

NΟΜΟΣ ΒΑΣΙΛΕΥΣ

LA NEWSLETTER DEL SERVIZIO CONSULENZA LEGALE



In questo numero

**GIURISPRUDENZA
DELLE
COMMISSIONI DI
RICORSO DELLE
AGENZIE
FINANZIARIE
EUROPEE**

**CORTE COST.
AUSTRIACA SU
RESPONSABILITÀ
FMA**

**QUESTIONI
PREGIUDIZIALI SU
SANZIONI
PARAPENALI**

**CRD VI SU
INDIPENDENZA
AUTORITÀ DI
VIGILANZA**

Questioni di diritto euro-unitario di (maggiore o minore) interesse per le banche nella più recente “giurisprudenza” delle commissioni di ricorso delle agenzie europee con competenza in materia finanziaria (Board of Appeal ESAs e Appeal Panel SRB)

Siamo lieti di ospitare in questo numero una sintesi della relazione del prof. Marco Lamandini, ordinario di diritto commerciale presso l'Università di Bologna nonché ex presidente del Board of Appeal delle ESAs e membro dell'Appeal Panel del SRB, sul tema “L'esperienza del Board of Appeal ESAs e dell'Appeal Panel SRB nella prospettiva delle autorità nazionali: prime indicazioni”, oggetto del webinar dello scorso 3 marzo, organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia e aperto alle Avvocature dell'IVASS e della Consob.

SEGUE...

On the Austrian public liability scheme for unlawful financial market supervision, the statutory exclusion of depositors' and other creditors' claims and the constitutionality of this regime. Annotation of VfGH, 16 December 2021, G 224/2021 and others

by Paul Weismann, Associate Professor at University of Salzburg

The Austrian Constitutional Court (VfGH) has recently decided on the constitutionality of a provision in Austrian financial market supervisory law, according to which the Federation can be held liable only for damages directly caused to bodies subject to (wrongful) supervision. Thus, the damages of depositors and other creditors are excluded from compensation. The legislator introduced this restriction in 2008 in the wake of the great financial crisis in order to counter the more allowing case law of the Austrian Supreme Court. The VfGH holds that the legislator has thereby specified the protection purpose of financial market supervisory law. It rejects all pleas of unconstitutionality. **SEGUE...**



Sanzioni “parapenali” in materia di pratiche commerciali scorrette e violazione del ne bis in idem: la parola alla Corte di Giustizia (Consiglio di Stato, ord. 7.1.2022, n. 68)

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di Giustizia, ex art. 267 TFEU, l'interpretazione delle norme sanzionatorie della direttiva 2005/29 in tema di pratiche commerciali scorrette. L'impugnazione di una sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, relativa a condotte già oggetto di sanzione penale definitiva in altro Stato membro, è l'occasione per interrogare la Corte europea sulla natura, sostanzialmente penale o meno, delle sanzioni in parola, nonché sull'applicazione del principio del ne bis in idem in caso di adozione di concorrenti sanzioni, per gli stessi fatti, da parte di Autorità di Stati membri diversi. **SEGUE...**

L'indipendenza delle Autorità di vigilanza: l'ultima proposta della Commissione europea

L'indipendenza delle Autorità di vigilanza è da tempo considerata una questione centrale. Sul punto si segnala, da ultimo, l'ipotesi di intervento prospettata dalla Commissione europea il 27 ottobre 2021, nell'ambito di una più ampia proposta di revisione della Direttiva 2013/36/EU. In sintesi la nuova disposizione, dal contenuto incisivo e operativo, richiederebbe agli Stati membri di assicurare alle Autorità competenti per la vigilanza prudenziale la possibilità di agire al riparo da qualsiasi influenza da parte della politica o degli enti vigilati. Verrebbe poi introdotta una disciplina armonizzata del “cooling off period”: si tratta del periodo nel quale, una volta cessati dall'incarico, i membri degli organi di vertice e il personale della Autorità di vigilanza hanno il divieto di ricoprire incarichi presso soggetti vigilati. Questo istituto, contribuendo ad accrescere la distanza tra l'Autorità e il mercato regolato, costituisce infatti una leva fondamentale per una piena ed effettiva indipendenza nello svolgimento dell'attività di vigilanza.

SEGUE...



Comitato di redazione: Raffaele D'Ambrosio, Giovanni Lupi, Donato Messineo, Stefano Montemaggi, Francesca Chiarelli, Matteo Passeri.

Hanno partecipato a questo numero: Marco Lamandini, Paul Weismann, Michele Cossa, Enrica Consigliere, Maria Elisabetta Rizzica, Giulia Alesiani.

La newsletter “Nomos Basileus” riflette esclusivamente le opinioni di coloro i quali hanno contribuito alla redazione dei suoi contenuti e non intende, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia. Il presente numero della Newsletter è destinato alla sola circolazione interna.

Questioni di diritto euro-unitario di (maggiore o minore) interesse per le banche nella più recente “giurisprudenza” delle commissioni di ricorso delle agenzie europee con competenza in materia finanziaria (Board of Appeal ESAs e Appeal Panel SRB)

di Marco Lamandini

[...SEGUE] 1. Collocazione istituzionale, competenze, regole di funzionamento e prospettive di medio e lungo termine delle commissioni di ricorso delle agenzie europee in materia finanziaria sono questioni (certo non centrali, ma comunque) non prive di interesse nel contesto del diritto bancario dell’Unione. E, a ben vedere, si tratta di questioni, che stanno progressivamente guadagnando attenzione sia in sede scientifica e istituzionale sia nell’esperienza applicativa, anche in prospettiva contenziosa avanti alla Corte di Giustizia[1]. Come sempre i “nodi” di indagine più interessanti sono quelli che attengono ai temi di “vertice”, ad esempio (i) alla natura “quasi giurisdizionale” della funzione delle commissioni amministrative di ricorso, (ii) al loro collocarsi in una posizione che è non solo di terzietà e indipendenza sostanziale dagli organi decisionali delle agenzie, ma anche diversa da ciò che la Corte di Giustizia descrive (per altri Board of Appeal, ad esempio quello EUIPO) come di “continuità funzionale” con gli organi decisionali dell’agenzia (con importanti ripercussioni sulla natura del loro riesame), (iii) al loro ruolo di filtro rispetto ai procedimenti contenziosi avanti alla Corte di Giustizia (ora riconosciuto con particolare valenza da una recente riforma dello statuto della Corte del 2019[2], che tuttavia incongruamente vale per altri Board of Appeal ma non per questi, evidentemente ritenuti ancora troppo “giovani”). Sullo sfondo si staglia l’evidente contraddizione del ruolo sostanziale di questi fora come utile complemento del sistema completo di giurisdizione di diritto euro-unitario capace di offrire una risposta tempestiva a domande di giustizia nel pieno rispetto del due process (come richiesto all’amministrazione europea dall’art. 41 della Carta) e, a giudicare dalle garanzie concesse dalle regole di procedura concretamente adottate, dello stesso diritto di essere sentiti in forme funzionalmente analoghe a quelle esistenti dinanzi ad un giudice (secondo le prescrizioni dell’art. 47 della Carta, pur applicabili solo ai giudici) e, ciò non di meno, della loro formale appartenenza al genus del riesame interno da parte di un organo che resta dell’amministrazione, con conseguente mancata previsione (allo stato) della possibilità di accedere al “dialogo” diretto con la Corte di Giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFEU.

Ciascuno di questi temi meriterebbe, a ben vedere, un’analisi a sé stante[3], e una considerazione complessiva di questa esperienza sembrerebbe utile non solo in prospettiva euro-unitaria ma anche in ottica nazionale, perché, a fare solo un esempio tra i tanti, offre anche un modello organizzativo del riesame in materia di sanzioni delle autorità di vigilanza che – pur nella differenza di contesti – potrebbe forse fornire qualche spunto di riforma per ulteriori affinamenti delle procedure domestiche. Non è tuttavia a questi temi, troppo articolati per poterli ridurre in poche righe, che sono dedicate queste brevi note. Esse si soffermano invece su taluni principi enunciati dalle due commissioni di ricorso nella loro “giurisprudenza” maturata nel 2021 e nei primi mesi del 2022; principi che rivestono (mi sembra) un qualche interesse in materia di diritto bancario dell’Unione[4].

