

## **Le ragioni della concorrenza. Vent'anni di antitrust italiano**

Convegno Fondazione Einaudi - Roma, 26 novembre 2010

### **Il Sessione: l'Autorità e l'applicazione della legge: 1990-2010**

Intervento del dr. Maurizio Sella

Nel chiudere questa sessione che ha inteso ripercorrere – attraverso il “vissuto” dei relatori – i tratti salienti che hanno caratterizzato l'attività dell'AGCM dagli anni della fondazione, mi pare utile richiamare l'evoluzione del rapporto tra antitrust e settore creditizio.

Infatti, la “storia” della relazione tra diritto antitrust e banche si interseca evidentemente con la più ampia disamina dell'attività dell'Autorità Garante nel ventennio appena trascorso.

Da ultimo, vorrei richiamare brevemente alcuni significativi mutamenti della normativa antitrust (italiana e comunitaria) che si sono registrati negli ultimi anni: si tratta di modifiche con le quali le banche – al pari di tutte le altre imprese – sono state chiamate a misurarsi.

#### **1. Applicabilità delle regole antitrust comunitarie al settore bancario**

L'applicabilità degli artt. 101 (intese) e 102 (abusi di posizione dominante) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) agli accordi e alle pratiche nel settore bancario è stata per lungo tempo controversa.

Fino agli anni Ottanta infatti la Commissione europea - pur riconoscendo che, in linea di principio, le imprese bancarie sono sottoposte alla norme antitrust del Trattato - non ne riteneva opportuna l'applicazione in considerazione delle peculiari caratteristiche del settore.

In particolare, veniva evidenziato che le banche, nella misura in cui sono chiamate a svolgere un ruolo nella realizzazione della politica economica e monetaria degli Stati, costituiscono “imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale” ai sensi dell'art. 102, par. 2, con la conseguenza di sfuggire alle regole di concorrenza laddove l'applicazione di queste regole potrebbe ostacolare l'adempimento della loro missione specifica.

È soltanto nel 1981, con la sentenza Züchner<sup>1</sup>, che la Corte di Giustizia interviene ad affermare il principio della piena applicabilità degli artt. 101 e 102 del Trattato alle

---

<sup>1</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1981, Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank, in Racc., 1981, p. 2021. La sentenza richiamata trae origine da una disputa sorta tra il signor Züchner e la Bayerische Vereinsbank, presso la quale egli aveva acceso un conto corrente. Züchner aveva tratto un assegno all'ordine di un destinatario residente in Italia e, per l'operazione, la banca gli aveva addebitato un “diritto di preparazione” pari allo 0,15% dell'importo trasferito. Il depositante, ritenendo che la riscossione di questa commissione fosse

banche. L'applicazione di tali previsioni di legge risulta giustificata – secondo quanto chiarito dalla Commissione europea<sup>2</sup> – dalla necessità di realizzare mercati finanziari europei più competitivi ed efficienti.

## **2. La disciplina originaria dell'art. 20 della legge n. 287/1990**

Originariamente, l'art. 20 della legge n. 287/90 attribuiva alla Banca d'Italia la competenza ad applicare la legge antitrust nei confronti di aziende e istituti di credito, sottraendo questo particolare settore alla vigilanza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La scelta legislativa di affidare alla Banca d'Italia, quale organismo di vigilanza del settore, anche la competenza antitrust fu all'epoca oggetto di ampie discussioni che videro contrapporsi coloro che supportavano tale scelta a coloro che la ritenevano priva di pregio.

Il prevalere del primo orientamento è stato giustificato all'epoca sia da ragioni eminentemente tecniche sia da ragioni "politiche".

Sotto il primo profilo, si è osservato come la scelta rispondeva a principi di economicità e di efficienza propri dell'azione amministrativa considerata l'esperienza maturata da Bankit nell'esercizio dei poteri regolamentari e di controllo che ne avrebbero agevolato l'analisi della concorrenza in tutti i mercati di prodotto in cui operano le banche<sup>3</sup>.

Sotto l'altro profilo, la scelta appariva frutto di un compromesso tra la necessità di applicare la disciplina antitrust alle banche e la particolarità del settore creditizio<sup>4</sup>, settore questo ove cominciavano a registrarsi gli effetti delle scelte compiute in Europa con la II direttiva bancaria (n. 89/646) per cui l'ente creditizio è "un'impresa" la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel

---

incompatibile con le norme antitrust del Trattato, in quanto costituiva una pratica concordata seguita dalla maggior parte delle banche tedesche e degli altri Stati membri, si rivolse al giudice, chiedendo il rimborso della commissione.

