

LA
SA

Banca d'Italia

17 gennaio 1998, n. 21

Gruppo Banco di Sardegna c. Casse comunali di credito agrario

[948/12] Concorrenza bancaria - Banca in posizione dominante sul mercato di riferimento - Riorganizzazione strutturale ed espansione territoriale - Abuso di posizione dominante - Ricorre.

(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3).

[948/12] Concorrenza bancaria - Banca in posizione dominante sul mercato di riferimento - « Trasformazione » in sportelli degli Uffici di corrispondenza presso le Casse comunali di credito agrario - Abuso di posizione dominante - Ricorre - Giustificazione obiettiva e proporzionata - Sussiste.

(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3; d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 152).

[948/12] Concorrenza bancaria - Banca in posizione dominante sul mercato di riferimento - Apertura *ex novo* di nuovi sportelli - Abuso di posizione dominante - Ricorre.

(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3).

[948/12] Concorrenza bancaria - Banca in posizione dominante sul mercato di riferimento - Partecipazione di minoranza al capitale del principale concorrente - Nomina di esponenti aziendali nel consiglio d'amministrazione del principale concorrente - Abuso di posizione dominante - Ricorre.

(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3).

La riorganizzazione ed espansione della propria rete territoriale da parte di una banca in posizione dominante sul mercato di riferimento è suscettibile di ostacolare l'ingresso, ovvero l'espansione, dei concorrenti nel mercato bancario di riferimento, configurando una fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990 (1).

La riorganizzazione che il Banco di Sardegna realizza mediante « trasformazione » in sportelli degli Uffici di corrispondenza operativi presso le Casse comunali di credito agrario in base alla previsione di cui all'art. 152 del d.lgs. n. 385/1993 appare tuttavia obiettivamente giustificabile alla luce degli obblighi contemplati dalla legislazione vigente e non sproporzionata in quanto non determina un'apprezzabile alterazione della situazione concorrenziale (2).

*Costituisce invece abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990, e va vietata perché priva di giustificazioni obiettive, l'apertura *ex novo* da parte del Banco di Sardegna di 44 nuovi sportelli (3).*

La detenzione da parte di una banca in posizione dominante di una partecipazione di minoranza nel capitale di un concorrente e la presenza, seppur largamente minoritaria, di esponenti aziendali di detta banca nel consiglio d'amministrazione di tale concorrente costituiscono abuso di posizione dominante in quanto rendono possibile la condivisione d'informazioni rilevanti sulle politiche commerciali del principale competitore nel mercato di riferimento e ostacolano l'assunzione da parte dello stesso di comportamenti adeguati alle proprie necessità di concorrente (4).

La BANCA D'ITALIA,

Vista la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

Visto il d.P.R. 10 settembre 1991, n. 461;

Visto il proprio provvedimento n. 1 del 5 aprile 1993 con il quale autorizzava l'operazione di concentrazione tra il Banco di Sardegna, la Banca Popolare di Sassari, la Cassa comunale di credito agrario di Samatzai e la Cassa comunale di credito agrario di Pimentel;

Visto il contenuto dell'esponente dell'ADUSBEF (Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari e Finanziari) pervenuto alla Banca d'Italia in data 5 marzo 1996;

Vista la lettera con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha trasmesso in data 11 aprile 1996 l'esposto dell'ADUSBEF alla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 20, comma 2°, della legge n. 287/1990;

Tenuto conto del programma di articolazione territoriale contenuto nel piano strategico predisposto dal Banco di Sardegna s.p.a., pervenuto alla Banca d'Italia in data 27 settembre 1996;

Visto il proprio provvedimento n. 22/A del 25 marzo 1997, con il quale disponeva l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, comma 1°, della legge n. 298/1990, nei confronti del Banco di Sardegna s.p.a., per una presunta violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990;

Visto il proprio provvedimento n. 44/A del 15 luglio 1997, con il quale disponeva la proroga al 25 ottobre 1997 del termine di conclusione del procedimento in questione, fatto salvo l'ulteriore termine di cui all'art. 20, comma 3°, della legge n. 287/1990 per il rilascio del parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visto il proprio provvedimento n. 59/A del 24 ottobre 1997 con il quale disponeva l'ampliamento dell'oggetto del procedimento avviato con provvedimento n. 22/A del 25 marzo 1997, includendo in esso anche la fattispecie relativa alla partecipazione del Banco di Sardegna s.p.a. al capitale della Banca CIS s.p.a.;

Sentiti in data 26 giugno 1997 i rappresentanti legali e i consulenti del Banco di Sardegna s.p.a.;

Sentiti in data 18 settembre e 25 settembre 1997 i rappresentanti legali rispettivamente della Banca CIS s.p.a. e della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a.;

Sentiti nell'audizione conclusiva del procedimento del 21 ottobre 1997 i rappresentanti legali e i consulenti del Banco di Sardegna s.p.a.;

Visti gli impegni assunti dal Banco di Sardegna s.p.a. con lettera pervenuta alla Banca d'Italia il 9 dicembre 1997;

Visto il parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 20, comma 3° della legge n. 287/1990, nell'adunanza del 18 dicembre 1997;

Vista la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Visti gli atti del procedimento;

Considerato quanto segue:

I. LE PARTI.

1. Il Banco di Sardegna s.p.a. è la società posta al vertice dell'omonimo Gruppo bancario (di seguito Banco) formato oltre che dalla capogruppo, da una controllata bancaria (la Banca di Sassari s.p.a.), da tre società finanziarie e da due società strumentali. Il Banco opera prevalentemente nella Regione Sardegna, dove è presente con 210 spor-

telli su un totale di 223 detenuti a livello nazionale. La raccolta e gli impieghi totali del Banco al 31 dicembre 1996 sono pari rispettivamente a 12.980 e 12.160 miliardi. Il fatturato da considerare ai sensi dell'art. 16, commi 1° e 2° della legge n. 287/1990 (un decimo del totale dell'attivo consolidato dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine) ammonta a 2.160 miliardi di lire.

II. I FATTI DENUNCIATI.

2. L'ADUSBEF (Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari e Finanziari), in data 5 marzo 1996, ha denunciato un'operazione posta in essere dal Banco, suscettibile di costituire una violazione della legge n. 287/1990. In particolare l'ADUSBEF ha segnalato « il caso del Banco di Sardegna che si accinge a incorporare, con la formula del silenzio assenso, 206 Casse comunali di credito agrario — (di seguito CCCA) — raddoppiando in tal modo la propria rete nell'isola »; sempre secondo l'Associazione dei consumatori « a seguito dell'operazione, i consumatori sardi non avrebbero molte possibilità di scelta nel mercato creditizio oltre agli sportelli del Banco di Sardegna ».

3. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel trasmettere in data 11 aprile 1996 l'esposto in questione alla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 20, comma 2° della legge n. 278/1990, ha fatto proprie e ulteriormente sviluppato le obiezioni sollevate dall'ADUSBEF circa la realizzazione dell'operazione del Banco.

4. Secondo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'affidamento della gestione del patrimonio delle CCCA al Banco, a seguito della cessazione delle attività svolte dalle medesime, avrebbe comportato, « una nuova rilevante concentrazione nel settore creditizio », configurando una fattispecie rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1°, lett. b) della legge n. 287/1990.

5. Quanto agli effetti concorrenziali dell'operazione, secondo l'Autorità, l'affidamento in gestione del patrimonio delle CCCA al Banco, il quale contemporaneamente intenderebbe avviare un piano d'espansione attraverso l'apertura di nuovi sportelli proprio nei Comuni dove erano localizzate le CCCA, « conferirebbe al predetto istituto un notevolissimo vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti effettivi e potenziali consistente nella possibilità di localizzare i nuovi sportelli nei medesimi locali precedentemente occupati dalle Casse comunali di credito agrario ».

6. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rinviando anche al contenuto del parere reso alla Banca d'Italia in data 31 marzo 1994 in relazione alla concentrazione tra il Banco e la Banca Popolare di Sassari, ha pertanto ribadito le preoccupazioni circa la struttura concorrenziale del mercato creditizio sardo.

7. La Banca d'Italia ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/1990 nei confronti del Banco, al fine di valutare se l'operazione posta in essere dallo stesso fosse suscettibile di determinare distorsioni della concorrenza tali da configurare una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990, in quanto non ha ritenuto applicabile l'art. 5 della medesima legge per le ragioni di cui al considerando 13-20.

8. Un'ulteriore questione segnalata dalla Banca CIS s.p.a. (di seguito CIS) nel corso dell'audizione tenutasi presso la Banca d'Italia in data 18 settembre 1997 attiene al fatto che, per effetto della partecipazione detenuta dal Banco nel CIS e della previsione contenuta nell'art. 16 dello statuto CIS stesso (voto di lista), il Banco designa due amministratori nel consiglio d'amministrazione del CIS e che questi sono anche dirigenti del Banco (uno di essi ricopre inoltre una carica amministrativa all'interno del Gruppo).

9. Il CIS è la società posta al vertice dell'omonimo Gruppo bancario formato, oltre che dalla capogruppo, da una società finanziaria. Il Gruppo opera prevalentemente nella Regione Sardegna, dove è presente con 5 sportelli. La raccolta e gli impieghi totali del Gruppo al 31 dicembre 1996 sono pari rispettivamente a 936 e 3.720 miliardi. Il fatturato da considerare ai sensi dell'art. 16, commi 1° e 2°, della legge n. 287/1990 (un decimo del totale dell'attivo consolidato dallo stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine) ammonta a 497 miliardi di lire.