2. Conviene muovere dai casi decisi dal Joint Board of Appeal delle tre ESAs, che nell’ultimo anno e mezzo[5] non è stato chiamato al riesame di decisioni dell’Autorità bancaria europea (se non in un appello manifestamente inammissibile, di cui si dirà brevemente infra) – a differenza di quanto era avvenuto non infrequentemente in passato, e da ultimo nel caso *Creditreform v EBA*[6] (in cui la parte aveva impugnato un draft technical standard EBA) – ma che ciò non di meno ha avuto occasione di esprimere taluni principi che (per analogia) possono rivestire interesse per le banche e per l’autorità di vigilanza bancaria. Una prima decisione, piuttosto impegnata, del Board of Appeal si è avuta in *Scope Rating v ESMA*[7] in tema di sanzioni ad un’agenzia di rating per non aver applicato in modo sistematico una metodologia di rating in materia di covered bond emessi da banche (e la ragione per la quale l’agenzia di rating non aveva applicato in taluni casi la parte di metodologia che, ai fini del rating, richiedeva, oltre all’analisi dell’emittente bancario alla luce della disciplina nazionale in tema di risoluzione, anche del “cover pool” posto a garanzia del debito stava nella conclusione che quegli emittenti raggiungevano già, in base al primo profilo di valutazione, il massimo del rating). In quel contesto, il Board of Appeal ha anzitutto ritenuto (al paragrafo 106) che la “2010 CESR guidance on common standards for assessment of compliance of credit rating methodologies” costituissero “standards of strong persuasive force as authoritative guidance” e quindi potessero utilizzarsi, insieme ad altri argomenti di natura testuale, contestuale, storica e teleologica, per interpretare il regolamento in materia di agenzie di rating. Parallelamente, ha ritenuto (al paragrafo 125) che il regolamento delegato 447/2012 della Commissione di attuazione del regolamento sulle agenzie di rating andasse interpretato in senso conforme al regola-

mento di primo livello e, soprattutto, che là ove esso consente ad ESMA di autorizzare un'agenzia di rating di derogare dalla propria metodologia in presenza di "ragioni obiettive", la valutazione di vigilanza implichi, anche in considerazione della "open-textured nature of the term 'objective reasons'" un margine di discrezionalità tecnica, il quale di conseguenza limita (pur senza escluderlo) il potere di revisione della commissione di ricorso. Al riguardo il Board of Appeal ha anche colto l'occasione per precisare di non essere, appunto, in "functional continuity with the ESMA's Board of Supervisors", osservando che "(unlike other boards of appeal of European agencies, e.g. EUIPO), the Board of Appeal does not enjoy the same powers as the ESMA Board of Supervisors and there is not, thus, in the merit, full continuity of its functions with the agency decision-maker" (agli effetti della decisione del Tribunale 12 dicembre 2002, *Procter & Gamble v OHIM*, T-63/01, EU:T:2002:317, ai paragrafi 21-22). Da ciò il Board of Appeal ha tratto la rilevante conclusione che "[the Board of Appeal is not empowered to second guess decisions of the Board of Supervisors which entail a margin of appreciation and the Board of Appeal's review is limited to verifying whether ESMA, in adopting its determination, complied with all applicable procedural rules, duly stated the reasons, accurately stated the facts or committed a manifest error of assessment of a misuse of powers]" (e la commissione di ricorso ha richiamato a riguardo, ad esempio, la sentenza 4 giugno 2015, *Versorgungswerk der Zahnärztekammer Schleswig-Holstein v ECB*, T-376/13, EU:T:2015:361 al paragrafo 53). Sempre in *Scope Ratings v ESMA* il Board of Appeal ha potuto tornare ad occuparsi, dopo il caso delle Nordic Banks[8], del tema della colpevolezza nel quadro sanzionatorio, e in particolare di quando l'impresa vigilata possa dirsi negligente nell'inadempimento di prescrizioni normative in presenza di testi legislativi di non evidente interpretazione e applicazione. A differenza che nel caso Nordic Banks (in cui la commissione di ricorso aveva ritenuto che l'ambiguità del testo normativo fosse tale che, unitamente ad una serie di ulteriori circostanze di fatto specifiche di quel caso, si giustificasse la conclusione, seppure eccezionale, che la violazione della disciplina fosse stata non colposa, traendone la conseguenza che la sanzione irrogata non potesse essere confermata), in *Scope Ratings v ESMA* il Board of Appeal, ai paragrafi 151 e seguenti, ha non solo ribadito che da operatori professionali si esige un alto livello di diligenza e attenzione quanto al pieno rispetto delle prescrizioni legislative applicabili (vi è dunque una speciale responsabilità nell'assicurare la piena compliance della propria attività) ma anche che, almeno in certe situazioni nelle quali è possibile chiedere all'autorità di vigilanza chiarimenti preventivi, sussiste la colpa dell'operatore professionale che ometta di farlo. Si legge così al paragrafo 163 – con attenzione anche al limite del diritto al silenzio e alla non autoincriminazione – che:

163. Finally, the Board finds it persuasive to the finding of a breach of duty that the appellant failed to take advice from ESMA before issuing unsolicited ratings without the cover pool analysis, particularly as regards the potential existence and application of exempting objective reasons. The appellant was in a direct supervisory relationship with ESMA, and it was foreseeable to the appellant that the consideration of whether an objective reason was in place was highly relevant in the circumstances, given the omission of the cover bond analysis — the performance of which, in all rating cases, was clearly indicated in the 2015 CB Methodology. In these circumstances, it was foreseeable that advice in this regard could reasonably have been expected to be sought. This is even more so, if one considers that the ESMA clarifications, if timely sought, would not have prevented the appellant from issuing in the future unsolicited ratings without cover pool analysis for issuers with the highest rating; the request for clarification may have, perhaps, delayed the intended issuance of the unsolicited ratings without cover pool analysis but would have timely alerted the rating agency to the prior necessity to amend the 2015 CB Methodology, before issuing such ratings (something that the appellant did in 2016, but only after having disregarded the 2015 CB Methodology in September and November 2015). There was therefore no significant risk, for the appellant, in seeking timely appropriate guidance from its supervisor; nor that the appellant, in doing so, would have been deprived of its right not to give evidence against oneself (assuming that, according to the Opinion of Advocate General Pikamae of 27 October 2020, *C-481/19, DB v. Consob*, ECLI:EU:C:2020:861, the right "nemo tenetur se detegere" could be invoked not only in the context of criminal sanctions but also of administrative sanctions, departing from settled case-law of the CJEU in its judgment of 18 October 1989, *Orkem v Commission*, C374/87, ECLI:EU:C:1989:387 and judgment of 18 October 1989, *Solvay v Commis-*

sion, C-27/88, ECLI:EU:C:1989:388). Indeed, a diligent behaviour would require that the necessary clarification from the supervisor is sought before issuing the ratings, when there is no risk of sanction, and not afterwards.

Un ulteriore aspetto di interesse della decisione in *Scope Ratings v Esma* attiene al richiamo del principio “in dubio pro reo” come utile canone interpretativo in relazione all’accertamento se la violazione dovesse considerarsi una unica violazione continuativa per un certo periodo di tempo (l’aver disapplicato la metodologia per una serie di ratings in un certo arco temporale) o una somma di violazioni istantanee, seppur di analogo contenuto (tutti i singoli ratings emessi nel periodo). Poiché la seconda soluzione avrebbe determinato effetti sanzionatori più gravi, la Commissione di ricorso ha concluso, al paragrafo 175 che:

The Board of Appeal gives weight to this argument. It is of the view that the infringement was, in law and in fact, continuous in nature and related to the ongoing failure to apply the 2015 CB Methodology systematically (by either withdrawing the ratings or revising the Methodology). But, were there to be doubt as to this point, and had ESMA a margin of supervisory appreciation in this regard then, and in accordance with settled CJEU case law (for example, judgment of 24 June 2015, C-293/13 P *Fresh Del Monte Produce v Commission* ECLI: EU: C:2015:416, paragraph 149), the principle of in dubio pro reo would require that the interpretation most favourable to the appellant be adopted.

3. La lettura testuale dei pochi paragrafi della decisione più sopra ricordati rende particolarmente evidente come il Joint Board of Appeal, correttamente, dia deferente e puntuale attuazione ai principi di diritto rivenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si tratta, come è ovvio, di un aspetto essenziale per la piena legittimazione sostanziale della commissione di ricorso nel contesto del sistema di giustizia europeo e non può sorprendere che analogo approccio sia stato seguito anche dall’Appeal Panel del Meccanismo Unico di Risoluzione, come è assai nitidamente dimostrato dalle sue molteplici decisioni in tema di accesso ai documenti inerenti alla risoluzione del Banco Popular Español[9], con le quali l’Appeal Panel ha non solo ispirato le proprie decisioni ai principi fondamentali di diritto europeo a riguardo ma anche ampiamente richiamato i precedenti della Corte di Giustizia. L’aspetto peculiare di quel caso (che per vero non stupisce, solo che si consideri il ruolo di “filtro” preventivo svolto dalla commissione di ricorso rispetto al sindacato giurisdizionale della Corte) è stato, piuttosto, che l’Appeal Panel si è trovato spesso a dover affrontare prima della Corte o in parallelo con la Corte analoghe questioni di diritto di non evidente soluzione, ma che fortunatamente hanno trovato in entrambi i fora, per convergenza spontanea, analogo esito. Si pensi che la sentenza Baumeister della Corte (C-15/16, *BaFin v Ewald Baumeister*, EU:C:2018:464) è del medesimo giorno del secondo gruppo di decisioni dell’Appeal Panel in materia di diritto di accesso ai documenti nel caso Banco Popular, e che successive decisioni dell’Appeal Panel si sono avute mentre si sviluppava l’ulteriore giurisprudenza della Corte, tra gli altri, in *Buccioni* (C-594/16, *Enzo Buccioni*, EU:C:2018:717), *UBS Europe* (C-358/16, *UBS Europe and Alain Hondequin and Others v DV and Others* EU:C:2018:715) e in *Espirito Santo II* (T-730/16, *Espirito Santo Financial Group v ECB*, EU:T:2019:161). Emblematica della deferente applicazione dei principi della Corte è anche la decisione di manifesta inammissibilità del Board of Appeal in *Jeffrey Michael Howerton v EBA*[10] in cui si è data attuazione alla giurisprudenza della Corte maturata proprio con riguardo ad un più risalente precedente del Board of Appeal in *SV Capital v EBA* (si tratta delle sentenze 9 settembre 2015, T-660/14, *SV Capital OU v EBA*, EU:T:2015:608 e 14 dicembre 2016, C-577/15 P *SV Capital v EBA*, EU:C:2016:947). Non si tratta, tuttavia, di una posizione di acritico recepimento come è dimostrato dal fatto, ad esempio, che il Joint Board of Appeal, in un successivo e interessante caso (*A v ESMA*)[11] proposto da una banca contro ESMA – ove la banca adduceva che il criterio di valutazione al fair value di strumenti finanziari strutturati adottato da un’autorità di vigilanza nazionale costituisca in realtà violazione della disciplina euro-unitaria e meritasse l’avvio di un procedimento per “breach of Union law” ai sensi dell’art. 17 del regolamento ESMA e lamentava che ESMA avesse deciso di non avviare tale procedimento – si è posto in un dialogo costruttivo con la Corte di Giustizia, proprio in relazione alle conclusioni raggiunte da quest’ultima in *SV Capital*. A tal fine il Board of Appeal ha evidenziato modifiche legislative e procedurali sopravvenute dopo la decisione *SV Capital*, segnalandole come possibile eventuale punto di attenzione

per una futura riconsiderazione della materia da parte della Corte. Merita forse leggere, a riguardo, i paragrafi 110-122 della suddetta decisione:

