



Dipartimento di Economia e Management
Cattedra di Diritto Commerciale

**Il divieto di “interlocking directorates” nell’ambito della disciplina
della concorrenza**

Relatore:
Prof. Raffaele Lener

Candidato:
Valerio Ficini
Matricola 199271

Anno accademico 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
1. LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA: caratteristiche e fattispecie dell'impianto normativo	
1.1 Premessa.....	6
1.2 Concorrenza e forme di mercato.....	7
1.3 La legittimità costituzionale della disciplina della concorrenza.....	11
1.4 Le limitazioni convenzionali alla concorrenza.....	12
1.4.1 Limiti negoziali: il ruolo dei cartelli tra imprese.....	14
1.4.2 Limiti legali: il ruolo dei monopoli pubblici.....	15
1.5 L'evoluzione storica del quadro normativo.....	16
1.6 La disciplina della concorrenza.....	17
1.6.1 Il rapporto tra la disciplina nazionale e quella comunitaria.....	17
1.6.2 Le fattispecie della disciplina antimonopolistica.....	19
1.6.3 Le intese restrittive della concorrenza.....	19
1.6.4 L'abuso di posizione dominante.....	19
1.6.5 L'abuso di dipendenza economica.....	20
1.6.6 Le concentrazioni tra imprese.....	20
1.7 La disciplina della concorrenza sleale.....	25
1.7.1 Le fattispecie tipiche: atti di confusione.....	26
1.7.2 Atti di denigrazione e appropriazione di pregi altrui.....	27
1.7.3 Altri atti di concorrenza sleale.....	28
1.7.4 Pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.....	29
2. L'AUTORITÀ ANTITRUST: l'impianto di vigilanza italiano e quello statunitense.	
2.1 AGCM: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	30
2.1.1 Competenze e poteri dell'AGCM.....	31
2.1.2 Struttura ed organigramma.....	37
2.1.3 Gestione finanziaria ed autonomia contabile.....	39
2.1.4 Il rating di legalità.....	40
2.1.5 Il codice della concorrenza.....	41
2.1.6 I rapporti con le istituzioni.....	42
2.1.7 Il codice etico.....	43

2.2 La disciplina antitrust statunitense.....	43
2.2.1 <i>Sherman Act ed evoluzione della normativa</i>	45
2.2.2 <i>Federal Trade Commission: l'autorità antitrust statunitense</i>	47
3. DIVIETO DI “INTERLOCKING DIRECTORATES”: regolamentazione ed attività dell’AGCM.	
3.1 Definizione ed inquadramento del fenomeno.....	50
3.2 L’art. 36 del D.L. 201/2011, cd. “Decreto Salva Italia”.....	51
3.3 La legislazione pubblicistica precedente all’art. 36 D.L. 201/2011.....	53
3.4 Criteri per l’applicazione dell’art. 36 del D.L. “Salva Italia”.....	55
3.5 Profili applicativi del divieto di interlocking directorates.....	62
3.5.1 <i>“Protocollo d’intesa per il coordinamento tra Banca d’Italia, CONSOB, Isvap e AGCM ai fini dell’applicazione dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”</i>	63
3.5.2 <i>“Dichiarazione di decadenza ai sensi dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”</i>	65
3.6 La rilevanza concorrenziale del divieto di interlocking directorates.....	66
3.7 L’indagine conoscitiva ic36: la composizione del mercato nazionale.....	68
3.7.1 <i>Analisi quantitativa dei legami personali negli intermediari finanziari italiani</i> ...70	
4. CONCLUSIONE.....	76
5. BIBLIOGRAFIA.....	77
Monografie	
Fonti normative	
Fonti ulteriori	
6. SITOGRAFIA.....	78
Articoli in rete	
Link	

INTRODUZIONE

Il seguente elaborato nasce con l'idea di condurre un'analisi riguardo la disciplina della concorrenza distinguendo tra i principi di origine comunitaria e nazionale che danno vita al complesso di norme che costituisce il diritto antitrust oggi in vigore. All'interno di tale esposizione verranno messe in luce le pratiche poste in essere dalle imprese per falsare il regolare gioco della concorrenza con l'obiettivo di ottenere indebiti vantaggi a danno dei *competitors* o dei consumatori. Particolare attenzione sarà attribuita al tema del divieto di *interlocking directorates* che fa riferimento alla consuetudine con cui gli attori aziendali rivestono cariche in più imprese concorrenti; a dispetto della propria diffusione nella struttura imprenditoriale nazionale, tale fenomeno non aveva riscosso particolare successo in Italia ed in Europa fino ad epoca relativamente recente. La specificità di tale fattispecie normativa, che contribuisce ad attribuire un taglio specialistico all'elaborato, rappresenta una condizione tanto nociva per la struttura concorrenziale del mercato quanto difficilmente arginabile in ordine alla regolamentazione vigente; pertanto, le considerazioni effettuate costituiscono un tentativo di approfondimento nell'ambito di una materia che interessa da vicino il nostro paese.

Per quanto concerne l'impianto della trattazione, ad un primo capitolo dove vengono espone le principali forme di mercato ed il profilo normativo della disciplina della concorrenza, seguirà un secondo capitolo all'interno del quale viene presentata la struttura e l'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) operando un dovuto raffronto con la rispettiva Autorità di vigilanza antitrust statunitense. Infine, assume particolare rilievo il terzo capitolo attraverso cui viene presentato e definito il sopra citato fenomeno dell'*interlocking directorates*, di cui si evidenziano i possibili effetti anticoncorrenziali e la sua diffusione, a livello nazionale, mediante una panoramica della composizione dei sistemi di *governance* degli intermediari finanziari.

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA: caratteristiche e fattispecie dell'impianto normativo

1.1 Premessa.

Dice Adam Smith: *“pura concorrenza vuol dire compenso a coloro che forniscono i beni migliori al prezzo più basso. Essa offre un compenso immediato e naturale che una folla di rivali si affanna ad ottenere, ed agisce con più grande efficacia di una punizione distante, dalla quale ciascuno può sperare di sfuggire”*. Il concetto di concorrenza così come oggi viene inteso è ormai solo un insieme complesso di leggi e regolamenti prodotti da organi e soggetti sovraordinati che mirano a preservare l'integrità e la correttezza dei mercati economici odierni, mentre sta progressivamente svanendo l'accezione di concorrenza come principio regolatore dell'economia. Infatti, in contrapposizione con l'origine etimologica del termine “concorrenza”¹, le imprese che operano in ciascun settore merceologico sfruttano le proprie risorse nel tentativo di falsare la regolare competizione cercando egoisticamente di aggiudicarsi una quota di mercato quanto più maggiore o una posizione dominante nei confronti dei consumatori. Tale impostazione è ben diversa rispetto alla considerazione ed all'ubicazione nel sistema economico di cui la concorrenza godeva nel passato; risalendo infatti alla seconda metà del XVIII secolo alla nascita del mercantilismo, è possibile comprendere che l'essenza stessa di concorrenza veniva analizzata dal filone delle scienze sociali come risultato naturale dell'affermazione delle libertà fondamentali dell'individuo, in contrapposizione all'economia dirigista nella quale lo Stato determina cosa e quanto produrre. A tale proposito gli economisti esponenti delle tesi dell'economia neoclassica, tra i quali Adam Smith, ritenevano che il mercato, con le sue forze, fosse in grado di regolarsi autonomamente in quanto il singolo, perseguendo il proprio interesse individuale, farebbe altresì il bene della collettività; a tale proposito Jeremy Bentham affermava *“generalmente non vi è nessuno che conosce i vostri interessi meglio di voi stessi, e nessuno che sia disposto con altrettanto ardore e costanza a perseguirli”*. In un'ottica più ampia ed attuale la tradizione dell'economia neoclassica ci suggerisce che la concorrenza tra imprese nel mercato produca effetti virtuosi per l'intera società qualora venga interpretata come incontro ideale tra domanda ed offerta di beni e servizi simili che soddisfano una pluralità di acquirenti in condizioni in cui nessuno degli operatori, con le proprie decisioni, è in grado di influenzare l'andamento delle contrattazioni. Guardando oltre, ma tenendo sempre ben presente il maggiore grado di giustizia sociale concessa da un mercato dove valgono i sani principi della concorrenza anziché situazioni di mercato dove uno o pochi controllano l'offerta di beni e servizi, bisogna considerare anche gli effetti benefici a livello strettamente economico generati da un mercato concorrenziale funzionante

¹ Dal latino “cum”+“currere”, *correre insieme, gareggiare.*

correttamente; questi possono essere riassunti sostanzialmente nella massimizzazione del rapporto qualità/prezzo dei beni e dei servizi attraverso l'ottimizzazione dei fattori della produzione e nell'eliminazione di quei concorrenti che non riescono a conseguire il primo obiettivo. Le origini storiche, le forme di mercato alternative e le implicazioni strettamente economiche del concetto di concorrenza sono di fondamentale importanza per comprendere fino in fondo la sua disciplina; nel seguente capitolo, dopo un'analisi mirata ad enumerare ed approfondire le forme di mercato alternative alla concorrenza e le proprie implicazioni economiche, si passerà a considerare la disciplina della concorrenza nelle sue singole fattispecie, analizzando le caratteristiche sia delle norme di produzione comunitaria che di quelle di origine nazionale ed evidenziandone il rapporto gerarchico che vi intercorre.

1.2 Concorrenza e forme di mercato.

Nell'analisi economica, per forma di mercato si intende l'insieme delle caratteristiche dell'offerta e della domanda che concorrono a determinare le modalità con cui le imprese concorrono sul mercato con l'obiettivo di fornire beni e servizi ai consumatori. La forma di mercato che un particolare settore merceologico assume è di fondamentale importanza per quanto concerne la modalità di allocazione delle risorse in ciascun ambiente economico di riferimento. A tale proposito possiamo preventivamente distinguere le varie forme in virtù della propria efficienza allocativa distinguendo tra mercati perfettamente concorrenziali, caratterizzati da un incontro tra domanda ed offerta che genera una combinazione prezzo-quantità pareto-efficiente² detta "di equilibrio", e mercati imperfetti, generati invece dai cosiddetti fallimenti di mercato³ che conducono a squilibri in tema di benessere sociale dal lato della domanda o dell'offerta. Inoltre, per analizzarne le differenze tra le varie forme di mercato è necessario precisare che i driver che contraddistinguono le varie forme di mercato sono: le caratteristiche dei prodotti commercializzati dalle imprese, il grado di libertà di entrata o uscita dal mercato, il grado di competizione tra le imprese di uno specifico settore, il grado di efficienza allocativa ed infine il potere di influenza di prezzo e quantità di output. Sulla base di tali variabili è possibile distinguere le quattro forme di mercato principali.

La prima è rappresentata dalla concorrenza perfetta che, come "*conditio sine qua non*", vede operare i soggetti dal lato della domanda e dell'offerta in un mercato polverizzato composto da un gran

² Il concetto di efficienza paretiana, derivante dal sociologo Vilfredo Pareto (1848-1923), esprime la situazione di equilibrio economico per cui non esistono possibili allocazioni che consentano di aumentare la soddisfazione di qualcuno senza diminuire quella di qualcun altro (*H. Varian, Microeconomia, 2015*).

³ I fallimenti di mercato rappresentano delle condizioni in cui il mercato non riesce a lavorare efficientemente in senso paretiano; tali fallimenti conducono a forme di mercato monopolistiche ed oligopolistiche o alternativamente all'intervento pubblico nell'economia. Nella pratica sono 5 le cause dei fallimenti di mercato: presenza di beni pubblici puri, Esternalità negative o positive, Incompletezza dei mercati, Informazione incompleta e disoccupazione connessa a squilibri macroeconomici (*J. Stiglitz, economia del settore pubblico, Hoepli, 2015*).

numero di acquirenti e di venditori; essi, commercializzando prodotti omogenei ed uguali tra loro, contribuiscono ad attribuire quel carattere definito di “atomicità” secondo il quale ogni singola impresa rappresenta e produce una quota di output trascurabile all’interno dell’industria. La concorrenza perfetta è caratterizzata inoltre dall’assenza di barriere ed ostacoli sia all’entrata che all’uscita, da una piena mobilità dei fattori produttivi e dal possesso di tutte le informazioni rilevanti da parte di acquirenti e venditori. Dal lato dell’offerta le imprese che operano in regime concorrenziale sono definite “*price taker*”, ossia, a causa della propria incapacità di influenzare il prezzo di mercato con le proprie scelte di produzione, non fissano autonomamente il prezzo che il consumatore deve corrispondere per i propri beni. Ne consegue che il prezzo, definito “di equilibrio”, sarà generato dal mercato ed individuato nel punto di incontro tra la curva di domanda e quella di offerta del mercato. Dal lato della domanda invece i soggetti acquirenti, con la finalità di massimizzare la propria utilità, orientano le proprie scelte di consumo verso le combinazioni ottime per qualità e prezzo senza essere influenzati da differenze di marca, immagine o campagna pubblicitaria da parte delle imprese. Il regime perfettamente concorrenziale descritto è quindi un modello ideale e perfetto che spinge verso una generale riduzione dei costi di produzione e dei prezzi di vendita, stimolando contestualmente il progresso tecnologico e l’accrescimento dell’efficienza produttiva delle imprese ed eliminando quelle meno competitive. Bisogna sottolineare tuttavia come la concorrenza perfetta sia solo un modello teorico ed utopico senza nessun fondamento o esempio pratico nella realtà economica, la quale sembra essere molto differente dalle ipotesi del mercato concorrenziale sopra descritte. Infatti, nei settori strategici della produzione (produzione di materie prime, macchinari, manufatti high-tech etc.) si riscontra la tendenza ad allocare le risorse ed organizzare il mercato mediante regimi lontani dalla concorrenza perfetta ma sempre più vicini a forme monopolistiche o oligopolistiche mediante le quali le imprese accrescono le proprie dimensioni collegandosi e concentrandosi tra di loro⁴.

La seconda forma tipica di mercato è il monopolio, il quale è caratterizzato dal lato della domanda dalla presenza di numerosi acquirenti e dal lato dell’offerta dalla presenza di una sola grande impresa produttrice di un bene o servizio, la quale, non dovendo fronteggiare la concorrenza di “*competitors*”, ha la possibilità di porsi come “*price maker*” e stabilire liberamente il prezzo di vendita e la quantità di output offerta. La scelta di prezzo e quantità è soggetta tuttavia ad alcuni vincoli rappresentati in primo luogo dalla domanda di mercato che si registra per uno specifico bene ed in secondo luogo dal

⁴ Il tema delle interazioni e delle concentrazioni reciproche tra imprese, dettate dall’esigenza da un lato di accrescere le proprie dimensioni strutturali o la propria quota di mercato e dall’altro di sopraffare la concorrenza di imprese appartenenti allo stesso settore merceologico, è da tenere in grande considerazione in ottica della disciplina della concorrenza: Essa ha infatti come fine ultimo quello di regolare i rapporti tra le imprese consentendone la crescita e lo sviluppo ma allo stesso tempo cercando di salvaguardare il regime concorrenziale del mercato e la genuinità della competizione tra le imprese.

trade-off prezzo-quantità⁵. Agendo secondo tale libertà, che possiamo definire “controllata”, il monopolista conseguirà quindi il massimo profitto andando oltre la remunerazione del capitale; tuttavia genererà una perdita secca di benessere sociale, detta “*debt weight loss*”, causata da una produzione di output inferiore a quella ottimale ma venduta ad un prezzo superiore. La forza della posizione di monopolio di un’impresa deriva sotto il profilo statico dall’assenza di concorrenti e sotto quello dinamico dall’impossibilità per qualunque altra impresa di entrare all’interno del proprio mercato. Questa grande differenza rispetto al regime perfettamente concorrenziale è generata dalla presenza di alcuni espedienti deterrenti, detti “barriere all’entrata”, finalizzati a limitare l’ingresso di nuove imprese in mercati monopolistici e che l’economista George Stigler definiva “*un costo che deve essere sopportato da un’impresa che cerca di entrare in un mercato e che invece non deve essere sostenuto da chi è già in tale mercato*”. Le barriere all’entrata possono essere distinte in svariate tipologie: tra quelle di carattere strategico troviamo le “politiche di prezzo predatorie”⁶, con cui l’impresa monopolista difende la propria quota di mercato scoraggiando le possibili imprese outsider che vorrebbero entrare nel mercato. Tra quelle di carattere economico, le economie di scala⁷ indicano i vantaggi di costo che si ottengono all’aumentare della dimensione (scala) della capacità produttiva; i vantaggi assoluti di costo consentono alle imprese che già operano sul mercato di applicare prezzi più vantaggiosi rispetto ai potenziali entranti; i vantaggi di differenziazione favoriscono le imprese già operanti nel mercato eliminando investimenti in marketing e in promozione grazie alla fedeltà maturata nel corso del ciclo di vita del cliente. Tra le barriere di carattere tecnologico troviamo invece le economie di apprendimento, aventi luogo quando la produzione cumulata⁸ dai vari operatori di un settore determina un costo di produzione inferiore di quello di un’impresa potenzialmente entrante; le economie di varietà consentono all’impresa che realizza una vasta gamma di prodotti di produrre ad un costo medio inferiore rispetto a quello dei potenziali entranti in quanto suddivide tra le linee di

⁵ Il concetto di trade off prezzo-quantità domandata fa riferimento a quel binomio secondo il quale all’aumentare del prezzo di vendita di un determinato bene, si registra una diminuzione della quantità domandata dai consumatori.

⁶ Le politiche di prezzo predatorie sono tipologie di barriere all’entrata particolarmente efficienti in quanto prevedono che, al momento del tentativo di ingresso di una nuova impresa, il monopolista riduca il prezzo di vendita al di sotto dei costi marginali di produzione (in casi estremi anche generando una momentanea perdita di esercizio) al fine di mettere in difficoltà l’impresa entrante. In tal modo quest’ultima, non potendo beneficiare delle economie di scala, registrerebbe ingenti perdite nell’adeguare il prezzo di vendita a quello del monopolista; ne consegue che qualunque impresa sarebbe costretta ad uscire dal mercato. In tal modo il monopolista riesce nell’intento di salvaguardare la propria posizione dominante anche a costo di generare momentaneamente una perdita di esercizio.

⁷ L’impresa monopolista realizza economie di scala quando il costo medio unitario di produzione dell’output diminuisce all’aumentare della produzione. Le economie di scala sono associate al concetto di rendimenti di scala crescenti i quali, riferendosi alla relazione esistente tra variazione degli input di produzione e variazione dell’output, influenzano le economie di scala che invece costituiscono una relazione espressa in termini “fisici” tra dimensione dell’impianto e costo medio di produzione. Si delinea così una fattispecie diametralmente opposta rispetto al regime perfettamente concorrenziale la quale come abbiamo visto in precedenza risulta essere incompatibile con i rendimenti di scala in quanto essi contrasterebbero con una delle ipotesi fondamentali della concorrenza non permettendo la libera entrata ed uscita dal mercato.

⁸ Il concetto di produzione cumulata fa riferimento alla profonda padronanza dei processi tecnologici produttivi (“know how”) acquisita grazie alla ripetizione delle mansioni.

prodotto gli ingenti costi di ricerca e sviluppo, marketing e logistica. Le barriere di carattere legale sono invece rappresentate dalla proprietà di brevetti, ossia un asset intangibile che rappresenta un'efficace forma di difesa della posizione di monopolio contro i tentativi di replicazione della produzione di uno specifico bene o servizio. L'ultima tipologia di barriera all'ingresso è rappresentata da quella forma di difesa di carattere politico-istituzionale, che sfocia in azioni di "lobbying", che sfrutta l'attività di gruppi organizzati o dei loro rappresentanti volta a promuovere gli interessi di determinate categorie di imprenditori presso le istituzioni. Le forme di mercato monopolistiche possono essere distinte ulteriormente in relazione alle proprie caratteristiche distintive: il "monopolio di fatto" è generato dalla progressiva e sistematica eliminazione dei concorrenti in un determinato mercato operata da un'impresa che detiene i mezzi necessari per affermarsi come monopolista mediante strategie che si contraddistinguono per la propria dubbia moralità. Il monopolio pubblico è invece generato dalla limitazione legale al principio dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) con cui la legge, per motivi di interesse nazionale, riserva in via esclusiva ad un soggetto o ente pubblico l'esercizio di una determinata attività economica, ma ne stabilisce anche i termini secondo cui deve operare; infine il monopolio naturale è caratterizzato dalla presenza di un'unica impresa che riesce a gestire l'intera offerta sul mercato a un costo inferiore rispetto alle altre in virtù delle economie di scala e del controllo esclusivo dei fattori di produzione⁹.

L'ultima forma di mercato rilevante è rappresentata dall'oligopolio ed è caratterizzato dalla presenza di poche e grandi imprese sul lato dell'offerta che si spartiscono il mercato commercializzando beni che possono essere sia omogenei che eterogenei. In condizioni di oligopolio, le imprese produttrici operano in un regime di simil-concorrenza, pur se alterato a causa del ristretto numero di *competitors*; di fatti le imprese hanno la possibilità di influire sul prezzo e sulla quantità di output offerta, ma devono considerare le scelte e le reazioni dei competitors presenti nel settore per cercare di allocare efficientemente le proprie risorse. Ne consegue che, nel determinare prezzo e quantità da produrre, si instaura un rapporto, detto di "interazione strategica", secondo il quale ciascuna impresa fissa il prezzo tenendo conto sia di quello delle altre, sia delle reazioni dei competitors. A tale proposito, le imprese operanti in un mercato oligopolistico possono seguire alternativamente due strategie: la prima consiste nel "farsi la guerra" e prevede che le imprese, non curanti delle reazioni delle altre, cercano di escludersi a vicenda dal mercato mediante una competizione "sana" ma senza esimersi dal praticare politiche di prezzo aggressive. La seconda consiste invece nella collusione e vede le imprese

⁹ Una condizione di questo tipo attribuisce una notevole posizione dominante alle imprese che detengono il possesso incontrastato delle materie prime e funge contestualmente da barriera all'ingresso. Il caso per eccellenza di dominio incontrastato dei fattori di produzione è quello del gruppo di imprese "De Beers" che detiene il controllo esclusivo dei diamanti lavorati su scala mondiale. Il monopolio naturale è un regime di mercato particolarmente efficiente nel settore dell'offerta di servizi di pubblica utilità (energia, trasporti, telecomunicazioni, acqua potabile, ecc.) e quelli destinati a soddisfare una domanda composta da una moltitudine di consumatori.

accordarsi tra loro, volontariamente o tacitamente, riguardo le politiche di prezzo e le quantità di output da offrire con l'obiettivo di limitare i conflitti "intra-mercato" e massimizzare il profitto del gruppo di imprese; tale strategia è perseguita mediante la costituzione di vere e proprie coalizioni¹⁰ (cartelli, pool, trust ecc.) la cui liceità è spesso messa in dubbio dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) mediante indagini conoscitive finalizzate a verificare l'assenza di presupposti che falsino o alterino le corrette dinamiche concorrenziali.

1.3 La legittimità costituzionale della disciplina della concorrenza.

La rilevanza per l'intero sistema economico di una disciplina che tuteli le corrette dinamiche concorrenziali che si vengono a creare tra imprese e consumatori è un principio ampiamente riconosciuto dal nostro ordinamento, il quale cerca di preservare e favorire la correttezza delle imprese sul mercato in un'ottica di giustizia sociale. È possibile tuttavia rintracciare la considerazione di tali norme risalendo a ben prima della produzione delle leggi in materia di concorrenza; la Costituzione repubblicana del 1948 delinea infatti e legittima i principi giuridici della disciplina della concorrenza. Da una disamina delle norme costituzionali, risulta chiaro come già i padri costituenti¹¹, mediante l'introduzione dei principi fondamentali in materia di libertà di iniziativa economica all'interno della fonte normativa di più alto grado gerarchico, oltre a volerle attribuire un carattere di imprescindibilità, erano intenzionati a stimolare e soprattutto legittimare la successiva produzione legislativa delle norme riguardo la disciplina della concorrenza. In particolare, sono due gli articoli della Costituzione che rappresentano i principi concorrenziali fondamentali del nostro ordinamento. L'art. 41 Cost. afferma: *"L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"*. Tale norma, dopo aver stabilito come regola generale il principio della libertà di iniziativa economica, ne precisa i contenuti stabilendo, nel comma 2, i limiti "passivi" secondo cui l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana. Vengono disposti contestualmente anche i limiti "attivi" affermando, nel comma 3, il principio per cui la legge si riserva

¹⁰ Per la trattazione relativa alle forme di coalizione ed interazione tra imprese si rimanda al par. 1.4.1

¹¹ Ai fini dell'inquadramento delle norme in materia di concorrenza è importante sottolineare come la scelta dell'Assemblea costituente per una economia di mercato, con il riconoscimento del ruolo preponderante ottemperato dalla iniziativa dei privati, non nacque in opposizione a forme di mercato collettive in quanto il principio dell'economia di mercato non fu mai messo in discussione nel nostro ordinamento giuridico. Tale impostazione invece decretò il superamento dell'economia chiusa, che si concretava con l'organizzazione corporativa, ad appannaggio di una società aperta fondata sulla libera iniziativa economica e sul proliferare dei rapporti di concorrenza di stampo liberista tra imprese e consumatori. In questa visione "evoluzionista" del diritto in materia di concorrenza è possibile quindi valutare l'impatto sulle disposizioni civilistiche delle norme contenute nella Costituzione.

la facoltà di predisporre gli opportuni programmi di controllo per indirizzare l'attività economica verso fini sociali. Da tale analisi, pur qualificando l'economia di mercato come interesse costituzionalmente rilevante attraverso il riconoscimento della libertà di iniziativa del singolo, l'art. 41 vuole altresì affermare in primo luogo la preferenza per un regime concorrenziale delle imprese ed in secondo luogo il principio di un mercato non più inteso come luogo esclusivamente economico dove sussiste il libero incontro di domanda ed offerta, ma come regime normativo delle relazioni di scambio che implica la necessità di un governo dei comportamenti. Ne consegue che tali dettami costituzionali demandano alla legge l'onere di conformare il mercato ai principi espressi nella norma, posto infatti che l'attività economica debba attuarsi in un mercato regolato da una precisa disciplina della concorrenza. L'art. 43 Cost. invece afferma *“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*. Tale formulazione rappresenta un ulteriore riferimento all'attività di regolamentazione dei mercati che la Costituzione prescrive al legislatore; in particolare, rispetto all'ipotesi di partenza della libertà di iniziativa economica, in questo caso viene precisato che lo Stato si riserva la facoltà di intervenire trasferendo o espropriando alcune categorie di imprese che operano in specifici settori di interesse generale. Tralasciando implicazioni non rilevanti ai fini dell'analisi della concorrenza¹², il nodo fondamentale dell'analisi è rappresentato dal fatto che tale articolo non nasca tanto per affermare il principio della libera concorrenza come unica forma di disciplina del mercato, bensì per testimoniare che la Costituzione conosce ed anzi prevede altre forme di mercato monopolistiche ed oligopolistiche garantite da un massiccio intervento dello Stato nell'economia nei settori dichiarati di interesse strategico. Tuttavia, sebbene l'art. 43 Cost. lasci spazio ad una serie di limitazioni legali al regime concorrenziale puro, è doveroso precisare che mai la struttura concorrenziale del mercato potrà essere pregiudicata in maniera rilevante, dovendosi sempre preservare la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

1.4 Le limitazioni convenzionali alla concorrenza

L'art. 41 Cost. in tema libertà di iniziativa economica rappresenta un dettame di estrema rilevanza per il suo carattere di principio costituzionale sovraordinato rispetto a qualsiasi altra disposizione e soprattutto indica precisamente la volontà di salvaguardare la libera concorrenza di mercato ripudiando invece qualsiasi fattispecie che possa ledere le dinamiche tra imprese e consumatori. Non

¹² Tali implicazioni possono essere rappresentate ad esempio dalla disciplina della nazionalizzazione o dall'analisi fiscale della produzione di beni pubblici.

bisogna pensare tuttavia al mercato come un luogo imperturbabile strutturato secondo un regime di concorrenza perfetta che, come precedentemente affermato, risulta essere un modello prettamente teorico ed utopico. A sostegno di tale tesi è possibile affermare che concentrazioni e pratiche limitative della concorrenza sono fenomeni che spesso rispondono all'esigenza del sistema economico e che non si pongono necessariamente in contrasto con il funzionamento concorrenziale del mercato. L'ordinamento tende infatti a vedere di buon occhio una riduzione del numero dei "competitors" o un accrescimento dimensionale delle imprese qualora possano costituire strategie efficaci in ottica di taglio dei costi e di eliminazione di surplus di produzione che il mercato non è in grado di assorbire. Inoltre, una visione realistica dell'ambiente economico ha indotto il legislatore a prevedere anche alcune tipologie di intese limitative della concorrenza osservando che spesso fattispecie di "concorrenza sfrenata" possano arrecare al mercato ed alla collettività danni maggiori di accordi volti, ad esempio, a fronteggiare un periodo di crisi del settore limitando temporaneamente la quantità prodotta da ciascuna impresa. Ne consegue che la salvaguardia delle corrette dinamiche concorrenziali non possa essere perseguita basandosi sui tecnicismi di un modello teorico come la concorrenza perfetta o attraverso una rigida preclusione delle pratiche limitative della concorrenza, le quali vanno tuttavia tenute sotto controllo per evitare che sfocino in derive pregiudicanti l'interesse generale. La ricerca di tale punto di equilibrio tra il modello utopico perfettamente concorrenziale e le singole realtà settoriali, spesso orientate verso situazioni di monopolio o oligopolio, costituisce perciò l'orientamento di fondo che delinea il campo d'azione della disciplina della concorrenza.

