PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

A Game of Thrones: ruolo e poteri dell'autorità bancaria europea alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia*

SOMMARIO: 1. Introduzione: una *roadmap*. – 2. I nodi problematici, le ragioni dell'istituzione e il ruolo cruciale di ABE nel coordinare la regolazione e la vigilanza nel settore bancario europeo. – 3. La natura, le caratteristiche, le potenzialità e i limiti di ABE alla luce del fenomeno dell'"agentificazione": analisi sistematica e tassonomia delle agenzie amministrative europee. – 4. Quadro giuridico e ambito d'intervento di ABE nel sistema bancario e finanziario europeo: il fondamento legale e l'operatività degli *standard* tecnici vincolanti. – 5. Compiti istituzionali: funzione e obiettivi dell'autorità bancaria europea. – 6. La polisemica natura dei poteri di ABE: scopi istituzionali e perseguimento dell'interesse pubblico come protezione delle sfere individuali nel mercato bancario europeo. – 6.1. Poteri di *hard law* e atti vincolanti: *standard* tecnici di regolamentazione e attuazione, decisioni individuali e divieti. – 6.2. Poteri di *soft law* e atti incentivanti: orientamenti, raccomandazioni, *Q&A*, pareri e attività informativa. – 7. Portata e limiti dei poteri di natura discrezionale di ABE alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia europea. – 7.1. La dottrina *Meroni* sui limiti costituzionali alla delega dei poteri di matrice discrezionale. – 7.2. Il caso *Romano* e il consolidamento della dottrina sulla indelegabilità dei poteri a organi del diritto europeo derivato. – 7.3. La sentenza *ESMA Short Selling* e l'erosione della dottrina sulla non delegabilità dei poteri discrezionali alle ESAs. – 7.4. *A Game of Thrones*: il caso *Fédération bancaire française* (FBF) e l'ampliamento dei poteri discrezionali di ABE. – 8. Conclusioni: poteri discrezionali e perseguimento dell'interesse pubblico come protezione delle sfere individuali.

1. *Introduzione: una roadmap*

I motivi che inducono a compiere una ricerca sistematica sull'autorità bancaria europea (ABE) sono diversi. Da una prima prospettiva, si avverte come nella letteratura giuridica molte e pregevoli analisi sono state condotte sulla Banca centrale europea (BCE)

* L'articolo è frutto della ricerca condotta dall'autore presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa. Un ringraziamento particolare va alla Professoressa Michela Passalacqua per la lettura di una prima bozza del manoscritto e per i preziosi commenti e suggerimenti che hanno migliorato in più punti l'articolo. Ringrazio anche i due revisori anonimi per i commenti e i suggerimenti che hanno contribuito alla stesura finale del manoscritto. Durante la redazione del testo la discussione con amici e colleghi dell'Università di Pisa ha arricchito l'articolo; pertanto, anche a loro va un sincero ringraziamento. Desidero infine ringraziare lo staff della Biblioteca di Giurisprudenza e Scienze politiche e quello del Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università di Pisa per il supporto alla ricerca.

nell'ambito degli studi sul diritto bancario dell'Unione¹. Sullo sfondo – se si tengono in disparte alcuni autorevoli lavori² – è invece rimasta ABE.

Ma non è solo questa esigenza che induce a compiere una ricerca su tale autorità. Ragioni profonde per esaminare in chiave sistematica ruolo e poteri di ABE nel contesto del sistema finanziario e bancario europeo si impongono potentemente a seguito dei recenti approdi giurisprudenziali cui è pervenuta la Corte di giustizia, la quale, nell'ambito di un caso riguardante proprio l'autorità bancaria europea,

¹ Nella dottrina italiana, si v.: F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 89 ss.; A. PREDIERI, *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 27 ss.; S. ORTINO, *La cooperazione internazionale e transfrontaliera in materia di vigilanza bancaria. Il ruolo della banca centrale europea*, in S. AMOROSINO – G. MORBIDELLI – M. MORISI (a cura di), *Istituzioni. Mercato e Democrazia*, Torino, 2002, 518 ss.; M. PELLEGRINI, *Banca centrale nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Bari, 2003; S. AMOROSINO, *La governance delle banche fra Banca centrale europea e banche centrali nazionali*, in *Bancaria*, 7-8, 2005, 1 ss.; L. AMMANNATI, (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Milano, 2008; F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2013; S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2013, 975 ss.; C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della Costituzione economica*, Milano, 2017; F. MATTASSOGLIO, *La Banca Centrale Europea come una Penelope schizofrenica?* in G. COCCO – S. LA PORTA (a cura di), *Il pendolo delle autonomie, tra aspirazioni federalistiche e tentazioni di semplificazione. Scritti in onore di Anna Marzanati*, Torino, 2018, 181-194; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; F. VELLA, *Banca centrale europea, banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area dell'euro?*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2022, 150 ss.

² Nella dottrina italiana si v.: S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1221 ss.; A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M.P. CHITI – V. SANTORO, *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 115 ss. Sui rapporti fra ABE e BCE nella prospettiva della vigilanza prudenziale, si v. F. GUARRACINO, *Role and powers of the ECB and the EBA in the perspective of the forthcoming single supervisory mechanism*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2, 1, 184-210.

ha aperto scenari inediti sul fronte della delegabilità e dell'ampliamento delle funzioni di matrice discrezionale alle agenzie europee di supervisione (ESAs), erodendo così la dottrina *Meroni*: una pietra miliare in questa materia.

Per questa ragione, è parso necessario analizzare le novità alla luce del ruolo e dei poteri che ABE ha nel contesto dell'ordinamento giuridico dell'UE, in vista di comprendere le opportunità, le criticità e i rischi legati all'ampliamento della discrezionalità dell'autorità bancaria europea e offrire una diversa chiave di lettura all'uso che di quei poteri ABE può fare nell'ambito del mercato bancario e finanziario europeo.

Dal momento che il presente articolo è frutto di una ricerca composita e ha inteso esplorare diversi profili dell'autorità bancaria europea, per una sintesi del lavoro svolto si offre di seguito al lettore una *roadmap* con la ripartizione degli argomenti trattati nei vari paragrafi.

Il primo paragrafo, come detto, introduce la ricerca e ripartisce il lavoro secondo l'ordine degli argomenti trattati nell'articolo. Il secondo paragrafo è dedicato ai nodi problematici, alle ragioni della sua istituzione e al cruciale ruolo che ABE svolge nel coordinare la regolazione e la vigilanza nel settore bancario e finanziario europeo. Il terzo paragrafo indaga la natura, le caratteristiche, le potenzialità e i limiti dell'autorità bancaria europea alla luce del fenomeno dell'"agentificazione", offrendo un'analisi sistematica e predisponendo una ipotesi di tassonomia delle agenzie amministrative europee utile per inserire ABE nel più ampio contesto delle autorità di supervisione (ESAs).

Il quarto paragrafo esplora il quadro legale e l'ambito d'intervento di ABE nel sistema bancario e finanziario europeo, analizzando e discutendo il fondamento giuridico e l'operatività di alcuni basilari strumenti come gli standard tecnici vincolanti di cui l'autorità bancaria dispone in vista di contribuire all'omogeneizzazione delle prassi di vigilanza a favore delle autorità nazionali competenti. Il quinto paragrafo offre una panoramica, in chiave sistematica, sui principali compiti istituzionali che tale autorità è chiamata ad assolvere nell'ordinamento bancario dell'UE e li suddivide in specifiche macroaree sulla base della competenza.

Il sesto paragrafo introduce e discute l'analisi sui poteri dell'autorità bancaria europea, sostenendo la natura polisemica dell'apparato

funzionale di ABE. L'indagine si sofferma sui poteri di *hard law* e *soft law*, argomentando come da queste due categorie di poteri discendano rispettivamente gli atti vincolanti e incentivanti di ABE e come agli stessi si debba ricollegare il fine istituzionale sulla tutela dell'interesse pubblico perseguito dall'autorità nell'ordinamento bancario e finanziario europeo. Una diversa definizione di interesse pubblico come protezione delle sfere individuali viene proposta in questa sede.

Il settimo paragrafo inserisce la ricerca sui profili funzionali dell'autorità bancaria europea nel più ampio panorama della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE sulla portata e i limiti dei poteri delle agenzie amministrative, a partire dalle storiche sentenze *Meroni* e *Romano*, argomentando l'erosione della tesi sulla non delegabilità dei poteri discrezionali alle ESAs attraverso le nodali pronunce su *ESMA Short Selling (ESMA)* e *Fédération bancaire française (FBF)*.

L'ottavo paragrafo conclude la ricerca ed espone la tesi dell'articolo. Anzitutto, sono esplorate le opportunità, discusse le criticità e problematizzati i rischi insiti nell'ampliamento dei poteri di matrice discrezionale di ABE. Poi, viene proposta una diversa lettura sull'uso di quei poteri attraverso la tesi del vincolo funzionale al perseguimento del pubblico interesse inteso come protezione delle sfere individuali che ABE, in qualità di autorità pubblica, sarà chiamata a tutelare nell'ambito dei processi economici del mercato bancario e finanziario europeo.

2. I nodi problematici, le ragioni dell'istituzione e il ruolo cruciale di ABE nel coordinare la regolazione e la vigilanza nel settore bancario europeo

Se volessimo comprendere le ragioni che sono alla base della sua istituzione, un buon punto di partenza sarebbe quello di pensare alla creazione dell'autorità bancaria europea come frutto di un lungo processo di rimodulazione della *governance* del sistema bancario dell'UE³ in risposta alla grave crisi finanziaria e del debito pubblico del

³ E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 2015, 311 ss., dove si sostiene che «[t]he European responses to the financial and public debt crisis have triggered a process of administrative reorganisation and

2008⁴. In effetti, per certi versi, le azioni messe in campo dalle istituzioni europee dopo la crisi finanziaria hanno prodotto un processo di riforma delle fondamentali caratteristiche della *governance* economica dell'UE senza precedenti⁵. Al contempo, le *policies* europee hanno profondamente rivoluzionato l'architettura amministrativa del settore bancario⁶. In effetti, è difficile negare, se si considerano i suoi principali elementi di novità, come il processo di riorganizzazione dell'impianto amministrativo del sistema bancario dell'UE abbia radicalmente cambiato volto⁷.

Tuttavia, un simile processo di riforme non è stato sempre il frutto di scelte condivise fra i vari attori istituzionali dell'UE. Se si guarda al contesto *post* crisi finanziaria del 2008⁸, si può osservare come le novità

growth in the governance of the internal market in financial services and economic and monetary union».

⁴ Su questi profili si v. F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 867 ss.; ID., *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, 1 ss.; E. CHITI, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 313 ss.; ID., *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 783 ss.; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45 ss.; più recentemente ID., *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in M. CAFAGNO – F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 171 ss.; R. BIFULCO – O. ROSSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013.

⁵ Su questi aspetti, si v. F. CAPRIGLIONE – A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, 2014; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013.

⁶ Sulle politiche messe in campo dalle istituzioni europee nel settore bancario, si v. F. CAPRIGLIONE – A. SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019; si v. anche F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Contratto e impresa*, 3, 2017, 772 ss.

⁷ Per l'analisi delle ricadute della riorganizzazione sul versante della supervisione bancaria europea, si v. M. PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2, 2012, 52 ss.

⁸ Sulle implicazioni delle politiche regolatorie europee alla crisi finanziaria e a quella del debito pubblico sulle strutture costituzionali dell'UE, si v. E. CHITI – P.G. TEIXEIRA, *The Constitutional Implications of the European Responses to the*

introdotte nel settore bancario europeo e la stessa istituzione di ABE rispecchiano anche una certa tensione fra le opposte forze in campo, principalmente dovute alle rilevanti divergenze politiche esistenti fra i vari Stati membri⁹. Un certo numero di rilevanti nodi problematici del settore bancario è anche il risultato di una simile tensione. Seguendo un'autorevole impostazione¹⁰, se ne possono individuare almeno quattro di maggiore interesse.

Un primo profilo problematico è imputabile ad una certa asimmetria venutasi a creare, da un lato, con l'istituzione delle autorità europee di vigilanza (ESAs)¹¹ e, dall'altro, con la realizzazione del Meccanismo di vigilanza unico (MVU)¹². Da una parte, la previsione delle ESAs e di

Financial and Public Debt Crisis, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 50, 2013, 683 ss.; P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS – F. FABBRINI – P. LAROCHE (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Londra, 2014, 19 ss.; ID., *The Financial Crisis, the EU Institutional Order and Constitutional Responsibility*, in F. FABBRINI – E. HIRSCH BALLIN – H. SOMSEN (eds), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Londra, 2015, 17 ss.; B. DE WITTE, *Euro Crises Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Responsibility*, in *Eu Const.*, 11, 2015, 434 ss.; J.H.H. WEILER, *Europe in Crisis – On “Political Messianism”, “Legitimacy” and the “Rule of Law”*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, 248 ss.; M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 48, 6, 2011, 1777 ss.

⁹ Sulle tali criticità, si v. R. LENER – E. RULLI, *The reforms of the European financial markets supervision. The difficult coordination between EU and Member States*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2, 1, 2013, 99-162.

¹⁰ Nel testo si seguirà l'impostazione di E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, in P. CRAIG – G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, 123 ss., ma sul punto spec. 147 ss., dove è argomentato che «*the administrative responses provided by the EU actors to the financial and public debt crisis do not reflect a clear orientation, but tension between opposite forces mainly due to the divergences between the political preferences of the Member States*».

¹¹ Sugli sviluppi delle ESAs, si v. P.G. TEIXEIRA, *The Regulation of the European Financial Market after the Crisis*, in P. DELLA POSTA – L.S. TALANI (eds), *Europe and the Financial Crisis*, Palgrave MacMillan, 2011, 9 ss.; S. VERHELST, *Renewed Financial Supervision in Europe – Final or Transitory?*, in *Egmont Paper*, 44, 2011. Per una discussione degli aspetti critici delle ESAs, si v. E. FERRAN, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, in G. FERRARINI, K. J. HOPT, E. WYMEERSCH (eds), *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford, 2012, 111-158.

¹² Per un'impostazione teorica sul MVU, si v. F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013, *passim*, che chiarisce

un nuovo quadro amministrativo sostenuto dal Patto di stabilità e crescita nel contesto dell'ampio ruolo di coordinamento della supervisione bancaria svolto dalla Commissione europea sulle politiche fiscali e di bilancio di tutti gli Stati membri e, dall'altra, l'approvazione del MVU come sistema di supervisione prudenziale idealmente concepito per svolgere le sue funzioni all'interno di tutto il territorio dell'UE e dunque potenzialmente aperto a tutti gli Stati membri (ma in realtà operativo solo per l'eurozona), hanno dato luogo ad una struttura amministrativa del settore bancario europeo "a geometria variabile"¹³.

Il risultato è una rilevante differenza nella *governance* economica disegnata dal legislatore comunitario di riforma nel settore bancario *post* crisi finanziaria del 2008 fra gli Stati membri che partecipano all'UE nel suo complesso e quelli che partecipano direttamente anche all'eurozona. Si è andato delineandosi pertanto un modello giuridico-organizzativo composito e costituito da differenti organi amministrativi dalle molteplici funzioni e poteri che sono riferibili a due grandi aree del mercato interno dell'UE¹⁴.

È in questo contesto che, a nostro modo di vedere, l'autorità bancaria europea può giocare un ruolo cruciale nel coordinare le politiche di regolazione e supervisione delle autorità nazionali competenti (ANC) degli Stati membri dell'UE, garantendo attraverso questo importante ruolo il buon andamento e l'efficienza del sistema economico europeo.

Un secondo profilo di preoccupazione attiene agli incisivi poteri di regolazione e supervisione, anche rispetto a quelli posseduti dalle istituzioni dell'UE come la Commissione, che sono stati attribuiti ai nuovi organi amministrativi e alle autorità di supervisione in particolare. Va notato, come analizzeremo in dettaglio quando ci occuperemo dei compiti istituzionali (*cf.* paragrafo 5), che le autorità

come tale meccanismo segni un'importante tappa nel processo di integrazione europea tramite un progetto tecnico che mira a rafforzare la costruzione dell'UE. Per ulteriori approfondimenti, si v. ANTONIAZZI, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme*, in M.P. CHITI – V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, cit., 175 ss. Inoltre, si v. E. FERRAN – V.S.G. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 13, 2, 2013, 255-285.

¹³ E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, cit., 148, dove si sostiene che «*the organizational level, moreover, the economic governance of the EU now relies on an arabesque of multiple administrative bodies, acting in different compositions and relevant to different groups of states*».

¹⁴ *Ibid.*

di supervisione europee hanno la funzione di elaborare progetti di standard tecnici di regolamentazione nei settori che rientrano nell'ambito dei poteri delegati alla Commissione ai sensi della normativa sui servizi finanziari dell'UE e in conformità all'articolo 290 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Inoltre, come vedremo quando analizzeremo i poteri di *hard law* (cfr. paragrafo 6.1), le ESAs possono elaborare progetti di norme tecniche di attuazione nei settori in cui la normativa sui servizi finanziari conferisce alla Commissione il potere di emanare condizioni uniformi di esecuzione del diritto dell'UE ai sensi dell'articolo 291 del TFUE¹⁵.

È rilevante notare che le ESAs non sono solo coinvolte nell'implementazione e adozione di misure a carattere tecnico, ma esse giocano un ruolo cruciale nel processo politico di regolazione di un'ampia gamma di questioni conflittuali implicanti un certo tasso di discrezionalità amministrativa. Tuttavia, al contempo, difficilmente vengono accordati poteri discrezionali, tali da implicare decisioni strategiche o scelte politiche, essendo le ESAs comunemente ritenute organi con poteri amministrativi di tipo tecnico. Ne consegue, nuovamente, una certa tensione fra due opposte correnti, con la concezione delle ESAs quali organi meramente tecnici ed esecutivi da un lato e quali organi dotati di poteri discrezionali dall'altro¹⁶.

È questo, invero, un punto fondamentale per la nostra ricerca, dal momento che proporrò una diversa interpretazione sull'uso che ABE può fare dei poteri di matrice discrezionale, anche alla luce dei recenti orientamenti della Corte di giustizia europea.

È anche utile anticipare, anche se ce ne occuperemo in modo approfondito quando esamineremo le varie tipologie di poteri di ABE, che vi sono diversi settori dell'UE in cui le agenzie di supervisione esercitano sia poteri normativi di *hard law* (cfr. paragrafo 6.1), attraverso la progettazione di norme di regolamentazione e di attuazione vincolanti, sia poteri di *soft law* (cfr. paragrafo 6.2), attraverso l'adozione di orientamenti, raccomandazioni, pareri e altri strumenti legalmente non vincolanti.

¹⁵ E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, cit., 314.

¹⁶ *Ibid.*

Eppure, noi riteniamo che le autorità europee di supervisione del mercato bancario e finanziario rappresentano comunque un “salto di qualità” rispetto al passato, soprattutto se si considera che la regolazione amministrativa è uno degli strumenti fondamentali mediante i quali l’UE mira a garantire il buon funzionamento del mercato finanziario interno e le ESAs e ABE in particolare sono espressamente riconosciute dai regolamenti istitutivi come regolatori specializzati nel settore.

Un terzo aspetto affronta il nodo della responsabilità dei vari organi amministrativi coinvolti nella supervisione degli enti creditizi dell’UE¹⁷. Vi sono pochi dubbi sul fatto che la crisi finanziaria del 2008 abbia rivelato l’assenza di un efficace regime di *accountability*¹⁸ nel settore bancario europeo, basato su un approccio globale, esteso a tutto il territorio degli Stati membri e capace di superare lacune e inefficienze locali attraverso la predisposizione di un insieme coerente di principi, regole e pratiche.

Pertanto, al fine di affrontare le future emergenze, l’UE ha riconosciuto la nodale importanza degli strumenti di controllo delle funzioni e dei poteri amministrativi segnando una svolta nella politica comunitaria rispetto al passato. Tuttavia, le soluzioni *post* crisi introdotte dai *policy makers* europei non sempre si sono rivelate prive di criticità¹⁹. Un esempio è offerto dallo stesso modello di vigilanza prudenziale bancaria, vale a dire il MVU²⁰, dove all’*accountability* è data un’autonoma rilevanza dallo stesso regolamento (UE) 1024/2013.

