

Ο ρόλος των Ευρωπαϊκών Εποπτικών Αρχών εντός του Ευρωπαϊκού Χρηματοπιστωτικού Συστήματος: Διαστάσεις μετά τον Κανονισμό για την Ψηφιακή Ανθεκτικότητα

Σταύρος Κουρμπέτης*

I. Εισαγωγικές σκέψεις

Η ανάγκη για τη δημιουργία υπερεθνικών (supranatural) εποπτικών αρχών για το ευρωπαϊκό χρηματοπιστωτικό σύστημα εντοπίζεται ήδη από τα μέσα της δεκαετίας του 2000. Σε πολιτικό επίπεδο, η προοπτική σύστασης πανευρωπαϊκών χρηματοπιστωτικών εποπτικών αρχών προτάθηκε για πρώτη φορά το 2009, υπό το βάρος των συνεπειών της Παγκόσμιας Χρηματοπιστωτικής Κρίσης. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ανέθεσε το έργο της διερεύνησης των κατάλληλων μέσων για την επίτευξη του στόχου της προσαρμογής των σχετικών διατάξεων του ευρωπαϊκού χρηματοπιστωτικού δικαίου ως προς την εποπτεία των επιχειρήσεων του χρηματοπιστωτικού τομέα της ΕΕ σε μία υψηλού επιπέδου ομάδα εμπειρογνομόνων, υπό την προεδρία του πρώην διοικητή της Τράπεζας της Γαλλίας Jacques de Larosière, γνωστής ως «Ομάδα Υψηλού Επιπέδου για τη Χρηματοπιστωτική Εποπτεία στην ΕΕ». Η Ομάδα υπέβαλε την Έκθεσή της («Έκθεση de Larosière») στις 25 Φεβρουαρίου 2009¹.

Για το βραχυπρόθεσμο χρονικό ορίζοντα, η Έκθεση πρότεινε τη δημιουργία ενός «Ευρωπαϊκού Συστήματος Χρηματοπιστωτικής Εποπτείας». Πράγματι, η εν λόγω πρόταση οδήγησε στη σύσταση του «Ευρωπαϊκού Συστήματος Χρηματοπιστωτικής Εποπτείας» (European System of Financial Supervision – ESFS), που τέθηκε σε λειτουργία την 1η Ιανουαρίου 2011 και αποτελείται από δύο βασικούς πυλώνες: α) τις τρεις «Ευρωπαϊκές Εποπτικές Αρχές» και β) το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Συστημικού Κινδύνου. Συστατικά στοιχεία του ESFS αποτελούν επίσης η Κοινή Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Εποπτικών Αρχών (Joint Committee), καθώς και οι αρμόδιες ή εποπτικές αρχές των κρατών μελών, όπως προβλέπεται στις νομοθετικές πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 1 παρ. 2 των Κανονισμών σύστασης των εν λόγω Αρχών και της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας (ΕΚΤ).

II. Η ίδρυση των Ευρωπαϊκών Εποπτικών Αρχών

Οι τρεις «Ευρωπαϊκές Εποπτικές Αρχές» (European Supervisory Authorities – ESAs), οι οποίες συστάθηκαν με Κανονισμούς του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24ης Νοεμβρίου 2010 είναι οι ακόλουθες: α) η Ευρωπαϊκή Αρχή Τραπεζών (European Banking Authority – EBA), δυνάμει του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1093/2010, β) η Ευρωπαϊκή Αρχή Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων (European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA), δυνάμει του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1094/2010, και γ) η Ευρωπαϊκή Αρχή Κινητών Αξιών και Αγορών (European Securities and Markets Authority – ESMA), δυνάμει του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1095/2010².

* Δικηγόρος, Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ, LL.M, M.Sc

¹. Βλ. Ευρωπαϊκή Ένωση, Έκθεση με τίτλο “The High-Level Group on Financial Supervision in the EU”, Chaired by Jacques de Larosière, Report, 2009, διαθέσιμο στο: https://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/statement_20090225_en.pdf, και σχετική βιβλιογραφία J.V. LOUIS, The Implementation of the Larosière Report: A Progress Report, στο συλλογικό έργο M. Giovanoli / D. Devos, International Monetary and Financial Law. The Global Crisis, 2010, σ. 146-176, βλ. T. TRIDIMAS, EU Financial Regulation: Federalization, Crisis Management, and Law Reform, στο συλλογικό έργο P. Craig / Gr. De Búrca, The Evolution of EU Law, 2011, σ. 783-804. Επίσης βλ. BL. SOUSI, La réglementation bancaire de l'Union européenne après la crise : un monde sans conscience et sans confiance ?, 2011, Euredia, σ. 121-132, βλ. EI. FERRAN / K. ALEXANDER, Can soft law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board, 2010, 6 European Law Review, σ. 751-776 και γενικά CHR. NOYER, Les défis de la nouvelle architecture de la supervision européenne, 2010, Euredia, σ. 151-155.

². Βλ. N. MOLONEY, EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: ‘More Europe’ or more Risks?, 2010, Capital Markets Law Review, σ. 1317-1383 και H. RUMEAU-MAILLOT, Les mesures prises par l'Union européenne en réponse

Η νομική βάση των ανωτέρω ιδρυτικών Κανονισμών είναι το άρθρο 114 ΣΛΕΕ. Οι ESAs διαδέχθηκαν και αντικατέστησαν τις τρεις Επιτροπές που είχαν συσταθεί κατόπιν των εισηγήσεων της Έκθεσης Lamfalussy του 2001 («CEBS», «CESR» και «CEIOPS»)³. Οι ESAs αποτελούν, κατ' ουσίαν, ρυθμιστικές αρχές αποτελούμενες από τις εθνικές εποπτικές αρχές. Σύμφωνα με το άρθρο 8 των ιδρυτικών Κανονισμών τους, η βασική αποστολή τους συνίσταται στη συμβολή στην «καθιέρωση κοινών ρυθμιστικών και εποπτικών προτύπων και πρακτικών υψηλής ποιότητας» (όπως εξειδικεύεται στα άρθρα 10-16 και 34), ήτοι στη συμβολή στη διαμόρφωση του ενιαίου Ευρωπαϊκού Εγχειριδίου Κανόνων (Single Rulebook). Οι ρυθμιστικές αρμοδιότητες των ESAs περιλαμβάνουν με απλά λόγια την έκδοση νομικά μη δεσμευτικών Κατευθυντήριων Γραμμών και Συστάσεων (soft law)⁴, η συμμόρφωση προς τις οποίες υπόκειται στην αρχή «συμμόρφωση ή αιτιολόγηση» (comply or explain), σύμφωνα με το άρθρο 16 των ιδρυτικών Κανονισμών των Αρχών⁵. Θα μπορούσε να ειπωθεί ότι κάθε Ευρωπαϊκή Εποπτική Αρχή συνιστά ένα τρικέφαλο μόρφωμα ρυθμιστή, επόπτη και διαμεσολαβητή και μάλιστα με αυτήν ακριβώς τη σειρά ιεραρχικά δομημένη.

Η ρυθμιστική λειτουργία, ήτοι η εξουσία θέσπισης κανόνων, δεν είχε αρχικά προβλεφθεί ως κύριος τομέας δράσης, άλλωστε, οι τρεις αρχές, εκ της ονομασίας τους, προορίζονταν να είναι «εποπτικές». Ωστόσο, ο θεσμικός σχεδιασμός, υποβοηθούμενος από τη υιοθέτηση μιας μεθόδου «καταλόγου» για την αποτύπωση των αρμοδιοτήτων, καθώς και από τις ανάγκες της στιγμής, αναβάθμισε τον ρυθμιστικό τους ρόλο⁶. Η υποβολή προς έγκριση στην Επιτροπή Κανονιστικών Τεχνικών Προτύπων (Regulatory Technical Standards RTS) και Εφαρμοστικών Τεχνικών Προτύπων (Implementing Technical Standards ITS) έχει καταστεί, κατά πολύ, ο κύριος στόχος των Ευρωπαϊκών Εποπτικών Αρχών, απορροφώντας το μεγαλύτερο μέρος των πόρων και της ενέργειάς τους. Το γεγονός ότι οι ESAs θεωρήθηκαν εξ αρχής ως φορείς που διαθέτουν την αναγκαία ειδικευση, χωρίς την οποία οι νομοθετικοί κανόνες στον τομέα των οικονομικών υπηρεσιών θα παρέμεναν ένα κενό κέλυφος, σε συνδυασμό με την πραγματικότητα ότι τα RTS και ITS σπάνια απορρίφθηκαν από την Επιτροπή και συντάσσονταν στην πλειονότητα των περιπτώσεων σε στενή συνεργασία μεταξύ της αρμόδιας αρχής και των αρμόδιων υπηρεσιών της Επιτροπής, έχει καταστήσει τα τεχνικά μέτρα όχι μόνο δεσμευτικά αμέσως μετά την έγκρισή τους, αλλά και σχεδόν υποχρεωτικά για την Επιτροπή κατά την «πρόταση», η οποία στην πραγματικότητα αποτελεί υποβολή. Επιπλέον, οι ίδιοι οι Κανονισμοί μετατοπίζουν την ισορροπία της εξουσίας υπέρ των ESAs, προβλέποντας ότι η Επιτροπή μπορεί να τροποποιήσει ή να απορρίψει τα σχέδια προτύπων μόνο σε πολύ περιορισμένες και εξαιρετικές περιπτώσεις, οι οποίες μάλιστα καθορίζονται ως ασυμβίβαστα με το δίκαιο της Ένωσης, παραβίαση της

à la crise : inventaire, présentation et commentaire, 2010, Euredia, σ. 495-540 και R. LASTRA / G. WOOD, The Crisis of 2007-09: Nature, Causes, and Reactions, 2010, Journal of International Economic Law, σ. 531-550.

³. Οι αρχές αντικαθιστούν την Επιτροπή Ευρωπαϊκών Εποπτών Τραπεζών, η οποία συστάθηκε με την Απόφαση της Επιτροπής 2009/78/ΕΚ, την Επιτροπή Ευρωπαϊκών Εποπτών Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων, η οποία συστάθηκε με την Απόφαση της Επιτροπής 2009/79/ΕΚ, καθώς και την Επιτροπή Ευρωπαϊκών Ρυθμιστών Κεφαλαιαγορών, η οποία συστάθηκε με την Απόφαση της Επιτροπής 2009/77/ΕΚ, και αναλαμβάνουν όλες τις αρμοδιότητες και καθήκοντα των εν λόγω επιτροπών, συμπεριλαμβανομένης της συνέχισης των εν εξελίξει εργασιών και έργων, όπου ενδείκνυται (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 8-10 των Προομιών των Κανονισμών ESMA/EBA/EIOPA). Βλ. ειδικότερα D. FISCHER-APPELT, The European Securities and Markets Authority: the beginnings of a powerful European Securities Authority?, 2011 Law and Financial Markets Review, σ. 2132, N. MOLONEY, The European Securities and Markets Authority and Institutional Design for the EU Financial Market – A Tale of Two Competences: Part (1) Rule-Making, 2011, European Business Organization Law Review, σ. 41-86 και N. MOLONEY, The European Securities and Markets Authority an Institutional Design for the EU Financial Market – A Tale of Two Competences: Part (2) Rules in Action, 2011, European Business Organization Law Review, σ. 177-225.

⁴. Βλ. ΔΕΕ C-16/16 P, *Βέλγιο κατά Επιτροπής*, 20.03.2018, ECLI:EU:C:2018:79, σ. 26.

⁵. Βλ. CH.V. GORTSOS, European Central Banking Law – The Role of the European Central Bank and National Central Banks under European Law, 2020, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, σ. 228-235 και J. SCHEMMELE, The ESA Guidelines: Soft Law and Subjectivity in the European Financial Market-Capturing the Administrative Influence, 2016 Indiana Journal of Global Legal Studies, σ. 455 και 465.

⁶. Βλ. G. DIEZHANDINO, A New EU Institutional Balance in the Delegation of Legislative and Implementing Powers: An Insurance Perspective. Overview of the changes brought by the Lisbon treaty and the new European Supervisory Architecture, 2011, Euredia, σ. 217-239.

αρχής της αναλογικότητας και αμέλεια των θεμελιωδών αρχών της εσωτερικής αγοράς⁷. Με μια τέτοια επιφύλαξη, και βάσει της επίσης νομικά κατοχυρωμένης ειδίκευσης των ESAs, ο κανόνας ότι τα σχέδια προτύπων θα πρέπει να περιορίζονται σε τεχνικές λεπτομέρειες και να μην επηρεάζουν στρατηγικές αποφάσεις ή πολιτικές επιλογές έγινε σχεδόν αποκλειστικά θεωρητικός ενώ επιπλέον η διαχωριστική γραμμή μεταξύ αποκλειστικά τεχνικών και εν μέρει πολιτικών προτύπων είναι εξαιρετικά δύσκολο να καθοριστεί. Από την άποψη της επιστημονικής κατάταξης των πράξεων ήπιου δικαίου βάσει λειτουργικών κριτηρίων, οι κατευθυντήριες γραμμές και οι συστάσεις υποστηρίζεται ότι πρέπει να θεωρούνται μετανομοθετικές (συμπληρωματικές) πράξεις⁸. Στην πραγματικότητα -κατά τη γνώμη του γράφοντος- πρόκειται για μια σχεδόν (*quasi*) νομοθετική δραστηριότητα που οριακά πλησιάζει την απλή νομοθετική λειτουργία. Το γεγονός ότι, ιδίως κατά τον πρώτο κύκλο λειτουργίας των ESAs, η ρύθμιση ήταν ιδιαίτερα έντονη, συνέβαλε στο να καταστεί η ρυθμιστική εργασία αυτό με το οποίο οι ESAs, και ειδικότερα η ESMA, απασχολούνταν κυρίως. Στο πεδίο των ρυθμιστικών τους αρμοδιοτήτων προστίθενται επίσης τμήματα της «ανάλυσης» που παρέχουν οι ESAs, είτε υπό μορφή πληροφόρησης ή ερμηνείας είτε μέσω περαιτέρω δεσμευτικής καθοδήγησης, όπως οι κατευθυντήριες γραμμές και οι οδηγίες που απαιτούνται από την τομεακή νομοθεσία ή εκδίδονται με ίδια πρωτοβουλία, οι οποίες, αν και τυπικά έχουν συμβουλευτικό χαρακτήρα, στην πράξη λειτουργούν δεσμευτικά. Η πρακτική αυτή ολοκληρώνει το φάσμα των ρυθμιστικών αρμοδιοτήτων και ενισχύει το καθεστώς τους.