110. The Board of Appeal acknowledges, however, the materiality of the issues being raised by the appellant as regards the potential breach of EU law by the NCA and also the acuity of the appellant's factual interest in the outcome of any investigation by ESMA given the ongoing enforcement proceedings. Similarly, the Board of Appeal previously thought it right to add, in its decision of 10 September 2018, *B v ESMA*, paragraph 60 (BoA D 2018 02), that "the issues raised by the appellant are of very significant concern. It is entirely understandable that the appellant and others in such a position should be seeking a remedy".

111. In this line of reasoning, the Board of Appeal finds necessary to address the final question of whether the changes introduced by Regulation (EU) 2019/2175 to Article 17(2) of ESMA Regulation may be conducive to a different conclusion from the one adopted by the CJEU in the *SV Capital* case.

112. It must be recalled, in this context, that Article 17(2) was amended in 2019 with the effect of further structuring ESMA's discretion as regards the undertaking of Article 17 investigations, in particular its own initiative powers of investigation under Article 17, by adding that ESMA may initiate on own initiative an investigation under Article 17 also "when this is based on well substantiated information from natural or legal persons".

113. ESMA's Article 17 discretion was further structured by the addition that "the Authority [instead of, as it was provided for in the original text, "may investigate the alleged breach or non-application of Union law"] shall outline how it intends to proceed with the case and, where appropriate, investigate the alleged breach or non-application of Union law".

114. While recognizing the novelty and sensitivity of ESMA's powers under Article 17, and the importance of careful textual, teleological, and contextual interpretation, the Board of Appeal finds it reasonable to interpret these textual revisions as leading to greater specification or structuring of how ESMA is to exercise its discretion and power of investigation, whether on own-initiative or following a request by a party with standing to so request. The question therefore arises as to whether this change might be regarded as altering the Board of Appeal's application of *SV Capital*.

115. It might in particular be suggested that the distinction between those parties with standing to request an Article 17 investigation, and other parties who may only bring relevant matters to ESMA's attention, which distinction drives the Board of Appeal's jurisdiction over Article 17 decisions, has been blurred somewhat. Although there remains a textual and functional difference between the "request from one or more competent authorities, the European Parliament, the Council, the Commission or the Securities and Markets Stakeholder Group" and "well substantiated information from natural or legal persons", the amended provision of Article 17(2) of the ESMA Regulation clarifies that in both cases the Authority is not obliged to initiate an investigation, which must be made "where appropriate" but it must "outline how it intends to proceed with the case". 116. To be true, the (ambiguous) drafting of Article 17(2) does not make clear whether ESMA must "outline how it intends to proceed with the case" where "well substantiated information" has been received or if this obligation applies only to requests made by the parties identified in Article 17(2) and to ESMA's exercise of its own initiative jurisdiction. The recitals to the 2019 ESAs Regulation are silent on this point. ESMA's Rules, however, adopt a wide interpretation, as they commit ESMA, under Article 2(4) of the Rules, to outlining, regardless of who initiates a request for action, how it intends to proceed.

117. This, also in light of the functional concerns already raised in several occasions by this Board of Appeal, may, to some extent, invite a prudent reconsideration of the rigid divide, for the purposes of the reviewability of the determination not to initiate an investigation for breach of Union law, between one or more competent authorities, the European Parliament, the Council, the Commission or the Securities and Markets Stakeholder Group, on one hand, and any other natural or legal persons providing well substantiated information on the other, as indicated in paragraphs 40-41 of the General Court judgment in the SV Capital case. This would appear better consistent also with Article 5 of the Rules, which does not differentiate among these different “requesters” and, irrespective of the fact that the investigation of breach of Union law was initiated upon request of the entities referred to in Article 5(1) or on own initiative on the basis of the information provided by other natural or legal persons, stipulates that the Chairperson may close the proceedings without initiating an investigation when he/she considers that “the Request is admissible but an investigation should not be initiated as a matter of discretion, taking into account the non-exhaustive list of factors included in Annex II”.

118. The Board of Appeal also notes the importance of Article 17 to ESMA’s objective of contributing to a sound effective and consistent level of regulation and supervision and to enhancing supervisory convergence (ESMA Regulation, Article 1(5)(a) and (g)). It notes further the importance of effective information gathering to ESMA’s capacity to deploy Article 17 effectively and the importance, accordingly, of not deterring natural and legal persons from drawing potential breaches of EU law to ESMA’s attention given a lack of procedural equity.

119. Based upon the foregoing, in the Board of Appeal’s view, since the General Court appeared to concede that the requester listed in Article 17(2) of the ESMA Regulation and in Article 2(1) of the Rules may challenge the determination of the Chairperson not to initiate an investigation, it seems that it cannot be fully excluded - in light of the 2019 amendments to the ESAs Regulations and lacking a determination of the CJEU on the new text of Article 17(2) and given the importance of the Article 17 procedure - that the narrowing of the difference between the requesters brought about by the 2019 amendments to Article 17(2) may be conducive to the CJEU finding that, after such 2019 amendments, any requester (as defined in Article 2 of the Rules) could have locus standi in challenging (albeit in quite exceptional circumstances as specified below) a determination of the Chairperson under Article 5, despite the very fact that the latter has a discretion which excludes the right for parties to require it to adopt a specific position.

120. However, the Board of Appeal also finds that, unlike in the context of a procedure under Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles [101 TFEU] and [102 TFEU] (OJ 2003 L 1, p. 1), where persons who have lodged a complaint have more extensive procedural rights, in this context the right to challenge, if allowed, should in any event be confined within a very narrow space, because the determination of the Chairperson of ESMA on the opening or not of the investigation is discretionary as clearly evidenced by the expression “where appropriate” in Article 17(2) of the ESMA Regulation and by Article 5(1) letter (b), of the Rules, which qualifies this conclusion “as a matter of discretion”. The Board of Appeal is also mindful in this regard of the imperatives of good administrative governance and that ESMA’s discretion must be protected to avoid it having to deal with an excessive (and potentially vexatious) volume of appeals. In this regard, it refers to its Decision in SV Capital v EBA where it noted that the Article 17 power was discretionary and that EBA, as a small body, was not in a position to investigate every admissible complaint and

that, assuming a correct application of its discretion, was empowered not to undertake an investigation even where the request was formally admissible (paragraph 30 and 34).

121. In the Board of Appeal's view this means that, even if one could assume that the determination of the ESMA Chairperson could be considered by the CJEU, after the 2019 amendments to Article 17(2) of the ESMA Regulation, a challengeable decision (and the Board of Appeal does not come to a conclusion in this regard as the textual revisions to Article 17(2) are not clear enough as to suggest a different application of SV Capital as long as the CJEU has not determined on this), it could not be challenged on the merits and a court (and even more so the Board of Appeal) could never substitute its own assessment for that of the Chairperson by taking into account other factors or by weighing differently the same factors taken into account by the Chairperson.

122. Accordingly, and assuming that the determination not to open an investigation might be challenged, the Board of Appeal's control on review would be strictly limited to verifying that the determination actually states its reasons as required by Article 296 TFEU and by Article 41(2)(c) of the Charter of Fundamental Rights, in such a way to enable the persons concerned to ascertain that the determination was not arbitrary but justified, also taking into consideration the non-exhaustive list of factors indicated in Annex II.

4. Un'ultima decisione del Joint Board of Appeal che merita un seppur breve richiamo è, infine, *Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance v EIOPA*[12]. In quel caso la commissione di ricorso era investita della questione se la decisione dell'EIOPA di partecipare ad un esercizio nazionale di balance sheet review delle compagnie assicurative insediate in uno Stato membro avviato, con propria decisione, dall'autorità di vigilanza nazionale travalicasse le competenze e i poteri riconosciuti all'EIOPA. Pur dovendo concludere nel senso dell'inammissibilità del ricorso perché la partecipazione di EIOPA era, nel caso in esame, priva per il ricorrente di effetti giuridici ai sensi della giurisprudenza della Corte (in *Scuola Elementare Maria Montessori v Commissione*, sentenza 6 novembre 2018, C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873), il Board of Appeal, consapevole della complessità e novità della materia, ha chiarito (in uno spirito di collaborazione con le parti) quale fosse il più corretto percorso di tutela effettiva dei diritti controversi da seguirsi da parte del ricorrente. Si legge così ai paragrafi 70-71:

70. The Board of Appeal finally notes that its finding that, for the reasons stated above, the appeal is inadmissible does not affect the right of the appellant to an effective remedy, because as the CJEU has also recently recalled in respect of a recommendation issued by the European Banking Authority under Article 17 of the EBA Regulation (judgment of 25 March 2021, C-501/18, *BT v Balgarska Narodna Banka*, paragraph 82) with a statement which can however be transposed by analogy, despite the different legal and factual context of the present appeal, “it follows from Article 19(3)(b) TEU and the first paragraph of Article 267(b) TFEU that the Court has jurisdiction to give preliminary rulings on the interpretation and validity of acts of the institutions of the Union without any exception (see to that effect judgments of 13 December 1989, C-322/88, *Grimaldi*, EU:C:1989:646, paragraph 8; of 13 June 2017, C-258/14, *Floresku and Others*, EU:C:2017:448, paragraph 71; of 20 February 2018, C-16/16 P, *Belgium v Commission*, EU:C:2018:79, paragraph 44, and of 14 May 2019, C319/16, C-77/17 and C-78/17, *M and Others*, EU:C:2019:403, paragraph 71 and the case-law cited).”