In realtà, noi riteniamo che questa particolare attenzione del legislatore europeo per i sistemi di controllo della responsabilità non sia tanto il risultato di un disegno globale che pone al centro l’*accountability*, quale caratteristica necessaria del modello amministrativo di vigilanza in una politica liberale e democratica,

¹⁷ E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, cit., 149.

¹⁸ Sulla natura dell’*accountability* nel settore bancario, si v. J.L. MASHAW, *Structuring a “Dense Complexity”: Accountability and the Project of Administrative Law*, in *Issues in Legal Scholarship*, 5, 2005, *passim*.

¹⁹ Sugli aspetti problematici della *governance* bancaria europea e le possibili soluzioni, si v. M. SEPE, *A crisis, public policies, banking governance, expectations & rule reforms: When will the horse go back to drink?* in *Law and Economics Yearly Review*, 3, 1, 2014, 210 ss.

²⁰ Per l’analisi dell’ABE in relazione al MVU, si v. G. CERRINA FERONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell’European Banking Authority*, in *Federalismi.it*, 17 settembre 2014, n. 17, 1-17.

quanto piuttosto il frutto di un riequilibrio delle dinamiche nazionali per la perdita dei poteri di supervisione da parte delle banche centrali degli Stati membri. Se così è, come vedremo nel corso della trattazione, ABE può svolgere una funzione fondamentale come organo che favorisce la responsabilizzazione delle autorità nazionali e degli altri attori coinvolti nell'ambito della supervisione bancaria, creando un certo equilibrio fra centro e periferia nella vigilanza prudenziale.

Un quarto profilo, che riguarda la portata e le caratteristiche di ABE, è relativo alla tensione fra il processo di “accentramento”²¹ che ha interessato soprattutto la *governance* bancaria a seguito degli eventi innescati dalla crisi del 2008 con il conferimento di una posizione di preminenza agli organi centrali dell'UE, oltre che di più penetranti poteri amministrativi accordati alla Banca centrale europea (BCE)²² rispetto al passato e la sussistenza di elementi di ampio decentramento amministrativo, con il rilevante ruolo svolto dalle autorità nazionali nell'ambito della *governance* bancaria multilivello, disegnata dal legislatore europeo successivamente alla crisi finanziaria del 2008²³.

²¹ Sul fenomeno di accentrimento della *governance* nell'Unione bancaria europea si v. L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M. P. CHITI – V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, cit., 53 ss., ma sul punto spec. 55-58.

²² In tal senso, si v. E. CHITI – F. RECINE, *The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position*, in *Eur. Pub. Law*, 2018, 24, 1, 101 ss.

²³ Sulla *governance* multilivello vi è una vasta letteratura. Per un'impostazione generale, si v. M. MAGGETTI – F. TREIN, *Multilevel governance and problem-solving: Towards a dynamic theory of multilevel policymaking?* in *Public Administration*, 97, 2019, 355-369; P.D. TORTOLA, *Clarifying multilevel governance*, in *European Journal of Political Research*, 56, 2017, 234-250; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in M.P. CHITI – V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, cit., 153 ss.; I. BACHE – M. FLINDERS (eds), *Multi-level governance: Essential readings*, Cheltenham, 2015; M. LODGE – K. WEGRICH (eds), *The problem-solving capacity of the modern state: Governance challenges and administrative capacities*, Oxford and New York, 2014, *passim*; P. STEPHENSON, *Twenty years of multi-level governance: 'Where does it come from? What is it? Where is it going?'*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 2013, 817-837; S. PIATTONI, *The theory of multi-level governance: Conceptual, empirical, and normative challenges*, Oxford, 2010; H. ENDERLEIN – S. WALTI – M. ZÜRN (eds.), *Handbook on multi-level governance*, Cheltenham, 2010; A. IACOVINO, *Teorizzare la Governance. Governabilità ai tempi del globale*, Roma, 2005; L. HOOGHE – G. MARKS, *Unraveling the central state, but how? Types of multi-level governance*, in

In un simile contesto, a noi è parso che proprio l'istituzione di una agenzia amministrativa di supervisione come ABE, nel suo ruolo cardine di coordinatore dell'interpretazione delle regole europee nel campo del mercato interno dei servizi e dei prodotti finanziari, mostra questa tensione fra i due opposti poli dell'architettura del sistema bancario europeo, vale a dire fra le spinte verso l'accentramento ed una struttura organizzativa di tipo *top-down* da una parte e del contenimento dei poteri delle autorità centrali europee e di un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali competenti nel procedimento di supervisione degli enti creditizi dall'altra²⁴.

Non è un caso che, da questo particolare punto di vista, siffatta tendenza si può osservare nella polisemica natura di ABE, la quale, se da un lato, è destinataria di una cruciale posizione come agenzia amministrativa europea che dirige e coordina²⁵ le autorità nazionali nell'interpretazione e applicazione coerente del diritto dell'UE nel settore bancario, dall'altro gli strumenti legali che l'ordinamento comunitario mette a disposizione di questa agenzia sono prevalentemente – anche se non esclusivamente – atti di regolazione di *soft law*; e quindi evidentemente non vincolanti per i soggetti a cui si rivolgono, ma piuttosto diretti a conformare tramite una “spinta gentile”²⁶ l'azione amministrativa degli attori periferici della

American Political Science Review, 97, 2003, 233-243; R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Riv. it. sc. pol.*, XXIX, 1, 1999, 3 ss.

²⁴ E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, cit., 148.

²⁵ Il ruolo di coordinamento dell'ABE è messo in luce da C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, *Luiss Working Paper*, 2, 2014, 1 ss., ma spec. 10 dove l'A. chiarisce come «*in the European system there is one authority that can exercise a coordination role effectively: the European Banking Authority*». In tal senso, continua l'A., l'ABE può essere considerata «*an “umbrella” authority, due not only to its strong regulatory remit but also to the capacity [...] to mediate and settle disagreements in cross-border situations between competent authorities with binding effect*».

²⁶ Su cui si v. la fondamentale opera, adesso nell'edizione finale, di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, Londra, 2021. Per una sintesi, sia consentito rinviare alle mie due recensioni, D. VESE, *Book Review: Nudge: The Final Edition edited by Richard H Thaler and Cass R Sunstein*, *London: Allen Lane, Penguin*, 2021, *edition Final*, xiv + 366 pp., in *European Journal of Risk Regulation*, 13, 2022, 350-355 e (nella versione italiana) a D. VESE, *Nudge: The Final Edition edited by Richard H Thaler and Cass R Sunstein*, *London: Allen Lane, Penguin*, 2021, *edition Final*, xiv + 366 pp., in *PA Persona e Amministrazione: Ricerche Giuridiche*

governance bancaria in modo non intrusivo e in un’ottica prevalentemente cooperativa.

È proprio quest’ultima caratteristica a convincerci che, anche sul versante organizzativo, ABE possa giocare un ruolo cruciale come attore istituzionale capace di assolvere in modo efficace e imparziale alle prerogative e ai diritti dei vari soggetti privati implicati nel contesto del mercato bancario e finanziario, a partire proprio da tale “polisemica” natura di cui beneficia nell’ordinamento giuridico europeo.

Ci occuperemo in modo approfondito dei poteri di ABE (*cf.* paragrafi 6, 6.1, 6.2). Per ora è sufficiente notare come gran parte di essi si ricollegano ai compiti che sono affidati dall’ordinamento legale dell’UE all’autorità bancaria e trovano il proprio fondamento normativo nell’articolo 8 del regolamento (UE) 1093/2010 che assegna alla stessa un ruolo cruciale nell’assicurare elevati standard di regolamentazione e vigilanza, nell’applicare in modo coerente il diritto dell’Unione, nel facilitare la delega alle autorità nazionali competenti, nel cooperare strettamente con il Comitato europeo del rischio sistemico (CERS), nel condurre analisi di revisione paritetica e nel monitorare e valutare gli sviluppi del mercato nella sua area di competenza²⁷.

Tuttavia, noi pensiamo che una profonda *raison d’être* dell’autorità bancaria va individuata nel potere di adottare atti di *soft law*, principalmente mediante gli strumenti delle raccomandazioni e degli orientamenti, attraverso i quali ABE coordina e promuove le *best practices* in materia di regolamentazione e vigilanza.

Torniamo ora ai nodi problematici poco sopra esaminati per svolgere alcune considerazioni critiche. Anzitutto, è interessante osservare come le tensioni insite nel modello di *governance* bancaria europea potrebbero condurre a due differenti scenari. In una prima ipotesi, i nodi

sull’Amministrazione e l’Economia, 2, 2021, 795-806. Sulla *nudge regulation* nel contesto dell’ordinamento dell’UE, si v. A. ALEMANNI, A.L. SIBONY (eds), *Nudging and the Law. What Can EU Law Learn from Behavioral Sciences?*, Oxford, 2015. Nella dottrina italiana, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

²⁷ Inoltre, l’art. 8, par. 2, regolamento (UE) 1093/2010 conferisce all’autorità bancaria il potere di elaborare i progetti di standard tecnici, emettere decisioni e pareri, nonché il potere, ai sensi dell’art. 34 del citato regolamento, di fornire pareri alle istituzioni dell’UE nelle aree di sua competenza.

problematici analizzati potrebbero causare una perdita di coerenza, sia nell'organizzazione che nell'attività amministrativa delle varie componenti che governano i processi nel sistema bancario, minando la stessa unità del modello di *governance* prescelto dal legislatore europeo e indirettamente anche l'effettività delle norme e delle politiche dell'UE.

In una seconda ipotesi tali criticità potrebbero aprire l'orizzonte ad un migliore bilanciamento fra la vigorosa spinta verso un radicale processo di "accentramento", realizzatosi con l'istituzione del MVU e la necessità di preservare le importanti funzioni delle autorità nazionali quali organi decentrati della supervisione prudenziale alla luce della più ampia cooperazione fra centro e periferia nella *governance* bancaria.

Noi auspichiamo che a realizzarsi sia quest'ultimo scenario, poiché in vista di contemperare unità e differenziazione dell'assetto europeo, esso potrebbe mettere in discussione la bontà di un modello giuridico-organizzativo di tipo gerarchico, tipico dell'impostazione di *command and control*, in favore di un modello di *governance* multilivello "a rete", che, come si è avuto modo di sostenere in un'altra sede²⁸, è largamente

²⁸ Sull'organizzazione amministrativa a "rete" nel contesto del mercato finanziario europeo, si v. M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012, 265 ss., dove si argomenta che l'organizzazione amministrativa in tale contesto può essere intesa come un "network", una rete appunto, la quale permette di rispondere in modo efficiente alla necessità di "decentramento e collegamento tra nuclei decisionali, nell'ottica della cooperazione" (p. 270, enfasi aggiunta). Per quanto riguarda la *governance* multilivello a rete nell'ambito della regolazione dell'economia nell'UE, si v. L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANNATI – P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello, regolazioni e reti*, vol. II, Milano, 2008, 181 ss.; nonché P. BILANCIA, *Cooperazione e convergenza in un sistema di multilevel governance*, *ivi*, p. 3 ss.; Sempre sull'architettura organizzativa a rete, ma con particolare riferimento ai profili di *accountability*, si v. E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 29 ss. Sulla nozione di rete nell'organizzazione amministrativa con riguardo alla clausola della collaborazione istituzionale, si v. S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 21 ss. Per il concetto di rete nello specifico caso del MVU, si v. F. CIRAIOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione in cammino*, 5 ottobre 2014, 1-37, ma spec. 15-17. Recentemente, in senso favorevole alla tesi qui esposta con riferimento alla *governance* "multilivello", seppure limitatamente al modello di vigilanza MVU, si v. A. CUOMO,

improntato alla condivisione dei poteri fra tutti gli attori coinvolti nei procedimenti di gestione e risoluzione degli intermediari bancari²⁹.

In definitiva, è in questo contesto di rilevanti cambiamenti nella struttura organizzativa e procedimentale e nei modi di funzionamento del sistema bancario europeo che, a mio modo di vedere, può essere colta l'istituzione di ABE, quale agenzia europea specializzata nel coordinamento della regolazione e della vigilanza degli intermediari bancari e funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse in favore della protezione delle sfere individuali.

3. La natura, le caratteristiche, le potenzialità e i limiti di ABE alla luce del fenomeno dell'“agentificazione”: analisi sistematica e tassonomia delle agenzie amministrative europee

In questa sede proveremo a contestualizzare la ricerca sull'autorità bancaria europea all'interno di un discorso più ampio, che tenga cioè in considerazione il generale fenomeno della creazione delle agenzie amministrative europee, fenomeno all'interno del quale va fatta rientrare la più recente istituzione delle *European supervisory authorities* (ESAs) e per cui, secondo un punto di vista condiviso in dottrina, si è inteso parlare di un generale processo di “agentificazione”³⁰.

Dunque, l'analisi viene allargata a tale più ampio processo che ha interessato l'ordinamento giuridico dell'UE, in vista di cogliere la natura, le caratteristiche, le potenzialità e i limiti di ABE per meglio argomentare la nostra tesi sulla funzionalizzazione dei poteri di questa agenzia al perseguimento dell'interesse pubblico in un settore così

Unus pro omnibus, omnes pro uno: the single supervisory mechanism as a unitary multilevel administration, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 707 ss. Per alcuni spunti di rilievo sui processi di accentramento e decentramento, con riferimento ai profili pubblicistici dell'organizzazione, si v. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

²⁹ Per maggiori approfondimenti su questa tesi, sia consentito rinviare a D. VESE, *Unione bancaria e cooperazione nell'era delle crisi. Alla ricerca di un modello giuridico-organizzativo della governance multilivello*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. n. 1, 2022, 1-74.

³⁰ Si v. E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, cit., *passim*.

cruciale per l'economia europea come quello della regolazione degli intermediari bancari.

Una volta analizzato tale fenomeno, l'indagine si focalizzerà sulla tassonomia delle agenzie nel contesto del settore bancario e finanziario, per meglio cogliere anche le diverse tipologie di agenzia che sono state create dal legislatore europeo, inserendo opportunamente l'autorità bancaria all'interno di una specifica categoria.

Noi sappiamo che diverse possono essere le ragioni che conducono all'istituzione delle agenzie amministrative. Si potrebbe pensare che una strategia efficace sia quella di non affrontare una determinata materia *in house*, ma piuttosto di creare un organo esterno alla struttura amministrativa centrale³¹. Ciò renderebbe più agevole l'impiego di esperti che non fanno parte della normale struttura burocratica. Inoltre, si può isolare la risoluzione di compiti regolatori a carattere tecnico dalle questioni politiche e quindi preservare e accrescere la credibilità delle scelte adottate. Come la letteratura specialistica ha argomentato, le scelte demandate ad una struttura esterna potrebbero limitare il rischio dei vari *bias* cognitivi³² e gli errori di giudizio della politica³³.

In sostanza, la logica per scegliere di istituire un'agenzia potrebbe risiedere in una combinazione di ragioni, come la volontà di separare certe materie dalle influenze politiche, la maggiore flessibilità nell'impiego di esperti del settore, nonché l'esigenza di contemperare le capacità di regolazione e applicazione delle norme³⁴. In effetti, come vedremo quando scandagheremo in dettaglio le caratteristiche, le

³¹ Su questi profili, si v. M. CHAMON, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016, spec. 253-256.

³² T.M.L. METZGER, *FDIC capital directive procedures: The unacceptable risk of bias*, in *The Banking Law Journal*, 110, 3, 1993, 237; B. PAUDYN, *Credit Rating Agencies and the Sovereign Debt Crisis: Performing the Politics of Creditworthiness through Risk and Uncertainty*, in *Review of International Political Economy*, 20, 4, 2013, 788-818; B. BIAIS, M. WEBER, *Hindsight Bias, Risk Perception, and Investment Performance*, in *Management Science*, 55, 6, 2009, 1018-1029. Recentemente, si v. J. IQBAL, *Managerial Self-Attribution Bias and Banks' Future Performance: Evidence from Emerging Economies*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 12, 2, 2019, 73. L. BROTCHE, *Time to Assess Bias in Machine Learning Models for Credit Decisions*, in *Journal of Risk and Financial Management* 15, 4, 2022, 165 ss.

³³ D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C. R. SUNSTEIN, *Noise: A Flaw in Human Judgment*, London, 2021.

³⁴ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 3rd ed., Oxford, 2018, 151 ss.

funzioni, i compiti e i poteri (cfr. paragrafi 4, 5, 6), l'istituzione dell'autorità bancaria europea rispecchia perfettamente le ragioni che sono alla base del fenomeno dell'agentificazione nell'ordinamento dell'UE.

Dal punto di vista teorico, la diffusione delle agenzie amministrative, avvenuta soprattutto in tempi recenti, può essere ricollegata all'ipotesi avanzata in dottrina sull'ascesa dello "Stato regolatore"³⁵. Inoltre, la tesi dello Stato regolatore viene rafforzata dal lungo processo di privatizzazione delle imprese statali e dalla creazione di organi amministrativi indipendenti per il controllo della struttura del mercato³⁶. In questo contesto le agenzie amministrative rivestono cruciale importanza dal momento che sono concepite come organi deputati alla supervisione dei fenomeni di mercato, esprimendo un approccio di regolazione che combina uno stile legale vincolato alle regole, una cultura politica pluralista e una responsabilità politica indiretta³⁷.

È stato anche sostenuto che la creazione delle agenzie risponde principalmente alla promozione dell'integrazione amministrativa³⁸, fattore questo che a sua volta riflette la volontà del legislatore comunitario di realizzare una *governance* bancaria capace di guidare un settore nevralgico per l'UE verso una maggiore coesione politica,

³⁵ Per questa tesi, si v. G. MAJONE, *The Rise of Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 17, 1994, 77 ss.; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Tale ipotesi ritiene che una fra le più importanti funzioni dello Stato nell'era moderna sia da individuare nella correzione dei fallimenti di mercato mediante le procedure di regolazione dei fenomeni economici.

³⁶ Sull'argomento, si v. il fondamentale studio di J. VICHERS – G. YARROW, *Privatization: An Economic Analysis*, Massachusetts, 1988, *passim*.

³⁷ Sul punto, si v. M. THATCHER, *Analysing Regulatory Reform in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 9, 6, 2011, 857 ss. Inoltre, si v. E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss., il quale ha osservato come ABE, sebbene abbia molti profili di affinità con le altre due agenzie europee ESMA e EIOPA, tuttavia da queste si contraddistingue per una più accentuata indipendenza dalla Commissione europea e una maggiore vicinanza alle autorità nazionali di vigilanza.

³⁸ A. KREHER, *Agencies in the European Community – A Step towards Administrative Integration in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 4, 1997, 225 ss. In senso critico, tuttavia, si v. M. SHAPIRO, *The Problems of Independent Agencies in the United States and the European Union*, 1997, in *Journal of European Public Policy*, 4, 1997, 276.

giuridica ed economica in risposta alle grandi crisi del passato e in preparazione di quelle future³⁹.

Se ora guardiamo alla strategia adottata dai *policy makers* dell'UE per la creazione delle agenzie amministrative saremo in grado di constatare almeno due fondamentali profili che possono essere sintetizzati con le parole della Commissione europea. Nella sua comunicazione riguardante il quadro giuridico delle agenzie europee, la Commissione chiarisce che la creazione di tali organi amministrativi «rafforza la capacità dell'esecutivo a livello europeo, segnatamente in quei settori ad alta specializzazione tecnica nei quali è richiesto un livello elevato di competenze e nei quali sono essenziali la continuità, la credibilità e la visibilità dell'azione pubblica»⁴⁰.

Un'ulteriore prospettiva dell'indagine sul processo di agentificazione della *governance* finanziaria dell'UE invita a riflettere su come l'istituzione di ABE e più in generale delle ESAs mostri una maggiore dipendenza da parte degli Stati membri e degli altri attori istituzionali dalle agenzie amministrative⁴¹. Simile processo rivela

³⁹ Su questi aspetti, si v. A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 975 ss.; E. FERRAN, *European Bankin Union and the EU Single Financial Market: More differentiated Integration, or Disintegration?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, n. 29, 2014, 1 ss.; F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?* in E. CHITI – G. VESPERINI, *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspective*, Bologna, 2015, 123 ss.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione – Inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM(2002)718 def., par. 3. Inoltre, la Commissione enfatizza come «il valore aggiunto rappresentato dal ricorso alle agenzie di regolazione risiede nel fatto che le loro decisioni si fondano su valutazioni strettamente tecniche di alto livello, senza essere influenzate da considerazioni di natura politica o contingente».

