

I nuovi poteri dell'AGCM nello Statuto delle imprese e nel Decreto Salva Italia

Contenuti

1. Statuto delle imprese
(Legge 11 novembre 2011, n. 180)
2. Decreto Salva Italia
(Legge 22 dicembre 2011, n. 214,
Conversione in legge, con
modificazioni, del Decreto Legge 6
dicembre 2011, n. 201)

Intermediari finanziari,
condizioni di trasparenza e
rapporti con le imprese

Con la presente si portano all'attenzione alcune previsioni contenute in recenti atti normativi che hanno significativamente ampliato l'area di intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") ed introdotto nuove fattispecie e divieti rispetto ad alcune pratiche di mercato.

Ci si riferisce alla Legge 11 novembre 2011, n. 180, recante **Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese**, in vigore dal 15 novembre 2011 e alla recentissima Legge 22 dicembre 2011, n. 214, Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici - cosiddetto "**Decreto Salva Italia**" - in vigore dal 28 dicembre 2011.

Sebbene il contenuto dello Statuto delle Imprese e del Decreto Salva Italia sia stato riportato dagli organi di stampa, si tratta di disposizioni formulate in termini non sempre chiari e che presentano sovente problemi di applicabilità e di raccordo con altre disposizioni.

Si ritiene dunque utile identificare da subito le caratteristiche essenziali delle principali novità introdotte, rinviando ad altro momento il loro più compiuto approfondimento. Si avverte, peraltro, che lo scorso 5 gennaio u.s., l'AGCM ha inviato al Parlamento ed al Governo una segnalazione recante "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2012", in cui ha espresso la propria posizione riguardo ulteriori possibili riforme in chiave concorrenziale e suggerito talune modifiche alle disposizioni adottate negli atti normativi in esame, delle quali si darà altresì conto anche in quanto presentano interessanti spunti interpretativi delle norme in esame.

1. Statuto delle imprese (Legge 11 novembre 2011, n. 180)

Rilevano al riguardo alcune principali previsioni:

(a) Lo Statuto delle Imprese, che recepisce la Comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2008, recante "*Small Business Act* per l'Europa", ha notevolmente ampliato i poteri dell'AGCM affidandole, tra l'altro, il potere di "verificare le condizioni di trasparenza del comportamento degli intermediari finanziari nei rapporti con le imprese e di accertare pratiche concertate, accordi o intese" (art. 16, comma 1, lettera c), numero 1).

La disposizione, che stando al suo dato letterale, dovrà comunque essere declinata in un successivo atto normativo, risponde alla finalità di favorire la trasparenza nei rapporti tra intermediari finanziari e micro/piccole/medie imprese e di assicurare "condizioni di accesso al credito informato, corretto e non vessatorio" anche a tali soggetti.

La disposizione in esame, pur richiamando le fattispecie ("pratiche concertate, accordi o intese") ed i poteri (i.e. di indagine e di diffida e sanzione, di cui rispettivamente agli artt. 12 e 15 della Legge n. 287/90, Legge antitrust nazionale) tipicamente riconducibili alla disciplina *antitrust*, sembra, in realtà, introdurre una nuova fattispecie sostanziale (il cui *enforcement* è affidato all'AGCM) volta a garantire condizioni di trasparenza nelle condotte degli intermediari finanziari verso le imprese.

Tale fattispecie, infatti, in assenza di una specifica indicazione del legislatore, sembrerebbe essere del tutto slegata dall'accertamento di un pregiudizio attuale e/o potenziale all'assetto concorrenziale del mercato, richiedendo, piuttosto, la verifica delle condizioni di trasparenza da parte degli intermediari nell'offerta dei prodotti finanziari alle imprese. Da questo punto di vista la norma allarga, di fatto, ai rapporti business-to-business il controllo di trasparenza del comportamento degli intermediari finanziari finora esercitato dall'AGCM esclusivamente a tutela dei consumatori (ai sensi della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette).

