

Il divieto di interlocking: criteri per l'applicazione dell'art. 36 del Decreto "Salva Italia"

a cura di Giuseppe Demauro

Premessa

L'art. 36 del D.L. "Salva Italia" ha introdotto il divieto di assumere o esercitare cariche tra imprese o gruppi di imprese concorrenti operanti nei mercati del credito, assicurativo e finanziario (cd. "divieto di interlocking"); la norma, che risponde all'esigenza di evitare situazioni potenzialmente lesive della concorrenza, presenta alcuni elementi di complessità sotto il profilo applicativo.

Appare del tutto evidente che in ambito professionale i principali e più immediati soggetti ad essere coinvolti saranno con tutta probabilità gli organi collegiali di controllo legale (revisori legali e/o collegio sindacale) chiamati da subito ad esercitare meticolosi controlli della normativa in ambito bancario, assicurativo e finanziario più in generale (che raggruppa numerose tipologie di imprese anche di modeste dimensioni); lì dove spesso quelli che prima potevano essere considerati, almeno formalmente, "normali incroci" di cariche tra imprese anche concorrenti, adesso invece rappresentano situazioni da "stralciare" in tempi assai ristretti onde ottemperare ad una disciplina minuziosa ma nello stesso tempo chiara.

Naturalmente, come si illustrerà appresso, la normativa si estende anche agli stessi membri degli organi di controllo.

Prima di esaminare il contenuto della disciplina, si ritiene opportuno riportare il contenuto dell'art. 39 del D.L. n. 201 del 6 dicembre 2011 (c.d. Salva Italia) convertito in Legge n. 214 del 22 dicembre 2011:

Tutela della concorrenza e partecipazioni personali incrociate nei mercati del credito e finanziari

1. E' 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 e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti.

2. 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.

2-bis. 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 e' dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente.

2-ter. In sede di prima applicazione, il termine per esercitare l'opzione di cui al comma 2 bis, primo periodo, è di 120 giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Aspetti soggettivi

Con riferimento agli aspetti soggettivi e dimensionali, il divieto imposto dalla normativa riguarda le imprese che presentano le seguenti caratteristiche:

- **Imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari**

Si intendono tutti i soggetti la cui attività è sottoposta ad autorizzazione e vigilanza ai sensi del TUB, del TUF e del codice delle assicurazioni o di normative speciali che fanno rinvio a queste discipline: banche, compagnie di assicurazione e riassicurazione, SIM, SGR, SICAV, intermediari finanziari ex Titolo V del Testo Unico Bancario e relative società capogruppo, istituti di pagamento, IMEL, Poste Italiane S.p.A. per l'attività di Bancoposta, Cassa Depositi e Prestiti.

Si evidenzia che non sono assoggettate al divieto le società, anche se comprese nei gruppi, che svolgono servizi accessori o strumentali, quali i servizi di back office, consulenza, informazione finanziaria, recupero crediti, gestione sinistri e immobili.

- **Rilevanza dimensionale delle imprese e/o gruppi**

Si ritiene, in sede di prima applicazione e in attesa di ulteriori chiarimenti normativi, che il divieto sia operante nei casi di intrecci di cariche tra imprese di dimensioni potenzialmente in grado di assumere rilievo sotto il profilo della tutela della concorrenza.

In particolare, il divieto di interlocking opera quando anche una sola delle imprese (o gruppi di imprese) in cui il soggetto detiene cariche, presenta un fatturato totale, realizzato a livello nazionale dall'impresa o dal gruppo di appartenenza, di almeno 47 milioni di euro.

Per fatturato si intende, per le banche e gli altri intermediari finanziari, un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine; per le imprese di assicurazione, il valore dei premi incassati¹.

Con riferimento invece alla qualità della carica ricoperta all'interno delle imprese interessate, la norma fa riferimento alla nozione di cariche analoghe, cariche supplenti, cariche di funzionario di vertice.

- **Cariche analoghe**

Per cariche analoghe deve intendersi vietato il cumulo tra qualsiasi carica nel consiglio di amministrazione, gestione, sorveglianza, nel collegio sindacale e in qualità di funzionario di vertice (esempio: amministratore con amministratore, sindaco con sindaco, ma anche amministratore con consigliere di sorveglianza, amministratore con sindaco, ecc.).

Questo divieto trova la sua valida motivazione nel fatto che qualsiasi carica, anche non esecutiva o di controllo, permette di acquisire informazioni che possono alterare la

¹ La soglia e il relativo metodo di calcolo sono stati identificati sulla base di quanto previsto dalla legge n. 287/90 (art. 16, commi 1 e 2) 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.