71. It follows that, should the appellant and the national court before which the ASF Decision has been challenged (and before which the case is still pending) consider (i) that a question of validity of the EIOPA decision to participate in the BSR is relevant to the effect of the determination by the national court on the validity of the ASF Decision under the applicable national law and (ii) that EIOPA's participation to the BSR could actually be considered beyond the clear EIOPA

mandate to promote supervisory convergence (and thus an ultra vires act in respect of the scope of action and powers set out in Article 1 of the EIOPA Regulation and of the tasks conferred upon EIOPA by the EIOPA Regulation), such question could be referred to the CJEU under Article 267 TFEU. Indeed, whilst the Board of Appeal, for the reasons stated above, cannot examine the merits of the appeal, the CJEU has, in principle, jurisdiction to give a preliminary ruling on a similar question, to the extent that this is considered relevant and necessary by the national judge.

5. Quanto alla “giurisprudenza” dell’Appeal Panel del Meccanismo Unico di Risoluzione nell’ultimo anno e mezzo, si segnalano all’attenzione due decisioni, l’ultima delle quali è la prima in tema di waiver allo internal MREL ai sensi dell’art. 12h SRMR (una questione di notevole importanza economica, rispetto alla quale pendono allo stato altri due complessi appelli). Con la decisione nel caso 1/2021, riferita ancora al tema dell’accesso ai documenti rispetto alla vicenda della risoluzione del Banco Popular, l’Appeal Panel ha dovuto considerare se una decisione modificata emessa dal Board a seguito del rinvio ad esso da parte dell’Appeal Panel, con precedente decisione di rinvio, della originaria decisione, potesse dirsi “in ottemperanza” della decisione dell’Appeal Panel e dunque conforme all’art. 85(8) SRMR. Rispetto a tale aspetto ha concluso che non lo fosse, e per farlo ha dovuto anche considerare attentamente in che misura i principi espressi dalla Corte in *Buccioni e Baumeister* fossero rilevanti nello specifico caso e valutare che tipo di discrezionalità resti in capo al Board, a seguito del rinvio ad esso di una decisione da parte dell’Appeal Panel, nel dare attuazione a tale decisione di rinvio. In tale contesto l’Appeal Panel ha fatto notare la differenza tra la decisione vincolante dell’Appeal Panel e l’opinione non vincolante dell’Administrative Board of Review nel diverso contesto del Meccanismo Unico di Vigilanza:

Within this overall context, the Appeal Panel acknowledges, as a matter of principle, that once a confirmatory decision adopted under Regulation 1049/2001 is remitted to the Board by the Appeal Panel on ground of a manifest error in the application of one or more exceptions under Regulation 1049/2001 invoked by the same confirmatory decision (as it happened with the decision in *Joined Cases 44/17 and 7/18*), the Board may still adopt, following patterns of reasonability and if objectively justified, instead of an amended decision granting full or redacted access to the relevant document, an amended decision reiterating its refusal to disclose said document. This, however, provided that such amended decision and its conclusions (not to grant access to the requested document) are based on one or more different exception(s) under Regulation 1049/2001 than those originally invoked by the Board and/or on reasons other than those already found unwarranted by the binding Appeal Panel decision (different exceptions and reasons that had not been invoked as such by the Board in its previous confirmatory decision, due to any justified grounds or which concern new relevant developments that may have occurred subsequently to that initial decision).

In the instant case, the decision appealed in *Joined Cases 44/17 and 7/18* concerned the same BPE Communication whose disclosure was also refused by the Confirmatory Decision and in both cases the Board relied, first of all, on the exception under Article 4(1)(a), fourth indent. On this exception, however, the Appeal Panel was already adamant in finding, with its decision in *Joined Cases 44/17 and 7/18*, that the refusal to disclose the BPE Communication either in its full text or in a duly redacted form (as deemed necessary and proportionate by the Board in the exercise of the margin of discretion pertaining to the Board itself) was vitiated by manifest error in the application of the exception under Article 4(1)(a) fourth indent of Regulation 1049/2001. Thus, in the Appeal Panel’s view this exception cannot be validly reiterated by the Board again, based on the same reasons already considered insufficient by the Appeal Panel with the decision in *Joined Cases 44/17 and 7/18*, in the Confirmatory Decision, which is a subsequent decision under Regulation 1049/2001 between the same parties and concerning the same document.

Indeed, a similar Board’s behaviour would contradict, in the Appeal Panel’s view, the language

and the finality of Article 85(8) SRMR and would circumvent and deprive of meaning the clear intention of the co-legislators that the Board be bound by the Appeal Panel decision, whose role is not consultative (as it would be, if the Appeal Panel had to render a non-binding opinion) but, in broad terms, final and adjudicatory within the strict limits of (i) first, a purely administrative (and, thus, clearly not judicial) nature of the review; (ii) second, a scope of review strictly confined to the matters expressly mentioned in Article 85 and 90 SRMR; and (iii) third, a binary choice of possible decisions as outcome of such review. This binary choice results from the fact that the Appeal Panel can only confirm the Board's decision or remit the case to the Board, but not replace the Board's decision with an Appeal Panel's decision. The Appeal Panel has, furthermore, exercised its judgment and nuance on many occasions, where it has remitted the case to the Board, finding that its decision was vitiated by a manifest error of assessment as to the non-disclosure of the documents, but granting the possibility to disclose a redacted version of them. Following the same consistent pattern, it has never done so in the opposite sense, i.e., to indirectly substitute its judgment for that of the Board.

D'altro lato, l'Appeal Panel ha dovuto anche occuparsi, in quel medesimo caso, di un aspetto di coordinamento tra il procedimento avanti ad esso e un parallelo giudizio pendente avanti alla Corte di Giustizia, nel quale il ricorrente chiedeva alla Corte di ordinare allo SRB l'esibizione del medesimo documento per il quale pendeva il procedimento avanti all'Appeal Panel e ha giudicato a riguardo che per assicurare una effettiva parità delle armi nel giudizio avanti alla Corte fosse fondato, da parte dello SRB, invocare l'eccezione di cui all'art. 4(2) del Regolamento 1049/2001 e il Board potesse pertanto non rendere disponibile il suddetto documento in attesa del giudizio della Corte:

Nonetheless, and crucially, the Appeal Panel finds that, if there is pending before the General Court a case concerning the refusal to disclose the same document for which access is denied by the Confirmatory Decision, a confirmatory decision under Regulation 1049/2001 and/or an Appeal Panel's decision on review of such confirmatory decision would risk, (i) depriving the ability of the institution concerned to defend itself in those proceedings (considering that the institution's defence in those proceedings is precisely centred on its right not to disclose the relevant document) and at the same time (ii) depriving also such Court's proceedings of their intended purpose. In so doing, the Appeal Panel's decision would also inappropriately anticipate and pre-empt the role of the General Court. It is also noted that the pending case before the General Court was initiated by the Appellant, who must have weighed the pros and cons of a decision rendered in a judicial venue. This means that preserving the equality of arms (which includes, according to settled case-law, the ability of the institution concerned to defend itself in those proceedings) also implies, at least in the very specific factual circumstances of the instant case, that where there are multiple avenues under Regulation 1049/2001 to access the same document and one of such avenues is already subject to a litigation before the General Court, any alternative avenue cannot be used in such a way as to frustrate the pending litigation. To avoid this, the latter authority can validly rely on the exception under Article 4(2), if it deems fit to do so.

6. Con la decisione nel caso 2/2021, infine, l'Appeal Panel ha invece ritenuto insufficienti le motivazioni con le quali il Board aveva negato ad un primario gruppo bancario europeo un waiver rispetto allo internal MREL di una importante controllata insediata nello stesso Stato membro della capogruppo. Da un lato, l'Appeal Panel ha ritenuto, all'esito di una ampia analisi letterale, di contesto e teleologica dell'art. 12h SRMR che lo SRB non avesse ecceduto i propri poteri né errato nell'interpretazione dell'art. 12h SRMR nel ritenere che la condizione della insussistenza di impedimenti di fatto o di diritto al trasferimento di risorse intragruppo possa richiedere il rilascio di una apposita garanzia da parte della capogruppo, benché il rilascio di tale garanzia non sia espressamente previsto come condizione per la concessione del waiver dall'art. 12h SRMR a differenza di quanto prevede, in ambito di risoluzione, l'art. 45(f) BRRD e in ambito di vigilanza prudenziale l'art. 7 CRR. Si legge così ai paragrafi 89-90:

89. The Appeal Panel considers quite unfortunate that the requirements for the grant of a waiver set out in Article 45(12), and now Article 45f(3) and 45f(4) and Article 12h SRMR are not aligned and that the legislative history, to the extent that it could be verified through public available information by the Appeal Panel, does not seem to entirely illuminate on the reasons why there is such a textual difference.