In virtù dei nuovi poteri, l'AGCM è chiamata, dunque, a valutare le condotte degli intermediari finanziari nell'ambito della concessione del credito alle imprese accertando, eventualmente, l'esistenza di pratiche concordate, accordi o intese. Tali nuove attribuzioni saranno esercitate dall'AGCM tramite poteri di intervento e sanzionatori decisamente pregnanti. Ed infatti, l'art. 16 specifica che l'Autorità farà applicazione dei poteri previsti dagli artt. 12 e 15 della Legge n. 287/90, potendo, in particolare, procedere ad una autonoma istruttoria, avviare indagini conoscitive e - qualora accerti una violazione degli obblighi di trasparenza ovvero l'attuazione dei comportamenti contemplati dalla norma in commento da parte di intermediari finanziari - adottare diffide volte ad indurre i soggetti interessati a porre fine all'infrazione e comminare le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 15 della Legge n. 287/90 che, si ricorda, prevede sanzioni pecuniarie fino al 10% del fatturato dell'impresa.

Questo significa che le sanzioni che l'AGCM potrà irrogare in caso di violazione da parte degli intermediari finanziari degli obblighi di trasparenza nell'ambito della concessione del credito alle imprese (rapporti business-to-business) saranno comparativamente più elevate rispetto a quelle che la stessa Autorità può attualmente comminare in presenza di analoga infrazione da parte degli stessi soggetti nell'ambito della concessione del credito al consumo (rapporti *business-to-consumer*).

Infatti, in quest'ultimo caso, l'impresa potrebbe essere sanzionata con una somma che può arrivare fino ad un massimo di Euro 500.000, mentre facendo applicazione del disposto di cui all'art. 15 della Legge n. 287/90, l'AGCM potrà disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che può arrivare fino al 10% del fatturato realizzato dall'ente interessato. Al riguardo, peraltro, si osserva che l'AGCM, nella richiamata segnalazione del 5 gennaio u.s. ha auspicato un sensibile incremento dei massimi edittali delle sanzioni previste in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole fino ad Euro 5.000.000 rispetto agli attuali Euro 500.000.

Fermo restando quanto sin qui rilevato, resta da verificare se ed in che misura la nuova competenza assegnata all'AGCM dall'articolo in esame si sovrapponga (almeno in parte) ai poteri attribuiti in materia di trasparenza alla Banca d'Italia, determinando una potenziale duplicazione. Quest'ultima, infatti, ai sensi del TUB è tenuta ad assicurare il rispetto delle norme in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali per salvaguardare gli interessi dei clienti, potendo a tal fine comminare sanzioni pecuniarie previste per la mancata attuazione della pubblicità delle condizioni praticate, nonché in caso di irregolarità adottare misure di carattere inibitorio.

Si tratta di un tema che andrà certamente approfondito. Rimane peraltro il fatto che quando l'AGCM è chiamata a valutare la correttezza (ai sensi del Codice del Consumo) di condotte attuate da imprese e suscettibili di rilevare anche ai sensi di specifiche discipline di settore (quale quello bancario), tendenzialmente essa rivendica il proprio potere a pronunciarsi, evidenziando il differente ambito di tutela presidiato dalle diverse istituzioni.

Non è chiaro, infine, se il legislatore, richiamando espressamente la categoria degli "intermediari finanziari", abbia inteso riferirsi alla definizione di cui all'art. 106 TUB e dunque escludere dall'ambito soggettivo dell'attività di controllo dell'AGCM una ampia categoria di soggetti (*in primis* le banche) che pur effettuando attività di erogazione del credito, non sono qualificati come "intermediari finanziari" ai sensi della normativa di settore.