⁴¹ P. Craig, *EU Administrative Law*, cit., 151 ss. Tuttavia, la discrezionalità delle ESAs è strutturata in modo diverso rispetto a quella dei regolatori nazionali. In effetti, le autorità di supervisione europee sono progettate per fornire l'indipendenza, la competenza tecnica e l'*expertise* tipicamente associate ai regolatori nazionali, anche se rispetto a questi ultimi esse hanno un ampio raggio d'azione. I vincoli giuridici che definiscono lo spazio entro cui i poteri possono essere delegati alle autorità di vigilanza europee e in cui queste possono intraprendere azioni discrezionali sono significativamente maggiori di quelli che si applicano alle loro controparti a livello

anche un maggiore impegno dell'UE nella *governance* del mercato, attraverso la sua estensione alle tipiche funzioni governative di stabilizzazione, distribuzione e gestione della politica fiscale.

Non è un caso che i vincoli aggiuntivi derivano da distinte posizioni legali occupate dall'autorità bancaria europea e dalle altre ESAs, quali agenzie del mercato unico, come tali basate sulla legislazione dell'UE e destinate a sostenere l'amministrazione del mercato unico. Nella specie, come vedremo in maniera dettagliata quando ci soffermeremo sui compiti e sui poteri (*cf.* paragrafi 5 e 6), ABE – ma ciò vale anche per le altre ESAs ossia ESMA ed EIOPA – è generalmente soggetta a vincoli nella forma di mandati e poteri definiti, di requisiti procedurali, di meccanismi di responsabilità, nonché di strumenti per la revisione giudiziaria, che sono, almeno nella loro essenza, simili a quelli che si applicano alle autorità nazionali di regolazione finanziaria nell'UE e a livello internazionale. Del resto, tali vincoli sono ampiamente orientati alla legittimità dell'attività svolta dalle agenzie europee, oltre che ai rimedi di *accountability*.

Si è detto che l'istituzione dell'autorità bancaria europea e più in generale delle autorità europee di supervisione (ESAs) può essere meglio colta all'interno del più ampio fenomeno dell'agentificazione. Ora, da un punto di vista sistematico, appare utile provare a ricostruire una tassonomia delle varie categorie di agenzia operanti nell'ordinamento dell'UE utile al migliore inquadramento delle principali caratteristiche e peculiarità di ABE all'interno del sistema bancario e finanziario europeo. Muovendo l'indagine sul versante della tassonomia, si può osservare come la dottrina ha offerto interessanti soluzioni in merito ad una nomenclatura delle agenzie amministrative dell'UE⁴².

nazionale; ciò anche se i poteri esercitati dalle autorità di vigilanza europee sono significativamente più deboli di quelli delle loro controparti nazionali.

⁴² E. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, cit., 153 ss.; N. MOLONEY, *The European Supervisory Authorities and Discretion: Can the Functional and the Constitutional Circles be Squared?*, in J. MENDES (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford, 2019, 85 ss.; M. BROBERG, J. TRONDAL, *Agencification of the European Union Administration: Connecting the Dots*, TARN Working Paper 1/2016; M. BUSUIOC, M. GROONLER, J. TRONDAL (eds), *The Agency Phenomenon in The European Union*, Manchester, 2015; M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds), *European Agencies in between Institutions and Member States*, Hague, 2014; E. VOS, *EU Agencies: Features, Framework and Future*, in

Va anzitutto notato che la terminologia usata per descrivere le agenzie nell'UE non dovrebbe essere necessariamente legata a quella impiegata negli Stati membri, soprattutto perché le agenzie europee create sinora non sono organi di regolazione nel senso legale comune invalso nei vari ordinamenti giuridici dell'UE, per la ragione che, come vedremo meglio in seguito quando analizzeremo i compiti di ABE (*cfr.* paragrafo 5), vi sono stringenti vincoli e limitazioni alla delega di poteri discrezionali. Tuttavia, è anche vero che recentemente si è assistito ad un considerevole aumento delle funzioni e della portata dei poteri amministrativi delle agenzie, specialmente nel settore bancario e finanziario, tant'è che si parla di atti "quasi normativi" in relazione alle decisioni adottate da tali organi⁴³.

È significativo, d'altra parte, come sulla portata dei poteri amministrativi delle agenzie europee e particolarmente sulla legittimità ad emanare atti di portata generale, siano intervenute alcune nodali sentenze della Corte di giustizia, fra cui le pronunce su ESMA e su ABE, che hanno affrontato principalmente la delicata questione della discrezionalità di tali organi. Si tratta di un argomento cruciale che approfondiremo a tempo debito quando, grazie anche all'indagine sul dato giurisprudenziale, ci occuperemo della portata e dei limiti dei poteri dell'autorità bancaria (*cfr.* paragrafo 7.4). Per il momento appare utile anticipare che la Corte ha mitigato l'approccio seguito in precedenza nella dottrina *Meroni*, tuttora una pietra miliare in materia di delegabilità dei poteri amministrativi di tipo discrezionale ad organi

Maastricht Faculty of Law Working Paper, 3, 2013; H. HOFMAN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, spec. 285-307; S. GRILLER, A. ORATOR, *Everything Under Control? The "Way Forward" for European Agencies in the Footsteps of the Meroni Doctrine*, in *Eur. Law Rev.*, 35, 2010, 3 ss.; E. CHITI, *Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies*, in *Eur. Law Journ.*, 10, 2004, 402 ss., ma spec. 431-436; D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, in *Jean Monnet Working Paper*, 01/04, NYU School of Law, 43-50. E. CHITI, *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 37, 2000, 309 ss., ma spec. 311-317.

⁴³ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 163. Con specifico riferimento all'ESMA, si v. M. SIMONCINI, *I poteri quasi-normativi delle agenzie europee: le decisioni della European Securities and Markets Authority (ESMA)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2020, 1539-1556.

diversi da quelli costituzionalmente previsti dall'ordinamento giuridico dell'UE, come avviene nel caso del conferimento delle funzioni alle agenzie amministrative europee (*cf.* paragrafo 7.1).

La dottrina, come dicevamo poc'anzi, ha offerto interessanti soluzioni per una tassonomia delle agenzie amministrative nel contesto del settore bancario e finanziario dell'UE. Prendendo in considerazione un'autorevole impostazione, si possono individuare almeno quattro categorie⁴⁴. Ad una prima categoria appartengono le *regulatory agencies*, vale a dire organi che generalmente utilizzano poteri di *rule-making* all'interno della loro area di competenza, anche attraverso l'esercizio di poteri di natura discrezionale e che sono molto utili nella regolazione dei vari fenomeni di mercato riguardanti gli intermediari bancari e finanziari. In una seconda categoria si fanno rientrare le *decision-making agencies*, che hanno il potere di adottare decisioni individuali vincolanti per i destinatari, enti creditizi e altri istituti finanziari, a cui gli atti si rivolgono⁴⁵. Una terza categoria include un numero significativo di "*information and coordination agencies*", i cui compiti principali sono appunto di veicolare informazioni a beneficio della Commissione e degli Stati membri sugli intermediari bancari e gli istituti finanziari⁴⁶.

⁴⁴ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 163-167.

⁴⁵ Ivi, 164. La logica che conferisce siffatti poteri a questa categoria riguarda il fatto che in tale area vi è un predominio dell'interesse pubblico, per cui le agenzie non sono chiamate a decidere su interessi contrastanti o a esercitare poteri di valutazione politica o a condurre complesse valutazioni economiche. Indipendentemente dal fatto che ciò corrisponda alla realtà, la circostanza che la motivazione sia formulata in questi termini, unitamente alla circostanza che tali agenzie non possono adottare misure normative di portata generale per le quali il TFUE ha conferito un potere decisionale diretto alla Commissione, serve a sottolineare i limiti dei poteri concessi a tali agenzie e la differenza tra esse e le tipiche agenzie di regolazione poco sopra menzionate.

⁴⁶ Ivi, 165-166. Tali agenzie si connotano per il fatto di avere un ruolo di coordinamento per gli altri attori del mercato in diverse materie rilevanti dell'Unione. È vero che la maggior parte delle agenzie dell'UE, ricomprese nelle altre categorie prima esaminate, svolge alcune funzioni di questo tipo, ma per le *information and coordination agencies* si tratta della funzione principale, ragion per cui si può parlare di una categoria a sé stante. I compiti svolti da queste agenzie di informazione e coordinamento variano, ma possiamo riconoscere alcune caratteristiche comuni. Il loro ruolo sarà normalmente quello di fornire informazioni e analisi alla Commissione, agli Stati membri e agli altri attori istituzionali dell'Unione, sia a livello

La quarta e ultima categoria della tassonomia qui proposta è costituita dalle “*quasi-regulatory agencies*”, nella quale si fa rientrare ABE e le altre due ESAs, vale a dire ESMA ed EIOPA. Si tratta di un gruppo di agenzie che, come avviene per il caso specifico di ABE, si contraddistingue principalmente per uno spiccato potere di adottare atti di *soft law* nei confronti delle ANC degli Stati membri dell’UE e in determinati casi anche nei confronti degli intermediari bancari e finanziari⁴⁷. La volontà di attribuire alle agenzie un simile potere è più evidente in relazione proprio alle autorità di supervisione del settore bancario e finanziario istituite a seguito della crisi del 2008. Sul versante dei poteri di *hard law*, invece, un aspetto rilevante della strategia legislativa europea nella creazione delle *quasi-regulatory agencies* è stato quello di prevedere nelle fonti primarie che la responsabilità degli atti delegati sia di competenza delle agenzie solo dopo un’approvazione formale da parte della Commissione europea.

In particolare, quando la fonte primaria delega alla Commissione il potere di adottare atti normativi ai sensi dell’articolo 290 TFUE, è prevista la possibilità di veto da parte del Consiglio o del Parlamento. Tuttavia, il regolamento (UE) 1093/2010 istitutivo dell’autorità bancaria chiarisce che la Commissione può modificare la bozza prodotta solo in circostanze molto limitate e straordinarie, in quanto tale agenzia è provvista delle competenze necessarie in questo settore. La Commissione dovrà inoltre fornire una spiegazione motivata per discostarsi dal progetto di norma presentato e non potrà apportare alcuna modifica senza prima averne discusso con la stessa autorità bancaria⁴⁸. Si tratta di profili di nodale rilevanza, che affronteremo in dettaglio nella parte dedicata ai poteri e agli atti vincolanti di *hard law* (cfr. paragrafo 6.1).

Le considerazioni appena svolte sul fenomeno dell’agentificazione sono utili per cogliere il contesto in cui l’autorità bancaria europea è inserita e al contempo risultano essenziali per avere alcune coordinate

pubblico che privato. Le agenzie di coordinamento e informazione assistono la Commissione, se necessario, nella formulazione della politica e della legislazione dell’UE e in determinati casi interagiscono con gli altri attori del mercato bancario e finanziario interessati alle questioni di loro competenza.

⁴⁷ E CHITI, “*European Agencies Rule-Making*”. *Powers, Procedures and Assessment*, cit., 93 ss.

⁴⁸ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 164-165.

sulle funzioni, sui compiti e sui poteri spettanti ad ABE in qualità di agenzia che opera in vista di assicurare un livello di regolazione e di vigilanza prudenziale efficace e uniforme nel settore bancario, nonché per garantire la stabilità finanziaria nell'UE.

Si tratta di profili fondamentali nell'economia della presente ricerca, perché forniscono indicazioni molto preziose per argomentare la nostra tesi sulla funzionalizzazione di ABE e dei suoi poteri al perseguimento del fine istituzionale di protezione delle sfere individuali. A questo scopo, occorre ora muovere più approfonditamente l'indagine all'interno del quadro giuridico e dell'ambito d'intervento, per comprendere la portata e la rilevanza del ruolo che ABE detiene nel contesto dell'ordinamento bancario e finanziario dell'UE.

4. Quadro giuridico e ambito d'intervento di ABE nel sistema bancario e finanziario europeo: il fondamento legale e l'operatività degli standard tecnici vincolanti

Concluso il breve *focus* sull'agentificazione e la tassonomia delle categorie di agenzia amministrativa operanti nel sistema bancario e finanziario dell'UE, rivolgiamo ora lo sguardo al contesto giuridico europeo in cui opera ABE per meglio comprendere il fondamento legale di questa autorità. A tal fine, delineiamo il quadro legale generale attraverso il riferimento alla procedura *Lamfalussy* sulla formazione degli atti legislativi di primo e secondo livello e il quadro legale specifico riguardante gli standard tecnici di competenza dell'autorità bancaria europea. Successivamente, individueremo e delineremo le principali competenze di cui ABE è titolare nella veste di autorità amministrativa deputata a garantire l'applicazione uniforme, efficiente ed efficace dei vari atti legislativi nell'ambito delle materie di sua competenza.

Per procedere in questo modo, sembra utile inquadrare l'ambito legislativo generale in cui tale agenzia opera, vale a dire il processo *Lamfalussy* che si occupa della regolazione finanziaria nell'ordinamento dell'Unione⁴⁹. Il primo livello della procedura

⁴⁹ Sul tema, si v. D. ALFORD, *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation?*, in *Annual review of banking & financial law*, 25, 1, 2006.

Lamfalussy, come noto, comprende gli atti legislativi dell'UE, ossia regolamenti e direttive di competenza degli organi istituzionali, Parlamento e Consiglio europei. Il secondo livello prevede l'adozione degli atti non legislativi, che sono norme comunitarie vincolanti adottate dalla Commissione nell'ottica di elaborare il c.d. *single rulebook* e che si compongono di due principali forme.

La prima tipologia di questo livello secondario della procedura *Lamfalussy* è costituita dagli atti delegati e dagli atti di esecuzione, che sono norme di competenza della stessa Commissione. La seconda tipologia è costituita dagli standard tecnici vincolanti⁵⁰, nella forma di standard tecnici di regolamentazione e di standard tecnici di attuazione, che sono di competenza della Commissione, ma la cui elaborazione spetta all'autorità di vigilanza competente, come accade per ABE nel sistema bancario, in virtù dell'elevato tasso tecnico che tali norme richiedono per la loro redazione nello specifico settore di mercato di riferimento e nel più ampio contesto della regolazione finanziaria dell'UE.

Il primo gruppo è rappresentato dagli standard tecnici di regolamentazione, che possono essere definiti come atti non legislativi di applicazione generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo. Il secondo gruppo è costituito dalle norme tecniche di attuazione che determinano le condizioni di applicazione degli atti legislativi⁵¹. La base giuridica dei Trattati si riferisce principalmente agli articoli 290 e 291 del TFUE e conferisce il potere di adottare atti normativi vincolanti alla Commissione e non ad altri soggetti. Ciò rende chiaro perché ABE, come detto in precedenza, non può adottare direttamente le norme

⁵⁰ Nella dottrina italiana per la ricognizione degli strumenti di ABE, si v. A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M.P. CHITI – V. SANTORO, *L'Unione bancaria europea*, cit., 115 ss., ma spec. 124-130.

⁵¹ È bene evidenziare che il processo di adozione di un atto normativo vincolante si basa su tre elementi: i) i Trattati; ii) l'atto delegante, sotto forma di regolamento o direttiva dell'UE, che poggia sulla base giuridica dei Trattati per conferire una delega formale alla Commissione e ad ABE; iii) l'atto normativo tecnico – di regolamentazione o di attuazione – che viene redatto dall'autorità e adottato dalla Commissione.

tecniche, ma deve redigerle e sottoporle all'approvazione della Commissione⁵².

In questa cornice normativa, l'autorità bancaria europea ha un ruolo cruciale nella redazione e nel controllo degli standard tecnici vincolanti. Basti pensare che, sempre sul versante del diritto positivo, il regolamento (UE) n. 575/2013 sui requisiti patrimoniali (CRR)⁵³, la direttiva 2013/36/UE, sempre sui requisiti patrimoniali (CRD IV)⁵⁴, come da ultimo modificata⁵⁵, contengono oltre 100 mandati per norme tecniche di regolamentazione e attuazione, mentre la direttiva sul risanamento e la risoluzione delle crisi bancarie (BRRD)⁵⁶, prevede altri 40 mandati. Se si guarda al dato empirico, si può osservare come nel 2021, a dieci anni dalla data della sua formale istituzione, l'autorità bancaria europea, in vista di creare condizioni di parità per gli istituti finanziari in tutta l'UE, ha elaborato 230 progetti di standard tecnici sugli aspetti prudenziali e di risoluzione delle crisi⁵⁷.

Gli standard tecnici vincolanti non devono implicare decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto e le condizioni di

⁵² È opportuno precisare che tali norme sono adottate dalla Commissione come regolamenti o decisioni vincolanti ai sensi dell'articolo 288 del TFUE. Inoltre, è importante sottolineare che le misure di primo livello indicano, caso per caso, il tipo di misura di secondo livello che la Commissione è autorizzata a adottare.

⁵³ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

⁵⁴ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

⁵⁵ La direttiva CRD IV è stata recentemente modificata dalla direttiva (UE) 2019/878 (CRD V) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019.

⁵⁶ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Su questa direttiva e più in generale sulle tecniche di risanamento degli intermediari bancari, nonché su originali spunti per la revisione della vigilanza prudenziale, si v. F. SARTORI, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di risanamento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento n. 4, 2017, 1-51.

⁵⁷ European Banking Authority, Annual Report 2021, consultabile al seguente link:

https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/eba_flourish_extracted/1037133/en/#chapter3.

applicazione sono definiti in modo specifico dagli atti legislativi su cui si basano. Tuttavia, a prima vista, si potrebbe sottovalutare la rilevanza pratica di un insieme di standard ampio e in continua espansione come l'indagine empirica sembra indicarci e che riguarda in via diretta le operazioni economiche dell'intero settore bancario europeo. In effetti, sebbene alcuni standard siano, per loro stessa natura, rivolti a uniformare le procedure di rendicontazione e le procedure ad elevata specializzazione, altri standard hanno un impatto considerevole. Si pensi agli standard tecnici di regolamentazione in due aree cruciali del settore bancario, come i fondi propri di cui al regolamento sui requisiti patrimoniali CRR e il *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities* (MREL), che riguarda le disponibilità minime di fondi propri e le passività ammissibili al *bail-in* ai sensi della direttiva BRRD.

In entrambi i casi, il ruolo decisamente molto tecnico, relativo al controllo *de facto* delle definizioni che determinano il campo di applicazione dei criteri normativi, ha ricadute materiali per gli intermediari bancari non irrilevanti, in quanto può importare modifiche potenzialmente onerose nelle strutture delle passività e costi di finanziamento più elevati per le stesse banche. Questo aspetto non è di poco conto dal punto di vista dell'analisi economica, dal momento che avrà un impatto monetario nella misura in cui gli istituti di credito rispondono a un ambiente patrimoniale normativo più esigente, modificando pertanto le loro pratiche di prestito.

Definito il quadro legale generale e argomentato il fondamento giuridico e il contesto di operatività degli standard tecnici vincolanti, possiamo occuparci dell'ambito d'intervento dell'autorità bancaria europea e vedere come questo coincida anzitutto con l'area dei poteri disegnati dal legislatore comunitario attraverso il regolamento (UE) 1093/2010 e con la successiva riforma di cui al Regolamento (UE) 2175/2019⁵⁸. È utile osservare, tuttavia, come il perimetro legale delle

⁵⁸ Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010 (G U L 334, 27.12.2019, p. 1). In particolare, come vedremo nel corso della presente ricerca, la riforma delle ESAs del 2019 ha posto una particolare enfasi sull'obiettivo primario di ABE, vale a dire quello di garantire la sicurezza e la solidità degli istituti finanziari con particolare riguardo ai profili dell'innovazione tecnologica, dei modelli di

competenze di ABE venga opportunamente ampliato in modo da ricomprendere anche alcune direttive e regolamenti che appaiono pertinenti *ratione materiae* all'area di attività dell'autorità bancaria; si tratta di norme che fanno riferimento al settore in cui operano gli intermediari bancari, i conglomerati finanziari, le imprese di investimento, gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica.