10. La Banca d'Italia — con provvedimento n. 59/A del 24 ottobre 1997 — ha, pertanto, ampliato l'oggetto del procedimento avviato in data 15 marzo 1997, includendo in esso anche la fattispecie relativa alla partecipazione del Banco dal capitale CIS, al fine di valutare se questa fosse suscettibile di determinare distorsioni della concorrenza ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990.

III. I MERCATI RILEVANTI.

11. Il *mercato geografico*. L'area di maggiore operatività del Banco è rappresentata dalla Regione Sardegna. Per il mercato bancario, quote significative vengono raggiunte in tutte le singole Province sarde. La Regione Sardegna e le sue Province individuano, pertanto, la dimensione geografica rilevante ai fini della presente valutazione.

12. Il *mercato merceologico*. I mercati interessati dall'operazione sono soprattutto quelli della raccolta e degli impieghi bancari. Il mercato della raccolta ricomprende i depositi in conto corrente a risparmio, liberi e vincolati, nonché i certificati di deposito e i buoni fruttiferi; tale mercato risulta rilevante dal punto di vista geografico oltre che a livello regionale anche a quello provinciale. Il mercato degli impieghi, comprensivo del credito a breve e a medio lungo termine, nelle varie forme tecniche, risulta rilevante dal punto di vista territoriale solamente a livello regionale. Considerato che il progetto industriale del Banco pone l'enfasi soprattutto sull'espansione territoriale del Gruppo nell'isola, il presente provvedimento valuta, in particolare, gli effetti dell'operazione sul mercato della distribuzione dei prodotti e servizi bancari.

IV. LA FATTISPECIE.

Le Casse comunali di credito agrario.

13. Le CCCA sono enti morali costituiti ai sensi dell'art. 13 della legge 5 luglio 1928, n. 1760 che ha convertito con modificazioni il r.d.l. 29 luglio 1927, n. 1509. SCOPO COMUNE ALLE CCCA, è quello di compiere operazioni di credito agrario di esercizio, in denaro e in natura, a norma delle disposizioni sopra richiamate e del rispettivo statuto-regolamento (1), contribuendo al miglioramento dell'agricoltura locale e delle condizioni economiche del Comune di pertinenza. Sulla base di specifico mandato le CCCA funzionano altresì, ai sensi dell'art. 3, comma 2° dello statuto del Banco, quali Uffici di corrispondenza del Banco nell'ambito del Comune di pertinenza e possono effettuare « per conto del Banco e in qualità di corrispondenti » alcune operazioni bancarie (raccolta depositi, rimborsi, incassi e pagamenti, ecc.) e lo svolgimento di servizi di

(1) Il modello di statuto-regolamento delle CCCA è stato predisposto, in maniera uniforme per tutte le CCCA, dall'Istituto di Credito Agrario per la Sardegna e approvato con nota ministeriale in data 6 aprile 1928, n. 6075.

tesoreria e di cassa per il Comune o altri enti morali aventi sede nel territorio comunale (2).

14. L'art. 152, comma 1° del d.lgs. n. 385/1993 prevede che « entro il 1° gennaio 1996 le Casse comunali di credito agrario che non raccolgono risparmio tra il pubblico devono assumere iniziative che portino alla cessazione dell'esercizio dell'attività creditizia ovvero all'estinzione degli enti stessi. Trascorso tale termine le Casse che non abbiano provveduto sono poste in liquidazione ».

15. Al fine di adempiere a tale obbligo, 206 CCCA della Sardegna hanno deliberato il conferimento del proprio patrimonio in gestione al Banco; anche a seguito dell'estinzione delle CCCA, il Banco intenderebbe trasformare in dipendenze gli Uffici di corrispondenza dello stesso già operanti presso le predette 206 CCCA.

16. L'istruttoria ha consentito di appurare quanto segue: gli Uffici di corrispondenza del Banco operanti presso le CCCA svolgono essenzialmente attività di raccolta, di cambiavalute e alcuni servizi (incasso effetti, pagamenti, cassa continua, ecc.) ma non svolgono alcuna attività erogativa, le richieste di fido avanzate dalla clientela vengono infatti convogliate presso la più vicina filiale del Banco per la relativa istruttoria. Le CCCA non raccolgono risparmio tra il pubblico ed erogano il credito agrario proprio grazie ai finanziamenti concessi loro dal Banco. L'insieme di tali attività risulta quantitativamente già ricompreso fra le attività svolte dal Banco, mentre la trasformazione degli Uffici di corrispondenza in dipendenze a operatività piena risponderrebbe a scelte organizzative interne al Banco finalizzate alla razionalizzazione della propria articolazione territoriale. L'impatto concorrenziale della trasformazione degli Uffici di corrispondenza in sportelli appare pertanto modesto, sostanzialmente unicamente nella possibilità di effettuare direttamente gli affidamenti alla clientela e nella libertà di trasferimento degli sportelli concessa dalle vigenti Istruzioni di vigilanza in materia di succursali di banche.

17. Il Banco esercita la vigilanza sulle CCCA, ai sensi del combinato disposto degli artt. 14 e 23 del r.d.l. 29 luglio 1927, n. 1509, che attribuivano originariamente tale funzione all'Istituto di Credito Agrario per la Sardegna; quest'ultimo è stato successivamente fuso nel Banco ai sensi della legge 11 aprile 1953, n. 298. La posizione di subordinazione della CCCA nei confronti del Banco è altresì testimoniata dal fatto che il consiglio d'amministrazione del Banco ha il diritto di nominare la maggioranza dei componenti l'organo amministrativo delle CCCA, cioè il Presidente e due membri su un totale di cinque componenti, ai sensi del decreto del Ministro del tesoro del 29 dicembre 1992, che ha modificato l'art. 28, comma 1° del d.m. 23 gennaio 1928, in base al quale la competenza su tali nomine era stata attribuita al Governatore della Banca d'Italia.

18. Il comma 3° del citato art. 23 del r.d.l. 29 luglio 1927, n. 1509, stabilisce che qualora le CCCA non possano funzionare, la Banca d'Italia, in qualità di successore del Ministero dell'Economia Nazionale ai sensi del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, e successive modificazioni, su proposta del Banco (che ha assunto i compiti del cessato Istituto di Credito Agrario per la Sardegna) potrà disporre che la gestione del patrimonio delle

(2) Il Banco riconosce alle CCCA, quale remunerazione del servizio di corrispondenza — oltre al rimborso delle spese operative (postali, telefoniche, amministrative, ecc.) — un compenso annuo calcolato assumendo come parametro di riferimento la media della raccolta annua di ogni CCCA.

CCCA sia assunta dal Banco medesimo. Tenuto conto che l'art. 152 del d.lgs. n. 385/1993 espressamente impedisce alle CCCA, di funzionare, il Banco avrebbe potuto in ogni caso proporre che ad esso venisse trasferita la gestione del patrimonio delle CCCA.

19. Infine, i dipendenti delle CCCA, definiti come preposti e appartenenti alla « rete secondaria », sono in carico al Banco, e le spese relative ai loro stipendi figurano nel bilancio del Banco.

20. Tali concordanti elementi fanno ritenere sussistente il controllo del Banco nei confronti della CCCA, sia ai sensi dell'art. 23, comma 2°, nn. 3 e 4 del d.lgs. n. 385/1993, sia ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7 della legge n. 287/1990. L'operazione che prevede il conferimento del patrimonio delle CCCA al Banco è, di conseguenza assimilabile ad un'operazione infragruppo tra imprese precedentemente non indipendenti, priva di rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1°, lett. b) della legge n. 287/1990.

Il piano strategico del Banco di Sardegna

21. Il Banco ha predisposto un piano di riorganizzazione e ampliamento della rete territoriale contenuto in un più ampio piano strategico, pervenuto alla Banca d'Italia in data 27 settembre 1996. Tale piano prevede:

— la trasformazione in dipendenze dei 206 Uffici di corrispondenza del Banco operanti presso le CCCA dell'isola (77 agenzie a operatività ampia, 112 « sportelli staccati » e 117 « sportelli staccati a tempo parziale »);

— la regolarizzazione di 21 sportelli della Banca di Sassari (definiti « sommersi »), per i quali quest'ultima non aveva avanzato la prescritta comunicazione preventiva all'Organo di vigilanza (3);

— l'apertura di ulteriori 44 nuovi sportelli nella Regione, di cui 22 nei capoluoghi di Provincia (Cagliari/Quartu, Nuoro, Oristano, Sassari), 12 in grossi centri non capoluogo di Provincia contraddistinti da una forte propensione al risparmio (centri a terziario avanzato quali Olbia, centri industriali e turistici quali Arzachena, Palau, S. Teodoro, Alghero, Golfo Aranci, La Maddalena, Macomer, S. Teresa, Tempio) e 10 in centri minori (4).

La posizione dominante.

22. Ai fini della ricostruzione della fattispecie occorre innanzitutto ricordare che con provvedimento n. 1 del 5 aprile 1993 della Banca d'Italia è stata chiusa l'istruttoria relativa alla concentrazione tra il Banco e la Banca Popolare di Sassari. Nel provvedimento in questione si rileva che l'operazione di concentrazione, pur determinando la costituzione di una posizione dominante nei mercati di riferimento, non eliminava o ri-

(3) Questi 21 sportelli della Banca di Sassari non figurano nelle statistiche di vigilanza ma la loro operatività è comunque ricompresa nei dati consolidati del Gruppo Banco di Sardegna; essi sono situati nei seguenti Comuni: Capoterra, Carloforte, Guspini, Iglesias, Monastir, Nuraminis, Pula, San Sperate, Serramanna (in Provincia di Cagliari), Bolotana, Budoni, Mamoiada, Ottana, Ponara (in Provincia di Nuoro), Paulatinu (in Provincia di Oristano), Arzachena, Ozieri, Porto Cervo, Stintino, Tempio Pausania, Valledoria (in Provincia di Sassari).