Abuso di dipendenza economica e ritardi di pagamento

Indipendentemente dai profili applicativi appena accennati, resta di grande rilevanza l'estensione alle imprese della tutela finora riservata ai consumatori. Si tratta di un *trend* che appare destinato ad essere ulteriormente esplorato dal legislatore nazionale. Infatti, nella citata segnalazione del 5 gennaio u.s., l'AGCM ha proposto l'estensione alle micro-imprese (*i.e.* quelle con meno di 10 dipendenti ed un fatturato annuo inferiore ai 2 Mln di Euro) della tutela in materia di pratiche commerciali scorrette ed aggressive, attualmente prevista esclusivamente a tutela dei consumatori. E ciò al fine di poter esercitare un intervento repressivo (e sanzionatorio) rispetto alle condotte di mercato che recano un pregiudizio alle micro-imprese indipendentemente dall'esistenza di un messaggio pubblicitario (circostanza quest'ultima attualmente richiesta dalla legge per l'intervento dell'AGCM nelle condotte commerciali *business-to-business*).

(b) Inoltre, lo Statuto delle Imprese nell'attribuire, all'art. 10, la delega al Governo per il recepimento della nuova direttiva in tema di ritardi di pagamento (direttiva 2011/77/UE), ha integrato la disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 Legge n. 192/1998) prevedendo che "in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al D.Lgs. 231/2002 (sui ritardi di pagamento) posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica".

Si tratta di una previsione che si pone all'attenzione dell'interprete anzitutto perché dilata ulteriormente le competenze dell'AGCM in tema di abuso di dipendenza economica. Tali competenze erano state accordate sin dal 2001 per le ipotesi in cui l'abuso di dipendenza economica, pur non qualificando una fattispecie abusiva ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 287/90, comunque incideva sul mercato, alternandone il funzionamento. Già in quel caso, l'AGCM godeva dei poteri di diffida e sanzionatori previsti dall'art. 15 della Legge n. 287/90 sopra richiamati (cfr. comma 3 *bis* dell'art. 9 della Legge n. 192/1998).

Tali competenze non erano però mai state esercitate in quanto l'Autorità non riteneva sussistere i presupposti applicativi della fattispecie nei rapporti bilaterali.

Ciò premesso, la rilevanza del citato art. 10 può essere apprezzata sotto distinti profili. Anzitutto, da un punto di vista soggettivo, la norma valorizza l'aspetto dimensionale delle imprese che subiscono l'abuso (*i.e.* piccole/medie imprese), diversamente dalla Legge n. 192/1998 che non si sofferma su tale profilo, ritenendolo ininfluenza ai fini della sua applicazione. In secondo luogo, e qui sta la portata innovativa della previsione, da un punto di vista oggettivo, la norma sembra superare il requisito della sussistenza della dipendenza economica dandola per presunta in via assoluta, così introducendo una violazione ex se fondata esclusivamente sul presupposto dell'accertamento di una violazione "diffusa e reiterata" da parte dell'ente o impresa della disciplina sui ritardi di pagamento.

2. Decreto Salva Italia (Legge 22 dicembre 2011, n. 214, Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201)

Riguardo al Decreto Salva Italia, si segnalano le seguenti previsioni rilevanti che attribuiscono o rafforzano i poteri dell'AGCM:

(a) L'art. 34 ha abrogato con effetto immediato ogni vincolo di tipo normativo ed amministrativo volto ad incidere in maniera restrittiva sulle modalità di esercizio delle attività economiche. A presidio del rispetto della norma e a garanzia dell'effettività del principio di liberalizzazione delle attività economiche, il Decreto Salva Italia ha assegnato all'AGCM un vero e proprio obbligo di vigilanza sulla eventuale reintroduzione – mediante atti normativi o regolamentari - delle restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche che la disposizione in commento mira ad abrogare. Più specificamente, il Decreto Salva Italia ha imposto all'AGCM l'onere di rendere un parere obbligatorio "in merito al rispetto del principio di proporzionalità" sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche.