Περαιτέρω, και στο πλαίσιο της εποπτικής λειτουργίας, ιδίως λόγω του γεγονότος ότι οι ESAs αποτέλεσαν δημιουργήματα της χρηματοπιστωτικής κρίσης, τους αποδόθηκε ένα ευρύ φάσμα έκτακτων αρμοδιοτήτων, οι οποίες θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν ως λήψη αποφάσεων υπό καθεστώς επείγοντος. Οι αρμοδιότητες αυτές περιλαμβάνουν τη λήψη διορθωτικών μέτρων (δεσμευτικών αποφάσεων από τις ESAs σε καταστάσεις έκτακτης ανάγκης που κηρύσσονται από το Συμβούλιο), την προσωρινή απαγόρευση προϊόντων ή δραστηριοτήτων που απειλούν την εύρυθμη λειτουργία και ακεραιότητα των χρηματοπιστωτικών αγορών (με την κατάσταση επείγοντος στην περίπτωση αυτή να κρίνεται από τις ίδιες τις ESAs), καθώς και τη διαδικασία διαπίστωσης «παράβασης του δικαίου της ΕΕ», στο πλαίσιο της οποίας οι ESAs έχουν αρμοδιότητα εξακρίβωσης και, σε περίπτωση παράβασης, υιοθέτησης δεσμευτικών διορθωτικών μέτρων προς διασφάλιση της ορθής εφαρμογής της χρηματοπιστωτικής νομοθεσίας της Ένωσης. Το γεγονός ότι οι εν λόγω έκτακτες εξουσίες έχουν χρησιμοποιηθεί ελάχιστα από την έναρξη λειτουργίας των ESAs και ότι οι λιγοστές περιπτώσεις εφαρμογής της διαδικασίας παράβασης που εξετάστηκαν κατέληξαν σε ασαφή αποτελέσματα, δεν αναιρεί την ύπαρξη αυτών των δεσμευτικών κανονιστικών εξουσιών και τη δυναμική ενεργοποίησή τους⁹. Ειδικότερα ως προς την εποπτική λειτουργία των ESAs αξίζουν να υπογραμμιστούν τα ακόλουθα σημεία:

α) Υφίσταται μια κεντρική πολιτική επιλογή η οποία επιτάσσει η εποπτική λειτουργία να παραμείνει κατά βάση αποκεντρωμένη, ασκούμενη σε επίπεδο κρατών μελών από τις αντίστοιχες εθνικές αρμόδιες αρχές¹⁰. Κατά συνέπεια, οι άμεσες εποπτικές εξουσίες των ESAs είναι ιδιαίτερος περιορισμένες και οριοθετημένες όπως θα αναφερθούν σε επόμενο σημείο.

β) Η έννοια της κλασικής «εποπτικής σύγκλισης» σε ένα μωσαϊκό κρατών μελών, με την έλλειψη ωστόσο, στον χρηματοπιστωτικό τομέα, μιας πραγματικής κινητήριας δύναμης είναι «ευκαταίος

7. Βλ. N. KOST DE SEVRES / L. SASSO, The new European financial Markets Legal Framework: a Real Improvement?, 2011, Capital Markets Law Journal, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1855636>.

8. Βλ. L. SENDEN, Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control, 2013, European Law Journal, σ. 57, J. SCOTT, In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law, 2011, Common Market Law Review, σ. 329 και ST. VAUGHAN, Differentiation and Dysfunction: An Exploration of Post Legislative Guidance Practices in 14 EU Agencies, 2015, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, σ. 66.

9. Βλ. D. BUSCH, A stronger role for the European Supervisory Authorities in the EU27, στο συλλογικό έργο D. Busch / E. Avgouleas / G. Ferrarini, Capital Markets Union in Europe, 2018, Oxford University Press, σ. 29-54.

10. Με σαφή εξαίρεση την περίπτωση του Ενιαίου Μηχανισμού Σταθερότητας στην Εποπτεία του Πρώτου Πυλώνα του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος.

σκοπός”¹¹. Η σύγκλιση αποτελεί περισσότερο πολιτισμική διαδικασία παρά στενά εποπτική αποστολή, και ως εκ τούτου η μετάβαση από την ημι-κανονιστική λειτουργία προς την επίτευξη εποπτικής σύγκλισης θα απαιτήσει χρόνο και θα εξαρτηθεί περισσότερο από ευρύτερες πολιτικές εξελίξεις παρά από πρωτοβουλίες των ESAs.

γ) Τα μέσα που έχουν παρασχεθεί στις ESAs για την άσκηση των εποπτικών τους καθηκόντων, λ.χ. επιτόπιες επιθεωρήσεις, αξιολογήσεις (peer reviews), διαδικασίες ερωτήσεων και απαντήσεων (Q&As), εκτιμήσεις κινδύνου σε μακρο-επίπεδο στερούνται δημιουργικότητας και έχουν εξελιχθεί περισσότερο σε τυπικές διαδικασίες συμπλήρωσης ελέγχων (box-ticking exercises) παρά σε πραγματικά κίνητρα για επίτευξη εποπτικής σύγκλισης.

Η τρίτη λειτουργία των ESAs είναι αυτή του διαμεσολαβητή/διαιτητή/επιδιαιτητή διαφορών μεταξύ εποπτικών αρχών. Η συγκεκριμένη λειτουργία εκδηλώνεται και με τη συμμετοχή στα Κολλέγια Εποπτών¹² που αφορούν διασυνοριακών δραστηριοτήτων όπου διαδραματίζουν ρόλο στην προώθηση και την παρακολούθηση της αποτελεσματικής και συνεκτικής λειτουργίας των κολεγίων, κυρίως μέσω της συλλογής και ανταλλαγής όλων των συναφών πληροφοριών, της εποπτείας των ενεργειών των αρμόδιων αρχών, της αίτησης περαιτέρω διαβουλεύσεων και της άσκησης νομικά δεσμευτικής διαμεσολαβητικής αρμοδιότητας για την επίλυση ενδεχόμενων διαφορών μεταξύ των συμμετεχουσών αρμόδιων αρχών. Επιπρόσθετα θεσπίζονται επίσημα κανάλια συνεργασίας μεταξύ των ESAs, κυρίως μέσω ενός ειδικού «οργάνου», της Κοινής Επιτροπής (Joint Committee), η οποία απαρτίζεται από τους Προέδρους των τριών αρχών όμως το “όργανο” αυτό έχει δυσκολευτεί να αποκτήσει ουσιαστικό ρόλο και απρόσκοπτη λειτουργία. Επίσης, θεσπίζεται ένα συμβούλιο προσφυγών (board of appeal) αποτελούμενο από έξι μέλη, δύο εκ των οποίων ορίζονται από κάθε αρχή, το οποίο είναι και αρμόδιο για την εξέταση κατά αποφάσεων κάποιας εκ των ESAs. Περαιτέρω, η ρητή ανάθεση στις ESAs του ρόλου των «συμβούλων» της Επιτροπής τις καθιστά προνομιακούς συνομιλητές των ευρωπαϊκών θεσμικών οργάνων για όλα τα ζητήματα που συνδέονται με τον χρηματοπιστωτικό τομέα. Ο συμβουλευτικός αυτός ρόλος τους παρέχει, τουλάχιστον θεωρητικά, διαμεσολαβητικές και εισηγητικές εξουσίες που απορρέουν απευθείας από τους ιδρυτικούς κανονισμούς. Ο διαμεσολαβητικός ρόλος των ESAs δεν θα πρέπει να υποτιμάται ούτε να συγχέεται με τις ρυθμιστικές ή εποπτικές τους δραστηριότητες. Αποτελεί ιδιαίτερη και εμβληματικής σημασίας αποστολή, η οποία θεμελιώνει κύρος και εναρμόνιση, αν και ασκείται σπάνια ή, στην περίπτωση των κολεγίων, ασκείται μακριά από τα φώτα της δημοσιότητας¹³.

III. Ειδικά τα εποπτικά καθήκοντα των ESAs

Συνεπώς, η δημιουργία του Ευρωπαϊκού Συστήματος Χρηματοπιστωτικής Εποπτείας (ESFS) δεν οδήγησε, κυριολεκτικά, στη συγκρότηση πλήρως υπερεθνικών χρηματοπιστωτικών εποπτικών αρχών σε επίπεδο ΕΕ. Η δημιουργία της Τραπεζικής Ένωσης (Banking Union) και ιδίως του πρώτου βασικού της πυλώνα – του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού (Single Supervisory Mechanism – SSM), που θεσπίστηκε με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 1024/2013 του Συμβουλίου της 15ης Οκτωβρίου 2013 «περί ανάθεσης ειδικών

¹¹. Βλ. P. IGLESIAS-RODRIGUEZ, Supervisory Cooperation in the Single Market for Financial Services: United in Diversity?, 2018 Fordham International Law Journal, σ. 621.

¹². Προσωπικά η συμμετοχή στα Κολλέγια των Εποπτών αποτελεί και τμήμα της εποπτικής λειτουργίας των Αρχών, λ.χ. κατά την απόκτηση/αύξηση ειδικής συμμετοχής σε Κεντρικό Αντισυμβαλλόμενο απαιτείται και η εκκίνηση και παροχή γνώμη του Κολλεγίου κατά τον EMIR. Σαφώς και η γνώμη του Κολλεγίου, όσο και της ESMA δεν είναι δεσμευτικές για την τελική έγκριση της απόκτησης/αύξησης της ειδικής συμμετοχής από την αρμόδια εθνική εποπτική αρχή, όμως, αφενός, η μη εκκίνηση της διαδικασίας αποτελεί παραβίαση του EMIR και, αφετέρου, η διαφοροποίηση και η μη αιτιολόγηση της διαφοροποίησης της εθνικής εποπτικής αρχής αποτελεί παραβίαση ομοίως του EMIR. Συνεπώς, η εν λόγω διαδικασία υπερβαίνει τα όρια της τρίτης λειτουργίας.

¹³. Βλ. K. ΒΟΤΟΠΟΥΛΟΣ, The European Supervisory Authorities: role-models or in need of re-modelling?, 2020, ERA Forum 21, σ. 177-198, διαθέσιμο στο <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00609-7>.

καθηκόντων στην Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα όσον αφορά πολιτικές σχετικές με τη μικροπροληπτική εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων» (SSMR) συνιστά εξαίρεση στον ανωτέρω κανόνα.

Μοναδική εξαίρεση στον κανόνα που θέλει τις ESAs να είναι μόνο ρυθμιστικές αρχές και όχι εποπτικές αρχές, είναι η περίπτωση της ESMA. Η ESMA και σε μια περίπτωση μόνον και η EBA, διαθέτουν εποπτικές εξουσίες τουλάχιστον στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) Κατά το άρθρο 28 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 236/2012 για τις ανοικτές πωλήσεις (short selling), παραχωρήθηκαν στην ESMA άμεσες εξουσίες παρέμβασης στις Κεφαλαιαγορές με σκοπό να αντιμετωπιστεί κάθε απειλή για την ομαλή λειτουργία και την ακεραιότητα των χρηματοπιστωτικών αγορών ή για τη σταθερότητα του συνόλου ή μέρους του χρηματοπιστωτικού συστήματος της ΕΕ, στην περίπτωση που υφίστανται διασυννοριακές επιπτώσεις και με την προϋπόθεση ότι οι εθνικές αρμόδιες αρχές (NCAs) δεν έχουν λάβει μέτρα για την αντιμετώπιση της απειλής ή τα ληφθέντα μέτρα δεν επαρκούν για την αποτελεσματική αντιμετώπισή της. Οι άμεσες εξουσίες παρέμβασης της ESMA προσδιορίζονται ρητά στον Κανονισμό και αφορούν μέτρα που απαγορεύουν ή επιβάλλουν όρους στη σύναψη από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ανοικτής πώλησης ή συναλλαγής η οποία δημιουργεί ή σχετίζεται με κινητό αξιόγραφο, διαφορετικό από τα συμβόλαια ανταλλαγής πιστωτικής αθέτησης (credit default swaps), όταν η επίπτωση (ή μία από τις επιπτώσεις) της συναλλαγής είναι να παρέχει οικονομικό όφελος στο εν λόγω πρόσωπο σε περίπτωση πτώσης της τιμής ή της αξίας ενός άλλου κινητού αξιογράφου¹⁴.

β) Κατά το άρθρο 40, η ESMA και κατά το άρθρο 41 η EBA, του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 600/2014 για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων διαθέτουν ειδική αρμοδιότητα παρέμβασης στις αγορές παραγώγων εμπορευμάτων, η οποία τους έχει ανατεθεί ρητά δυνάμει του άρθρου 9 παρ. 5 των ιδρυτικών Κανονισμών, υπό την επιφύλαξη της τήρησης των προβλεπόμενων νομικών προϋποθέσεων. Συγκεκριμένα, οι αρχές είναι αρμόδιες να λαμβάνουν ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα μέτρα: α. να ζητούν από οποιοδήποτε πρόσωπο την υποβολή όλων των σχετικών πληροφοριών σχετικά με το μέγεθος και τον σκοπό θέσης ή έκθεσης που έχει ληφθεί μέσω παραγώγου, β. να απαιτούν από το εν λόγω πρόσωπο τη μείωση ή την κατάργηση της εν λόγω θέσης ή έκθεσης, και, γ. να περιορίζουν τη δυνατότητα ενός προσώπου να συμμετάσχει σε συναλλαγή παραγώγου εμπορεύματος¹⁵.

γ) Η ESMA της παραχωρήθηκαν άμεσες και αποκλειστικές εποπτικές αρμοδιότητες ως προς: α. τους Οργανισμούς Αξιολόγησης Πιστοληπτικής Ικανότητας (Credit Rating Agencies – CRAs), δυνάμει του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1060/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τους οργανισμούς αξιολόγησης πιστοληπτικής ικανότητας, όπως τροποποιήθηκε από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 513/2011 (ο «Κανονισμός CRA»), με ιδιαίτερη έμφαση στην εγγραφή και εποπτεία των Οργανισμών Αξιολόγησης Πιστοληπτικής Ικανότητας που εδρεύουν στην ΕΕ, καθώς και στην έγκριση των οργανισμών τρίτων χωρών, και β. τα Αποθετήρια Συναλλαγών (Trade Repositories – TRs), δυνάμει του Κανονισμού για την Ευρωπαϊκή Υποδομή των Αγορών (European Market Infrastructure Regulation – EMIR) (Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 648/2012), όσον αφορά την εγγραφή και εποπτεία των Αποθετηρίων Συναλλαγών που εδρεύουν στην ΕΕ, καθώς και την αναγνώριση των Αποθετηρίων Συναλλαγών τρίτων χωρών¹⁶.