Fissato infatti il principio della libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost., la disciplina civilistica consente limitazioni legali e negoziali alla concorrenza pura per gli stessi fini di utilità sociale per cui ne condanna alcune pratiche; contestualmente però ne subordina la validità al rispetto di alcune condizioni in modo tale da non pregiudicare in maniera rilevante la struttura concorrenziale del mercato. L'art. 2596 c.c. afferma: *"Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di 5 anni"*. La libertà di iniziativa economica è quindi solo parzialmente disponibile in quanto il codice civile consente la stipula di tali patti che limitano la concorrenza con la finalità esclusiva di tutelare intese che migliorino le condizioni di offerta del mercato mediante effetti benefici per i consumatori. Negli ultimi anni tale normativa ha subito un'evoluzione in termini di rigidità, infatti, mentre in passato ogni tipo di patto limitativo della concorrenza doveva ritenersi valido, oggi le clausole limitative della concorrenza, rispettate le condizioni fissate dall'art. 2596, devono ritenersi valide quando non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle norme

antimonopolistiche comunitarie e qualora non ricadano nel divieto di intese anticoncorrenziali o di abuso di posizione dominante introdotto dalla legge 287/1990¹³.

1.4.1 Limiti negoziali: il ruolo dei cartelli tra imprese.

La prescrizione dell'art. 2596 c.c. che, come visto, consente di stipulare patti che limitano la concorrenza, apre la strada a numerosi accordi di carattere negoziale concordati tra le imprese dando luogo così diverse a tipologie di limitazioni contrattuali della concorrenza. Tali accordi tra imprese di natura anticoncorrenziali possono essere palesi, ossia provati per iscritto in accordo con le norme del codice civile, oppure possono configurarsi come accordi taciti, come nel caso dei cartelli o dei consorzi anticoncorrenziali.

Per quanto riguarda la prima fattispecie, posto che la normativa nazionale consente la limitazione della concorrenza qualora questa produca effetti benefici e nel rispetto di alcune condizioni, le limitazioni negoziali della concorrenza si presentano come contratti o relative clausole che hanno come oggetto la restrizione di alcune libertà concorrenziali o la pattuizione di impegni di vario tipo sia di carattere unilaterale, ossia in capo ad una sola delle parti, sia reciproci. Il patto che limita la concorrenza ha durata massima di cinque anni (art. 2596 c.c.) e deve essere provato per iscritto, non potendo per giunta precludere lo svolgimento di ogni attività professionale; è infatti espressamente prevista la sua validità solo se circoscritta ad un *“determinato ambito territoriale o, alternativamente, ad un determinato tipo di attività”*. In aggiunta, è prescritto che il patto tra due imprese sia valido qualora non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle norme antimonopolistiche comunitarie o nazionali. Possono inoltre intercorrere sia tra imprenditori in diretta concorrenza tra loro, prendendo il nome di *“restrizioni orizzontali”*, sia tra imprenditori operanti a livelli diversi e fra i quali manca un rapporto diretto di concorrenza, dando luogo invece a *“restrizioni verticali”*. Esempi di tali patti limitativi della concorrenza sono: le clausole di esclusiva nei contratti di agenzia o somministrazione, l'imposizione del prezzo di rivendita nei contratti di fornitura, il patto di preferenza nei contratti di somministrazione o la concessione di vendita in esclusiva.

Per quanto riguarda la seconda fattispecie, spesso le imprese, con l'obiettivo di limitare in maniera pregiudicante le dinamiche concorrenziali del mercato per accaparrarsi una quota maggiore di mercato oppure nel tentativo di eliminare uno o più specifici *“competitors”*, pongono in essere accordi segreti ed illegali, come cartelli o consorzi anticoncorrenziali, che falsano l'integrità del mercato. La figura del cartello è ad esempio riconosciuta convenzionalmente come un accordo tra più produttori di beni o servizi dello stesso settore merceologico per porre in essere delle misure con l'obiettivo di limitare la concorrenza sul proprio mercato mediante l'imposizione di obblighi di non concorrenza a

¹³ Per l'analisi della legge in questione, anche detta *“legge antitrust”*, si rimanda al par. 1.6.

carico di tutti gli imprenditori partecipanti all'intesa. Tali pratiche, nella maggior parte dei casi di natura occulta, sono vietate dalla disciplina della concorrenza dell'Unione Europea e sanzionate dalla Commissione Europea. A causa delle numerose finalità per cui le imprese decidono di creare un cartello, nella pratica, vi sono numerosi esempi della fattispecie in esame: i "cartelli di contingentamento" finalizzati a stabilire la quantità massima di output da offrire al mercato; i "cartelli di zona" finalizzati alla spartizione territoriale del mercato; infine i "cartelli di prezzo" fondati sull'accordo in termini di prezzo delle merci.

1.4.2 Limiti legali: il ruolo dei monopoli pubblici.

Alla luce delle norme costituzionali, si evince che la disciplina della concorrenza non nasca in contrapposizione a forme di mercato alternative a quelle puramente concorrenziali, in quanto spesso, nella pratica, sono difficilmente riscontrabili. Infatti, pur mantenendo fermo il caposaldo della libertà di concorrenza, in molte occasioni lo Stato deve assolvere al suo compito di regolatore intervenendo in maniera diretta nell'economia con l'obiettivo di rendere maggiormente concorrenziali le dinamiche che si generano. A tale proposito è prevista la facoltà in capo allo Stato, con legge ordinaria, di limitare la concorrenza mediante la creazione di monopoli che vengono definiti "pubblici" o "legali", in quanto la produzione di beni o servizi nei settori di interesse generale viene gestita direttamente dallo Stato, da un altro ente pubblico o in alternativa da un imprenditore privato su concessione della pubblica amministrazione. Nel rispetto della finalità sociale, questa forma di mercato si presenta in via eccezionale con l'intervento pubblico nell'economia sulla base di stringenti limiti ed in determinati settori economici; in particolare si riscontra nella gestione di servizi pubblici essenziali, fonti di energia o situazioni di monopoli di fatto che abbiano preminente carattere di interesse generale. La creazione di tali forme di mercato trova infatti primariamente riscontro nell'art. 43 Cost. che consente chiaramente allo Stato di trasferire, riservare o espropriare salvo indennizzo, qualsiasi attività di impresa che si riferisca ai suddetti servizi pubblici essenziali che abbiano carattere di interesse generale. Alla luce di tale formulazione vediamo quindi che, condizione necessaria per la creazione di monopoli pubblici sia il fine ultimo di utilità generale; infatti lo Stato, assumendo vesti "paternalistiche", limita la concorrenza solamente con l'obiettivo di migliorare o rendere maggiormente efficiente settori di interesse comune, considerando come secondario il maggiore gettito fiscale connesso alla creazione di un monopolio legale. Il ruolo di tali forme di mercato è valorizzato e legittimato anche e soprattutto dalla disposizione dell'art. 2597 c.c. "Obbligo di contrattare nel caso di monopolio" che afferma "*Chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento*". Da tale articolo si evince che, in condizioni di

monopolio pubblico, nonostante sia presente una limitazione alla concorrenza, lo Stato ha espressamente previsto che tali imprese, nel rispetto della parità di trattamento, siano obbligate a contrattare con chiunque richieda le prestazioni e a soddisfare le richieste compatibilmente con i mezzi ordinari dell'impresa. Bisogna tuttavia segnalare che i monopoli pubblici tendono oggi a ridursi notevolmente a causa della propria natura difficilmente conciliabile con i principi ispiratori dell'Unione Europea in materia di libertà di concorrenza ed iniziativa economica (art. 106 TFUE) e con la legislazione antimonopolistica nazionale applicabile anche alle imprese pubbliche (art. 8 legge 287/1990). Ciò non toglie che tuttora permangono alcune tipologie di monopolio, denominati "monopoli fiscali"¹⁴, che riguardano la produzione, l'importazione e la vendita di determinati prodotti, che assicurano entrate fiscali allo Stato in ottica di stabilità tributaria.

1.5 L'evoluzione storica del quadro normativo.

L'evoluzione storica del quadro normativo della disciplina della concorrenza mette in luce che l'adozione di una disciplina organica in materia sia rinvenibile, all'interno del nostro ordinamento, con notevole ritardo rispetto agli altri Stati industrializzati. Le ragioni di tale ritardo vanno ricercate nel fatto che l'Italia, per lungo tempo, ha perseguito un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico massiccio e pervasivo, caratterizzato da una forte diffidenza nei confronti di idee di stampo tipicamente liberale. Da tale impostazione ne derivò una sostanziale lacuna sotto il profilo della disciplina antimonopolistica finalizzata al controllo dei fenomeni che potessero potenzialmente generare posizioni di prepotere economico sul mercato. Fino al momento dell'introduzione di norme certe in tema di concorrenza, per più di quarant'anni, il principio regolatore dei rapporti di mercato veniva infatti ricondotto semplicemente al primo comma dell'art. 41 della Cost., nel quale è sancita la libertà di iniziativa economica privata e dove viene specificato che la legge determina i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. L'assenza di un impianto legislativo in tema di concorrenza si poneva quindi in contrasto con il trend normativo delle altre potenze mondiali; infatti, Germania, Regno Unito e Francia adottarono le prime legislazioni in materia verso la fine degli anni '40, e quindi già prima dell'entrata in vigore della regolamentazione comunitaria dettata dai Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea¹⁵. Guardando alla realtà statunitense, l'Italia intervenne con quasi un secolo di ritardo rispetto

¹⁴ I monopoli di Stato sono articolati secondo il modello di azienda speciale e hanno una struttura amministrativa più complessa rispetto a quella dei monopoli pubblici in quanto strumenti di imposizione e riscossione fiscale. Sono esempi di monopoli fiscali il gioco del lotto, gestito dall'Azienda Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), l'importazione e commercializzazione dei tabacchi lavorati, e la commercializzazione dei fiammiferi.

¹⁵ In Europa, un sistema di controllo antitrust unitario è stato adottato nel 1957, con l'inserimento, nel Trattato di Parigi nel 1952 e di Roma del 1957, di norme specifiche a tutela della concorrenza e incentrate sulla disciplina delle intese restrittive, degli abusi di posizione dominante e degli aiuti di Stato. In seguito, nel 1989, con un apposito Regolamento

allo “Sherman Act” del 1890, che rappresenta la prima legge antitrust moderna inizialmente finalizzata allo scopo di vietare le condotte cartellistiche e i tentativi di monopolizzazione del mercato. A questo primo corpo di norme si aggiunsero, nel 1914, il “Clayton Act”, a disciplina dei fenomeni di concentrazione tra imprese, e il “Federal Trade Commission Act”, che sanzionava sotto il profilo amministrativo condotte genericamente definite come “*unfair*” e applicandosi parallelamente allo Sherman Act che si caratterizzava invece per la natura penalistica dei divieti prescritti. Se in parte tale lacuna venne colmata a metà degli anni cinquanta con l’applicazione diretta nel nostro ordinamento della disciplina antitrust europea, bisognerà aspettare fino alla fine degli anni ottanta per avere una disciplina in materia di concorrenza. Ebbene, grazie ad una serie di fattori concomitanti che hanno portato ad un cambiamento del quadro politico e culturale, l’emanazione della legge 10/10/1990 n. 287 dotò l’impianto normativo nazionale di una propria disciplina organica della concorrenza seppur, come si vedrà in seguito, in costante rapporto di interazione con le norme europee.

1.6 La disciplina della concorrenza.

La disciplina della concorrenza si articola in un corpo di norme in parte di origine nazionale, rappresentato dalla “legge antitrust nazionale” (Legge 287/1990), ed in parte di natura comunitaria i cui principi sono contenuti nel Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea. Tali norme sono poste tuttavia a salvaguardia della libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza del mercato, che rappresentano elementi fondamentali sanciti sia dalla Costituzione repubblicana nazionale che dai principi fondamentali dell’Unione Europea. Ne consegue che, nel rispetto dell’obiettivo generale su cui si fonda la competizione, i rapporti tra imprese non possono tradursi in atti e comportamenti che pregiudichino in modo rilevante e durevole la struttura concorrenziale del mercato.

1.6.1 Il rapporto tra la disciplina nazionale e quella comunitaria.

La disciplina della concorrenza vede la convivenza al suo interno di due formanti legislativi, quello rappresentato dalla disciplina comunitaria e quello facente riferimento alle norme nazionali. Analizzando il rapporto tra le due discipline, si evince che i principi di quella comunitaria sono contenuti negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea¹⁶ (TFUE) e nei successivi regolamenti applicativi 1/2003 e 139/2004 emanati dal Consiglio Europeo. Le disposizioni

(4064/1989/CEE, poi sostituito dal Regolamento 139/2004/CEE, attualmente vigente) si è introdotta una disciplina specifica per il controllo antitrust delle operazioni di concentrazione.

¹⁶ Per completezza di informazione è doveroso ricordare che gli artt. 101 e seguenti del TFUE rappresentano la nuova denominazione e numerazione degli ex artt. 81-89 del Trattato di istituzione della Comunità economica europea, meglio noto come Trattato di Roma.

contenute sono volte a preservare il regime concorrenziale nel mercato comune europeo ed a reprimere le pratiche anticoncorrenziali *“che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno”* (art. 101 TFUE); tale obiettivo viene perseguito mediante l’attività di vigilanza ed intervento della Commissione Europea. La disciplina nazionale è invece contenuta nella *“legge antitrust”* 287/1990 ed ha analogamente come fine ultimo quello di garantire il regime concorrenziale nel mercato italiano e reprimere i possibili comportamenti anticoncorrenziali tra imprese operanti sul suolo locale¹⁷ mediante l’attività di controllo e supervisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Alla luce di tali considerazioni, in merito all’ambito di applicazione dei due rispettivi formanti legislativi, ne consegue che l’interpretazione della disciplina italiana, in virtù del principio di supremazia, affermato nell’art. 1 c. 4 legge 287/90, è effettuata in base ai principi dell’ordinamento della Comunità Europea in tema di salvaguardia del regime concorrenziale, i quali vengono recepiti dalla disciplina nazionale in quanto riconosciuti in una posizione gerarchicamente sovraordinata. Infatti, in applicazione del criterio della *“barriera mobile”*, le norme nazionali trovano la loro applicazione in via residuale limitatamente alle pratiche anticoncorrenziali che *“assumono rilievo nel mercato locale”* (art. 2 c.2 legge 287/90), mentre la disciplina europea è invece applicabile ogni qualvolta venga ravvisato *“il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri”* (art. 101 c.1 TFUE). Sanciti i principi che regolano gli ambiti di competenza della disciplina nazionale e comunitaria, risulta chiaro che l’attività di vigilanza e controllo dell’AGCM e della Commissione Europea sia connessa all’applicazione dell’una o dell’altra disciplina. In deroga al rispetto degli ambiti di applicazione, secondo il principio di sussidiarietà, la Commissione può riservarsi la possibilità di operare anche nei settori che non sono di sua esclusiva competenza qualora ritenga che la fattispecie in esame, in considerazione della sua rilevanza e dei suoi effetti sul mercato, possa essere gestita più efficacemente dagli organi della Comunità piuttosto che dalle Autorità di vigilanza nazionali. Tuttavia, nella pratica, si riscontra una tendenza all’applicazione del principio di decentramento (Reg. n. 1/2003), secondo il quale la Commissione, al fine di alleggerire e snellire il proprio carico di lavoro, rimette l’applicazione della normativa comunitaria riguardo alcune fattispecie di sua competenza esclusiva alle autorità di vigilanza nazionali dei singoli Stati membri.

¹⁷ Per quanto concerne il mercato televisivo e dell’editoria trova applicazione una disciplina specifica finalizzata a garantire il pluralismo dell’informazione di massa senza il rischio di incorrere in circostanze lesive dei principi fondamentali della concorrenza.

1.6.2 Le fattispecie della disciplina antimonopolistica.

Secondo la disciplina antimonopolistica nazionale e comunitaria sono quattro i fenomeni rilevanti: le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica ed infine le concentrazioni tra imprese. Per esigenza di completezza e chiarezza informativa, la trattazione delle singole fattispecie verrà eseguita analizzando le norme vigenti sulla base delle differenze tra la disciplina nazionale e quella comunitaria.

1.6.3 Le intese restrittive della concorrenza.

Le intese restrittive della concorrenza sono comportamenti concordati tra imprese, anche attraverso organismi comuni (consorzi, associazioni), volti a limitare la propria libertà di azione sul mercato; ad esempio, accordi con cui si fissano prezzi uniformi o si contingenta la produzione. Non tutte le intese sono vietate; vietate sono infatti solo quelle che *“abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza”* all'interno del mercato nazionale o comunitario *“o in una sua parte rilevante”* (art. 2 legge 287/1990 e art. 101 TFUE). Sono quindi lecite le intese minori, ossia quelle che per la struttura del mercato interessato, per le caratteristiche delle imprese operanti e gli effetti sull'andamento dell'offerta non incidono in modo rilevante sull'assetto concorrenziale del mercato. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto e chiunque può agire in giudizio per farne accertare la nullità; l'AGCM a sua volta adotta provvedimenti per la rimozione degli effetti anticoncorrenziali già prodottisi ed irroga e relative sanzioni pecuniarie. In accordo con il principio generale secondo il quale la legge può operare delle limitazioni alla concorrenza, il divieto di intese non ha carattere assoluto, in quanto l'AGCM può concedere esenzioni temporanee (individuali o per categorie di accordi) qualora si tratti di intese che migliorino le condizioni di offerta del mercato e producano un sostanziale beneficio per i consumatori.

1.6.4 L'abuso di posizione dominante.

L'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese è disciplinata dall'art. 3 della legge 287/1990 e dall'art. 102 TFUE; eccezion fatta per i settori dei mezzi di comunicazione di massa, vietato non è il fatto in sé di acquisire una posizione dominante sul mercato nazionale o comunitario in modo tale da trovarsi nella circostanza di essere in grado di esercitare un'influenza preponderante sul mercato e agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti. Tuttavia, è vietato lo sfruttamento abusivo di tale posizione con comportamenti capaci di pregiudicare la concorrenza effettiva del mercato. In particolare, ad un'impresa in posizione dominante è vietato di:

- a) Imporre direttamente o indirettamente prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravosi
- b) Limitare o impedire la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori
- c) Applicare nei rapporti commerciali condizioni oggettivamente differenti per prestazioni equivalenti

Il divieto di abuso di posizione dominante non ammette eccezioni; una volta accertata l'infrazione, l'Autorità competente ne ordina la cessazione prendendo le misure necessarie ed infliggendo le relative sanzioni pecuniarie. In caso di reiterata inottemperanza, può anche disporre la sospensione dell'attività di impresa fino a 30 giorni.

1.6.5 L'abuso di dipendenza economica.

L'abuso di dipendenza economica è un'ulteriore fattispecie oggi prevista dall'ordinamento nazionale; tale fattispecie si concretizza quando un'impresa cliente o fornitrice sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi. Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo ed espone al risarcimento dei danni nei confronti dell'impresa che ha subito l'abuso. Inoltre, l'Autorità garante applica le sanzioni previste per l'abuso di posizione dominante qualora ravvisi che l'abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

1.6.6 Le concentrazioni tra imprese.

L'ultima fattispecie posta sotto il controllo della legislazione antimonopolistica nazionale e comunitaria è costituita dalle operazioni di concentrazione tra imprese ed è caratterizzata. L'art. 5 c.1 della legge 287/1990¹⁸ enumera le azioni che possono dar vita ad un'operazione di concentrazione tra imprese, indicando che si è in presenza di tale situazione quando due o più imprese pregiudicano la regolarità del regime concorrenziale mediante varie modalità:

- a) Due o più imprese si fondono tra loro dando luogo ad un'unica impresa (concentrazione giuridica)
- b) Due o più imprese, pur restando giuridicamente divise, diventano un'unica entità economica in quanto sottoposte ad un controllo unitario che consente di esercitare, anche congiuntamente, un'influenza dominante sull'attività produttiva delle imprese controllate (concentrazione economica)

¹⁸ L'art. 5 della Legge 287/1990 prescrive in maniera specifica i comportamenti di due o più imprese che hanno rilevanza nella disciplina delle concentrazioni: *“L'operazione di concentrazione si realizza: quando due o più imprese procedono a fusione; quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune”.*

c) Due o più imprese indipendenti costituiscono un'impresa societaria comune.

Da quanto suggerito dal legislatore si evince quindi che gli strumenti giuridici che possono dar vita ad un'operazione di concentrazione tra imprese sono molteplici: fusione, scissione, acquisto di azienda o di una partecipazione azionaria di controllo sono solo alcune delle modalità con cui è possibile ampliare la quota di mercato detenuta da un'impresa e contestualmente comportare una riduzione del numero delle imprese indipendenti operanti nel settore a discapito del regime concorrenziale. Come di consueto nella disciplina della concorrenza, anche per quanto riguarda le operazioni di concentrazione sono concesse alcune deroghe legate a determinate circostanze. Tale affermazione trova giustificazione nel fatto che spesso le concentrazioni tra imprese vengono utilizzate come utili strumenti di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale con l'obiettivo di accrescere la competitività aziendale; di conseguenza, a patto che non alterino gravemente il regime concorrenziale del mercato, tali concentrazioni sono viste di buon occhio dal legislatore. Si ritiene inoltre che la disciplina delle concentrazioni non trovi applicazione quando le imprese fanno parte di uno stesso gruppo, riscontrando una tendenza dell'AGCM ad escludere le concentrazioni infragruppo dall'obbligo di notifica preventiva. Il comma 3 dell'art. 5 della legge 287/1990 afferma infatti che le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti sono sottratte alla disciplina delle concentrazioni e ricadono nella disciplina delle intese restrittive della concorrenza. L'art. 25 della suddetta legge stabilisce inoltre i criteri per i quali l'Autorità garante può eccezionalmente autorizzare operazioni di concentrazione, stabilendo che esse siano lecite solo quando vengano effettuate nell'interesse dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea¹⁹. Nella pratica si assiste a tali "concentrazioni virtuose" solo al di sotto di alcuni limiti dimensionali che vengono quindi espressamente previsti dalla disciplina nazionale e comunitaria. Per quanto riguarda la legislazione nazionale, tali limiti dimensionali vengono stabiliti dall'art. 16 della legge 287/1990, il quale afferma che le operazioni di concentrazione devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora superino i quattrocentonovantadue milioni di Euro e qualora il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate sia superiore a trenta milioni di Euro. Il comma 4 dello stesso articolo aggiunge che l'Autorità, entro trenta giorni dal ricevimento della notifica, ha il potere di avviare il procedimento di istruttoria nel caso in cui riscontri dubbi riguardo la liceità dell'operazione di concentrazione;

¹⁹ L'art. 25 della legge 287/1990, oltre ad autorizzare, se possibile, concentrazioni "virtuose" tra imprese, prevede anche il potere in capo al Governo di vietare le suddette concentrazioni sancendo nel c.2 dello stesso articolo che *"Nel caso delle operazioni di cui all'articolo 16 alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l'indipendenza degli enti o delle imprese [...] il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, può, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 16, comma 3, vietare l'operazione per ragioni essenziali di economia nazionale"*.

l'indagine conoscitiva ad opera dell'AGCM deve essere conclusa entro il termine perentorio di quarantacinque giorni dal suo inizio con la comunicazione alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato delle proprie conclusioni nel merito. Durante la fase di istruttoria l'Autorità ha la facoltà, secondo l'art. 17 della legge 287/1990, di ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione. Conclusa la fase di istruttoria, l'Autorità, sulla base della propria valutazione, potrà vietare la concentrazione se questa rientra tra quelle contemplate dall'art. 6; qualora una concentrazione giudicata irregolare sia stata già realizzata, l'Autorità si riserva il potere di ripristinare il regime di concorrenza ed eliminare gli effetti distorsivi posti in essere dal comportamento delle imprese. Tuttavia, in caso di valutazione con esito positivo, l'AGCM potrà consentire l'esecuzione della concentrazione se questa non intacchi gravemente il regime concorrenziale, prescrivendo, in aggiunta, le misure necessarie per evitare derive distorsive²⁰. Per quanto riguarda le imprese che realizzano una concentrazione violando le prescrizioni e non adeguandosi alle decisioni dell'Autorità, è espressamente previsto che quest'ultima possa infliggere sanzioni pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto di concentrazione (art. 19 legge 287/1990). Tuttavia, diversamente dalla disciplina delle intese²¹, il legislatore non sancisce la nullità delle operazioni di fusione, acquisto di azienda o di un pacchetto azionario rilevante che hanno condotto alla realizzazione di una concentrazione illecita, ma al contrario, consente all'Autorità di imporre la realizzazione di operazioni inverse a quelle che hanno portato a concentrazione. La materia delle concentrazioni non è oggetto di disciplina diretta nei Trattati ma di una normativa specifica di diritto derivato. Si tratta in particolare del regolamento n. 139/2004, del regolamento della Commissione n. 802/2004 (regolamento di esecuzione del citato regolamento n. 139/2004) e di alcune comunicazioni della Commissione. Per quanto concerne la legislazione comunitaria, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, pur tracciando il profilo delle operazioni di concentrazione tra imprese, non contiene disposizioni specifiche riguardo la disciplina di tali operazioni, ed infatti inizialmente gli organi di vigilanza comunitari, nel valutare fattispecie analoghe, si basavano sommariamente sulla disciplina dell'abuso di posizione dominante. Tale lacuna venne colmata dall'applicazione del Regolamento Ce n.139 del 20/01/2004, il quale introdusse in merito un set di norme comunitarie che ricalcano la legge 287/1990 in tema di concentrazioni, ma ne integrano e ne adattano i contenuti con la finalità di preservare la struttura concorrenziale del mercato unico europeo. Le principali differenze

²⁰ L'AGCM, nel consentire l'esecuzione di una concentrazione, nella pratica, prescrive alcune misure specifiche per salvaguardare la concorrenza del settore di riferimento delle imprese; misura tipica è ad esempio la cessione di attività rilevanti in determinati settori che potrebbero accrescere in maniera rilevante la quota di mercato delle imprese di riferimento con il rischio di sfociare in posizioni di eccessiva dominanza nei confronti delle altre imprese.

²¹ Si noti che la nullità degli atti che hanno condotto ad una concentrazione illecita è espressamente prevista invece per quanto riguarda il settore dell'editoria e dei mezzi di comunicazione di massa.

con la legislazione nazionale non si riscontrano tanto nei criteri con i quali vengono valutati i comportamenti delle imprese, bensì si notano sia sotto il profilo della relativa giurisdizione delle norme comunitarie e di quelle nazionali, sia nell'attribuzione dei poteri di intervento rispettivamente alla Commissione Europea e l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato. L'art. 1 del Reg. Ce 139/2004 afferma infatti che tali norme vengono applicate in via esclusiva alle concentrazioni di "dimensione comunitaria"²²; tale attributo, come specificato nel resto dell'articolo, viene attribuito alle imprese che dimostrino di conseguire un fatturato²³ superiore a determinate soglie in modo tale da poter influenzare, con il proprio comportamento, il regime concorrenziale del mercato unico europeo. Tuttavia, ricalcando le disposizioni della legge 287/1990, le norme comunitarie confermano, nell'art. 3 Reg. Ce 139/2004, le modalità con cui è possibile dar vita ad una concentrazione quali la fusione e l'acquisizione di pacchetti o partecipazioni rilevanti da parte di soggetti che già posseggono il controllo²⁴ di almeno un'altra impresa. Viene aggiunto che le concentrazioni che non ostacolano in maniera significativa la concorrenza effettiva nei mercati, creando o rafforzando posizioni dominanti, sono dichiarate compatibili con il mercato comune, mentre al contrario, quelle che pregiudicano il regime concorrenziale del mercato comune non sono ammesse e sanzionate dalla Commissione (art. 2 Reg. Ce 139/2004). Ad ogni modo, in accordo con la disciplina nazionale, è espressamente previsto dall'art. 4 Reg. Ce 139/2004, l'obbligo di notificazione preventiva alla Commissione per quanto riguarda la realizzazione di una concentrazione di dimensione comunitaria; tale onere incombe in capo all'impresa che acquisisce il controllo dell'insieme o di un pacchetto rilevante di una o più imprese. La commissione quindi, in virtù del suo potere-dovere di vigilanza concessole dalla disciplina comunitaria, valuta se la concentrazione in esame rientri nella disciplina del regolamento

²² La variabile che determina la possibilità di applicazione delle norme comunitarie contenute nel Reg. Ce 139/2004, è appunto la "dimensione comunitaria" delle concentrazioni prese in esame. L'art. 1 del suddetto regolamento descrive minuziosamente i criteri secondo i quali un'operazione abbia rilevanza comunitaria: *"Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR, salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro"*.

²³ Il concetto di fatturato così come intesa dalle norme comunitarie in tema di concentrazioni è precisata nell'art. 5 Reg. 139/2004 dove si distingue tra fatturato totale il quale *"comprende gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate nell'ultimo esercizio e corrispondenti alle loro normali attività"* e fatturato realizzato nella Comunità o in uno Stato membro il quale *"comprende i prodotti venduti ed i servizi forniti ad imprese o a consumatori nella Comunità o nello Stato membro in questione"*.