Per rafforzare il potere di intervento dell'AGCM, il Decreto Salva Italia è ulteriormente intervenuto chiamando l'AGCM a vigilare sulla eventuale reintroduzione da parte delle pubbliche amministrazioni di simili vincoli o altre previsioni ritenute contrarie alle regole di concorrenza ed eventualmente ad impugnare tali atti al fine di una loro eliminazione definitiva dall'ordinamento giuridico.

Liberalizzazione e impugnativa dei provvedimenti amministrativi

Con l'art. 35, infatti, il Decreto Salva Italia ha accordato all'AGCM la legittimazione ad impugnare dinanzi al Tar del Lazio gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica ritenuti lesivi della concorrenza nel mercato (art. 35, comma 1).

Il secondo comma della citata previsione aggiunge che qualora l'AGCM dovesse ritenere che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto illegittimo da un punto di vista concorrenziale, emerterà - entro un termine stabilito in sessanta giorni (la disposizione tuttavia non chiarisce il *dies a quo*) - un parere motivato (da comunicare alla amministrazione interessata) in cui sono specificati i profili di illegittimità concorrenziale riscontrati. Qualora l'amministrazione non si conformi, entro sessanta giorni dalla ricezione del parere, alle indicazioni ivi contenute l'AGCM potrà impugnare l'atto amministrativo ritenuto contrario alle regole di concorrenza (nei successivi trenta giorni).

La norma, per come risulta formulata, solleva dubbi ed incertezze rispetto al suo effettivo contenuto, dal momento che non appare chiaro quale sia il rapporto che lega il disposto di cui al primo comma con la previsione contenuta nel secondo comma. In particolare, non è chiaro se le relative disposizioni debbano essere lette in combinato disposto ovvero rappresentino due distinte ed autonome ipotesi di intervento da parte dell'AGCM. In altri termini, dal tenore della norma, non emerge con sufficiente grado di certezza se l'AGCM può ricorrere immediatamente al Tar avverso gli atti amministrativi ritenuti lesivi della concorrenza (come sembrerebbe dal comma 1) ovvero, qualora ritenga che un atto amministrativo possieda dette caratteristiche, se debba prima inviare all'amministrazione interessata un "parere motivato", potendo agire dinanzi al Tar solo successivamente e solo se e in quanto l'autorità destinataria di tale parere non si sia conformata ad esso.

Al di là delle difficoltà interpretative, si tratta comunque di un potere di impugnativa dalla portata applicativa molto ampia.

(b) L'art. 36 *bis* del Decreto Salva Italia qualifica come pratica commerciale scorretta la condotta di banche, istituti di credito o intermediari finanziari che, ai fini della stipulazione di un contratto di mutuo, obbligano il cliente a sottoscrivere anche una polizza assicurativa dagli stessi erogata.

La norma prevede l'inserimento di tale disposizione nell'art. 21 del Codice del Consumo (che qualifica le condotte considerate ingannevoli), limitandone peraltro la rilevanza – almeno stando all'interpretazione letterale – all'ipotesi in cui il cliente sia obbligato alla sottoscrizione della polizza. Con riferimento alla collocazione della disposizione in commento, si osserva che la scelta del legislatore di inserirla nel citato art. 21 del Codice del Consumo, norma di portata generale, appare singolare ove si consideri che tale testo normativo contiene specifiche disposizioni relative al settore bancario e finanziario.

A prescindere da tali considerazioni, va tuttavia evidenziato che l'inserimento della norma nel Codice del Consumo e, in particolare, tra le disposizioni relative alle pratiche commerciali scorrette (e, segnatamente, ingannevoli) attribuisce all'AGCM il potere di perseguire tali condotte e di applicare le sanzioni previste dalle norme di riferimento in tema di pratiche scorrette.