¹⁴. Βλ. CH. GORTSOS / K. LAGARIA, The European Supervisory Authorities (ESAs) As 'Direct' Supervisors, 2020, EU Financial System. European Banking Institute Working Paper Series – No. 57, σ. 6-7, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3534775>.

¹⁵. Βλ. N. MOLONEY, The Age of ESMA – Governing EU Financial Markets, 2018, Oxford: Hart Publishing, σ. 293.

¹⁶. Ο.π., CH. GORTSOS / K. LAGARIA, σ. 8-9.

IV. Η νομική βάση των εποπτικών καθηκόντων των ESAs

Αναφέρθηκε ανωτέρω ότι η νομική βάση για την ίδρυση των ESAs ήταν η διάταξη του άρθρου 114 ΣΛΕΕ, με απώτερο σκοπό την εναρμόνιση της αγοράς. Η αρμοδιότητα αυτών λοιπών, αφενός, προκύπτει από τη δευτερογενή νομοθεσία είτε πρόκειται για τους ιδρυτικούς Κανονισμούς είτε τα ανωτέρω αναφερόμενα παραδείγματα ειδικών Κανονισμών¹⁷, αλλά, αφετέρου, προκύπτει κατά τρόπο περιοριστικό και από τη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ. Ειδικότερα, από τη νομολογία του Δικαστηρίου έχει προκύψει το δόγμα *Romano* (*Romano doctrine*)¹⁸, το οποίο εδράζεται στο διαμορφωθέν δόγμα *Meroni* (*Meroni doctrine*)¹⁹.

Σύμφωνα με το δόγμα *Meroni*, η λεπτομερής περιγραφή των παρεμβατικών αρμοδιοτήτων που διαθέτει η ESMA δεν συνεπάγεται ότι η Αρχή εφοδιάζεται με «πολύ ευρεία διακριτική ευχέρεια», η οποία θα ήταν ασύμβατη με τις διατάξεις των Συνθηκών της ΕΕ. Το Δικαστήριο αποδέχθηκε ότι η διακριτική ευχέρεια της ESMA περιορίζεται από διάφορες προϋποθέσεις και κριτήρια, όπως είναι η υποχρέωση διαβούλευσης με το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Συστημικού Κινδύνου (ESRB) και ο προσωρινός χαρακτήρας των εξουσιοδοτούμενων μέτρων. Παράλληλα, το Δικαστήριο υπογράμμισε ότι οι δύο κατηγορίες μέτρων που δύναται να λάβει η ESMA περιορίζονται αυστηρά σε εκείνα που καθορίζονται στο άρθρο 9 παρ. 5 του ιδρυτικού της Κανονισμού. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι το άρθρο 28 του Κανονισμού για τις ανοικτές πωλήσεις δεν μπορεί να εξεταστεί απομονωμένα, αλλά πρέπει να αντιμετωπίζεται ως μέρος μιας σειράς διατάξεων που στοχεύουν στην παροχή εξουσιών παρέμβασης τόσο στις εθνικές αρμόδιες αρχές (NCAs) όσο και στην ESMA, προκειμένου να αντιμετωπιστούν αρνητικές εξελίξεις (εξωτερικότητες) που ενδέχεται να απειλήσουν τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα και την εμπιστοσύνη στις αγορές εντός της ΕΕ. Στο πλαίσιο αυτό, τα εν λόγω όργανα πρέπει να διαθέτουν τη δυνατότητα να επιβάλλουν προσωρινούς περιορισμούς στις ανοικτές πωλήσεις ορισμένων μετοχών, στα συμβόλαια ανταλλαγής πιστωτικής αθέτησης ή άλλων συναλλαγών, προκειμένου να αποτραπεί μια αδιέξοδη πτώση της τιμής των εν λόγω μέσων. Τα όργανα αυτά διαθέτουν υψηλό επίπεδο επαγγελματικής ειδίκευσης και συνεργάζονται στενά για την επίτευξη του στόχου της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας στην ΕΕ. Το Δικαστήριο επίσης έκρινε ότι η «ειδική επαγγελματική και τεχνική ειδίκευση» μπορεί να αποτελέσει νομική βάση για την απόδοση αρμοδιοτήτων που δύναται να ασκηθούν σε ειδικές περιστάσεις, οπότε δεν τίθεται θέμα διοικητικής διακριτικής ευχέρειας.

V. Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2022/2554 για την ψηφιακή επιχειρησιακή ανθεκτικότητα (DORA)

Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2022/2554 της 14ης Δεκεμβρίου 2022 σχετικά με την ψηφιακή επιχειρησιακή ανθεκτικότητα του χρηματοοικονομικού τομέα (εφεξής καλούμενος ως DORA) αποτελεί δευτερογενή ενωσιακή νομοθεσία η οποία ξεπερνά τα όρια της ρύθμισης ενός συγκεκριμένου πυλώνα αλλά ως οριζόντια ρύθμιση αφορά και τους τρεις πυλώνες του χρηματοπιστωτικού συστήματος, ήτοι τον τραπεζικό πυλώνα, τον πυλώνα αγορών κεφαλαίου και τον ασφαλιστικό πυλώνα. Πριν από τη θέσπιση του ψηφιακού πακέτου για τη χρηματοοικονομική αγορά της ΕΕ, η αντιμετώπιση των κυβερνο-απειλών δεν αποτελούσε μέρος του χρηματοπιστωτικού κανονιστικού πλαισίου. Σύμφωνα με την υπ' αριθμ 1 αιτιολογική σκέψη του DORA, οι ευρωπαίοι νομοθέτες υπογράμμισαν ότι η αυξανόμενη ψηφιοποίηση και διασύνδεση εντείνουν τον κίνδυνο που συνδέεται με τεχνολογίες πληροφορικής και επικοινωνιών (ICT risk), καθιστώντας τη

¹⁷. Βλ. M. CHAMON, Granting Powers to EU Decentralised Agencies, 2018, Three Years following Short Selling, 18 ERA Forum, σ. 597.

¹⁸. Βλ. ΔΕΚ C-98/80, *Giuseppe Romano v Institut National d'Assurance Maladie*, 14.05.1981, ECLI:EU:C:1981:104.

¹⁹. Βλ. ΔΕΚ 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*, 13.06.1958, ECLI:EU:C:1958:7, και όπως επαναοριοθετήθηκε το δόγμα *Meroni* από την απόφαση της 22ας Ιανουαρίου 2014, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:U:C:2014:18 και ό.π., σ. 11-12. Από την έκδοσή της, η εν λόγω απόφαση έχει γίνει αντικείμενο διαρκούς επιστημονικής συζήτησης, κυρίως υπό το πρίσμα της αποτελεσματικότητας, της λογοδοσίας και της νομιμοποίησης των οργάνων της ΕΕ, ιδίως λαμβανομένης υπόψη της διαρκώς επεκτεινόμενης τεχνοκρατικής επιρροής της ESMA στην πράξη.

κοινωνία στο σύνολό της, και ιδιαίτερα το χρηματοπιστωτικό σύστημα, πιο ευάλωτα σε κυβερνοαπειλές ή διαταραχές ICT. Ο DORA μεταφέρει πρόσφατες εξελίξεις στον χώρο της κυβερνοασφάλειας στους κανόνες χρηματοπιστωτικής ρύθμισης. Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2019/881 για την Κυβερνοασφάλεια έχει ήδη εισάγει τη ρύθμιση και διακυβέρνηση της κυβερνοασφάλειας στην ΕΕ σε ένα νέο πεδίο ισχυρών νομικών απαιτήσεων και θεσμικών εξουσιών. Ο NIS αντικατέστησε τον ελλιπή συντονισμό εθνικών αρχών και νομοθεσιών με ένα εναρμονισμένο καθεστώς, που περιλαμβάνει τόσο τον κάθετο συντονισμό όσο και τον οριζόντιο συντονισμό μεταξύ της ENISA (Οργανισμός Κυβερνοασφάλειας της ΕΕ), των εθνικών αρχών και φορέων. Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2019/881 παρέχει επίσης τον ορισμό της κυβερνο-απειλής, στην περίπτωση 8 του άρθρου 2 (άρθρο 2 παρ. 8), ως «κάθε πιθανή περίπτωση, πιθανό συμβάν ή πιθανή ενέργεια που θα μπορούσε να καταστρέψει, να διαταράξει ή να επιδράσει κατ' άλλον τρόπο δυσμενώς στα συστήματα δικτύου και πληροφοριών, στους χρήστες των εν λόγω συστημάτων και σε άλλα πρόσωπα». Με τον DORA οι αντίστοιχες ανησυχίες αποκτούν νομικό και θεσμικό έρεισμα στη χάραξη πολιτικής για την ψηφιακή χρηματοοικονομική ρύθμιση.

Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2022/2554 λειτουργεί ως γέφυρα μεταξύ της Οδηγίας (ΕΕ) 2022/2555 (NIS 2) και του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/2557 (CER), καθώς όλα τα εν λόγω κανονιστικά πλαίσια επικεντρώνονται στην έννοια της ανθεκτικότητας. Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 του CER, η «ανθεκτικότητα» ορίζεται ως η ικανότητα ενός κρίσιμου οργανισμού να προλαμβάνει, να προστατεύει, να ανταποκρίνεται, να αντιστέκεται, να μετριάξει, να απορροφά, να προσαρμόζεται και να ανακάμπτει από ένα συμβάν. Αντιθέτως, αν και στο άρθρο 7 παρ. 2 στοιχείο (i) του NIS 2 η ανθεκτικότητα αναφέρεται ως στόχος δημόσιας πολιτικής, δεν παρέχεται ρητός ορισμός της, ενώ στην αιτιολογική σκέψη 28 ορίζεται ότι οι διατάξεις του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/2554 περί διαχείρισης κινδύνων Τεχνολογιών Πληροφοριών και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), διαχείρισης και αναφοράς σοβαρών περιστατικών, δοκιμών επιχειρησιακής ανθεκτικότητας, ρυθμίσεων ανταλλαγής πληροφοριών και διαχείρισης κινδύνων από παρόχους υπηρεσιών τρίτων ΤΠΕ, υπερσχύουν έναντι εκείνων της Οδηγίας NIS 2 για τον χρηματοπιστωτικό τομέα. Τα κράτη μέλη δεν θα πρέπει, συνεπώς, να εφαρμόζουν τις σχετικές υποχρεώσεις του NIS 2 στους φορείς²⁰ που καλύπτονται από τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/2554, διατηρώντας όμως στενή συνεργασία και ανταλλαγή πληροφοριών. Ο Κανονισμός NIS 2 επιτρέπει στις ESAs και στις αρμόδιες εθνικές αρχές να συμμετέχουν στην Ομάδα Συνεργασίας, να ανταλλάσσουν δεδομένα με τα ενιαία σημεία επαφής και να διαβιβάζουν λεπτομέρειες για σημαντικά περιστατικά ΤΠΕ ή σοβαρές απειλές στον κυβερνοχώρο. Αυτό καθίσταται εφικτό μέσω άμεσης πρόσβασης στις γνωστοποιήσεις/κοινοποιήσεις περιστατικών και προώθησής τους είτε απευθείας είτε μέσω ενιαίου σημείου εισόδου. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 του Κανονισμού DORA, η «ψηφιακή επιχειρησιακή ανθεκτικότητα» συνίσταται στην ικανότητα ενός χρηματοπιστωτικού φορέα να αναπτύσσει, να εξασφαλίζει και να επαναξιολογεί την επιχειρησιακή του ακεραιότητα και αξιοπιστία, με απαραίτητη προϋπόθεση τη διασφάλιση όλων των αναγκαίων, άμεσων ή έμμεσων παρεχόμενων μέσω τρίτων παρόχων ΤΠΕ, δυνατοτήτων για την προστασία των συστημάτων δικτύου και πληροφοριών που χρησιμοποιεί ο φορέας και οι οποίες δυνατότητες υποστηρίζουν τη συνεχή και ποιοτική παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών, ακόμη και κατά τη διάρκεια «διαταράξεων». Ο ορισμός του Κανονισμού ευθυγραμμίζεται με τον γενικό ορισμό ανθεκτικότητας του CER.

Η DORA εντάσσεται στο Ενιαίο Εγχειρίδιο Κανόνων²¹. Όπως επισημαίνεται στην αιτιολογική έκθεση, το πλαίσιο εμβαθύνει τη διάσταση διαχείρισης ψηφιακού κινδύνου του Ενιαίου Εγχειριδίου Κανόνων, ενισχύοντας και απλοποιώντας τη διαχείριση κινδύνου ΤΠΕ από τους φορείς, θεσπίζοντας αυστηρούς

²⁰. Για τους σκοπούς της παρούσας μελέτης, στην έννοια των φορέων εντάσσονται οι οντότητες του άρθρου 2 παρ. 1 του Κανονισμού DORA.

²¹. Το κανονιστικό περίγραμμα του Ενιαίου Μηχανισμού Εποπτείας (Single Supervisory Mechanism SSM) αποτελείται, ιδίως, από τους Κανονισμούς (ΕΕ) 1024/2013 του Συμβουλίου της 15ης Οκτωβρίου 2013, (ΕΕ) 1022/2013 του Συμβουλίου της 22ας Οκτωβρίου 2013, (ΕΕ) 486/2014 της ΕΚΤ της 16ης Απριλίου 2014 και (ΕΕ) 575/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013 ('CRR'), από την Οδηγία 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013 ('CRD IV') – στο πλαίσιο εφαρμογής των κανόνων του Single Rulebook, από τη Διοργανική Συμφωνία 2013/694/ΕΕ του Οκτωβρίου 2013 μεταξύ του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και της ΕΚΤ και από το Μνημόνιο Συνεργασίας του Δεκεμβρίου 2013 μεταξύ του Συμβουλίου και της ΕΚΤ.

ελέγχους συστημάτων ΤΠΕ, αυξάνοντας την επίγνωση των εποπτών για τους κινδύνους και τα περιστατικά και παρέχοντας εξουσίες εποπτείας στους επόπτες για κινδύνους που απορρέουν από την εξάρτηση των φορέων από τρίτους παρόχους ΤΠΕ. Παράλληλα, εισάγει έναν εναρμονισμένο μηχανισμό αναφοράς περιστατικών, μειώνοντας τα διοικητικά βάρη και ενισχύοντας την αποτελεσματικότητα της εποπτείας. Η DORA αποσκοπεί στη σύγκλιση με την υφιστάμενη νομοθεσία διαχείρισης λειτουργικού κινδύνου (operational risk), επεκτεινόμενη όμως σε ένα νέο πεδίο λειτουργικού κινδύνου – τον ψηφιακό λειτουργικό κίνδυνο.