²⁴ La nozione di controllo viene puntualizzato nell'art. 3 c.4 del Reg. Ce 139/2004 dove si afferma che *"si ha controllo in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa"*.

e successivamente, in seguito ad un'analisi della notificazione, autorizza la concentrazione se essa risulti compatibile con il mercato comune; in alternativa, avvia un procedimento nei confronti delle imprese coinvolte utilizzando i relativi “mezzi idonei”²⁵ alla conclusione dell'indagine (art. 6 Reg. Ce 139/2004). Secondo l'art. 8 del Reg. Ce 139/2004, nel caso in cui una concentrazione incompatibile con il regime concorrenziale europeo risultasse realizzata prima della decisione dell'autorità o alternativamente contravvenendo ad esplicite disposizioni contrarie della Commissione, essa ha il potere di ordinare alle imprese di dissolvere la concentrazione mediante lo scioglimento dell'entità creata oppure la cessione delle azioni o delle parti di azienda acquisite in modo da ripristinare la situazione antecedente alla realizzazione della concentrazione. Inoltre, la Commissione, mediante decisione, può infliggere sanzioni pecuniarie fino al dieci per cento del fatturato totale realizzato alle imprese che realizzino una concentrazione vietata o incompatibile ai sensi del Regolamento o che omettano di notificare tale concentrazione alla Commissione prima della sua realizzazione (art. 14 Reg. Ce 139/2004). Per quanto riguarda il rapporto di competenza che intercorre tra l'AGCM e la Commissione Europea, viene disposto che, per concentrazioni di “dimensione comunitaria” la Commissione abbia competenza esclusiva, mentre in via residuale, le autorità nazionali applichino le proprie normative per le restanti fattispecie. In realtà si riscontra una stretta collaborazione tra le due autorità per favorire il fine di interesse generale di tutela della concorrenza nei mercati. L'autorità di controllo comunitaria infatti conduce i procedimenti in costante contatto con quella nazionale, la quale è autorizzata a richiedere informazioni e formulare osservazioni sulle fattispecie (art.19 c.2 Reg. Ce 139/2004). È inoltre prevista dall'art. 9 reg. Ce 139/2004 la possibilità per la Commissione di rinviare un caso di concentrazione all'autorità nazionale competente dello Stato membro interessato, rimettendosi all'applicazione della disciplina nazionale; tale circostanza può avvenire nel caso in cui il comportamento delle imprese in esame incida in misura più significativa su uno specifico mercato all'interno dello Stato d'appartenenza, che presenta le caratteristiche di un “mercato distinto”²⁶. Viceversa, uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi caso di concentrazione non di “dimensione comunitaria” ma che incide in maniera rilevante sul commercio fra Stati membri (art. 22 Reg. Ce 139/2004).

²⁵ Il procedimento di indagine che decreta la liceità o meno di una concentrazione tra imprese viene condotto dalla Commissione la quale, secondo gli artt. 11 e 13 Reg. 139/2004, ha la facoltà di “chiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie”, “sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta per raccogliere informazioni relative all'oggetto di indagine” o “procedere a tutte le ispezioni necessarie presso le imprese”.

²⁶ Il concetto di “mercato distinto” fa riferimento ad un mercato presente ed individuato in maniera sostanziale nel paese di appartenenza delle imprese che intendono dar vita alla concentrazione e che in nessun modo possa incidere sulla struttura concorrenziale del mercato comune europeo. Nella pratica sono gli stessi Stati membri ad informare la Commissione dell'esistenza di alcuni mercati distinti all'interno del proprio territorio, che non costituiscono una parte sostanziale del mercato comune.

1.7 La disciplina della concorrenza sleale.

Nell'ambito della libertà di iniziativa economica concessa dal nostro ordinamento, il mercato è composto da una pluralità di imprenditori che, offrendo beni e servizi simili tra loro, sono in competizione l'uno con l'altro con l'obiettivo di acquistare una fetta di mercato sempre più ampia. Nel perseguimento di tale fine, gli imprenditori godono di ampia libertà di iniziativa nell'escogitare strategie finalizzate ad attrarre a sé i consumatori sottraendoli alla concorrenza. Tale competizione tra imprese spesso si contraddistingue per la sua spietatezza, in quanto ogni imprenditore agisce nel proprio interesse per acquisire un vantaggio concreto sui concorrenti. Tuttavia, come di consueto nella disciplina generale della concorrenza, vengono posti dei limiti alla capacità di azione degli imprenditori in un'ottica di tutela dell'interesse generale; la *ratio* delle norme sulla concorrenza sleale è appunto quella di regolare i rapporti di coesistenza tra imprenditori in competizione. A tale proposito, la disciplina della concorrenza sleale, pur avendo come obiettivo principale quello di discernere tra i comportamenti concorrenziali leciti e quelli illeciti, non si esaurisce nel proteggere gli imprenditori da potenziali atti sleali dei concorrenti che possano pregiudicare le proprie possibilità di profitto o arrecare un danno ingiusto. La logica della disciplina è infatti anche quella di tutelare, in via supplementare, gli interessi diffusi dei consumatori affinché non vengano falsati gli elementi di valutazione dei concorrenti sul mercato mediante comportamenti truffaldini finalizzati all'inganno. In merito a tali disposizioni, il codice di commercio del 1882 evidenziava un vuoto normativo riguardo gli atti di concorrenza sleale, i quali venivano inizialmente trattati applicando la disciplina dell'illecito civile (art. 2043 c.c.); tale lacuna venne tuttavia colmata con l'introduzione nel nostro ordinamento di un'apposita sezione "*Della concorrenza sleale*" (artt. 2598-2601 c.c) che recepisce le normative comunitarie²⁷ in merito, e presenta affinità e differenze con la disciplina dell'illecito civile. Le disposizioni contenute in tali articoli evidenziano in via preliminare che è vietato servirsi di mezzi e tecniche "*non conformi ai principi della correttezza professionale*" (art. 2598, c.3), intendendo qualificare il generale atto di concorrenza sleale con una formulazione caratterizzata da confini molto elastici; lo stesso articolo enumera per di più le principali fattispecie tipiche²⁸ che danno luogo al cd. illecito concorrenziale. L'art. 2599 c.c. afferma inoltre che l'atto di concorrenza sleale, qualora venga dichiarato illecito da una sentenza, debba essere inibito e sanzionato secondo regole differenti dalla disciplina dell'illecito civile; infatti, a differenza di quest'ultima, vengono sanzionati e repressi sia gli atti posti in essere senza dolo o colpa, in quanto tali aggravanti si presumono, e sia gli atti che non abbiano ancora arrecato danno ai concorrenti, in quanto è sufficiente il "danno

²⁷ La corrispondente normativa europea era dettata dall'art. 10-bis della Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 1883.

²⁸ Per la trattazione delle fattispecie tipiche della disciplina della concorrenza sleale si rimanda al par. 1.6.2 e seguenti.

potenziale”²⁹. La presunzione del “danno potenziale” è quindi condizione necessaria e sufficiente affinché scattino le misure tipiche previste dall’artt. 2599-2600 per tutelare gli interessi degli imprenditori lesi. Tra queste si identifica l’azione inibitoria promossa dal soggetto stesso, avente come fine ultimo quello di ottenere la cessazione dell’illecito concorrenziale nei confronti della propria attività mediante la rimozione degli effetti prodotti; per quanto riguarda invece il risarcimento danni, può essere richiesto a patto che il dolo o la colpa siano presenti ed il danno patrimoniale attuale sia palese. La legittimazione ad agire contro i possibili atti di concorrenza sleale spetta, come previsto dall’art. 2601 c.c., ai soli imprenditori o alle relative associazioni professionali di categoria; tale aspetto implica l’esclusione del singolo consumatore³⁰ dalla possibilità di reazione riguardo gli atti di concorrenza sleale tipizzati dal codice civile e si rivela in accordo con la logica della disciplina che, come affermato in precedenza, si pone a tutela primariamente degli imprenditori e, di riflesso, dei consumatori³¹.

1.7.1 Le fattispecie tipiche: atti di confusione.

L’atto di confusione si configura come prima grande fattispecie tipica della disciplina e viene definito dall’art. 2598 c.1 come “*ogni atto idoneo a creare confusione con i prodotti e con le attività di un concorrente*”. La norma non è finalizzata tanto a vietare il comportamento di un imprenditore che cerca di attrarre a sé la clientela di un suo concorrente in quanto, come affermato in precedenza, un comportamento simile rientrerebbe nel sano spirito concorrenziale del mercato; tuttavia viene disposto che tale obiettivo non sia lecito qualora venga perseguito avvalendosi di mezzi che possano ingannare i consumatori o generare equivoci riguardo la provenienza dei prodotti. Le pratiche che le imprese utilizzano per sviare la clientela altrui e confondere i propri prodotti con quelli di un concorrente sono molteplici, ma riconducibili a due fattispecie principali. La prima è riconosciuta, dall’art. 2595 c.1, nell’utilizzo improprio di segni distintivi tipici (insegna, marchio, ditta) o non convenzionali (slogan pubblicitari) purché essi siano legittimamente³² usati da un concorrente. La seconda fattispecie è invece rappresentata dall’imitazione servile dei prodotti di un concorrente nelle

²⁹ Il concetto di “danno potenziale” viene spiegato nell’art. 2598 c.3 e viene definito come “*atto idoneo a danneggiare l’altrui azienda*”.

³⁰ Si rimanda al par. 1.7.4 per la trattazione degli strumenti di tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette.

³¹ In merito alla protezione offerta dall’ordinamento ai consumatori contro possibili atti di concorrenza sleale, in contrasto con un’apparente indifferenza delle norme del codice civile del 1942, negli ultimi anni sono stati registrati numerosi passi avanti in questo senso. In primo luogo, a tale lacuna disciplinare ha supplito il “Codice di autodisciplina pubblicitaria”, un documento prodotto grazie all’autonomia privata e voluto dalla maggior parte delle imprese presenti sul mercato. Successivamente tale sistema di autodisciplina è stato affiancato dalla disciplina statale della pubblicità ingannevole (d.lgs. 145/2007 che recepiva la Direttiva Cee 84/450) che ha introdotto nel codice di consumo numerose norme a tutela dei consumatori contro pratiche commerciali scorrette.

³² Riguardo la “legittimità” del segno distintivo utilizzato si rimanda alla Legge marchi che prescrive le specifiche tecniche che essi debbano avere per risultare utilizzabili.

sue caratteristiche esteriori (involucro, confezione), con la finalità di indurre fraudolentemente i consumatori a non trovare differenze tra il prodotto originale e quello imitato; viene sottinteso che l'imitazione, per configurarsi come "servile", debba riguardare elementi specifici e di differenziazione del prodotto originale, mentre invece non ha luogo imitazione servile quando vengono riprodotte forme o confezioni standardizzate o di uso comune nel settore merceologico di riferimento.

1.7.2 Atti di denigrazione e appropriazione di pregi altrui.

La seconda fattispecie fondamentale in tema di concorrenza sleale è prevista dal comma 2 dell'art. 2598 c.c. e comprende da un lato i possibili atti di denigrazione che un'impresa pone in essere verso un concorrente, e dall'altro l'atto con cui ci si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente. Nonostante si distingua tra le due pratiche, l'aspetto comune ad entrambe le fattispecie è l'obiettivo di falsare i regolari rapporti di concorrenza tra imprenditori alterando la valutazione comparativa del pubblico mediante messaggi più o meno espliciti riguardo beni di altre imprese. Per quanto riguarda l'appropriazione di pregi altrui, la disciplina è sostanzialmente scarna in quanto è evidente come tale fattispecie si concreti quando un imprenditore tenti di amplificare il gradimento dei propri prodotti attribuendogli illecitamente elementi di pregio appartenenti a prodotti di un concorrente. In merito agli atti di denigrazione, la disciplina è più ricca di pratiche ben individuate che hanno come obiettivo quello di mettere in evidenza gli elementi negativi di un concorrente o altresì porre in cattiva luce quest'ultimo agli occhi dei consumatori mediante, il più delle volte, messaggi di carattere pubblicitario. A tale proposito si distinguono molteplici pratiche: la pubblicità iperbolica tende ad affermare che il proprio prodotto sia il solo a possedere qualità o pregi non rintracciabili nei prodotti della concorrenza; la pubblicità parassitaria si configura come la falsa attribuzione al proprio prodotto di qualità e caratteristiche che in realtà appartengono a quello di un'altra impresa; la pubblicità di riferimento cerca invece di far credere ai consumatori che il proprio prodotto possieda caratteristiche simili a quelli di un bene di un altro imprenditore rinomato per la propria diffusione; la pubblicità menzognera consiste nell'attribuzione mendace ai propri prodotti di elementi caratteristici non appartenenti a nessun altro concorrente (e per questo non riconducibile alle fattispecie precedenti); la pubblicità comparativa, costituita da ogni messaggio che confronti esplicitamente il proprio prodotto con un bene o un servizio offerto da un concorrente, è ritenuta lecita quando opera un confronto tra caratteri oggettivi di beni e servizi omogenei non ingannando il consumatore e non producendo situazioni di confusione o denigrazione. Un caso a parte è rappresentato invece dalla pubblicità ingannevole, rappresentata dall'insieme di messaggi pubblicitari che non rispettano gli standard di verità e correttezza; tale fattispecie è oggetto di una

disciplina speciale³³ in ragione della pericolosità e dell'ampia diffusione di tale fattispecie. Dalla disamina delle fattispecie tipiche previste dal codice civile, si evince che la linea di demarcazione che distingue i singoli atti di concorrenza sleale sia molto sottile in quanto, le diverse pratiche scorrette utilizzate dalle imprese possono essere facilmente confuse o fraintese; sono appunto previste delle deroghe, come il cd. *puffing*³⁴ o le sopra citate limitazioni all'applicazione della pubblicità comparativa, che consentono la messa in atto di alcune pratiche commerciali ritenute rispettose dei sani principi della concorrenza.

1.7.3 Altri atti di concorrenza sleale.

Mediante una lettura in via residuale dell'art. 2598 c.3 è possibile individuare la terza categoria tra gli atti di concorrenza sleale, la quale comprende “*ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*”. Tra queste si individuano alcune ulteriori forme di concorrenza sleale non espressamente previste dal corpo normativo, ma che vengono ricondotte dalla giurisprudenza a tale disciplina:

- a) La concorrenza parassitaria è la sistematica imitazione delle iniziative imprenditoriali di imprese concorrenti attuate mediante l'accorgimento di non riprodurre in maniera integrale un carattere specifico del prodotto altrui.
- b) Il dumping è una figura familiare dal punto di vista economico in quanto finalizzata alla vendita sotto costo dei prodotti di un'impresa, magari in mercati esteri, con l'obiettivo di eliminare la concorrenza praticando prezzi difficilmente replicabili da qualsiasi operatore presente sul mercato.
- c) Lo storno di dipendenti è la sottrazione di dipendenti o collaboratori con qualità particolarmente riconosciute attuata non mediante l'offerta di condizioni economiche più favorevoli, ma con l'unico obiettivo di danneggiare l'attività di un'impresa concorrente.
- d) Il boicottaggio economico consiste invece nel rifiuto da parte di un'impresa o gruppo di imprese che detengono una posizione dominante sul mercato di offrire i propri prodotti ad uno specifico rivenditore con la finalità di escluderlo dal mercato.
- e) La sottrazione di segreti aziendali infine si riferisce alla divulgazione da parte di soggetti interni ad un'impresa o alternativamente di ex dipendenti di dati ed informazioni sensibili ai terzi.

³³ La disciplina della pubblicità ingannevole si snoda nel codice di autodisciplina pubblicitaria, in merito al quale il controllo viene esercitato dal Giurì di autodisciplina, e nel d.lgs. 74/1992 di produzione legislativa, che attribuisce potere di controllo all'AGCM.

³⁴ Il *puffing* è una pratica consistente nella generica ed innocua affermazione della superiorità dei propri prodotti che non è oggetto di sanzione secondo la disciplina della concorrenza sleale, ma nella pratica, spesso è vicina al confine della pubblicità ingannevole.

1.7.4 Pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.

Alle fattispecie tipizzate dal codice civile, si affiancano alcune condotte commerciali ritenute illecite e riscontrate nella pratica, che vengono regolate, in via residuale, dal codice di consumo; tali fattispecie, oltre a colmare le fisiologiche mancanze dell'ordinamento, intendono tutelare adeguatamente i consumatori in quanto, come precedentemente affermato, le norme riguardo gli atti di concorrenza sleale tutelano e possono essere utilizzate esclusivamente dagli imprenditori. Con l'intervento normativo volto a tutela dell'interesse del pubblico, viene introdotto in via complementare un controllo amministrativo affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale ha il potere, d'ufficio o su istanza dell'interessato, di dare seguito ad azioni inibitorie e sanzioni pecuniarie riguardo la pratica scorretta. In base alla suddetta produzione normativa, l'espressione "pratica commerciale scorretta" indica qualsiasi condotta posta in essere da un professionista (o per suo conto) in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori; da tale formulazione ne consegue che sono escluse da tale fattispecie le pratiche commerciali realizzate reciprocamente tra professionisti, ma ricadono sotto questo ambito di applicazione esclusivamente quelle condotte attuate contro il pubblico dei consumatori. In particolare, una pratica è da ritenersi scorretta quando contemporaneamente non è conforme al grado di diligenza e lealtà che ragionevolmente ci si aspetta da un professionista e quando è idonea a falsare o influenzare il comportamento del singolo consumatore o di un gruppo di essi. Le fattispecie tipiche delineate dal codice del consumo come pratiche commerciali scorrette sono sostanzialmente due. La prima è rappresentata da tutte le condotte finalizzate a trarre in inganno i consumatori mediante indicazioni o presentazione di uno specifico prodotto basata su informazioni false. In tali fattispecie rientrano ad esempio: l'esibizione di un marchio di qualità senza autorizzazione, l'invito all'acquisto di prodotti che il professionista non è in grado di fornire in tempi necessari, la descrizione di prodotti come gratuiti anche se non lo sono ecc. Le pratiche commerciali che vengono invece definite "aggressive" sono rappresentate da comportamenti coercitivi a livello fisico o morale idonei a limitare o condizionare le scelte del consumatore; nella pratica si riscontrano alcuni casi di tali pratiche come ad esempio i messaggi promozionali ripetuti e non richiesti effettuati con ogni mezzo idonei a produrre fastidio nel consumatore o alternativamente il far intendere che il consumatore non possa non concludere un contratto prima che lasci i locali commerciali.

CAPITOLO 2

L'AUTORITÀ ANTITRUST: l'impianto di vigilanza italiano e quello statunitense

2.1 L'AGCM: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'AGCM, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è un organo amministrativo e non giurisdizionale appartenente al novero delle "Autorità amministrative indipendenti"³⁵ in quanto svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. Tale impostazione risulta essere avvalorata anche e soprattutto dal carattere collegiale³⁶ e dal processo decisionale³⁷ dell'Autorità, costituita dal Presidente e da quattro membri nominati di comune accordo dai Presidenti della Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica. Per quanto riguarda il suo inquadramento nell'ordinamento, l'AGCM rappresenta l'autorità di vigilanza e controllo in tema di disciplina della concorrenza e fu istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato". Nella pratica viene altresì definita, per estensione, "Autorità Antitrust" in riferimento al complesso di norme giuridiche di sua competenza.

In virtù del suo carattere d'indipendenza e della sua attività condotta ad ampio raggio, tale organo possiede connotati giuridici difficilmente inquadrabili nelle normali autorità pubbliche che tuttavia contribuiscono ad attribuirle un polimorfismo strutturale ed operativo tipico delle Autorità amministrative indipendenti. A tale proposito, è d'uopo ricordare come, nell'iter parlamentare che ha preceduto l'istituzione di tale organo, si riscontrarono due differenti approcci riguardo il ruolo e la natura che avrebbe dovuto assumere l'Autorità: il primo era finalizzato alla tutela esclusiva del consumatore, che si traduceva in un organo amministrativo dotato di limitati poteri giudiziari, il secondo invece, che finì per prevalere, era volto ad attribuire al suddetto organo forti caratteri di indipendenza ed una competenza ad ampio spettro riguardo tutte le fattispecie della concorrenza. È inoltre oggetto di ampio dibattito il tema della qualifica dell'Autorità, la quale viene considerata da

³⁵ Il fenomeno delle autorità indipendenti si sviluppa in Italia tra gli anni Ottanta (Isvap, 1982; Consob, 1985) e soprattutto gli anni Novanta (Agcm, 1990; Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, 1990; Autorità per l'energia elettrica e il gas, 1995; Garante per la protezione dei dati personali, 1996; Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 1997 ecc.) del secolo scorso, sulla scia delle esperienze già consolidate delle agenzie indipendenti francesi e nord-americane (Independent Agencies, Autorités Administratives indépendantes, Quangos), secondo un disegno non unitario né organico, ma rispondendo alle esigenze ed alle motivazioni di carattere settoriale che si andavano via via presentando.

³⁶ La collegialità come forma di organizzazione e di svolgimento della funzione caratterizza tutte le autorità indipendenti, assicurando la compresenza di una pluralità di competenze e professionalità, consentendo una maggiore stabilità istituzionale in relazione alle vicende che possano riguardare i singoli componenti, e riducendo il rischio di personalizzazioni o strumentalizzazioni del ruolo ricoperto.

³⁷ Il processo decisionale dell'Autorità opera attraverso le attività istruttorie, di indagine, di moral suasion e di segnalazione nei settori di competenza. Per ogni caso o segnalazione, il Presidente nomina un relatore tra i componenti dell'Autorità il quale, sulla base degli elementi raccolti dalle Direzioni che svolgono l'attività istruttoria, sentite le parti nell'audizione finale, propone il caso all'organo collegiale dell'Autorità. Quest'ultimo prende la decisione, che può essere adottata a maggioranza, in una successiva e separata riunione.

una parte della dottrina come “organo para-giurisdizionale” o “magistratura della concorrenza”, in quanto esercita funzioni assimilabili a quelle di un giudice e detiene ampi poteri di accertamento di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità o illiceità. Viceversa, per l’altra parte della dottrina, l’Autorità è un organo amministrativo, appartenente alla categoria delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, che persegue interessi qualificabili come pubblici, anche se non specifici, ed esercita poteri di discrezionalità amministrativa e tecnica.

A dispetto della difficoltà di inquadramento dell’Autorità, i caratteri di indipendenza e di trasparenza sono i pilastri su cui si fonda tale organo; è indubbio infatti come il legislatore abbia attribuito tali caratteristiche all’Autorità sia attraverso la previsione della nomina del Presidente e dei componenti ai Presidenti delle Camere con l’obiettivo di rafforzarne la posizione di indipendenza dal governo, sia mediante l’introduzione del termine di durata settennale del mandato e dall’esclusione tassativa della possibilità di riconferma della carica. In tema di trasparenza e correttezza, l’AGCM coltiva tali attributi grazie all’attività di pubblicità informativa delle proprie decisioni e indagini; esistono infatti diversi momenti in cui l’attività dell’Autorità è resa pubblica e coincidono con la diffusione di un Bollettino settimanale che riporta i principali provvedimenti adottati³⁸, e la pubblicazione del testo integrale di tutte le delibere dell’Autorità fin dalla sua istituzione, opportunamente classificati per fattispecie giuridica, data e mercato rilevante. Inoltre, l’Antitrust rende conto periodicamente della sua attività al Governo presentando, ogni anno, entro il 31 marzo, al Presidente del Consiglio dei Ministri la “relazione annuale” sull’attività svolta nell’anno precedente, mentre, due volte l’anno, deve presentare una relazione al Parlamento sullo stato delle attività di controllo e vigilanza sui conflitti di interessi.

2.1.1 Competenze e poteri dell’AGCM.

L’AGCM svolge il proprio operato interpretando le norme nazionali secondo i principi dell’ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza, raccordandosi con la Commissione Europea e le altre autorità nazionali dei Paesi membri attraverso la partecipazione alla Rete ECN (European Competition Network). Per quanto riguarda gli ambiti esclusivi di competenza, l’attività dell’Autorità è finalizzata ad alcuni obiettivi primari:

- a) Garantire la tutela della concorrenza e del mercato.
- b) Contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, tutelare le imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa, nonché vigilare affinché nei rapporti contrattuali tra aziende e consumatori non vi siano clausole vessatorie.

³⁸ Il Bollettino settimanale diffuso riporta l’attività dell’AGCM riguardante intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni, pratiche scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa illecita, nonché le segnalazioni e le indagini conoscitive su settori economici.

- c) Vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo.
- d) Attribuire alle imprese che ne facciano richiesta il rating di legalità.

Nell'ambito del raggiungimento di tali obiettivi, l'AGCM, secondo la legge 287/1990, e in attuazione dell'art. 41 Cost, è chiamata ad esprimersi primariamente su alcune fattispecie tipiche della disciplina della concorrenza:

- a) Sulle intese restrittive della concorrenza poste in essere da imprese indipendenti che si accordano, espressamente o implicitamente, al fine di coordinare i loro comportamenti sul mercato (art. 2 legge 287/1990).
- b) Sugli abusi posti in essere da una o più imprese in posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (art. 3 legge 287/1990).
- c) Sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato.
- d) Sulle normative nazionali e locali prodotte da Parlamento, Governo, Regioni e, in generale, dalla Pubblica Amministrazione in contrasto con le regole di libera concorrenza.
- e) Sulle possibili distorsioni della concorrenza in determinati settori economici, svolgendo indagini conoscitive di natura generale.
- f) Sulle separazioni societarie delle imprese che operano in regime di monopolio e che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale.

In merito a tali competenze, l'Autorità svolge il proprio operato mediante l'attività di accertamento e qualificazione di atti, fatti e comportamenti anticoncorrenziali attuati dalle imprese ed attraverso l'adozione di eventuali misure sanzionatorie e ripristinatorie (*adjudication*). In secondo luogo, l'Autorità svolge altresì un'attività consultiva e di segnalazione al Parlamento, al Governo ed alle Pubbliche Amministrazioni, di interventi potenzialmente distorsivi per la concorrenza (*advocacy*). Nell'ultimo decennio sono state assegnate tuttavia nuove e più ampie competenze all'AGCM con la finalità di estenderne l'ambito di intervento alla quasi totalità delle fattispecie lesive della concorrenza. A partire dalla riforma della disciplina del risparmio³⁹, che attribuisce all'antitrust nuove ed ampie competenze nel settore bancario, si registra infatti un ampliamento delle competenze anche per quanto riguarda la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sull'onda di tale processo, definito di "responsabilizzazione", è da tenere in grande considerazione l'attribuzione della competenza riguardo l'indagine ed il controllo in materia di conflitto di interessi con l'obiettivo di minimizzare le decisioni dettate dalla volontà di generare un effetto specifico e preferenziale sulla propria sfera patrimoniale o su quella altrui. Come verrà ampiamente analizzato nel terzo capitolo attraverso la trattazione della fattispecie tipica dell'*interlocking directorates*, la portata dell'influenza

³⁹ Artt. 19, 20, 21, 22, L. 28.12.2005, n. 262.

sugli equilibri concorrenziali delle situazioni conflittuali è molto rilevante, ed a tale riguardo, l'ampliamento delle competenze dell'Autorità risponde alla logica di assicurare che i titolari di cariche di Governo svolgano la loro attività nell'esclusivo interesse pubblico stabilendo, in via preventiva, una serie di incompatibilità tra incarichi di governo ed altre funzioni. Ampie ed importanti modifiche sono tuttavia anche quelle che hanno riguardato l'attribuzione all'AGCM di competenze sempre più penetranti in materia di tutela del consumatore⁴⁰, tanto da lasciare intendere un'evoluzione in direzione "pro-consumeristica" di tale organismo; i recenti decreti legislativi dunque ampliano il novero delle fattispecie oggetto di tutela, includendo l'insieme delle pratiche commerciali sleali riguardanti i rapporti tra i consumatori ed i professionisti o le imprese. A tale tipologia di tutela viene associata anche quella offerta, per effetto della legge di conversione del decreto legge 1/2012 (c.d. "CresciItalia"), anche alle microimprese, cioè alle entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato o un totale di bilancio non superiori ai due milioni di Euro all'anno. Tra le ulteriori molteplici competenze attribuite all'Autorità, è d'uopo enumerare quelle residuali in materia di: divieto di discriminazione dei consumatori, repressione degli abusi di dipendenza economica, vigilanza sui rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare, vigilanza sulla commercializzazione dei diritti sportivi, poteri consultivi previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di trasferimento delle radiofrequenze.