In un'ottica più generale, si osserva che la previsione di cui all'art. 36 *bis* insiste, con una norma primaria, su aspetti regolati dalla disciplina di settore con norma secondaria. Ci si riferisce, in particolare, alle nuove disposizioni in materia di conflitto di interessi degli intermediari assicurativi, in relazione all'emissione da parte di questi ultimi di polizze legate ai mutui, recentemente emanate dall'ISVAP con provvedimento del 6 dicembre 2011, n. 2946. Con tale provvedimento è stato introdotto all'art. 48 del Regolamento n. 5 del 16 ottobre 2006 (concernente la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al Titolo IX e di cui all'art. 183 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, approvativo del Codice delle Assicurazioni Private) il nuovo comma 1 *bis* che esplicita l'obbligo dell'intermediario assicurativo di astenersi dall'assumere contemporaneamente la qualifica di intermediario e beneficiario (o vincolatario) delle prestazioni assicurative offerte ai clienti.

La nuova disposizione ISVAP - che trova applicazione anche nei confronti di banche e intermediari finanziari essendo tali soggetti equiparati a tutti gli effetti ai tradizionali intermediari assicurativi – mira a porre fine a un conflitto di interessi, rispetto al quale opera l'obbligo di astensione dell'intermediario, ritenuto dall'Istituto "penalizzante per i consumatori".

La previsione dell'art. 36 *bis*, dunque, pur nell'ambito di differenti contesti giuridici e partendo da presupposti diversi, sembra condividere le finalità del citato regolamento, proponendosi di tutelare il consumatore da comportamenti scorretti posti in essere nei suoi confronti da banche e intermediari. Diversamente dal Regolamento ISVAP, detto obiettivo è perseguito incidendo in misura minore sulla libertà di iniziativa economica delle banche e degli intermediari finanziari che rimangono liberi di offrire ai propri clienti, contestualmente alla stipulazione di un contratto di mutuo, la sottoscrizione di una polizza assicurativa dagli stessi emessa. Da questo punto di vista, l'art. 36 *bis*, che è fonte di livello superiore ma ha lo stesso campo di applicazione del Regolamento ISVAP, potrebbe suggerire che la nuova regolamentazione debba essere disattesa per mancanza di proporzionalità con la disposizione di rango normativo primario.

In proposito, merita osservare che nella segnalazione del 5 gennaio u.s. l'AGCM intenderebbe, invece, allineare il testo dell'art. 36 *bis* a quello del Regolamento ISVAP, auspicando un'integrazione della lettera della norma con l'espressa previsione del divieto per un operatore bancario, in fase di erogazione di un mutuo o altro finanziamento, di ricoprire contemporaneamente il ruolo di beneficiario e intermediario di una polizza assicurativa. Se tale indicazione fosse accolta dagli organi competenti si finirebbe per sancire anche a livello legislativo un divieto per adesso confinato all'ambito regolamentare.

* * *

Si segnalano altresì le seguenti previsioni che, pur non intervenendo direttamente sui poteri dell'AGCM, assumono rilievo antitrust da un punto di vista sostanziale. In proposito, si richiama l'attenzione su:

(c) L'art. 12 del Decreto Salva Italia che contiene significative novità in tema di commissioni interbancarie e di commissioni per il prelievo nonché a carico degli esercenti.

In particolare, nell'ambito delle misure introdotte per promuovere la "riduzione del limite per la tracciabilità dei pagamenti" e per contrastare "l'uso del contante", il comma 3 delega al Ministero dell'economia e delle finanze insieme alla Banca d'Italia, all'ABI, a Poste e alle associazioni dei prestatori di servizi di pagamento la definizione con apposita convenzione delle caratteristiche di un conto corrente o di un conto di pagamento di base, nonché l'ammontare degli importi delle commissioni da applicare sui prelievi effettuati con carta.