La corte tedesca sospese il giudizio sulla questione richiedendo alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi sulla compatibilità di tale pratica con gli artt. 85 e 86 del Trattato [oggi 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea]. La Corte di Giustizia stabilì che "il parallelismo di comportamento nella riscossione di una commissione bancaria uniforme per i trasferimenti di somme da uno Stato membro all'altro, trasferimenti effettuati dalle banche sui depositi della loro clientela, costituisce una pratica concordata, vietata dall'art. 85, n. 1, del Trattato, qualora il giudice nazionale accerti che tale parallelismo di comportamento possiede le caratteristiche di coordinamento e di collaborazione che contraddistinguono una pratica del genere e che questa è atta a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato delle prestazioni relative a detti trasferimenti".

Alla luce di queste indicazioni, la Commissione - superando le precedenti incertezze - prese formalmente posizione sottolineando come, dopo la sentenza Züchner, dovesse ormai considerarsi certa l'applicabilità al settore bancario delle regole di concorrenza dettate dal Trattato.

<sup>2</sup> Cfr. la XXXI Relazione sulla politica di concorrenza, 2001, p. 47.

<sup>3</sup> TRIFILIDIS, *Il ruolo di tutela della concorrenza della Banca d'Italia nel periodo 1990-2000*, in *Banche e banchieri*, n. 1/2001, p. 5, nonché COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 736.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio, TERRANO, *Armonie e dissonanze tra Autorità nell'applicazione della normativa antitrust al comparto creditizio*, in *Banca Impresa e Società*, 2000, p. 463. Sul tema, si veda anche UBERTAZZI, *Diritto nazionale antitrust e imprese bancarie*, in *Dir. Banca e Mercati Finanziari*, 1992, I, 448.

concedere crediti per proprio conto”(art. 1). Tali scelte troveranno poi eco a livello nazionale attraverso il superamento delle forme organizzative pubblicistiche dell’attività bancaria avviato dalla legge n. 218/1990 (cd. “legge Amato”) e nelle previsioni del Testo unico bancario (1993).

Il momento di confronto tra le due Autorità era rappresentato dal parere (non vincolante) rilasciato dall’AGCM a Bankit.

Negli anni a seguire, tuttavia, detta competenza della Banca d’Italia, definita “per esclusione” dalla legge n. 287/90, coesistendo con la generale competenza dell’Autorità Garante, dava luogo a difficoltà nella definizione dell’esatta ripartizione di funzioni tra le due Istituzioni.

Un definitivo chiarimento sui rispettivi ambiti di competenza interviene negli anni a seguire con una decisione del Consiglio di Stato<sup>5</sup> che, nel 2002, giunge ad affermare come “la competenza debba essere determinata secondo un criterio che tenga ferme, per quanto possibile e non espressamente derogate, le competenze antitrust previste in via generale, riducendo il rischio di conflitti di competenza su *fattispecie miste*. Si ritiene quindi più conforme alla *ratio* della normativa di cui alla legge n. 287/90 l’adozione di un’interpretazione restrittiva della competenza della Banca d’Italia, quale eccezione rispetto alla generale competenza demandata all’Autorità garante”.

### 3. La legge sul risparmio

Il cammino di riflessione così avviato dalla dottrina e dalla giurisprudenza si è concluso nel dicembre del 2005 con l’approvazione della legge 28 dicembre 2005, n. 262, cd. legge sul risparmio, che ha affidato all’Autorità Garante la competenza in materia antitrust nel settore bancario a far data dal 12 gennaio 2006.

Attraverso tale intervento normativo è stata quindi sanata quell’anomalia che caratterizzava il sistema italiano sulla quale si era progressivamente concentrata anche l’attenzione degli organismi internazionali ed in particolare dell’*International Competition Network* (ICN) al fine di garantire “l’esistenza di un’adequata separazione tra l’applicazione della regolazione prudenziale di settore e le norme di concorrenza”.

Dalla modifica normativa è derivata l’attribuzione all’Autorità Garante di una competenza piena per l’applicazione delle disposizioni nazionali e comunitarie in materia di intese e di abusi di posizione dominante nel settore bancario. Tale passaggio è avvenuto in modo netto senza introdurre l’obbligo per l’Autorità di sentire il parere della Banca d’Italia prima dell’adozione dei propri provvedimenti, a differenza di quanto avviene nel settore assicurativo o delle comunicazioni, in relazione al parere, non vincolante, rispettivamente dell’ISVAP e dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La necessità di preservare strutture separate in ragione delle diverse funzioni è tema che si è posto anche in ambiti diversi da quello di cui qui si tratta: faccio riferimento

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.

alla questione dei rapporti tra autorità di vigilanza nazionali e Banca centrale. Il modello fondato sulla separazione è stato a suo tempo adottato nel Regno Unito che ha previsto la creazione di strutture distinte deputate al controllo sulla politica monetaria (Banca centrale), la vigilanza (FSA), la stabilità (Mintesoro).