Provando a schematizzare un quadro ampio e complesso, possiamo argomentare che l'area legale di competenza dell'autorità bancaria, ricomprenda le seguenti materie: *i*) vigilanza supplementare sugli intermediari bancari⁵⁹; *ii*) contratti di credito ai consumatori⁶⁰; *iii*) avvio, esercizio e vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica⁶¹; *iv*) requisiti prudenziali per gli intermediari bancari e le imprese di investimento⁶²; *v*) accesso all'attività degli intermediari bancari e vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento⁶³; *vi*) sistemi di garanzia dei depositi⁶⁴; *vii*)

business innovativi e sostenibili e dei fattori di carattere ambientale, sociale e di *governance*.

⁵⁹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2003, L 35, pag. 1).

⁶⁰ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio (GU L 133 del 22.5.2008, p. 66).

⁶¹ Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE (GU L 267, 10.10.2009, p. 7).

⁶² Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (GU L 176 del 27.6.2013, p. 1).

⁶³ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU L 176 del 27.6.2013, pag. 338).

⁶⁴ Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (GU L 173 del 12.6.2014, p. 149).

operazioni sui conti di pagamento⁶⁵; *viii*) servizi di pagamento nel mercato interno⁶⁶; *ix*); commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori⁶⁷; *x*) prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁶⁸; *xi*) dati informativi accessori ai trasferimenti di fondi⁶⁹.

Eppure, problemi di ordine sistematico di non poco conto sorgono per il fatto che il regolamento (UE) 1093/2010 contiene una clausola generale che amplia in modo notevole la sfera d'intervento dell'autorità bancaria europea, ricomprendendo in quest'area anche tutti gli atti basati sulle direttive e i regolamenti riguardanti le materie sopra indicate, nonché ogni altro atto giuridicamente vincolante dell'UE che conferisca ulteriori compiti ad ABE. Inoltre, il raggio d'azione dell'autorità bancaria viene ulteriormente esteso ad altre fattispecie, non contemplate in modo esplicito nelle materie di cui ai punti *i*) – *xi*), come avviene per le questioni relative alla *governance*, alla revisione contabile e all'informativa finanziaria, allorché l'attività da compiere su tali ulteriori ambiti sia indispensabile «per assicurare l'applicazione effettiva e coerente»⁷⁰ degli atti legislativi su cui le materie di stretta

⁶⁵ Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (GU L 257 del 28.8.2014, p. 214).

⁶⁶ Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE (GU L 337 del 23.12.2015, p. 35).

⁶⁷ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE (GU L 271 del 09.10.2002, p. 16).

⁶⁸ Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione (GU L 141 del 5.6.2015, p. 73).

⁶⁹ Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006 (GU L 141 del 5.6.2015, p. 1).

⁷⁰ Regolamento (UE) 1093/2010, art. 1, par. 3.

competenza di ABE si basano e tenendo conto «di modelli di business sostenibili» e dell'integrazione di «fattori di carattere ambientale e sociale».

Infine, va posta l'attenzione, per ora solo fuggacemente dato che affronteremo l'argomento nel prosieguo dell'indagine, sulle finalità dell'ambito di intervento dell'autorità bancaria europea (*cf.* paragrafo 5). Nell'esercitare le sue funzioni, ABE è infatti chiamata a garantire l'applicazione uniforme, efficiente ed efficace dei vari atti legislativi – direttive e regolamenti – su cui poggiano le materie indicate ai punti *i*) – *xi*). Inoltre, essa è tenuta a monitorare il rischio sistemico derivante ipoteticamente dal fallimento del singolo intermediario bancario in modo da evitare danni al funzionamento del sistema finanziario e all'economia più in generale. Si tratta di previsioni normative che hanno rilevanti conseguenze, soprattutto per quanto attiene alla discussione sui profili funzionali e particolarmente sull'esercizio dei poteri discrezionali dell'autorità bancaria europea, di cui ci occuperemo a tempo debito.

5. Compiti istituzionali: funzione e obiettivi dell'autorità bancaria europea

Ricostruito il quadro giuridico generale e delimitato l'ambito d'intervento nel sistema bancario e finanziario europeo, nonché definito il fondamento legale e l'operatività degli standard tecnici vincolanti, in questo paragrafo focalizziamo la nostra attenzione sui compiti istituzionali cui ABE è demandata nel contesto dell'ordinamento bancario europeo.

Data l'ampia portata che questi assumono nel regolamento istitutivo del 2010 e nella successiva riforma del 2019, proveremo a condurre l'analisi sulla base della funzione e più in generale dell'obiettivo cui essi mirano nell'ambito dell'ordinamento bancario e finanziario dell'UE, al fine di offrire una visione sistematica della materia. Dal momento che esulano dalla presente ricerca, non ci occuperemo dei compiti di «prevenzione e di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo», introdotti dalla riforma del 2019⁷¹.

⁷¹ Artt. 9-*bis* e 9-*ter*, regolamento (UE) 2175/2019.

Nell'ottica di offrire un quadro sistematico della materia, è parso utile suddividere in tre macroaree i diversi compiti di competenza dell'autorità bancaria. Di conseguenza, in una prima area faremo rientrare i compiti che l'autorità bancaria svolge in virtù di una generale funzione di regolazione e vigilanza delle attività del settore bancario. In una seconda categoria raccoglieremo invece alcuni peculiari compiti assegnati all'autorità bancaria in virtù della specifica funzione di protezione dei consumatori di cui ABE è assegnataria nell'ordinamento giuridico dell'UE. Infine, in una terza macroarea includeremo una serie di compiti relativi alla gestione delle attività finanziarie e che si connotano per la titolarità di alcuni particolari poteri di *soft e hard law* in capo all'autorità bancaria, la cui discussione dettagliata verrà svolta successivamente nella parte dedicata appositamente all'analisi dei poteri (*cfr.* paragrafi 6, 6.1 e 6.2).

Per quanto riguarda la prima macroarea, possiamo ulteriormente suddividere i compiti di competenza dell'autorità bancaria in diverse categorie sulla base dell'omogeneità della funzione svolta dall'autorità bancaria. Una prima categoria è inerente al ruolo di ABE quale autorità che contribuisce all'elaborazione delle norme e delle prassi comuni di regolazione e vigilanza, fornendo pareri alle istituzioni dell'UE ed elaborando orientamenti, raccomandazioni e progetti di norme tecniche basati sugli atti legislativi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (UE) 1093/2010 che definisce l'ambito d'intervento della stessa autorità.

Una seconda categoria riguarda la funzione dell'autorità bancaria quale garante dell'applicazione uniforme degli atti vincolanti dell'UE, ruolo che svolge nell'ottica di formare una cultura comune di vigilanza prudenziale, garantendo l'applicazione omogenea, efficiente ed efficace degli atti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (UE) 1093/2010, che, come appena detto, rappresenta la norma disciplinante l'ambito di intervento dell'autorità bancaria. In questo ambito, rientrano anche i poteri di supervisione che l'autorità bancaria esercita mediante un controllo adeguato ed efficace sugli istituti finanziari nell'ottica di prevenire il problema dell'arbitraggio regolamentare, adottando in casi di necessità anche misure straordinarie per fronteggiare situazioni emergenziali.

Continuando l'indagine, incontriamo una terza categoria in cui rientrano alcuni compiti nodali, come quelli previsti nell'ambito della

protezione dei depositanti e degli investitori, che l'autorità bancaria cura attraverso la valutazione e la misurazione del rischio sistemico e lo sviluppo e il coordinamento dei piani di risanamento e di risoluzione delle crisi degli istituti finanziari in fallimento, nonché mediante un'adeguata valutazione degli strumenti finanziari. A questo proposito, la riforma del 2019 ha evidenziato anche il ruolo cruciale dell'autorità bancaria con riguardo alle criticità riscontrabili in un contesto transfrontaliero e al suo ruolo proattivo nella definizione di una strategia comune dell'UE in materia di dati finanziari.

Una quarta categoria, non meno importante, è costituita dai compiti affidati all'autorità bancaria con riguardo alla sorveglianza e alla valutazione degli sviluppi del mercato nei settori di propria competenza, funzione che l'autorità compie attraverso l'accurata analisi del settore finanziario, compresa la fondamentale valutazione dell'andamento del credito alle famiglie e alle piccole e medie imprese. A tal riguardo, la riforma del 2019 ha enfatizzato anche l'importanza delle funzioni dell'autorità per il settore dei servizi finanziari innovativi, con particolare attenzione ai fattori di carattere ambientale, sociale e di *governance*.

Allo stesso tempo, assume un certo rilievo anche una quinta categoria in cui possiamo far rientrare tutte quelle mansioni che, attraverso una stretta cooperazione con il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), servono a provvedere alle informazioni indispensabili per il corretto funzionamento del sistema bancario, anche assicurando lo svolgimento adeguato di strumenti di *soft law* come le segnalazioni e le raccomandazioni.

Inoltre, una sesta categoria riunisce alcuni delicati compiti che rendono l'autorità bancaria responsabile della promozione e del monitoraggio delle ANC, tramite un ruolo di mediatore e conciliatore delle eventuali controversie sorte fra le varie autorità nazionali di supervisione. A tal fine, essa facilita la delega di compiti e responsabilità tra le ANC ed è incaricata del funzionamento uniforme e coerente dei collegi di tali autorità.

Infine, una settima categoria raccoglie alcuni importanti compiti legati alla funzione di trasparenza cui l'autorità bancaria provvede tramite la pubblicazione sul suo sito web delle informazioni relative al

settore di attività, alle aree di competenza, agli intermediari bancari registrati⁷².

Nella seconda macroarea, come anticipato, esamineremo i compiti spettanti ad ABE sulla base della specifica funzione di protezione dei consumatori accordata a questa autorità dall'ordinamento giuridico dell'UE. In particolare, guardando sempre ai profili funzionali, possiamo dire che in quest'area ABE riveste un ruolo chiave nel favorire la trasparenza, la semplificazione e l'equità nel mercato dei prodotti e dei servizi finanziari destinati ai consumatori in tutto il mercato interno dell'Unione.

Si tratta di compiti che l'autorità è chiamata a svolgere tramite: *i)* la raccolta, l'analisi e l'informativa sulle tendenze dei consumatori; *ii)* l'esecuzione di indagini sui comportamenti di mercato e la progettazione di *policy* condivise delle pratiche commerciali per determinare criticità potenziali e prevederne gli effetti; *iii)* la predisposizione degli indici di rischio relativi all'operatività al dettaglio e l'efficace identificazione di possibili ragioni di danno ai consumatori; *iv)* il riesame e il coordinamento dell'alfabetizzazione finanziaria e delle iniziative formative da parte delle autorità competenti; *v)* l'elaborazione di standard formativi per l'industria; *vi)* il contributo a favore dello sviluppo di norme comuni in materia di divulgazione; *vii)* l'incentivazione delle condizioni di parità nel mercato interno, con un accesso equo di consumatori e utenti a servizi e prodotti finanziari; *viii)* l'affinamento ulteriore degli strumenti di regolazione e vigilanza in vista di una maggiore armonizzazione e integrazione dell'UE. *ix)* la gestione delle operazioni di acquisto in forma anonima da parte delle ANC.

Nella terza macroarea possiamo far rientrare i compiti relativi alle attività finanziarie. In particolare, all'interno di quest'area, l'autorità bancaria europea è incaricata del monitoraggio delle attività finanziarie nuove ed esistenti e può servirsi di atti di *soft law*, quali orientamenti e raccomandazioni, per incentivare la sicurezza e la solidità dei mercati,

⁷² A seguito della riforma del 2019, l'autorità bancaria provvede a rendere note e aggiornare sul suo sito web tutte le norme tecniche di regolamentazione, le norme tecniche di attuazione, gli orientamenti, le raccomandazioni e le domande e risposte, incluse le panoramiche dello stato di avanzamento delle attività in corso e della tempistica stimata per l'emanazione dei progetti di norme tecniche di regolamentazione e dei progetti di norme tecniche di attuazione.

nonché per sostenere la convergenza delle prassi di regolamentazione. Nel caso in cui essa ravvisi che un'attività finanziaria sottoposta alla sua competenza rappresenti una seria minaccia per la protezione dell'interesse pubblico e per la stabilità del sistema finanziario, l'autorità bancaria può usare lo strumento di *soft law* della segnalazione per informare gli organi europei competenti a prendere decisioni in merito.

Inoltre, sempre all'interno di questa terza area, ulteriori compiti di controllo e vigilanza sulle attività finanziarie sono previsti nei casi di rischi legati al corretto funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari, nonché a criticità relative alla stabilità generale del sistema finanziario dell'UE, in conseguenza anche di eventi emergenziali e per i quali è attivabile il potere d'intervento di cui all'articolo 18 del regolamento (UE) 1093/2010. In tali casi, si può fare ricorso anche ai poteri di *hard law* che si sostanziano nella possibilità di proibire o limitare per un periodo di tempo necessario le attività finanziarie in questione.

In aggiunta, una competenza di una certa rilevanza è quella svolta nell'ambito dell'espletamento degli *stress test*, vale a dire le prove che valutano la resilienza degli intermediari bancari per quanto concerne il rischio sistemico nel sistema finanziario dell'UE. A questo riguardo, va osservato che l'autorità bancaria europea ha il potere di controllare e valutare gli andamenti del mercato e del credito. Nello svolgimento di questa cruciale attività, essa coopera e coordina le ANC degli Stati membri, responsabili della supervisione decentrata degli istituti di credito. Inoltre, ampie forme di cooperazione e collaborazione sono previste con il CERS, la BCE e la Commissione. A tal fine, ABE stabilisce una metodologia comune per ciascuna edizione della prova di *stress*.

Infine, all'interno di questa terza categoria dedicata ai compiti nell'ambito delle attività finanziarie, può farsi rientrare l'importante ruolo svolto dal comitato sulla protezione dei consumatori e sull'innovazione finanziaria, organo interno che rappresenta tutte le autorità nazionali di vigilanza competenti e le autorità responsabili della protezione dei consumatori con l'obiettivo di coordinare la regolazione e la vigilanza delle attività finanziarie nuove o innovative verso una più profonda tutela dei consumatori e di fornire attività di consulenza da sottoporre al Parlamento, al Consiglio e alla Commissione.

Dall'indagine appena svolta, possiamo constatare come i compiti fissati in capo ad ABE sono molteplici e complessi e rispecchiano la natura polisemica di questa agenzia amministrativa che è chiamata a vario titolo e su più fronti a contribuire, assieme alla BCE e alle autorità nazionali competenti, nonché alle altre ESAs al grande progetto dell'Unione bancaria europea⁷³.

6. La polisemica natura dei poteri di ABE: scopi istituzionali e perseguimento dell'interesse pubblico come protezione delle sfere individuali nel mercato bancario europeo

Nei paragrafi precedenti, abbiamo discusso i nodi problematici, visto le ragioni della sua istituzione e compreso il ruolo cruciale di ABE nel coordinare la regolazione e la vigilanza nel settore bancario europeo. Si sono poi esplorate la natura e le caratteristiche e colti i limiti e le potenzialità di ABE alla luce del fenomeno dell'agentificazione, fornendo un'analisi sistematica e una tassonomia all'interno delle varie agenzie amministrative europee. Si è delineato quindi il quadro giuridico e l'ambito d'intervento di ABE nel sistema bancario e finanziario europeo, indagando il fondamento legale e l'operatività degli standard tecnici vincolanti. Si è infine guardato ai compiti istituzionali attraverso l'esame della funzione e degli obiettivi dell'autorità bancaria europea.

L'indagine compiuta è risultata utile poiché ha fornito indicazioni preziose sul ruolo istituzionale di ABE all'interno del sistema giuridico ed economico dell'UE. Nell'ottica di indagare il secondo elemento della nostra ricerca, vale a dire il profilo funzionale di tale autorità, nei paragrafi che seguono dedicheremo l'attenzione all'analisi dei poteri di cui ABE dispone nel contesto dell'ordinamento bancario e finanziario dell'UE, un tema centrale per la discussione della tesi proposta nel presente articolo.

Nell'esaminare la composita varietà di poteri a disposizione dell'autorità bancaria europea, sempre con uno spirito di sistematizzazione della materia, procederemo a suddividere questi in

⁷³ In argomento, si v. F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria. Una sfida per un'Europa più unita*, cit., *passim*. Inoltre, si v. ID., *European Banking Union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2, 1, 2013, 5-79.

due tipologie sulla base dell'intensità del vincolo legale che l'autorità è in grado di esercitare sui destinatari con l'emanazione dei suoi atti.

A tal fine è parso utile distinguere i poteri in atti di *soft law* e *hard law*⁷⁴, a seconda che l'autorità bancaria europea sia titolare rispettivamente di un potere di stimolo e incentivo nei confronti dei destinatari dei suoi atti in vista di far tenere un determinato comportamento oppure sia titolare di un vero e proprio potere di adottare atti legalmente vincolanti e sui quali può esercitare anche un'azione di *enforcement* per il rispetto dei medesimi.

Partiamo dall'esame dei poteri di *hard law*, cercando tuttavia prima di iniziare a considerare nel dettaglio tali poteri, di chiarire quali sono gli scopi istituzionali che l'ordinamento giuridico dell'UE fissa in capo all'autorità bancaria europea come vincolo finalistico per l'esercizio dei poteri in questione in vista della salvaguardia dell'interesse pubblico nel mercato bancario e finanziario europeo.

È importante osservare come tale operazione di sistematizzazione degli scopi istituzionali non è di poco conto, ma anzi avrà un rilievo fondamentale nell'ambito della nostra tesi sulla portata e i limiti all'uso del potere discrezionale da parte dell'autorità bancaria europea (*cfr.* paragrafo 8). In particolare, come argomenteremo nelle conclusioni, a noi è sembrato convincente dal punto di vista del diritto positivo

⁷⁴ Non è la sede questa per approfondire un argomento di notevole rilievo e attualità come quello della nozione, natura e dicotomia dei poteri di *soft law* e *hard law*. Per tale ragione possiamo rinviare alla dottrina specialistica che se ne è occupata. Nella dottrina italiana si v. M. RAMAJOLI, *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss; con specifico riferimento al sistema finanziario, si v. anche ID., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, 53 ss.; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss., ma spec. 597-611; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 194-195; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 1 ss.; nei diversi settori del diritto, si v. A. SOMMA (a cura di) *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Nella dottrina internazionale, più recentemente, si v. P. DERMINE, *The Instruments of Eurozone Fiscal Surveillance through the Lens of the Soft Law/Hard Law Dichotomy - Looking for a New Approach*, in *Journal of Banking Regulation*, 7-18, 2022, 1 ss. I. HACHEZ, *Balises conceptuelles autour des notions de «source du droit», «force normative» et «soft law»*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, in part. 16-18; E. SCHMIDT ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013, 57 ss.; N. FOSTER, *Eu Law*, Oxford, 2015, in part. 122 ss.

funzionalizzare gli scopi istituzionali e segnatamente l'interesse pubblico perseguito da ABE alla protezione dei diritti individuali dei consumatori, dei depositanti e degli altri soggetti privati a vario titolo coinvolti nel mercato bancario e finanziario.

Tutela dell'interesse pubblico – nell'accezione qui proposta di protezione delle sfere individuali, che ABE può assolvere, come argomentato dalla dottrina giuridica⁷⁵, mediante il mantenimento, sia nel breve che nel medio-lungo periodo, della stabilità del sistema economico e finanziario dell'UE. Si tratta di uno scopo ambizioso e complesso che implica molteplici competenze e responsabilità da parte dell'autorità bancaria europea e che per questa ragione fa assumere una particolare natura, da noi definita "polisemica", ai poteri di ABE in vista di adempiere ai fini istituzionali fissati dall'ordinamento giuridico positivo dell'UE e specialmente alla salvaguardia dei diritti e delle prerogative dei soggetti coinvolti a vario titolo nei processi economici.

In particolare, sulla base del dato normativo, scaturente dall'esame del regolamento (UE) 1093/2010, come modificato dalla riforma del 2019, possiamo individuare e sintetizzare la responsabilità dell'autorità bancaria europea con riguardo al perseguimento degli scopi di matrice istituzionale: *i)* ottimizzare l'andamento del mercato interno; *ii)* garantire efficaci politiche di regolazione e vigilanza; *iii)* promuovere l'integrità, la trasparenza, l'efficienza dei mercati finanziari; *iv)* rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza; *v)* evitare l'arbitraggio regolamentare e incentivare la concorrenza; *vi)* incrementare la tutela dei clienti e dei consumatori; *vii)* aumentare l'uniformità nel campo della vigilanza nel mercato interno; *viii)* fare in modo che l'assunzione del rischio di credito risulti efficacemente regolamentato e soggetto ad una adeguata vigilanza; *ix)* impedire l'uso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

⁷⁵ Per la tesi della stabilità del sistema economico e finanziario come interesse pubblico, si v. M. PASSALACQUA, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4, 2021, 525 ss.