Gli aggiornamenti periodici della citata soglia prevista dalla legge 287/90 si estendono automaticamente anche ai fini dell'applicazione del divieto di interlocking.

relazione concorrenziale tra imprese concorrenti. Del resto, la limitazione a cariche della stessa specie avrebbe condotto a risultati illogici, portando, ad esempio, ad applicare il divieto al caso sindaco vs. sindaco e ad escluderlo nel caso amministratore vs. sindaco, nonostante quest'ultima situazione appaia, a parere di chi scrive, potenzialmente più lesiva della concorrenza rispetto alla prima.

- **Cariche supplenti**

Anche sulla base del tenore letterale della norma che si riferisce ai “titolari” delle cariche, non vanno tenuti in considerazione ai fini del divieto gli incarichi dei sindaci supplenti, fino a quando essi non comincino ad esercitare effettivamente le funzioni in supplenza.

- **Funzionario di vertice**

Per funzionario di vertice vanno considerati i direttori generali, nonché – per le imprese quotate – i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari previsti dall'art. 154-bis del TUF.

Dato il particolare carattere della nozione utilizzata nella norma si è fatto riferimento a soggetti il cui ruolo è già riconosciuto dalla legge e che quindi sono oggettivamente identificabili nell'organizzazione aziendale. Si tratta di soggetti che, data la loro posizione apicale e le rilevanti mansioni svolte, possono incidere sulle decisioni strategiche o comunque possedere informazioni rilevanti sull'attività dell'impresa. Il riferimento al direttore generale risulta inoltre coerente con il novero dei soggetti su cui già ora le Autorità di vigilanza possono dichiarare la decadenza dalla carica per difetto dei requisiti.

Per quanto riguarda il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, la sua inclusione nella nozione di “funzionario di vertice” intende tener conto della peculiarità delle società quotate, per le quali la legge individua un dirigente ad hoc cui è affidato il compito di predisporre procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio e di ogni altra comunicazione finanziaria e di attestare, unitamente agli organi amministrativi delegati, la correttezza dell'informativa resa al mercato, assumendo in relazione a tale compito la medesima responsabilità degli amministratori.

Tenuto conto di tali compiti, il dirigente preposto appare in una posizione privilegiata nell'acquisire informazioni che potrebbero essere utilizzate per promuovere comportamenti non concorrenziali.

Aspetti oggettivi e territoriali

Con riguardo agli aspetti transfrontalieri appare necessario precisare che il divieto non si applica:

- alle cariche assunte in società estere, anche se esse operano in Italia attraverso succursali;
- alle cariche assunte in succursali di imprese estere operanti in Italia.

In questi casi, infatti, non potrebbe funzionare il meccanismo prefigurato dalla norma (decadenza da entrambe le cariche, dichiarata dall’Autorità di vigilanza di settore in caso di inerzia degli organi interessati), che presuppone il carattere nazionale delle imprese comprese nell’ambito di applicazione del divieto.

Al contrario, le filiazioni di operatori esteri (società italiane a tutti gli effetti) sono destinatarie del divieto.

Il comma 2 del sopra citato disposto normativo (rapporti di controllo e di gruppo) esclude dal divieto le imprese tra le quali intercorre un rapporto di controllo ai sensi della disciplina antitrust, evidenziando quindi chiaramente che il legislatore non ha voluto considerare i rapporti interni al gruppo.

Per gli stessi motivi, le cariche assunte all’interno dei gruppi (bancari, assicurativi, finanziari) sono in ogni caso escluse dal divieto.

Per i rapporti di controllo con soggetti operanti nei settori finanziari, ma esterni ai gruppi (bancari, assicurativi, finanziari), va considerato che la nozione di controllo comprende sia le ipotesi di controllo “di diritto” (individuale o congiunto) sia le ipotesi di controllo “di fatto”.²

Le imprese interessate, pertanto, laddove ritenessero sussistenti le condizioni che integrano una situazione di controllo di fatto, sono tenute a motivare le ragioni che hanno condotto all’instaurarsi di tale situazione di controllo di fatto e conseguentemente ad adempiere l’obbligo di comunicazione di cui all’art. 16 della legge n. 287/90 alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quando siano superate le soglie previste dalla stessa legge 287/90.

² Il controllo “di fatto” tale ultima situazione, per sua natura, va valutata in concreto in coerenza con i principi applicativi della disciplina in materia di concentrazioni prevista dalla legge n. 287/90, dal Regolamento CE n. 139/04, e dai criteri contenuti nella “Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n.139/2004 del Consiglio relativo al controllo della concentrazioni tra imprese” (in GUCE 16.4.2008 C95/1).

Con riferimento invece alle joint ventures e iniziative similari, il divieto non si applica tra le cariche detenute nell'impresa risultante dalla joint venture e quelle detenute nelle società che vi partecipano³.