Al successivo comma 9, poi, il Decreto Salva Italia pone in capo all'ABI, al Consorzio Bancomat, a Poste Italiane, alle imprese che gestiscono circuiti di pagamento e alle associazioni delle imprese rappresentative a livello nazionale l'onere di definire regole generali per assicurare una riduzione della commissione interbancaria a carico degli esercenti in relazione a transazioni effettuate mediante carte di pagamento. "In ogni caso", il decreto fissa un tetto massimo pari all'1,5% per le suddette commissioni a carico degli esercenti. Il Ministero dello sviluppo economico, agendo di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze e sentite la Banca d'Italia e l'AGCM, verifica l'efficacia delle regole generali definite. In caso di esito positivo, le commissioni trovano applicazione anche con riferimento alle transazioni di importo inferiore a Euro 100 regolate con carte di pagamento presso gli impianti di distribuzione di carburanti.

Si premette che il tema delle commissioni interbancarie e di quelle a carico degli esercenti è stato oggetto, anche assai di recente, di numerosi interventi da parte delle diverse Autorità di concorrenza nazionali, compresa quella italiana, e della Commissione Europea. Da questo punto di vista, la rilevanza delle misure introdotte dal Decreto Salva Italia è destinata a non esaurirsi a livello nazionale.

Ciò detto, la disposizione di cui al comma 3 non sembra del tutto coerente in una logica strettamente concorrenziale. Essa, infatti, sembra incentivare e di fatto determinare, attraverso una convenzione tra soggetti concorrenti, l'uniformazione dei servizi offerti. Da questo punto di vista, tanto l'individuazione di caratteristiche comuni alle diverse tipologie di conti, quanto la fissazione dei livelli di commissioni di applicare ai prelievi da ATM, non sembrano coerenti con l'intenzione del legislatore di promuovere gli interessi dei consumatori. Al contrario, come peraltro ha avvertito la stessa AGCM nella segnalazione del 5 gennaio u.s., si tratta di misure che risultano suscettibili di introdurre delle rigidità, limitando l'offerta di prodotti diversi e a condizioni più vantaggiose per il consumatore finale.

Passando al successivo comma 9, va da subito precisato che la relativa previsione non è di facile lettura perché le commissioni interbancarie si applicano esclusivamente nei rapporti tra le banche coinvolte in un'operazione di pagamento in circolarità e come tali non sono a carico degli esercenti. La componente della commissione interbancaria che viene trasferita a valle e come tale è a carico dell'esercente è invece stabilita nell'ambito del rapporto di convenzionamento tra la banca acquirer e il singolo esercente, esprimendo la volontà negoziale delle parti.

Se così è, la prima parte della norma potrebbe essere interpretata nel senso di affidare al sistema bancario in generale e ai circuiti di pagamento in particolare l'onere di definire delle regole generali tese a promuovere la progressiva riduzione del valore delle commissioni interbancarie che si riferiscono non a tutti i servizi di pagamento ma solo agli strumenti di pagamento elettronico. In alternativa, potrebbe essere intesa nel senso di richiedere a quegli stessi soggetti di intervenire per stabilire delle regole comuni tese a favorire non la riduzione del valore in sé delle commissioni interbancarie ma solo della componente che viene tralata a carico degli esercenti.

Nella seconda parte della norma, poi, il legislatore precisa che "in ogni caso" le commissioni a carico degli esercenti non possono superare un preciso tetto. E' questa una novità che incide in maniera notevole sul modello classico di funzionamento dei circuiti di pagamento, che tradizionalmente competono facendo leva sulla qualità e sui prezzi dei servizi che offrono alla domanda. Con il Decreto Salva Italia, dunque, si sostituisce la leva competitiva che sino ad oggi è stata rimessa al potere negoziale dei singoli circuiti nei confronti dei rispettivi esercenti con un prezzo massimo "amministrato".