6.1. *Poteri di hard law e atti vincolanti: standard tecnici di regolamentazione e attuazione, decisioni individuali e divieti*

Sistematizzato l'assetto degli scopi istituzionali che l'autorità bancaria europea deve assolvere in vista di garantire l'interesse pubblico possiamo rivolgere lo sguardo alla prima tipologia di poteri, vale a dire la categoria di poteri giuridicamente vincolanti, comunemente denominati con l'espressione di matrice anglosassone "hard law". A tal proposito, va osservato come alle ESAs e ad ABE in particolare sono stati affidati considerevoli poteri di regolazione. Appaiono subito di rilievo due principali categorie di poteri di *hard law*.

La prima, è rappresentata dal potere di sviluppare i progetti delle norme tecniche di regolamentazione⁷⁶ nell'ambito delle funzioni spettanti alla Commissione sulla base delle norme dell'UE sui servizi finanziari e in conformità all'art. 290 TFUE⁷⁷, che disciplina la portata e i limiti della delega agli organi esecutivi con riguardo all'adozione di atti non legislativi di carattere generale⁷⁸.

La seconda, è costituita dal potere di elaborare i progetti delle norme tecniche di attuazione⁷⁹ nel settore in cui la legislazione europea sui servizi finanziari conferisce alla Commissione la funzione di emanare condizioni uniformi per l'esecuzione del diritto dell'UE ai sensi dell'articolo 291, paragrafo 2, del TFUE⁸⁰. In tutti e due i casi, le norme

⁷⁶ Regolamento (UE), n. 1093/2010, art. 10.

⁷⁷ L'art. 290, par. 1, TFUE stabilisce che «[u]n atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo». Completa il quadro normativo l'art. 290, par. 2, dove è previsto che «[g]li atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere».

⁷⁸ Per un approfondimento sulle caratteristiche del potere esecutivo europeo, restano fondamentali gli studi di S. CASSESE, *La Costituzione Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 10, 3, 1991, 487 ss.; D. CURTIN, *Executive Power of the European Union. Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press, 2009; P. DANN, *The Political Institutions* in A. VON BOGDANDY – J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Londra, 2006; K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 28, 1, 1991, 11 ss.

⁷⁹ Regolamento (UE), n. 1093/2010, art. 15.

⁸⁰ L'art. 291, par. 2, TFUE prevede che nel caso in cui siano «necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione». Va poi notato che l'art.

redatte da ABE non possono essere il frutto di decisioni strategiche o scelte politiche, dal momento che il regolamento istitutivo prevede espressamente che si debba trattare di norme tecniche⁸¹.

È importante notare che, sia che si tratti di norme tecniche di regolamentazione sia che si tratti di norme tecniche di attuazione, l'autorità bancaria europea è priva del potere di adottare i relativi provvedimenti finali, ma può solo sottoporre i progetti delle decisioni che ha elaborato alla Commissione, la quale, in qualità di *rule-maker* di ultima istanza, può approvarli, in tutto o in parte, nelle forme legali degli atti delegati o può modificarli con emendamenti *ad hoc* o infine può respingerli del tutto.

Questa caratteristica potrebbe far pensare che tali atti non rientrino nel novero dei poteri di *hard law*. Tuttavia, a nostro modo di vedere, sebbene sia la Commissione europea a adottare formalmente gli atti in questione, si deve riconoscere che il substrato normativo degli stessi proviene interamente da ABE. Inoltre, va detto che, nonostante ABE (e la stessa cosa vale per le altre ESAs come ESMA ed EIOPA) sia teoricamente priva del potere decisionale di adottare il provvedimento normativo finale, ciò non impedisce di considerare, a nostro avviso, la cruciale importanza delle sue funzioni di regolamentazione tecnica in qualità di agenzia amministrativa specializzata nel settore bancario all'interno del mercato unico, in vista di realizzare il libro europeo di regole comuni (*EU single banking rule-book*), previsto dal legislatore comunitario come uno degli obiettivi chiave della strategia economica e monetaria dell'UE.

D'altra parte, a conferma della rilevanza dei poteri di ABE nel settore bancario e quindi anche della capacità di adottare atti di *hard law*, depone l'indiretta coerenza delle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione predisposte da questa autorità che, di fatto, vincolano la Commissione europea con una serie di obblighi motivazionali. In particolare, quando la Commissione europea decide di non approvare in tutto o in parte il progetto normativo elaborato

291, par. 3, precisa che «[a]i fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione».

⁸¹ Regolamento (UE), n. 1093/2010, art. 10, par. 1 e art. 15, par. 1.

dall'autorità bancaria deve restituire l'atto alla stessa, motivandone compiutamente le ragioni che sono alla base di tale decisione, così come anche quando decide di approvare con emendamenti la bozza elaborata, l'organo esecutivo europeo deve spiegare le motivazioni di una simile posizione all'agenzia bancaria.

Sta soprattutto in questi oneri motivazionali, secondo il nostro punto di vista, la cogenza dei poteri normativi di ABE come poteri di *hard law* e più in generale la sua nodale importanza quale agenzia amministrativa deputata alla standardizzazione e alla omogeneizzazione delle prassi di vigilanza prudenziale delle ANC⁸².

Nella tipologia dei poteri di *hard law*, si possono far rientrare anche le “decisioni individuali” che ABE adotta nei confronti degli istituti finanziari per i casi in cui il diritto dell'Unione sia direttamente applicabile e le ANC abbiano omesso di conformarsi agli atti emanati dalla stessa autorità bancaria. Si tratta di casi specifici e disciplinati espressamente dal regolamento (UE) 1093/2010 per le circostanze in cui sia necessario rimediare tempestivamente all'inosservanza degli atti adottati da ABE da parte delle ANC. Ciò al fine di mantenere o ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario⁸³.

⁸² Del resto, possiamo notare come ulteriori vincoli sono previsti nelle fasi successive della procedura di formazione degli standard tecnici. La Commissione europea, a fronte della richiesta di modifiche al progetto presentato dall'autorità bancaria, può successivamente adottare le norme in questione con gli emendamenti ritenuti essenziali solo se ABE non ha presentato un progetto modificato o ha presentato un progetto non modificato in modo coerente con gli emendamenti proposti dalla Commissione. A completamento dei vincoli che legano la discrezionalità della Commissione europea nell'ambito degli atti normativi realizzati da ABE, va detto che il massimo organo esecutivo dell'UE non può in ogni caso modificare il contenuto di un progetto redatto dall'autorità bancaria europea senza prima coordinarsi con la stessa secondo un principio di leale collaborazione invalso nell'ordinamento comunitario per i vari organi istituzionali.

⁸³ Anzitutto, vi rientrano le fattispecie di violazione del diritto dell'UE, per cui l'autorità bancaria può adottare una decisione individuale avverso il comportamento illegittimo dei singoli istituti finanziari, obbligando questi ultimi a implementare ogni misura utile per rispettare i vincoli normativi derivanti dal diritto europeo. Poi, sono contemplati i casi di decisioni individuali nei confronti delle ANC, attraverso la procedura dell'intervento in situazioni di emergenza.

Si tratta di provvedimenti che l'autorità può emanare in casi eccezionali, laddove sia necessario coordinare l'azione delle ANC per fronteggiare situazioni che possono mettere a repentaglio il normale funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità del sistema finanziario dell'UE nel suo complesso. In sostanza, con tali decisioni ABE chiede alle autorità nazionali di adottare le misure necessarie per affrontare le situazioni emergenziali, assicurando che gli istituti finanziari e le ANC rispettino gli obblighi fissati nella normativa europea di riferimento.

Il potere regolatorio di ABE racchiuso nelle decisioni individuali può essere impiegato anche per la risoluzione delle controversie sorte fra ANC in situazioni transfrontaliere. Si tratta di un potere a carattere conformativo, con cui l'autorità bancaria impone direttamente ad un istituto finanziario di implementare tutte le misure necessarie per rispettare gli obblighi del diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica.

Va chiarito, tuttavia, che le decisioni individuali dell'autorità bancaria europea non escludono l'intervento della Commissione attraverso la procedura di cui all'articolo 258 TFUE che disciplina i casi in cui uno Stato membro abbia inadempito uno degli obblighi derivanti dai Trattati dell'Unione. In quest'ultima circostanza, la Commissione emana un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizione di presentare le sue osservazioni. Se lo Stato in causa non si conforma a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, la Commissione può intraprendere un'azione giudiziaria rivolgendosi direttamente alla Corte di giustizia dell'UE.

Infine, nel novero delle funzioni di *hard law* possiamo ricomprendere il potere dell'autorità bancaria europea di proibire o comunque limitare temporaneamente la commercializzazione, la distribuzione e la vendita di prodotti, attività o strumenti finanziari che possono arrecare danno o altre esternalità negative ai consumatori.

Si tratta di misure che qui definiremo convenzionalmente "divieti", i quali possono essere applicati ai prodotti e agli altri strumenti finanziari che pongono elevati rischi all'integrità, alla stabilità e al regolare funzionamento del sistema finanziario dell'UE. Tuttavia, poiché sono considerati molto intrusivi della sfera economica delle imprese, il legislatore europeo nell'ottica di limitare siffatti poteri ha stabilito che l'autorità bancaria proceda a rivalutare le sue decisioni a

breve distanza di tempo e comunque almeno una volta ogni sei mesi, salvo che non confermi la decisione iniziale per due volte consecutive, potendo in quest'ultimo caso riesaminare il provvedimento in un arco temporale più lungo e generalmente a cadenza annuale.

La ricostruzione, in chiave sistematica, dell'assetto degli atti legalmente vincolanti nella categoria delle misure di *hard law*, appare molto utile nell'ottica della razionalizzazione dei poteri di ABE al perseguimento dei fini pubblici di tale autorità nel sistema bancario e finanziario. La funzionalizzazione dei suoi poteri vincolanti di *hard law* a fini pubblici può essere individuata nella fondamentale attività di standardizzazione e omogeneizzazione delle prassi di vigilanza prudenziale che ABE svolge a beneficio delle autorità nazionali di supervisione. Attività che non è solo utile e preziosa per le stesse ANC, quanto anche per tutti i soggetti privati – depositanti e investitori – che in vario modo partecipano alle dinamiche del mercato bancario e finanziario europeo.

6.2. *Poteri di soft law e atti incentivanti: orientamenti, raccomandazioni, Q&A, pareri e attività informativa*

Dopo aver analizzato in dettaglio i poteri vincolanti nella categoria degli atti di *hard law*, esaminiamo di seguito la seconda tipologia di poteri a disposizione di ABE, vale a dire i poteri di “incentivo” configurabili con gli atti di *soft law*.

I poteri di *soft law*⁸⁴ appaiono già a prima vista particolarmente interessanti, soprattutto nel caso delle ESAs e particolarmente dell'autorità bancaria europea⁸⁵, giacché hanno la funzione di orientare e guidare i comportamenti e le azioni delle autorità nazionali

⁸⁴ Sui diversi tipi di *soft law*, si v. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004.

⁸⁵ Per un'analisi dei poteri di *soft law* con riguardo alle ESAs, si v. E. CHITI, “European Agencies Rule-Making”. *Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 19, 1, 2013, 93 ss.; M. VAN RIJSBERGEN, *Legitimacy and Effectiveness of ESMA's Soft Law*, Cheltenham, 2021. Inoltre, sempre recentemente, per un'analisi comparata supportata da una ricerca empirica, si v. M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (eds), *EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence*, New York, 2022 e particolarmente il capitolo 3 di A. HOFMANN, *Types of EU Soft Law and Their National Impact*, ivi, 39-56.

competenti e conseguentemente degli enti creditizi⁸⁶, senza quindi interferire in modo eccessivo nella sfera decisionale degli attori del mercato bancario e finanziario.

In particolare, da questo punto di vista, si può osservare come abbiano un certo rilievo i poteri di *soft law* di ABE con riferimento al ruolo di interpretazione del pertinente diritto positivo dell'UE al fine di indirizzare le autorità nazionali degli Stati membri e di quelli partecipanti all'eurozona verso prassi di vigilanza efficaci ed efficienti⁸⁷. Per tale motivo, l'autorità bancaria europea è responsabile dell'adozione di orientamenti e raccomandazioni⁸⁸ nei confronti degli attori periferici della vigilanza prudenziale e delle altre istituzioni finanziarie allo scopo di creare standard prudenziali capaci di garantire nel tempo l'uniforme attuazione del diritto dell'UE nel settore bancario.

Vediamo più in dettaglio questa tipologia di poteri di *soft law*, esaminando anche il dato di diritto positivo. In sostanza, l'articolo 16 del regolamento (UE) 1093/2010 conferisce ad ABE il potere di emanare due tipologie di atti, vale a dire gli orientamenti e le raccomandazioni. L'articolo 16 non è tuttavia una base giuridica procedurale di per sé sufficiente per consentire ad ABE di adottare una normativa di *soft law*, giacché gli atti in questione possono essere emanati solo se hanno anche una base legale riferibile alla legislazione sostanziale, ossia il diritto finanziario dell'UE che definisce l'ambito di azione dell'autorità bancaria europea.

Orientamenti e raccomandazioni condividono essenzialmente lo stesso regime giuridico, mentre si distinguono per il fatto che i primi si

⁸⁶ Per un'analisi dei poteri di *soft law* da parte delle agenzie amministrative europee, si v. P. ROCCA – M. ELIANTONIO, *European Union Soft Law by Agencies: An Analysis of the Legitimacy of their Procedural Frameworks*, in M. CONTICELLI – M. DE BELLIS – G. DELLA CANANEA (eds), *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, Torino, 2019, 177 ss.

⁸⁷ Per una discussione sull'intensità dei poteri di *soft law*, si v. F. COMAN-KUND – C. ANDONE, 'European Commission's Soft Law Instruments: in between Legally Binding and Non-binding Norms', in P. POPELIER – H. XANTHAKI *et al.* (eds), *Lawmaking in Multi-level Settings: Legislative Challenges in Federal Systems and the European Union*, Oxford and Baden-Baden, 2019, 188.

⁸⁸ Per un'ampia discussione sulle raccomandazioni delle Autorità di vigilanza europee (ESAs), si v. R. VABRES, *La portée des recommandations de l'Autorité européenne des marchés financiers* in F. FERRAND (ed.), *L'Europe bancaire, financière et monétaire. Liber amicorum Blanche Soussi*, Schaerbeek, 2016, 95-104.

rivolgono generalmente a tutte le autorità competenti o agli operatori di mercato, mentre le seconde sono rivolte individualmente ad una o più specifiche autorità competenti o operatori di mercato. Per garantire una certa efficacia a questi atti di *soft law*, il legislatore europeo ha previsto il regime del c.d. *comply or explain*, in base al quale i destinatari dovranno compiere ogni sforzo per conformarsi (*comply*) agli orientamenti e alle raccomandazioni e nel caso in cui un'autorità o un operatore del mercato non intenda adeguarsi dovrà informare ABE entro due mesi dall'emanazione dei relativi atti, fornendo adeguate motivazioni in merito al mancato adeguamento (*explain*).

Inoltre, un potere di *soft law* che funge da incentivo di natura reputazionale e che è rivolto in genere a rafforzare l'efficacia di tali atti è previsto tramite il meccanismo del c.d. *name and shame*. Si tratta di un sistema mediante il quale ABE può pubblicare sul proprio sito web un elenco con l'indicazione dei nomi delle autorità nazionali competenti (ma non degli attori del mercato) che non si sono conformate alle raccomandazioni e agli orientamenti (*name*), in vista di incentivare tali soggetti a adeguarsi agli orientamenti o alle raccomandazioni emanati dall'autorità bancaria per non incorrere nella sanzione reputazionale di essere indicati sul sito di ABE come soggetti inadempienti.

Sul punto si deve notare che è intervenuta la corposa riforma del 2019 sulle ESAs⁸⁹ che ha introdotto i pareri⁹⁰ e le domande e risposte, quali nuovi atti di *soft law* di cui ABE può disporre nell'esercizio dei poteri di indirizzo e orientamento delle autorità nazionali competenti e degli altri attori istituzionali del sistema bancario e finanziario⁹¹.

Nella categoria degli atti di *soft law* si può far rientrare il potere di emanare “pareri” su questioni relative all'area di competenza di ABE. In particolare, con il potere di emanare siffatti pareri, l'autorità bancaria svolge una tipica attività amministrativa di natura consultiva, la quale viene messa a disposizione dei principali organi costituzionali dell'UE

⁸⁹ Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2019. Con riferimento alla riforma del 2019 si v. A. MAGLIARI, *La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2018, 391-443.

⁹⁰ Art. 16-bis, regolamento (UE) 1093/2010.

⁹¹ Art. 16-ter, regolamento (UE) 1093/2010.

(Parlamento, Consiglio e Commissione), in vista di offrire consulenza per la risoluzione di vicende controverse e complesse del settore bancario e finanziario, come avviene per la valutazione prudenziale di fusioni e acquisizioni rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/48/CE e che richiedono consultazioni tra autorità competenti di due o più Stati membri⁹².

Esaminando il nuovo strumento delle domande e risposte, tipico degli ordinamenti di *common law* dove sono indicate con la sigla "Q&A", si può constatare come il potere di *soft law* in questo caso incentivi la più ampia collaborazione fra i vari attori implicati nel mercato bancario e finanziario. In particolare, la norma stabilisce che qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le autorità competenti, le istituzioni e gli organi dell'UE, può avanzare un quesito ad ABE con riguardo all'applicazione pratica o all'attuazione delle disposizioni degli atti legislativi di competenza della medesima autorità bancaria indicati nell'articolo 1, paragrafo 2 del regolamento (UE) 1093/2010⁹³. In tal senso, la disposizione in parola prevede che le risposte siano pubblicate sul sito web di ABE, unitamente alle domande, salvo che la pubblicazione delle medesime si ponga in contrasto con l'interesse del soggetto che le abbia poste o con la stabilità del sistema finanziario. È facoltà di ABE respingere le domande a cui non intende rispondere, ma in questa ipotesi ha l'onere di pubblicare sul suo sito web tali domande per almeno due mesi.

⁹² Va detto che il perimetro su cui l'autorità bancaria europea può fornire attività consulenziale potrebbe ricomprendere anche i casi in cui il Parlamento, il Consiglio o la Commissione richiedano un parere su questioni anche connesse al campo di competenza dell'autorità bancaria europea, incluse le fattispecie in cui vi è bisogno di svolgere una consultazione pubblica o un'indagine di tipo tecnico.

⁹³ Una specifica procedura è prevista nel caso in cui la richiesta provenga da almeno tre membri votanti che siedono nel consiglio dell'autorità di vigilanza, i quali, per affrontare questioni sorte dalla proposizione di una domanda, possono sollecitare l'adozione di orientamenti ai sensi dell'articolo 16 del regolamento (UE) 1093/2010 o richiedere una consulenza al gruppo delle parti interessate di cui all'articolo 37, stesso regolamento, riesaminare le domande e le risposte a intervalli adeguati, effettuare consultazioni pubbliche o analizzare i relativi costi e benefici potenziali. Infine, la nuova disposizione sulle domande e risposte prevede che ABE debba inoltrare alla Commissione le domande che comportano un'interpretazione del diritto dell'UE e conseguentemente pubblicare le risposte fornite sul proprio sito web.

Nei poteri di *soft law* si può far rientrare anche l'attività informativa che l'autorità bancaria europea svolge nei confronti delle ANC e in relazione agli istituti finanziari, in vista di portare a compimento i propri scopi istituzionali. L'attività informativa può essere effettuata anche periodicamente e in tal caso viene curata dalla ANC degli Stati membri con la compilazione di appositi modelli e formulari⁹⁴.

In particolari circostanze, come nel caso di mancanza delle informazioni o ritardo nell'invio delle stesse, ABE può presentare un'istanza debitamente motivata, rispettivamente ad un'altra ANC, al ministero responsabile delle finanze, alla banca centrale nazionale o all'istituto statistico dello Stato membro interessato, i quali si presume possano disporre dei dati in questione⁹⁵.