90. Despite the ambiguity resulting from this difference in wording, the Appeal Panel is however persuaded that the objective of the condition set out under letter c) of Article 12h is to ensure that, in the resolution context (and thus in a “gone” scenario of the banking group), the group resolution action is not prevented, and there is a positive assessment that it can be rolled-out smoothly along the lines set out in the resolution plan (unless adjustments are needed at the point of non-viability for unforeseen changes in relevant circumstances), without undue legal or practical impediments in the up-streaming of losses by the subsidiary to the resolution entity and in the down-streaming of funds by the resolution entity to the subsidiary. More specifically, the provision aims at ensuring that the choice to waive the iMREL requirement is neutral as to the resolvability of the group, because other arrangements are in place, within the group, which can act as functional substitutes of the iMREL with equivalent effects as the conversion or write down of iMREL at the level of the subsidiary. In principle, therefore, also a guarantee of the parent company may serve to this scope and may be one of the arrangements available as an alternative to the prepositioning of MREL, having equivalent effects.

Dall'altro lato, tuttavia, l'Appeal Panel ha osservato che le decisioni in materia prudenziale e di risoluzione hanno un notevole impatto sui diritti dei destinatari e devono di conseguenza essere sorrette da motivazioni adeguate, in conformità all'art. 296 TFEU, e che di conseguenza l'assolvimento dell'obbligo di motivazione debba essere verificato con rigore e un certo grado di severità. Ha ad esempio osservato, al paragrafo 112 e 122, con riguardo alla valutazione di insufficienza effettuata dallo SRB circa la garanzia offerta dalla capogruppo bancaria in quel caso (una garanzia che sollevava dubbi, a dire dello SRB, circa taluni profili, senza peraltro che risultasse dal testo della decisione una approfondita disamina del diritto nazionale applicabile a tale garanzia che corroborasse tali dubbi):

112. In the Appeal Panel's view, first, the reasons given must be “appropriate to the measure in question”. Second, the statement of reasons must “disclose in a clear and unequivocal fashion the reasoning followed by the institution which adopted that measure”. In the Appeal Panel's view, this means taking into account both the economic relevance of the decision, but also the nature of the decision and the review of the decision itself. In this case, the Board justified its decision on the basis of its having a technical margin of appreciation, as per Article 12h(1)(c) SRMR, which refers to (i) current or foreseen, (ii) material, (iii) practical or (iv) legal impediment to the transfer of funds. Thus, the statement of reasons must be specifically related to the justification of these elements, and as the case has shown, the reasoning behind these elements was complex. Within this context, in the Appeal Panel's view, none of the Board's three arguments given in the Contested Decision meets the procedural requirement of a proper statement of reasons. That is different from the question (not raised in the grounds of appeal presented by the Appellant and thus precluded to the Appeal Panel consideration in the instant case) whether the reasons given are correct, which concerns the substantive legality of the contested measure. [...]

122. Regardless of which interpretation is considered legally correct, and whether, beyond the correct legal interpretation, the Board was entitled to impose a margin of safety, based on potential practical impediments, the omission of any motivation on such critical points failed, in the Appeal Panel's view, to properly justify why the letter of comfort delivered by [] was insufficient (as to its duration and firmness of commitment), considering cumulatively the specific circumstances of the case, the nature of the Contested Decision and its importance.

The Board stated as justification for its decision the letter (c) of article 12h(1) SRMR, which, as explained before, grants a margin of appreciation, but one that is technical, and not purely discretionary. Therefore, all relevant technical grounds of the decision should be perceptible from the text of the decision itself. In light of this, the decision failed to “disclose in a clear and unequivocal fashion the reasoning followed by the institution which adopted that measure”, and it did not “provide the person concerned with sufficient information to know whether the decision may be vitiated by an error enabling its validity to be challenged” (judgment of 16 May 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg v ECB*, T-122/15, paragraphs 122-124 and the case-law cited and judgment of 6 October 2021, *Ukrselhosprom Versobank v ECB*, T-351/18 and T-584/18, paragraphs 385-387).

Si tratta, peraltro, solo della “prima puntata” di un tema – quello appunto delle condizioni di rilascio del waiver dall’internal MREL – che promette diverse altre, non meno interessanti, “nuove puntate” nel prossimo futuro, atteso che già altri due importanti casi pendono (il n. 3/2021 e il n. 1/2022) su tale tema, offrendo una molteplicità di nuove occasioni di riflessione. Di esse si darà tempestivamente conto in futuri numeri di questa Rivista, via via che le decisioni saranno rese.

[1] Per una prima disamina sia consentito rinviare a Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, in *Common Market Law Rev.*, 2020, 119-160; ID., *The Administrative, Quasi-Judicial Review of the Decisions Taken by the SRB. The Cases Decided So Far by the Appeal Panel. Substantive and Procedural Issues*, in *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, ed. R. D’Ambrosio, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia, N. 88, Aprile 2020, 465-483; ID., *Administrative Pre-litigation Review Mechanism in the Single Resolution Mechanism (SRM): The SRM Appeal Panel*, in *Judicial Review in the European Banking Union*, eds. C. Zilioli and K.P. Wojcik, Edward Elgar Publishing, 2021, 44.

[2] Regolamento 2019/629 del 17 aprile 2019 che modifica il Protocollo n. 3 dello Statuto della Corte (OJ 2019 L 111/1), e in particolare il nuovo Articolo 58° introdotto dall’art. 1 del Regolamento.

[3] Per un avvio di ragionamento, Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, 150-160.

[4] Per un esame delle decisioni delle due commissioni fino al 2020 v. i contributi ricordati alla nota 1.

[5] Per una discussione dei casi precedenti decisi dal Joint Board of Appeal, v. Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, 128-134.

[6] BoA 2019-D-05 (discussa in Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, 134).

[7] BoA 2020-D-03, decisione del 28 dicembre 2020.

[8] BoA 2019-D-1/4 (discussa in Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, 132-133).

[9] Per una analisi dei quali si vedano ancora Marco Lamandini, David Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs’ Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside*, 139-145.

[10] 2021-D-01 del 7 gennaio 2021.

[11] 2021-D-02 del 12 marzo 2021.

[12] 2021-D-03 del 14 aprile 2021.

On the Austrian public liability scheme for unlawful financial market supervision, the statutory exclusion of depositors’ and other creditors’ claims and the constitutionality of this regime. Annotation of VfGH, 16 December 2021, G 224/2021 and others

by Paul Weismann[1]

[...SEGUE] With its decision of 16 December 2021 in cases G 224/2021 and others the Constitutional Court of Austria (Verfassungsgerichtshof; hereinafter ‘VfGH’) refuses a number of requests to declare unconstitutional (parts of) the second sentence of § 3 para. 1 of the Federal Act on the Institution and Organisation of the Financial Market Authority (Finanzmarktaufsichtsgesetz; hereinafter ‘FMABG’), Federal Law Gazette I No. 97/2001 (as subsequently

amended)[2]. § 3 FMABG is about public liability for activities of the Austrian financial market supervisory authority (Finanzmarktaufsichtsbehörde; hereinafter 'FMA'). The second sentence of § 3 para. 1 FMABG (hereinafter 'the contested provision'), which was introduced in 2008, limits this liability to '[d]amages [...] that have been directly caused to the legal entity subject to supervision in accordance with [the FMABG]'

The facts underlying the decision of the VfGH are that the Commerzialbank Mattersburg Burgenland AG, a credit institution seated in Austria, had to end its business upon request by the FMA. Subsequently, penal proceedings were initiated for suspected accounting fraud and betrayal of confidence against managers of the Commerzialbank Mattersburg Burgenland AG and eventually the bank got insolvent (paras 11 f.). Some of the bank customers, as subordinate creditors, lost parts of their respective bank deposits and sued the Federation for damages (public liability claim) before the competent civil court. In the ensuing judgments these claims were refused. Together with the appeals against these judgments (filed with the Supreme Civil and Criminal Court of Austria – Oberster Gerichtshof; hereinafter 'OGH'), the applicants made requests to the VfGH pursuant to Article 140 para. 1 no. 1 lit. d of the Federal Constitutional Law (Bundes-Verfassungsgesetz; hereinafter 'B-VG'), upon which it issued the decision presented here.

The applicants essentially argue that Article 23 B-VG, the constitutional clause on public liability, requires the legislator to lay down the detailed provisions of this regime, but it does not allow it to restrict the scope of damages as laid down in the Constitution. However, the contested provision stipulates such restriction which therefore allegedly infringes upon the Constitution and ought to be declared unconstitutional by the VfGH. In addition to that, the applicants claim a violation of the principle of equality (Article 7 para. 1 B-VG) and of the constitutional right to property. They also doubt the conformity of the contested provision with EU law.

The Federal Government, the FMA and the Federation (as the party sued before the civil courts)[3] object to the applicants' view, essentially purporting that, according to national and EU law as well as pursuant to international standards, the main purpose of financial market supervision (here: banking supervision) is to maintain financial market stability.

The VfGH declares the applications formally admissible, thereby rejecting the inadmissibility submission of the Federal Government. Materially, however, the Court dismisses as unfounded the underlying requests for a declaration of unconstitutionality.