VI. Η διασφάλιση της Ανθεκτικότητας και της Ασφάλειας ως προϋπόθεση του μετασχηματισμού του Ενωσιακού Δικαίου Κυβερνοασφάλειας

Η εξέλιξη του κανονιστικού πλαισίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την Κυβερνοασφάλεια αποτελεί κρίσιμο στοιχείο για τη διασφάλιση της ανθεκτικότητας (resilience) και της ασφάλειας (security) σε ένα ψηφιακό χρηματοοικονομικό περιβάλλον. Το παγκόσμιο χρηματοπιστωτικό τοπίο έχει υποστεί βαθύ μετασχηματισμό τις τελευταίες δεκαετίες, αποτέλεσμα της ραγδαίας προόδου των ψηφιακών τεχνολογιών. Οι λόγοι του μετασχηματισμού είναι κατά τη γνώμη του γράφοντος προϊόν της κρίσης από τα προστατευτικού τύπου μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας του SARS-COV II²² αλλά και από γεγονότα όπως ο πόλεμος στην Ουκρανία, κατά τη διάρκεια του οποίου διεξάγεται παράλληλα και ένας ψηφιακός πόλεμος²³.

Η ευρεία διάδοση των λύσεων χρηματοπιστωτικής τεχνολογίας (Financial Technology- FinTech)²⁴, πραγματοποιείται με την εξάπλωση των ηλεκτρονικών συστημάτων πληρωμών και την άνοδο των κρυπτοστοιχείων. Ειδικά οι δύο αυτές εφαρμογές της FinTech, αφενός, δημιουργούν νέες ευκαιρίες, αλλά, αφετέρου, δημιουργούν σημαντικές προκλήσεις αναφορικά με την προστασία των καταναλωτών, την ακεραιότητα των αγορών και την ασφάλεια και συνέχεια των χρηματοοικονομικών λειτουργιών.

Σε αυτό το δυναμικά εξελισσόμενο περιβάλλον, είναι προφανές ότι τα κανονιστικά πλαίσια διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο στην εξασφάλιση τόσο της προστασίας των χρηστών των αγορών όσο και της σταθερότητας των αγορών - δύο σημαντικών δημοσίων σκοπών. Η εξέλιξη των ρυθμίσεων της ΕΕ για την κυβερνοασφάλεια, ιδίως η μετάβαση από την Οδηγία (ΕΕ) 2016/1148 (NIS 1) στην NIS 2, αποτελεί μια χαρακτηριστική περίπτωση αλλαγή του νομικού παραδείγματος στην προστασία κρίσιμων υποδομών και βασικών υπηρεσιών. Η μεταβολή αυτή ενισχύθηκε περαιτέρω με την καθιέρωση του Digital Finance Package — και ιδίως με τον DORA και τον Κανονισμό (ΕΕ) 2023/1114 για τις Αγορές Κρυπτο-περιουσιακών Στοιχείων (MiCAR)²⁵. Από σκοπιά δημοσίων πολιτικών, η μετατόπιση αυτή σηματοδοτεί τη μετάβαση από ένα μοντέλο προστασίας επικεντρωμένο σε επιμέρους φορείς, δηλαδή οι πάροχοι των χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών, σε ένα συστημικό πρότυπο που στοχεύει στην ενίσχυση της ανθεκτικότητας των αλληλοεξαρτώμενων (interconnected) φορέων του χρηματοπιστωτικού και του ψηφιακού οικοσυστήματος. Ο υπέρτατος θεμιτός στόχος είναι η διατήρηση της συνέχειας (continuity) των

²². Βλ. G. DOMÉNECH-PASCUAL, State Liability for the Management of the COVID-19 Crisis, σ. 382-3, στο συλλογικό έργο E. Hondius κ.λπ., Coronavirus and the Law in Europe, 2021, Intersentia.

²³. Βλ. Διεθνές Νομισματικό Ταμείο, The Last Mile: Financial Vulnerabilities and Risks, Global Financial Stability Report, 2024, σ. 79-80. και ENISA, Threat Landscape (July 2021 to July 2022), Έκθεση, 2022, διαθέσιμη στο <https://www.enisa.europa.eu/topics/cyber-threats/threats-and-trends> και Bipartisan Policy Center, Top Risks in Cybersecurity 2023, Έκθεση, 2023, διαθέσιμη στο <https://bipartisanpolicy.org/report/top-risks-cybersecurity-2023>.

²⁴. Στη βιβλιογραφία εντοπίζεται εναλλακτικά ο όρος «χρηματοοικονομική τεχνολογία», όμως κατά τη γνώμη του γράφοντος προτιμητέος πρέπει να είναι ο όρος χρηματοπιστωτική τεχνολογία κατά την αντίστοιχη χρήση του όρου «χρηματοπιστωτικό σύστημα» και όχι «χρηματοοικονομικό σύστημα».

²⁵. Οι Κανονισμοί αυτοί ενσωματώνουν τη λογική της επιχειρησιακής ψηφιακής ανθεκτικότητας σε επίπεδο τομέων του χρηματοπιστωτικού συστήματος, μετακινώντας ουσιαστικά, κατά τη γνώμη του γράφοντος, το επίκεντρο της ρύθμισης και της εποπτείας από την προστασία μεμονωμένων φορέων στην ανθεκτικότητα ολόκληρων οικονομικών οικοσυστημάτων.

αγορών²⁶ και, συνακόλουθα, η προστασία της κοινωνικής και οικονομικής σταθερότητας στο σύνολό της. Η εξέλιξη αυτή έχει σημαντικές συνέπειες όχι μόνο για την προστασία των υποδομών, αλλά και για τη διαμόρφωση τεχνικών προτύπων, πρωτοκόλλων ασφάλειας και μέτρων επιχειρησιακής συνέχειας, τα οποία οφείλουν να προσαρμόζονται δυναμικά σε ένα διαρκώς μεταβαλλόμενο κανονιστικό περιβάλλον²⁷. Ωστόσο, η εμπειρία κατέδειξε ότι η ατομοκεντρική προσέγγιση της NIS 1 δεν επαρκούσε για την αντιμετώπιση της αυξανόμενης διασυνδεσιμότητας και της πολυπλοκότητας των εφοδιαστικών αλυσίδων. Το πλαίσιο της NIS 2 σηματοδότησε την καθιέρωση μιας συστημικής προσέγγισης, καθιστώντας την επιχειρησιακή ανθεκτικότητα και τη διακυβέρνηση της κυβερνοασφάλειας υποχρεωτικά στοιχεία ενός ενιαίου μηχανισμού προστασίας. Οι υποχρεώσεις που επιβάλλονται πλέον είναι αυστηρότερες και εκτείνονται σε τομείς όπως η διαχείριση κινδύνων, η αντιμετώπιση περιστατικών, η προστασία ψηφιακών υποδομών και η διαχείριση τρίτων παρόχων.

Οι Κανονισμοί DORA και MiCAR εναρμονίζονται πλήρως με το πνεύμα της NIS 2²⁸, προσαρμόζοντας ωστόσο την κανονιστική προσέγγιση στις ιδιαιτερότητες του χρηματοπιστωτικού τομέα. Στοχεύουν στη θωράκιση της ανθεκτικότητας έναντι κυβερνοαπειλών και επιχειρησιακών διαταραχών, ώστε να αποτραπούν φαινόμενα συστημικής μετάδοσης κρίσεων. Η συμμόρφωση προϋποθέτει μέτρα για την προστασία των πληροφοριακών υποδομών, τη διαχείριση σχέσεων με εξωτερικούς παρόχους —όπως οι πάροχοι υπηρεσιών cloud— καθώς και την υιοθέτηση ολοκληρωμένων σχεδίων επιχειρησιακής συνέχειας και ανάκαμψης²⁹.

Στο σύγχρονο ψηφιακό περιβάλλον, η ασφάλεια πληροφοριών αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο για την προστασία των δεδομένων, τη διασφάλιση της επιχειρησιακής συνέχειας και τη σταθερότητα των στρατηγικών τομέων. Το ευρωπαϊκό κανονιστικό πλαίσιο υπογραμμίζει την ανάγκη υιοθέτησης μιας προληπτικής, ανθεκτικής και προσαρμοστικής προσέγγισης, που υπερβαίνει την ατομική προστασία και προάγει τη συστημική σταθερότητα. Εν τέλει, η πρόκληση της ανάπτυξης τεχνολογιών αιχμής, όπως οι κβαντικοί υπολογιστές, επιβάλλει τη συνεχή επικαιροποίηση των μηχανισμών ασφάλειας, μέσω της υιοθέτησης νέων μορφών κρυπτογράφησης (post-quantum cryptography), εξασφαλίζοντας τη μακροπρόθεσμη βιωσιμότητα της ευρωπαϊκής ψηφιακής χρηματοπιστωτικής αρχιτεκτονικής.

VII. Η εποπτική λειτουργία των ESAs μετά τον DORA: Η παροχή ΤΠΕ στο πεδίο του DORA και οι ιδιαίτεροι δογματικοί προβληματισμοί

Βασιζόμενη στις διαπιστώσεις και στις προτάσεις της έκθεσης De Larosière αλλά και στις εξελίξεις, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ασπάστηκε, μεταξύ άλλων, την πρόταση για τη σύσταση της Τραπεζικής Ένωσης

²⁶. Βλ. Ευρωπαϊκή Ένωση, FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector, Ανακοίνωση από την Επιτροπή προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα, την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή Περιφερειών της Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής και της Επιτροπής των Περιφερειών, COM/2018/0109, 2018, και ειδικότερα τη σκ. 6 όπου: “*In its Communication of 8 March 2018 entitled “FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector”, the Commission highlighted the paramount importance of making the Union financial sector more resilient, including from an operational perspective to ensure its technological safety and good functioning, its quick recovery from ICT breaches and incidents, ultimately enabling the effective and smooth provision of financial services across the whole Union, including under situations of stress, while also preserving consumer and market trust and confidence.*”.

²⁷. Η Οδηγία NIS 1 καθιέρωσε το πρώτο ολοκληρωμένο ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο για την ασφάλεια δικτύων και πληροφοριακών συστημάτων, με έμφαση στην προστασία κρίσιμων υπηρεσιών όπως η ενέργεια, οι μεταφορές, η υγεία και οι ψηφιακές υποδομές. Ο διττός στόχος της ήταν, αφενός, η ενίσχυση της ανθεκτικότητας των παρόχων κρίσιμων υπηρεσιών και, αφετέρου, η σταθεροποίηση ολόκληρου του τομέα μέσω της ενίσχυσης των επιμέρους συνιστωσών του.

²⁸. Βλ. A. ALIBRANDI / M. RABITTI / G. SCHNEIDER (2023), The European AI Act’s Impact on Financial Markets: From Governance to Co-Regulation, EBI Working Paper Series 2023 – no. 138.

²⁹. Βλ. ST. KOURMPETIS, Management of ICT Third Party Risk Under the Digital Operational Resilience Act, 2022, στο συλλογικό έργο L. Böffel / J. Schürger, Digitalisation, Sustainability and the Banking and Capital Markets Union. EBI Studies in Banking and Capital Markets Law, Palgrave Macmillan, 2022, σ. 224-6.

(European Banking Union – EBU)³⁰ και της Ένωσης Κεφαλαιαγορών (Capital Markets Union - CMU)³¹. Ωστόσο η ύπαρξη μιας αντίστοιχης Ασφαλιστικής Ένωσης πράγματι μέχρι και σήμερα δεν έχει αποτελέσει σοβαρή προτεραιότητα για την Ένωση. Εντός της έκθεσης και με την ίδρυση των ESAs ο ρόλος που απέκτησαν εντός εκάστου εποπτικού σχήματος ανά πυλώνα του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος είναι σαφέστατος. Ειδικά ως προς την εποπτική λειτουργία λοιπόν, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, αυτή ορίζεται εξαιρετικά στο πλαίσιο δευτερογενούς ενωσιακής νομοθεσίας. Οι διατάξεις του DORA που αφορούν τις εποπτευόμενες οντότητες των τριών πυλώνων έρχονται να συμπληρώσουν τις ουσιαστικές απαιτήσεις, αδειοδότησης, εποπτείας κατά την καθημερινή δράση (ongoing supervision) και λήψης εποπτικών μέτρων σε περιπτώσεις μη συμμόρφωσης με τις ουσιαστικές απαιτήσεις της νομοθεσίας. Στην περίπτωση λοιπόν της “παραδοσιακής” αρχιτεκτονικής της εποπτείας ανά πυλώνα, ο DORA δεν έχει να προσθέσει σημαντικά πράγματα, με την επιφύλαξη όμως μιας νέας δομής εποπτείας που αναφορά την εξωτερική ανάθεση λειτουργιών που σχετίζονται με ΤΠΕ.

Αρχικά, ο ορισμός του παρόχου ΤΠΕ καταγράφεται στο άρθρο 3 (19) του DORA και ουσιαστικά στον ορισμό του παρόχου ΤΠΕ, ενδεικτικά, εντάσσονται οι πάροχοι υπηρεσιών υπολογιστικού νέφους (cloud), λογισμικού (software), υλισμικού (hardware), ανάλυσης δεδομένων (data analytics) και υποδομών δεδομένων (data centers), καθώς και κάθε οικονομική οντότητα που παρέχει υπηρεσίες ΤΠΕ, ακόμη και εάν αποτελεί μέρος ενός μεγαλύτερου εταιρικού ομίλου με ευρύτερο φάσμα υπηρεσιών ή προϊόντων. Το ευρύτατο αυτό πεδίο, που σκόπιμα εντάσσει ακόμα και τους παρόχους των παρόχων (υπεργολάβους).

³⁰. Το εν λόγω εγχείρημα υιοθετήθηκε με σκοπό την αντιμετώπιση τριών βασικών ζητημάτων: α) του τριλήμματος της χρηματοοικονομικής σταθερότητας, β) του “στενού” δεσμού μεταξύ κρατών και τραπεζών – του αποκαλούμενου διαβολικού κύκλου (diabolical loop) – και γ) για την προστασία των δημόσιων οικονομικών από τις αρνητικές εξωτερικές επιδράσεις μιας τραπεζικής κρίσης, μέσω της θέσπισης υποχρεωτικών καθεστώτων bail-in. Για περισσότερα βλ. D. SCHOENMAKER, The Financial Trilemma, Economics Letters, Vol. 111, 2011, σ. 57-59, διαθέσιμο στο <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0165176511000115>. Η Τραπεζική Ένωση δομείται σε τρεις πυλώνες: (i) τον Ενιαίο Εποπτικό Μηχανισμό (Single Supervisory Mechanism – SSM), (ii) τον Ενιαίο Μηχανισμό Εξυγίανσης (Single Resolution Mechanism – SRM) και (iii) τον Ενιαίο Μηχανισμό Εγγύησης Καταθέσεων, τον τρίτο πυλώνα που μέχρι σήμερα δεν έχει ολοκληρωθεί. Βλ. R. CRANSTON κ.λπ., Principles of Banking Law, 3rd ed., Oxford University Press, 2018, σ. 160 και CHR. V. GORTSOS, Institutional and Legal Aspects of the European Banking Union: Status Quo and the Way Forward, 2017, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3093830>.