Va detto che l'autorità bancaria europea nella raccolta delle informazioni potrebbe incontrare alcune limitazioni legali dovute alla normativa sul segreto professionale e agli altri vincoli sulla divulgazione dei dati sensibili relativi agli istituti di credito. Vero è che con la riforma del 2019, il legislatore europeo ha enfatizzato l'importanza della gestione delle informazioni, sancendo una collaborazione fra l'autorità bancaria e il Comitato europeo per la protezione dei dati istituito dal regolamento (UE) 2016/679, anche al fine di evitare duplicazioni, incoerenze e incertezza del diritto nel settore della protezione dei dati⁹⁶.

⁹⁴ Generalmente, molte informazioni sono reperibili grazie all'attività informativa e divulgativa svolta dal SEBC e dal Sistema statistico europeo; sicché ABE si può avvalere di tali banche dati senza ricercare necessariamente le informazioni presso le singole ANC o gli istituti finanziari, anche al fine di evitare duplicazioni degli obblighi informativi che produrrebbero non pochi problemi anche sul versante dell'efficienza dell'azione amministrativa. Inoltre, non è un caso che il regolamento (UE) 1093/2010 preveda una banca dati, accessibile a livello centrale, degli istituti finanziari registrati nell'area di competenza dell'autorità bancaria europea.

⁹⁵ Laddove le informazioni necessarie non possano essere reperite neppure mediante una richiesta ad hoc agli organi appena menzionati, l'autorità può richiedere i dati in questione direttamente agli intermediari bancari interessati, sempre mediante un'istanza debitamente motivata e giustificata. Tuttavia, se intende procedere nel senso di richiedere le informazioni e i dati direttamente all'istituto di credito, ABE dovrà prima informare l'autorità nazionale competente dello Stato membro in cui ha la sede la banca interessata dalla richiesta di informazioni.

⁹⁶ Certamente, l'autorità bancaria europea non può usare le informazioni e i dati riservati ottenuti dagli istituti vigilati per scopi diversi da quelli strettamente necessari a svolgere i compiti previsti dalla normativa comunitaria. Tuttavia, come visto, il

Nel concludere l'analisi sui poteri di *soft law*, un cenno va fatto al potere di sviluppare metodologie comuni per valutare l'effetto delle caratteristiche del prodotto e dei relativi processi di distribuzione sulla situazione finanziaria di un istituto e sulla protezione dei consumatori. È questo un potere di *soft law* che rientra nell'attività di supervisione prudenziale che ABE svolge in vista di emanare gli orientamenti per uniformare e standardizzare le prassi di vigilanza delle autorità nazionali competenti su questioni delicate, come sono quelle della *corporate governance* e della *product governance*.

Si tratta di un argomento di cui ci occuperemo approfonditamente quando discuteremo del potere discrezionale dell'autorità bancaria europea e lo affronteremo analizzando proprio un caso che riguarda la valutazione dei prodotti bancari al dettaglio interconnesso con il tema della *corporate governance* (cfr. paragrafo 7.4).

Ricostruito anche l'assetto degli atti di *soft law*, possiamo trarre alcune preziose indicazioni per sostenere il paradigma della funzionalizzazione di tali poteri ai compiti istituzionali di ABE. A questo scopo, è utile osservare come i poteri di matrice incentivante degli atti di *soft law* si prestano maggiormente rispetto ad altri poteri ad essere modellati per il perseguimento degli obiettivi istituzionali dell'autorità bancaria.

Si pensi al potere conformativo tipicamente associato agli orientamenti e alle raccomandazioni che può essere impiegato con una certa flessibilità in modo da ottenere risultati efficaci sul versante del rispetto delle regole da parte di autorità nazionali e operatori economici, favorendo di conseguenza il buon andamento e l'efficienza del mercato assieme ad una migliore protezione delle sfere individuali.

7. Portata e limiti dei poteri di natura discrezionale di ABE alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia europea.

Quelli appena esaminati sono profili di particolare interesse che inducono ad indagare ulteriormente l'assetto dei poteri dell'autorità bancaria europea nel contesto giuridico dell'UE. Pertanto, partendo

legislatore europeo ha previsto molteplici dispositivi legali per evitare problematiche di questo tipo e al contempo ha stabilito diversi meccanismi per incentivare la cooperazione fra i vari attori istituzionali coinvolti nelle procedure di gestione delle informazioni e dei dati.

dall'analisi sistematica svolta sinora sui poteri di *hard law* e *soft law*, la ricerca sui profili funzionali di ABE prosegue con l'indagine sulla portata e i limiti che tali poteri incontrano nell'ordinamento europeo.

Per tale ragione, nei prossimi paragrafi la ricerca delinea, grazie soprattutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, l'attuale portata e i limiti dei poteri di ABE, prestando particolare attenzione ai profili della discrezionalità nell'uso di quei poteri al fine di verificare la compatibilità con la protezione delle sfere individuali.

Nell'esplorare l'assetto dei poteri dell'autorità bancaria, la nostra ricerca non può non misurarsi, seppure brevemente, con la dottrina europea sui limiti costituzionali alla delega di funzioni a carattere discrezionale in favore delle agenzie amministrative, così come scolpita dalla storica sentenza *Meroni*⁹⁷, resa dalla Corte di giustizia negli anni '50 e tuttora considerata valida ed efficace per la prevalente giurisprudenza comunitaria.

7.1. *La dottrina Meroni sui limiti costituzionali alla delega dei poteri di matrice discrezionale*

La dottrina Meroni costituisce un vero e proprio pilastro dell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto rappresenta uno snodo fondamentale, a livello giurisprudenziale, di gran parte della giurisprudenza dei tribunali europei, successivi alla nota statuizione della Corte di giustizia.

È emblematico osservare come i tribunali dell'UE siano stati sempre disposti a sostenere la delegabilità del potere amministrativo quando tale conferimento sia giustificato dalle circostanze concrete del caso, ma i giudici europei hanno pur sempre agito nel perimetro del ragionamento giuridico tracciato dalla dottrina *Meroni*, dimostrandosi così poco inclini ad allontanarsi dallo schema logico di quella storica sentenza della Corte di giustizia⁹⁸.

⁹⁷ CGUE, 13 giugno 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, C-10-56, 69 ss., ECLI:EU:C:1958:8.

⁹⁸ Tra le tante pronunce conformi alla dottrina *Meroni*, si v. CGUE, 26 maggio 2005, *Tralli c. Banca centrale europea*, C-301/02, dove la Corte ha ritenuto che una delega di potere all'interno degli organi della BCE per decidere le norme relative alla gestione e ai contratti del personale fosse compatibile con il principio *Meroni*.

La causa *Meroni* è risalente alla Comunità europea dell'acciaio e del carbone (CECA), allorché la Corte di giustizia dichiarò invalida la delega di poteri da parte dell'Alta autorità a due organismi di diritto privato, in quanto poteri delegati di tipo esecutivo che non potevano comportare un ampio margine di discrezionalità.

In quel caso, la discrezionalità politica che non poteva essere eliminata dall'esercizio dei poteri veniva definita come la capacità di conciliare scopi diversi sulla base delle circostanze, mentre la delega di poteri, per essere considerata legittima, doveva essere dettagliatamente circoscritta e interamente controllabile da parte dell'istituzione delegante e doveva essere anche soggetta ad un rigoroso sindacato giurisdizionale sulla base di criteri oggettivi fissati dall'autorità delegante.

È interessante notare che, sebbene appartenga ad un lontano passato e si situi in un mutato contesto costituzionale dell'Unione, la dottrina *Meroni* rimane ancora una pietra miliare nell'ordinamento giuridico europeo per ciò che riguarda la delegabilità di poteri alle agenzie e agli altri organi amministrativi europei⁹⁹.

Da questa prospettiva, è utile osservare che i principi stabiliti nella causa *Meroni* sono stati indirettamente rafforzati dall'articolo 290 del TFUE. In particolare, la norma in questione stabilisce che la delega dei poteri alla Commissione è legittima allorché l'atto legislativo definisce gli elementi essenziali del settore.

Dunque, la Commissione non può effettuare scelte politiche discrezionali sotto forma di atti delegati e lo stesso rigore si applica a maggior ragione all'esercizio di poteri analoghi da parte delle agenzie, come emerge anche dai regolamenti che disciplinano le autorità di vigilanza finanziaria.

⁹⁹ Sulla dottrina *Meroni*, si v. M. CHAMON, *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 17, 2010, 281 ss.; P. LINTNER, *De/centralized decision making under the European resolution framework: does Meroni hamper the creation of a European resolution authority?* in *European Business Organization Law Review*, 18, 3, 2017, 591-616.

7.2. *Il caso Romano e il consolidamento della dottrina sulla indelegabilità dei poteri a organi del diritto europeo derivato*

La dottrina *Meroni* è stata successivamente rafforzata e ulteriormente dettagliata dal noto caso *Romano*, deciso dalla Corte di giustizia all'inizio degli anni '80¹⁰⁰.

La sentenza *Romano* e il suo rapporto con il caso *Meroni* continuano a essere tuttora dibattuti nella letteratura accademica¹⁰¹, sicché vale la pena delinearne, seppure per sommi capi, gli assunti principali, precisando sin da subito che con tale caso la Corte ha inteso consolidare la dottrina sulla non delegabilità di poteri di matrice discrezionale a organi diversi da quelli costituzionalmente previsti dai Trattati, ma soltanto previsti dal diritto europeo derivato, come in precedenza statuito nel caso *Meroni*.

In sostanza, nella sentenza *Romano* la Corte ha dichiarato l'incompatibilità con i Trattati dell'Unione dell'autorizzazione all'adozione di atti normativi da parte di organi istituiti attraverso il diritto derivato, come accade per le agenzie amministrative europee e quindi anche per ABE e le altre ESAs.

A tal riguardo, una rilevante questione deriva dal fatto che il ragionamento seguito dalla Corte nel caso *Romano*, che nega forza legale agli atti della Commissione amministrativa istituita ai sensi del Regolamento 1408/71 relativo ai pagamenti della sicurezza sociale, si basa in parte sull'articolo 155 CEE, vale a dire la principale disposizione del Trattato che autorizzava la Commissione a svolgere le proprie funzioni, e in parte sugli articoli 173 e 177 CEE che trattavano del controllo giurisdizionale diretto e indiretto della Corte di giustizia.

Eppure, in che misura il limite all'esercizio dei poteri delegati a organi amministrativi derivi da una combinazione di tali norme, dato che all'epoca non esisteva alcuna disposizione esplicita per il controllo giurisdizionale di un organo come la Commissione amministrativa, non veniva chiarito dalla Corte, gettando più ombre che luci sulla dottrina della (non) delegabilità dei poteri di natura discrezionale agli organi europei differenti dalla Commissione.

¹⁰⁰ CGUE, 14 maggio 1981, *Giuseppe Romano c. Institut National D'Assurance*, C-98/80.

¹⁰¹ Si v. M. CHAMON, *EU Agencies between "Meroni" and "Romano" or the Devil and the Deep Blue Sea*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, 1057-1060.

In virtù dell'assenza di una chiara presa di posizione al riguardo, a nostro modo di vedere la sentenza *Romano* crea non pochi problemi in ordine ai profili di certezza del diritto per le agenzie amministrative chiamate a svolgere le proprie funzioni sulla base della delega dei poteri da parte degli organi istituzionali dell'UE.

7.3. *La sentenza ESMA Short Selling e l'erosione della dottrina sulla non delegabilità dei poteri discrezionali alle ESAs*

Dopo la sentenza *Romano*, sebbene vi siano state altre decisioni della Corte che hanno affrontato direttamente l'argomento della discrezionalità delle agenzie amministrative, non si sono registrate prese di posizione degne di nota rispetto alla dottrina *Meroni*. Va osservato, invece, come in questa evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia in merito all'uso dei poteri di tipo discrezionale da parte delle agenzie europee, un tassello fondamentale è costituito dalla più recente sentenza *ESMA Short Selling* del 2014, resa su di una controversia fra ESMA e il Regno Unito riguardante la latitudine dei poteri di intervento di tale autorità e più in generale delle agenzie amministrative europee.

È soprattutto in questa pronuncia, a nostro modo di vedere, che la Corte di giustizia sembra aprire una breccia alla possibilità di delegare poteri discrezionali agli organi amministrativi, quali le agenzie europee e le ESAs particolarmente, senza incorrere nei rigorosi limiti della dottrina *Meroni* sulla non delegabilità di simili funzioni agli organi non costituzionalmente previsti dai Trattati ma solo dal diritto derivato.

È interessante notare come, nel caso in questione, pur stabilendo che l'uso dei poteri di intervento di natura discrezionale da parte di un'agenzia europea, quale l'ESMA, debba ritenersi circoscritto alle condizioni e ai criteri sostanziali e procedurali della normativa di riferimento, la Corte ha ammesso, seppur in maniera indiretta, la delega di siffatti poteri, purché il loro esercizio da parte dell'autorità amministrativa risulti sufficientemente condizionato. In particolare, secondo la Corte, per essere legittimamente delegati, i poteri discrezionali devono essere esattamente definiti e sottoposti al controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi prefissati dall'autorità

delegante¹⁰², non potendo conferirsi in modo incondizionato ampi poteri di natura non vincolata ad organi diversi dalla Commissione¹⁰³.

Dalla sentenza in questione emerge in modo piuttosto nitido che il potere può essere conferito direttamente ad un'agenzia amministrativa dell'UE. In particolare, nel caso di specie, era stato conferito ad ESMA, tramite un atto legislativo, il regolamento (UE) 236/2012¹⁰⁴, il potere di intervenire in relazione alle vendite allo scoperto di titoli azionari (*short selling*) e ai contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*). Tuttavia, il Regno Unito in qualità di parte ricorrente nella causa in questione ha argomentato l'illegittimità di tale provvedimento alla luce di quattro motivi, tre dei quali, essendo particolarmente significativi ai fini della nostra indagine, li discuteremo in questa sede.

I) In primo luogo, il Regno Unito ha sostenuto che il potere di conferimento diretto di cui all'articolo 28 del regolamento (UE) 263/2012 sulle vendite allo scoperto violava i principi cardine fissati nel caso *Meroni* inerenti alla discrezionalità che può essere concessa alle ESAs. La Corte di giustizia ha tuttavia respinto questa argomentazione, affermando che i poteri esercitati da ESMA, ai sensi dell'articolo 28 del citato regolamento, erano sufficientemente delineati così da non violare i principi contenuti in *Meroni*¹⁰⁵.

¹⁰² CGUE, 22 gennaio 2014, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, C-270/12, par. 53.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 54.

¹⁰⁴ Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012 relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*).

¹⁰⁵ Nell'affermare ciò, in sostanza, la Corte ha tenuto conto di tre fattori: i) gli organismi in questione nella causa *Meroni* erano entità di diritto privato, mentre ESMA, come agenzia amministrativa europea, è a tutti gli effetti un'entità giuridica dell'Unione, istituita cioè direttamente attraverso la legislazione comunitaria; ii) la disposizione contestata non conferiva ad ESMA alcun potere autonomo che andasse oltre i limiti del quadro normativo stabilito dal regolamento di tale autorità; iii) a differenza del caso dei poteri delegati agli organismi interessati nella causa *Meroni*, l'esercizio dei poteri ai sensi dell'articolo 28 del regolamento (UE) 236/2012 era circoscritto da varie condizioni e criteri che limitavano la discrezionalità di ESMA. Tali limiti erano sia sostanziali, attraverso criteri che specificavano nel dettaglio quando ESMA poteva intraprendere l'azione contestata, sia procedurali, specificando gli organi che dovevano essere consultati quando veniva intrapresa tale azione.

II) In secondo luogo, il Regno Unito ha sostenuto che l'attribuzione ad ESMA, ai sensi dell'articolo 28 del Regolamento (UE) 236/2012, dei poteri di adottare quelle misure di portata generale – che nella parte sull'agentificazione abbiamo definito come “quasi-normative” (*cfr.* paragrafo 3) – si pone in contrasto con i principi stabiliti nel caso *Romano*.

La Corte ha respinto tale argomentazione, riconoscendo che ESMA era legittimata, in forza proprio dell'articolo 28 del richiamato regolamento, ad adottare misure quasi-normative di portata generale in circostanze strettamente circoscritte e ha ritenuto che ciò non fosse in contrasto con quanto statuito nella causa *Romano*.

Inoltre, va detto anche che, ad un livello più generale dell'ordinamento dell'UE, il quadro istituzionale europeo dei Trattati, in particolare gli articoli 263, paragrafo 1 e 277 del TFUE, consentono espressamente alle agenzie europee di adottare atti di portata generale. Pertanto, a nostro avviso, non si poteva dedurre dal caso *Romano* che la delega di poteri ad un'agenzia amministrativa come ESMA sia disciplinata da condizioni diverse da quelle stabilite nella sentenza *Meroni*.

III) In terzo luogo, il Regno Unito ha sostenuto che gli articoli 290 e 291 del TFUE riducono i casi in cui i poteri possono essere conferiti alla Commissione e che il Consiglio e il Parlamento europeo non hanno il diritto, ai sensi dei Trattati, di delegare poteri come quelli del caso in esame a un'agenzia dell'UE. Invero, la Corte ha riconosciuto che l'articolo 28 del regolamento (UE) 236/2012 ha conferito il potere non alla Commissione, ma ad un'agenzia dell'UE. Ciò ha imposto alla Corte di decidere se gli articoli 290 e 291 TFUE siano intesi a stabilire un quadro giuridico unico in base al quale determinati poteri delegati ed esecutivi possono essere attribuiti esclusivamente alla Commissione o se il legislatore dell'Unione possa prevedere altri sistemi di delega di tali poteri a organi, uffici o agenzie dell'UE e, tra questi, anche alle ESAs¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La Corte ha osservato che, sebbene i Trattati non contengano disposizioni esplicite che consentano siffatta delega di poteri, alcune norme del Trattato presuppongono l'esistenza di tale possibilità. Le ESAs sono soggette al controllo giurisdizionale attraverso gli articoli 263, 265 e 267 TFUE, che si applicano agli organi, uffici e agenzie dell'UE, cui è stato conferito il potere di adottare misure giuridicamente vincolanti nei confronti di persone fisiche o giuridiche.

Secondo il nostro punto di vista, nel caso di specie il potere discrezionale concesso ad ESMA deve essere contestualizzato all'interno del più ampio quadro normativo sull'integrazione dei mercati finanziari e sulla prevenzione del rischio di contagio finanziario¹⁰⁷.

Nello specifico, ciò può comportare una delega di poteri ad ESMA per l'imposizione di restrizioni temporanee alle vendite allo scoperto di determinati titoli, in vista di prevenire una caduta incontrollata dei prezzi di tali strumenti finanziari. Se è vero che tale conferimento di poteri ad una ESAs non corrisponde alle situazioni previste dagli articoli 290 e 291 TFUE, è altrettanto vero che una simile delega di funzioni esecutive non pregiudica le medesime condizioni previste dalle norme del Trattato¹⁰⁸.

Si può sostenere, dunque, che il ragionamento giuridico seguito dalla Corte di Giustizia con la sentenza *ESMA short selling* segna una storica e decisiva apertura nell'ambito della delega dei poteri esecutivi, rispetto al precedente orientamento cristallizzato nella dottrina *Romano*, adattando le funzioni delle ESAs e pertanto anche di ABE al mutato contesto giuridico dell'ordinamento europeo, in vista di ottenere una maggiore e più efficace integrazione amministrativa nell'Unione¹⁰⁹.

Inoltre, non senza acute critiche da parte della dottrina che ha ravvisato un *vulnus* al principio dell'equilibrio istituzionale¹¹⁰, viene

¹⁰⁷ Per l'analisi dei rapporti bancari e finanziari che emergono dall'integrazione economica europea con specifico riferimento alle fonti normative si v. F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, 13 ss., ma si v. anche ID., *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, ivi, 124 ss.

¹⁰⁸ In tal senso si v. P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., 170-172.

¹⁰⁹ Sull'integrazione amministrativa nel contesto dell'unione bancaria europea, si v. G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003; C. FRANCHINI – E. CHITI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2010; G. VESPERINI – E. CHITI, *The Administrative Architecture of Financial Integration: Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, 2016.