Peraltro, in questo ambito, si assiste oggi ad un parziale ripensamento di tale impostazione e ad un “recupero” delle ragioni che rendono opportuna la complementarietà tra le diverse Autorità poste a presidio delle differenti funzioni.

In questa prospettiva – nel “tornare” al tema che qui interessa – mi pare importante richiamare l’attenzione sulle indicazioni recentemente formulate dalla Banca d’Italia in sede di audizione dinanzi alla Camera dei Deputati nell’ambito della Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti<sup>6</sup>.

La Banca, nell’osservare che l’Autorità Garante interviene anche nei confronti del settore bancario, finanziario e mobiliare “con effetti di rilievo sui soggetti vigilati”, precisa - con riguardo alla competenza dell’Autorità in tema di concorrenza – che “occorrerebbe prevedere, nei procedimenti che interessano le banche, un intervento consultivo della Banca d’Italia analogo a quello spettante, ai sensi dell’art. 20 della legge n. 287/1990, all’ISVAP, nei casi che coinvolgono imprese assicurative. Si colmerebbe così una importante lacuna normativa, che rende asimmetrica la posizione delle autorità di settore”.

#### **4. Interventi normativi trasversali che hanno avuto un impatto significativo sul settore**

Da ultimo, al di là dei mutamenti che hanno caratterizzato l’assetto delle competenze antitrust in campo bancario, è utile rammentare i seguenti interventi normativi riguardanti tutto il mondo delle imprese dei quali, quindi, anche le banche sono state chiamate a tenere conto nella loro operatività.

a) La modernizzazione: il regolamento europeo n. 1/2003 ha introdotto – a partire dalla seconda metà del 2004 – una nuova disciplina per l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102, TFUE.

Nella sostanza, i cambiamenti introdotti dal nuovo regolamento impongono alle imprese l’onere di verificare per proprio conto e sotto la propria responsabilità la legittimità di un’intesa ovvero l’eventuale sussistenza delle condizioni per ottenere l’esenzione ex art. 101, par. 3.

Infatti, essendo stato eliminato il sistema della notificazione preventiva, l’intervento delle autorità antitrust si avrà soltanto *a posteriori*, essendo esse chiamate, unicamente in questa fase, a valutare la liceità delle intese poste in essere dalle imprese eventualmente condannandole ove queste non dimostrino che ricorrono le condizioni per l’applicazione del menzionato par. 3 dell’art. 101.

---

<sup>6</sup> Audizione del dr. Saccomanni, Direttore Generale della Banca d’Italia, 27 ottobre 2010.

Dalla predetta impostazione, deriva per le imprese una maggiore incertezza poiché – a differenza di quanto stabilito dal regolamento n. 17/1962 – il nuovo sistema non consente ad esse di porsi preventivamente al riparo da eventuali sanzioni tramite la notifica, restando esse sempre esposte ad un possibile intervento dell'antitrust che non condivida la valutazione della liceità dell'accordo posto in essere dalle imprese stesse.

b) La legge Bersani-Visco<sup>7</sup>: la legge – oltre che dettare norme specificamente attinenti al comparto bancario – ha introdotto alcune previsioni di modifica della legge n. 287/1990 al fine di integrare i poteri dell'AGCM. Le modifiche così apportate alla disciplina nazionale di concorrenza riconoscono all'Autorità, il potere di adottare misure cautelari, accettare impegni<sup>8</sup>, nonché di definire con proprio provvedimento generale un programma di clemenza (c.d. "*leniency*"<sup>9</sup>).

---

<sup>7</sup> DL n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006.

<sup>8</sup> In base all'art. 13-ter della legge n. 287/1990, le imprese – entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione delle norme italiane o comunitarie in tema di intese e abusi di posizione dominante – possono presentare "impegni tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria". L'AGCM – valutata l'idoneità di tali impegni – può renderli obbligatori per le imprese "senza accertare l'infrazione".

<sup>9</sup> I programmi di clemenza (*leniency* nella terminologia inglese) – introdotti a livello nazionale al fine di allineare l'ordinamento italiano a quello europeo – introducono regole che garantiscono l'immunità totale o una riduzione sostanziale delle ammende alle imprese che collaborano alla scoperta o all'accertamento dei cartelli.

La fonte normativa è l'art. 15, comma 2-bis della legge n. 287/1990 ai sensi del quale "l'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario".

In ossequio a tale disposizione l'AGCM ha adottato il proprio programma di clemenza con delibera del 15 febbraio 2007.