L'AGCM persegue e raggiunge i propri obiettivi mediante un set di poteri amministrativi attribuiti dall'ordinamento di cui dispone per salvaguardare il regime concorrenziale. Tra i poteri principali di cui è dotata si distinguono:

- a) Potere istruttorio, rappresentato dalla facoltà dell'Autorità di avviare d'ufficio un'istruttoria in materia di pratiche commerciali scorrette o a seguito di una segnalazione, finalizzata ad accertare o meno la liceità di una specifica fattispecie che possiede la potenzialità di incidere sul corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali. Dal momento dell'apertura di un'istruttoria, per tutta la durata del suo svolgimento, che avviene secondo la procedura contenuta nelle disposizioni della legge n.241/1990⁴¹, l'Autorità deve rendere noti al pubblico gli sviluppi dell'istruttoria attraverso

⁴⁰ Nel 2012 sono state attribuite all'Autorità nuove competenze in materia di clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori, le quali determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e di obblighi nei confronti dell'impresa (artt. 18 e seguenti del Codice del consumo, D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

⁴¹ Secondo la legge 241/1990, quando l'Autorità riceve una denuncia o raccoglie informazioni riguardo a possibili pregiudizi alla concorrenza, il caso viene assegnato alla Direzione competente per materia. Dopo un'indagine preliminare, nel caso in cui si decida di avviare l'istruttoria, i soggetti direttamente interessati ne vengono ufficialmente avvisati. Le parti hanno il diritto di essere sentite e di prendere visione dei documenti che riguardano l'istruttoria, a meno che questi non siano coperti da riservatezza, ed inoltre possono presentare memorie scritte fino a cinque giorni prima della chiusura dell'istruttoria, oltre a poter essere ascoltate in audizione finale. Nel corso dell'istruttoria vengono raccolte le informazioni necessarie per una valutazione adeguata del caso con tutti i mezzi idonei; questi possono essere rappresentati o forniti sia mediante l'aiuto delle parti, sia attraverso esperti del settore nominati dall'Autorità o alternativamente richiedendo

pubblicazioni periodiche sul proprio sito. Seppur con caratteri di differenza⁴² rispetto all'istruttoria, secondo l'art. 12 della legge 287/1990, tale procedimento può assumere alternativamente il carattere di un'indagine conoscitiva di settore qualora l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata in particolari settori dell'economia. Il potere di condurre indagini conferito all'AGCM rientra nel più generale potere investigativo; negli ultimi anni il legislatore ha progressivamente dotato l'Autorità di sempre più incisivi poteri rappresentati da ispezioni e misure cautelari. In merito all'esercizio del potere istruttorio è opportuno formulare una considerazione di carattere generale, secondo la quale l'istruttoria non vada avviata in modo generalizzato e indiscriminato, ma soltanto nei casi in cui risultino elementi tali da fare presumere la sussistenza di una violazione della disciplina⁴³.

- b) Potere sanzionatorio, è connesso al diritto-dovere dell'AGCM di imporre sanzioni e misure nel caso in cui accerti la messa in atto o la continuazione da parte di una o più imprese di una fattispecie lesiva della concorrenza finalizzata a falsare o alterare il regolare svolgimento del regime concorrenziale. Bisogna sottolineare come il potere di imporre sanzioni dell'Autorità sia differente a seconda che si tratti di intese e abusi di posizione dominante oppure di operazioni di concentrazione. A tale proposito, qualora un'istruttoria si concluda con l'accertamento di un comportamento anticoncorrenziale del primo caso, l'Autorità diffida le imprese dal tenere in futuro un simile comportamento e può infliggere una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato delle imprese coinvolte, in funzione della gravità e della durata della violazione. Nel caso di inottemperanza a tali misure, l'Autorità può comminare una sanzione fino al 3% del fatturato. In materia di concentrazioni invece, se le imprese non rispettano la decisione assunta dall'Autorità è prevista una sanzione pecuniaria non inferiore all'1% e non superiore al 10% del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione. Nel caso di inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva, la sanzione prevista può arrivare fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è stata effettuata la contestazione di mancata notifica. Se infine un'impresa tenta di falsare le scelte economiche del consumatore, ad esempio omettendo

informazioni a pubbliche amministrazioni. In alcuni casi può essere ritenuto opportuno effettuare ispezioni presso le imprese indagate per prendere visione diretta e ritirare una copia dei documenti aziendali rilevanti.

⁴² Quando un mercato o un settore presentano caratteristiche che lasciano presumere l'esistenza di ostacoli all'operare della concorrenza, l'Autorità può avviare indagini conoscitive di carattere generale d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali, (Art. 12 Legge 287/1990). Da tali indagini possono scaturire istruttorie o segnalazioni al Governo e Parlamento qualora gli ostacoli riscontrati siano di natura normativa o regolamentare.

⁴³ Questa linea di condotta è coerente con l'art. 6. del Regolamento Cee n. 4064/89, che stabilisce che l'istruttoria vada avviata solo quando esistono "gravi perplessità" per quanto riguarda la compatibilità della operazione di concentrazione con il Mercato Comune.

informazioni rilevanti o alterandone il contenuto, l'Antitrust può imporre sanzioni che possono arrivare a cinque milioni di Euro.

- c) Potere cautelare è rappresentato dalla facoltà dell'AGCM, quando esiste il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, di imporre misure cautelari restrittive finalizzate ad inibire il comportamento dannoso o alternativamente a ripristinare le condizioni concorrenziali. In particolare, nei casi di reiterata inottemperanza, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni (art.15 legge 287/1990), oppure, nel caso in cui ritenga che una concentrazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, può vietarne la realizzazione.

Negli ultimi decenni, la produzione normativa in tema di disciplina della concorrenza ha di fatto ampliato in maniera sostanziale i poteri attribuiti all'Autorità. A tale proposito, le modifiche più rilevanti riguardano l'attribuzione all'AGCM di alcuni nuovi poteri di carattere generale, rappresentati innanzitutto dalla previsione di un innovativo programma di clemenza⁴⁴ per alcune imprese; esso si concretizza nella possibilità di chiudere il procedimento istruttorio senza accertare l'infrazione e non applicando o riducendo le sanzioni pecuniarie, in presenza di impegni collaborativi delle parti idonei ad accertare le proprie infrazioni ed a rimuovere i problemi concorrenziali generati. La previsione di tali nuovi strumenti che consentono di incentivare le imprese a collaborare per ricostituire il corretto gioco competitivo a beneficio dei consumatori, ha indubbiamente reso più efficace e penetrante l'attività di vigilanza dell'Autorità, determinando peraltro nella pratica due effetti virtuosi: da un lato il rafforzamento del ruolo dell'Autorità quale garante dell'attuazione del diritto nazionale e comunitario della concorrenza; dall'altro l'allineamento, anche nel nostro ordinamento, nei confronti di una concezione dinamica della concorrenza, che guarda con grande attenzione all'impatto ed agli effetti pratici delle decisioni antitrust sul mercato e sui consumatori. Tuttavia, oltre ai poteri "decisori" fin qui elencati, l'AGCM esercita anche un set di poteri complementari che si inseriscono in una visione più ampia della tutela della concorrenza. A tali poteri fanno riferimento quello di segnalazione e di proposta e quello consultivo, attraverso i quali l'Autorità si pronuncia non solo su singole fattispecie concrete ma anche su problemi di portata generale, utilizzando le proprie conoscenze e la propria esperienza. Il potere di segnalazione e proposta (art. 21

⁴⁴ In conformità all'ordinamento comunitario, l'Autorità, per contrastare i cartelli, ha adottato un proprio programma di clemenza che si applica alle imprese che si autodenunciano, fornendo gli elementi probatori per l'accertamento dell'infrazione. In tal caso l'Autorità non applicherà o ridurrà la sanzione pecuniaria prevista, in funzione della tempestività e della qualità delle informazioni fornite dalle imprese ai fini della scoperta dell'intesa. Inoltre, l'Autorità può riaprire d'ufficio il procedimento se: *a*) si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; *b*) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; *c*) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti (Art. 14 ter, legge n. 287/90).

legge 287/1990⁴⁵) stabilisce che, qualora l'Autorità individui i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinino distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato non giustificate da esigenze di interesse generale, siano segnalate secondo le rispettive attribuzioni al Parlamento, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai ministri competenti o agli enti locali interessati. Sembra doveroso sottolineare che, sebbene la legge parli di “parere circa le iniziative necessarie”, si tratta di un potere propositivo, in quanto è l'Autorità che prende l'iniziativa, richiamando l'attenzione dell'organo competente sull'opportunità di provvedere in un certo modo e formulando le proposte dirette a disciplinare correttamente tali settori. I poteri dell'Autorità antitrust sono stati ulteriormente ampliati dal D.L. 201/2011 (decreto Salva Italia) che, mediante l'art.35, ha inserito l'articolo 21-bis nella legge 287/90, il quale afferma che l'Autorità è legittimata ad agire in giudizio contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che generano distorsioni concorrenziali. Il decreto prevede inoltre il parere obbligatorio dell'Autorità sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso o all'esercizio di attività economiche. Il potere consultivo, previsto dall'art. 22 legge 287/1990, consente invece all'Autorità di esprimere pareri facoltativi e non vincolanti sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato quando lo ritenga opportuno o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati⁴⁶. Infine, sui poteri dell'Autorità è intervenuto nel 2012 il cd. “decreto liberalizzazioni” che, con l'introduzione nel Codice del Consumo dell'art. 37-bis, ha attribuito all'Autorità il potere di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli o formulari.

⁴⁵ L'art. 21 legge 287/1990 recante “Potere di segnalazione al Parlamento ed al Governo” afferma:”1. Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale. 2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati. 3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive”.

⁴⁶ A tale proposito è esemplificativo il fatto che il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o sui regolamenti che abbiano direttamente per effetto di: sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; stabilire diritti esclusivi in certe aree; imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita.

2.1.2 Struttura ed organigramma.

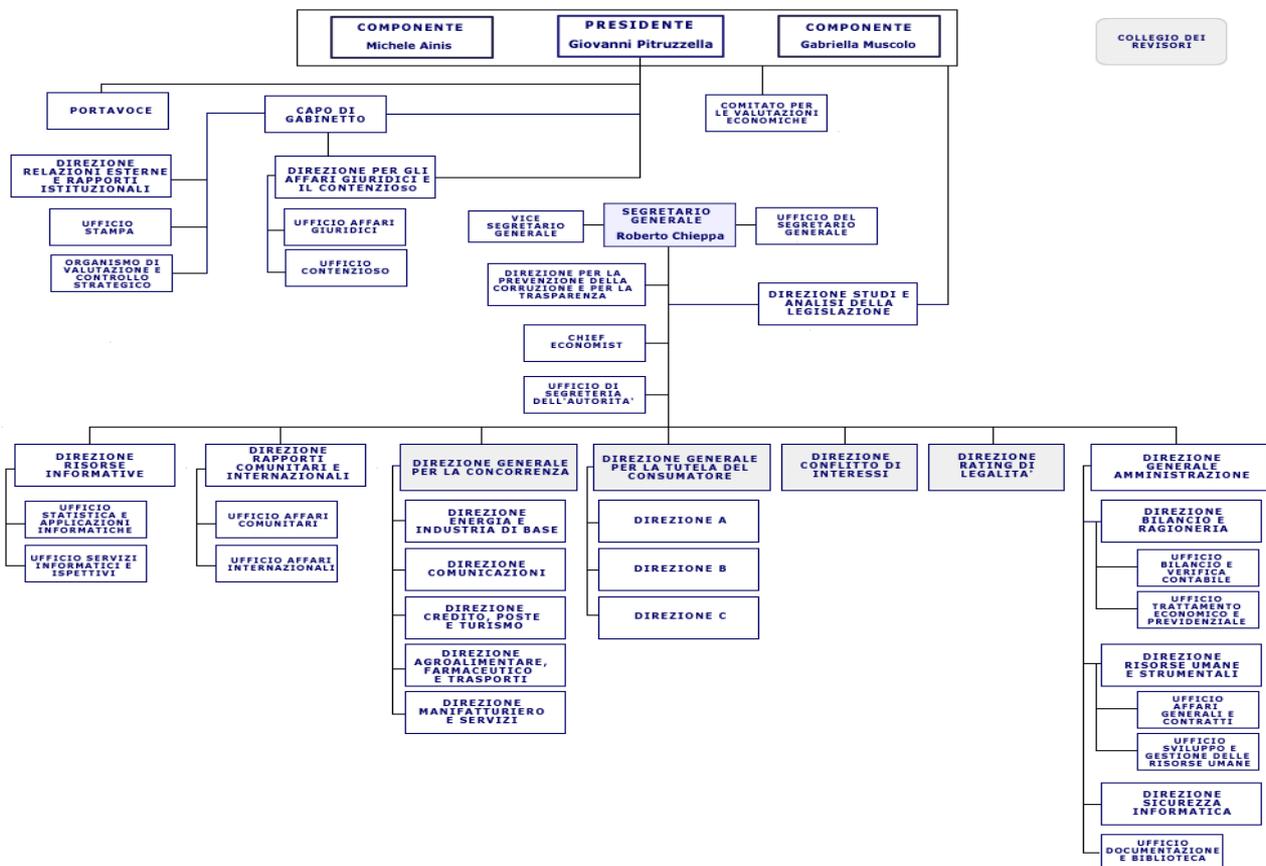
L'Autorità è un organo collegiale composto da un Presidente e quattro membri rilevanti (i due Componenti, il Capo di Gabinetto e il Segretario Generale), nominati dai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati. Per i cinque componenti, che durano in carica sette anni e non possono essere riconfermati, il requisito fondamentale è costituito dall'indipendenza personale, rafforzata da stringenti incompatibilità a loro carico, oltre a specifici requisiti professionali.

Per quanto concerne la struttura dell'Autorità, la ricerca di migliori garanzie delle esigenze funzionali si esprime attraverso una struttura interna suddivisa per settori, dove ogni ufficio di primo, secondo e terzo livello è altamente specializzato ed organizzato. L'AGCM infatti, previa deliberazione della stessa, e su proposta del Presidente, si articola in Direzioni generali⁴⁷, Direzioni ed Uffici. A tale complessa struttura si aggiungono inoltre il Comitato per le Valutazioni Economiche, il quale svolge analisi di carattere economico sulle questioni su cui si esprime l'Autorità, ed il "Chief Economist", che svolge attività di analisi e valutazione della qualità degli interventi dell'Autorità in materia di tutela della concorrenza tramite verifiche *ex post* nei casi di maggior rilievo. La struttura organizzativa attuale dell'Autorità riflette un processo di continua trasformazione dell'assetto organizzativo, adattandosi a nuove e più ampie esigenze di tutela della concorrenza.

Per quanto riguarda l'organigramma dell'AGCM, esso si sviluppa seguendo linee gerarchiche sia orizzontali che verticali. Al vertice dell'organizzazione troviamo il Presidente, il quale, in virtù del suo ruolo di rappresentanza interna ed esterna dell'Autorità, convoca le riunioni, ne stabilisce l'ordine del giorno e ne dirige i lavori vigilando altresì sull'attuazione delle deliberazioni della stessa e, in ultima istanza, sottoscrivendo i provvedimenti adottati. Tale figura è inoltre responsabile dei rapporti con le istituzioni dell'Unione Europea, con le organizzazioni internazionali e con le Pubbliche Amministrazioni nazionali. Al lavoro effettuato dal Presidente, si affianca e si subordina quello del Segretario Generale, il quale viene nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità e risponde del proprio operato, rispettivamente, al Presidente e al Collegio. Il complesso dei poteri attribuiti a tale carica, fa riferimento al generale obiettivo di sovrintendere al funzionamento degli uffici, al fine di assicurare la buona gestione dell'Autorità. In tale ottica il Segretario Generale, pur partecipando alla discussione, non è parte dell'organo collegiale, mantenendo tuttavia competenze interne come la gestione della spesa e la vigilanza sull'osservanza da parte dei dipendenti del regolamento del personale; nelle norme non si fa menzione della durata dell'incarico con la conseguenza della continuità dell'indirizzo gestionale nell'alternarsi dei membri del vertice dell'organizzazione. Al primo livello della struttura, oltre al Segretario Generale, si trova

⁴⁷ Tra queste vi sono: la Direzione generale per la concorrenza, la Direzione generale per la tutela del consumatore e la Direzione Generale Amministrazione.

il Capo di Gabinetto, nominato dall'Autorità su proposta del Presidente, tra soggetti appartenenti ai ruoli dell'Università, della magistratura ordinaria, amministrativa o contabile, dell'avvocatura dello Stato o della dirigenza pubblica; l'incarico ha durata di cinque anni ed è rinnovabile fino alla cessazione del mandato del Presidente. Tale figura, oltre ad esercitare ogni attribuzione conferitagli dal Presidente, sovrintende alla Direzione Relazioni Esterne e Rapporti Istituzionali, all'Ufficio Stampa, all'Organismo di Valutazione e Controllo Strategico e promuove, su indicazione del Presidente, la costituzione di gruppi di lavoro, anche con la partecipazione di esperti esterni, su tematiche di interesse dell'Autorità. Per quanto concerne il controllo esterno sull'organismo, è prevista l'attività di vigilanza e garanzia del Collegio dei revisori dei conti con durata quadriennale senza possibilità di rinnovo, il quale è presieduto da un magistrato della Corte dei Conti, e da due componenti dei quali, uno è designato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, e l'altro è scelto tra soggetti appartenenti ai ruoli della magistratura amministrativa, contabile o dell'avvocatura dello Stato. A tale organo è affidato il riscontro degli atti della gestione finanziaria e la verifica di cassa e di bilancio esprimendo in un'apposita relazione pareri sul progetto di bilancio preventivo nonché sul rendiconto annuale.



2.1.3 Gestione finanziaria ed autonomia contabile.

L'AGCM, in qualità di autorità amministrativa indipendente, è dotata di autonomia organizzativa e contabile. Sotto il profilo organizzativo, essa infatti delibera sulle norme riguardo la propria organizzazione ed il proprio funzionamento, su quelle concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale, nonché su quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese nei limiti previsti dalla legge (art. 10 c.6 legge 287/1990). In ottica della gestione finanziaria invece, l'art. 10 della legge 287/1990, attribuisce all'Autorità ampie possibilità di autonoma gestione delle proprie risorse finanziarie e di determinazione dei criteri di utilizzazione di quest'ultime. A tal riguardo, occorre tuttavia distinguere, in via preliminare, tra autonomia finanziaria ed autonomia contabile, dove la prima implica la possibilità di disporre di entrate autonome, mentre la seconda consiste nella facoltà di adottare una propria disciplina di gestione del bilancio in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato. L'autonomia finanziaria garantisce naturalmente un livello più elevato di indipendenza rispetto all'autonomia contabile, in quanto svincola, almeno in parte, l'Autorità dalla dipendenza economica derivante dalle previsioni annuali della legge finanziaria statale e quindi dalle politiche governative. L'autonomia contabile riconosciuta dalla legge all'Autorità è connessa invece alla potestà di autoregolamentazione della gestione delle spese di bilancio, consentendole da un lato di decidere l'utilizzazione delle proprie risorse senza alcun condizionamento⁴⁸ in ordine ai criteri di impiego delle entrate o all'entità dei singoli capitoli di spesa, e dall'altro di svolgere i propri compiti istituzionali slegata dai vincoli della normativa generale di contabilità dello Stato, che impediscono una gestione snella e progettuale. Ne consegue che l'Autorità provvede all'autonoma gestione delle spese nei limiti del contributo a titolo di finanziamento che riceve per il proprio funzionamento. Il legislatore, nell'art. 10 c.7-ter della legge 287/90, ha espressamente prescritto che l'onere del versamento di tale contributo spetti alle società di capitali con ricavi totali superiori a 50 milioni di Euro, ed ammonti ad un importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato. Tuttavia, la recente delibera AGCM 10/01/2018⁴⁹ modifica l'aliquota del contributo delle società di capitali fissandola nella misura dello 0,055 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato. La gestione finanziaria si svolge in base al bilancio di previsione approvato dall'Autorità entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello cui il bilancio si riferisce. Il contenuto e la struttura del bilancio di previsione, il quale deve contenere le spese indicate entro i limiti delle

⁴⁸ In deroga al principio di autonomia contabile, sono fatti salvi ovviamente i limiti derivanti al momento dell'impiego di spesa dall'avvenuta approvazione del bilancio preventivo.

⁴⁹ L'autorità garante della concorrenza e del mercato, nella sua adunanza del 10 gennaio 2018, delibera con pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, sul Bollettino e sul sito internet dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che la soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima e, quindi, non superiore a 275.000,00 Euro. Inoltre, l'Autorità si riserva la facoltà, negli anni successivi, di modificare tale percentuale che non potrà tuttavia superare in ogni caso lo 0,5 per mille del fatturato risultante dai bilanci approvati.

entrate previste, sono stabiliti dal regolamento di cui al comma 6, che disciplina anche le modalità per le eventuali variazioni. Per quanto riguarda il sistema dei controlli, il rendiconto della gestione finanziaria, approvato entro il 30 aprile dell'anno successivo, ed il bilancio consultivo sono soggetti al controllo della Corte dei Conti e sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. L'Autorità inoltre, con Del. AGCM 13/09/2007 n.17381 recante "Trasparenza degli atti dell'Autorità", ha stabilito di rendere pubblici e disponibili sul proprio sito istituzionale:

- a) Il bilancio preventivo, le variazioni e gli assestamenti, relativamente all'esercizio finanziario in corso e a quello dell'anno precedente.
- b) Il rendiconto della gestione finanziaria, relativamente all'ultimo esercizio.
- c) Le note e relazioni di accompagnamento ai documenti.
- d) I dati sull'autofinanziamento, con cadenza semestrale.

2.1.4 Il rating di legalità.

Introdotta dall'art. 5-ter del Decreto legge 1/2012, modificato dal successivo Decreto 29/2012 e convertito con modifiche dalla Legge 62/2012, il rating di legalità è un indicatore sintetico, misurato in "stellette", connesso al grado di rispetto della legalità ed all'attenzione riposta nella corretta gestione del proprio business da parte delle imprese italiane che lo richiedono. Al fine di perfezionare i criteri di attribuzione di tale riconoscimento, il decreto attribuiva all'AGCM il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del suddetto fine. Ed infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di promuovere quel complesso di principi etici nei comportamenti aziendali delle imprese, ha introdotto il rating di legalità, con delibera AGCM 14/11/2012 n. 24075, per le imprese operanti nel territorio nazionale che:

- a) Raggiungano un fatturato minimo di due milioni di Euro nell'esercizio chiuso all'anno precedente alla richiesta di rating.
- b) Siano iscritte al registro delle imprese da almeno due anni.

Il rating di legalità ha durata di due anni dal suo rilascio ed è rinnovabile su richiesta; nel caso di perdita di uno dei requisiti necessari ad ottenere il rating o dei requisiti grazie ai quali l'azienda ha ottenuto un rating più alto, l'Autorità dispone rispettivamente la revoca del rating o la riduzione del numero di stellette. Il rating ha un range tra un minimo di una 'stelletta' e un massimo di tre, attribuito dall'Autorità sulla base delle dichiarazioni delle aziende che verranno verificate tramite controlli con i dati in possesso delle Pubbliche Amministrazioni interessate. Per ottenere il punteggio minimo l'azienda dovrà dichiarare che l'imprenditore e gli altri soggetti rilevanti dell'impresa non siano destinatari di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti penali di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari o penali. Nei confronti dell'impresa inoltre, non dovrà essere stato

disposto alcun commissariamento e non deve essere destinataria né di sentenze di condanna per illeciti antitrust gravi o per violazioni del codice del consumo, né di misure cautelari per illeciti amministrativi. Il regolamento prevede ulteriori requisiti⁵⁰ connessi al sistema di controlli, alla struttura organizzativa dell'impresa ed al rispetto di obblighi informativi che, qualora rispettati, garantiscono alle imprese il punteggio massimo di 3 stellette. All'attribuzione del rating l'ordinamento ricollega vantaggi⁵¹ in sede di concessione di finanziamenti pubblici e agevolazioni per l'accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze e del Ministro dello Sviluppo Economico.

2.1.5 Il codice della concorrenza.

"Un ambiente giuridico opaco è il primo nemico della concorrenza. Quest'ultima reclama trasparenza, nei comportamenti delle imprese ma anche nelle regole cui vengono assoggettate le imprese concorrenti". Sono queste le parole che introducono il Codice della Concorrenza, che rappresenta una raccolta sistematica delle norme primarie e secondarie in materia di tutela e promozione della concorrenza. Seppur si tratti di una raccolta informale, il Codice della Concorrenza è un documento unico nel suo genere, perché curato e pubblicato dalla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Il motivo di una simile pubblicazione, gratuita e accessibile a tutti, è insito quindi nella necessità di fornire chiarezza informativa riguardo la disciplina della concorrenza per aziende e consumatori. Infatti, in virtù della compresenza di leggi di natura comunitaria o nazionale che spesso si sovrappongono generando confusione riguardo i relativi ambiti di applicazione, il Codice si pone come obiettivo quello di fornire una panoramica del quadro normativo della disciplina in vigore, nei suoi vari istituti. Il Codice della Concorrenza quindi, che si affianca anche solo formalmente al Codice del Consumo, rappresenta uno strumento informale privo dell'autorità tipica delle pubblicazioni ufficiali, ma non per questo rappresenta una produzione di minore aiuto per gli operatori economici e gli stessi consumatori.

⁵⁰ Per accedere al punteggio di tre stellette le aziende dovranno: rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria; utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge; adottare una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001; adottare processi per garantire forme di *Corporate Social Responsibility*; essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria; aver adottato modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

⁵¹ È d'uopo precisare che il possesso di un alto rating di legalità non assicura e non attribuisce nessun diritto riguardo l'attribuzione dei vantaggi connessi. Tuttavia, gli istituti di credito che omettano di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta.

2.1.6 I rapporti con le istituzioni.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato intrattiene rapporti di collaborazione con gli altri organismi governativi o indipendenti di controllo e regolazione dei vari settori del mercato, con l'obiettivo di rendere più efficaci ed efficienti le rispettive azioni. Tali rapporti, in alcuni casi favoriti dalla stessa normativa nazionale, rientrano in un'ottica di leale collaborazione tra istituzioni e si traducono il più delle volte in richieste di pareri vincolanti o meno in casi di sovrapposizione di discipline differenti; tuttavia non raramente tali rapporti sono stati "regolarizzati" attraverso la produzione di protocolli d'intesa siglati tra organi differenti. Nel 2011 infatti, la Banca d'Italia e l'Autorità antitrust, alla luce dell'intensa collaborazione in materia di concentrazioni e di pratiche commerciali scorrette nel settore bancario, hanno siglato un protocollo d'intesa⁵² che ha permesso ad esempio la regolazione e l'individuazione di fenomeni negativi diffusi nel tempo come gli "interlocking directorates"⁵³ o l'anatocismo bancario. Per quanto concerne il settore delle comunicazioni, numerose sono le sovrapposizioni con fattispecie proprie della disciplina della concorrenza; ne consegue che, in virtù di un rapporto di stretta interazione, l'AGCM, prima di deliberare a conclusione di istruttorie relative a intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni o pratiche commerciali scorrette, debba richiedere un parere, non vincolante, all'Autorità di Garanzia per le Comunicazioni (AGCOM). Viceversa, quest'ultima è tenuta a chiedere all'Autorità antitrust lo stesso parere non vincolante sui provvedimenti regolamentari rientranti negli ambiti di sua competenza, come ad esempio quelli in merito alla "forza di mercato" degli organismi di telecomunicazione. Nel settore assicurativo invece, qualora vengano applicate le norme a tutela della concorrenza o del singolo consumatore, l'Autorità antitrust, prima di deliberare, deve richiedere il parere, anche in questo caso non vincolante, all'IVASS (ex ISVAP). È evidente quindi come tale tipologia di interazione tra l'AGCM e le altre autorità si registri in settori di particolare rilevanza, nel comune interesse a sviluppare ed a mantenere adeguati livelli di concorrenza e di tutela dei consumatori da pratiche commerciali scorrette. Ne consegue che l'AGCM detenga rapporti altresì con l'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico (AEEGSI) soprattutto in materia di distribuzione del servizio, con l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) con particolare riferimento alle procedure di appalto⁵⁴, ed infine con l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

⁵² Il protocollo firmato dalle due autorità recante "Protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario" verrà approfondito nel capitolo 3.

⁵³ La trattazione di tale fattispecie sarà approfondita nel capitolo 3.

⁵⁴ In tale contesto l'attività di interazione dell'AGCM con l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si inserisce nel più generale rapporto di collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di prevenzione della corruzione in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa

2.1.7 Il Codice etico.

Nel corso del suo operato, l'Autorità ha sempre mostrato una particolare attenzione all'esigenza di tenere un comportamento particolarmente rigoroso riguardo i profili di moralità, correttezza, imparzialità e trasparenza dei comportamenti. A testimonianza di ciò, nel 1995 fu approvato il Codice etico a cui devono attenersi tutti i soggetti facenti parte dell'Autorità e venne affidata la vigilanza del corretto rispetto dello stesso ad un magistrato esterno. Tale codice è tuttora disponibile e parte integrante del contratto che regola il rapporto con i dipendenti fornendo direttive in merito al corretto svolgimento dei compiti affidati ed ai rapporti con il pubblico. Riguardo al primo aspetto, requisiti indispensabili sono l'imparzialità, la riservatezza e la correttezza nei rapporti con soggetti interessati a qualunque titolo all'attività svolta dall'Autorità.