¹¹⁰ Il caso ESMA short selling sui poteri discrezionali delle agenzie amministrative europee ha aperto un vivace dibattito in dottrina, con il sostegno di alcuni e le critiche di altri; queste ultime, come anticipato, sono rivolte soprattutto all'impatto della sentenza ESMA sul principio dell'equilibrio istituzionale nell'ordinamento giuridico dell'UE. Si v. M. CHAMON, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *European*

superata in parte anche la sentenza *Romano*, almeno per quanto riguarda la possibilità di adottare atti quasi-normativi di portata generale da parte di organi e agenzie dell'UE¹¹¹, ampliando così le occasioni di conferire poteri di natura discrezionale alle agenzie europee piuttosto che alla Commissione, quale organo esecutivo costituzionalmente preposto dall'ordinamento giuridico comunitario e diminuendo pertanto la garanzia del controllo democratico del Parlamento e del Consiglio su tale organo.

Eppure, a mio modo di vedere, vi sono almeno due ragioni per considerare in senso favorevole le prese di posizioni della Corte di giustizia nel caso *ESMA*.

In primo luogo, ad *ESMA* è stata riconosciuta una certa discrezionalità nel determinare quando applicare l'articolo 28 del regolamento (UE) 236/2012. Pertanto, non si è ha negata questa possibilità, ma piuttosto si è sottolineato che la discrezionalità è strettamente circoscritta dal punto di vista sostanziale e soggetta a garanzie procedurali, concludendo che era coerente con la dottrina *Meroni*. In particolare, il fatto che il legislatore dell'UE possa delegare direttamente alle agenzie il potere di adottare atti giuridici non solo vincolanti per i destinatari, ma anche vincolanti in generale, può dirsi quindi soggetto all'avvertenza che tale delega alle agenzie è ammissibile solo se l'ambito del potere così delegato resti circoscritto da criteri e condizioni, in modo da garantire che i poteri siano sufficientemente delineati e soggetti a controllo giurisdizionale, preservando, a questo proposito, i principi scolpiti nella decisione *Meroni*.

In secondo luogo, va tenuto conto che il significato e l'applicazione del concetto del principio dell'equilibrio istituzionale dell'UE restano tuttora controversi. Si tratta di un concetto non statico, ma dinamico, nel senso che il significato può cambiare nel tempo e le agenzie amministrative come le ESAs riflettono una scelta consapevole del legislatore dell'UE di creare organi con maggiori poteri rispetto al passato e di limitare la misura in cui la Commissione può interferire con i loro regolamenti.

Law Review, 39, 2014, 380 ss.; C.F. BERGSTRÖM, *Shaping the New System for Delegation of Powers to EU Agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Short Selling)*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 52, 2015, 219.

¹¹¹ P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., 65 e 66.

In definitiva, si può argomentare che, sebbene il potere conferito ad ESMA dall'articolo 28 del citato regolamento sulle vendite allo scoperto non rientri nei limiti degli articoli 290 e 291 del TFUE, tuttavia la decisione del legislatore europeo di conferire direttamente a tale agenzia siffatto potere può essere considerata coerente con la visione generale sul ruolo delle ESAs nello schema del processo decisionale dell'UE¹¹².

Per questa ragione, a noi sembra che il ragionamento giuridico seguito dalla Corte sia coerente con le norme fondamentali dell'UE su cui si basa l'esercizio del potere da parte delle ESAs.

Eppure, non tutto appare ancora nitido in questa delicata materia. Gran parte dei profili restano ancora controversi e irrisolti nel caso ESMA *Short selling* e così riemergono in un'altra cruciale decisione, l'ultima in ordine di tempo, che interessa direttamente proprio l'autorità bancaria europea e di cui ora ci occupiamo in dettaglio.

7.4. A Game of Thrones: *il caso Fédération bancaire française (FBF) e l'ampliamento dei poteri discrezionali di ABE*

«Ciò che è morto non muoia mai». Così esordisce nelle sue poderose conclusioni l'Avvocato generale della Corte di giustizia europea Michal Bobek, ispirandosi al capolavoro *A Game of Thrones* di George R. R. Martin¹¹³ e domandandosi, in altre parole, se ciò che non è mai stato un atto vincolante dell'UE possa essere annullato dalla Corte in sede di rinvio pregiudiziale o se si possa comunque avanzare un'interpretazione vincolante per un atto non vincolante dell'UE¹¹⁴.

Con le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek si apre l'ultima tappa, in ordine di tempo, dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte

¹¹² Pertanto, la Corte ha correttamente concluso che ciò è accettabile, dato che l'autorità dei mercati e degli strumenti finanziari è pur sempre soggetta ad un pertinente controllo giurisdizionale e che il suo potere è sostanzialmente e proceduralmente circoscritto nei modi e nelle forme compatibili con la *rule of law*.

¹¹³ G.R.R. MARTIN, *A Clash of Kings*, Book Two of *A Song of Ice and Fire*, New York, 2011, 180, 181, 392, 397, 407, dove «*What is dead may never die*» (ciò che è morto non muoia mai) è il motto della Casa Greyjoy.

¹¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek presentate il 15 aprile 2021 nella causa c-911/19 *Fédération bancaire française (FBF) contro Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*. ECLI:EU:C:2021:294, 1-35, ma spec. p. 1 dove è richiamato il passo del libro di Martin, «*What is dead may never die*».

di giustizia dell'UE nell'ambito dei poteri discrezionali delle agenzie amministrative europee e che, come anticipato, interessa proprio ABE.

Ciò che diviene davvero interessante ai fini della presente ricerca, come detto, è comprendere il modo di atteggiarsi del potere, di matrice discrezionale, di cui dispone l'autorità bancaria europea; e il caso in questione è ricco di preziosi spunti per la comprensione della portata e dei limiti della discrezionalità di ABE.

Si tratta di una vicenda che, dopo *ESMA short selling*, costituisce un tassello fondamentale per la presente ricerca, giacché fornisce preziose indicazioni in vista di esplorare, nella parte conclusiva, le opportunità, le criticità e i rischi legati all'ampliamento dei poteri di natura discrezionale in favore dell'autorità bancaria europea e di avanzare la nostra tesi sulla funzionalità di quei poteri al perseguimento dell'interesse pubblico inteso qui come la protezione delle sfere individuali.

Quello che esamineremo è dunque un caso di rilevante portata, poiché esplica i suoi effetti su larga scala all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE, travalicando i confini della vicenda da cui è originato e finendo per affrontare profili di cruciale rilevanza per la comprensione dei poteri di ABE e più in generale delle agenzie europee di vigilanza bancaria e finanziaria.

Si tratta di una causa che si compone di vari livelli, ma che qui, come detto, interessa soprattutto per la questione relativa all'ambito delle competenze di ABE e all'esercizio dei suoi poteri discrezionali.

In particolare, il caso in questione ha visto coinvolte come protagoniste la *Fédération bancaire française (FBF)* e l'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)* ed è stato affrontato dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'UE il 15 luglio 2021¹¹⁵. La

¹¹⁵ CGUE (Grande Sezione), 15 luglio 2021, *Fédération bancaire française (FBF) c. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, Causa C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599. Nella dottrina italiana, sul caso FBF, si v. F. ANNUNZIATA, *The Remains of the Day: EU Financial Agencies, Soft Law and the Relics of Meroni (November 19, 2021)*, in *European Banking Institute Working Paper Series 2021* - no. 106, 2021, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3966980>; M. DE BELLIS, *Soft law, agenzie europee e controllo giurisdizionale: le contraddizioni del caso fbf*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, 327 ss. Inoltre, con richiami oltre che al caso *Meroni* anche al caso *Romano*, si v. N. DE ARRIBA SELLIER, *Upholding Romano, eroding Meroni: The ruling of the Court of Justice in FBF, 20 luglio 2021*, in *EU law live*, 11 dicembre 2022.

controversia era sorta dopo che l'autorità bancaria europea aveva pubblicato, nel marzo del 2016, gli orientamenti sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio¹¹⁶, rivolti principalmente alle autorità nazionali competenti¹¹⁷.

Sostanzialmente, gli orientamenti in questione prescrivono i requisiti di *governance* dei prodotti per gli istituti finanziari e di pagamento disciplinati da varie direttive del mercato bancario e finanziario¹¹⁸. Successivamente, nel settembre 2017, l'*Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution* (ACPR), autorità competente francese in materia bancaria e finanziaria si è conformata agli orientamenti, pubblicando un parere sul proprio sito web dove chiariva anche che tali atti di *soft law* si applicavano a tutti gli istituti di credito soggetti alla sua vigilanza.

La *Fédération bancaire française* (FBF), associazione che rappresenta gli interessi dei principali istituti di credito in Francia, ha impugnato il parere dell'ACPR davanti al *Conseil d'État*, massimo organo di giustizia amministrativa francese, chiedendone l'annullamento perché le basi giuridiche sostanziali degli orientamenti controversi non prevedono requisiti per la *governance* dei prodotti, ma tutt'al più della *corporate governance*.

¹¹⁶ Orientamenti del 22 marzo 2016 (EBA/GL/2015/18).

¹¹⁷ Il punto 2 degli orientamenti controversi dispone che tali «orientamenti presentano la posizione dell'ABE in merito alle prassi di vigilanza adeguate all'interno del Sistema europeo di vigilanza finanziaria o alle modalità di applicazione del diritto dell'Unione in un particolare settore. (...) [L]e autorità competenti sono tenute a conformarsi a detti orientamenti integrandoli opportunamente nelle rispettive prassi di vigilanza (per esempio modificando il proprio quadro giuridico o le proprie procedure di vigilanza), anche quando gli orientamenti sono diretti principalmente agli enti».

¹¹⁸ Il punto 5 degli orientamenti controversi chiarisce che tali atti di *soft law* «riguardano la costituzione di dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti sia per i produttori sia per i distributori; essi costituiscono parte integrante della disciplina generale sui requisiti organizzativi e sul sistema dei controlli interni delle imprese». Inoltre, essi «si riferiscono ai processi interni, alle funzioni e alle strategie finalizzati all'elaborazione dei prodotti, alla loro immissione sul mercato e alla loro revisione durante l'intero ciclo di vita». Gli orientamenti prevedono anche «procedure per assicurare che gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche del mercato di riferimento (*target market*) siano soddisfatti». Infine, il punto 5 sottolinea che «gli orientamenti non disciplinano, tuttavia, l'idoneità dei prodotti rispetto ai singoli consumatori».

Il *Conseil d'État*, ragionando su alcuni punti nodali, ha sottoposto alla Corte di giustizia tre questioni della vicenda, che possono essere riassunte nel modo seguente: (i) se gli orientamenti controversi possano essere impugnati con un ricorso di annullamento e se la federazione bancaria francese (FBF) abbia la legittimazione ad agire in tal senso; (ii) in caso negativo, se gli orientamenti possano essere impugnati con un ricorso pregiudiziale e, in caso affermativo, (iii) se ABE abbia ecceduto l'ambito delle sue competenze ai sensi del regolamento (UE) 1093/20103, emanando gli orientamenti controversi.

Sebbene siano di grande interesse, le questioni (i) e (ii) esulano dalla nostra indagine, in quanto riguardano rispettivamente profili di diritto costituzionale l'una e di diritto processuale amministrativo l'altra; sicché ci occuperemo della questione (iii) la quale, affronta alcuni profili problematici per il diritto dell'economia, appare di notevole rilievo per quanto concerne la discussione che stiamo svolgendo sull'ampiezza e i limiti dei poteri discrezionali di ABE.

In primo luogo, va rimarcato il mandato generalmente ampio dell'autorità bancaria europea alla luce della lettura dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (UE) 1093/2010 che, come abbiamo visto in dettaglio nella parte dedicata al quadro legale (*cf.* paragrafo 4), consente a questa agenzia di operare nel contesto dei poteri conferiti dal regolamento istitutivo del 2010 e degli specifici atti legislativi europei. Poi, vanno aggiunte tutte le eventuali decisioni basate sui medesimi atti e di qualsiasi altro provvedimento dell'UE giuridicamente vincolante che conferisca ulteriori compiti all'autorità bancaria.

In sostanza, dunque, si può dire che le disposizioni pertinenti di queste direttive hanno rappresentato le basi giuridiche sostanziali degli orientamenti controversi. Inoltre, va rimarcato che, a mente dell'articolo 1, paragrafo 3 regolamento (UE) 1093/2010, l'autorità bancaria può agire anche nel settore di attività degli enti creditizi, dei conglomerati finanziari, delle imprese di investimento, degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica. Va pure chiarito, sempre sulla base di tale disposizione, che l'autorità bancaria è competente sulle questioni relative alla *governance*, alla revisione contabile e all'informativa finanziaria, purché tali azioni siano necessarie per assicurare l'applicazione effettiva e coerente di tali atti.

Non è insignificante porre una certa enfasi su questi aspetti del diritto positivo, poiché è proprio interpretando le disposizioni poco sopra

richiamate che la Corte ha argomentato la validità degli orientamenti controversi nel caso *FBF*.

La ricostruzione del quadro normativo applicabile ai poteri e alle funzioni di ABE trova poi uno snodo fondamentale nel contesto degli obiettivi generali che tale autorità deve avere di mira nell'emanare gli strumenti di *soft law*, come nel caso dell'adozione degli orientamenti controversi oggetto del caso *FBF*. In effetti, la delineazione dello scenario legale di riferimento ha avuto un ruolo fondamentale nella definizione dell'esito della vicenda in senso favorevole ad una maggiore apertura delle competenze, delle funzioni e soprattutto dei poteri, a carattere discrezionale, dell'autorità bancaria europea.

In particolare, confutando la tesi dell'Avvocato generale Bobek, secondo il quale gli orientamenti controversi non rientrerebbero, nel loro complesso, nel campo di applicazione degli atti legislativi di cui al regolamento (UE) 1093/2010 o di quelli che conferiscono compiti specifici, la Corte ha stabilito che la legittimità ad emanare gli atti di *soft law* debba essere valutata soprattutto alla luce del contesto normativo generale in cui poteri e funzioni sono esercitati, piuttosto che (solo) sulla base delle specifiche regole previste dagli orientamenti controversi¹¹⁹.

La tesi della Corte ha dunque disatteso l'eloquente posizione assunta dall'Avvocato generale Bobek, il quale si era schierato con la Commissione europea e contro l'autorità di vigilanza francese (ACPR), sostenendo che ABE aveva oltrepassato i confini legali per l'esercizio dei suoi poteri¹²⁰.

¹¹⁹ Se si esaminano gli orientamenti controversi, si può notare come questi suggeriscono ai produttori di identificare i mercati di riferimento e di garantire che i prodotti bancari siano adeguati a tali mercati (Orientamento dell'ABE, n. 3). Inoltre, gli orientamenti consigliano di eseguire appositi test al fine di determinare in che modo i prodotti influirebbero sui consumatori nei vari contesti di mercato (Orientamento dell'ABE, n. 4). I produttori dovrebbero altresì scegliere i distributori appropriati in base allo specifico mercato di riferimento e informare quest'ultimi circa le caratteristiche e i rischi del prodotto per i consumatori (Orientamenti dell'ABE, nn. 7-8.). Di conseguenza, anche i distributori di prodotti bancari dovrebbero informare i consumatori sulle principali caratteristiche dei prodotti in questione e dei loro rischi (Orientamento dell'ABE, n. 12).

¹²⁰ Su cui si v. M. ELIANTONIO, *Of life, death, resurrection, and legal zombies: Advocate General Bobek's Opinion in Fédération bancaire française*, in *EU law live*, 21 aprile 2021. È utile osservare che l'Avvocato generale Bobek, nell'argomentare la

È di estrema rilevanza osservare che, nell'affrontare indirettamente il problema della *product governance* rispetto alla *corporate governance* enfatizzata dall'Avvocato generale, la Corte di giustizia abbia fatto leva sull'argomento teleologico, evidenziando lo scopo ultimo del potere di *soft law* dell'autorità bancaria in quello di garantire un'applicazione uniforme e coerente del diritto dell'UE.

Si tratta di un profilo fondamentale per la nostra indagine sull'ampliamento dei poteri di matrice discrezionale di ABE nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Non è un caso che, nell'argomentare l'intensificazione dei poteri, la Corte abbia considerato l'articolo 1, paragrafo 3, del regolamento (UE) 1093/2010, un vero e proprio *deus ex machina*¹²¹, ritenendo che ABE possa adottare i suoi poteri di *soft law* anche in materie diverse da quelle coperte dagli atti legislativi espressamente previsti dal regolamento (UE) 1093/2010.

Il ragionamento seguito dalla Corte sul punto può essere sintetizzato così: se non vi è una chiara base giuridica che consente in modo espresso di esercitare i poteri nella materia oggetto degli orientamenti controversi, va detto anche che non vi è alcuna disposizione del regolamento (UE) 1093/2010 (o di altra norma dell'UE) che impedisce ad ABE di esercitare i propri poteri nell'ambito della *product governance*.

In linea teorica, dunque, l'autorità bancaria europea sarebbe legittimata ad emanare gli orientamenti o gli altri atti di *soft law* nell'ambito della *governance* dei prodotti bancari al dettaglio, purché le misure in questione servano ad assicurare una applicazione effettiva e coerente delle regole di tale settore.

Con il caso *FBF* si chiude la parte dell'indagine dedicata all'analisi critica degli orientamenti più (*ESMA, FBF*) e meno (*Meroni, Romano*) recenti della giurisprudenza della Corte di giustizia sui poteri

sua tesi circa l'illegittimità degli orientamenti, ha sostenuto la discrepanza tra l'oggetto degli orientamenti controversi e i presupposti giuridici sostanziali su cui si basano tali atti di *soft law*. Nello specifico, aderendo alla tesi della federazione bancaria francese ricorrente (*FBF*), l'Avvocato generale ha contestato gli orientamenti poiché non si riferirebbero alla *corporate governance*, ma piuttosto alla *product governance*, materia che, alla luce dell'attuale legislazione UE e del regolamento 1093/2010, non ricade nell'ambito di competenza dell'autorità bancaria europea.

¹²¹ M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, *FBF: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies*, in *Eu. Const.*, 18, 2022, 286 ss., ma sul punto 298-299.

discrezionali delle ESAs e, per quanto ci riguarda, sull'autorità bancaria europea.

Nella parte conclusiva della ricerca, focalizzeremo la nostra attenzione sulle opportunità, le criticità e i rischi che emergono dall'ampliamento dei poteri di matrice discrezionale di ABE. L'analisi che svolgeremo si pone peraltro a conclusione della parte della ricerca dedicata ai profili funzionali dell'autorità bancaria europea.

Questa indagine a noi è parsa fondamentale per il fatto che, nonostante i tanti progressi compiuti in questo cruciale settore dell'ordinamento comunitario da parte della dottrina e della giurisprudenza europee, una sistematizzazione e una razionalizzazione del potere amministrativo continua a mancare, soprattutto per quanto concerne l'uso del potere di natura discrezionale di ABE nel sistema bancario e finanziario europeo.

Nella parte conclusiva della presente ricerca, raccogliendo quanto seminato nel corso dell'indagine e offrendo alcune soluzioni operative, proponiamo una diversa lettura sull'uso e sull'ampliamento dei poteri di matrice discrezionale di ABE attraverso la tesi del vincolo funzionale al perseguimento del pubblico interesse, inteso come protezione delle sfere individuali coinvolte nei processi economici del mercato bancario e finanziario europeo.

8. Conclusioni: poteri discrezionali e perseguimento dell'interesse pubblico come protezione delle sfere individuali

Se si tiene presente l'analisi empirica sul lavoro svolto da ABE, a poco più di dieci anni dalla sua istituzione nell'ambito della ristrutturazione della *governance* bancaria dell'UE dovuta alla crisi finanziaria del 2008, si possono individuare almeno tre aspetti di sicuro interesse per trarre argomentazioni utili a sostenere la nostra tesi sulla funzionalità dei poteri di matrice discrezionale al perseguimento del pubblico interesse.

Un primo profilo riguarda la crescente credibilità e la capacità di regolazione che tale agenzia ha saputo offrire in questo periodo, denotando quindi una efficace propensione a prestare tutela alle prerogative e ai diritti dei soggetti privati coinvolti nei processi di mercato del settore bancario e finanziario.