Sia la prima che la seconda parte del comma 9 sollevano dubbi di compatibilità con la disciplina della concorrenza e sembrano altresì violare uno dei pilastri del diritto comunitario, quello relativo alla libertà fondamentale relativa alla prestazione dei servizi. Infatti, l'attuazione del comma 9 (*i.e.* la definizione di regole generali per la riduzione delle commissioni interbancarie che si applicano agli strumenti di pagamento elettronico forniti da circuiti di pagamento che operano in concorrenza in Italia insieme all'uniformazione delle commissioni che si applicano agli esercenti da parte degli stessi circuiti) rischia di determinare la fissazione di componenti di prezzo (commissioni interbancarie) e di prezzi relativamente alle commissioni applicate agli esercenti da parte banche convenzionatrici.

Si aggiunga poi che nemmeno in sede comunitaria, dove da tempo sono in corso indagini e consultazioni con le comunità bancarie nazionali in materia di *merchant fee*, è stata proposta una soluzione così radicale. Al contrario, la Commissione Europea, consapevole della delicatezza del tema e della difficoltà di identificare il valore ottimale della commissione a carico degli esercenti, sta elaborando un modello di calcolo, basato su parametri condivisi e oggettivamente rilevanti, avente ad oggetto la definizione delle sole commissioni interbancarie. Complessivamente, dunque, attuando le suddette misure si realizzerebbe l'isolamento del mercato nazionale degli strumenti di pagamento elettronico, ostacolando l'offerta di servizi in Italia da parte di circuiti stranieri.

L'Antitrust è intervenuto sul punto con la richiamata segnalazione del 5 gennaio u.s., evidenziando la portata concorrenziale delle misure introdotte che, ove attuate, determinerebbero in via normativa un prezzo intermedio e finale, il che impedirebbe ogni forma di diversificazione e di concorrenza, così frustrando gli obiettivi perseguiti dal legislatore di tutelare i consumatori. Pertanto, per l'AGCM sarebbe preferibile limitarsi a intervenire sulla metodologia di calcolo e sul livello delle sole commissioni interbancarie multilaterali, la cui legittimità e compatibilità con le regole di concorrenza non viene contestata in quanto tale.

(d) L'art. 36 del Decreto Salva Italia vieta "ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti" (comma 1), per tali intendendosi le imprese o i gruppi di imprese tra i quali non vi siano rapporti di controllo ai sensi della disciplina antitrust e che operino nei medesimi mercati (sotto il profilo merceologico e geografico, comma 2).

Secondo il disposto di cui al comma 2 *bis*, i soggetti che siano titolari di cariche tra loro incompatibili ai sensi del primo comma, possono esercitare un'opzione nel termine di novanta giorni decorrenti dalla nomina. Tale termine è fissato, in sede di prima applicazione, in centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Salva Italia, *i.e.* dal 28 dicembre 2011. Spirato il termine, senza che sia stata esercitata alcuna opzione, i predetti soggetti decadono da entrambe le cariche e la decadenza viene dichiarata dagli organi competenti degli organismi interessati, entro trenta giorni dalla scadenza del termine sopra citato o dalla conoscenza dell'inosservanza del divieto, ovvero - in caso di inerzia dei suddetti organi - dall'autorità di vigilanza del settore.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Roma

Alberto Pera
Tel. +39 06 478751
apera@gop.it

Michele Carpagnano
Tel. +39 06 478751
mcarpagnano@gop.it

Valeria Falce
Tel. +39 06 478751
vfalce@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

www.gop.it

È appena il caso di avvertire che la norma, pur non attribuendo nuovi poteri all'AGCM, risponde alle sollecitazioni della stessa, che a più riprese aveva avvertito come l'assetto di *governance* delle banche e delle assicurazioni fosse largamente insoddisfacente sotto il profilo concorrenziale in ragione, *inter alia*, dell'ampia diffusione di legami azionari e personali fra operatori concorrenti che attenua gli incentivi delle parti a competere e che in ultima analisi promuove un equilibrio di quieto vivere.