(4) Più precisamente nei Comuni di: Assemini, Capoterra, Carbonia, Iglesias, Guspini, Porto Torres, S. Antioco, Selargius, Sinnai, Villacidro.

duceva in modo sostanziale e durevole la concorrenza (5). L'operazione di acquisizione della Banca Popolare di Sassari è stata quindi autorizzata dalla Banca d'Italia a condizione che il Banco, al fine di attenuare gli effetti dell'operazione sulla situazione concorrenziale del mercato bancario della Sardegna, non espandesse la propria rete territoriale in determinate aree geografiche maggiormente concentrate e procedesse alla chiusura di alcuni sportelli entro due anni dalla data di notifica del citato provvedimento.

23. Con riferimento al 30 giugno 1997, per quanto concerne la raccolta del Banco si rileva una consistente posizione di mercato nella Regione Sardegna (54,98%) e nelle singole Province (Cagliari: 41,41%; Nuoro: 78,22%; Oristano: 68,03%; Sassari: 63,14%). Per gli impieghi, la quota di mercato a livello regionale è pari al 41,85%.

24. Dal confronto fra le quote di mercato detenute dal Banco, rispettivamente al 31 dicembre 1991 (dati contenuti nel provvedimento della Banca d'Italia n. 1 del 5 aprile 1993) e al 30 giugno 1991, emerge una diminuzione del suo potere di mercato. Il provvedimento n. 1/1993 ha, pertanto, avuto effetti sulla situazione concorrenziale della Sardegna; in particolare, oltre a essersi registrate riduzioni generalizzate delle quote di mercato del Banco sulla raccolta e sugli impieghi, sono anche diminuite le quote calcolate sugli sportelli nelle due Province (Nuoro e Oristano) nelle quali la Banca d'Italia aveva bloccato l'espansione territoriale del Banco.

Pertanto, nonostante tali diminuzioni, sulla base dei dati menzionati e della giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza, il Banco detiene tuttora una posizione dominante sul mercato bancario della Sardegna (6).

(5) Circa la persistenza di una tale posizione in capo al Banco, va ricordato che la definizione di « posizione dominante » generalmente usata dalla Commissione europea e accettata dalla Corte di Giustizia (cfr. caso *United Brands v. Commission*) si riferisce al « potere economico detenuto da un'impresa che la rende capace di prevenire che la competizione effettiva venga mantenuta nel mercato rilevante conferendole l'abilità di comportarsi in maniera apprezzabile indipendentemente da competitori e consumatori ». In ordine all'accertamento della dominanza, la Commissione prende in esame i seguenti fattori:

— quote di mercato. Esse non costituiscono un elemento concludente; tuttavia in *Hoffmann-La Roche v. Commission* la Corte di Giustizia ha affermato che quote di mercato particolarmente alte sono di per se stesse, e salvo circostanze eccezionali, evidenza dell'esistenza di una posizione dominante. In *AZKO Chemie BV v. Commission* la Corte di Giustizia ha affermato che quote di mercato del 50% possono essere considerate tali e, di conseguenza, in assenza di circostanze eccezionali che provino il contrario, un'impresa con tali quote sarà considerata dominante; tale impresa dovrà sostenere l'onere di provare di non essere dominante. La Corte di Prima Istanza e la Commissione hanno affermato (cfr. *United Brands*) che un'impresa con quote pari al 40-45% del mercato era dominante. Nel decimo rapporto della Commissione sulla politica di concorrenza, la Commissione ha preso la posizione che una posizione dominante può essere in generale affermata quando un'impresa detiene quote di mercato pari al 40-45%;

— il potere di mercato deve esistere per un arco di tempo particolarmente ampio;

— quote di mercato dei competitori e indici di concentrazione dell'offerta;

— pressioni competitive provenienti dall'esterno del mercato. Ciò porta a considerare l'esistenza di barriere all'entrata di tipo economico; queste ultime esistono solo quando un nuovo entrante deve affrontare costi superiori a quelli sostenuti dall'impresa già presente sul mercato;

— condotta e performance dell'impresa.

(6) Lo stesso piano sportelli del Banco (cfr. p. 296) fa presente che « i dati nello stesso contenuto, se considerati in un'ottica di mero rapporto Comuni/sportelli, forniscono un quadro nel quale si evidenzia una posizione dominante del Gruppo rispetto al resto delle banche presenti in Sardegna ».

Quote di mercato del Gruppo Banco di Sardegna
(al 31 dicembre 1991)
(dati contenuti nel provvedimento n. 1 del 1993)

	depositi	impieghi (7)	sportelli
Reg. Sardegna (8)	63,43%	52,34%	59,25% (160/270)
Cagliari	50,65%	40,98%	43,15% (41/95)
Nuoro	83,87%	67,05%	71,87% (23/32)
Oristano	74,82%	46,94%	66,66% (12/18)
Sassari	68,68%	64,86%	64,28% (45/70)

Quote di mercato del Gruppo di Sardegna
(al 30 giugno 1997)

	depositi	impieghi	sportelli
Reg. Sardegna	59,98%	41,85%	54,83% (210/383)
Cagliari	41,41%	32,58%	46,99% (86/183)
Nuoro	78,22%	52,17%	64,29% (27/42)
Oristano	68,03%	45,17%	48,15% (13/27)
Sassari	63,14%	50,41%	64,12% (84/131)

25. Il progetto d'espansione territoriale del Banco costituisce, in parte, una forma di reazione all'espansione dei competitori (9) che porterebbe a rafforzare la posizione dominante già rilevata. Tale rafforzamento verrebbe a determinarsi in parte a causa della trasformazione degli Uffici di corrispondenza in sportelli a piena operatività, dato che i costi di struttura sarebbero inferiori a quelli che dovrebbe sopportare un nuovo concorrente per porre in essere un'operazione analoga (10); esso risulterebbe inoltre parti-

(7) Le quote di mercato riferite agli impieghi nei due periodi considerati non sono perfettamente confrontabili a causa delle diverse modalità di calcolo utilizzate.

(8) Il dato relativo alle quote regionali è riferito alla situazione dal 30 giugno 1992 (cfr. Provv. n. 1/1993 della Banca d'Italia).

(9) Almeno per quanto concerne i nuovi insediamenti nei capoluoghi di Provincia (cioè 22 dei nuovi 44 sportelli, cfr. all. 9, p. 3 della memoria difensiva), lo stesso Banco — dopo aver rilevato il forte calo della presenza del Gruppo dovuto all'aggressiva e localizzata politica di nuovi insediamenti portata avanti dalle altre banche (in particolare nelle aree più sensibili alla concorrenza, fra il 1988 e il 1995, l'incidenza degli sportelli del Gruppo ha fatto registrare un calo di oltre sette punti percentuali, con un'ancora più sensibile riduzione del corrispondente indice di « potere di mercato ») — considera di « porre rimedio a una situazione compromessa sia dell'attività della concorrenza sia dalla mancata reazione del Gruppo ».

(10) Secondo una delle definizioni comunemente usate nel diritto della concorrenza una barriera all'entrata è il costo di produzione che deve essere sostenuto dall'impresa che desidera entrare sul mercato ma che non è sostenuto dalle imprese già presenti sul mercato (cfr. STIGLER, *The Organisation of Industry*, 1968, p. 67). Nell'attuazione delle trasformazioni in questione il Banco sfrutterebbe il vantaggio competitivo consistente nella possibilità di disporre, per tali sportelli, dei

colarmente rilevante dell'apertura di 44 nuovi sportelli in aree della Regione di elevato interesse bancario, che di fatto renderebbe poco profittabile l'ingresso su tali mercati per i concorrenti potenziali.

26. Nella sostanza, attraverso tali comportamenti, il Banco segnala la propria capacità — e intenzione — di rispondere a eventuali nuovi ingressi sul mercato ampliando l'offerta di servizi. La creazione di un eccesso di capacità produttiva sul mercato bancario della Sardegna, saturando il mercato, può costituire un deterrente all'entrata di nuovi competitori ovvero all'espansione di quelli già presenti.

27. Secondo i consolidati principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di concorrenza, l'impresa in posizione dominante ha una « speciale responsabilità » in ragione della quale alla medesima impresa è fatto divieto di porre in essere qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o a ostacolare lo sviluppo nei mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già attenuato (11). Prevenire lo sviluppo della concorrenza attraverso la creazione di barriere all'entrata che rendano più difficile per altre imprese entrare, ovvero — più semplicemente — operare, sul mercato può costituire un comportamento anti-competitivo di questo tipo.

28. Inoltre, la Corte di Giustizia ha negato la necessità di un nesso causale tra il potere di mercato detenuto dall'impresa in posizione dominante e il presunto abuso del comportamento della stessa; secondo la Corte è possibile abusare di una posizione dominante anche senza esercitare, ovvero basandosi sul proprio potere di mercato. Ad esempio, nel caso *Continental Can*, la Corte ha sostenuto che è un abuso da parte di una società in posizione dominante anche il semplice potenziamento del proprio potere di mercato sotanzialmente volto a eliminare la competizione attraverso l'acquisizione ostile di un rivale.

La partecipazione del Banco di Sardegna al capitale della Banca CIS.

29. Il 18 settembre 1997, nell'ambito del procedimento istruttorio avviato, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/1990, nei confronti del Banco per un presunto abuso di posizione dominante si è svolta un'audizione con il CIS. Quest'ultimo è il principale competitor del Banco in termini di impieghi totali erogati nella Regione Sardegna.

