità finanziaria; prodotti di investimento al dettaglio; misure di contrasto al riciclaggio di denaro; scambio di informazioni con l'**ESRB** e lo sviluppo dei rapporti tra l'**ESRB** e le **ESAs**. Altro organo congiunto è il **Board of Appeal**, composta da 6 membri, due dei quali nominati dal **Management Board** di ciascuna **ESA**, con funzione di tutela giustiziale avverso gli atti delle **ESAs**.

3.1. I dubbi di compatibilità con il TFUE. - Nell'attribuire alle *ESAs* il ruolo di vertice di controllo di settori economicamente rilevanti e nel configurare tali autorità come modelli organizzativi caratterizzati da indipendenza e da originalità rispetto alla pregressa esperienza istituzionale europea, i regolamenti istitutivi si espongono – come accennato – a **dubbi di compatibilità con il TFUE**. Autorevole dottrina, in particolare, segnala che tali regolamenti si pongono in relazione problematica con due previsioni del Trattato.

Con riguardo alla **funzione di regolazione delegata delle *ESAs***, i regolamenti istitutivi alterano in maniera evidente la scansione prevista dall'art. 290 TFUE, dal momento che detti regolamenti non consentono alla Commissione europea di procedere autonomamente alla predisposizione delle norme delegate, salvo che non siano decorsi i termini entro cui l'*ESA* può presentare un *draft* alla Commissione stessa.

Sotto un diverso profilo, si osserva che, a tenore dell'**art. 17, par. 1, TUE**, la **Commissione europea** vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'UE sotto il controllo della CGUE. In via di semplificazione, la funzione di **vigilanza** della Commissione europea si esprime nelle forme, espressamente previste dal Trattato, del controllo sugli «**aiuti concessi dagli Stati**» (art. 107 ss., TFUE) e della **procedura di infrazione** (art. 258 ss., TFUE); ma essa si può anche svolgere in forme amministrative, attraverso il riconoscimento di una posizione di sovraordinazione della Commissione europea nei confronti di autorità nazionali.

I regolamenti istitutivi delle *ESAs*, al contrario di quanto previsto dalle citate norme del TFUE, collocano non già la Commissione europea, ma le *ESAs* in posizione di sovraordinazione rispetto alle amministrazioni nazionali e ad esse attribuiscono anche veri e propri poteri sostitutivi, sollevando questioni di compatibilità con l'equilibrio istituzionale stabilito dal Trattato.

Con l'intento (inespresso) di fugare ogni dubbio di compatibilità del SEVIF con il TFUE, il considerando n. 17 del reg. (UE) n. 1093/2010 tiene a precisare che, nel quadro delineato dal TFUE, è possibile istituire, sulla scorta di una valutazione rimessa al legislatore europeo, un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un **processo di armonizzazione nelle situazioni in cui**, per agevolare l'attuazione e l'applicazione uniformi di atti fondati su tale norma, **appaia appropriata l'adozione di «non-binding supporting and framework measures»**. A tale considerazione si accompagna quella ulteriore secondo cui la finalità e i compiti delle *ESAs* – assistere le ANC competenti nell'interpretazione e nell'applicazione uniformi delle norme dell'UE e contribuire alla stabilità finanziaria necessaria per l'integrazione finanziaria – sono strettamente legati agli obiettivi dell'*acquis* dell'UE sul mercato interno dei servizi finanziari. La somma di tali considerazioni ha indotto il legislatore europeo a identificare la **base giuridica** per l'istituzione delle *ESAs* nell'**art. 114, TFUE**, in materia di **armonizzazione nel mercato interno**.