As regards the insinuated discrepancy between the contested provision and Article 23 B-VG, the VfGH sets out the historical development of the public liability regime concerning the FMA: how the Federal Government suggested a restriction of liability vis-à-vis third parties (e.g. depositors) to cases of gross negligence and intent, a proposal which was then dropped; how the decision-makers initially refused to reduce the Schutzzweck of financial market supervision (i.e. the protection purpose of the regime) to the public interest (in particular: the stability of the financial market); and how eventually, in 2005, the legislator contented itself with emphasising the FMA's wide discretion which ought to be considered also in the context of public liability. In 2008, under the impression of the financial crisis, the legislator introduced the contested provision. For the VfGH, this debate and the eventual exclusion of damages other than those 'directly caused to the legal entity subject to supervision' was essentially a reaction to the pertinent case law of the OGH (para. 69). The underlying line of cases was initiated by a judgment of 1979 in the Krauland case. According to this decision, the protection purpose of the Austrian Banking Code then in force also encompassed the individual depositor. This finding was later confirmed in numerous cases, also with regard to the succeeding Banking Code which is still in force (para. 71). Even after the reform of 2008 the OGH applied this rule to cases that took place before the reform, thereby refusing the viewpoint that the legislator in 2008 only clarified the meaning of the public liability regime applicable to the FMA by introducing a declarative provision, not actually bringing about a material change of the law (para. 72). Also this opinion of the OGH was confirmed in subsequent judgments.

The VfGH acknowledges that the wording of Article 23 B-VG, according to which public liability applies to damages public bodies have inflicted 'on whomsoever', is remarkably wide. A literal understanding of this provision would lead to an 'endless' [uferlos] public liability (para. 75). A limitation of liability is normally – e.g. in general torts law as part of civil law – brought about by focussing on the protection purpose. In civil law the term 'damage' is understood widely, but the protection purpose of the infringed norm may lead to a restriction of liability. It is remarkable, the VfGH holds, that in the contested provision the legislator did not pursue this objective by addressing the protection

purpose of the rules the FMA has to apply, but that it chose to define more closely the term ‘damage’ instead; thus far for the wording of the contested provision. Substantially, the VfGH purports, it is clear that the legislator intended to rule on the protection purpose of the law to be applied by the FMA (paras. 76-78).

The VfGH stresses that the protection purpose of banking supervision ever since has been subject to different views in scholarly literature. The core question here is whether banking supervision also serves the individual protection of depositors or investors or whether it is only about macroeconomic and hence abstract interests of creditors (para. 81). For the VfGH, Article 23 B-VG allows for the legislator to restrict public liability in the latter way. The legislator has emphasised that the protection of creditors falls within the protection purpose of banking supervision and the underlying rules only on an abstract or institutional level. The protection of creditors is part of the objective to protect the functioning of the financial market (para. 82).

A constitutional requirement to include damages of individual creditors can, in spite of the wide wording ‘on whomsoever’, not be deduced from Article 23 B-VG. According to the travaux préparatoires leading to the introduction of Article 23 B-VG, the VfGH says, these words should only make clear that public liability does not only apply when individual rights [subjektiv-öffentliche Rechte] of the damaged party have been infringed. The contested provision leaves the legal entities subject to supervision as potential claimants under the public liability regime applicable to financial market supervision, given the underlying damages have been ‘directly caused’ by wrongful supervision. The VfGH underlines, thereby referring to related decisions of the OGH, that wrongdoings on part of the supervised entities (contributory fault [Mitverschulden]) may lead to a reduction or even exclusion of the public liability claim (para. 83).

As regards the suggested violation of the principle of equality (Article 7 para. 1 B-VG) emanating from the different treatment of supervised entities on the one hand and creditors on the other hand, the VfGH argues that the principle of equality prevents the legislator from adopting rules which are ‘not rationally justified’ [sachlich nicht begründbar]. Within these limits, however, the legislator may very well follow specific political objectives in a manner which it deems appropriate. Whether a certain rule is expedient and desirable cannot be measured by means of the principle of equality (para. 104). Here the VfGH, without an explicit contextualisation, refers to the deposit insurance scheme according to Austrian law, which is applicable to sums up to € 100,000 or exceptionally € 500,000 (para. 106). Arguably, this is to indicate that the legislator does not entirely neglect the interests of individual creditors – a fact which may also be taken into account when the ‘rational justification’ of the contested provision is assessed. The VfGH concludes the examination of the principle of equality with a general remark, according to which under this principle the legislator is not to be countered if it concludes, particularly against the background of the ramifications of the financial crisis, that the taxpayer should not – through public liability claims – compensate for the economic consequences of the (potential) insolvency of a bank (para. 113).

With a view to the suggested violation of the constitutional right to property, the VfGH underscores that it is questionable whether the stated claim for public liability falls within the scope of the right to property (as laid down in the Basic Law on the General Rights of Nationals and the European Convention on Human Rights, both of which form part of Austrian federal constitutional law). This question can be left unanswered though, because, according to the VfGH, it follows already from its considerations regarding Article 23 B-VG and the principle of equality that in this case a violation of the right to property cannot possibly be confirmed (para. 119).

A potential conflict of the contested provision with EU (primary or secondary) law does not qualify as unconstitutionality, which is why it ought not be examined by the VfGH (para. 120).

In conclusion, the VfGH materially rejects the applications.

[1] Associate Professor at the Department of International Law, European Law and Fundamentals of Law, University of Salzburg.

[2] Unless stated otherwise, references in this annotation are references to this decision of the VfGH.

[3] According to the first sentence of § 3 para. 1 FMABG, it is the Federation which shall be liable for ‘any damage caused by the FMA’s bodies and employees’ under the public liability scheme, not the FMA itself.

[...SEGUE] Si apre l'ennesimo fronte giudiziario nella materia, di estrema attualità, del regime delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali. Con ordinanza n. 68 del 7 gennaio 2022, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha infatti rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede di giudizio ex art. 267 TFUE, tre quesiti riguardanti l'interpretazione della normativa europea in tema di sanzioni per pratiche commerciali sleali.

Il caso sottoposto all'esame dei giudici di Palazzo Spada concerne un provvedimento sanzionatorio che l'Autorità Garante della concorrenza del mercato (di seguito, AGCM) ha inflitto nel 2016 a Volkswagen Group Italia s.p.a. (VWItalia) e Volkswagen Aktiengesellschaft (VWAG) per la commercializzazione di veicoli diesel nei quali era stato installato software idoneo ad alterare la rilevazione dei livelli di emissione, nonché per la diffusione di messaggi promozionali che sottolineavano la conformità ai parametri di legge e anzi l'attenzione della società automobilistica al controllo delle emissioni inquinanti.

Ritenuti fondati gli addebiti, l'AGCM ha irrogato una sanzione pecuniaria di euro 5.000.000 per pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, comma 2 e 21, comma 1, lett. b) e 23, comma 1, lett. d) del d.lgs. 206/2005 (Codice del Consumo).

Il Tar Lazio, adito dalle sanzionate, con sentenza n. 6920 del 2019 ha confermato la correttezza della determinazione sanzionatoria dell'AGCM; VWItalia e VWAG hanno dunque impugnato tale sentenza davanti al Consiglio di Stato. In tale sede, oltre a ribadire alcuni vizi di violazione ed eccesso di potere, hanno pure riproposto un motivo di illegittimità sopravvenuta del provvedimento per violazione del principio di ne bis in idem di cui agli artt. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

Infatti, in pendenza della fase di controllo giurisdizionale sulla sanzione di diritto italiano, la procura di Braunschweig, in Germania, aveva notificato alla VWAG un provvedimento di irrogazione di una sanzione pari ad 1 miliardo di euro, per violazione della legge tedesca sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, nella parte in cui punisce la negligente violazione dell'obbligo di supervisione in attività ed imprese, in relazione all'installazione del software in questione in oltre 10 milioni di veicoli commercializzati nel mondo (ivi inclusi i circa 700 mila venduti in Italia). Il provvedimento delle autorità tedesche concerneva esplicitamente anche le ulteriori violazioni – sempre commesse nell'intero mercato globale – relative alla richiesta di omologazione, la promozione dei veicoli e la loro vendita al dettaglio, ivi incluse la commercializzazione e pubblicizzazione. L'ordinanza-ingiunzione della Procura di Braunschweig è divenuta definitiva in data 12 giugno 2018, avendo VWAG rinunciato ad impugnarla e, in seguito, pagato la sanzione.

Il Giudice di prime cure non aveva attribuito alcuna rilevanza a tale sopravvenienza, ritenendo che la sanzione tedesca si fondava su una normativa nazionale non di derivazione europea (quale la disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche) e aveva a presupposto la violazione da parte di soggetti apicali di obblighi di supervisione e vigilanza, ma non il compimento di pratiche commerciali scorrette.

Il Consiglio di Stato non concorda con tali ultime affermazioni. Al contrario, viene riconosciuta “l'analogia, se non l'identità, della condotta posta a fondamento” del provvedimento dell'AGCM con quello deciso dall'ordinanza-ingiunzione tedesca: in entrambi i casi risultano sanzionati i comportamenti concernenti la commercializzazione di veicoli con un sistema di ricircolo non regolare e la pubblicizzazione, non corretta, di tali veicoli.

Sulla base di questa premessa, e considerato che, ad un sommario esame, il Consiglio di Stato mostra di non condividere tutte le altre censure dell'appello, il Giudice italiano condivide la rilevanza della questione relativa ad una possibile duplicazione di sanzione per le stesse condotte. L'ordinanza in commento rammenta infatti la nozione di bis in idem applicata dalla giurisprudenza convenzionale, europea e nazionale, e in particolare il riferimento all'idem factum come elemento necessario e caratterizzante della fattispecie, ovvero l'identità dei fatti materiali, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica.