Per ragioni analoghe, il divieto non si applica tra le cariche detenute in imprese o in gruppi che operano nei mercati del credito, assicurativo e finanziario con finalità di supporto al settore di cui costituiscono espressione e quelle nelle imprese appartenenti al medesimo settore.

L'esclusione opera a condizione che:

- le imprese espressione del settore svolgano la propria attività in favore delle imprese appartenenti al settore stesso o in via sussidiaria rispetto all'operatività di queste ultime;
- siano adottati presidi organizzativi o di governo societario idonei ad assicurare l'autonomia della funzione di gestione dell'impresa di settore rispetto all'attività di indirizzo, supervisione o controllo da parte dei soggetti che rappresentano le imprese socie.

Con specifico riferimento ai rapporti tra gruppi di imprese, ai fini del divieto si considerano:

- i gruppi come definiti dalla normativa di settore;
- le relative società controllanti o controllate operanti nei settori finanziari; ricadono altresì nel divieto le holding di sola partecipazione che controllano direttamente un gruppo, limitatamente alle cariche detenute nella holding stessa; resta fermo che il divieto non si applica alle società strumentali.

Quanto invece ai gruppi operanti su mercati diversi, l'art. 36 fa riferimento ai gruppi di imprese che operano in concorrenza nei medesimi mercati, indipendentemente dall'ambito di attività della singola impresa di ciascun gruppo.

³ I rapporti intercorrenti tra queste e quella sono configurabili come ipotesi di controllo congiunto ai sensi della legge antitrust.

Vengono quindi ricomprese nel divieto:

- gli incroci tra cariche in imprese appartenenti a gruppi diversi, le quali – a livello individuale – sono direttamente attive in mercati concorrenti, nonché tutti i casi in cui l’interlocking riguardi almeno una capogruppo;
- le situazioni in cui le cariche ricoperte riguardano imprese, appartenenti a gruppi 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.

Le modalità di accertamento e di dichiarazione di decadenza

Spetta innanzitutto al soggetto interessato e agli organi aziendali valutare ciascuna carica al fine di verificare la sussistenza o meno di situazioni rientranti nel divieto.

Per ogni nuova nomina, i soggetti titolari di cariche che ricadono nel campo di applicazione del divieto sono tenuti a comunicare, entro 90 giorni dalla nomina, l’opzione esercitata agli organi societari competenti per l’accertamento dei requisiti.

In caso di mancato esercizio dell’opzione va comunicato l’elenco delle cariche rivestite presso altri intermediari, accompagnato da un’attestazione, sotto la propria responsabilità, che le cariche detenute non danno luogo a ipotesi di incompatibilità ai sensi dell’art. 36, indicandone dettagliatamente le ragioni.

Entro i 30 giorni dalla scadenza del termine (o dalla conoscenza della situazione che dà luogo all’applicazione del divieto) l’organo competente decide in ordine alla sussistenza o meno del divieto e, ove ne ricorrano i presupposti, dichiara la decadenza dall’ufficio dell’interessato.

Copia del verbale della riunione, analiticamente motivato in relazione alle scelte effettuate per ciascuna posizione, deve essere trasmessa entro 30 giorni all’Autorità o alle Autorità di settore competenti, nonché 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.

Le Autorità di settore, ove necessario, possono chiedere all’intermediario la documentazione esaminata e ogni altra informazione utile per verificare la sussistenza del divieto.

In caso di inerzia dell’organo aziendale competente, la decadenza è pronunciata dall’Autorità di settore competente, per tale intendendosi quella che ha rilasciato all’intermediario l’autorizzazione all’esercizio dell’attività.

In sede di prima applicazione della norma, il termine per comunicare l'esercizio dell'opzione agli organi aziendali competenti è stato il 26 aprile 2012.

Infine si evidenzia che con lo scopo di gestire casi di sopraggiunta presenza dei requisiti che attivano o attiverrebbero i divieti contenuti nell'art. 36 (come il caso in cui il livello di fatturato delle imprese coinvolte supera la soglia sopra specificata), gli organi sociali competenti dovranno effettuare una valutazione in ordine all'applicazione di tali divieti con cadenza annuale sulla base dei dati contenuti nell'ultimo bilancio.

Appare quindi evidente, come già accennato nelle premesse, che se l'azione di prevenzione sarà esercitata in primis dagli organi societari di governance, saranno soprattutto gli organi collegiali di controllo legale presenti nelle imprese che, oltre ad essere direttamente oggetto della nuova norma, si troveranno a gestire un delicato compito in quanto dovranno adoperarsi nel rilevare o, nei casi più gravi di prolungata inerzia, sostituire gli organi societari di governance nel riscontrare i casi disciplinati dall'art. 36 del decreto "Salva Italia" ponendovi il giusto rimedio secondo le modalità previste dal legislatore.

13 maggio 2012

Demauro Giuseppe