30. Nel corso dell'audizione il CIS ha fatto presente che per effetto della partecipazione detenuta dal Banco del CIS (12) e della previsione contenuta nell'art. 16 del proprio statuto (volto di lista), il Banco designa 2 dei 12 membri del consiglio d'amministrazione del CIS; questi due consiglieri sono dirigenti del Banco e uno di essi ricopre anche una carica amministrativa all'interno del Gruppo. Secondo quanto riferito dal CIS nel corso dell'audizione, la nomina da parte del Banco di due amministratori del CIS

medesimi locali precedentemente occupati dalle CCCA e di poter utilizzare il personale delle CCCA, già in carico al Banco. La maggioranza delle CCCA opera con due dipendenti (il numero totale dei dipendenti delle 206 CCCA è pari a 440 unità).

(11) Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, caso *Hoffman-La Roche*, causa n. 85/1976, in *Raccolta*, 1979, p. 461 ss.

(12) In data 28 febbraio 1992, l'assemblea straordinaria del CIS ha approvato il progetto di trasformazione in società per azioni a quella data la partecipazione del Banco era pari al 17,9% del capitale sociale del CIS, mentre quella della Banca Popolare di Sassari si attestava al 4,48%. Per effetto della non sottoscrizione da parte del Gruppo Banco di Sardegna di due successivi aumenti di capitale del CIS, tali partecipazioni sono ridotte, rispettivamente, al 13,04% e al 3,26%.

« costituisce un effettivo ostacolo alla realizzazione di politiche concorrenziali nei confronti del Banco, se non altro perché quest'ultimo viene informato in anticipo sugli orientamenti strategici della Banca CIS ».

31. Il CIS, oltre che al Banco, risulta partecipato dal Ministero del tesoro, dalla Regione Sardegna, e dal Banco Ambrosiano Veneto che — per effetto della previsione contenuta nell'art. 16 dello statuto sociale — nominano rispettivamente 5, 4 e 1 amministratori. Considerato inoltre che non risultano patti parasociali idonei a conferire il controllo a uno o più tra i predetti azionisti, la formazione della volontà consiliare è potenzialmente soggetta al mutare delle alleanze tra i soci. In questo contesto, la detenzione della partecipazione e la presenza di esponenti del Banco nel consiglio d'amministrazione del CIS, poiché consente la condivisione d'informazioni rilevanti, determina la possibilità che il Banco, votando in assemblea e in consiglio d'amministrazione, influenzi la gestione del CIS e modifichi di conseguenza il proprio comportamento concorrenziale.

32. La rilevanza concorrenziale di una partecipazione di minoranza in un'impresa concorrente detenuta dall'impresa in posizione dominante è stata oggetto di scrutinio in sede comunitaria. La Corte di Giustizia dell'UE nel caso Philip Morris ha affermato che se l'acquisizione di una partecipazione, anche di minoranza, in un'impresa concorrente crea una struttura atta a promuovere una cooperazione commerciale, tale acquisizione restringe la concorrenza (13). Per la Commissione UE l'acquisto da parte di un operatore in posizione dominante di una partecipazione di minoranza in un'impresa concorrente consente la potenziale influenza del primo sulle politiche commerciali della seconda (cfr. casi riuniti Warner-Lambert/Gillette e altri e BIC/Gillette e altri) (14). In applicazione di questa affermazione, l'acquisizione di una partecipazione da parte di Gillette del 22% del capitale di un concorrente è stata condizionata all'assunzione di un impegno a non esercitare i diritti di azionista (cfr. par. 25 della decisione).

33. Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, recependo gli orientamenti comunitari, ha affermato che « l'acquisto di una partecipazione di minoranza in una società direttamente concorrente non rientra nell'ambito di applicazione della normativa a tutela della concorrenza solo laddove questo acquisto risponda ad una mera finalità d'investimento finanziario passivo. La fattispecie risulta invece vietata ogni qualvolta si accerti che essa costituisce un mezzo idoneo a influire sul comportamento commerciale delle imprese in questione, in modo da restringere o falsare il gioco della concorrenza sul mercato » (cfr. caso Parmalat/Granarolo Felsinea) (15).

34. La partecipazione al capitale e la presenza di propri esponenti nel consiglio d'amministrazione del CIS determina il coinvolgimento del Banco nella formazione degli indirizzi gestionali di quest'ultima; in questo modo si può astrattamente realizzare una fattispecie lesiva della concorrenza (cfr. caso Carige/Cassa di Risparmio di Savona) (16).

(13) Corte di Giustizia, caso BAT et Reynolds v. Commission, del 17 novembre 1987, Affari congiunti nn. 142 e 156/1984, *Rec.*, p. 4487.

(14) Descrizione del 10 novembre 1992, in *GUCE*, L 116, p. 21.

(15) Provvedimento n. 3086 dell'8 giugno 1995, pubblicato sul *Bollettino dell'Autorità garante*, n. 23 del 1995, p. 5 ss.

(16) Provvedimento della Banca d'Italia n. 19 del 20 febbraio 1997, pubblicato sul *Bollettino dell'Autorità garante*, n. 8/1997, p. 79 ss.

35. Nel valutare la conformità del comportamento in esame con la disciplina posta a tutela della concorrenza, la Banca d'Italia tiene conto del fatto che il Banco si trova in posizione dominante in Sardegna, posizione già rilevata nel citato provvedimento n. 1 e riscontrata nei dati al 30 giugno 1997, e che tale posizione verrebbe ulteriormente rafforzata dall'apertura dei 44 nuovi sportelli.

36. Oltre alla detenzione di una partecipazione di minoranza e alla possibilità di nominare più amministratori in un'impresa concorrente, esistono ulteriori elementi che nella fattispecie concreta inducono a ritenere che si possa verificare uno sfruttamento abusivo del vantaggio competitivo detenuto dal Banco, quale ad esempio l'esercizio di fatto di poteri di veto su rilevanti decisioni aziendali, secondo anche quanto denunciato dal CIS.

37. Per le suddette motivazioni la fattispecie in esame comporta un ulteriore restringimento della concorrenza sui mercati ove operano le due imprese. La partecipazione del Banco nel CIS appare, pertanto, suscettibile di configurare, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990, un'ipotesi di abuso di posizione dominante sui mercati interessati tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

38. La fattispecie in esame non rientrava fra i comportamenti presi in considerazione nel menzionato provvedimento n. 22/A del 25 marzo 1997; considerata l'opportunità di valutare i comportamenti in questione nell'ambito del procedimento già avviato, stante l'identità del mercato rilevante e del soggetto autore dei presunti abusi, la Banca d'Italia ha ritenuto di ampliare l'oggetto del procedimento citato, includendo in esso la fattispecie relativa alla partecipazione del Banco al capitale del CIS.

V. RISULTANZE ISTRUTTORIE.

Il piano di espansione territoriale.

39. L'esistenza di un eccesso di capacità produttiva dell'industria bancaria sarda nel caso di attuazione del progetto di espansione territoriale del Banco appare confermata dalla riduzione che si verrebbe a registrare nel rapporto depositi/sportelli dell'isola rispetto al dato medio nazionale. L'attuale rapporto depositi/sportelli dell'isola — calcolato, com'è ovvio senza tenere conto delle CCCA, le quali nell'attuale configurazione giuridica non effettuano raccolta di fondi — è pari al 48,22 miliardi di raccolta per sportello; il confronto fra questo rapporto e il dato medio nazionale (41,12), consente di evidenziare una certa capacità di assorbimento di nuovi sportelli nei mercati di riferimento dell'isola. Tuttavia, nel caso di integrale attuazione del progetto di espansione territoriale del Banco, lo stesso rapporto nell'isola scenderebbe a un valore nettamente inferiore (28,24), il più basso fra tutte le Regioni italiane.

40. La lesività di strategie del tipo descritto (eccesso di capacità produttiva come possibile barriera all'entrata) è stata già affermata dalle Autorità *antitrust* (17). Secondo la giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza, il comportamento abusivo può

(17) In genere si veda ad esempio per la Commissione UE la Relazione sulla politica di concorrenza del 1995). Inoltre, l'Autorità *antitrust* statunitense (cfr. la sentenza contro Aluminum Company of America - Alcoa), ha affermato che: « non è inevitabile che Alcoa debba sempre anticipare aumenti della domanda ed essere preparata a soddisfarli quando si verificheranno. Niente impone al Alcoa di raddoppiare la propria capacità produttiva prima che altri entrino sul mercato. Alcoa ha affermato di non avere intenzione di escludere i competitori, ma non è possibile pensare ad una più efficace esclusione che quella di soddisfare progressivamente ogni nuova opportunità

anche essere volto a preservare il potere di mercato (cfr. considerando 27 e i casi BT/MCI e Atlas-Phoenix). La Corte e la Commissione hanno in particolare condannato « abusi escludenti », cioè comportamenti volti a estromettere competitori e a impedire la concorrenza effettiva nel mercato di riferimento, quali ad esempio l'applicazione di prezzi predatori per un limitato periodo di tempo. Per questa via la Commissione e la Corte condannano anche la creazione o il rafforzamento di barriere economiche all'entrata (18).

41. Nel caso *Michelin v. Commissione* il Tribunale di Prima Istanza ha affermato che la normativa sull'abuso di posizione dominante copre « pratiche che possono avere l'effetto di cambiare la struttura del mercato » dove, come diretto risultato della presenza dell'impresa in questione, la competizione è stata già ridotta e che, attraverso il ricorso a metodi differenti rispetto a quelli tipicamente posti in essere in una situazione competitiva « normale », hanno l'effetto di limitare o restringere il mantenimento o lo sviluppo del livello di concorrenza ancora esistente nel mercato.