³¹. Δεν υπάρχει ενιαία λύση για την επίτευξη μιας πραγματικά ενιαίας αγοράς κεφαλαίων κατά την αρχιτεκτονική της EBU. Αντιθέτως, η Ευρωπαϊκή Ένωση απαιτεί ένα συνεκτικό σύνολο μέτρων για την ικανοποίηση των στόχων που έχουν προκύψει έως τώρα από το έργο της Ένωσης Κεφαλαιαγορών (CMU), ήτοι: α) καλύτερες επιλογές για αποταμιευτές και επενδυτές, β) περισσότερη στήριξη για τις επιχειρήσεις και τους επιχειρηματίες, και γ) πιο αποδοτική και αποτελεσματική εποπτεία για τους συμμετέχοντες στην αγορά. Η CMU έχει τη δυνατότητα να ενισχύσει την ανάπτυξη, την ανταγωνιστικότητα και τη στρατηγική αυτονομία της ΕΕ. Η ορθή λειτουργία των χρηματοπιστωτικών και κεφαλαιαγορών άπτεται άμεσα της εντολής της ΕΚΤ – θέμα που αναλύεται στο άρθρο 1.6. Σε ευρύτερο επίπεδο, η CMU μπορεί να θεωρηθεί ως μια βασική πολιτική για την επίτευξη των εξής στόχων:

- Χρηματοδότηση της καινοτομίας για την προώθηση της οικονομικής ανάπτυξης και ανταγωνιστικότητας. Η διεύρυνση των χρηματοδοτικών επιλογών μπορεί να στηρίξει ένα πιο δυναμικό βιομηχανικό τοπίο, ενισχύοντας την παραγωγικότητα και την οικονομική ανάπτυξη.
- Χρηματοδότηση της διπλής μετάβασης. Η ύπαρξη ευρύτερης γκάμας πηγών χρηματοδότησης θα επιταχύνει τις επενδύσεις στην αειφορία και την ψηφιοποίηση.
- Ενίσχυση των συνταξιοδοτικών αποταμιεύσεων. Λόγω της γήρανσης του πληθυσμού, η CMU μπορεί να βελτιώσει τον συνταξιοδοτικό σχεδιασμό και την οικονομική ασφάλεια των πολιτών.
- Προώθηση της ιδιωτικής κατανομής κινδύνου. Η ενδυνάμωση των αγορών μετοχών και των εναλλακτικών τραπεζικής χρηματοδότησης θα ενισχύσει την οικονομική ανθεκτικότητα και τις διασυννοριακές επενδύσεις, ενισχύοντας τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα.
- Προώθηση της σύγκλισης και της συμπερίληψης. Η CMU μπορεί να βοηθήσει τους πολίτες όλων των κρατών μελών και κοινωνικών στρωμάτων να έχουν πρόσβαση σε χρηματοοικονομικά προϊόντα που ανταποκρίνονται στις ανάγκες τους. Η καλύτερη κατανομή κεφαλαίων θα συμβάλει στην οικονομική σύγκλιση σε ολόκληρη την ΕΕ.

Βλ. A. ST. ARAMPATZI / R. CHRISTIE / J. EVRARD / L. PARISI / CL. ROUYEYROL / F. OVERBEEK, Capital Markets Union: A Deep Dive - Five Measures to Foster a Single Market for Capital, ECB Occasional Paper No. 2025/369, 2025, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5175495> και ST. MICOSSI, A New Drive for the Capital Markets Union, SEP Policy Brief, 2019, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3469486> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3469486>.

Όμως στο πλαίσιο της λειτουργίας της ΕΕ εν γένει αλλά και ειδικότερα των ESAs, κατά το περιεχόμενο του δόγματος *Meroni*, κατά την οποία λειτουργία η Ένωση δραστηριοποιείται ως ρυθμιστής εντός των σαφών και ρητών dotών αρμοδιοτήτων από τα κράτη μέλη, προκύπτει ένα εύλογο ζήτημα. Ποια είναι η δυνατότητα εμπλοκής της ενωσιακής νομοθεσίας όπως ο DORA, η οποία νομοθεσία αφορά τη ρύθμιση του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, με τη ρύθμιση οντοτήτων που ανήκουν στον τομέα ΤΠΕ; Εύλογα προκύπτει ένα “προδικαστικό” ερώτημα σχετικά με τη διαπίστωση υπέρβασης ή υπερβολικού “τραβήγματος” της νομικής βάσης του DORA, δηλαδή του άρθρου 114 της ΣΛΕΕ για την ενιαία αγορά, από τη ρητή νομοθετική επιλογή αυτού του άρθρου να είναι η νομική βάση για τη θέσπιση των διατάξεων του DORA³². Η επιλογή αυτή της νομικής βάσης του άρθρου 114 ΣΛΕΕ, αφενός, αφορά την επιλογή ρύθμισης του ψηφιακού περιβάλλοντος του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος και, αφετέρου, ρύθμιση που αφορά και επηρεάζει και τις οντότητες ΤΠΕ. Υπενθυμίζεται ότι η ίδια διάταξη αποτελεί και τη νομική βάση για την ίδρυση των ESAs.

Ακόμη και αν γίνει δεκτή η συλλογιστική της επάρκειας της νομικής βάσης του άρθρου 114 ΣΛΕΕ, δηλαδή μιας ευρείας ερμηνείας της έννοιας της Ενιαίας Αγοράς, ικανής να περιλάβει και σκοπούς σχετιζόμενους με το Χρηματοπιστωτικό Σύστημα, εντούτοις παραμένει ένα ουσιώδες κενό στο σκεπτικό αυτό όσον αφορά τη θεμελίωση του άρθρου 114 ΣΛΕΕ ως νομικής βάσης. Κάθε νομοθετική πρωτοβουλία που αναπτύσσεται στον τομέα του ψηφιακού δικαίου, συμπεριλαμβανομένου και του Package on Digital Finance, στερείται ειδικής dotής αρμοδιότητας, μιας ψηφιακής αρμοδιότητας. Κατ’ ακολουθίαν, η μόνη διαθέσιμη νομική βάση στις Συνθήκες είτε μεμονωμένα είτε κατά συνδυαστική ερμηνεία είναι το άρθρο 352 ΣΛΕΕ, το οποίο μπορεί να αξιοποιηθεί επικουρικώς ως ερμηνευτικό εργαλείο κάλυψης του κενού για την ψηφιακή αρμοδιότητα (ως dotή αρμοδιότητα της ΕΕ). Πρέπει να τίθεται υπόψη μας ότι ο κύριος παράγοντας διαφοροποίησης μεταξύ των ψηφιακών και των παραδοσιακών αγορών είναι ο βαθμός υλικότητας (*tangibility*). Εκ φύσεως, η Ψηφιακή Ενιαία Αγορά και οι λειτουργίες της είναι λιγότερο απτές σε σύγκριση με οποιαδήποτε “αναλογική” αγορά³³. Το κενό αυτό μπορεί να αναπληρωθεί από το άρθρο 352 ΣΛΕΕ γνωστό ως η «ρήτρα κάλυψης κενών» μεταξύ των αρμοδιοτήτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σύμφωνα με

³². Κατά τη γνώμη του γράφοντος, το άρθρο 114 ΣΛΕΕ δεν μπορεί μοναχό του να αποτελέσει τη νομική βάση εν γένει του Package on Digital Finance, δηλαδή όχι μόνο για τον DORA αλλά και για τις υπόλοιπες νομοθεσίες λ.χ. MICA. Η έλλειψη ειδικής αναφοράς στις ψηφιακές αρμοδιότητες στις Συνθήκες δεν προκαλεί έκπληξη, καθώς κατά τον χρόνο της σύνταξής τους η ψηφιακή εποχή βρισκόταν ακόμη σε εμβρυακό στάδιο, ενώ η Ευρωπαϊκή Ένωση υιοθετούσε περισσότερο μια απορρυθμιστική παρά ρυθμιστική προσέγγιση. Το ερώτημα που, επομένως, ανακύπτει είναι σε ποιον βαθμό η Ψηφιακή Ενιαία Αγορά διαφοροποιείται από την «παραδοσιακή» ή «αναλογική» Ενιαία Αγορά Με άλλα λόγια, υπάρχει άραγε κάποιο διακριτικό στοιχείο μεταξύ των διαδικτυακών και εκτός διαδικτύου αγορών που να δικαιολογεί την αναγνώρισή τους ως αυτοτελές πεδίο πολιτικής και, κατ’ επέκταση, αρμοδιότητας;

³³. Το γεγονός αυτό απεικονίζεται καλύτερα στο πιο χαρακτηριστικό «προϊόν» της ψηφιακής σφαίρας: τα δεδομένα. Τίθεται, επομένως, το ερώτημα: εμπίπτουν τα δεδομένα στην ελευθερία κυκλοφορίας των αγαθών ή των υπηρεσιών; Ή μήπως θα πρέπει να θεωρηθούν ως μορφή κεφαλαίου; Η παροχή οριστικής απάντησης είναι σύνθετη και εξαρτάται από το εκάστοτε πλαίσιο, γεγονός που καθιστά αμφίβολη την αυτόματη υπαγωγή τους στο άρθρο 26 ΣΛΕΕ και στις τέσσερις θεμελιώδεις ελευθερίες της εσωτερικής αγοράς. Ως εκ τούτου, ορισμένοι σχολιαστές έχουν υποστηρίξει τη δημιουργία μιας πέμπτης ελευθερίας, της ελεύθερης ροής δεδομένων, ενώ άλλοι αντιτίθενται σε αυτήν την προσέγγιση. Ενδεικτ. βλ. SA DE VRIES, *The Resilience of the EU Single Market’s Building Blocks in the Face of Digitalization*, στο συλλογικό έργο SA de Vries / U. Bernitz / X. Groussot / J. Paju, *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Wolters Kluwer, 2020.

Πάντως, ήδη υπάρχει ειδική νομική βάση σχετικά με την επεξεργασία και προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα υπό τη μορφή του άρθρου 16 ΣΛΕΕ, καθώς και του άρθρου 39 ΣΛΕΕ για τον τομέα της κοινής εξωτερικής πολιτικής και πολιτικής ασφάλειας.

Ωστόσο, η προστασία δεδομένων αποτελεί μόνο μία πτυχή της Ψηφιακής Ενιαίας Αγοράς και των μέτρων ψηφιοποίησης, των οποίων το εύρος είναι πολύ ευρύτερο. Επομένως, αν και η προστασία των δεδομένων παραμένει μείζον ζήτημα για τον ενωσιακό νομοθέτη κατά τη ρύθμιση του διαδικτύου, το άρθρο 16 ΣΛΕΕ είναι υπερβολικά περιορισμένο για να αποτελέσει μόνο του επαρκή νομική βάση – θα ήταν ενδεδειγμένο να συνδυάζεται με άλλες βάσεις, εφόσον διασφαλίζεται η μεταξύ τους συμβατότητα. Κατά συνέπεια, η διάταξη αυτή δεν παρέχει μια γενικού χαρακτήρα επέκταση των υφιστάμενων αρμοδιοτήτων της Ένωσης στην ψηφιακή σφαίρα – μια ανάγκη που, όπως μπορεί να υποστηριχθεί, καθίσταται όλο και πιο επιτακτική. Επομένως, μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάρχει ένα «ψηφιακό κενό» στο ισχύον σύστημα των αρμοδιοτήτων, όπως αυτό διαμορφώνεται στις Συνθήκες. Όπως προκύπτει από το άρθρο 5 ΣΕΕ, οι αρμοδιότητες που δεν απονέμονται ρητώς στην Ένωση παραμένουν στα κράτη μέλη. Ωστόσο, οι ίδιες οι Συνθήκες έχουν προβλέψει το συγκεκριμένο ενδεχόμενο, δηλαδή την περίπτωση κατά την οποία οι στόχοι της Ένωσης δεν είναι δυνατόν να επιτευχθούν με τα διαθέσιμα μέσα που αυτές καθορίζουν.

