Luiss
Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI
Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Antitrust e vigilanza prudenziale: suddivisione per funzioni - (Art. 29 del disegno di legge di riforma del sistema di tutela del risparmio)

Alfonso Papa Malatesta

Febbraio 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. *La suddivisione delle competenze di vigilanza secondo il criterio funzionale.*

L'art. 29 realizza quanto da molti ritenuto opportuno, e cioè l'affidamento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato delle valutazioni antitrust anche per quanto riguarda le banche. Si tratta di soluzione conforme al sistema comunitario e adottata nella grande maggioranza dei paesi europei.

Ciò avviene a scapito della competenza oggi attribuita alla Banca d'Italia, la quale applica la legge antitrust ogni qualvolta un'operazione – sia essa una intesa, un abuso di posizione dominante o una concentrazione – riguarda una banca. Ed anzi, oggi la Banca d'Italia interpreta estensivamente i limiti della propria competenza, in ciò ponendosi in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in quanto si occupa della vigilanza antitrust anche con riguardo ad operazioni che riguardano banche, ma che hanno effetti in mercati diversi da quello bancario in senso stretto (si pensi ad esempio ed una intesa nel settore delle carte di pagamento, che coinvolga soggetti controllati da banche e che non abbia effetti nel mercato del credito). Non è a tutti noto che oggi le imprese subiscono spesso un doppio controllo antitrust, perché le due Autorità di vigilanza si ritengono entrambe competenti con riguardo a questi mercati contigui a quello bancario in senso stretto.

Per individuare l'autorità competente ad applicare la disciplina antitrust, si passa dunque da un criterio fondato sulla natura del *soggetto vigilato* (dove c'è una banca c'è la competenza antitrust della Banca d'Italia), ad un criterio per *funzione dell'autorità* (per i problemi di concorrenza la competenza è sempre dell'Autorità Garante, salva la competenza della Banca d'Italia in materia di stabilità).

2. ***Un errore: la competenza antitrust sulle acquisizioni ex art. 19 del TUB***. Esclusa dunque la competenza della Banca d'Italia in materia antitrust grazie all'abrogazione dei commi 2, 3 e 6 dell'art. 20 della legge n. 287/1990, l'art. 29 del disegno di legge in questione, ai successivi commi 2 e 3, si sofferma in particolare sulla disciplina dei controlli, rispettivamente prudenziali ed antitrust, in caso di acquisizioni di partecipazioni, dirette ed indirette, in banche ed in caso di concentrazioni che riguardano banche (e cioè che coinvolgono almeno una banca).

Il meccanismo previsto è quello del doppio controllo, suddiviso per funzioni. In caso di acquisizioni ex art. 19 del Testo Unico Bancario (TUB), così come in caso di concentrazioni ex art. 6 della legge antitrust, la Banca d'Italia controlla la stabilità e l'Autorità Garante controlla la compatibilità con gli assetti concorrenziali. Quando l'operazione contrasta o con i principi di sana e prudente gestione (competenza Banca d'Italia), o con l'art. 6 della legge antitrust (competenza Autorità Garante), l'operazione viene vietata.

Qui però, a ben vedere, il disegno di legge *va oltre* quanto sia necessario per dare coerenza alla suddivisione della vigilanza secondo il criterio funzionale. Infatti introduce una competenza dell'Autorità Garante, cioè quella di controllare la compatibilità antitrust delle operazioni di acquisizione di cui all'art. 19 del decreto legislativo n. 385 del 1993, che appare fuori luogo e che può ingenerare confusioni. Non è detto infatti che le fattispecie di acquisizione di cui all'art. 19 del TUB integrino delle concentrazioni ai fini antitrust. Esse infatti riguardano anche l'acquisto di partecipazioni nelle banche che non hanno effetto sul controllo delle stesse (basti che superino il 5% del capitale), cioè anche i casi in cui non vi è concentrazione rilevante secondo il diritto antitrust. Su di una simile acquisizione non si vede perché l'Autorità Garante dovrebbe essere chiamata ad esprimersi. La fattispecie "acquisizioni" dell'art.

19 citato è insomma troppo ampia, ed estendere ad essa la vigilanza antitrust appare quantomeno inutile. Anzi sembra dannoso, sia perché aggrava gli oneri dell'Autorità Garante e dei vigilati, sia perché ingenera il dubbio che in questo settore il controllo antitrust possa prescindere dalla fattispecie di "concentrazione" delineata dalla legge 287/1990, orientandosi verso altri ed incerti lidi. Si introduce insomma, senza che ne sia chiaro lo scopo, un obbligo di notifica ed esame ai fini antitrust di ogni accordo che riguardi l'acquisto di partecipazioni in banche superiore al 5%.

Se con la norma in esame si vuole garantire che l'Autorità garante sia tenuta al corrente delle operazioni significative di acquisizione di partecipazioni nelle banche, in modo da consentirle di monitorare la struttura concorrenziale dei mercati in cui operano i soggetti bancari e così da facilitarle l'eventuale individuazione di intese e/o abusi di posizione dominante o di concentrazioni dissimulate, allora questo scopo può raggiungersi anche solo prevedendo un obbligo di comunicazione, da parte della Banca d'Italia verso l'Autorità Garante, delle autorizzazioni rese dalla prima in forza dell'art. 19 in questione.