42. Per una completa valutazione del caso in questione e al fine d'individuare la ricorrenza dell'abuso, è altresì necessario appurare che non esistano circostanze eccezionali che giustifichino una determinata pratica posta in essere da un'impresa in posizione dominante; queste devono però costituire giustificazioni obiettive (ad es. è lecito rifiutare di rifornire un distributore che non può ricevere da altri la stessa materia prima nel caso in cui il distributore stesso sia insolvente). La presenza di una giustificazione obiettiva per una determinata condotta rende possibile distinguere i comportamenti commerciali legittimi da quelli contrari alla disciplina della concorrenza.

43. Nel caso di specie, una giustificazione obiettiva dell'operazione deriva dall'obbligo, previsto nell'art. 152 del testo unico bancario, per le CCCA di assumere iniziative che portino alla cessazione dell'esercizio dell'attività creditizia ovvero alla loro estinzione attraverso l'istituto della liquidazione, entro il 1° gennaio 1996 e dalla necessità che il Banco, in qualità di controllante delle stesse, ne acquisisca il patrimonio dovendo in ogni caso continuare a sopportare i relativi costi di struttura.

44. Il comportamento anticoncorrenziale, oltre che giustificabile, deve tuttavia essere anche proporzionale; nel difendere i suoi legittimi interessi, un'impresa in posizione dominante non deve adottare misure più restrittive di quanto non sia strettamente necessario per ottenere i risultati legittimi che l'operazione si prefigge (19).

che si apre, ovvero di fronteggiare ogni nuovo entrante con nuova capacità produttiva già creata in un'organizzazione di notevoli dimensioni ».

(18) Nel recente caso *Boeing/McDonnell Douglas* la Commissione ha accertato che l'acquisizione della *Douglas Aircraft Company (DAC)*, la divisione aeroplani commerciali della *MCD*, la cui attività ha avuto un forte declino negli ultimi anni) da parte della *Boeing*, avrebbe consentito a quest'ultima di beneficiare, in ogni caso, del rimanente potenziale competitivo della *DAC*. L'acquisizione di un tale vantaggio costituisce, ai sensi della legge comunitaria, un rafforzamento di una posizione dominante idoneo a produrre altresì un effetto di chiusura del mercato a potenziali competitori. Alla fine della procedura la *Boeing* si è impegnata, tra l'altro, a mantenere *DAC* come un'entità legalmente separata per un periodo di 10 anni e a fornire alla Commissione rapporti annuali sui risultati di *DAC*, certificati da una società indipendente.

(19) I principi di giustificazione obiettiva e di proporzionalità fanno ora parte dell'analisi condotta ritualmente dalla Commissione e accolta dalla Corte di Giustizia nei casi più recenti: sentenza *Centre Belge d'Etudes de Marché Télé-marketing v. CLT* del 1986; decisione *Eurofix-Bauco v. Hilti* del 1998; sentenza *Tetra Pak (I) Rausing SA v. Commissione* del 1991; sentenza *BPB Industriels plc and British Gypsum v. Commissione* del 1993.

45. Dalla memoria presentata dal Banco si evince che oltre l'80% della CCCA, vale a dire 167 su un totale di 206, è ubicato in Comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e dove non sono presenti altre banche concorrenti del Banco. Uno dei principali competitori del Banco nell'isola, nel corso dell'audizione, ha considerato di scarso interesse l'espansione della propria rete territoriale in questi Comuni.

46. Dei rimanenti 39 centri con popolazione superiore ai 3.000 abitanti nei quali esiste una CCCA soltanto 17 dispongono di altri sportelli oltre a quello dell'Ufficio di corrispondenza del Banco; in 5 casi si tratta di dipendenze della Banca di Sassari e in un caso di dipendenza del Banco. In 11 di questi 17 Comuni operano congiuntamente sportelli di banche concorrenti.

47. L'operazione di regolarizzazione dei 21 sportelli « sommersi » dalla Banca di Sassari riveste un carattere meramente formale e, pertanto, non modifica la situazione competitiva preesistente.

48. Considerato quanto esposto nei punti precedenti, si rileva che l'unica operazione contemplata nel piano strategico del Banco idonea a produrre un ampliamento non giustificato obiettivamente della rete territoriale del Banco, è costituita dall'apertura di 44 nuovi sportelli nelle aree geografiche sopra indicate.

La partecipazione del Banco di Sardegna al capitale della Banca CIS.

49. La partecipazione detenuta e la nomina da parte del Banco di due amministratori del CIS costituisce indubbiamente un vantaggio per il Banco che, in presenza della posizione dominante dallo stesso detenuta, può essere utilizzato in modo anticoncorrenziale.

50. Dal punto di vista della tutela della concorrenza, la partecipazione del Banco al capitale del CIS può avere almeno tre implicazioni. Prima di tutto essa consente una certa influenza del Banco sul CIS. In secondo luogo, essa può produrre coordinamento nel comportamento delle due banche senza che le stesse si concertino. Infine, essa dà la possibilità al Banco di beneficiare d'informazioni privilegiate sulla politica commerciale e i risultati aziendali del CIS.

51. Secondo la giurisprudenza comunitaria (cfr. considerando 32) la disponibilità d'informazioni sul comportamento concorrenziale di un competitor restringe in maniera sensibile la concorrenza in quanto il soggetto partecipante potrebbe servirsi per aggiustare la propria politica commerciale. I rappresentanti del Banco hanno affermato nel corso dell'istruttoria che l'acquisizione della partecipazione nel CIS deriva da motivazioni storiche, era originariamente diretta ad assicurare un azionariato stabile al CIS ed era orientata da ragioni di tipo finanziario.

52. Da ultimo, con lettera del 19 novembre u.s. il Banco ha comunicato alla Banca d'Italia che i propri rappresentanti nel consiglio d'amministrazione del CIS hanno formalmente rassegnato le loro dimissioni. Tale circostanza, nonché la volontà del Banco — espressa con delibera del consiglio d'amministrazione del 3 novembre u.s. — di dismettere la partecipazione detenuta nel CIS appare idonea a far venir meno il rischio d'interferenza nelle autonome decisioni del CIS (20).

53. Sempre secondo quanto riferito dal Banco, anche se nel prossimo futuro non si

(20) Tale volontà appare confermata dal fatto che il Banco si è più volte dichiarato non disposto a sottoscrivere aumenti di capitale del CIS.

riuscisse a vendere la partecipazione nel CIS, all'atto del rinnovo del consiglio d'amministrazione della partecipata, previsto alla scadenza del triennio 1996/1998 (e cioè in occasione dell'approvazione del bilancio al 31 dicembre 1998), gli amministratori eventualmente designati dal Banco, ai sensi dell'art. 16 dello statuto del CIS, saranno individuati tra nominativi che non siano esponenti del Banco e, comunque, saranno scelti in modo da assicurare l'assoluta imparzialità.

VI. GLI IMPEGNI ASSUNTI DAL BANCO DI SARDEGNA.

54. Con lettera pervenuta alla Banca d'Italia in data 9 dicembre 1997, il Banco, al fine di favorire una soluzione delle problematiche concorrenziali emerse nel corso dell'istruttoria ha assunto un serie di impegni.

55. Con riguardo alla partecipazione del Banco nel CIS, il Banco ha confermato le dimissioni con efficacia immediata di due amministratori del CIS, da esso designati; la dichiarata volontà di dismettere la partecipazione detenuta nel CIS, approvata con formale delibera del consiglio d'amministrazione, l'impegno a far sì che, in ogni caso, gli amministratori ulteriormente ed eventualmente designati dal Banco ai sensi dell'art. 16 dello statuto del CIS, saranno individuati tra nominativi che non siano esponenti del Banco (che non siano, quindi né amministratori, né membri del collegio sindacale, né dipendenti del Banco) e, comunque saranno scelti in modo da assicurare l'assoluta imparzialità.

56. Con riguardo al progetto d'espansione territoriale, il Banco ha assunto i seguenti impegni, anch'essi aventi efficacia immediata:

a) il Banco rinuncia all'ampliamento della propria rete commerciale in Sardegna attraverso l'apertura di 44 nuovi sportelli e s'impegna a non avanzare istanze di nuove aperture nell'isola per un periodo di tre anni;

b) tutti gli attuali 206 Uffici di corrispondenza presso le CCCA verrebbero trasformati in sportelli, con il limite che, nei Comuni in cui coesistono unicamente con altri sportelli del Banco, uno di essi verrebbe chiuso entro un anno dalla notifica del provvedimento di chiusura dell'istruttoria;

c) relativamente ai 21 sportelli « sommersi » della Banca di Sassari, nei Comuni in cui coesistono unicamente con altri sportelli del Banco, uno di essi verrebbe chiuso entro un anno dalla notifica del provvedimento di chiusura dell'istruttoria;

d) il Banco assume l'impegno di non procedere al trasferimento in altri Comuni della Sardegna degli sportelli di cui ai punti b) e c) per un periodo di tre anni decorrenti dalla notifica del provvedimento di chiusura dell'istruttoria, fatta eccezione per n. 12 sportelli all'anno per l'intero Gruppo, numero ritenuto minimo per corrispondere alle esigenze d'efficienza allocativa o funzionale del Gruppo complessivamente considerato.