την παρ. 1 του άρθρου 352, η Ένωση δύναται να λάβει μέτρα εφόσον αποδειχθεί ότι είναι αναγκαία, στο πλαίσιο των πολιτικών που ορίζονται στις Συνθήκες, για την επίτευξη ενός από τους σκοπούς που καθορίζονται στις Συνθήκες και αυτές δεν έχουν προβλέψει τις αναγκαίες εξουσίες. Παρά τον εμφανώς επικουρικό χαρακτήρα του άρθρου 352 ΣΛΕΕ, το πεδίο εφαρμογής του έχει περιγραφεί διαχρονικά ως «δυναμικά απεριόριστο» και, ως εκ τούτου, εφόσον «εκσυγχρονιστεί» και εφαρμοστεί στην ψηφιακή εποχή, θα μπορούσε πράγματι να καλύψει το ψηφιακό κενό, εφόσον το άρθρο 114 ΣΛΕΕ θεωρηθεί ανεπαρκές για τον σκοπό αυτό³⁴. Βέβαια δεν είναι τυχαίο γεγονός ότι τα τελευταία έτη το άρθρο 352 ΣΛΕΕ έχει χάσει μεγάλο μέρος της πρακτικής του σημασίας ως νομική βάση, καθώς το κύριο μειονέκτημά του έγκειται στις διαδικαστικές προϋποθέσεις που θέτει, και ιδίως στην απαίτηση για ομοφωνία στο Συμβούλιο³⁵. Η απαίτηση αυτή παρέχει σε κάθε κράτος μέλος δικαίωμα αρνησικυρίας επί κάθε προτεινόμενου μέτρου που ερείδεται στην εν λόγω διάταξη. Είναι σαφές ότι η δυνατότητα αυτή μπορεί να επιβραδύνει σημαντικά τη θέσπιση νέων μέτρων, δημιουργώντας εμπόδια για τον ενωσιακό νομοθέτη σε ένα ταχέως εξελισσόμενο ψηφιακό περιβάλλον. Όσον αφορά τον ρόλο του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, το άρθρο 352 ΣΛΕΕ απαιτεί απλώς τη συναίνεσή του, σε αντίθεση με τη συνήθη νομοθετική διαδικασία, όπου αυτό ενεργεί ως συν-νομοθέτης. Αντιθέτως, το άρθρο 114 ΣΛΕΕ ακολουθεί την κανονική νομοθετική διαδικασία, με ειδική πλειοψηφία στο Συμβούλιο και συν-νομοθέτηση από το Κοινοβούλιο, διασφαλίζοντας έτσι πληρέστερα την τήρηση της θεσμικής ισορροπίας³⁶. Επιπλέον, η απαίτηση ομοφωνίας στο άρθρο 352 ΣΛΕΕ θα μπορούσε ακόμη να θεωρηθεί ως πλεονέκτημα στη νομοθετική διαδικασία, καθώς προσδίδει αυξημένη νομιμοποίηση στη διεύρυνση των αρμοδιοτήτων της Ένωσης προς την ψηφιακή σφαίρα. Υπό την προϋπόθεση ότι κανένα κράτος μέλος δεν θα ασκήσει το δικαίωμα αρνησικυρίας του, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το άρθρο 352 ΣΛΕΕ θα είχε ευνοϊκότερη επίδραση από το άρθρο 114 ΣΛΕΕ ως νομική βάση στον τομέα της ψηφιακής χρηματοοικονομικής πολιτικής και, εν γένει, της Ψηφιακής Ενιαίας Αγοράς. Το θετικό αυτό αποτέλεσμα θα περιοριζόταν μόνο εφόσον τα κράτη μέλη χρησιμοποιούσαν το δικαίωμα αρνησικυρίας για να αποδυναμώσουν το ουσιαστικό περιεχόμενο του μέτρου, οδηγώντας τελικά σε έναν ελάχιστο κοινό παρονομαστή. Αντιθέτως, η επίτευξη συναίνεσης μεταξύ των κρατών μελών θα αποτελούσε ισχυρό πολιτικό και θεσμικό μήνυμα υπέρ της συγκεκριμένης ενωσιακής πολιτικής.

Επανερχόμενοι στο ζήτημα εάν μια ενωσιακή νομοθεσία με σκοπό την ρύθμιση του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος μπορεί ρυθμίζει οντότητες που ανήκουν στον τομέα ΤΠΕ. Σε έναν παλαιότερο κόσμο, δηλαδή πριν τη δημιουργία της υποδομής του διαδικτύου, μπορεί κανείς να υποστηρίξει ότι δεν υπήρχε διασύνδεση του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος με τις ΤΠΕ; Η απάντηση είναι σαφώς αρνητική³⁷. Η διασύνδεση του

³⁴. Η επιλογή του άρθρου 352 ΣΛΕΕ ως νομικής βάσης θα παρέχει επιπλέον το πλεονέκτημα ότι δεν θα ήταν αναγκαία η θεμελίωση οποιουδήποτε στόχου σχετιζόμενου με την εσωτερική αγορά, όπως απαιτείται στο άρθρο 114 ΣΛΕΕ.

³⁵. Βλ. G. BUTLER, *The EU Flexibility Clause is Dead, Long Live the EU Flexibility Clause*, στο συλλογικό έργο A. Bakardjieva-Engelbrekt / X. Groussot, *The Future of Europe: Political and Legal Integration beyond Brexit*, Hart Publishing, 2019, σ. 63.

³⁶. Πρέπει, ωστόσο, να σημειωθεί ότι οι διαδικαστικές αυτές απαιτήσεις, αν και ουσιώδεις για τη νομοθετική διαδικασία, δεν μπορούν να αποτελούν το μοναδικό κριτήριο για τον καθορισμό της ορθής νομικής βάσης. Η νομολογιακή αρχή της «ενίσχυσης της δημοκρατίας», που καθιερώθηκε στην υπόθεση *Titanium Dioxide*, χρησιμοποιήθηκε επικουρικά προς άλλες αρχές ερμηνείας της νομικής βάσης, όπως η θεωρία του «κέντρου βάρους», κυρίως σε περιπτώσεις όπου το θεσπιζόμενο μέτρο επιδιώκει διττό σκοπό, προκειμένου να αποφευχθεί η ανάγκη για διπλή νομική βάση. Συνεπώς, το ουσιαστικό περιεχόμενο των διατάξεων, και όχι οι διαδικαστικοί τους μηχανισμοί, θα πρέπει να είναι το καθοριστικό κριτήριο για την επιλογή της κατάλληλης νομικής βάσης. Πράγματι, το άρθρο 352 ΣΛΕΕ είχε προταθεί από τον Γεν. Εισαγγελέα στην υπόθεση *ESMA* ως προτιμητέα εναλλακτική νομική βάση έναντι του άρθρου 114 ΣΛΕΕ.

³⁷. Είναι κρίσιμη σημασίας να καταδειχθεί το περιεχόμενο της έννοιας των ΤΠΕ και να διευκρινιστούν επακριβώς τα δύο συστατικά μέρη της, δηλαδή η τεχνολογία της πληροφορίας και η τεχνολογία των επικοινωνιών. Ο όρος «τεχνολογία της πληροφορίας» χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά στη βιβλιογραφία το 1958 και ορίστηκε ως μοντέλο τεχνολογίας που αποτελείται από τρία στοιχεία: i) τεχνικές επεξεργασίας, ii) την εφαρμογή στατιστικών και μαθηματικών μεθόδων στη διαδικασία λήψης αποφάσεων, και iii) την προσομοίωση της ανώτερης σκέψης μέσω προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών. Βλ. H. J. LEAVITT / TH. L. WHISLER, *Management in the 1980s*, Harvard Business Review, 1958, σ. 11, διαθέσιμο στο <https://hbsp.harvard.edu/product/58605-PDF-ENG>.

Χρηματοπιστωτικού Συστήματος είναι έμφυτη με την ίδια την ύπαρξή του, κυρίως διότι η ίδια η ανάγκη εκτέλεση και εκκαθάρισης συναλλαγών δημιούργησε το ίδιο το Χρηματοπιστωτικό Σύστημα. Όμως αυτή η παραδοχή αποτελεί τη δικαιολογητική βάση της ρύθμισης των εφαρμογών των ΤΠΕ που αφορούν τη ρύθμιση των πτυχών του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος που αφορούν ΤΠΕ. Ωστόσο, η ίδια η αγορά ΤΠΕ ξεπερνά τα όρια του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, αλλά αποτελεί σαφή και διακριτό κλάδο μιας οικονομίας. Με απλά λόγια, η αγορά ΤΠΕ αποτελεί μια διακριτή αγορά από τις αγορές του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, η οποία βέβαια διαπλέκεται με τις αγορές του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος.

Βέβαια, στο πλαίσιο της FinTech έχουν εμφανιστεί οντότητες οι οποίες καλούνται στη βιβλιογραφία BigTechs και οι οποίες αλληλεπιδρούν με το Χρηματοπιστωτικό Σύστημα με διάφορους τρόπους³⁸. Οι

Ωστόσο, η εν λόγω τεχνολογία υφίσταται ήδη από τις απαρχές των πολιτισμών. Ειδικότερα, η ιστορία της τεχνολογίας της πληροφορίας μπορεί να διακριθεί σε τέσσερις κύριες περιόδους, οι οποίες διαφοροποιούνται ανάλογα με το κυρίαρχο στην εκάστοτε εποχή εργαλείο:

- Η πρώτη περίοδος, γνωστή ως «προ-μηχανική», εκτείνεται από το 3000 π.Χ. έως το 1450 μ.Χ. και χαρακτηρίζεται από τη χρήση του αλφαβήτου και των αριθμών καθώς και την καταγραφή σε στήλες, παπύρους, περγαμινές και, τέλος, βιβλία — στοιχεία που περιγράφουν τις πρώτες εφαρμογές της τεχνολογίας.

- Η δεύτερη περίοδος, η «μηχανική», εκτείνεται από το 1450 έως το 1840 και αρχίζει με την εφεύρεση του πρώτου αποσπώμενου μεταλλικού πιεστηρίου, συνεχίζεται με τη δημιουργία των πρώτων υπολογιστικών μηχανών από τον Blaise Pascal και τον Gottfried Wilhelm von Leibniz.

- Η τρίτη περίοδος, η «ηλεκτρομηχανική», ξεκινά με την εισαγωγή της ηλεκτρικής ενέργειας και διαρκεί από το 1840 έως το 1940. Η ικανότητα του ανθρώπου να δαμάσει τον ηλεκτρισμό οδήγησε στη γέννηση των πρώτων τεχνολογιών επικοινωνίας, όπως η στοιβία του Volta, ο ηλεκτρικός τηλεγράφος του Francis Ronalds, ο κώδικας Morse, το τηλέφωνο του Alexander Bell και το ραδιόφωνο του Guglielmo Marconi. Κατά την ίδια περίοδο, ο τρόπος καταγραφής των πληροφοριών μεταβλήθηκε ουσιαστικά με την επινόηση της ηλεκτρονικής ταξινόμησης δεδομένων από τον Herman Hollerith, συνιδρυτή της IBM, με πολλαπλές καινοτόμες εφαρμογές, όπως η Μηχανή Απογραφής και οι διάτρητες κάρτες. Βλ. A. AKANEGBU - R. RIBEIRO, Calculating Firsts: A Visual History of Calculators, EdTech Magazine, 2012, διαθέσιμο στο <https://edtechmagazine.com/k12/article/2012/11/calculating-firsts-visual-history-calculators> και B. MILLIGAN, The Man Who Invented the Cash Machine, BBC News, 2007, διαθέσιμο στο <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6230194.stm>, last accessed 1/10/2024.

- Συνεπώς, ένας ιδιαίτερα χρήσιμος ορισμός των ΤΠΕ είναι ο περιγραφικός: η εφαρμογή των ηλεκτρονικών υπολογιστών για την αποθήκευση, ανάκτηση, μετάδοση και επεξεργασία δεδομένων. Η χρήση των ΤΠΕ στον χρηματοοικονομικό τομέα δεν αποτελεί νέο φαινόμενο. Αν και η χρηματοοικονομική τεχνολογία θεωρείται από ορισμένους ως σύγχρονη έννοια, στην πραγματικότητα πρόκειται για πολύ παλαιότερη. Ήδη από τα τέλη της δεκαετίας του 1960, ξεκίνησε η μετάβαση από τη συμβατική (αναλογική) στη ψηφιακή χρηματοοικονομική βιομηχανία, με την εμφάνιση της φορητής χρηματοοικονομικής αριθμομηχανής και των ATM. Παρότι τα ηλεκτρονικά συστήματα πληρωμών ανάγονται στην περίοδο αμέσως μετά την ανακάλυψη του τηλεγράφου, οι σημαντικότερες εξελίξεις σημειώθηκαν από τις αρχές της δεκαετίας του 1970, με τη δημιουργία ηλεκτρονικών συστημάτων πληρωμών στις ανεπτυγμένες αγορές και τη διαμόρφωση διασυννοριακών συστημάτων πληρωμών, όπως το SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications) και η VISA, την καθιέρωση των συστημάτων RTGS (real time gross settlement systems) κατά τις δεκαετίες του 1980 και 1990 και τη δημιουργία του συστήματος CLS (Continuous Linked Settlement). Τα προαναφερθέντα παραδείγματα αποδεικνύουν ότι η χρήση των ΤΠΕ είναι από καιρό γνωστή στον χρηματοοικονομικό τομέα. Εξ ορισμού, μάλιστα, ο όρος «χρηματοοικονομική τεχνολογία» περιλαμβάνει το σύνολο των εφαρμογών των ΤΠΕ στον χώρο των χρηματοοικονομικών. Βλ. D. W. ARNER / J. N. BARBERIS / R. P. BUCKLEY, The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm?, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/047, UNSW Law Research Paper No. 2016-62, 2015, σ. 9-10, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2676553>.

³⁸. Σύμφωνα με μια απόδοση ενός ορισμού της Επιτροπής της Βασιλείας για την Τραπεζική Εποπτεία (Basel Committee on banking Supervision-BCBS), ως «BigTech» νοούνται οι μεγάλης κλίμακας, διεθνώς ενεργές εταιρείες τεχνολογίας με σχετικό πλεονέκτημα στις ψηφιακές τεχνολογίες. Οι BigTechs συνήθως παρέχουν διαδικτυακές υπηρεσίες (μηχανές αναζήτησης, κοινωνικά δίκτυα, ηλεκτρονικές εμπόριο κ.ο.κ.) στους τελικούς χρήστες μέσω του διαδικτύου και/ή πλατφορμών πληροφορικής ή διατηρούν υποδομές (δυνατότητες αποθήκευσης και επεξεργασίας δεδομένων) πάνω στις οποίες άλλες επιχειρήσεις παρέχουν προϊόντα ή υπηρεσίες. Οι BigTechs διαθέτουν κατά κανόνα υψηλό βαθμό αυτοματοποίησης στη λειτουργία τους και ευέλικτες διαδικασίες ανάπτυξης λογισμικού, γεγονός που τους προσδίδει προσαρμοστικότητα στις εκάστοτε ανάγκες των χρηστών. Επιπροσθέτως, οι BigTechs έχουν συνήθως παγκόσμια παρουσία και διευρυμένη βάση πελατών, ενώ δύνανται να αξιοποιήσουν πληθώρα πληροφοριών για τους πελάτες τους ώστε να τους παρέχουν εξατομικευμένες χρηματοοικονομικές υπηρεσίες. Κατά συνέπεια, οι BigTechs ενδέχεται να διαθέτουν σημαντικό ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των παραδοσιακών αντιπάλων τους, λ.χ. των τραπεζών, στην παροχή χρηματοοικονομικών υπηρεσιών. Μπορούν να αποκτήσουν γρήγορα σημαντικό μερίδιο αγοράς σε παγκόσμιο επίπεδο όταν εκδίδουν ένα νέο χρηματοοικονομικό προϊόν ή υπηρεσία. Δεδομένου του μεγέθους των εργασιών τους και της επενδυτικής τους ισχύος, οι BigTechs μπορούν ακόμη να επηρεάσουν σημαντικά τις αγορές. Πολλές οντότητες που εποπτεύονται συνεργάζονται με

BigTechs συμμετέχουν αλληλεπιδρούν με δύο τρόπους: α) ως τρίτοι πάροχοι υπηρεσιών προς χρηματοοικονομικούς διαμεσολαβητές, λ.χ. μέσω υπηρεσιών cloud που προσφέρονται από την Amazon και την Apple ή μέσω παροχής ροών δεδομένων προς εποπτευόμενες οντότητες και εποπτικές αρχές του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος που αξιοποιούνται για τον σχεδιασμό μοντέλων διαχείρισης κινδύνου και υπολογισμών. Το συγκεκριμένο μέρος του επιχειρηματικού μοντέλου των BigTechs χαρακτηρίζεται ως Big Data και η εν λόγω συμβατική υπηρεσία προσδιορίζεται συχνά ως “banking-as-a-service” (BaaS), και β) ως άμεσοι πάροχοι υπηρεσιών που παρέχουν οντότητες του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, λ.χ. μέσω της διασύνδεσης ήδη εγγεγραμμένων πελατών των BigTechs με τους πάροχους χρηματοοικονομικών υπηρεσιών ή μέσω της άμεσης παροχής υπηρεσιών οι ίδιες³⁹. Αυτή η μορφή επιχειρηματικού μοντέλου των BigTechs προσδιορίζεται ως TechFins ή το μοντέλο “Beyond Bank”⁴⁰. Αφορά όμως η ρύθμιση του DORA και τις δύο ανωτέρω περιγραφόμενες επιχειρηματικές επιλογές ορισμένων οντοτήτων ΤΠΕ; Για τη δεύτερη περίπτωση και εφόσον επιχειρούν πράξεις που εντάσσονται σε έναν από τους τρεις πυλώνες τότε σαφώς απαιτείται η αδειοδότηση από την αρμόδια εποπτική αρχή και, συνεπώς, πλέον εντάσσονται στις οντότητες του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος.