3. ***Problematiche procedurali.*** Il comma 3 dell'art. 29 si occupa del procedimento che deve disciplinare l'azione delle due autorità di vigilanza, quando esaminano le acquisizioni ex art. 19 TUB e le concentrazioni che riguardano banche. I provvedimenti autorizzativi devono confluire in un unico atto, da emanarsi entro sessanta giorni dal ricevimento della documentazione completa riguardante l'operazione. L'atto deve contenere le specifiche motivazioni relative alle finalità attribuite a ciascuna delle due autorità.

Si introduce così una scarna disciplina del procedimento per questo genere di operazioni. Occorre tuttavia osservare che per quanto riguarda il versante "antitrust", cioè la disciplina del controllo sulle operazioni di

concentrazione, la legge n. 287/1990 già stabilisce il procedimento secondo il quale l'Autorità deve condurre il proprio esame. La legge prevede anche un regolamento d'attuazione, che detta le norme di dettaglio. Per le concentrazioni, la legge prescrive l'obbligo della notifica preventiva all'Autorità. Poi un termine di 30 giorni in cui quest'ultima vaglia – in una fase di pre-istruttoria - se occorre o meno approfondire con un apposita indagine l'impatto concorrenziale della concentrazione. Quindi, entro i trenta gioni dalla notifica, se l'Autorità decide di non archiviare la procedura dando il proprio nulla osta all'operazione, deve aprire un'istruttoria formale, nel corso della quale le parti possono presentare le proprie difese. Il procedimento deve comunque concludersi nel termine massimo di 45 giorni dall'apertura dell'istruttoria, proprogabile per non più di trenta giorni se le imprese non forniscono i dati richiesti. In casi normali, dunque, se l'operazione desta preoccupazioni sul piano antitrust, il procedimento non dura più di 75 giorni (30+45) dalla notifica preventiva della medesima.

Non è chiaro a questo punto il rapporto tra il comma 3 della riforma e la disciplina procedimentale appena descritta, già stabilita dalla legge antitrust. La nuova norma deroga alla disciplina generale come legge speciale, ma – data la sua esiguità - entro che limiti? Permane l'obbligo di notificazione preventiva? Quanto poi allo snodarsi della procedura, va notato che il comma 3° prevede *sic et simpliciter* 60 giorni per l'esame dell'operazione da parte d'entrambe le autorità di vigilanza. Sembrano dunque ridursi, per quanto riguarda l'Autorità Garante, i termini per l'esame del caso (oggi 75 giorni). Soprattutto non si prevede la divisione in due fasi del procedimento (una pre-istruttoria, seguita, ma solo se necessario, dall'apertura dell'istruttoria), con ciò obbligando l'Autorità Garante ad aprire in ogni caso un'istruttoria fomale (istruttoria nel corso della quale dovrà consentirsi la difesa delle parti e – presumibilmente – la loro audizione).

Sembra insomma procurarsi sia un'incertezza di disciplina, dovuta al sovrapporsi, senza specificazioni, del nuovo al vecchio schema procedurale in materia di controllo sulle concentrazioni, sia un aggravio di compiti per l'Autorità Garante, dovuto alla soppressione della suddivisione in due fasi dell'attività da quest'ultima svolta (pre-istruttoria e istruttoria).

Per sgomberare il campo da difficoltà interpretative e d'attuazione, per l'esame delle operazioni di cui al comma 2 dell'art. 29 si potrebbe più semplicemente rinviare alla già collaudata disciplina del procedimento contenuta nella legge antitrust, sottoponendo anche la Banca d'Italia, per l'esercizio della propria funzione di vigilanza prudenziale, ai termini e alle modalità procedimentali già previsti dalla legge antitrust, ferma l'unificazione in unico provvedimento finale delle determinazioni delle due autorità e la necessità che esse stabiliscano mediante convenzione il coordinamento, anche sul piano procedimentale, delle rispettive funzioni. Potrebbe infine cogliersi l'occasione di razionalizzare la più generale questione dei termini nelle procedure antitrust. Quelle in materia di concentrazioni sono oggi troppo veloci: 30 + 45 giorni possono essere insufficienti quando si tratta di casi complessi, coinvolgenti molte imprese e con difficili risvolti economici e fattuali (tanto più sembrano essere insufficienti i 60 giorni previsti dal disegno di legge). Per quelle in materia di intese ed abusi di posizione dominante, al contrario, la legge non fissa alcun termine, ed infatti i tempi medi d'esame da parte dell'Autorità, con l'aumentare dei carichi di lavoro, tendono invitabilmente a protrarsi, a discapito dell'efficiente azione di vigilanza. Bisognerebbe dunque dare maggior respiro e flessibilità ai tempi procedimentali per le inchieste sulle concentrazioni e ridurre invece nei casi di intese ed abusi di posizione dominante i margini di discrezionalità dell'Autorità

in ordine ai tempi, sia nella fase pre-istruttoria, sia in quella dell'indagine vera e propria.