VII. CONCLUSIONI.

57. L'analisi compiuta nel corso dell'istruttoria ha confermato l'esistenza di una posizione dominante in capo al Banco sul mercato bancario della Sardegna e, tenuto conto che l'impresa in posizione dominante ha una « speciale responsabilità » per i profili di concorrenza (cfr. considerando 27 e 41; parere dell'Autorità garante, considerando 18), ha riscontrato comportamenti del Banco idonei a pregiudicare il corretto gioco della concorrenza. In particolare:

a) la detenzione di una partecipazione e la presenza di esponenti del Banco nel consiglio d'amministrazione del CIS hanno reso possibile la condivisione di informa-

zioni rilevanti sulle politiche commerciali del principale competitore sugli impieghi in Sardegna, ostacolando così l'assunzione da parte dello stesso di comportamenti adeguati alle proprie necessità di concorrente. Tale circostanza costituisce una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990;

b) la prospettata riorganizzazione ed espansione della rete territoriale in Sardegna — tramite la trasformazione in sportelli delle CCCA, la regolarizzazione di alcuni sportelli a operatività limitata e, in particolare, l'apertura di 44 nuovi sportelli — è suscettibile di ostacolare l'ingresso, ovvero l'espansione, dei concorrenti nel mercato bancario di riferimento, configurando una fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990.

58. Occorre tuttavia considerare che:

a) gli amministratori designati dal Banco nel consiglio d'amministrazione del CIS hanno rassegnato le dimissioni con efficacia immediata ed il Banco ha dichiarato di voler dismettere la partecipazione nel CIS;

b) la trasformazione in sportelli degli Uffici di corrispondenza operativi presso le CCCA appare obiettivamente giustificabile alla luce degli obblighi contemplati nella legislazione vigente e non sproporzionata in quanto non determina un apprezzabile alterazione della situazione concorrenziale; gli stessi competitori del Banco hanno manifestato scarso interesse a coprire con propri punti operativi le aree geografiche nelle quali erano localizzate le CCCA;

c) l'attività dei 21 sportelli « sommersi » della Banca di Sassari era già ricompresa, nell'ambito delle valutazioni per i profili di concorrenza della Banca d'Italia, in quella complessiva del Banco;

d) il Banco ha assunto nel corso dell'istruttoria una serie d'impegni — in particolare prevedendo la sostanziale invarianza dell'attuale rete operativa in Sardegna — idonei a evitare la saturazione del mercato, a eliminare la potenziale lesività dei propri comportamenti e a migliorare le condizioni di offerta dei prodotti e servizi bancari nelle aree geografiche meno appetibili per gli altri competitori.

Sulla base delle suesposte considerazioni:

Dispone

a) che, nell'ambito del progetto di espansione della rete territoriale del Banco, la prospettata apertura di 44 nuovi sportelli è tale da determinare un ostacolo all'ingresso, ovvero all'espansione, dei concorrenti nel mercato bancario regionale e, pertanto, è suscettibile di costituire una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990;

b) che la detenzione di una partecipazione e la presenza di esponenti del Banco nel consiglio d'amministrazione del CIS hanno attribuito un indebito vantaggio informativo al Banco circa le politiche commerciali del principale competitore sugli impieghi nell'isola, in violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990;

c) che i comportamenti di cui ai punti a) e b) sono venuti meno a seguito degli impegni assunti dal Banco nei confronti della Banca d'Italia;

d) che, in ragione della non gravità dell'infrazione di cui al precedente punto b), al Banco non venga applicata la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 15 della legge n. 287/1990;

e) che il Banco, nel termine di 180 giorni e successivamente con periodicità semestrale per un periodo di tre anni dalla data di notificazione del presente provvedimento, presenti una relazione illustrativa in ordine alla realizzazione degli impegni as-

sunti, e in particolare alla prospettata dismissione della partecipazione nel CIS, la Banca d'Italia, si riserva sin d'ora di verificare l'attuazione degli impegni assunti dal Banco e di adottare i provvedimenti idonei a far cessare eventuali violazioni della legge n. 287/1990.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi della legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al Tar Lazio, ai sensi dell'art. 33, comma 1°, della legge n. 287/1990, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL GOVERNATORE DELLA BANCA D'ITALIA

(1-4) La « seconda volta » del Banco di Sardegna (nuovi spunti in tema di *anti-trust* bancario).

SOMMARIO: 1. Una premessa (specialmente sul significato « politico » della decisione). — 2. Fatto (con qualche accenno all'antefatto). — 3. La decisione (perplesso, ma annunciata). — 4. Il *background*: Casse di credito agrario e loro appartenenza al Banco di Sardegna. — 5. La natura giuridica della « relazione » tra Banco e Casse. — 6. Il fatto « nuovo » della soppressione disposta dal testo unico in materia bancaria. — 7. Il problema qualificatorio sotto il profilo *anti-trust*: concentrazione infragruppo? — 8. La valutazione della concentrazione infragruppo in base alla disciplina degli abusi di posizione dominante. — Il problema del cumulo o dell'alternatività delle tutele. — 9. Il problema dell'utilizzabilità della norma sull'abuso a impedire riorganizzazioni di gruppo e comunque comportamenti di crescita endogena. L'ultima « frontiera » della « speciale responsabilità » dell'impresa in posizione dominante? — 10. Il « taciuto » collegamento con il provvedimento del 1993. Il problema delle condizioni di durata ai sensi dell'art. 6. — 11. Il « collegamento personale » e il « secondo » taciuto collegamento con il provvedimento del 1993. — 12. Conclusioni (sull'importanza di un « giudice » specializzato).

1. Il recente provvedimento della Banca d'Italia pubblicato in epigrafe propone per la prima volta, nel nostro ordinamento, l'utilizzo della norma sull'abuso di posizione dominante a reprimere forme di crescita endogena dell'impresa (bancaria). Esso dà altresì applicazione oltremodo severa — sempre sotto il profilo dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 — alla precedente giurisprudenza *anti-trust*, maturata in contesto comunitario e nazionale, circa gli scambi d'informazioni e l'assunzione di partecipazioni minoritarie nel capitale di un concorrente. Per una serie di ragioni che indicherò qui di seguito la decisione non sembra idonea ad inaugurare un orientamento applicativo che possa essere tenuto. Tuttavia essa, per quanto influenzata in modo determinante dalle peculiarità del caso di specie e, a mio modo di vedere, errata nel processo argomentativo, sembra segnalare al mercato che la Banca d'Italia attribuisce ormai rilievo centrale alla competitività del sistema bancario. La decisione allontana dunque, se non abiura, certe passate « indulgenze » nell'applicazione della normativa *anti-trust* che portarono molti a dubitare dell'opportunità di conservare in capo alla Banca d'Italia anche la competenza d'Autorità garante della concorrenza di settore. E invero non pare casuale che tanta severità d'*enforcement* si sia avuta proprio in un nuovo caso « Banco di Sardegna »: quasi che il nuovo intervento, indubbiamente dovuto anche alle inadeguatezze proprie del primo « Banco di Sardegna/Banco di Sassari » del 1993 (1), dovesse servire

(1) Banca d'Italia, 5 aprile 1993, n. 1, in questa *Rivista*, 1993, II, p. 477, con osservazioni (critiche) di SARTI, *Presupposti e poteri d'intervento anti-trust sulle concentrazioni bancarie nazionali*, *ivi*, a p. 483 ss.

a smentire coloro che — in verità non del tutto giustamente — esibivano il primo provvedimento « Banco di Sardegna » come paradigma di generalizzate « timidezze » istituzionali della Banca d'Italia nell'*enforcement* della normativa *anti-trust* e su tale base invocavano un ridisegno delle competenze istituzionali con eliminazione della competenza settoriale dell'organo di vigilanza (2). Come spesso accade, il dover « esibire » una fede, anche per un'istituzione, non è senza estremismi. E proprio questi estremismi rendono criticabile il risultato applicativo cui la Banca d'Italia perviene nella specie.

2. Il procedimento in esame — a quanto si legge nella narrativa del provvedimento finale — veniva avviato a seguito di una denuncia dell'ADUSBEF con la quale si segnalava che « il Banco di Sardegna si accinge a incorporare, con la formula del silenzio assenso, 206 Casse comunali di credito agrario raddoppiando in tal modo la propria rete nell'isola » e che « a seguito dell'operazione, i consumatori sardi non avrebbero molte possibilità di scelta nel mercato creditizio oltre agli sportelli del Banco di Sardegna ». Che in effetti il mercato bancario sardo fosse oltremodo concentrato e che il Banco di Sardegna detenesse su di esso una posizione dominante lo aveva già rilevato la stessa Banca d'Italia nel suo precedente del 1993 (56% del totale degli sportelli); il fatto « nuovo » era qui costituito — secondo i denunciatori — dal rafforzamento della posizione dominante, che si sarebbe determinato per effetto della « trasformazione » delle Casse di credito agrario in vere e proprie dipendenze del Banco. Ed in effetti, ad un'analisi superficiale, la circostanza che, per effetto del piano di riassetto organizzativo presentato dal Banco, gli sportelli del Banco sarebbero più che raddoppiati (erano 206 in Sardegna al 31 dicembre 1995) gettava una luce « sinistra » sulla prospettata operazione.

L'Autorità garante, nel trasmettere la segnalazione alla Banca d'Italia, aveva fatto proprie le rimostranze dei denunciatori, osservando come l'affidamento della gestione del patrimonio delle Casse al Banco, a seguito della cessazione delle attività svolte dalle medesime, avrebbe comportato « una nuova rilevante concentrazione nel settore creditizio », configurando una fattispecie riconducibile all'art. 5, comma 1°, lett. b) della legge n. 287/1990: infatti, sempre a dire dell'Autorità, l'apertura di nuovi sportelli del Banco nei Comuni dove erano localizzate le Casse « avrebbe conferito al predetto istituto un notevolissimo vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti effettivi e potenziali ».