Είναι λοιπόν σαφές ότι οι οντότητες που παρέχουν άμεσα υπηρεσίες που εντάσσονται στο πεδίο του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος τότε τα πράγματα είναι απλά. Κατά όμως τον πρώτο τρόπο αλληλεπίδρασης τότε μήπως ο DORA επηρεάζει μην εποπτευόμενες κατά το Δημόσιο Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο υπηρεσίες; Η προηγούμενη όμως ερώτηση που πρέπει να απαντηθεί είναι αν όλοι οι πάροχοι υπηρεσιών ΤΠΕ ως τρίτοι εποπτεύονται από το σχήμα εποπτείας του DORA; Η απάντηση σε αυτό το ερώτημα αποτελεί το πρώτο βήμα για την περιγραφή της αρχιτεκτονικής του Πλαισίου Εποπτείας. Η απάντηση είναι όχι, όπως έχει αναφερθεί πολλές φορές στον DORA, το σχήμα εποπτείας που καθιερώνεται στο Κεφάλαιο V, Ενότητα II του Κανονισμού αφορά μόνο στον πάροχο ΤΟΕ που είναι κρίσιμος. Α *contrario* αυτό σημαίνει ότι όλοι οι πάροχοι ΤΠΕ που δεν έχουν χαρακτηριστεί κρίσιμοι μέσω της διαδικασίας του άρθρου 31 του DORA, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής αυτού του Κεφαλαίου. Βάσει του άρθρου 31 (1) (α) του DORA, οι ESAs, μέσω της Μεικτής Επιτροπής και βάσει της σύστασης του Oversight Forum που ιδρύθηκε σύμφωνα με το άρθρο 32(1) του Κανονισμού, έχουν την αποκλειστική ευθύνη να χαρακτηρίσουν έναν πάροχο ΤΠΕ ως κρίσιμο⁴¹. Εφόσον οι πάροχοι ΤΠΕ χαρακτηριστούν ως

BigTechs, οι οποίες έτσι μετατρέπονται σε ουσιαστικούς τρίτους παρόχους στο χρηματοοικονομικό σύστημα. Είναι, επομένως, αναγκαίο να παρακολουθείται και να αξιολογείται δεόντως ο κίνδυνος συγκέντρωσης, αφού ενδέχεται οι BigTechs να καταστούν συστημικά σημαντικοί. Βλ. Επιτροπή της Βασιλείας για την Τραπεζική Εποπτεία, Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors, 2018, σ. 15, διαθέσιμο στο <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.htm>.

³⁹. Βλ. GR. BUCHAK / GR. MATVOS / T. PISKORSKI / A. SERU, Fintech, regulatory arbitrage, and the rise of shadow banks, *Journal of Financial Economics* 130, 2019, σ. 453-483.

⁴⁰. Βλ. D. A. ZETZSCHE κ.λπ., *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, 2017, σ. 31, διαθέσιμο στο https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018534.

⁴¹. Η εξουσία των ESAs να χαρακτηρίσουν έναν πάροχο ΤΠΕ ως κρίσιμο ή μη-κρίσιμο περιορίζεται από τέσσερα κριτήρια, που σύμφωνα με το άρθρο 31 (2) του Κανονισμού είναι τα εξής:

α) ο συστημικός αντίκτυπος στη σταθερότητα, συνέχεια ή την ποιότητα της παροχής χρηματοοικονομικών υπηρεσιών σε περίπτωση που ο σχετικός ICT τρίτος πάροχος υπηρεσιών υποστεί ευρείας κλίμακας επιχειρησιακή αποτυχία να παρέχει τις υπηρεσίες του, λαμβάνοντας υπόψη τον αριθμό χρηματοοικονομικών οντοτήτων και τη συνολική αξία των στοιχείων ενεργητικού των χρηματοοικονομικών οντοτήτων στις οποίες παρέχει υπηρεσίες ο σχετικός ICT τρίτος πάροχος υπηρεσιών·

β) ο συστημικός χαρακτήρας ή η σημασία των χρηματοοικονομικών οντοτήτων που βασίζονται στον σχετικό ICT τρίτο πάροχο υπηρεσιών, αξιολογείται σύμφωνα με τα εξής κριτήρια: (i) ο αριθμός των παγκοσμίως σημαντικών ιδρυμάτων (G-SIIs) ή άλλων συστημικά σημαντικών ιδρυμάτων (O-SIIs) που βασίζονται στον αντίστοιχο ICT τρίτο πάροχο υπηρεσιών· (ii) η αλληλοεξάρτηση μεταξύ των G-SIIs ή O-SIIs που αναφέρονται στο σημείο (i) και άλλων χρηματοοικονομικών οντοτήτων, συμπεριλαμβανομένων περιπτώσεων στις οποίες τα G-SIIs ή O-SIIs παρέχουν χρηματοπιστωτικές υποδομές σε άλλες χρηματοοικονομικές οντότητες·

γ) η εξάρτηση των χρηματοοικονομικών οντοτήτων από τις υπηρεσίες που παρέχει ο σχετικός ICT τρίτος πάροχος υπηρεσιών ως προς κρίσιμες ή σημαντικές λειτουργίες χρηματοοικονομικών οντοτήτων, οι οποίες τελικά περιλαμβάνουν τον ίδιο ICT τρίτο πάροχο υπηρεσιών, ανεξαρτήτως αν οι χρηματοοικονομικές οντότητες βασίζονται σε αυτές τις υπηρεσίες απευθείας ή έμμεσα, μέσω διακανονισμών υπερρολαβίας· και

δ) ο βαθμός δυνατότητας υποκατάστασης του ICT τρίτου παρόχου υπηρεσιών, λαμβάνοντας υπόψη τα εξής κριτήρια: (i) η έλλειψη πραγματικών εναλλακτικών, ακόμη και μερικών, λόγω του περιορισμένου αριθμού ενεργών ICT τρίτων παρόχων υπηρεσιών σε

κρίσιμοι, πρέπει να ενημερώσουν τις εποπτευόμενες οντότητες στις οποίες παρέχουν υπηρεσίες για τον χαρακτηρισμό τους ως κρίσιμοι, σύμφωνα με το άρθρο 31 (5) του DORA. Η διαδικασία χαρακτηρισμού βασίζεται στον συστημικό αντίκτυπο, στη σταθερότητα του χρηματοοικονομικού συστήματος, στη συνέχεια ή στην ποιότητα των χρηματοοικονομικών υπηρεσιών σε περίπτωση που ο σχετικός κρίσιμος πάροχος ΤΠΕ αντιμετωπίσει ευρείας κλίμακας επιχειρησιακή αποτυχία. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, είναι λογικό να θεωρηθεί ότι μεγαλύτεροι πάροχοι υπηρεσιών ΤΠΕ θα χαρακτηριστούν κρίσιμοι, ανάλογα με τον αριθμό των παγκοσμίως σημαντικών τραπεζών και ασφαλιστικών εταιρειών που βασίζονται στις υπηρεσίες τους. Περαιτέρω, δεδομένων των υφιστάμενων συνεργειών, της διάταξης του άρθρου 31 (8) του DORA και του γεγονότος ότι οι υπεργολάβοι των κρίσιμων παρόχων ΤΠΕ περιλαμβάνονται επίσης στο πεδίο εφαρμογής της διαδικασίας αυτής, τελικά θα είχε ενδιαφέρον να εξεταστεί πόσο πάροχοι ΤΠΕ θα καταλήξουν εκτός εποπτείας. Επιπλέον, ακόμα και οι πάροχοι ΤΠΕ που δεν έχουν χαρακτηριστεί ως κρίσιμοι μπορούν να επιλέξουν και να ζητήσουν να χαρακτηριστούν ως τέτοιοι, βάσει του άρθρου 31 (11) του DORA.

VIII. Η εποπτική λειτουργία των ESAs μετά τον DORA: Οι αρμοδιότητες των ESAs

Λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω, έρχεται η στιγμή να χαρτογραφηθεί το σχήμα εποπτείας, όπως αυτό καθιερώνεται από τον DORA στο Κεφάλαιο V και στην Ενότητα II. Για το σχήμα εποπτείας σημαντικά γεγονότα είναι οι “χαρακτηρισμοί” των εποπτευόμενων και του επόπτη. Ο χαρακτηρισμός ενός παρόχου ΤΠΕ ως κρίσιμου ή μη τον εντάσσει στο πεδίο εφαρμογής του εποπτικού σχήματος. Ο χαρακτηρισμός μιας εκ των ESAs ως Κύριο Εποπτικό Φορέα (Lead Overseer) την καθιστά αρμόδια για τη λειτουργία του εποπτικού σχήματος⁴². Σε αυτό το σημείο πρέπει να γίνει κατανοητό ότι οποιαδήποτε ESA μπορεί να χαρακτηριστεί Κύριος Εποπτικός Φορέας για έναν κρίσιμο πάροχο ΤΠΕ, ο οποίος πάροχος μπορεί να παρέχει υπηρεσίες σε πολλές οντότητες οι οποίες ενδέχεται να λειτουργούν ως πάροχοι σε περισσότερους από έναν πυλώνες του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος. Αυτό σημαίνει ότι ενδεχομένως ένας πάροχος ΤΠΕ που έχει χαρακτηριστεί ως κρίσιμος λόγω της πλήρωσης των κριτηρίων του άρθρου 31(2) του DORA και παρέχει υπηρεσίες τόσο σε εταιρεία του ασφαλιστικού τομέα του χρηματοοικονομικού συστήματος

συγκεκριμένη αγορά, ή το μερίδιο αγοράς του σχετικού ICT τρίτου παρόχου υπηρεσιών, ή η τεχνική πολυπλοκότητα ή η υψηλή τεχνογνωσία που απαιτείται, συμπεριλαμβανομένων τυχόν ιδιόκτητων τεχνολογιών ή των ειδικών χαρακτηριστικών της οργάνωσης ή δραστηριότητας του ICT τρίτου παρόχου υπηρεσιών· (ii) δυσκολίες σε σχέση με τη μερική ή πλήρη μεταφορά των σχετικών δεδομένων και φορτίων εργασίας από τον σχετικό ICT τρίτο πάροχο υπηρεσιών σε άλλον ICT τρίτο πάροχο υπηρεσιών, είτε λόγω σημαντικών χρηματοοικονομικών δαπανών, χρόνου ή άλλων πόρων που μπορεί να απαιτεί η διαδικασία μεταφοράς, είτε λόγω αυξημένου κινδύνου ICT ή άλλων επιχειρησιακών κινδύνων στους οποίους μπορεί να εκτεθεί η χρηματοοικονομική οντότητα μέσω της διαδικασίας αυτής.

⁴² Σε αυτό το σημείο θα ήταν χρήσιμο να περιγραφεί ο ρόλος του Κύριου Εποπτικού Φορέα, δηλαδή ενός εκ των ESAs. Ο Κύριος Εποπτικός Φορέας είναι ίσως η πιο ενδιαφέρουσα πτυχή του τέταρτου πυλώνα του DORA, επειδή συνιστά στροφή στην παραδοσιακή προσέγγιση εποπτείας της ΕΕ σε όρους oversight. Κανένα νομοθέτημα της ΕΕ για τις χρηματοπιστωτικές υπηρεσίες δεν έχει μέχρι σήμερα εστιάσει στην επιχειρησιακή ανθεκτικότητα και κανένα δεν έχει αντιμετωπίσει ολιστικά τους κινδύνους που προκύπτουν από τον ψηφιακό μετασχηματισμό, ούτε καν εκείνα των οποίων οι κανόνες προσεγγίζουν γενικότερα τη διάσταση επιχειρησιακού κινδύνου με τον ICT risk ως υπο-συνιστώσα. Παραδοσιακά, οι ESAs ασκούν μικρο-προληπτικό ρόλο, ενώ έχουν και εποπτικές αρμοδιότητες σε θέματα συστημικού κινδύνου, με τον ESRB να αποτελεί την κύρια αρχή για τη μακροπροληπτική εποπτεία του χρηματοοικονομικού συστήματος της ΕΕ. Μέχρι τον Κανονισμό, οι ESAs λειτουργούσαν κυρίως ως κανονιστικές αρχές που αποτελούνταν από εθνικές εποπτικές αρχές. Οι ESAs εξαιρετικά διαθέτουν κάποιες εποπτικές αρμοδιότητες, μόνο στο μέτρο που παραχωρούνται μέσω του άρθρου 114 της ΣΛΕΕ με στόχο την ενίσχυση της εναρμόνισης της εσωτερικής αγοράς και περιορίζονται από τις αρχές Meroni και Romano, λ.χ. παραβάσεις του ενωσιακού δικαίου βάσει του άρθρου 17 των θεμελιωδών Κανονισμών των ESAs, καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης βάσει του άρθρου 18, και επίλυση διαφορών μεταξύ αρμόδιων αρχών σε διασυνοριακές περιπτώσεις βάσει του άρθρου 19. Επίσης, το τριμερές μοντέλο των ESAs έχει ακόμη ασυμμετρίες στις δοτές αρμοδιότητες τους μεταξύ τους, πράγμα που σημαίνει ότι η ESMA υπερτερεί έναντι άλλων ESAs, καθώς είναι άμεση εποπτική αρχή με άμεσες εξουσίες παρέμβασης, π.χ. το άρθρο 28 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 236/2012 για το short selling χορήγησε στην ESMA απευθείας εξουσίες παρέμβασης στις κεφαλαιαγορές υπό εξαιρετικές περιστάσεις. Συνεπώς, οι εθνικές αρμόδιες εποπτικές αρχές παραμένουν κατά κύριο λόγο αρμόδιες για την εποπτεία των χρηματοοικονομικών επιχειρήσεων. Οι κανονιστικές αρμοδιότητες των ESAs περιλαμβάνουν την ανάπτυξη τεχνικών κανονιστικών προτύπων και την έκδοση νομικά μη δεσμευτικών Οδηγιών και Συστάσεων (soft law), ωστόσο υπόκεινται στην απαίτηση για «συμμόρφωση ή αιτιολόγηση» σύμφωνα με το άρθρο 16 των θεμελιωδών Κανονισμών τους (η ολοκλήρωση του ενιαίου ενωσιακού κανονιστικού πλαισίου).