2.2 La disciplina antitrust statunitense.

Nell'incipit del grande classico "La democrazia in America", Alexis de Tocqueville afferma: *«Tra le novità che attirarono la mia attenzione durante la mia permanenza negli Stati Uniti, nessuna mi ha maggiormente colpito dell'uguaglianza delle condizioni. Senza fatica constatai la prodigiosa influenza che essa esercita sull'andamento della società: essa dà allo spirito pubblico una determinata direzione, alle leggi un determinato indirizzo, ai governanti dei nuovi principi, ai governati abitudini particolari»*. Con queste parole Tocqueville riproduce fedelmente lo spirito con cui i Padri Fondatori costruirono la comunità americana, assumendo quali principi-guida la libertà individuale, l'uguaglianza delle condizioni dei singoli e la tutela del sistema democratico. L'impostazione aperta e liberale della società può essere ricondotta con cognizione di causa alla visione economica statunitense, che, sebbene sia basata senza ombra di dubbio sui principi del libero mercato e della tutela della concorrenza, non raramente nel corso della sua storia si divise tra dottrine più o meno interventiste⁵⁵. In virtù di queste considerazioni, ne consegue che gli Stati Uniti d'America, essendo già dotati di norme che vietavano con le dovute deroghe⁵⁶ l'esercizio dell'attività di impresa tramite il monopolio, sono stati il primo paese al mondo a dotarsi di un impianto normativo antitrust a garanzia del rapporto tra tutela dei consumatori e libertà di concorrenza. Le ragioni della

sviluppare fenomeni corruttivi nell'ambito di società ed imprese mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici e degli incarichi.

⁵⁵ Nel corso della storia americana, una parte della dottrina seguì le teorie della "Chicago School", che si fondava su una visione non interventista e, al contrario, vedeva di buon occhio un'impostazione "laissez-faire" del mercato che avrebbe generato, nel lungo termine, una correzione automatica delle proprie imperfezioni. Secondo tale visione, ogni intervento finalizzato alla regolazione non poteva che produrre risultati negativi; l'unica soluzione ai problemi legati alla concorrenza rimaneva quindi l'ingresso di nuove imprese sul mercato. La "Harvard School" invece, tradizionalmente strutturalista, ritiene che i mercati non siano concorrenziali, e che di conseguenza non si autoregolino necessitando di una stretta regolamentazione di settore.

⁵⁶ Nonostante tale impostazione antimonopolistica, il governo, di tanto in tanto, supportava la creazione di monopoli privati, detti "patent monopolies" garantiti agli inventori di beni o servizi rilevanti, in deroga al principio generale di libera concorrenza.

nascita di tale disciplina vanno ricercate sia nella volontà di istituire un set di regole poste a garanzia della libertà di concorrenza del mercato, sia nel tentativo di tutelare l'efficienza dell'economia nazionale. Storicamente infatti, l'antitrust americano rappresenta uno strumento di pianificazione della politica pubblica, finalizzato in primo luogo alla difesa della posizione di subordinazione delle piccole medie imprese nei confronti delle posizioni dominanti delle *"big corporation"*, ed in secondo luogo allo sviluppo della democrazia economica. In tale ottica, analogamente all'esperienza tedesca⁵⁷, il ruolo dell'opinione pubblica americana fu particolarmente rilevante nel processo che portò alla nascita della disciplina antitrust più restrittiva fra quelle in vigore nei paesi industrializzati. Infatti, quest'ultima è il risultato dell'avversione del popolo americano verso il crescente strapotere delle grandi industrie del paese che, a fronte del tentativo di ottenere il controllo monopolistico dei mercati, si configuravano in quelle forme giuridiche di common law dette *"trust"*. Con tale termine si identifica il fenomeno di aggregazione aziendale con cui i capitani delle grandi industrie che detenevano una posizione dominante in uno specifico settore, davano vita, attraverso processi di concentrazione orizzontali o verticali, ad un complesso economico a direzione unitaria al fine di esercitare il controllo totale o parziale del proprio mercato rilevante. La figura giuridica del *"trust"* differisce sostanzialmente da quella del cartello, in quanto quest'ultima consiste in un accordo tacito o palese tra due imprese appartenenti allo stesso ramo di produzione per eliminare o ridurre la pressione della concorrenza all'interno del mercato mediante la fissazione di prezzi o della quantità di output da produrre. Il *"trust"* invece, in qualità di coalizione a carattere vincolante, conferisce alle imprese partecipanti grandi vantaggi in termini di solidità e stabilità dell'assetto proprietario⁵⁸, oltre ad assicurare enormi ed immotivati profitti alle imprese. La diffusione di tali condizioni, limitando l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato e disincentivando l'investimento ed il progresso tecnologico, spinse il governo alla produzione di un corpo normativo volto a tenere a freno tali abusi in ottica di salvaguardia dei consumatori. Risulta chiaro quindi come la disciplina antitrust americana nacque proprio in contrapposizione al proliferare dei *"trust"*⁵⁹ nei settori chiave dell'economia

⁵⁷ In Germania l'aumento del potere dei *"trust"* tra imprese, che venivano chiamati *konzern*, si riflesse in un aumento non deliberato dei prezzi di mercato; tale fenomeno, unito alla spirale economica negativa prodotta dall'iperinflazione, spinse l'opinione pubblica, allarmata dalla posizione di potere eccessivo assunto da tali imprese, a manifestare il proprio dissenso. Il governo tedesco si vide quindi costretto ad emanare, nel 1923, la prima normativa europea antitrust apparentemente volta a combattere l'inflazione, ma che produsse effetti positivi per quanto riguarda la libertà di concorrenza sul mercato, trattandosi di un provvedimento che non negava la liceità dei trust, ma ne reprimeva gli abusi di potere sul mercato.

⁵⁸ La differenza fondamentale tra un istituto giuridico come il *"trust"* ed un cartello è contenuta nelle dinamiche degli assetti proprietari, che nel primo caso conferivano alle parti dell'accordo grande stabilità e sicurezza. Le società facenti parte di un *"trust"* infatti, affidavano la propria parte di capitale ad un gruppo di amministratori detto *"board of trustees"*, ricevendone in cambio un *"trust certificates"* di valore equivalente. La maggioranza delle azioni di ciascuna impresa aderente veniva quindi attribuita a una società appositamente costituita, che manteneva il controllo centralizzato su tutte le aziende partecipanti.

⁵⁹ Standard Oil Trust, a cui faceva capo circa il 90% dell'industria petrolifera del paese, fu il più conosciuto e forse il meno popolare dei grandi trust americani del XIX secolo; esso fece da modello per tutti i successivi trust che vennero

americana, i quali rappresentavano una minaccia alla libera concorrenza perché in grado di esercitare un potere politico-economico capace di limitare la possibilità delle imprese concorrenti di offrire i propri beni sul mercato e di indirizzare il processo legislativo a proprio beneficio mediante azioni di lobbying. Di conseguenza, dopo una prima stagione di manifestazioni⁶⁰ tese a limitare il crescente potere dei “trust” ma ancora caratterizzate da una sommarietà ed una frammentarietà latenti, nel 1890, per volontà del senatore John Sherman, il governo statunitense diede vita alla prima vera legislazione antitrust attraverso la produzione dello Sherman Act, con cui si dichiaravano illegali tutti gli accordi che avessero costituito una restrizione al commercio.

2.2.1 Lo Sherman Act e l’evoluzione della normativa.

Lo Sherman Act, approvato nel 1890 ed intitolato “*An Act that Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies*”, venne definito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America come la “Magna Carta della libera impresa” in quanto assicura “*la libertà di competere, di affermare con vigore, immaginazione, devozione e ingenuità qualsiasi muscolo economico possa radunare*”; rappresenta altresì, da oltre cento anni, pilastro fondamentale del diritto antitrust, il quale, a sua volta, è considerato centrale per l’economia statunitense al pari del *Bill of Rights* per le libertà personali. Le origini del diritto antitrust sono quindi essenzialmente riconducibili all’approvazione dello “*Sherman Antitrust Act*” dal Congresso degli Stati Uniti su proposta del senatore dell’Ohio John Sherman nel 1890; bisognerà tuttavia attendere il 1911 per osservare il primo caso di applicazione di tale legge, quando l’impero petrolifero del magnate John Rockefeller venne messo in stato d’accusa per le sue pratiche anticoncorrenziali. La centralità dello Sherman Act nell’ordinamento giuridico statunitense deriva dal fatto di aver garantito la libertà di concorrenza ponendosi in contrapposizione ai nascenti poteri monopolistici dell’epoca e vietando qualsiasi forma di concentrazione tra imprese rappresentate in particolar modo da “trust” e cartelli; assunse inoltre l’ulteriore funzione di armonizzazione delle norme sul commercio interno fra Stati, il quale, prima di tale legge, era regolato da norme prodotte autonomamente da alcuni Stati della federazione. Lo Sherman Act fu quindi il risultato del duplice desiderio di tutelare le piccole e medie imprese ed i consumatori dalle politiche di prezzo delle concentrazioni industriali mantenendo la libera concorrenza come principio cardine del sistema economico statunitense.

creati nell’arco di pochissimi anni, tra cui i più influenti furono: il Cotton Oil Trust fondato nel 1884, il Linseed Oil Trust nel 1885 e lo Sugar and Whisky Trust nel 1887.

⁶⁰ Nel periodo precedente alla produzione della prima legislazione antitrust nazionale si susseguirono manifestazioni in contrapposizione al fenomeno dei “trust” che diedero vita a veri e propri partiti antimonopolio che si ponevano in opposizione alle pratiche monopolistiche più rilevanti dell’epoca esercitate ad esempio dalle compagnie di trasporto e dagli istituti di credito, oltre a quelle che si rilevavano nel settore dell’informazione. Inoltre, In occasione delle elezioni presidenziali del 1888, i quattro principali partiti in corsa inclusero nel proprio programma di governo la lotta ai “trust”, asserendo che ogni tipologia di concentrazione tra imprese andasse vietata.

La prima bozza di legge, presentata dal Senatore Sherman il 14 agosto 1888, risultava spesso imprecisa nella trattazione della materia, non definendo in maniera specifica né il concetto di concorrenza né di monopolio e tantomeno tracciando confini specifici riguardo le tipologie di accordi e delle pratiche restrittive vietate; di conseguenza, almeno inizialmente, nell'esercizio della legge si riscontrarono difficoltà applicative riguardo l'ambiguità del corpo normativo. Tale impostazione tuttavia non sminuì la rilevanza del suo impatto sul sistema economico americano, in quanto veniva ravvisato come fine ultimo quello di creare una vera e propria disciplina della concorrenza nella quale fossero in grado di riconoscersi tutti gli operatori del mercato ed attraverso cui venisse stimolata l'inclinazione a far valere i propri interessi nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. Infatti, nella sua formulazione finale, il corpo della norma subì un processo di evoluzione che contribuì a rendere più accurata l'analisi di tutte le fattispecie anticoncorrenziali che venivano dichiarate illecite. La Sezione 1 dell'Act⁶¹ vieta infatti ogni contratto, accordo o cospirazione volta a limitare gli scambi o il commercio, a fissare i prezzi sia tra gli Stati che al loro interno; ogni persona o impresa ritenuta colpevole di un simile comportamento sarebbe stata punita con sanzioni pecuniarie o cautelari. La Sezione 2⁶² afferma invece che ogni persona che utilizzi pratiche di monopolizzazione⁶³ di qualsiasi genere sia giudicata colpevole prevedendo le stesse della precedente sezione. La portata di tale legge non fu quindi mai messa in dubbio in alcun modo, ma tuttavia, a causa del suo profilo rivoluzionario, non raramente lo Sherman Act venne attaccato da esponenti del Congresso degli Stati Uniti d'America. Le accuse mosse sostenevano che la legislazione contro la proliferazione dei trust potesse essere uno strumento pregiudicante ai fini del mantenimento della struttura liberale dell'economia e che non fosse sufficientemente efficace in ottica di prevenzione e rapidità applicativa mancando di un organo amministrativo competente in grado di esercitare funzioni para-giurisdizionali. La risposta a tali critiche fu data dall'introduzione, nel 1914, del Clayton Act, finalizzato ad attribuire alle norme dello Sherman Act un carattere più preventivo che repressivo e ad offrire una dettagliata enumerazione delle pratiche anticoncorrenziali illegali. Infatti, nelle varie sezioni di tale corpo normativo vengono prescritti sia il divieto di acquisto diretto o indiretto di azioni di un'altra impresa

⁶¹ La Section 1 dello Sherman Act afferma: *"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court"*.

⁶² La Section 2 dello Sherman Act afferma: *"Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court"*.

⁶³ Tra i tentativi di monopolizzazione che vengono perseguiti vi sono le cosiddette politiche di prezzo predatorie da parte di alcune imprese e sulla cui trattazione si rimanda al par. 1.2.

nel caso in cui ne risulti "un calo sostanziale della concorrenza" (*Section 7*), sia il divieto di discriminazione di prezzo tra diversi compratori qualora possa sfociare in pericolose derive monopolistiche (*Section 3*).

Nel processo di evoluzione della disciplina antitrust, oltre alle suddette istanze, ebbero influenza anche le pressioni di coloro che avevano come obiettivo quello di salvaguardare il commercio puro sia tra Stati interni che con nazioni estere. Gli Stati Uniti d'America infatti, hanno assunto, nel corso della propria storia, una configurazione tipica di una repubblica federale decentralizzata, dove una struttura di governo centralizzato e molteplici organi statali convivono in continuo conflitto. In tale ambito andò sviluppandosi il dibattito relativo al rapporto tra federalismo e antitrust che, nel corso dell'evoluzione della disciplina della concorrenza, ha generato non pochi problemi relativi all'applicazione delle norme statali o federali. Infatti, sebbene numerosi Stati, ancor prima dell'introduzione dello Sherman Act disponessero già di misure anticoncorrenziali⁶⁴, l'introduzione della *Commerce Clause* ha espressamente affidato al Congresso e tolto agli Stati il potere di regolare il commercio tra loro e con le nazioni straniere; in particolare, non sarebbe consentito a qualsiasi Stato di applicare la propria legge extraterritorialmente, quando la condotta ritenuta illecita non abbia avuto effetti all'interno dello Stato. Tale limitazione viene tuttavia mitigata in parte dalla previsione del diritto antitrust americano, per certi versi simile al rapporto tra disciplina della concorrenza italiana ed europea, secondo la quale i singoli Stati sarebbero responsabili dell'applicazione delle norme anticoncorrenziali in relazione a casi con effetti locali, mentre il governo federale deterrebbe l'esclusiva su quelli aventi impatto nazionale. Ne consegue che i sistemi antitrust a livello statale e federale non operino in maniera indipendente l'uno dall'altro; infatti le leggi statali non sostituiscono quelle federali, ed anzi ne integrano i contenuti riguardo le fattispecie che avvengono nei singoli Stati, interagendo come parti di uno schema a doppio livello. Le difficoltà riguardo l'attuazione della disciplina antitrust a livello locale sono tuttavia ancora oggi evidenti nell'impianto normativo statunitense e rientrano nel processo di evoluzione che il diritto, in particolar modo della concorrenza, deve seguire anche in relazione ai cambiamenti economico-politici dello scenario nazionale.

2.2.2 Federal Trade Commission: l'autorità antitrust statunitense.

L'autorità antitrust statunitense è rappresentata dalla Federal Trade Commission (FTC), istituita nel 1914 attraverso il Federal Trade Commission Act e, in via supplementare, dall'Antitrust Division of the Department of Justice. La ragione dell'introduzione di un simile organo è riconducibile alla

⁶⁴ Prima dell'approvazione dello Sherman Act, ben tredici Stati avevano già adottato delle leggi antitrust e quattordici Costituzioni statali contenevano norme a tutela della concorrenza. Tra di esse si ricordano quelle dell'Arkansas (1874), Connecticut (1818), Georgia (1877), Idaho (1889), Kentucky (1850), Maryland (1780), Montana (1899), Carolina del Nord (1776), Dakota del Nord (1889), Dakota del Sud (1889), Texas (1845), Tennessee (1870), Wyoming (1889), Washington (1889).

necessità di affiancare agli organi giudiziari ordinari un'autorità amministrativa federale, facente parte dell'esecutivo, incaricata dell'azione di prevenzione di fattispecie restrittive della concorrenza in virtù delle sue conoscenze specifiche in materia di legislazione antitrust. Nel rispetto della propria *mission*, il fine ultimo della FTC è quello di favorire un'economia vivace caratterizzata da una forte concorrenza e dall'accesso dei consumatori a informazioni accurate che consentano di migliorare la propria scelta di mercato e la comprensione del processo competitivo. Ne consegue che l'attività dell'autorità federale venga svolta perseguendo due obiettivi fondamentali, rappresentati dalla protezione dei consumatori dai comportamenti ingannevoli e sleali delle imprese e dall'attività di prevenzione contro le pratiche anticoncorrenziali a garanzia della struttura antimonopolistica del mercato. Sebbene fosse stata creata al fine di esprimersi riguardo la disciplina antitrust federale, la Federal Trade Commission disponeva inizialmente di competenze limitate ad alcuni particolari settori merceologici, rimandando la trattazione di numerose fattispecie alle discipline antitrust dei singoli Stati⁶⁵. Tuttavia, con l'applicazione della *Commerce Clause*, le competenze di tale organo risultarono considerevolmente ampliate. Alle attività sopra citate venne affiancata l'attività di *regulation*, che consiste nello sviluppo di regole e strumenti politici per garantire un mercato libero dalle pratiche anticoncorrenziali delle imprese. Tale attività, esercitata attraverso delle “*guidelines*”, risulta divisa tra *social regulation* e *market regulation*: la prima è finalizzata alla tutela degli interessi del consumatore proponendosi di educarlo e fornirgli gli strumenti informativi necessari per riconoscere e segnalare le pratiche commerciali scorrette; la seconda attende alla finalità di sviluppare strumenti per reprimere i mezzi con cui le imprese danno vita a concentrazioni ed intese pregiudicanti il regime concorrenziale del mercato. In tale ottica, è importante sottolineare come, nella pratica⁶⁶, spesso la disciplina antitrust assume le vesti di *parens patriae* prestando maggiore attenzione verso gli illeciti anticoncorrenziali che arrecano pregiudizio ai consumatori; in virtù di tale impostazione legislativa, in sede di giudizio, le corti americane e la Federal Trade Commission si sono sempre espresse in favore degli interessi dei consumatori, discostandosi raramente da tale linea⁶⁷.

⁶⁵ Molti Stati erano dotati di “little FTC Acts”, un provvedimento normativo che rispecchiava la Sezione 5 del FTC Act e autorizzava gli Stati ad agire contro le pratiche commerciali scorrette.

⁶⁶ Con l'espressione “nella pratica” si fa riferimento alle numerose sentenze giudiziarie che confermano la propensione della FTC nel reprimere pratiche anticoncorrenziali nei confronti dei consumatori. In tale ambito si ricorda il caso *Georgia v. Pennsylvania Railroad Co.* Del 1945, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America riconobbe la legittimazione dello Stato della Georgia a disappalto di un cartello nel settore ferroviario affermando che esso “*limitasse le opportunità della sua gente, incatenasse le sue industrie, ritardasse il suo sviluppo e la relegasse a una posizione economica inferiore tra di lei Stati gemelli*”. Tale sentenza, oltre a testimoniare l'attenzione agli interessi dei consumatori, riconosce anche la parità di condizioni di concorrenza tra Stati come un altro dei principali interessi rilevanti per l'attività di *regulation* della FTC.

⁶⁷ A tale proposito si ricorda il caso *Illinois Brick Co. v. Illinois* del 1977, che rappresenta uno dei pochi casi in cui venne impedito a classi di consumatori il risarcimento danni in relazione ad un illecito antitrust subito. In tal caso la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America fu ampiamente attaccata, considerando la propria decisione come una violazione dei propositi di tutela del cittadino-consumatore cui si faceva riferimento nella disciplina antitrust federale.

Per quanto concerne invece il rapporto con il potere giudiziario, sebbene lavorino in stretta correlazione, l'Administrative Procedure Act prevede che la funzione istruttoria venga attribuita alla FTC, mentre la potestà di esercitare il potere giurisdizionale spetta alle corti giudiziarie. Tuttavia, in ottemperanza al proprio dovere, le accuse possono essere mosse sia da parte della Federal Trade Commission che direttamente dai consumatori danneggiati⁶⁸. In seguito, attraverso la corte giudiziaria vengono formulate le sentenze di condanna o assoluzione, mentre, in ultima istanza, viene attribuita la facoltà di esprimersi alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America qualora le parti ne facciano ricorso. L'attività di affiancamento e valutazione tecnica delle fattispecie anticoncorrenziali che la Federal Trade Commission esercita in favore delle corti giudiziarie, è perseguita mediante due distinti approcci di valutazione in base alla "*rule of reason*" o alla "*per se rule*". Nel primo caso le corti giudiziarie intraprendono penetranti indagini riguardo le pratiche contestate e sull'impatto provocato sui consumatori. Nel secondo invece, è sufficiente provare che una condotta illecita si sia attuata e che essa ricada nella categoria di pratiche restrittive della concorrenza.

L'attività della Federal Trade Commission, e quella delle altre *agencies* statunitensi, è quindi divenuta sempre più rilevante per il diritto antitrust ed è entrata in pianta stabile nel tessuto sociale ed istituzionale del paese.

⁶⁸ In virtù della previsione del *treble damage*, i consumatori, una volta accertato il danno, possono chiedere di essere ripagati per un ammontare pari a tre volte il danno subito.

CAPITOLO 3

DIVIETO DI “INTERLOCKING DIRECTORATES”: regolamentazione ed attività dell’AGCM

3.1 Definizione ed inquadramento del fenomeno.

Il termine “*interlocking directorates*” o “*interlocking directorships*” descrive il legame che si stabilisce tra due o più imprese concorrenti quando uno o più amministratori o funzionari di vertice fanno parte contemporaneamente dei rispettivi consigli di amministrazione o di altri importanti organi di governo societari. È indubbio come una fattispecie simile sia difficilmente isolabile e riconducibile ad unità, presentando contorni molto elastici e mutevoli; la difficoltà di inquadramento è quindi insita nella natura del fenomeno giuridico, che si presenta come un istituto ibrido, a metà tra la disciplina antitrust ed il diritto societario⁶⁹. Pertanto, riguardo la disciplina dei legami personali si prospettano due distinti filoni normativi, i quali, pur avendo il medesimo oggetto, perseguono due finalità differenti: l’uno è teso a reprimere le limitazioni della concorrenza tra le imprese, l’altro è volto a promuovere i corretti rapporti interni negli organi societari. Una prima distinzione può essere operata tra *interlocking directorates* orizzontali e verticali a seconda che il legame si venga a creare tra imprese appartenenti allo stesso livello della filiera produttiva o ad uno differente; in secondo luogo, possono assumere carattere diretto, se l’amministratore assume palesemente più di una carica in un’impresa concorrente⁷⁰, o indiretto, se la carica comune alle due aziende coinvolte viene rivestita in una terza società per nascondere il legame tra le prime due. Seguendo inoltre l’interpretazione di Bianco e Pagnoni⁷¹, il legame viene detto di tipo “out-out” quando il soggetto che siede nelle due imprese è esterno ad esse, viceversa, quando il soggetto è interno a una o a entrambe le imprese, il legame si definisce, rispettivamente, di tipo “in-out” oppure “in-in”. L’ampia letteratura accademica, prevalentemente giuridica, sociologica ed economica che ha affrontato il fenomeno in questione riconosce che esso caratterizza, con diversa intensità, molte delle economie occidentali del nostro tempo e risponde a svariate motivazioni, le quali, oltre a quelle di ordine meramente concorrenziale⁷², riguardano condizioni sia organizzative, legate alla gestione delle imprese interessate dai legami, che personali, legate al prestigio e al potere degli amministratori stessi. Risulta chiaro quindi come il fenomeno dell’*interlocking directorate*, implicando un cumulo di cariche in capo agli amministratori o ai funzionari di vertice che attribuisce indebiti vantaggi alle rispettive imprese, sia stato

⁶⁹ R. Santagata, “I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato”.

⁷⁰ Ad esempio, se l’amministratore dell’impresa Alfa è designato anche nel consiglio dell’impresa Beta.

⁷¹ M. Bianco – E. Pagnoni, “*I legami creati tra le società quotate dagli interlocking directorates: il caso delle banche*”, in Proprietà, controllo e governo delle banche.

⁷² La trattazione dell’impatto in termini concorrenziali del fenomeno dell’*interlocking directorates* è quello di maggior rilievo ai fini dell’elaborato e per tale motivo verrà analizzato in una sezione a sé stante (vedi par. 3.6).

recentemente vietato attraverso la produzione di una normativa⁷³ che tuttavia, nella finalità di preservare la genuinità del regime concorrenziale, non si estende *tout court* alla totalità delle imprese e dei soggetti coinvolti prescindendo da funzioni e ruoli svolti. L'applicazione delle sue prescrizioni è infatti subordinata ad una valutazione in concreto delle condizioni di mercato in cui le imprese operano e della tipologia *governance* e di collegamento che sussiste tra di esse.

Nel seguente capitolo, dopo aver presentato l'impianto legislativo in tema di *interlocking directorates* ed i suoi profili applicativi, si cercherà di mettere in luce sia il carattere rivoluzionario e necessario della norma, sia le grandi zone d'ombra da essa prodotte riguardo i criteri della sua applicazione. Successivamente, grazie all'indagine di settore condotta dall'AGCM⁷⁴, verrà analizzata la consistenza e la diffusione del fenomeno nella realtà nazionale all'interno dei sistemi di *governance* degli intermediari finanziari.

3.2 L'art. 36 del D.L. 201/2011, cd. "Decreto Salva Italia".

Il D.L. n. 201 del 06/12/2011⁷⁵, cosiddetto "Decreto Salva Italia", in vigore dal 28 dicembre 2011, e recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", rientra nel complesso di provvedimenti adottati nella manovra economica varata dal Governo Monti. A tale produzione normativa è riconducibile, in risposta a quanto auspicato dall'AGCM⁷⁶, l'introduzione nell'ordinamento italiano di un regime di incompatibilità rispetto al fenomeno dell'*interlocking directorates* o del cumulo di cariche per amministratori e funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nel settore finanziario. In particolare, l'art. 36 del Decreto, in ottica pro-competitiva, si compone di due parti: la prima, contenuta nei commi 1 e 2, recante rispettivamente le regole sostanziali ed i principali criteri interpretativi del divieto; la seconda, contenuta invece nei commi 2-bis e 2-ter, prescrive le regole ed i profili applicativi riguardo alle modalità di accertamento della fattispecie. Il comma 1 traccia un'esauriente definizione del divieto di *interlocking directorates* affermando: "È vietato 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

⁷³ Mediante un'analisi di diritto comparato, è possibile affermare che il modello di normativa cui si è ispirato il *policy maker* nazionale è quello americano contenuto nella *Section 8* del Clayton Act che aveva precedentemente introdotto il divieto "per se" di tale fattispecie.

⁷⁴ AGCM, "La corporate governance di banche e compagnie di assicurazioni", indagine conoscitiva ic36, 2008.

⁷⁵ Il D.L. 201/2011 viene convertito successivamente dalla L. 214/2011 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 300 del 27 dicembre 2011.

⁷⁶ Nella segnalazione 9 febbraio 2010, AS6559, recante "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza", l'AGCM affermava: "nella consapevolezza che i profili sui quali risulta necessario intervenire sottendono questioni di grande rilevanza e complessità, la cui disciplina difficilmente potrebbe essere compiutamente definita con norme di immediata applicazione contenute nel disegno di legge annuale per il mercato, l'Autorità ritiene tuttavia che in esso debbano essere contenute disposizioni di principio miranti a risolvere le problematiche concorrenziali derivanti dalla diffusa presenza di *interlocking directorates*, lasciando poi agli statuti la loro concreta attuazione".

e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti”.

Il comma 2 invece precisa il criterio di interpretazione della nozione di concorrenza asserendo: “*Ai fini del divieto di cui al comma 1, si intendono concorrenti le imprese o i gruppi di imprese tra i quali non vi sono rapporti di controllo ai sensi dell'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e che operano nei medesimi mercati del prodotto e geografici* “. Per quanto concerne invece le regole procedurali relative all'applicazione della norma, il comma 2-bis ne traccia l'iter: “*Nell'ipotesi di cui al comma 1, i titolari di cariche incompatibili possono optare nel termine di 90 giorni dalla nomina. Decorso inutilmente tale termine, decadono da entrambe le cariche e la decadenza è dichiarata dagli organi competenti degli organismi interessati nei trenta giorni successivi alla scadenza del termine o alla conoscenza dell'inosservanza del divieto. In caso di inerzia, la decadenza è dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente*”. Il comma 2-ter ne precisa invece i contenuti decretando che, in sede di prima applicazione, il termine per esercitare l'opzione di cui al comma 2-bis, sia di 120 giorni, decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del Decreto. Da una prima lettura della norma, traspare un'apparente rigidità dovuta all'applicazione automatica del divieto non appena sia dimostrato il rapporto di concorrenza tra le imprese, senza tenere in considerazione il potere di mercato e la struttura⁷⁷ di esse. Tuttavia, affinché due imprese siano definite “concorrenti” risultando così soggette al divieto di *interlocking*, si deve verificare la presenza di due requisiti:

- a) Le imprese o i gruppi di imprese interessati non devono essere legati tra loro da rapporti di controllo ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 287/1990.
- b) Le imprese o i gruppi di imprese interessati devono operare nei medesimi mercati del prodotto e geografici.