La Banca d'Italia, ricevuta la segnalazione, riteneva di non poter aprire un procedimento ai sensi dell'art. 16 della legge, rimanendo fedele alla propria impostazione, di derivazione comunitaria — difforme rispetto a quella fin dall'inizio seguita dall'Autorità, seppur in forme che sono state successivamente « temperate » — secondo cui le « operazioni infragruppo tra imprese precedentemente non indipendenti (sono) prive di rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1°, lett. b) della legge n. 287/1990 ». Ma, evidentemente allo scopo di evitare che una simile determinazione venisse « letta » all'esterno come un cedimento alle ragioni del governo strutturale del credito, la Banca d'Italia riteneva di aprire comunque un'istruttoria, e ciò *ex art.* 14 l. ass., « al fine di valutare se l'operazione posta in essere dal Banco fosse suscettibile di determinare distorsioni della concorrenza, tali da configurare una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990 ». Così, il provvedimento 22/A del 25 marzo 1997 d'apertura dell'istruttoria investiva due diversi profili riorganizzativi, e segnatamente: a) la « trasformazione » in dipendenze dei 206 Uffici di corrispondenza del Banco operanti presso le Casse comunali di credito agrario (la « trasformazione » avrebbe dato luogo, secondo quanto si legge nel provvedimento d'avvio all'istruttoria, a 77 agenzie ad operatività ampia; 112 sportelli staccati e 17 sportelli staccati a tempo parziale e, successivamente, a taluni accorpamenti tra strutture operanti in Comuni limitrofi); b) l'apertura di 44 nuovi sportelli, del tutto indipendenti dalle Casse di credito agrario.

Nell'avviare l'istruttoria la Banca d'Italia non mancava di richiamare, ovviamente,

(2) Cfr., per tutti, G. Rossi, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 265.

le conclusioni del provvedimento del 1993, e osservava in particolare che « nel citato provvedimento veniva rilevato che l'operazione d'acquisizione del controllo della Banca popolare di Sassari da parte del Banco di Sardegna determinava la costituzione di una posizione dominante che non era tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati di riferimento » anche perché l'operazione era stata condizionata, in sede di autorizzazione, « al rispetto di limitazioni che, al fine di attenuarne gli effetti sulla situazione concorrenziale del mercato, inibivano l'espansione territoriale del Banco e disponevano la chiusura di alcuni sportelli entro due anni dalla data di notifica del citato provvedimento, ormai decorsi ». A tal proposito la Banca d'Italia concludeva, laconica, che « l'apertura di nuovi sportelli, contemplata nel piano di riorganizzazione territoriale della rete, riguarda anche qui comuni oggetto di restrizione nel predetto provvedimento ». Nella parte motiva del provvedimento d'avvio dell'istruttoria veniva poi sinteticamente delineata l'« ipotesi accusatoria »: « l'operazione progettata potrebbe tradursi per il Banco di Sardegna in un notevole vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti effettivi e potenziali, consistente nella possibilità di disporre di nuovi sportelli nei medesimi locali precedentemente occupati dalle Casse di credito agrario. L'apertura di numerosi punti d'offerta — attraverso l'utilizzo di personale già in carico al Banco e il sostenimento di costi di struttura inferiori a quelli che dovrebbe sopportare un nuovo concorrente — può anche rappresentare una strategia di creazione di barriere all'entrata. Attraverso tali comportamenti — proseguiva l'ufficio — l'impresa in posizione dominante segnala la propria capacità e intenzione di rispondere a eventuali nuovi ingressi sul mercato espandendo l'offerta di servizi, cosicché tale minaccia, di per sé, rende poco redditizia la prospettiva di entrata sul mercato per i concorrenti potenziali ».

Con un piccolo *coup de théâtre* — che, a voler indulgere in interpretazioni « psicologiche », potrebbe apparire significativo di una certa consapevolezza dell'ufficio istruttoria della « debolezza » delle tesi accusatorie fino a quel momento avanzate e della necessità pertanto di « rinforzare » *ulterius* l'azione ormai intrapresa — con provvedimento 59/A del 24 ottobre 1997 la Banca d'Italia avviava una seconda istruttoria, sempre per abuso di posizione dominante, questa volta con riguardo ad un'ulteriore e diversa circostanza, venuta a conoscenza della Banca d'Italia, a quanto si apprende (in verità sorprendentemente) dal provvedimento, solo in occasione di un'audizione effettuata nel corso della prima procedura: la circostanza cioè che il Banco deteneva una partecipazione di capitale minoritaria nella Banca CIS, il maggiore concorrente del Banco in Sardegna e, mediante il voto di lista previsto dallo statuto, nominava due amministratori (sui 12 previsti), nelle persone di due dirigenti del Banco. Per la Banca d'Italia la circostanza giustificava l'apertura dell'istruttoria perché detta presenza nel consiglio d'amministrazione del principale concorrente « nella misura in cui determini la condivisione d'informazioni, può influenzare il comportamento concorrenziale delle parti ». Deciso dunque l'avvio dell'istruttoria anche per questi profili, ravvisate ragioni di connessione oggettiva e soggettiva con l'istruttoria già in corso, « considerato che sembra(va) opportuna la valutazione dei comportamenti nell'ambito del procedimento già avviato, stante l'identità del mercato rilevante e del soggetto autore dei presunti abusi », si decideva di « ampliare l'oggetto del procedimento già avviato includendo in esso i provvedimenti in esame ».

3. Con il provvedimento finale che si commenta la Banca d'Italia ha dunque deciso che:

— è configurabile un abuso di posizione dominante nel comportamento dell'impresa in posizione dominante consistente nell'aumentare la capacità produttiva in modo da determinarne un eccesso rispetto alle capacità di assorbimento del mercato (la capacità produttiva viene qui valutata in relazione al presidio del territorio assicurato mediante l'apertura di nuove « filiali »: in questo modo, infatti, secondo la Banca d'Italia, si dà luogo alla creazione di un'elevata barriera all'ingresso per i terzi entranti e per tale via si attua un comportamento « escludente »);

— poiché tuttavia non può ritenersi l'abuso ove esistano circostanze eccezionali

che giustifichino una determinata pratica posta in essere da un'impresa in posizione dominante, deve ritenersi che la « trasformazione » delle Casse comunali in sportelli del Banco sia obiettivamente giustificata, giacché deriva « dall'obbligo previsto nell'art. 152 t.u. per le Casse di assumere iniziative che portino alla cessazione dell'esercizio dell'attività creditizia ovvero alla loro estinzione attraverso l'istituto della liquidazione, entro l'1 gennaio 1996 e dalla necessità che il Banco, in qualità di controllante delle stesse, ne acquisisca il patrimonio dovendo in ogni caso continuare a sopportare i relativi costi di struttura »;

— detta « trasformazione », per altro, oltre ad essere giustificata oggettivamente è proporzionata (non presenta cioè una restrittività superiore a quanto non sia strettamente necessario per ottenere i risultati legittimi che l'operazione si prefigge): infatti, 167 ex Casse comunali sono « ubicate in Comuni con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti » che appaiono di scarso interesse per l'espansione dei concorrenti; per i rimanenti 39 uffici, 11 operano in Comuni nei quali vi sono sportelli di banche concorrenti;

— l'apertura di ulteriori 44 nuovi sportelli è invece idonea a produrre un ampliamento non giustificato oggettivamente della rete territoriale della banca;

— la partecipazione detenuta in CIS, unitamente alla nomina dei due consiglieri « costituisce un vantaggio per il Banco che, in presenza della posizione dominante dallo stesso detenuta, può essere utilizzata in modo anticoncorrenziale »; tuttavia, l'impegno assunto dal Banco in corso di procedura — e già rispettato — di far dimettere i due consiglieri, unitamente alla volontà manifestata formalmente dallo stesso di dimettere la partecipazione detenuta in CIS appare idonea a far venir meno il rischio d'interferenza nelle autonome decisioni del CIS ».

Il presupposto concettuale — consueto — da cui muove l'Autorità è che l'impresa in posizione dominante è investita di « speciale responsabilità »; se ne desume che anche forme riorganizzative e di crescita interna possono costituire abuso di posizione dominante in quanto suscettibili di ostacolare l'espansione dei concorrenti e quindi la contendibilità del mercato. Allo stesso modo l'impresa in posizione dominante non potrebbe accedere « dall'interno » alle informazioni rilevanti circa le politiche commerciali del proprio principale concorrente, giacché in tal modo finirebbe con « l'ostacolare l'assunzione da parte di quest'ultimo di comportamenti adeguati alle proprie necessità di concorrente ». Come si vede si tratta di affermazioni che spostano in avanti — seppur con un che di perplesso, dato che la *ratio decidendi* appare più enunciata che non convincentemente argomentata — le frontiere dell'abuso di posizione dominante. È infatti la prima volta, a quanto consta, che in Italia si ritiene rilevante ai fini del controllo antimonopolistico il fenomeno di crescita interna (3). Ed è la prima volta che la norma sull'abuso viene utilizzata con funzione di conservazione degli assetti di mercato esistenti, a presidio di una situazione già imposta con le condizioni cui era stata subordinata una precedente autorizzazione alla concentrazione; condizioni, tuttavia, ormai scadute. È anche la prima volta che la dottrina Philip Morris sulla partecipazione al capitale del concorrente trova applicazione ai sensi dell'art. 3. Il provvedimento merita senz'altro un'analisi approfondita.