της ΕΕ όσο και σε πιστωτικό ίδρυμα, μπορεί να καταλήξει να έχει ως Κύριο Εποπτικό Φορέα την ΕΙΟΡΑ και όχι την ΕΒΑ, και βεβαίως το αντίστροφο⁴³. Τους ανωτέρω δύο χαρακτηρισμούς οφείλουν να κάνουν οι ESAs, μέσω της Μεικτής Επιτροπής (Joint Committee).

Σε αυτό το σημείο πρέπει να παρουσιαστεί η δομή του πλαισίου εποπτείας. Στο κοινό αυτό πλαίσιο εποπτείας, από τη δημόσια πλευρά και εκτός του Κύριου Εποπτικού Φορέα κρίσιμα θεσμικά οικοδομήματα είναι:

α) Η Μεικτή Επιτροπή (Joint Committee), που θεσπίζεται βάσει του άρθρου 57(1) των ιδρυτικών Κανονισμών των ESAs. Η Μεικτή Επιτροπή είναι υπεύθυνη τόσο για την απόφαση χαρακτηρισμού ενός παρόχου ΤΠΕ ως κρίσιμο όσο και για τον διορισμό του Κύριου Εποπτικού Φορέα. Μετά τη λήψη της απόφασης, η Μεικτή Επιτροπή οφείλει να ενημερώσει τον πάροχο ΤΠΕ ότι χαρακτηρίστηκε κρίσιμος και να τον ενημερώσει για την ημερομηνία έναρξης της εποπτείας — η οποία δεν μπορεί να είναι μετά από ένα μήνα από τη λήψη της ειδοποίησης. Σύμφωνα με το άρθρο 31(9) του DORA, η Μεικτή Επιτροπή πρέπει ετησίως να καταρτίζει, να δημοσιεύει και να ενημερώνει τον κατάλογο των χαρακτηρισμένων κρίσιμων παρόχων ΤΠΕ σε επίπεδο Ένωσης. Περαιτέρω, βάσει του άρθρου 41(1) του DORA, η Μεικτή Επιτροπή θα καταρτίζει RTS και θα τα υποβάλει στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Η Μεικτή Επιτροπή, σύμφωνα με το άρθρο 44(2) του DORA, οφείλει να υποβάλλει κάθε πέντε έτη κοινή εμπιστευτική έκθεση στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο και στην Επιτροπή, συνοψίζοντας τα πορίσματα από σχετικές συζητήσεις που διεξήχθησαν με τις αρχές τρίτων χωρών, με εστίαση στην εξέλιξη των κινδύνων ΤΠΕ εκ της λειτουργίας των τρίτων παρόχων και τις επιπτώσεις στη χρηματοπιστωτική σταθερότητα, την ακεραιότητα των αγορών, την προστασία των επενδυτών και τη λειτουργία της ενιαίας αγοράς. Τέλος, η Μεικτή Επιτροπή είναι αρμόδια για τη θέσπιση του Φόρουμ Εποπτείας (Oversight Forum).

β) Η νεοσυσταθείσα υπο-επιτροπή της Μεικτής Επιτροπής, που θεσπίζεται βάσει του άρθρου 32(1) του DORA, το Φόρουμ Εποπτείας. Το Φόρουμ Εποπτείας αποτελείται, σύμφωνα με το άρθρο 32(4) του DORA, από τα εξής: i) τους Προέδρους των ESAs, ii) έναν ανώτατο εκπρόσωπο από το υπάρχον προσωπικό της αρμόδιας αρχής που αναφέρεται στο άρθρο 46 κάθε κράτους μέλους, iii) τους Εκτελεστικούς Διευθυντές κάθε ESA και έναν εκπρόσωπο της Επιτροπής, του ESRB, της ΕΚΤ και της ENISA ως παρατηρητές, iv) όπου ενδείκνυται, έναν επιπλέον εκπρόσωπο αρμόδιας αρχής που αναφέρεται στο άρθρο 46 κάθε κράτους μέλους ως παρατηρητής, v) όπου εφαρμόζεται, έναν εκπρόσωπο των αρμόδιων αρχών που έχουν οριστεί σύμφωνα με την Οδηγία (ΕΕ) 2022/2555 για την εποπτεία ουσιώδους ή σημαντικής οντότητας που έχει χαρακτηριστεί ως κρίσιμος τρίτος πάροχος υπηρεσιών ΤΠΕ, ως παρατηρητή. Ο ρόλος του Φόρουμ Εποπτείας είναι να παρέχει στη Μεικτή Επιτροπή συστάσεις κατά τη λήψη αποφάσεων για τον χαρακτηρισμό των κρίσιμων παρόχων ΤΠΕ και τον διορισμό του Κύριου Εποπτικού Φορέα και, βάσει των άρθρων 31(10) και 32(2) του DORA, να παρέχει ετησίως στη Μεικτή Επιτροπή συλλογική αξιολόγηση των αποτελεσμάτων των εποπτικών δραστηριοτήτων που έχουν διεξαχθεί για όλους τους κρίσιμους τρίτους παρόχους υπηρεσιών ΤΠΕ, να προωθεί μέτρα συντονισμού για την ενίσχυση της ψηφιακής επιχειρησιακής ανθεκτικότητας των οντοτήτων του χρηματοπιστωτικού συστήματος, να ενισχύει τις βέλτιστες πρακτικές ως προς την αντιμετώπιση του κινδύνου συγκέντρωσης ΤΠΕ και να διερευνά τρόπους μετριασμού διασυνοριακών κινδύνων.

γ) Η αρμόδια εθνική εποπτική αρχή, δηλαδή στην περίπτωση των τραπεζών, λ.χ. σύμφωνα με το άρθρο 46(α) του DORA η αρμόδια αρχή που ορίστηκε σύμφωνα με το άρθρο 4 της CRD, και για πιστωτικά ιδρύματα που έχουν χαρακτηριστεί ως σημαντικά σύμφωνα με το άρθρο 6(4) του

⁴³. Δεν είναι βέβαιο ότι όλοι οι κρίσιμοι πάροχοι ΤΠΕ που σήμερα παρέχουν υπηρεσίες outsourcing σε τράπεζες θα καταλήξουν με την ΕΒΑ ως Κύριο Εποπτικό Φορέα.

Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1024/2013, η ΕΚΤ σύμφωνα με τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντα που της ανατίθενται από τον Κανονισμό αυτόν, και

δ) Η αρμόδια εποπτική αρχή οντότητας, που υπάγεται στην Οδηγία NIS 2 και έχει χαρακτηριστεί ως κρίσιμος τρίτος πάροχος υπηρεσιών ΤΠΕ.

ΙΧ. Αντί επιλόγου

Με τον DORA προκύπτουν νέοι προβληματισμοί, οι οποίοι και ενδέχεται να δημιουργήσουν στο μέλλον ζητήματα στην πορεία της λειτουργίας των ESAs ως επόπτες των παρόχων ΤΠΕ. Το πρώτο ζήτημα, που περιγράφηκε ανωτέρω, αφορά την ίδια τη λειτουργία των ESAs ως “επόπτες” οντοτήτων οι οποίες δεν εντάσσονται στο πεδίο των ρυθμιζόμενων/εποπτευόμενων οντοτήτων του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, τις οντότητες ΤΠΕ. Η “εποπτεία” αυτή δεν βρίσκεται στον άμεσο πυρήνα του πεδίου δοτών αρμοδιοτήτων των ESAs στην περίπτωση των παρόχων ΤΠΕ, αλλά σε μια σχέση “εποπτείας δια αντανακλάσεως”. Η δικαιολογητική βάση είναι η ανάγκη επιτυχούς ρύθμισης και εποπτείας μιας πλευράς του επιχειρησιακού κινδύνου των εποπτευόμενων οντοτήτων του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, του ψηφιακού επιχειρησιακού κινδύνου. Είναι ίσως μια άκρως ρεαλιστική επιλογή του νομοθέτη να προσπαθήσει να αντιμετωπίσει τη συγκεκριμένη πλευρά επιχειρησιακού κινδύνου από κάθε δυνατή πηγή αυτού.

Το δεύτερο ζήτημα προκύπτει από την ανωτέρω επιλογή του νομοθέτη που αρχικά φαίνεται να αποτελεί μια υπέρβαση των δοτών αρμοδιοτήτων της Ένωσης, δηλαδή μια υπέρμετρη και δυσανάλογη νομοθετική επιλογή κατά τον τρόπο που η αρχή της αναλογικότητας εννοείται στο δίκαιο της ΕΕ⁴⁴. Στην πραγματικότητα, το αντικείμενο ρύθμισης είναι, κατά τη ρητή επιλογή του νομοθέτη, η σύμβαση ανάθεσης (outsource) από την εποπτευόμενη οντότητα του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος και η οποία κατά τον DORA έχει αφενός υποχρεωτικό περιεχόμενο/όρους για την έναρξή της, την πορεία κατά τον συμβατικό χρόνο της και την λήξη της. Ο χαρακτηρισμός ενός παρόχου ΤΠΕ ως κρίσιμου ουσιαστικά είναι το προδικαστικό στάδιο για την ένταξη της ανάθεσης στο πεδίο εφαρμογής των ρυθμίσεων. Συνεπώς, η συμμετοχή των εποπτευόμενων οντοτήτων του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος στη σύμβαση ως συμβαλλομένων, με την ιδιότητα της αναθέτουσας πλευράς, έλκει και την “εποπτεία” της έτερης συμβαλλόμενης μεριάς. Η αποδοχή σε κάθε περίπτωση του εποπτικού σχήματος από τον πάροχο ΤΠΕ είναι και συμβατική, αφού εντάσσεται στο ελάχιστο περιεχόμενο της σύμβασης ανάθεσης.

Το τρίτο ζήτημα είναι το κατά πόσο η “εποπτεία” των κρίσιμων παρόχων ΤΠΕ είναι πραγματική εποπτεία. Σε αυτό, η ελληνική επιστημονική ορολογία πιθανά να δημιουργεί σύγχυση καθότι τόσο η έννοια “supervision” όσο και η έννοια “oversight” αποδίδονται ως «εποπτεία». Η έννοια “supervision” κατά την πλήρη ορολογική της καταγραφή είναι “micro-prudential supervision”, δηλαδή αποδίδεται ως μικρο-προληπτική εποπτεία και αφορά την εποπτεία σε επίπεδο των οντοτήτων του Χρηματοπιστωτικού Συστήματος. Η έννοια “oversight” κατά την πλήρη ορολογική της καταγραφή είναι “macro-prudential oversight” και αφορά την εποπτεία σε επίπεδο Χρηματοπιστωτικού Συστήματος και όχι οντότητας. Στη βιβλιογραφία, για την αποφυγή της παράλληλης χρήσης εποπτείας και για τις δύο έννοιες, έχει προταθεί η υιοθέτηση της έννοιας «επίβλεψη» για την έννοια “oversight”, κάτι που κατά τη γνώμη του γράφοντος είναι απαραίτητο⁴⁵. Η επιλογή του DORA κατά την ελληνική πρωτότυπη εκδοχή του είναι η χρήση της λέξης «εποπτεία», λ.χ. Κύριος Εποπτικός Φορέας, Φόρουμ Εποπτείας κ.ο.κ., μια επιλογή που χρήζει αλλαγής για τους ανωτέρω λόγους. Όμως, και η επιλογή της αγγλικής ορολογίας δεν είναι τόσο ασφαλής.

⁴⁴. Βλ. R. ALEXY, Constitutional Rights and Proportionality, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 22, 2014, σ. 54, διαθέσιμο στο <https://journals.openedition.org/revus/2783>, W. SAUTER, Proportionality in EU Law: A Balancing Act?, TILEC Discussion Paper No. 2013-003, 2013, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2208467>, και B. JOOSEN / M. LEHMANN, Proportionality in the Single Rule Book, στο συλλογικό έργο M. Chiti / V. Santoro, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, Springer Books, 2019, σ. 66.

⁴⁵. Βλ. N. ΠΟΚΑΣ / ΧΡ. ΓΚΟΡΤΣΟΣ / Α. ΜΙΚΡΟΥΛΕΑ / ΧΡ. ΛΙΒΑΔΑ, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 29.

Η έννοια oversight αφορά μακρο- προληπτικές πολιτικές και έχει ως στόχο την αντιμετώπιση του συστημικού κινδύνου⁴⁶. Ο ψηφιακός επιχειρησιακός κίνδυνος -που είναι ο ρυθμιζόμενος κίνδυνος του DORA- είναι πρωτίστως κίνδυνος οντοτήτων και είναι εν σπέρματι ικανός να εξελιχθεί σε συστημικό κίνδυνο. Ο σκοπός του σχήματος εποπτείας του DORA για την αντιμετώπιση του ψηφιακού επιχειρησιακού κινδύνου με πηγή κινδύνου από τις συμφωνίες ανάθεσης είναι σαφώς μια επιλογή μικρο-προληπτικής εποπτείας και όχι επίβλεψης. Άρα, συνεπώς, η αποτύπωση του DORA στην ελληνική γλώσσα να κάνει χρήση της έννοιας της εποπτείας - είτε έγινε συνειδητά είτε ασυνείδητα - είναι δογματικά πιο ακριβής και αποτελεσματική από την παρελκυστική χρήση εννοιών που παραδοσιακά εντάσσονται στο πλαίσιο της επίβλεψης.

⁴⁶. Βλ. ό.π., σ. 45-6.