Relativamente al primo requisito, la norma esclude dal divieto le imprese tra le quali intercorre un rapporto di controllo ai sensi della disciplina antitrust, a patto che quest'ultimo venga dichiarato esplicitamente⁷⁸ dalle entità coinvolte. Tale rapporto di controllo può essere ottenuto

⁷⁷ A tale proposito si potrebbe delineare la fattispecie in cui le attività in concorrenza oggetto del divieto rappresentino solo una parte marginale delle rispettive imprese, oppure un singolo ramo di un gruppo di imprese. Tale ipotesi è facilmente ravvisabile nel fatto che le attività attinenti agli intermediari finanziari operanti nel settore creditizio, assicurativo e finanziario, risultano oggi notevolmente ampliate in virtù dell'ampio grado di diversificazione delle attività caratteristico di tali organismi. Ad esempio, gli intermediari bancari hanno esteso la propria operatività ad altri segmenti quali: i sistemi di pagamento (credito al consumo, leasing, factoring, carte di debito/credito) ed altre attività finanziarie (mercato del risparmio amministrato, e del risparmio gestito).

⁷⁸ Nel merito tuttavia si registra una scarsa tendenza alla dichiarazione dei suddetti rapporti di controllo in quanto è ragionevole ritenere che nella scelta prevalgano i costi (si pensi ad esempio alle ripercussioni in termini di conformità alla disciplina prudenziale) rispetto ai benefici che le imprese potrebbero ottenere con l'esenzione di cui al citato c. 2. (L. Marroni, “Variazioni su connessioni tra imprese concorrenti: sulla necessità di un'analisi empirica ex ante ed ex post orientata a far valutare se predisporre o migliorare la regolazione”). In questo senso, si può osservare che Mediobanca non ha dichiarato il controllo, realizzato tramite la partecipazione del 13,465%, su Generali, come invece più volte sostenuto dall'AGCM; si è preferito conformarsi alla disciplina di cui all'art. 36 procedendo alla sostituzione dei *directors* senza avvalersi dell'esenzione (Siragusa – Bardanzellu).

quindi mediante diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente⁷⁹, la possibilità di esercitare un'influenza determinante⁸⁰ sulle attività di un'impresa. L'impostazione dell'articolo sembra pertanto ricalcare l'esperienza relativa all'autorizzazione delle operazioni di concentrazione tra imprese⁸¹ a differenza della definizione di controllo fornita dal Codice Civile⁸². Per quanto riguarda il secondo requisito invece, risulta chiaro come il divieto si applichi solo alle imprese e ai gruppi di imprese che operano in regime di concorrenza negli stessi mercati, intesi in senso merceologico e geografico. In questo caso si fa riferimento sia alla nozione di mercato rilevante dei beni⁸³, che a quella di mercato geografico rilevante⁸⁴ contenute nel diritto antitrust. In relazione al primo concetto, l'articolo 36 si applica solo se il mercato geografico rilevante in cui le imprese operano come concorrenti si trova, interamente o in parte, sul territorio italiano⁸⁵.

3.3 La legislazione pubblicistica precedente all'art. 36 D.L. 201/2011.

Ai fini di un'analisi accurata relativa all'introduzione del divieto di *interlocking directorates*, risulta interessante mostrare come risalgano a ben prima dell'emanazione del Decreto Salva Italia le prime norme, di produzione pubblicistica e di autoregolamentazione, in tema di legami e condivisione di esponenti aziendali tra società concorrenti. Nel merito si osserva primariamente come la disciplina dei legami personali quantomeno ricordi quella del conflitto di interessi dei soci prevista dall'art. 2373 c.c.⁸⁶; tuttavia risulta essere più calzante quanto disposto dall'art. 2390 c.c. recante "*Divieto di concorrenza*", il quale prevede che gli amministratori non possano assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un'attività concorrente per conto

⁷⁹ Per quanto concerne il controllo congiunto un esempio è rappresentato dal caso in cui la società Alfa e la società Beta detengano congiuntamente il controllo, ai sensi dell'articolo 7, nella società Gamma; in tale circostanza, gli amministratori di Alfa e Beta possono far parte degli organi di gestione, sorveglianza e controllo della società Gamma e di quelli delle società da questa controllate.

⁸⁰ Con l'accezione di "influenza dominante" non si intende solo la maggioranza assoluta dei voti in assemblea, in quanto questa può essere raggiunta anche attraverso il ruolo degli altri azionisti presenti in assemblea e la loro capacità di rafforzare la posizione dell'azionista di maggioranza relativa o, al contrario, di destabilizzarla.

⁸¹ Nel formulario sulle concentrazioni si specifica che l'ipotesi di controllo congiunto "*si verifica quando, in base alle partecipazioni detenute o ad altri accordi, due o più imprese hanno ciascuna la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa. In particolare, il controllo esercitato da ciascun soggetto può manifestarsi anche nella semplice possibilità di impedire l'adozione di decisioni che influiscano in maniera determinante sull'attività commerciale dell'impresa controllata, anche attraverso l'esercizio di un diritto di veto*".

⁸² La nozione di controllo presente nel Codice Civile fa riferimento all'art. 2359 c.c.

⁸³ Il mercato rilevante dei beni comprende tutti i beni e servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati.

⁸⁴ Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese forniscono i beni o servizi principali e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue per l'assenza di significative possibilità di sostituzione geografica.

⁸⁵ Ad esempio, l'amministratore della banca Alfa, attiva in Italia e in Giappone, può partecipare al *board* della banca Beta operante solo in Giappone.

⁸⁶ L'art. 2373 c.c. afferma: "*La delibera approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'art. 2377 qualora possa recarle danno*".

proprio o di terzi, oltre a non poter rivestire la carica di amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell'assemblea. In caso di violazione della norma, l'amministratore, oltre a rispondere personalmente dei danni arrecati, può essere revocato d'ufficio. La *ratio* di tale articolo, avvalorata dalla prescrizione dell'art. 2391 c.c.⁸⁷, risponde ad un duplice obiettivo: uno diretto, legato a motivi di prevenzione riguardo situazioni di conflitto di interessi, ed uno indiretto, in ordine di evitare il cumulo di ruoli in società concorrenti. Tuttavia, nella pratica, a causa delle rilevanti differenze strutturali⁸⁸ con il divieto di *interlocking directorates*, le prescrizioni dettate dall'articolo 2390 c.c. non hanno contribuito a limitare in misura significativa il fenomeno; esse infatti venivano spesso eluse attraverso il principio che concedeva deroghe grazie a disposizioni statutarie o delibere assembleari ed inoltre circoscriveva il divieto solo agli amministratori tralasciando i soggetti preposti al controllo sulla gestione⁸⁹. Altra disposizione di legge che è opportuno richiamare in merito è l'articolo 148-bis del d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, detto Testo Unico della Finanza (TUF), ai sensi del quale il legislatore delega alla Consob il compito di emanare un apposito regolamento che stabilisca specifici limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione e controllo nelle società quotate. Anche in questo caso, sebbene la norma miri apparentemente ad assicurare che l'effettiva partecipazione degli esponenti di una società quotata alla vita sociale non sia compromessa dall'eccessiva concentrazione di incarichi in capo ad un solo soggetto⁹⁰, la sua finalità ultima è quella di ridurre la moltiplicazione delle cariche sociali per tutelare il livello di concorrenza dei mercati nei quali operano le imprese. In virtù della sua crescente diffusione, il fenomeno dell'*interlocking directorates* era stato affrontato, prima dell'introduzione dell'art. 36 del Decreto Salva Italia, anche dall'AGCM, la quale, dopo aver svolto un'indagine conoscitiva⁹¹ al riguardo, aveva tentato di limitarne gli effetti applicandovi i principi della disciplina delle concentrazioni tra imprese. A tale proposito, nel rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva, l'Autorità aveva imposto che

⁸⁷ L'art. 2391 c.c., c. 1-2, afferma: "*L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*".

⁸⁸ Le differenze tra le due normative vengono definite "strutturali" principalmente in relazione al diverso ambito di applicazione del divieto di *interlocking* rispetto a quello di concorrenza. Il primo opera infatti in maniera più ampia prescindendo dalla tipologia di esponente aziendale, di mercato o settore industriale; il secondo invece risulta applicabile solo agli amministratori, tralasciando tutti i detentori di cariche direttive, di vertice, di sorveglianza e controllo.

⁸⁹ In merito ai soggetti incaricati di effettuare il controllo sulla gestione (sindaci e membri del consiglio di sorveglianza), la norma si limitava a prevedere che al momento della loro nomina e prima dell'accettazione dell'incarico, dovessero essere resi noti all'Assemblea gli incarichi di amministrazione e di controllo da essi ricoperti presso altre società (art. 2400 c.c. comma 4).

⁹⁰ Secondo tale interpretazione, la norma prenderebbe in considerazione il cumulo degli incarichi esclusivamente da un punto di vista quantitativo, limitandoli solamente laddove questi possano compromettere il buon funzionamento e la corretta gestione della società.

⁹¹ AGCM, "La corporate governance di banche e compagnie di assicurazioni", indagine conoscitiva ic36, 2008.

venissero indicati gli eventuali legami personali in atto tra le imprese oggetto di concentrazione; si riservava inoltre la possibilità di dichiarare illeciti i legami valutati come potenzialmente lesivi del livello di concorrenza dei mercati rilevanti. Analogamente alle altre normative di cui sopra, l'approccio dell'AGCM risultava tuttavia incompleto in quanto dimostrava la sua efficacia esclusivamente in mercati in cui erano frequenti casi di concentrazione e qualora i suddetti legami esistessero precedentemente alla costituzione di una concentrazione. Infine, è possibile ricercare un'ultima norma preesistente in tema di cumulo di cariche sul fronte dell'autoregolamentazione; il "Codice di Autodisciplina delle Società Quotate", introdotto nel 2006 ad opera dell'elaborazione del *Comitato di Corporate Governance* di Borsa Italiana, raccoglie l'adesione del 93% delle società quotate e raccomanda agli amministratori di accettare più di una carica attinente alla gestione societaria solo qualora siano in grado di dedicare il tempo necessario al diligente svolgimento dei loro compiti in termini di *best practice*. Formula inoltre un invito al Consiglio di Amministrazione delle società quotate di valutare le singole fattispecie di cumulo di cariche degli amministratori, nel caso in cui l'assemblea abbia autorizzato deroghe al divieto di concorrenza previsto dall'art. 2390 c.c.

3.4 Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del D.L. "Salva Italia".

Bisogna osservare come, già all'indomani dell'approvazione del divieto di *interlocking directorates* prescritto dall'art. 36 del Decreto Salva Italia, si siano presentati numerosi e rilevanti profili di incertezza e perplessità riguardo la sua interpretazione. I problemi relativi a tale norma, forse dovuti in parte alla sua ubicazione all'interno di un provvedimento approvato con estrema urgenza⁹², si riflettono in una serie di omissioni ed espressioni terminologiche spesso sommarie e poco precise che sono risultate fuorvianti rispetto al carattere altamente tecnico della materia. A tale proposito, pur non dimenticando che i sistemi di *governance* degli intermediari finanziari risultino profondamente rinnovati nell'accezione positiva del termine, una parte della letteratura accademica si è pronunciata in maniera critica sulla norma esprimendo qualche dubbio sul fatto che l'introduzione del divieto di *interlocking directorates* nell'ordinamento giuridico italiano fosse, di per sé, necessaria e, men che meno, urgente⁹³. Altre perplessità sono state manifestate da un'altra parte della dottrina affermando che l'art. 36 "*per certi versi, ha un'applicazione penetrante, mentre, per altri, pecca per difetto*"⁹⁴.

⁹² Si fa riferimento al D.L. 201/2011 varato dal Governo Monti nell'ambito della manovra economica che, in virtù della sua austerità, ha permesso di scongiurare il rischio di default cui si stava avvicinando il paese in una situazione politico-economica caratterizzata da grande incertezza.

⁹³ A. Martelloni, "Il controllo pubblico sui legami personali tra imprese concorrenti nella recente decretazione anti-crisi".

⁹⁴ M.Siragusa-A.Bardanzellu, "*Prime considerazioni sulle norme antitrust introdotte nella legislazione nazionale anticrisi*".

Tali dubbi sono stati tuttavia sciolti quasi interamente⁹⁵ grazie alla costituzione, non in tempi brevi⁹⁶, di un “tavolo tecnico” presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze cui hanno preso parte Banca d’Italia, CONSOB e Isvap⁹⁷, collaborando attivamente con l’AGCM, che ha prodotto come risultato la pubblicazione, in data 20 aprile 2012, di un documento congiunto, denominato “Criteri per l’applicazione dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”, di seguito “Linee Guida”. La finalità di tale documento era quella di far luce sulle difficoltà interpretative e colmare le lacune della norma, consentendo un’applicazione agevole e uniforme da parte delle imprese ed assicurando la trasparenza nel coordinamento dell’attività di vigilanza da parte delle rispettive autorità.

Procedendo con ordine nella disamina delle difficoltà interpretative della norma e delle relative soluzioni proposte dalle Linee Guida, le principali fonti di incertezza si ravvisano nell’identificazione delle cariche societarie e delle categorie di imprese che risultano passibili del divieto di *interlocking*. Per quanto concerne il primo interrogativo, l’art. 36, mediante un approccio *tout court*, si riferiva primariamente agli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo, riguardando quindi senza dubbio i componenti dei consigli di amministrazione o dei consigli di gestione, nonché i componenti dei consigli di sorveglianza o dei collegi sindacali⁹⁸; vengono inoltre compresi in tale categoria anche gli amministratori indipendenti ed i membri con funzioni non esecutive dei suddetti organi. La successiva estensione ai “funzionari di vertice”, espressione sconosciuta sia al diritto antitrust nazionale che a quello societario, aveva creato invece incertezza sul piano applicativo in quanto l’utilizzo del plurale poteva condurre ad ampliare il divieto anche a tutti quei soggetti che, sebbene rivestissero un ruolo apicale nella piramide gerarchica aziendale, non fossero in grado di influenzare effettivamente le decisioni di gestione⁹⁹. Nel merito, le Linee Guida si sono espresse puntualizzando che per funzionari di vertice si debbano intendere il Direttore Generale e, per le imprese quotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili¹⁰⁰, in virtù della sua posizione privilegiata nell’accesso a informazioni che potrebbero essere utilizzate per promuovere comportamenti anticoncorrenziali. Ne

⁹⁵ L’espressione “quasi interamente” si riferisce agli elementi di perplessità rimasti irrisolti dopo la pubblicazione del documento, cui si cercò di sopperire in prima battuta mediante l’integrazione di un secondo documento interpretativo, pubblicato il 13 giugno 2012, denominato “Frequently Asked Questions” (“FAQ”).

⁹⁶ Per la costituzione del “tavolo tecnico” bisogna risalire al 26 aprile 2012, quando, di lì a qualche giorno sarebbero scaduti i 150 giorni di cui al comma 2-ter entro i quali gli esponenti colpiti dal divieto di *interlocking* avrebbero dovuto esercitare l’opzione di cui al comma 2-bis.

⁹⁷ Per tutta la durata dell’elaborato si farà riferimento all’Isvap per identificare l’Autorità di vigilanza del mercato assicurativo che contribuì ad emanare le Linee Guida, pur essendo consapevoli che la denominazione oggi in vigore sia Ivass.

⁹⁸ La distinzione tra consiglio di amministrazione o di gestione e tra consiglio di sorveglianza o collegio sindacale attende al modello di *governance* monistico, dualistico o tradizionale utilizzato dall’intermediario finanziario.

⁹⁹ È questo il caso dei manager di primo livello (CFO), i quali, pur detenendo responsabilità strategiche, sono oggetto di dibattito riguardo al proprio potere di influenza in relazione alla reale politica decisionale dell’azienda.

¹⁰⁰ La carica viene rivestita in attuazione dell’art. 154-bis del Testo Unico della Finanza (TUF).

consegue che risulta escluso dall'applicazione del divieto il Vicedirettore Generale¹⁰¹, il sindaco supplente¹⁰² e tutte quelle cariche assunte in società o succursali estere, anche se esse operano in Italia¹⁰³. Infine, ancora in relazione alla difficoltà di individuazione delle figure aziendali soggette al divieto, come suggerito dall'AGCM¹⁰⁴, l'espressione "analoghe cariche" dell'art. 36, poteva indurre a pensare che la norma riguardasse esclusivamente l'assunzione o l'esercizio della stessa tipologia di carica nell'impresa concorrente¹⁰⁵; al contrario, le Linee Guida hanno precisato che i soggetti interessati non possano rivestire alcuna carica in imprese o gruppi concorrenti. Per quanto riguarda invece il secondo grande interrogativo a cui apre la strada la norma, ossia quello rappresentato dalla difficoltà di identificazione delle categorie di imprese soggette al divieto di *interlocking directorates*, si ravvisa che l'art. 36, riferendosi a "imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari"¹⁰⁶, non compia alcuna distinzione tra la tipologia degli intermediari finanziari. L'approssimazione della norma sembrerebbe quindi colpire la totalità delle aziende, quotate o meno, includendo anche quelle non in grado di assumere rilievo sotto il profilo della tutela della concorrenza. Le Linee Guida sono dunque intervenute chiarendo che, secondo un approccio soggettivo, la norma comprende tutti i soggetti la cui attività sia sottoposta ad autorizzazione e vigilanza ai sensi del TUB, del TUF e del Codice delle Assicurazioni, mentre secondo un approccio oggettivo, il divieto si riferisce al cumulo di cariche tra aziende di dimensioni tali da poter generare considerevoli comportamenti anticoncorrenziali. In seguito alla correzione della normativa è assodato quindi che le entità soggette al divieto di *interlocking directorates* siano:

- Banche.

¹⁰¹ In merito all'esclusione del Vicedirettore Generale ad opera delle Linee Guida, si riscontra più di una perplessità sia in relazione al fatto che i "poteri vicari" di tale carica risultano simili a quelli degli altri funzionari di vertice, sia considerando la previsione del divieto per il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili. Sembra infatti che chi sopperisce al ruolo di Direttore Generale possa influenzare le scelte concorrenziali dell'impresa molto più incisivamente rispetto al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili (A. Martelloni, "Il controllo pubblico sui legami personali tra imprese concorrenti nella recente decretazione anti-crisi").

¹⁰² Sulla base del tenore letterale della norma che si riferisce ai "titolari" delle cariche, non devono essere inclusi nel divieto gli incarichi dei sindaci supplenti, fino a quando essi non comincino ad esercitare effettivamente le funzioni in supplenza.

¹⁰³ La limitazione al mercato geografico nazionale resta ancora un indice di incertezza in quanto implica che gli intermediari finanziari o le imprese operino interamente sul territorio italiano. Risulta tuttavia quantomeno discutibile tale impostazione considerando sia le attuali dimensioni dei *players* internazionali che il progressivo innalzamento del grado di internazionalizzazione delle imprese o gruppi di imprese attraverso operazioni di fusione e acquisizione internazionale. Gli operatori, specialmente quelli finanziari, sono diventati infatti sempre più grandi e complessi e hanno spesso assunto dimensioni globali; ciò nonostante il divieto non si applica né alle cariche assunte in società estere, né alle cariche assunte in succursali di imprese estere operanti in Italia.

¹⁰⁴ L'AGCM, in data 5 gennaio 2012, nella "Segnalazione avente a oggetto Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza", aveva proposto di sopprimere dall'art. 36 il riferimento alle "cariche analoghe".

¹⁰⁵ Ad esempio, si poteva pensare che per l'amministratore della banca A non fosse consentito avere una carica nell'organo gestionale della banca B, ma gli fosse concesso stare nel consiglio di sorveglianza di quest'ultima.

¹⁰⁶ Nella formulazione dell'art. 36 si rileva un'importante differenza con il modello statunitense, in quanto quest'ultimo estende il divieto di *interlocking* a tutte le tipologie di imprese e non solo a quelle annoverabili tra gli intermediari finanziari.

- Compagnie assicurative e di riassicurazione.
- SIM, SGR, SICAV.
- Intermediari finanziari ex Titolo V del Testo unico bancario e relative società capogruppo¹⁰⁷.
- Istituti di pagamento
- IMEL (Istituti di moneta elettronica)
- Poste Italiane SpA (relativamente alla sola attività Bancoposta)
- Cassa Depositi e Prestiti

Risultano invece esonerate dalla prescrizione della normativa le società, anche se comprese nei gruppi/conglomerati, che svolgono servizi accessori o strumentali, quali ad esempio i servizi di *back office*, consulenza, informazione finanziaria, recupero crediti, gestione sinistri ed immobili. Nell'ambito dell'individuazione delle categorie di imprese, la norma tuttavia non si esprimeva riguardo i limiti dimensionali di esse, lasciando intendere, secondo un'interpretazione letterale, che sarebbero state interessate dal divieto tutte le imprese operanti nei suddetti settori a prescindere dalle dimensioni delle singole imprese coinvolte. Le Linee Guida intervengono a mitigare l'eccessiva rigidità della norma prescrivendo che il divieto operi quando anche una sola delle imprese (o gruppi di imprese) in cui il soggetto detiene cariche presenti un fatturato totale, realizzato a livello nazionale, di almeno 47 milioni di Euro. In questo caso per la nozione di fatturato¹⁰⁸ si intende, per le banche e gli altri intermediari finanziari, un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine, mentre per le imprese di assicurazione, il valore dei premi incassati. La soglia ed il relativo metodo di calcolo sono stati identificati sulla base di quanto previsto dall'art. 16 della legge n. 287/90 per la valutazione delle operazioni di concentrazione tra imprese a fini antitrust, con riferimento al fatturato totale realizzato dall'impresa (o gruppo di imprese) di cui è prevista l'acquisizione. L'intervento delle Linee Guida ha indubbiamente avuto effetti positivi in termini di precisione e certezza della norma; si riscontra tuttavia anche un elemento negativo connesso alla decisione di ancorare la soglia dimensionale minima al fatturato nazionale, senza considerare in alcun modo, in ottica concorrenziale, le quote di mercato¹⁰⁹ delle imprese nelle quali un dato soggetto riveste cariche

¹⁰⁷ Per gli intermediari finanziari ex Titolo V TUB, vanno inclusi i soli soggetti autorizzati e vigilati dalla Banca d'Italia, iscritti all'albo previsto dall'articolo 106 TUB e che esercitano attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma; non vanno quindi incluse: le società di microcredito, i confidi ex art. 112 TUB, le fiduciarie, le società che svolgono attività di *servicing* nelle operazioni di cartolarizzazione (Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del D.L. "Salva Italia"-Frequently Asked Questions).

¹⁰⁸ Con riferimento al calcolo del fatturato di un gruppo di imprese non riconducibile al settore bancario, assicurativo o finanziario molti sono i dubbi che sorgono. In particolare, ci si è chiesti come il fatturato debba essere calcolato qualora una SGR sia inserita all'interno di un gruppo industriale, ossia se debba essere calcolato in relazione al gruppo di appartenenza o esclusivamente in capo alla singola SGR.

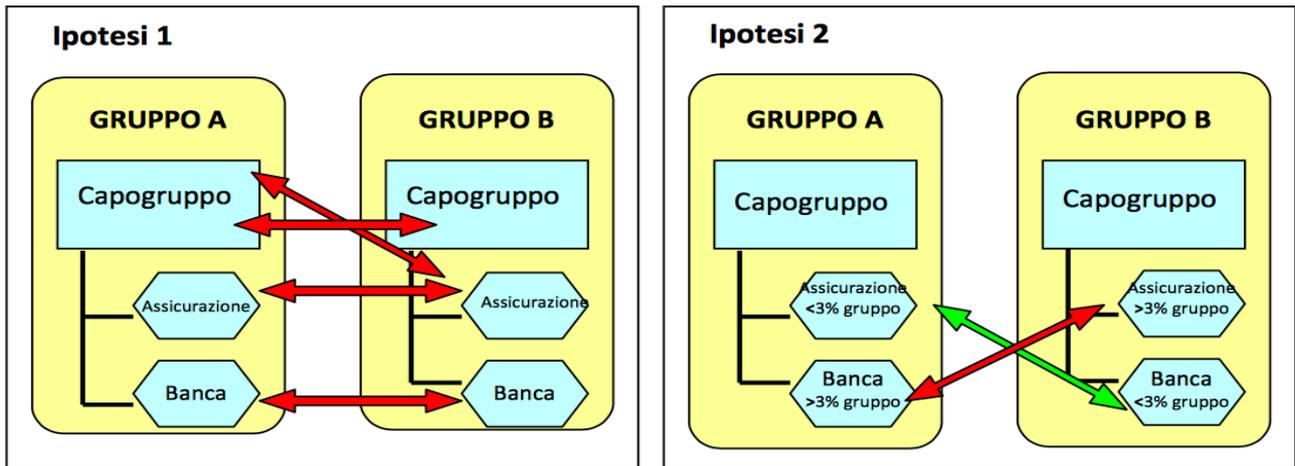
¹⁰⁹ Concedendo ancora spazio ad una nota di diritto comparato in materia, bisogna registrare ancora una volta come, diversamente dalla legislazione nazionale, quella statunitense ancora le soglie dimensionali del divieto di *interlocking directorates* al concetto di quota di mercato dichiarando vietati i legami personali sussistenti tra imprese che complessivamente superano, in un dato mercato di prodotto e geografico, una quota di mercato di almeno il 20%.

incompatibili. Tale scelta potrebbe rivelarsi dettata più dalla volontà di circoscrivere il numero delle imprese coinvolte e quindi la mole di lavoro delle Autorità, che non dalla tendenza a cogliere lo spirito eminentemente antitrust della norma. Ciò risulta evidente se si considera che il limite dimensionale dei 47 milioni di Euro esclude dal campo di applicazione della norma le cariche in ipotesi rivestite in due piccole banche locali che, pur avendo una ridotta dimensione in termini di fatturato, occupano una quota di mercato molto rilevante in una data zona del paese; viceversa, ricadono nel divieto in questione i legami personali esistenti tra due piccole società di leasing che, appartenendo a due grossi gruppi bancari che superano ampiamente la soglia dei 47 milioni di Euro, detengono nel complesso una quota di mercato provinciale di appena il 2%. Nell'ampio dibattito riguardante le difficoltà di interpretazione dell'art. 36, non meno importanza viene assunta dal riferimento nel comma 1 della norma al "gruppo di imprese"; si riscontra infatti come, in prima istanza, con tale espressione si potesse erroneamente pensare al "gruppo societario" di cui all'art. 2359 c.c., al "gruppo bancario" delineato nel Testo Unico Bancario (TUB) o al "gruppo assicurativo" contenuto nel Codice delle Assicurazioni Private (CAP). Anche in questo caso tuttavia le Linee Guida emanate dalle Autorità si sono rivelate preziose per comprendere il carattere problematico della normativa, precisando, in primo luogo, che la nozione di gruppo rilevante ai fini del divieto di *interlocking* fa riferimento a gruppi/conglomerati comprese le relative società controllate¹¹⁰ operanti nei settori finanziari ed alle *holding* di sola partecipazione¹¹¹ che controllano direttamente un gruppo. Ricadono quindi nel divieto:

- a) Il cumulo di cariche tra imprese appartenenti a gruppi diversi, le quali sono direttamente attive in mercati concorrenti, nonché tutti i casi in cui vengano rivestite cariche in una delle società capogruppo (ipotesi 1 nel grafico).
- b) Il cumulo di cariche tra imprese appartenenti a gruppi diversi ma attivi in mercati in concorrenza, le quali operano individualmente in mercati diversi, a condizione che il fatturato a livello nazionale di ciascuna delle imprese considerate sia superiore al 3% del fatturato nazionale del gruppo di appartenenza (ipotesi 2 nel grafico).

¹¹⁰ Per la nozione di controllo si intende quella discendente dal diritto antitrust.

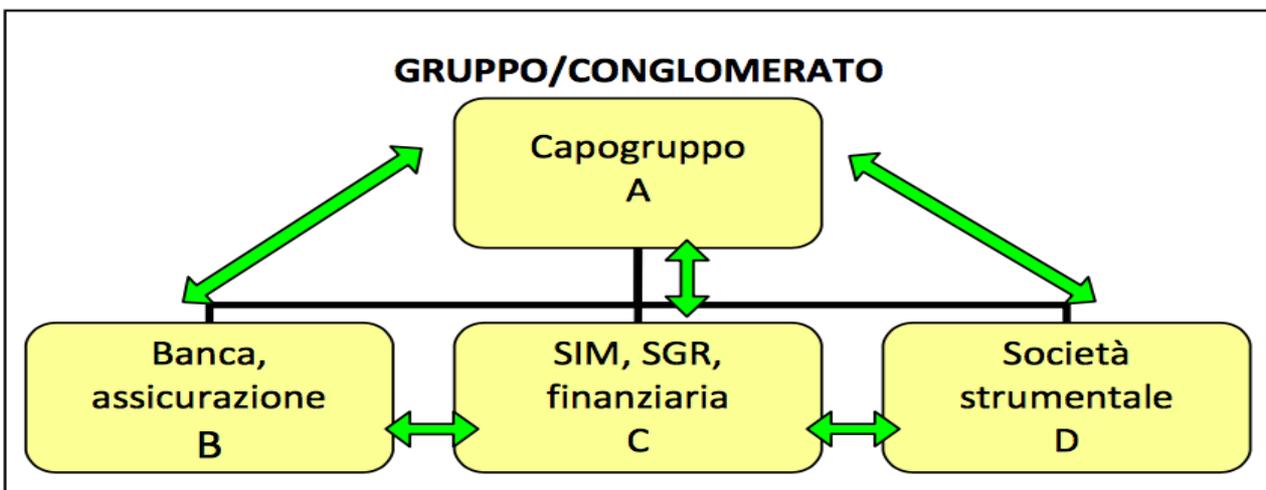
¹¹¹ Per "holding di sola partecipazione" si intendono le imprese la cui unica attività consiste nella detenzione di partecipazioni; non è necessario che le partecipazioni detenute riguardino esclusivamente o prevalentemente il settore bancario, assicurativo o finanziario: è quindi sufficiente che la holding detenga direttamente il controllo anche di una sola impresa operante in questi settori (Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del d.l. "Salva Italia" - Frequently Asked Questions).