Un secondo aspetto mostra come tale autorità sia diventata sempre più “imprenditoriale” e “opportunistica”, offrendo soluzioni flessibili alle varie problematiche del mercato bancario e divenendo sempre più attenta alle esigenze dei vari interessi privati in gioco nei processi economici.

Infine, un terzo profilo più generale mostra come ABE sia un organo amministrativo *ad hoc* per affrontare le criticità e le fragilità della *governance* bancaria e gestire con una certa flessibilità le emergenze in tale settore¹²², divenendo così un punto di riferimento per le autorità nazionali e di conseguenza anche per gli enti creditizi, i depositanti, gli investitori e tutti gli altri soggetti privati che a vario titolo sono coinvolti nei processi economici del settore bancario e finanziario.

Nondimeno, nell’adempiere il suo mandato come agenzia amministrativa, essa pone alcune rilevanti sfide all’originario assetto della *governance* bancaria, così come era stato concepito dal regolamento istitutivo di questa autorità.

Una delle sfide più delicate è rappresentata dall’uso del potere di matrice discrezionale nello svolgimento dei compiti di regolazione e supervisione degli intermediari bancari. In particolare, l’uso del potere discrezionale da parte di questa autorità può far sorgere dei problemi di non poco conto sul versante della legittimità dell’azione amministrativa, specie alla luce delle influenze extralegali e soprattutto di natura politica cui l’autorità bancaria sarebbe soggetta (*cfr.* paragrafo 3)¹²³.

Un problema cruciale legato all’uso di simili poteri sta nel fatto che, dovendo effettuare una ponderazione degli interessi ogni volta che viene effettuata una valutazione discrezionale, la decisione di ABE può produrre effetti redistributivi sotto forma di oneri per i contribuenti. È evidente che tali effetti non sono coperti da una legittimazione politica, in quanto provengono da un’autorità che è congenitamente priva di questa caratteristica (*cfr.* paragrafo 3).

¹²² Su questi aspetti, si v. N. MOLONEY, *The European Supervisory Authorities and Discretion*, cit., 85; ID., *EU Financial Governance after Brexit: The Rise of Technocracy and the Absorption of the UK’s Withdrawal*, in K. ALEXANDER *et al.* (eds), *Brexit and Financial Services. Law and Policy*, London, 2018.

¹²³ Per un’analisi comparata sui regimi di legittimità e responsabilità dei regolatori finanziari, si v. P. IGLESIAS RODRIGUES, *The Accountability of Financial Regulators: A European and International Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2014.

Vero è che ABE è stata disegnata per raggiungere gli obiettivi senza l'influenza della sfera politica¹²⁴, stante la sua natura tecnica di autorità di regolazione e supervisione del mercato bancario e finanziario (*cf.* paragrafo 4)¹²⁵. Tuttavia, man mano che ha maturato esperienza, l'autorità bancaria europea si è allontanata dalla missione originaria prevista dal regolamento istitutivo, aprendo un sentiero nuovo che prevede l'uso dei poteri discrezionali e l'adozione di decisioni che implicano una ponderazione degli interessi in gioco, mettendo così in discussione la sua legittimazione di organo esclusivamente di tipo tecnico (*cf.* paragrafi 7.3 e 7.4.)¹²⁶.

È questo, a mio avviso, un nodo cruciale. Infatti, sebbene sia spesso chiamata a bilanciare i diversi interessi nei casi concreti, fatto questo che importa implicazioni di non poco conto sul versante economico degli effetti redistributivi delle decisioni prese da questa autorità, ABE non è tuttavia soggetta a un controllo diretto di natura politica da parte delle istituzioni elette (*cf.* paragrafo 7.1), ponendo dunque una sfida per la democrazia rappresentativa (*cf.* paragrafo 7.2).

D'altra parte, questa dimensione risponde evidentemente alla logica delle agenzie amministrative quali istituzioni tecnocratiche e burocratiche, dotate di un'autorità pubblica specializzata, ma non gestite da funzionari eletti, né tantomeno la loro attività come autorità pubbliche è direttamente legittimata dagli attori rappresentativi (*cf.* paragrafo 2).

Si potrebbe pensare di porre argine a tale problema attraverso la sottoposizione dei poteri di natura discrezionale di ABE al principio di legalità (*rule of law*). Nel corso dell'indagine abbiamo visto come siano molteplici i vincoli legali che l'autorità bancaria deve rispettare per operare legittimamente nell'ordinamento dell'UE (*cf.* paragrafo 4)¹²⁷.

¹²⁴ Sulla natura del ruolo delle ESAs, si v. B. RITTBERGER, A. WONKA, *Introduction: Agency Governance in the European Union*, in *Journ. Eur. Public Policy*, 18, 2011, 780 ss.

¹²⁵ Sulla necessità delle amministrazioni tecniche per la *governance* dell'UE, si v. G. MAJONE., *Regulating Europe*, Londra, 1996.

¹²⁶ Sulla legittimazione come presupposto legale connotato da una natura politica e sociale, si v. J. BLACK, *Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes*, in *LSE Law Society and Economy Working Papers* 2/2008.

¹²⁷ Nel contesto dei poteri amministrativi di regolazione, si v. P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundation and Challenge*, Oxford, 2016, 679 ss.;

Tuttavia, questi potrebbero essere insufficienti o comunque inefficaci, per questo motivo proponiamo alcuni specifici rimedi per sistematizzare e razionalizzare l'uso della discrezionalità di ABE¹²⁸.

Da un lato, data la portata della delega ad ABE nel settore bancario si può pensare come i principali vincoli di legittimazione imposti all'uso dei suoi poteri discrezionali siano quelli previsti *ex ante* a livello della struttura legislativa con mandati definiti e funzioni specificate dal regolatore europeo. Dall'altro, l'implementazione di meccanismi procedurali di responsabilità *ex post* può fornire un mezzo per controllare l'esercizio dei poteri discrezionali e valutare anche come essi vengono esercitati da parte dell'autorità.

In effetti, si possono prevedere specifici strumenti di legittimazione sotto forma di mandati legislativi dettagliati e ulteriori metodi di definizione dei poteri e delle condizioni esecutive, concepiti per delimitare lo spazio giuridico all'interno del quale l'autorità bancaria europea può operare per raggiungere gli obiettivi prefissati, lasciando in ogni caso un certo margine di libertà funzionale, al solo fine di adempiere nella maniera più efficace possibile al compito di tutelare i diritti e le sfere individuali dei soggetti implicati nel mercato. Gli strumenti in questione includono i requisiti procedurali di valutazione dell'impatto dell'azione amministrativa e i relativi requisiti di raccolta e analisi dei dati, nonché gli obblighi di consultazione che si applicano in particolare alle attività di regolazione.

Su questo punto i dati del diritto positivo europeo offrono un chiaro indirizzo, prevedendo che l'autorità bancaria (ma la stessa cosa vale per le altre ESAs) sia tenuta, in base al regolamento istitutivo e su mandato della Commissione europea, ad effettuare specifiche valutazioni di impatto dell'attività quando elabora i progetti delle norme di regolazione e attuazione, nonché degli orientamenti e delle raccomandazioni.

Inoltre, tra i dispositivi di legittimazione comunemente utilizzati vi sono i meccanismi di responsabilità che, razionalizzando e sistematizzando il potere amministrativo, strutturano lo spazio entro il

E. CHITI, *Is EU Administrative Law Failing in Some of its Crucial Tasks*, in *Eur. Law Jour.*, 576, 2016, 590 ss.

¹²⁸ Per un'analisi dei limiti legali e politici delle agenzie amministrative europee e per le possibili soluzioni, si v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., 168-174.

quale la discrezionalità può essere legittimamente esercitata e che quindi obbligano l'autorità a rendere conto delle proprie azioni.

Tuttavia, siamo consapevoli che la sottoposizione del potere discrezionale al principio di legalità e la sua sistematizzazione alle regole del diritto potrebbero non essere di per sé sufficienti. In effetti, vincoli e regimi legali possono subire un ridimensionamento a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali. Da ciò non è esente ABE, che, sebbene concepita per svolgere funzioni di natura tecnica e orientate all'efficienza nel mercato bancario, è chiamata a svolgere valutazioni discrezionali, anche in vista di raggiungere i propri obiettivi istituzionali (*cf.* paragrafo 7.4)¹²⁹.

Nondimeno, va tenuto conto che quanto più complesso e soggetto all'incertezza è il settore dell'economia in cui opera un'agenzia, tanto maggiore sarà la necessità di discrezionalità di cui tale autorità avrà bisogno per svolgere in modo efficace il suo ruolo (*cf.* paragrafo 7.4.).

Sicché risulterebbe difficile, per non dire impossibile confinare l'attività di ABE alle sole decisioni tecniche. Scelte discrezionali, con implicazioni normative e politiche, potrebbero inevitabilmente emergere nello svolgimento dei vari compiti affidati all'autorità bancaria europea.

Sostanzialmente, l'uso di dispositivi di controllo della discrezionalità e la relativa fiducia nella tecnocrazia che essi implicano nel contesto della regolazione bancaria e finanziaria non sono privi di criticità. Al di là delle ben note difficoltà che si incontrano nell'isolare le decisioni tecniche dalle implicazioni politiche, deve tenersi presente che la regolazione bancaria e finanziaria non è una scienza esatta e che i regolatori operano spesso in condizioni di significativa incertezza e contingenza.

Sebbene la qualità della regolazione sia notevolmente migliorata grazie al costante supporto della ricerca empirica, i dati rimangono incompleti, gli indicatori di *stress* del mercato possono essere poco chiari e i *rule-makers* spesso faticano a identificare quali cambiamenti comportamentali siano necessari e come essi possano essere adottati efficacemente.

¹²⁹ D. CURTIN, *Delegation to EU Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, in D. GERADIN – N. PETIT (eds), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance?*, Londra, 2005, 88 ss.

Una soluzione, come si è argomentato nella presente ricerca, potrebbe risiedere allora nella funzionalizzazione del potere discrezionale assegnato dall'ordinamento giuridico ad ABE al perseguimento dell'interesse pubblico.

Di fronte ai rischi che l'uso di poteri di matrice discrezionale importa e che, come abbiamo visto, si sostanziano nella perdita della legittimazione democratica delle scelte compiute da ABE a noi è parso convincente avanzare la tesi della funzionalizzazione di quei poteri al perseguimento dell'interesse pubblico¹³⁰, il quale, come si è argomentato in questa ricerca, si sostanzia nella protezione dei diritti individuali dei consumatori, dei depositanti e degli altri soggetti privati a vario titolo coinvolti nei processi economici del mercato bancario e finanziario.

L'argomentazione da noi proposta trova un riferimento importante nel dato del diritto positivo europeo e precisamente nello stesso regolamento istitutivo di ABE, ossia il Regolamento (UE) 1093/2010, che all'articolo 1, paragrafo 5, stabilisce come lo scopo principale

¹³⁰ La tesi trova un valido riferimento nella letteratura giuridica che si è occupata della funzionalizzazione del potere pubblico di matrice discrezionale alla salvaguardia dei diritti delle persone. Si v. almeno gli scritti più significativi, fra cui G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, 3 ss.; ID., *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, 101 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, vol. II, 485 ss.; ID., *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA – L. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, Padova, 1999, 180 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807, poi in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3223 ss.; ID., *Il ruolo dell'Amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, XXXIV, 1987, 277 ss.; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993, Milano, 1995; L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 119-158; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61-130; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.

dell'autorità bancaria sia quello di «proteggere l'interesse pubblico», specificando subito dopo come tale protezione debba essere garantita «a beneficio dell'economia dell'Unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese». Dunque, protezione dell'interesse pubblico che può essere intesa come funzionalizzata alla tutela delle sfere individuali («cittadini»), degli attori del mercato («imprese») e più in generale della collettività («economia dell'Unione»).

Funzionalizzare il potere di matrice discrezionale al perseguimento degli interessi dei privati e specialmente alla salvaguardia delle prerogative e dei diritti individuali costituisce a mio modo di vedere un efficace argomento anche alla luce del recente orientamento della Corte di giustizia europea nei casi *ESMA* (cfr. paragrafo 7.3) e *FBF* (cfr. paragrafo 7.4) a favore di un uso legittimo della discrezionalità delle agenzie e di ABE in particolare nel settore bancario e finanziario.

Non a caso, sul versante del diritto positivo, rispetto alla dottrina *Meroni* (cfr. paragrafo 7.1) e *Romano* (cfr. paragrafo 7.2) si può argomentare una posizione di apertura nei confronti dei poteri discrezionali, riferendosi alle disposizioni del regolamento (UE) 1093/2010 che demandano all'autorità bancaria il compito di contribuire all'elaborazione di norme e prassi comuni di regolamentazione e vigilanza di elevata qualità nel contesto del SEVIF, mediante la redazione di orientamenti e raccomandazioni¹³¹.

È significativo, sempre sul versante del diritto europeo, anche il richiamo alla regola generale a mente della quale ABE può esercitare «tutti i poteri di cui dispone» al fine di raggiungere i suoi obiettivi istituzionali¹³².

In effetti, sempre da una prospettiva di diritto positivo, se si guarda l'ambito di competenza di ABE, si può notare come questo non sia rigido e immutabile, ma viceversa possa considerarsi flessibile e mutevole a seconda dello spettro d'azione dell'autorità, determinato sulla base dell'interpretazione teleologica del regolamento (UE) 1093/2010, il quale, come visto, contiene riferimenti incrociati a un elenco aperto di ulteriori atti legislativi dell'UE nel settore del diritto bancario (cfr. paragrafo 5). Per cui il legame tra la produzione normativa dell'autorità bancaria europea e l'ambito di applicazione

¹³¹ Regolamento (UE) 1093/2010, art. 8, par. 1, lett. a).

¹³² Ivi, art. 8, par. 1, lett. j).

dello stesso regolamento (UE) 1093/2010 potrebbe effettivamente essere interpretato in modo ampio e funzionale, purché risulti sempre preordinato all'obiettivo istituzionale di tutela delle sfere individuali.

Inoltre, se si tiene presente il ruolo cardine che rivestono gli atti di *soft law* per l'esercizio delle principali funzioni di competenza di ABE, si comprende allora l'utilità dell'elemento finalistico del perseguimento del pubblico interesse e particolarmente della funzionalizzazione del potere discrezionale di questa agenzia alla tutela dei diritti.

In altri termini, a noi sembra che tale vincolo funzionale possa bene rappresentare il parametro di riferimento dell'azione dell'autorità pubblica quando agisce mediante i poteri conformativi e persuasivi sulle autorità nazionali e sugli altri attori economici del mercato bancario e finanziario. A questo riguardo, come abbiamo visto nella parte dedicata ai poteri di *soft law* (*cf.* paragrafo 6.2), raccomandazioni e orientamenti sono emanati da ABE in vista di incentivare le autorità nazionali competenti e gli istituti finanziari a conformarsi alle disposizioni contenute in tali atti (*comply*), dovendo in caso contrario fornire le ragioni del dissenso rispetto alle prescrizioni dell'autorità bancaria (*explain*).

In un simile contesto, è utile notare che i poteri di *soft law* possono essere dispiegati dall'autorità bancaria europea per raggiungere l'obiettivo generale dell'armonizzazione della regolazione e omogeneizzazione delle prassi di vigilanza a beneficio non solo degli stessi soggetti regolati, ma anche dei soggetti privati che operano nei mercati di riferimento. A tal riguardo, va detto che tra i poteri conferiti ad ABE vi è quello di concorrere all'implementazione uniforme degli atti giuridicamente vincolanti dell'UE¹³³ e quello di promuovere la tutela di depositanti e investitori¹³⁴, supportando una cultura comune della vigilanza prudenziale e garantendo l'applicazione uniforme, efficiente ed efficace di tutti gli atti di sua competenza, relativi agli enti creditizi e agli istituti finanziari, nonché alle autorità nazionali di supervisione¹³⁵. Inoltre, va pure rimarcato che ABE favorisce la convergenza in materia di vigilanza ed effettua analisi economiche dei

¹³³ Ivi, art. 8, par. 1, lett. *b*).

¹³⁴ Ivi, art. 8, par. 1, lett. *h*).

¹³⁵ Ivi, art. 1, par. 5.

mercati per promuovere il raggiungimento dei suoi obiettivi istituzionali¹³⁶.

Si tratta, invero, di compiti istituzionali che mettono in risalto il ruolo di ABE quale agenzia amministrativa deputata a garantire i diritti e tutelare le sfere individuali dei privati che a vario titolo possono essere implicati nei processi economici. Una missione questa che include anche l'impegno ad approntare un'adeguata regolamentazione e vigilanza per la gestione efficace del rischio di credito e degli altri rischi sistemici del mercato in vista di migliorare la protezione dei consumatori e dei clienti. In fondo, va enfatizzato come l'impiego di poteri più ampi e flessibili serva all'autorità bancaria per assicurare, da un lato, l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'UE e, dall'altro, per tutelare gli interessi dei depositanti e degli investitori mediante un adeguato inquadramento dell'assunzione di rischi finanziari.

Secondo la tesi qui proposta, dunque, il punto fondamentale non è soltanto quello di verificare se ABE esercitando il potere discrezionale abbia rispettato o meno il principio di legalità (*rule of law*), quanto piuttosto il modo in cui quel potere venga esercitato dall'autorità bancaria europea. In altre parole, risulta essenziale comprendere, anche in sede di revisione giudiziaria delle sue decisioni, se il potere discrezionale sia funzionale oppure no all'assolvimento dei diritti e alla salvaguardia delle sfere individuali.

L'argomentazione qui avanzata tiene conto anche delle possibili ricadute negative e delle derive che l'uso del potere discrezionale può avere laddove non venga esercitato dall'autorità bancaria europea in conformità all'obiettivo istituzionale del perseguimento del pubblico interesse.

Una ragione fondamentale risiederebbe nel fatto che, ampliare i poteri discrezionali (e la competenza) di ABE, così come osservato nel recente orientamento della Corte di giustizia europea nel caso *FBF* (cfr. paragrafo 7.4) e prima ancora nel caso *ESMA* (cfr. paragrafo 7.3), senza vincolare l'uso di tali poteri alla protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nei processi economici del mercato, porterebbe ad ampliare in modo considerevole la discrezionalità di ABE per scopi che potrebbero non necessariamente essere compatibili con il

¹³⁶ *Ibid.*

perseguimento del pubblico interesse per come definito in questa sede. Si pensi, per fare un solo esempio, a tutte le ipotesi in cui il regolatore e nel nostro caso ABE sia “catturato” dagli interessi “forti” del mercato¹³⁷ e quindi sia portato ad assecondare interessi di parte che si pongono in contrasto con l’interesse pubblico e il benessere della collettività¹³⁸.

Infine, è significativo osservare che, a differenza dei poteri giuridicamente vincolanti di *hard law* (cfr. paragrafo 6.1) il quadro normativo stabilito dal legislatore dell’UE non prevede specifiche condizioni per l’adozione dei poteri di *soft law* da parte di ABE. Circostanza questa che metterebbe a repentaglio i requisiti minimi stabiliti in precedenza nel caso *ESMA* per l’ampliamento dei poteri discrezionali delle agenzie amministrative senza un’adeguata copertura politica (cfr. paragrafo 7.3) e che ha già determinato una rottura con il passato e particolarmente con le dottrine *Meroni* (cfr. paragrafo 7.1) e *Romano* (cfr. paragrafo 7.2), aprendo una breccia alla delegabilità di poteri discrezionali a organi diversi da quelli previsti costituzionalmente dai Trattati.

Si tratta di un aspetto che, evidentemente, renderebbe ancora più importante, alla luce dell’erosione delle dottrine *Meroni* e *Romano* prima ed *ESMA* poi, il rispetto del vincolo finalistico della protezione dei diritti e delle prerogative individuali dei soggetti coinvolti a vario titolo nei processi economici del mercato bancario e finanziario europeo.

¹³⁷ Sul fenomeno della cattura del regolatore è fondamentale G.J STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 2, 1, 1971, 3-21; ID., *Public Regulation of The Securities Markets*, in *The Journal of Business*, 1964, 117-142.

¹³⁸ Per questa tesi e per ulteriori approfondimenti, sia consentito il rinvio a D. VESE, *Stato, Mercato Nomos, Ripensando al ruolo dell’amministrazione nel sistema globale di produzione*, in *PA Persona e Amministrazione: Ricerche Giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia*, 1, 2020, 453-476.