Ciò considerato, il Consiglio di Stato ritiene che preliminare alla decisione sul motivo in esame sia la risoluzione di alcune questioni interpretative delle norme sanzionatorie contenute nella Direttiva 2005/29 (ovvero l'antecedente unionale del Codice del Consumo italiano, sulla base del quale è stata adottata la sanzione sub iudice); interpretazione

che non può che essere rimessa alla Corte di Giustizia, ai sensi delle norme dei Trattati.

Il primo punto controverso, secondo il Consiglio di Stato, è quello della qualificabilità come sanzioni “sostanzialmente penali” delle sanzioni previste dal Codice del Consumo in tema di pratiche commerciali scorrette: questione logicamente presupposta, in quanto solo in caso di concorrenza di due sanzioni almeno a coloration pénale può tornare applicabile il plesso degli artt. 50 Carta di Nizza e 54 Convenzione Schengen, lamentato come violato dalle ricorrenti. Il Consiglio di Stato, dunque, non si pronuncia direttamente sulla natura delle sanzioni di diritto nazionale, applicate dall'AGCM (come pure aveva già fatto di recente, concludendo per la natura penale: cfr. sent. n. 7566 del 30 novembre 2020 e sent. n. 8155 del 6 dicembre 2021), ma risale alla fonte unionale di tali sanzioni (per quanto non self-executing e per vero abbastanza generica: cfr. art. 13 della Direttiva 2005/29), e chiede alla Corte di Giustizia di determinarne, in via generale, la natura. L'ordinanza di rimessione, peraltro, sembra persuasa della riconducibilità delle sanzioni in parola al genus penalistico, in considerazione dei parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte stessa, nonché della Corte EDU, e principalmente della natura punitiva, e non meramente riparatoria, dei provvedimenti in parola. Naturalmente, il presupposto di tale primo quesito è che non vi sia invece dubbio sul fatto che la sanzione applicata a VWAG in Germania sia da considerarsi “penale” a tutti gli effetti.

Ove anche la sanzione italiana partecipasse della natura penale, si apre il problema della doppia sanzione: chiede il Consiglio di Stato se l'art. 50 della Carta di Nizza debba essere interpretato come ostativo ad una normativa nazionale che consente di consolidare una sanzione di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno Stato membro diverso. Come detto, l'ordinanza-ingiunzione tedesca si trova in un rapporto di continenza con la sanzione italiana: la prima punisce i comportamenti dell'azienda a livello mondiale e dichiaratamente anche la “quota italiana” di tali condotte, cui precipuamente si riferisce la sanzione AGCM. All'esito di una sintetica retrospettiva sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di bis in idem, e in particolare della nota giurisprudenza in tema di reati tributari e di market abuse (in particolare le decisioni Menci e Garlsson Real Estate) – con qualche richiamo alle posizioni, convergenti, della Corte EDU – il Consiglio di Stato si chiede se il disvalore della condotta di VWAG sia stato censurato esaurientemente dal provvedimento tedesco, passato in giudicato prima del consolidarsi della sanzione italiana, cosicché l'applicazione di quest'ultima risulterebbe, ad una lettura globale della vicenda, sproporzionata e non motivata. Pur non citata espressamente, è evidente il richiamo ai principi della sentenza della Corte EDU A e B c. Norvegia, che ammette il doppio binario sanzionatorio purché vi sia sufficiente connessione “in substance and time” tra i due procedimenti; principi poi accolti dalla menzionata giurisprudenza della Corte UE, che, secondo il lessico più familiare del diritto unionale, rimarca più in generale l'obbligo di proporzionalità della reazione, anche ove frazionata in più statuizioni riconducibili ad autorità diverse.

Da questa disamina nascono quindi il secondo e il terzo quesito, rivolti dal Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia. Il primo dei due, come detto, domanda, in generale, se l'art. 50 della Carta di Nizza vieti un cumulo di sanzioni quale quello che risulterebbe dal caso di specie. L'ultimo quesito, invece, riguarda la possibilità di applicazione, nel caso di specie, delle ipotesi derogatorie al divieto di bis in idem previste dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali. Si chiede il Giudice italiano, in particolare, se le norme della direttiva 2005/29 possano rilevare a tale fine; e dunque se sussista un obiettivo di interesse generale che giustifica il cumulo sanzionatorio, se ciò derivi da norme chiare e precise, se vi sia un coordinamento tra procedimenti, se sia rispettato il principio di proporzionalità della pena.

Al riguardo, se pare riscontrabile l'obiettivo di interesse generale di tutela dei consumatori, secondo il Giudice del rinvio, paiono di contro mancare regole chiare e precise sul doppio binario, non è previsto alcun coordinamento tra i procedimenti, e infine, in tema di proporzionalità, sia le autorità italiane che quelle tedesche hanno applicato la sanzione massima.

Si può osservare che, qualora la Corte di Giustizia non riterrà sussistenti ragioni ostative all'esame dei quesiti interpretativi, l'occasione potrà essere propizia per un ulteriore affinamento dei principi in tema di bis in idem e, ancora prima, di regime delle sanzioni a “coloration pénale”, con possibile vocazione espansiva anche oltre l'ambito oggettivo della controversia de qua, e quindi con possibili ricadute ermeneutiche anche relative alle sanzioni dell'ordinamento bancario e finanziario.

Tra i vari spunti di interesse dell'ordinanza, rileva la volontà del Giudice nazionale di investire della questione la Corte di Giustizia, tenuto conto del carattere transnazionale (ma endounionale) delle due decisioni sanzionatorie e delle due autorità coinvolte. Questi profili hanno trattenuto probabilmente il Consiglio di Stato dal ravvisare direttamente

il carattere “penale” della sanzione irrogata dall’AGCM, ciò di cui, come traspare dall’ordinanza, il giudice nazionale pare persuaso. D’altronde, una decisione interna sul punto pare permessa dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. ad esempio, tra le altre, la sent. 171/2020), che è ormai approdata ad una nozione di sanzione amministrativa “sostanzialmente penale” di stampo nazionale, ovvero ritagliata su parametri interni (principalmente costituzionali) e non già di “importazione” (come avvenuto, in un primo momento, con il trapianto di tale nozione dalla giurisprudenza Grande Stevens della Corte EDU). Sulla base del precedente in commento, la questione della natura penale o meno delle sanzioni derivanti dalla CRD IV - che peraltro è anche maggiormente prescrittiva, sul punto, della Direttiva 2005/29 - potrebbe essere pure affidata ad una statuizione della Corte di Giustizia, piuttosto che essere rimessa, come fin qui è stato, ad uno scrutinio dei giudici nazionali sulla relativa disciplina traspositiva. Ancora, appare significativa una notazione dell’ordinanza in commento, allorché rileva come, a seguito della decisione definitiva del giudice tedesco, VWAG poteva rivolgersi all’AGCM per chiedere la revoca parziale in autotutela della propria sanzione, ancora non consolidata. Simile percorso pare prefigurare che può essere la stessa Autorità irrogante, prima ancora del giudice, a trovarsi nella necessità di valutare se i presupposti per il doppio binario – come affermati dalle corti europee e nazionali – siano realizzati nella pratica; valutazione delicata e non certo semplice.

L’indipendenza delle Autorità di vigilanza: l’ultima proposta della Commissione europea

di Enrica Consigliere

[...SEGUE] Il tema dell’indipendenza delle Autorità di vigilanza – pacificamente considerata quale presupposto imprescindibile per conseguire risultati di vigilanza di alta qualità[1] – è da tempo oggetto di attenzione crescente.

Sul punto, si segnala anche la recente proposta per la revisione della Direttiva 2013/36/EU (cd. Capital Requirements Directive, CRD), da ultimo presentata dalla Commissione europea[2].

Tra le ipotesi di intervento prefigurate, infatti, vi è anche un intervento di modifica dell’art. 4, par. 4, della Direttiva. Nell’attuale formulazione la disposizione appena citata richiede agli Stati membri di assicurare che le Autorità nazionali competenti per l’esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi siano dotate, tra l’altro, dell’indipendenza – non ulteriormente definita – all’uopo necessaria.

Nella nuova versione prospettata dalla Commissione, il principio appena richiamato rimarrebbe fermo; ma la disposizione si arricchirebbe di nuovi contenuti, volti a rendere più incisiva e concreta l’indicazione rivolta agli Stati membri.

In particolare, questi ultimi verrebbero chiamati ad adottare “tutte le misure necessarie per garantire che [le] autorità competenti, compreso il loro personale e i membri dei loro organi di governance, possano agire in modo indipendente e obiettivo”, vale a dire “senza sollecitare né ricevere istruzioni o essere influenzati da enti sottoposti a vigilanza, da amministrazioni pubbliche di Stati membri o da organismi dell’Unione o da qualunque altro organismo pubblico o privato”[3].

Viene quindi in rilievo il profilo della indipendenza cd. operativa, la quale si traduce nella libertà – o, se si preferisce, nella impermeabilità – della vigilanza dal mondo della “politica” in senso lato, nazionale ed europea[4].