Le frecce rosse indicano gli incroci ai quali il divieto si applica. Le frecce verdi indicano i casi in cui il divieto non si applica.

Fonte: Indagine Conoscitiva Ic36

La precisazione fornita dalle Linee Guida ha contribuito a razionalizzare la parola della norma originaria in quanto, un'interpretazione letterale della nozione di gruppi concorrenti avrebbe potuto portare ad un'applicazione del divieto palesemente sproporzionata¹¹² rispetto all'obiettivo di prevenire restrizioni della concorrenza nei mercati del credito, assicurativi e finanziari. Un'ulteriore annotazione in tema di gruppi di imprese è stata formulata riguardo alla superficialità con cui l'art. 36 aveva trattato il "posizionamento intragruppo" delle entità coinvolte. Nell'ottica di escludere dal divieto di *interlocking* le imprese tra cui sussistono rapporti interni secondo la nozione di controllo della disciplina antitrust, il cumulo di cariche assunte all'interno dei gruppi (bancari, assicurativi, finanziari) e dei conglomerati finanziari è in ogni caso escluso dal divieto.



Le frecce verdi indicano gli incroci ai quali il divieto non si applica.

Fonte: Indagine Conoscitiva Ic36

¹¹² Ad esempio, sembrerebbe irragionevole estendere il divieto anche a qualsiasi intreccio tra società appartenenti a due gruppi manifatturieri per il fatto che ciascuno dei due gruppi detiene, a valle, il controllo di una piccola società di leasing.

Tuttavia, ed è qui che si evidenzia il vuoto normativo sia del Decreto Salva Italia che delle Linee Guida, risulterebbe passibile di divieto l'amministratore di una società di leasing (Alfa) appartenente al gruppo A, che siede anche nel consiglio di amministrazione di una Sim (Beta) appartenente al gruppo B, qualora quest'ultimo fosse attivo, mediante altra società (Gamma), anche nel mercato del leasing. Tale fattispecie, che sebbene il suo articolato profilo, si presenta molto frequentemente nel mercato finanziario nazionale, verrebbe sanzionata secondo il divieto di *interlocking directorates* nonostante non si ravvisi come la carica rivestita nella società Alfa possa arrecare danno concreto concorrenziale verso la società Gamma. In ordine ai restanti profili di criticità generati dall'art. 36 e non rettificati dalle Linee Guida, essi, pur risultando meno rilevanti rispetto a quelli sopra citati, riguarderebbero in primo luogo l'assenza della possibilità di esonerare dall'applicazione i legami personali che comportano vantaggi per le imprese senza incidere sulla concorrenza¹¹³. In secondo luogo, è saltato all'occhio come la normativa fosse limitata ai soli mercati del credito, assicurativo e finanziario non considerando l'eventualità in cui il pregiudizio alla concorrenza del cumulo di cariche potesse derivare da qualunque altro mercato in cui operano le imprese odierne, caratterizzate da un alto grado di diversificazione delle proprie attività. Corre inoltre l'obbligo di mettere in evidenza la possibilità di "aggirare" la norma attraverso la sostituzione, in una delle due o più cariche rilevanti, dell'amministratore o del direttore generale con un vice direttore generale o altro top manager non sanzionabile.

L'attività svolta a livello congiunto da Banca d'Italia, CONSOB, Isvap ed AGCM ha contribuito quindi a rendere meno oscuri i confini del divieto di *interlocking directorates* tracciati dall'art. 36 del Decreto Salva Italia; è innegabile però che esse abbiano talvolta travalicato i confini attribuiti alla propria autorità spingendosi oltre i limiti della mera interpretazione. Tale considerazione rappresenta un'ulteriore fonte di dibattito e sembra essere valida in relazione al fatto che la lettera del comma 2-bis dell'art. 36, contrariamente a quanto si sarebbe potuto prevedere, non attribuisce né all'AGCM né alle altre Autorità il compito di completare il contenuto della norma, bensì dispone esclusivamente, nella parte finale, che la decadenza dell'esponente aziendale sanzionato vada dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore. Pertanto, il sopra citato complesso regime di esenzioni relativo alle soglie dimensionali ed ai rapporti tra gruppi di imprese, potrebbe risultare arbitrario e privo di fondamento giuridico¹¹⁴, ed inoltre, di riflesso, le Linee Guida potrebbero rappresentare solo un documento

¹¹³ Il caso in esame è rappresentato ad esempio dai vantaggi in termini di efficienza e competitività per un'impresa derivanti dalla condivisione di un manager di grande esperienza. Tale mancanza viene colmata solo in parte dalle Linee Guida affermando che il divieto non si applica tra le cariche detenute nell'impresa comune, risultante dalla joint venture, e quelle detenute nelle società strumentali che vi partecipano.

¹¹⁴ Nel merito F. Ghezzi si interroga: "a che titolo e con quale fondamento giuridico esse possano dichiarare di non intendere esercitare il loro potere/dovere di intervento in situazioni nelle quali la legge stabilisce invece l'obbligo per l'Autorità di vigilanza di settore di dichiarare la decadenza" (F. Ghezzi, "La nuova disciplina dei legami personali in Italia", 2016).

interpretativo in quanto non autorizzato dalla norma primaria. L'unico rimedio sembrerebbe costituito da un nuovo intervento legislativo¹¹⁵ che, nell'introdurre nuovi principi di base, delegasse alle Autorità di vigilanza il compito di disciplinare i casi ordinari o straordinari¹¹⁶ di esenzione o di deroga al divieto.

3.5 Profili applicativi del divieto di interlocking directorates.

Venendo ad analizzare in dettaglio i profili applicativi della norma, introdotti in sede di conversione del D.L. "Salva Italia" ad opera della legge 214/2011, la seconda parte dell'articolo 36 (commi 2-bis e 2-ter), introdotta solo in un secondo momento, detta le principali regole di procedura per l'applicazione della disciplina. In base al comma 2-bis, i titolari di cariche tra loro incompatibili possono optare per una di esse entro il termine di 90 giorni dalla nomina, dopo il quale decadono dall'insieme delle cariche oggetto di divieto. La decadenza viene dichiarata dagli organi competenti degli organismi interessati entro i trenta giorni successivi alla scadenza del termine o al momento in cui vengano a conoscenza dell'inosservanza del divieto. In caso di inerzia di quest'ultimi è inoltre previsto che la decadenza venga dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente¹¹⁷. Il divieto trova applicazione non solo nei confronti degli esponenti aziendali di nuova nomina, ma anche nei confronti di quelli già in carica alla data di entrata in vigore del Decreto Crescita. Dunque, il comma 2-ter dell'art. 36 dispone che, in sede di prima applicazione del divieto, il termine per esercitare l'opzione sia di 120 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

I profili applicativi della norma, vennero in seguito completati dalle Linee Guida con l'obiettivo di precisarne i contenuti ed eliminare le perplessità riguardo la sua applicazione a livello pratico; esse sanciscono infatti, in via preliminare, le modalità di accertamento e dichiarazione di decadenza. In primo luogo, si afferma che spetta al soggetto interessato ed agli organi aziendali il compito di valutare ciascuna carica sospetta al fine di verificare la sussistenza o meno del divieto di *interlocking*. A tale proposito, per ogni nuova nomina, i soggetti titolari di cariche che ricadono nel campo di applicazione dell'art. 36 sono tenuti a comunicare, entro 90 giorni, l'opzione esercitata agli organi societari competenti per l'accertamento dei requisiti; in caso di mancato esercizio dell'opzione il soggetto deve segnalare l'elenco delle cariche rivestite presso altri intermediari dichiarando inoltre che le cariche detenute non diano luogo a ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 36. L'organo competente, entro 30 giorni, decide in merito alla sussistenza del divieto dichiarando o meno la

¹¹⁵ L'auspicato intervento sembra ricordare il "*Depository Institutions Management Interlocks Act*" del 1977.

¹¹⁶ Si consideri, ad esempio, la possibilità di concedere esenzioni dal divieto per imprese bancarie o finanziarie in temporaneo stato di crisi che gioverebbero molto dall'ottimizzazione delle risorse derivante dalla condivisione di una carica di governo o controllo della società.

¹¹⁷ Pertanto, la Banca d'Italia per le Banche, le Sicav e le SGR, l'Isvap per le compagnie di assicurazione e la Consob per le SIM.

decadenza del soggetto dalla carica in questione; dovrà inoltre trasmettere una copia del verbale della riunione all’Autorità di settore ed all’AGCM¹¹⁸, le quali possono chiedere all’impresa concorrente la documentazione in esame ed ogni altra informazione utile per verificare la sussistenza del divieto. Le Linee Guida prevedono, in ultima istanza, che, in caso di inerzia dell’organo aziendale competente, la decadenza sia pronunciata direttamente dall’Autorità di settore competente, ossia quella che ha rilasciato all’intermediario l’autorizzazione all’esercizio dell’attività¹¹⁹. Infine, per quanto riguarda le situazioni di concorrenza sopravvenuta¹²⁰, ossia quando il livello di fatturato delle imprese superi le soglie dimensionali successivamente alla nomina dell’esponente *interlocked* o le imprese si trovano ad operare nello stesso settore merceologico o geografico a seguito di una successiva operazione di espansione commerciale, la valutazione sull’applicazione o meno del divieto di *interlocking* dovrà essere effettuata dai competenti organi aziendali con cadenza annuale sulla base dei dati risultanti dell’ultimo bilancio¹²¹. A titolo di integrazione, il documento “Frequently Asked Questions”, correlato alle Linee Guida, precisa che, qualora un soggetto che detenga posizioni in violazione del divieto venga rinominato nelle stesse cariche, il termine per l’esercizio dell’opzione non riprenda a decorrere dal momento della nuova nomina, ma dalla data dell’originaria incompatibilità; nel caso in cui invece venga rinominato in una carica diversa da quella iniziale, ma ugualmente passibile di divieto, la data di decorrenza del termine per l’esercizio dell’opzione resta in ogni caso quella originaria.

3.5.1 “Protocollo d’intesa per il coordinamento tra Banca d’Italia, CONSOB, Isvap e AGCM ai fini dell’applicazione dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”.

Dopo l’emanazione delle Linee Guida, le medesime Autorità avevano ravvisato la necessità di precisare ulteriormente i criteri di coordinamento operativo e procedurale per l’applicazione del divieto di *interlocking directotares*. Pertanto, hanno definito, in data 14 giugno 2012, nel “Protocollo d’intesa per il coordinamento tra Banca d’Italia, CONSOB, Isvap e AGCM ai fini dell’applicazione dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”, di seguito “Protocollo”, le modalità con cui dichiarare la decadenza in caso di inerzia da parte degli organi competenti degli organismi interessati, con particolare riguardo

¹¹⁸ Il verbale viene trasmesso all’AGCM qualora la delibera contenga valutazioni attinenti ai mercati del prodotto e geografici o alla sussistenza di situazioni di controllo ai sensi della disciplina antitrust.

¹¹⁹ In caso di cumulo di cariche detenute da esponenti di banche, intermediari finanziari, SGR e SICAV la decadenza sarà pronunciata dalla Banca d’Italia, per gli esponenti di SIM dalla Consob ed infine per esponenti di imprese di assicurazione dall’Isvap.

¹²⁰ La fattispecie di concorrenza sopravvenuta è assimilabile al recente caso di due legami personali incrociati tra i colossi Google e Apple; le due imprese infatti, che inizialmente non erano concorrenti orizzontali, lo sono diventati a causa dello sviluppo delle loro attività in particolare nei mercati dei sistemi operativi e dei software per la telefonia mobile. Pertanto, la FTC è intervenuta facendo pressione sulle due società e sugli amministratori coinvolti, ottenendo le dimissioni quasi immediate dalle cariche contestate (R. Santagata, “*I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato*”).

¹²¹ Per le imprese appartenenti a gruppi occorre la redazione di bilancio consolidato.

ai casi in cui il cumulo di cariche sia di competenza di più Autorità ed al nodo riguardo le attribuzioni e la collaborazione dell'AGCM.

Il Protocollo, al fine di agevolare la circolazione di informazioni attendibili tra le Autorità di vigilanza, prevede innanzitutto, nell'art. 3, che quest'ultime si scambino dati omogenei ed aggiornati, con cadenza trimestrale, riguardo:

- a) I dati sui titolari di cariche e sui funzionari di vertice delle imprese poste sotto il proprio controllo.
- b) I dati sulla composizione dei gruppi, nonché sull'ammontare dei relativi fatturati.

Al momento della ricezione da parte dell'Autorità della documentazione riguardo la possibile sussistenza di una carica soggetta al divieto di *interlocking*, essa ha il dovere di informare prontamente le altre Autorità eventualmente competenti, confrontandosi reciprocamente sull'esistenza o meno dell'illiceità del cumulo di cariche (art. 4). Per quanto concerne invece la dichiarazione di decadenza, l'art. 5 del Protocollo, afferma che, una volta verificata la regolarità dei presupposti, le Autorità di vigilanza avviano il procedimento amministrativo di decadenza di propria competenza entro il termine di 120 giorni, decorrente dalla data in cui abbiano ricevuto la documentazione; esso deve concludersi entro i successivi 60 giorni e, durante il suo svolgimento, le Autorità si riservano la facoltà di richiedere informazioni o documenti alle imprese coinvolte (art. 6). Venendo dunque al ruolo dell'AGCM, il Protocollo specifica preventivamente, nell'art. 1, che essa non rientri nel novero delle Autorità di vigilanza, le quali risultano essere esclusivamente la Banca d'Italia, la CONSOB e l'Isvap. Dall'interpretazione della norma quindi, a differenza da quanto ci si potesse aspettare, nessun ruolo operativo o di vigilanza viene attribuito all'Autorità antitrust. L'art. 7 del Protocollo conferisce infatti all'AGCM solamente compiti di collaborazione affermando che *“le Autorità di vigilanza possono consultare l'AGCM qualora nel corso dell'attività procedimentale si renda necessario effettuare una valutazione in merito ai mercati del prodotto o geografici ovvero alla sussistenza di situazioni di controllo ai sensi della disciplina antitrust”*. Il comma 2 dello stesso articolo prescrive inoltre che l'AGCM eserciti il suo potere consultivo attraverso la formulazione di pareri entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta o, alternativamente, mediante appositi incontri e scambi di informazioni per l'analisi di fattispecie di particolare complessità (art. 13).

Il Protocollo definisce infine, nell'art. 8, i casi in cui il termine di conclusione del procedimento venga sospeso:

- a) Nel caso di richiesta di informazioni o documenti alle imprese interessate, il procedimento è sospeso fino alla data della ricezione di tali dati.
- b) Nel caso di richiesta di parere all'AGCM, il procedimento di decadenza è sospeso fino alla sua ricezione.

c) Nel caso in cui una delle Autorità di vigilanza sospenda il procedimento per motivi previsti dalla propria disciplina interna.

Dopo aver esposto i profili applicativi del divieto di *interlocking directorates*, ai fini di una sua valutazione complessiva, bisogna sottolineare che, come per quanto affermato riguardo le Linee Guida, anche in questo caso il Protocollo non ha risolto tutti gli elementi di criticità della norma. A tale proposito, il ruolo marginale attribuito all'AGCM appare, a dire il vero, poco coerente con l'impianto generale delle attribuzioni in materia nel settore bancario e finanziario¹²². Peraltro, ben più rilevante sembra essere l'insufficiente livello di *enforcement* delle Autorità di vigilanza a causa della mancata previsione di un regime sanzionatorio in caso di mancata declaratoria di decadenza da parte degli organi aziendali preposti o nel caso in cui il soggetto interessato muti la propria qualifica aziendale o si dimetta da uno degli incarichi con l'obiettivo di eludere il divieto.

3.5.2 “Dichiarazione di decadenza ai sensi dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”.

In seguito all’emanazione del Protocollo, la Banca d’Italia ha diffuso, in data 22 giugno 2012, un documento, noto come “Dichiarazione di decadenza ai sensi dell’art. 36 del D.L. Salva Italia”, di seguito “Dichiarazione”, nel quale, in conformità con le soluzioni individuate nel Protocollo, disciplina il procedimento amministrativo di decadenza dalle cariche detenute in violazione del divieto di *interlocking directorates* di competenza esclusiva della Banca d'Italia.

Nella Dichiarazione si afferma appunto che il procedimento debba essere avviato entro 120 giorni dalla ricezione del verbale dall’organo aziendale competente, ossia dal momento dell’accertamento riguardo l’eventuale sussistenza di una carica incompatibile. Viene tuttavia precisato che, nei casi in cui la decadenza debba essere pronunciata da più di una Autorità di vigilanza, il suo avvio è disposto dopo il coordinamento con quest’ultime, in accordo con quanto prescritto nel Protocollo. Il termine per la conclusione del procedimento è di 60 giorni dalla data di apertura, decorrente dalla sua comunicazione ai soggetti interessati¹²³; come inoltre previsto nel Protocollo, in sede di prima applicazione i termini di avvio e di conclusione del procedimento sono fissati, rispettivamente, a 150 e 90 giorni. La Dichiarazione sancisce infine che, pur rimanendo valide le ipotesi di sospensione

¹²² Si ricorderà infatti come, sebbene il potere di vigilanza sul rispetto della normativa antitrust da parte delle banche fosse stato inizialmente attribuito alla Banca d’Italia dalla legge 287/1990, la legge n.262/2005, c.d. “Legge sulla tutela del risparmio”, introducendo il modello di vigilanza funzionale, aveva eliminato tale anomalia attribuendo all’AGCM la competenza a vigilare sul rispetto della normativa antitrust anche nel settore bancario. Sarebbe dunque apparso maggiormente coerente coinvolgere l’AGCM, piuttosto che le singole Autorità di settore.

¹²³ Viene precisato che i soggetti interessati hanno la possibilità di presentare memorie scritte e documenti entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

previste dal regolamento interno della Banca d'Italia¹²⁴, il procedimento di decadenza può essere sospeso:

- a) Nel caso di richiesta di informazioni o documenti ai soggetti interessati.
- b) Nel caso in cui sia necessario richiedere il parere dell'AGCM riguardo la valutazione relativa ai mercati del prodotto o geografici o alla sussistenza di situazioni di controllo ai sensi della disciplina antitrust.
- c) Nel caso in cui la decadenza debba essere pronunciata da più di una Autorità, ed una di esse abbia sospeso il proprio procedimento per cause previste dalla rispettiva disciplina interna.

3.6 La rilevanza concorrenziale del divieto di interlocking directorates.

La condivisione dei membri dei consigli di amministrazione o degli organi di controllo tra imprese concorrenti rappresenta una caratteristica rilevante dei sistemi di *corporate governance* degli intermediari finanziari. La recente regolamentazione del fenomeno dell'*interlocking directorates* risulta inoltre giustificata dalla finalità di tipo antitrust della disposizione; essa può essere facilmente dedotta sia dalla rubrica dell'articolo 36 "Tutela della concorrenza e partecipazioni personali incrociate nei mercati del credito e finanziari" sia dall'intestazione del Titolo IV del Decreto Salva Italia "Disposizioni per la promozione e la tutela della concorrenza". La *ratio* della norma è dunque quella di evitare che il cumulo di cariche possa dar luogo comportamenti anticoncorrenziali che indeboliscano la competitività tra le imprese. Il primo effetto lesivo della concorrenza è infatti la possibilità per le entità coinvolte, attraverso la condivisione degli amministratori, di colludere per influire sul funzionamento del mercato e sulla formazione dei prezzi. Attraverso l'aumento della comunicazione tra organi di governo e la condivisione di piani strategici, le imprese sarebbero in tal modo in grado di stabilire accordi collusivi che limitino la propria competitività sui mercati¹²⁵ ed inducano i soggetti interni ad esse a promuovere un equilibrio di non belligeranza, favorendo l'assunzione di decisioni che affievoliscono anziché rinvigorire la concorrenza nei mercati finanziari¹²⁶. L'attuazione di simili accordi risulta possibile attraverso lo scambio orizzontale di informazioni sensibili ad opera di esponenti aziendali che partecipano alla vita sociale di entrambe;

¹²⁴ Si fa riferimento al regolamento emanato in data 25 giugno 2008 contenente l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia bancaria e finanziaria.

¹²⁵ Analizzando, a livello descrittivo, la rete di legami tra imprese dell'industria assicurativa incluse nell'albo dell'ANIA, si riscontra l'effetto anticompetitivo del fenomeno dell'*interlocking directorates* evidenziando come la quota di mercato delle assicurazioni sia positivamente e significativamente correlata con un indice di capacità collusiva, ottenuto attraverso un'analisi delle componenti principali su una serie di misure centralità della compagnia assicurativa all'interno della rete. Il numero delle componenti (ossia di gruppi di imprese tra loro legate da uno o più amministratori) è pari a 51; la componente più numerosa include 109 compagnie assicurative e l'indice di frammentazione medio (il rapporto tra componenti e compagnie considerate) pari a 0.27.

¹²⁶ V. Falce, "Cumulo di cariche nel settore finanziario. Verso un'interpretazione concorrenziale".

tale comportamento contribuisce ad allentare la tensione tra *competitors interlocked* attraverso l'adozione di strategie commerciali meno aggressive o di pratiche concordate riconducibili alla fattispecie di diritto antitrust delle intese restrittive della concorrenza. In entrambi i casi, le imprese concorrenti conseguirebbero un equilibrio stabile nel mercato di riferimento (cd. *strong mediated equilibrium*) che, inevitabilmente, si risolverebbe in un pregiudizio per la concorrenza di settore, ma soprattutto per le aziende stesse, le quali denoterebbero una minore capacità di attirare capitali e di adottare le soluzioni produttive più efficienti. La grande rete di legami personali rappresenta inoltre una modalità altamente funzionale per acquisire il controllo di quelle risorse di altre imprese, operanti nello stesso ramo merceologico, che vengono considerate centrali ai fini del mantenimento o dell'espansione della propria attività e per monitorare le strategie imprenditoriali del diretto concorrente. Tali teorie, denominate della dipendenza e dell'infiltrazione, sono utilizzate per analizzare, in particolare, i legami personali tra banche e società non finanziarie. Nel merito, molto spesso le imprese, specialmente se in fase di crescita o se molto indebitate, tendono a stabilire stretti rapporti con istituzioni bancarie tramite l'inserimento di un proprio rappresentante all'interno di una di esse per garantirsi un flusso costante di risorse finanziarie a costi più vantaggiosi. Allo stesso tempo, le banche, partecipando agli organi di controllo e governo delle imprese dei propri creditori, possono svolgere un'efficace azione di selezione e supervisione, con particolare attenzione alla gestione del patrimonio finanziario dell'impresa, in ottica della riduzione del rischio di credito connesso alla solvibilità dell'azienda ed al relativo costo del capitale¹²⁷. Per quanto concerne la struttura degli assetti proprietari di controllo delle aziende caratterizzate da numerosi legami personali, si ravvisa il rischio concreto di rafforzare la posizione di azionisti che detengono partecipazioni azionarie e ruoli di governo in più di un'impresa concorrente; è stato infatti rilevato come, all'aumentare del numero di *interlocking directorates*, le imprese coinvolte avrebbero un interesse sempre meno significativo ad attuare una politica di prezzi concorrenziali, in quanto il rischio che i propri clienti possano rivolgersi ad operatori concorrenti verrebbe attenuato proprio in virtù della partecipazione al capitale di quest'ultimi. Sotto l'aspetto aziendalistico infine, la presenza di amministratori e manager, contraddistinti da legami personali con i rispettivi *competitors*, potrebbe influenzare negativamente la propria attitudine all'efficienza ed alla produttività a causa nell'eccessivo numero di impieghi, spingendoli ad effettuare decisioni condizionate che non massimizzano gli interessi delle singole imprese coinvolte¹²⁸. Il cumulo di cariche in più organi

¹²⁷ Tale profilo assume particolare rilevanza soprattutto per le imprese in crisi e nel caso di accordi di ristrutturazione o di concordati preventivi i cui contenuti conducano all'esercizio di un'influenza dominante, o addirittura di un'attività di direzione e coordinamento, da parte della banca finanziatrice sull'impresa finanziata (R. Santagata, "I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato").

¹²⁸ Nel merito l'AGCM, nel provvedimento, in data 12 aprile 2007, contenuto nel Bollettino 13/2007, contro Banche Popolari Unite/Banca Lombarda e Piemontese (UBI Banca), si è espressa in questi termini "il cumulo di incarichi appare

amministrativi potrebbe non essere utilizzato diligentemente in ottica dello sviluppo aziendale, bensì per aumentare indebitamente le possibilità di carriera, nella ricerca di una prospettiva personale di guadagno sempre più elevata. In linea con tale interpretazione, si rileva come la probabilità che tra due imprese si instauri un legame reciproco attraverso i propri *Chief Executive Officers* (CFO) si riduca al crescere della frazione di remunerazione legata al possesso di *stock options* della società ed all'aumentare della frequenza e della durata delle riunioni che i consigli delle due aziende effettuano in media in un anno¹²⁹.

La stringente regolamentazione del fenomeno dell'*interlocking* non deve tuttavia far pensare ad una fattispecie totalmente negativa per la disciplina antitrust; è infatti indubbio come un'oculata applicazione della fattispecie nella realtà aziendale possa condurre addirittura ad un modello organizzativo virtuoso dimostrando la presenza di alcuni effetti positivi per il mercato, come ad esempio possibili vantaggi per i consumatori in termini di condizioni di prezzo. Oltre infatti a porsi come meccanismo di rafforzamento delle alleanze sinergiche tra imprese all'insegna della *social embeddedness*, la condivisione di esponenti aziendali di qualità, testimoniata dai precedenti successi ottenuti, favorisce un'intensa circolazione delle capacità manageriali denotando evidenti vantaggi in termini di sviluppo¹³⁰. Lo scambio di informazioni societarie rilevanti può inoltre, sotto una diversa prospettiva, essere interpretato in senso positivo per le imprese, in quanto, specialmente in un contesto di mercato verticale, contribuisce a ridurre le asimmetrie informative di settore e, a livello teorico, costituisce uno degli elementi fondamentali del modello di concorrenza perfetta¹³¹.

3.7 L'indagine conoscitiva ic36: la composizione del mercato nazionale.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva manifestato, da ben prima dell'emanazione del Decreto Salva Italia, la necessità di un intervento legislativo in merito al fenomeno dell'*interlocking directorates* in seguito alla valutazione di alcune importanti

di rilievo nell'analisi dei potenziali effetti restrittivi della concorrenza in considerazione del fatto che i soggetti aventi tali incarichi non possono, agendo nell'interesse degli azionisti dai quali hanno ricevuto i diversi mandati, non tener conto dell'intero set informativo a loro disposizione nel momento in cui operano nei vari organi di gestione e controllo. Alternativamente, ed in contraddizione con quanto sopra affermato, si dovrebbe presumere che tali soggetti agiscano volontariamente in maniera sub-ottimale per gli azionisti che rappresentano. La situazione appena descritta dà quindi la ragionevole certezza agli azionisti di entrambe che egli, agendo nel correttamente nell'interesse di cui sono portatori: i) opererà perseguendo l'obiettivo di massimizzare i profitti di ogni banca, ma godendo di un insieme informativo, legittimamente acquisito nei vari ruoli assunti, che attenua quel margine di incertezza tipico dell'agire tra concorrenti; ii) individuerà le soluzioni che evitino di avvantaggiare una banca penalizzando l'altra".

¹²⁹ Fich-White, "CEO Compensation and Turnover: the Effects on Mutually Interlocked Boards".

¹³⁰ La presenza di un amministratore di un'istituzione finanziaria di grandi dimensioni nel *board* di una start-up o di un'impresa in temporanea crisi potrebbe, con la sua competenza ed esperienza, contribuire ad aumentare la capacità di competere dell'impresa interessata dal legame personale senza con ciò incidere in modo negativo sulla concorrenza (R. Santagata, "I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato").