Tanto detto, l'art. 36, pur disciplinando una materia - il cumulo di cariche - che sotto diversi profili è disciplinato sia in via generale (art. 2390 c.c. e art. 2391 c.c.) che a livello regolamentare, (TUF, TUB e Codice delle Assicurazioni), si pone su un piano diverso rispetto agli altri già considerati. L'art. 36, infatti, sancisce un divieto assoluto di cumulo di cariche per le "imprese" che operano in specifici settori, così attribuendo al fenomeno dell'*interlocking* una valenza in sé negativa, come tale non derogabile o superabile dalle circostanze concrete.

A parte la questione, già da alcuni rilevata, che la norma in esame avrebbe un carattere discriminatorio in quanto applicabile solo ad alcuni settori economici, si possono rilevare almeno i seguenti problemi di ordine interpretativo.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 36 a cadere nel divieto è il cumulo di cariche "analoghe" e dunque corrispondenti, così che stando ad un'interpretazione letterale rimarrebbero fuori della portata della norma tutte le situazioni in cui, invece, la stessa persona rivesta sì ruoli strategici ma non coincidenti nella *governance* di due imprese concorrenti. È questa peraltro una preoccupazione avvertita dall'AGCM che nella segnalazione inviata al Parlamento ed al Governo lo scorso 5 gennaio u.s. ha suggerito di esplicitare la norma nel senso di vietare il legame personale a prescindere dall'assunzione di una carica analoga.

In secondo luogo, l'art. 36 nel vietare le situazioni di *interlocking directorship* limita il proprio ambito di applicazione ai soli casi in cui il cumulo di cariche si realizzi tra imprese tra loro direttamente concorrenti, e cioè che operano sullo stesso mercato sia dal punto di vista del prodotto che geografico. Stando dunque alla lettera della norma sarebbero salvi i legami personali che ad esempio interessino un'impresa che opera nel settore assicurativo e una che opera sul mercato finanziario e, tendenzialmente, anche quelli che riguardino due imprese di assicurazioni che operano su distinti mercati merceologici, perché attivi su diversi settori assicurativi (di regola la Commissione Europea e l'AGCM individuano i mercati assicurativi a partire dai diversi rischi assicurati, sulla base della unicità degli stessi dal punto di vista della domanda).

Quanto al primo problema interpretativo, non va escluso che il riferimento alle cariche "analoghe" possa essere superato senza intervenire sulla norma. In proposito, vale la pena ricordare che la dottrina ha da tempo esteso l'ambito di operatività dell'art. 2390 c.c., ritenendo che il cumulo di cariche rilevante non è solo quello che riguarda gli amministratori, come risulta dalla lettera della norma, ma anche quello che interessa i direttori generali delle società per azioni. *Mutatis mutandis*, sembra che anche l'art. 36 possa essere interpretato in senso ampio, coerentemente con la sua *ratio*, e che dunque possa trovare applicazione oltre le specifiche situazioni in cui il legame personale riguardi l'assunzione di una carica "analogha".

Quanto al secondo problema interpretativo, il collegamento dell'illiceità delle situazioni di *interlocking* ad un rapporto di concorrenza diretta tra le "imprese" considerate (e non anche ai relativi gruppi) non sembra aggirabile a livello interpretativo. E d'altra parte, l'estensione proposta dall'AGCM parrebbe da valutare con attenzione, tenuto conto che il rischio *antitrust* sollevato dalle situazioni in cui il legame personale interessi gruppi concorrenti non sembra giustificare una tale interferenza sulla *governance* delle imprese coinvolte.

Anche su questo tema è intervenuta l'AGCM che, nella ricordata segnalazione del 5 gennaio u.s., ha avvertito l'esigenza di chiarire che per verificare il rapporto di concorrenza tra i soggetti *interlocked* occorra guardare all'insieme delle attività svolte dal gruppo e non solo a quelle realizzate dalle singole imprese. Una tale soluzione, tuttavia, potrebbe avere l'effetto di rendere incompatibili cariche che non sono in grado di incidere direttamente sui rapporti concorrenziali nel mercato.