La nuova previsione si focalizzerebbe poi sul tema del conflitto di interessi. Sul punto, gli Stati membri sarebbero tenuti ad adottare “norme proporzionate al ruolo e alle responsabilità” dei membri degli organi di governance e del personale delle Autorità competenti. Dette norme dovrebbero includere, “come minimo”, il divieto – tra l’altro[5] – di assumere o accettare, per almeno due anni dopo la cessazione del rapporto d’impiego, “qualsiasi tipo di contratto per la prestazione di servizi professionali” presso enti direttamente vigilati (o soggetti a questi collegati, quali imprese madri, filiazioni o affiliate dirette o indirette), ovvero presso imprese che forniscono servizi a enti direttamente vigilati[6].

Il legislatore europeo manifesta in tal modo l’intenzione di “appropriarsi” della disciplina di un profilo – quello del cd. “cooling off period” – finora rimesso, con riguardo al personale delle Autorità nazionali[7], alla disponibilità degli Stati membri. In effetti, allo stato diversi ordinamenti – incluso quello italiano – prevedono la temporanea impossibilità, per i componenti degli organi apicali e per i dirigenti delle Autorità di supervisione, di intrattenere rapporti di collaborazione, consulenza o impiego con soggetti vigilati (o altri soggetti a questi ultimi legati) per un

determinato periodo a decorrere dalla cessazione dell'incarico ricoperto presso l'Autorità stessa[8]. Ciò al fine di assicurare al massimo grado la distanza tra l'Autorità di vigilanza e la platea dei soggetti vigilati.

Il vincolo si abbina spesso al riconoscimento di un trattamento economico correlato. Ciò con il duplice fine, da un lato, di compensare le limitazioni derivanti dall'incompatibilità e, dall'altro, di stemperarne i possibili effetti "collaterali": il cooling off potrebbe infatti essere percepito dal mercato come una restrizione eccessivamente penalizzante connessa allo svolgimento delle funzioni di supervisione e incidere, quindi, sulla capacità "attrattiva", in termini di recruitment, delle Autorità di vigilanza.

In questa direzione sembra andare anche la proposta della Commissione, la quale prevede un "diritto a un adeguato compenso a fronte dell'impossibilità di assumere un ruolo vietato", da riconoscere ai soggetti colpiti dal divieto.

Infine, la nuova disposizione affiderebbe all'EBA il compito di dettare orientamenti sulla prevenzione dei conflitti di interessi in seno alle Autorità competenti e, in generale, sulla indipendenza. La previsione si salderebbe così con un nuovo compito assegnato all'EBA nel 2019: quello di promuovere e monitorare l'"indipendenza della vigilanza" nei settori rientranti nelle proprie attribuzioni[9], incluso, come noto, il settore della vigilanza prudenziale.

Del resto, la proposta della Commissione sopra illustrata segue di appena pochi giorni la pubblicazione, da parte dell'EBA, di un report volto a illustrare gli esiti di una prima indagine conoscitiva sul tema, condotta per fare il punto sullo stato attuale dell'indipendenza delle Autorità di vigilanza nei vari sistemi nazionali[10]. I risultati hanno restituito, anche per la vigilanza prudenziale, un quadro composito, caratterizzato da alcune sfaccettature: con particolare riguardo al profilo dell'indipendenza operativa, l'attività di alcune Autorità risulta soggetta alla supervisione di legalità o tecnica dei rispettivi governi[11].

[1] L'espressione è impiegata nel considerando 24 del Regolamento (UE) n. 2175 del 2019, che ha riformato le Autorità europee di vigilanza (EBA, EIOPA, ESMA), modificando i relativi Regolamenti istitutivi (rispettivamente, Regolamenti (UE) n. 1093, n. 1094 e n. 1095 del 2010). Come si vedrà più avanti nel testo, con la riforma l'EBA si è vista attribuire un nuovo compito, quello di promuovere e monitorare l'indipendenza della vigilanza, naturalmente nei limiti delle proprie attribuzioni.

[2] Si fa riferimento, in particolare, alla proposta della Commissione europea, pubblicata lo scorso 27 ottobre, volta a recepire nel Regolamento (UE) n. 575 del 2013 (cd. Regolamento CRR) e nella Direttiva n. 36 del 2013 (cd. Direttiva CRD) gli standard approvati dal Comitato di Basilea a fine 2017. Nel complesso, la proposta persegue tre obiettivi di fondo: rafforzare ulteriormente la resilienza del sistema bancario europeo, nel rispetto del principio di proporzionalità; contribuire alla "transizione verde"; infine, rendere più incisivi i poteri di vigilanza. Per una prima analisi, cfr. P. ANGELINI, La recente proposta della Commissione europea di modifica delle regole prudenziali per le banche: un quadro d'insieme e una prima valutazione, Intervento presso il Comitato Esecutivo dell'Associazione bancaria Italiana, Roma, 19 gennaio 2022.

[3] Naturalmente, rimarrebbero impregiudicati gli obblighi derivanti dall'appartenenza al Single Supervisory Mechanism e al Single Resolution Mechanism: vale a dire l'obbligo di adeguarsi alle decisioni, direttive o istruzioni impartite, secondo le disposizioni di riferimento, dalla BCE e dal Single Resolution Board.

[4] Cfr. Principio n. 2 dei Core principles for effective banking supervision elaborati dal Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria, secondo cui "[l]'autorità di vigilanza dispone di autonomia operativa [...]". Sul punto, qualche ulteriore indicazione si ricava del Regolamento (UE) n. 1024 del 2013 (cd. Regolamento SSM): in particolare, detto Regolamento evidenzia la correlazione tra l'indipendenza operativa della BCE – ma l'indicazione può senz'altro ritenersi valida anche per le Autorità nazionali – e la libertà "da indebite influenze politiche e da qualsiasi ingerenza degli operatori del settore" (considerando n. 75); dispone inoltre che "[n]ell'assolvimento dei compiti ad esse attribuiti dal presente regolamento, la BCE e le autorità nazionali competenti [...] agiscono in modo indipendente", con la precisazione per cui "[i] membri del consiglio di vigilanza e il comitato direttivo [della BCE] agiscono in piena indipendenza e obiettività nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni od organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati" (art. 19, par. 1).

[5] In aggiunta a quanto evidenziato nel testo, gli Stati membri dovrebbero inoltre vietare alle Autorità competenti (nonché alle loro imprese madri, filiazioni o affiliate dirette o indirette) di negoziare strumenti finanziari emessi dagli enti vigilati.

[6] Con riferimento alla seconda ipotesi (rapporti con imprese che forniscono servizi a soggetti direttamente vigilati), farebbe eccezione al divieto il caso in cui "sia rigorosamente preclusa la [...] partecipazione a qualunque prestazione di tali servizi", sempre per il periodo dei due anni successivi alla cessazione dell'incarico.

[7] Per quanto riguarda la BCE, viene in rilievo l'art. 31, par. 3 del Regolamento SSM, secondo cui "[L]a BCE istituisce e mantiene procedure generali e formali [...] per valutare in anticipo e prevenire eventuali conflitti di interessi derivanti dalla successiva assunzione, entro due anni, di membri del consiglio di vigilanza e di membri del personale della BCE coinvolti in attività di vigilanza [...]" da parte di enti rientranti nella responsabilità di vigilanza della stessa BCE; sul punto, cfr., oltre al successivo par. 4 del citato art. 31, anche l'art. 17 del Codice di condotta per le alte cariche della BCE adottato nel 2019.

[8] Ai sensi dell'art. 29-bis della legge n. 262 del 2005 i componenti degli organi di vertice e i dirigenti di Banca d'Italia, Consob e IVASS – una volta cessati dall'incarico – non possono intrattenere, neppure indirettamente, rapporti di collaborazione, consulenza o impiego con soggetti vigilati o con società da questi controllate per un certo periodo di tempo; i contratti conclusi in violazione del divieto sono nulli. La disposizione rimette la definizione di alcuni aspetti della disciplina concernente la Banca d'Italia e l'IVASS alle determinazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri. Con decreto del 29 gennaio 2015 quest'ultimo – oltre a individuare in maniera analitica le categorie soggettive rientranti nel cd. cooling-off – ha fissato la durata del relativo periodo in due anni dalla cessazione dalla carica, ferma comunque la facoltà delle due Autorità di disporre una riduzione, in relazione a singoli casi, sulla base dei criteri previsti dal Codice di condotta dei membri del Supervisory Board della BCE (oggi, Codice di condotta per le alte cariche della BCE, già citato nella nota precedente). L'attuale disciplina nulla dispone, invece, circa una eventuale remunerazione o compensazione economica da riconoscere a fronte dei limiti derivanti dall'incompatibilità connessa al periodo di cooling-off.

[9] Art. 8, par. 1, lett. b) Regolamento (UE) n. 1093/2010, cd. Regolamento EBA.

[10] Oltre alle Autorità competenti per la vigilanza prudenziale sugli istituti di credito, l'indagine ha coinvolto le Autorità competenti per la protezione dei consumatori di servizi bancari, finanziari e di servizi di pagamento, le Autorità con compiti di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, le Autorità di risoluzione nonché i sistemi di garanzia dei depositi (DGS) e le Autorità designate DGS.

[11] Per quanto riguarda la supervisione legale, è il caso della Financial Market Authority (FMA) austriaca, della Bank Guarantee Fund (BFG) polacca e della Federal Financial Supervisory Authority (Bafin) tedesca; quest'ultima risulta soggetta anche a una supervisione di tipo tecnico (cfr. Eba Report on the supervisory independence of competent Authorities, pag. 22., p. 58, consultabile su <https://www.eba.europa.eu/european-supervisory-authorities-publish-sectoral-reports-supervisory-independence-competent>).