¹³¹ Secondo tale interpretazione, la cooperazione informativa tra le imprese apparirebbe addirittura come una pratica filoconcorrenziale e dunque efficiente (R. Santagata, "I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato").

concentrazioni bancarie¹³² in virtù della concessione del potere di vigilanza sul settore ad opera della legge n. 262/2005. A tale proposito, l'AGCM, in data 27 giugno 2007, con pubblicazione nel Bollettino n. 25/2007, avviò un'indagine conoscitiva denominata IC36 e recante *“La corporate governance di banche e compagnie di assicurazioni”*, ai sensi dell'art. 12 c.2 della legge 287/1990¹³³. Essa è articolata in 6 capitoli, e si propone di ricostruire un quadro dei rapporti concorrenziali nella *corporate governance* degli intermediari finanziari attivi in Italia, ponendo la sua attenzione su quei fenomeni, anche di origine regolamentare, inerenti all'assetto del governo societario delle imprese ed in grado facilitare il raggiungimento di equilibri non concorrenziali nei mercati. Tra i fenomeni trattati, ai fini del presente elaborato, assume particolare rilievo quello dell'*interlocking directorates* il quale, in ordine alla sua crescente diffusione nelle imprese italiane, viene riconosciuto come potenziale causa patologica per le condizioni dei mercati finanziari a causa della sua influenza negativa sull'efficienza produttiva e sul trasferimento dei conseguenti benefici ai consumatori. L'Autorità ha infatti sintetizzato i rischi competitivi derivanti dal fenomeno dell'*interlocking directorates* affermando che: *“...la presenza di legami strutturali e personali tra operatori può incidere sulla struttura competitiva del mercato, determinando un potenziale e rilevante affievolimento della tensione competitiva. Ciò assume ancora più rilevanza con riferimento al contesto italiano e nell'attuale fase di aggregazione degli operatori, fase che può portare ad effetti concorrenziali positivi, soltanto se inserita in una struttura di mercato nella quale gli incentivi a competere degli operatori coinvolti nella concentrazione sono pienamente operativi”*.¹³⁴ Pertanto, anche in virtù della natura *“bancocentrica”*¹³⁵ dell'economia italiana, nel terzo capitolo dell'indagine, viene analizzata la fitta rete di legami personali incrociati all'interno degli organi di governo e controllo degli intermediari finanziari attivi sul territorio nazionale, denotando come la scarsa attenzione per il fenomeno ne abbia permesso un'ampia diffusione. Nel merito, all'interno dell'indagine si è ravvisato come le principali banche in forma di società per azioni, credito cooperativo e popolare, non possedessero, con le dovute eccezioni, disposizioni statutarie adeguate

¹³² Si vedano i provvedimenti contenuti nel Bollettino AGCM n. 18/2008 (Monte dei Paschi di Siena/Banca Antonveneta), Bollettino AGCM n. 33/2007 (Unicredito/Capitalia), Bollettino AGCM n. 13/2007 (Banche Popolari Riunite/Banca Lombarda e Piemontese (UBI Banca) e Bollettino AGCM n. 49/2006 (Banca Intesa/San Paolo).

¹³³ Ai sensi di tale articolo, l'Autorità può procedere a indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi od altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata.

¹³⁴ Bollettino 13/2007, Banche Popolari Unite/Banca Lombarda e Piemontese.

¹³⁵ Le banche assumono un ruolo chiave nell'economia nazionale svolgendo la funzione di raccolta del risparmio e veicolando il flusso di risparmio verso le attività produttive; ciò appare vero con riferimento all'Italia, un paese caratterizzato da un sistema finanziario improntato su un elevato ricorso all'indebitamento bancario, piuttosto che al mercato dei capitali, come forma di finanziamento necessario allo svolgimento di una determinata attività economica. Inoltre, il corretto funzionamento dei mercati finanziari si regge principalmente sulla *“fiducia”* nella correttezza dei comportamenti degli intermediari e sulla solidità degli stessi. Tale rapporto è di fondamentale importanza, in considerazione al fatto che, sistemi di *governance* non adeguati e poco trasparenti compromettono la fiducia negli intermediari e si ripercuotono negativamente sul funzionamento dei mercati finanziari.

in materia di legami personali tra imprese concorrenti. A tale proposito, se gli statuti di importanti istituti come Unicredit e Deutsche Bank si limitassero a segnalare genericamente il divieto di concorrenza previsto dall'art. 2390 c.c., casi come quelli di Monte dei Paschi di Siena¹³⁶ e Intesa San Paolo¹³⁷ rappresentano invece esempi di statuti contenenti disposizioni *ad hoc* finalizzate ad impedire il cumulo di cariche in imprese concorrenti per gli esponenti aziendali di maggior rilievo.

Per quanto concerne la modalità con la quale l'indagine è stata condotta, bisogna sottolineare innanzitutto come l'oggetto sia stato analizzato sotto una triplice prospettiva, che riguarda, in primo luogo, l'inquadramento normativo degli aspetti di maggior rilievo, seguito da un'analisi quantitativa delle evidenze empiriche raccolte, per giungere a possibili spunti di riflessione che potranno trovare recepimento nelle sedi e con gli strumenti opportuni, in cooperazione con le istituzioni.

3.7.1 Analisi quantitativa dei legami personali negli intermediari finanziari italiani.

Il campione analizzato ai fini dell'indagine costituisce una quota significativa dei mercati degli intermediari finanziari componendosi di 145 società attive in Italia di natura bancaria (83 banche¹³⁸), assicurativa (41 compagnie di assicurazione) e società di gestione del risparmio (20 SGR¹³⁹). Nel tentativo di fotografare quanto più fedelmente la situazione dei rispettivi mercati, il campione rappresenta infatti circa il 65,2% degli sportelli bancari presenti in Italia, il 61,2% dei premi rami vita e il 51,6% circa dei premi rami danni in ambito assicurativo ed infine il 60,5% del patrimonio netto investito da SGR in OICR aperti di diritto italiano e estero. In termini di totale attivo, all'interno del campione, le banche rappresentano circa l'80% di esso, le compagnie di assicurazione il 19,6% e le altre società il rimanente 0,4%. Tuttavia, è doveroso precisare che i soggetti rilevanti in senso antitrust presenti nel *panel* siano 83, risultanti dalla somma dei 34 gruppi di imprese, di cui 23 bancari e 7 assicurativi, e delle 49 società indipendenti. Quanto agli strumenti di raccolta dei dati necessari,

¹³⁶ Il gruppo MPS, in occasione dell'assemblea straordinaria del 4-5 dicembre 2008 introdusse nel suo statuto il divieto di cumuli di incarichi con riferimento ai membri del collegio sindacale secondo quanto segue: "*i sindaci non possono ricoprire cariche in altre banche diverse da quelle facenti parte del Gruppo Bancario Monte dei Paschi di Siena e da quelle nelle quali si configura una situazione di controllo congiunto*" (art. 26 comma 5 statuto). Inoltre, MPS ha recentemente approvato una modifica statutaria che introduce, per i membri del Consiglio di Amministrazione, un divieto, a pena di decadenza, in merito a cumuli di incarichi in altre banche.

¹³⁷ Gli artt. 13 e seguenti dello statuto di Intesa Sanpaolo contengono disposizioni specifiche in tema di *interlocking directorates*: "*Salvo che consti specifica approvazione ad personam assunta dal Consiglio di Sorveglianza [...] non possono essere nominati alla carica, e se nominati decadono, coloro che siano o divengano membri di organi di amministrazione, direzione o controllo o dipendenti di gruppi concorrenti o comunque di altre banche o società controllanti o controllate dalle stesse*".

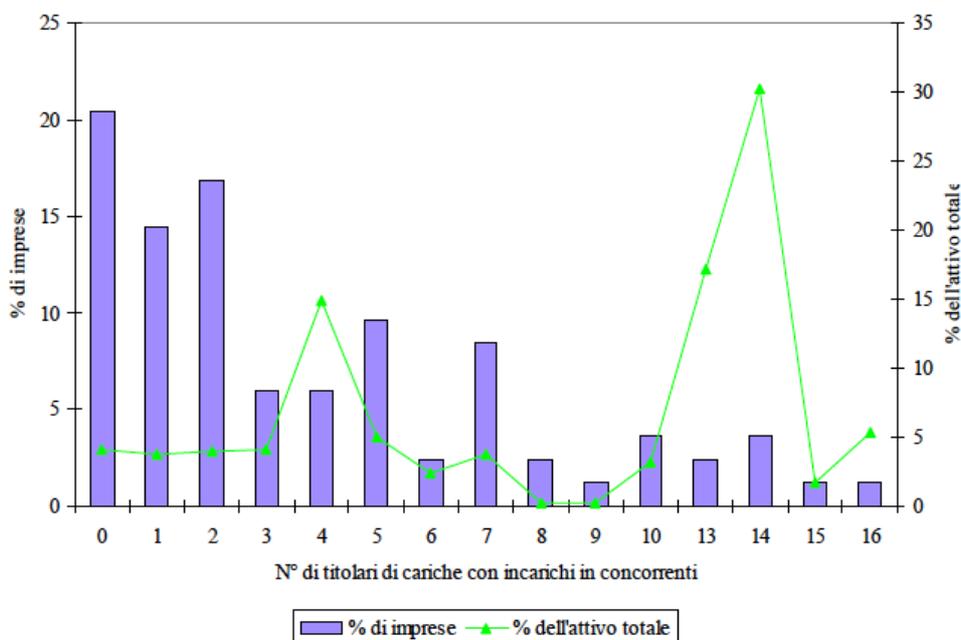
¹³⁸ Sono state considerate banche indipendenti o appartenenti a gruppi bancari con più di 50 sportelli. Al campione sono state aggiunte alcune banche e/o società finanziarie quotate e le holding di controllo di alcune società ed invece sono state escluse le società facenti capo a Poste Italiane.

¹³⁹ Sono state considerate tutte le SGR attive in Italia nella promozione di fondi comuni d'investimento con quota di patrimonio netto superiore all'1% del totale nazionale ed i soggetti in posizione di controllo di queste ultime.

l'AGCM si è servita sia di quelli forniti da Infocamere¹⁴⁰, ma prevalentemente della collaborazione istituzionale con la CONSOB, ottenuta ai sensi della legge 262/2005, riguardo la composizione azionaria e degli organi sociali della quasi totalità delle banche, compagnie di assicurazione e SGR quotate su Borsa Italiana.

Venendo quindi ai risultati dell'indagine riguardo ai legami personali tra gli intermediari presenti nel campione, nonostante il fenomeno possa risultare sottostimato¹⁴¹, è possibile constatare come essi caratterizzino in maniera estremamente pervasiva la realtà del mondo finanziario italiano. A tale proposito si registra come il 79,5% dei gruppi/imprese in esame presentino, all'interno dei propri organismi di *governance*, soggetti con incarichi in imprese concorrenti, dove il numero di individui per gruppo che rivestono tali cariche vari da 1 a 16.

Figura 2: % di gruppi/imprese che presentano nei propri organi di *governance* soggetti con cumuli di incarichi



Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Infocamere

Tali soggetti coincidono quasi interamente con i principali gruppi bancari ed assicurativi italiani, rappresentando il 95,9% circa dell'attivo totale del campione. In particolare, il seguente schema mostra con maggiore dettaglio quali sono i gruppi/imprese maggiormente interessati da fenomeni di cumuli di incarichi (almeno 10 esponenti della propria *governance* figurano anche negli organi di governo di gruppi concorrenti). Il Gruppo Generali è quello che presenta il maggior numero di

¹⁴⁰ Infocamere è una società di *data mining* che gestisce, per conto delle Camere di Commercio, i dati ufficiali delle imprese italiane trasformandoli in servizi a disposizione del mercato, dei professionisti e della Pubblica Amministrazione.

¹⁴¹ Il fenomeno potrebbe risultare sottostimato in ragione al fatto che le elaborazioni che seguono sono state svolte considerando esclusivamente i legami personali tra società del campione ed escludendo dal campionamento i cumuli di incarichi tra società appartenenti allo stesso gruppo e quelli assunti in ambito di *join ventures*.

interlocking directorates (16), seguito dal Gruppo Premafin (15), il Gruppo Intesa Sanpaolo (14), il Gruppo UBI Banca (14) ed altri.

Tabella 26: Gruppi/imprese che presentano nei propri organi di *governance* più di 10 soggetti con cumuli di incarichi in concorrenti.

Gruppo	N° di soggetti che hanno incarichi in concorrenti	N° totale di soggetti presenti nella <i>governance</i>	% di soggetti con più di incarico sul totale di soggetti presenti nella <i>governance</i>
GENERALI	16	113	14,2
PREMAFIN	15	94	16,0
INTESA SANPAOLO	14	69	20,3
MEDIOBANCA	14	27	51,9
UBI	14	106	13,2
CASSA DI RISP. DI SAN MINIATO	13	34	38,2
UNICREDIT	13	89	14,6
BANCA SELLA	10	40	25,0
REALE MUTUA	10	18	55,6
BPM	10	87	11,5

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Infocamere

Tuttavia, dai dati si evince una maggiore apertura delle società quotate a fenomeni di *interlocking directorates* rispetto a quelle non quotate; in particolare, l'89,2% delle società quotate incluse nel campione presenta legami personali con imprese concorrenti all'interno dei propri organi di governo societario, mentre il dato si attesta al 62,3% per le società non quotate.

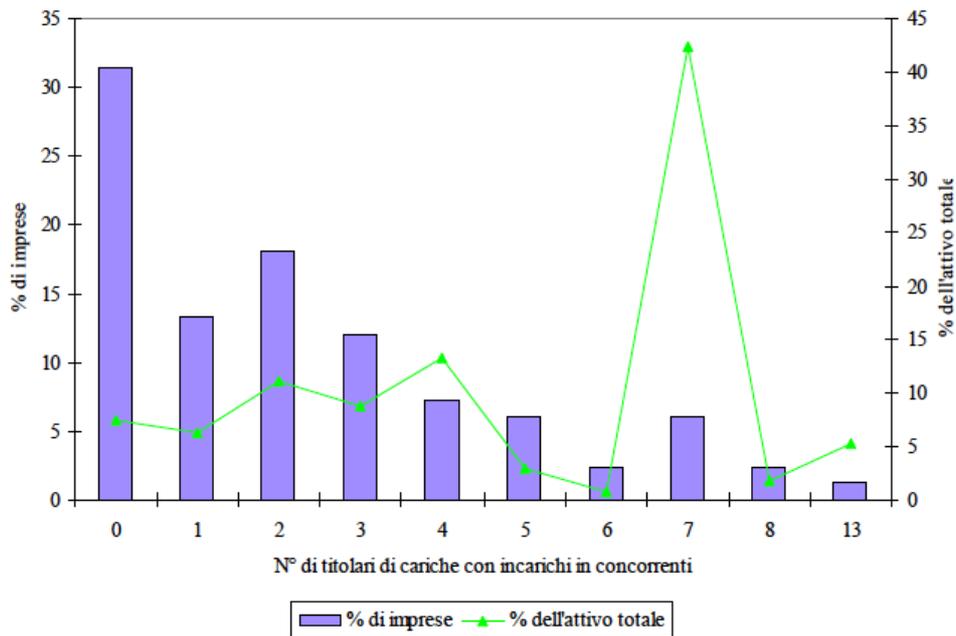
Tabella 27: Società che presentano nei propri organi di *governance* soggetti con cumuli di incarichi in concorrenti. Distinzione tra società quotate e non quotate su Borsa Italiana

	Società quotate	Società non quotate
% di società con <i>interlocking directorates</i>	89,2	62,3
% di società con <i>interlocking directorates</i> (in termine di attivo totale)	97,3	71,3
% di società senza <i>interlocking directorates</i>	10,8	37,7
% di società senza <i>interlocking directorates</i> (in termine di attivo totale)	2,7	28,7

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Infocamere e CONSOB

Un dato importante riguardo il livello di pervasività del fenomeno può essere desunto focalizzando l'attenzione esclusivamente sugli individui che appartengono agli organi di gestione dei gruppi/imprese oggetto di studio, ossia il consiglio di amministrazione nelle imprese che hanno adottato il modello di *governance* tradizionale ed il consiglio di gestione per le imprese che presentano un sistema di *governance* duale. Tale analisi mette in evidenza che, per il 68,7% dei soggetti considerati, rappresentanti di una quota pari al 92,6% dell'attivo totale del campione, i legami personali interessano anche i suddetti organi di gestione.

Figura 3: % di gruppi/imprese che presentano nei propri organi di *governance* soggetti con cumuli di incarichi (soltanto organi di gestione)



Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Infocamere

Interessanti considerazioni e spunti di riflessione riguardo l'intensità dei fenomeni di *interlocking directorates*, possono essere ricavati disaggregando i dati dell'indagine in funzione del settore di attività e confrontando i risultati con le dimensioni dei vari intermediari. Per quanto concerne il settore bancario, l'81,1% delle banche incluse nel campione risulta essere caratterizzato da legami personali con altre imprese attive nel settore finanziario e circa il 60,4% con altre banche. Confrontando opportunamente tali dati con le dimensioni dei soggetti in questione, si evince che le prime (banche con legami con altre imprese finanziarie) rappresentano il 96% dell'attivo totale delle banche incluse nel campione, mentre le seconde (quelle con legami con altre banche) rappresentano l'89,4% dell'attivo totale delle banche incluse nel campione. Ne consegue che, sotto il profilo dell'intensità del fenomeno all'interno degli istituti bancari, il cumulo di cariche in più imprese degli attori aziendali non riguarda pochi soggetti e in maniera sporadica, ma può arrivare ad interessare fino a 16 individui della stessa impresa.

I dati inerenti al settore assicurativo evidenziano invece come quasi l'84% delle compagnie presentino situazioni di *interlocking directorates* con altre imprese finanziarie ed il 71% con altre compagnie di assicurazione. Anche in questo caso, in relazione alle loro dimensioni, le compagnie caratterizzate da legami personali con altri gruppi/imprese attivi nel settore finanziario rappresentano il 93,9% dell'attivo totale delle assicurazioni incluse nel campione, mentre quelle con legami con altre compagnie assicurative costituiscono l'86,9% dell'attivo totale delle assicurazioni incluse nel campione. Infine, per quanto riguarda i dati sul risparmio gestito, essi mostrano che il 70,6% delle SGR analizzate condivide, in maniera consistente, esponenti addetti al governo del gruppo/impresa

con altre entità attive nell'intermediazione finanziaria. Di conseguenza, la rete dei legami personali risulta molto significativa anche per le società di gestione del risparmio, pur se in maniera inferiore rispetto alle banche ed alle compagnie di assicurazione.

Tabella 28: Gruppi/imprese che presentano nei propri organi di governance soggetti con cumuli di incarichi in concorrenti - dati aggregati per le società appartenenti allo stesso gruppo/impresa.

	Imprese incluse nel campione	Imprese con <i>interlocking directorates</i> con altre imprese incluse nel campione		Imprese con <i>interlocking directorates</i> con altre imprese incluse nel campione della stessa tipologia	
	N° di imprese*	N° di imprese	% dell'attivo totale del settore	N° di imprese	% dell'attivo totale del settore
Banche	53	43	96,0	32	89,4
Assicurazioni	31	26	93,9	22	86,9
SGR	17	12	84,9	4	7,0
Totale	101	81		58	

Nota: * il numero totale di gruppi/imprese analizzate nella presente tabella è pari a 101 invece di 83 (che corrisponde al numero totale di gruppi/imprese inclusi nel campione) in quanto alcuni gruppi/imprese hanno al proprio interno sia asset di natura bancaria (ricompresi tra le banche) che di natura assicurativa (ricompresi tra le assicurazioni) che vengono analizzati all'interno del proprio settore di riferimento.

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Infocamere

Dando infine uno sguardo al contesto europeo nell'intento di capire se le anomalie riscontrate costituiscano una peculiarità tutta italiana, occorre espandere il raggio d'azione dell'indagine includendo nella composizione del campione un numero pari a 85 banche ed assicurazioni estere attive in Gran Bretagna, Francia, Spagna, Germania e Olanda¹⁴². I risultati di tale elaborazione sottolineano che l'Italia si distingue per avere la percentuale più elevata di imprese quotate con *interlocking directorates* al proprio interno, con un dato che si attesta intorno al 79,3%¹⁴³ il quale supera in larga misura quelli rilevati per il Regno Unito, la Germania e la Francia. Tale fenomeno risulta invece inesistente per le imprese quotate sulla borsa spagnola e su Euronext-Amsterdam, mentre interessa il 26,7% delle società quotate su Euronext-Parigi, il 43,8% di quelle quotate su Deutsche Borse e 47,1% di quelle quotate su London Stock Exchange. Oltre ad essere il paese con il maggior numero di società con intrecci personali, il contesto italiano è peculiare anche per il numero di individui in tale posizione e per il grado di sovrapposizione settoriale delle società che presentano tali legami. Sotto il primo profilo, il numero di individui con cumulo di incarichi in Italia può arrivare fino a 13, un valore molto più elevato rispetto agli altri paesi europei, dove è pari a 2 nel Regno Unito, 8 in Francia e 3 in Germania. Sotto il secondo profilo, le società italiane che presentano casi di *interlocking directorates* sono caratterizzate da un grado di sovrapposizione settoriale più marcato

¹⁴² Il campione comprende la quasi totalità delle banche e le compagnie di assicurazioni quotate sul London Stock Exchange, Euronext, Deutsche Borse e Bolsa de Madrid che svolgono attività comparabili a quelle svolte dalle società analizzate per l'Italia.

¹⁴³ Tale dato deve la sua differenza con quello fornito in precedenza per questioni di omogeneità con i dati presentati per gli altri paesi europei, i quali considerano soltanto gli intrecci tra società quotate.

che in altri contesti; a tale proposito, ad esclusione della Francia, nessuna delle società europee appartenenti al campione presenta legami personali in imprese operanti negli stessi settori.

Tabella 32: N° di imprese quotate interessate da *interlocking directorates* per paese europeo

Paese	N° di imprese analizzate	N° di imprese con <i>interlocking</i>	%	N° di banche con <i>interlocking</i> con		N° di assicurazioni con <i>interlocking</i> con	
				altre imprese	altre banche	altre imprese	altre assicurazioni
Germania	16	7	43,8	2	0	5	3
Francia	30	8	26,7	5	4	3	2
Olanda	6	0	0	0	0	0	0
Spagna	16	0	0	0	0	0	0
Regno Unito	17	8	47,1	4	0	4	0
Italia	29	23	79,3	16	14	7	4

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati disponibili sui siti internet di London Stock Exchange, Euronext, Deutsche Borse, Bolsa de Madrid e Reuters e delle rispettive società incluse nel campione ed informazioni fornite dalla società Sodali.com.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto emerso dal presente elaborato, dopo aver delineato i profili della disciplina nazionale e comunitaria della concorrenza e dell'Autorità di vigilanza, l'attenzione si è focalizzata sulla libera competizione tra imprese concorrenti e sui legami che si vengono a creare tra esse. Il fenomeno dell'*interlocking directorates*, come si desume dallo studio effettuato, è una prassi ampiamente diffusa soprattutto nel nostro paese e viene utilizzata dalle imprese concorrenti per deviare dalla pura competizione di mercato intervenendo sulla propria configurazione strutturale. L'indagine ic36, condotta dall'AGCM sulla diffusione del fenomeno all'interno dei sistemi di *governance* degli intermediari finanziari attivi in Italia, ha confermato ed altresì quantificato una presenza significativa di rapporti sia di partecipazione azionaria sia di carattere personale nella struttura imprenditoriale nazionale. Ebbene, la recente regolamentazione, contenuta nel Decreto Salva Italia, ha contribuito quantomeno a portare all'attenzione del policy maker la fattispecie in esame; l'attuale quadro normativo porta tuttavia a sostenere che il tema dei legami tra concorrenti costituisca un'area suscettibile di miglioramento nella prospettiva di incentivare piene dinamiche competitive nel settore finanziario. Sembra quindi rendersi necessaria un'ulteriore ondata legislativa per porre rimedio alle ancora numerose zone d'ombra prodotte dalla normativa accompagnata da una seconda indagine statistica per monitorare, a 7 anni dall'introduzione del divieto di *interlocking*, l'eventuale riduzione del fenomeno. Il presente elaborato, oltre a rappresentare un approfondimento riguardo la fitta rete di rapporti tra imprese concorrenti, si conclude con un invito, rivolto al legislatore, alla produzione di regole più precise in materia, auspicando tuttavia di non replicare l'errore di generare un impianto normativo incompleto ed a sé stante. La speranza è infatti quella di assistere alla creazione di un set preliminare di regole chiaro ed esaustivo che demandi la previsione di criteri applicativi e di un regime sanzionatorio alle Autorità di vigilanza di settore, riservando un ruolo attivo di coordinamento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La garanzia della libertà di competizione tra imprese concorrenti è, in conclusione, un interesse meritevole di tutela e deve essere salvaguardata qualora essa venga alterata da pratiche e consuetudini collusive tra *competitors* estranee all'intervento della disciplina ordinaria della concorrenza.

BIBLIOGRAFIA

Monografie

- A. de Toqueville, “La democrazia in America”, Utet giuridica.
- C. Scognamiglio Pasini, “Economia industriale”, Luiss university press.
- G. Campobasso, “Manuale di Diritto Commerciale”, a cura di Mario Campobasso, Utet giuridica, sesta edizione.
- J. Stiglitz, “Economia del settore pubblico”, Hoepli, seconda edizione.
- R. Santagata, “I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato”, Giappichelli editore.
- V. Roppo, “Diritto privato”, Giappichelli editore, seconda edizione.

Fonti normative

- Codice di Autodisciplina delle Società Quotate (CAP), 2006.
- Decreto legge n. 201 del 6/12/2011, cd. “Decreto Salva Italia”.
- Legge antitrust n. 287 del 10/10/1990, “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”.
- Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE).
- Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB).
- Testo Unico della Finanza (TUF).
- Regolamento Ce n.139/2004.
- Regolamento Ce n.1 del 2003.
- Sherman Antitrust Act, 1890.
- Codice Civile e leggi collegate, 2015.

Fonti ulteriori

- AGCM, “La corporate governance di banche e compagnie di assicurazioni”, indagine conoscitiva ic36, 2008.
- AGCM – Banca d’Italia – CONSOB, “Protocollo d’intesa per il coordinamento tra Banca d’Italia, Consob, Isvap e Agcm ai fini dell’applicazione dell’art. 36 del D.L. “Salva Italia” (cd. divieto di interlocking)”, 2012.
- Banca d’Italia – CONSOB – Isvap – AGCM, “Criteri per l’applicazione dell’art. 36 del D.L. “Salva Italia”, 2012.
- Banca d’Italia – CONSOB – Isvap – AGCM, “Criteri per l’applicazione dell’art. 36 del D.L. “Salva Italia” Frequently Asked Questions (Faq), 2012.

Banca d'Italia, "Dichiarazione di decadenza ai sensi dell'art. 36 del D.L. "Salva Italia", 2012.
Bollettino AGCM n. 18/2008.
Bollettino AGCM n. 13/2007.
Bollettino AGCM n. 49/2006.
Bollettino AGCM n. 25/2007.

SITOGRAFIA

Link:

<http://www.agcm.it>

<http://www.bancaditalia.it>

<https://it.wikipedia.org/wiki/Antitrust>

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.6.12.html

<https://www.ftc.gov>

<https://assicuri.com/2012/05/14/divieto-di-interlocking-cose-e-come-funziona/>

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2012/05/divieto-di-interlocking-analisi-normativa-e-criteri-applicativi.php>

Articoli in rete:

- A. Martelloni, "Il controllo pubblico sui legami personali tra imprese concorrenti nella recente decretazione anti-crisi".
- A. Negri-Clementi, "Sull'applicazione del cd. divieto di interlocking directorates (cfr. art. 36 L. n. 214/2011)", per Nedcommunity.
- A. Sacchi, "Organo monocratico, s.r.l. semplificate e a capitale ridotto, divieto di interlocking, aggiornamenti in tema di responsabilità".
- Assonime, "Divieto del cumulo di incarichi nel settore finanziario", Circolare n.2 08/02/2012.
- C. Drago – R. Ricciuti – P. Santella, "An Attempt to Disperse the Italian Interlocking Directorship Network: Analyzing the Effects of the 2011 Reform", Department of Economics University of Verona.
- F. dell'Aversana, "Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in Osservatorio sulle fonti.
- Fich-White, "*CEO Compensation and Turnover: the Effects on Mutually Interlocked Boards*".
- F. Ghezzi, "La nuova disciplina dei legami personali in Italia", 2016.
- G. Bruzzone – A. Saija, "L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in Astrid.

- G. di Bartolomei – P. Canofari, “Interlocking Directorates and Concentration in the Italian Insurance Market”, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2015.
- H. Buch-Hansen, “Interlocking directorates and collusion: An empirical analysis”, in *Sage Journal*, 2014.
- L. Bellenzier- Rosanna Grassi, “Interlocking directorates in Italy: persistent links in network dynamics”, in *Journal of Economic Interaction and Coordination*, 2014.
- Lex 24, “Divieto di interlocking: analisi normativa e criteri applicativi”, in *Diritto 24*, per *Il Sole 24 ore*.
- L. Gabrielli, “Forme di mercato”.
- L. Marroni, “Variazioni su connessioni tra imprese concorrenti: sulla necessità di un'analisi empirica ex ante ed ex post orientata a far valutare se predisporre o migliorare la regolazione”.
- M. Bianco – E. Pagnoni, “I legami creati tra le società quotate dagli interlocking directorates: il caso delle banche”, in *Proprietà, controllo e governo delle banche*.
- M. Rulli, “Le forme di mercato”.
- M. Siragusa - A. Bardanzellu, “Prime considerazioni sulle norme antitrust introdotte nella legislazione nazionale anticrisi”.
- P. Fulvio – C. Visco – S. Orlando, “Il decreto Salva Italia e il nuovo divieto di interlocking directorates”, in *Diritto e normativa finanziaria*.
- U. Troiani, “La regolamentazione della concorrenza tra regole per le imprese e gli interessi dei consumatori”, 2005.
- V. Falce, “Cumulo di cariche nel settore finanziario. Verso un'interpretazione concorrenziale”.
- V. Falce, “Interlocking directorates: an italian antitrust dilemma”, in *Journal of competition law and economics*, 2013.
- V. Petersen, “Interlocking Directorates in the European Union: An argument for their restriction”.
- W. Carrol, “The global corporate elite after the financial crisis: evidence from the transnational network of interlocking directorates”, in *Global networks: a journal of transnational affairs*.