4. Conviene prendere le mosse dalla « trasformazione » delle Casse comunali di credito agrario in sportelli del Banco e dedicare così, preliminarmente, alcuni cenni a dette Casse, ormai soppresse dall'art. 152 del testo unico. A giudicare da quanto è stata costretta a precisare di recente la stessa Suprema Corte (4) (e cioè che esse non s'identificano punto con le Casse agrarie e artigiane, ribattezzate Banche di credito cooperativo dall'art. 42, comma 2°, del d.lgs. n. 481/1992), dette Casse, malgrado la loro lunga sto-

(3) Nell'*antitrust* nordamericano si suole ripetere, da parte della stessa Suprema Corte, che « surely a premise of an antimerger statute as section 7 is that corporate growth by internal expansion is socially preferable to growth by acquisition »: per una generale discussione del tema v. per tutti AREEDA, TURNER, *Antitrust Law, An Analysis of the Principles and Their Application*, Boston-Toronto, IV, 1980, p. 160.

(4) Cass., 14 luglio 1997, n. 6349, in *Foro it.*, 1998, I, c. 562.

ria, sono sempre restate soggetti abbastanza « inconsueti », almeno sotto il profilo conoscitivo. Come ha esattamente rilevato la Cassazione le Casse comunali « non raccoglievano risparmio tra il pubblico (e appunto per questo non erano menzionate nell'art. 5 della legge bancaria del 1936), erano erette in ente morale con regio decreto promosso dal Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (art. 13, comma 1°, r.d.l. 29 luglio 1927, n. 1509) ed erano inoltre amministrare da consigli composti da membri nominati dalla Banca d'Italia e dal sindaco del Comune (art. 28, r.d. 23 gennaio 1928, il quale faceva tuttavia salva l'ipotesi che la concessione dei prestiti agli agricoltori fosse subordinata alla loro iscrizione tra i soci di tali enti, prevedendo che in tal caso la nomina di due consiglieri sarebbe stata demandata anziché al sindaco all'assemblea degli agricoltori iscritti). E questo spiega — prosegue la Suprema Corte — perché secondo l'opinione prevalente (che il legislatore, nell'emanare la legge n. 218/1990 ha mostrato di condividere) esse avessero natura pubblica » (5). Esse traggono origine dalla trasformazione delle più antiche istituzioni deputate all'esercizio del credito agrario (Casse agrarie e Monti frumentari e nummari) (6) e proprio perché s'inseriscono nell'ordinamento del credito agrario — un ordinamento che, come è stato osservato (7), « ha mostrato spiccata inclinazione ad una forte integrazione e ad un'intensa comunicazione fra i suoi protagonisti » — sono state fin da subito sottoposte dal legislatore ad una stringente funzione di coordinamento rimessa ad un ente creditizio individuato Regione per Regione. La natura pubblica di queste Casse spiega anche perché esse, ai sensi degli artt. 28-31 del d.m. 23 gennaio 1928 (di attuazione dell'art. 13 del d.l. n. 1509/1927), fossero tenute ad adottare una struttura organizzativa conforme allo statuto-regolamento approvato con nota ministeriale; statuto regolamento che veniva « redatto » d'ufficio da parte dell'Istituto regionale investito delle funzioni di coordinamento in caso d'inerzia della singola Cassa.

In Sardegna (8) la vigilanza sulle Casse comunali di credito agrario fu « delegata » con d.m. 6 marzo 1928 del Ministro per l'Economia Nazionale all'Istituto di Credito Agrario per la Sardegna, creato con l'art. 14, n. 10 del r.d.l. n. 1509/1927. Lo statuto-regolamento, approvato con nota ministeriale del 6 aprile 1928, n. 6075 e con successive note dell'Ispektorato per la difesa del Risparmio e per l'Esercizio del credito del 9 settembre e 20 ottobre 1936, nn. 5924 e 8485 prevedeva espressamente, all'art. 2, che l'ente morale avesse « per iscopo di compiere operazioni di credito agrario d'esercizio, in denaro e in natura, a norma delle disposizioni della legge 5 luglio 1928, n. 1760 (legge di conversione del r.d.l. n. 1509/1927: n.d.r.), del d.m. 23 gennaio 1928 e del presente statuto-regolamento, contribuendo al miglioramento dell'agricoltura locale e delle condizioni economiche degli agricoltori del Comune di... ». Lo statuto-tipo della Cassa prevedeva altresì lo svolgimento di ulteriori attività, non molto dissimili da quelle proprie dei consorzi agrari (9): « acquistare per rivendere in contanti o a credito, ma limitatamente alle commissioni ricevute ed in relazione ai prestiti accordati, sementi, concimi,

(5) Sulla natura pubblica delle Casse di credito agrario v. da ultimi (anche per tutti i rinvii alla precedente dottrina) i due ampi pareri *pro veritate* dei proff. G. Berti e Portale, entrambi del 30 maggio 1996 inediti. (ne devo la consultazione alla cortesia del prof. Portale) nonché, nella giurisprudenza edita, Trib. Roma, 7 febbraio 1938, in *Riv. amm. del Regno*, 1938, p. 400 (ricordata anche da Portale nel parere cit., p. 7 del dattiloscritto, ove si riporta pure uno stralcio della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 356/1990 in cui si legge che « l'elencazione viene integrata ricomprendendo tra i destinatari della normativa speciale anche taluni enti creditizi pubblici minori: Casse comunali di credito agrario e menti di credito su pegno di seconda categoria non iscritti all'albo in quanto non raccolgono risparmio tra il pubblico »).

(6) Lo ricorda già G. Berti, nel parere *pro veritate* citato, p. 2 del dattiloscritto.

(7) G. BERTI, *ibidem*.

(8) In argomento v. in specie LODDO, *Le Casse comunali di credito agrario. Situazione e prospettive*, in *Scritti in onore di U. Caprara*, Milano, 1975, III, p. 316; CAPRIGLIONE, *Casse comunali di credito agrario e cooperazione di credito*, in *Riv. coop.*, 1985, p. 35.

(9) Attività tuttavia che, a quanto riferisce Portale, nel parere citato, p. 5, non viene esercitata dai primi anni sessanta proprio a causa della concorrenza dei consorzi agrari.

sostanze anticrittogamiche, macchine, attrezzi, strumenti e quant'altro sia utile all'esercizio dell'agricoltura », « acquistare macchine agricole da concedere in affitto, in base ad apposita tariffa e relativo contrattino di noleggio, approvati dal consiglio d'amministrazione »; « compiere quelle altre operazioni che possono concorrere allo sviluppo dell'agricoltura locale, al miglioramento delle condizioni degli agricoltori e che saranno preventivamente ed espressamente consentite dall'Istituto vigilante ». A sua volta l'art. 3 dello statuto-regolamento prevedeva che « per il compimento delle operazioni di cui all'articolo precedente la Cassa può stipulare, sia attivamente che passivamente, conti correnti e prestiti semplici o garantiti e riscontare il portafoglio presso l'Istituto vigilante » e che la Cassa funziona *altresì quale ufficio locale dell'Istituto di Credito Agrario per la Sardegna ed è tenuta pertanto all'osservanza delle norme, dei regolamenti interni dell'Istituto stesso e di quelle altre che sono da esso impartite*. A sua volta lo statuto dell'Istituto di Credito Agrario, ad es. nella sua versione del 1939, « approvato con decreto del Duce Presidente del Comitato dei Ministri per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito in data 1° febbraio 1939 - XVII » disponeva all'art. 4 che « l'Istituto ha la sua sede centrale in Sassari, sedi provinciali nei capoluoghi di Provincia, succursali ed agenzie nelle zone agricole più importanti dell'Isola ed Uffici di corrispondenza e recapito presso le Casse comunali di credito agrario e gli altri suoi enti intermediari ».

Quando per effetto della legge 11 aprile 1953, n. 298 all'Istituto di Credito Agrario è succeduto il Banco di Sardegna, la « successione » si è determinata anche quanto alla delega della funzione di vigilanza sulle Casse di credito agrario. E il Banco ha continuato per lunghi anni a servirsi delle Casse come di propri Uffici di rappresentanza. Risulta infatti, a mero titolo di esempio, che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 5841 del 12 novembre 1962, comunicasse al Banco che « considerate le particolari esigenze, codesto Istituto viene autorizzato ad istituire i richiesti Uffici di corrispondenza presso le Casse comunali di credito agrario di cui all'elenco (allegato), limitatamente peraltro a quelle site in località non servite da sportelli di codesto Banco: n. 327 organismi a fronte dei 329 richiesti ». E il provvedimento proseguiva, precisando da un lato che « le targhe indicative da apporre eventualmente all'esterno dei locali occupati dalle Casse comunali abilitate al disimpegno del servizio dovranno contenere la seguente precisa indicazione: Cassa comunale di credito agrario di... Ufficio di corrispondenza del Banco di Sardegna » e dall'altro lato — assai significativamente — che « resta inteso che i censuati Uffici di corrispondenza sono abilitati a compiere esclusivamente le operazioni di raccolta dei depositi, il servizio incasso effetti e quello di emissione di assegni nonché gli eventuali servizi, contemplati dalle norme statutarie di codesto Banco, che il consiglio d'amministrazione deliberasse in prosieguo di tempo di affidare loro, previo benestare dell'organo di vigilanza ». E ancora, l'ultimo statuto del Banco, quello in vigore (nell'edizione del novembre 1996) al momento dell'avvio del procedimento che ha dato origine al provvedimento in esame, espressamente ripeteva (seppur dopo la soppressione delle Casse decretata dal testo unico) che « nel territorio della Sardegna la società opera anche, conformemente alle disposizioni dell'organo di vigilanza, attraverso Uffici di corrispondenza (presso Casse comunali di credito agrario) ».

5. Così inquadrati gli enti in esame nella loro « cornice » istituzionale, non è influente — ai fini della successiva valutazione — interrogarsi sull'esatta natura giuridica della relazione intercorrente tra Casse e Banco. I pochi studiosi che prima del testo unico si erano occupati della materia avevano rilevato la singolarità del « sistema » Banco di Sardegna/Casse di credito agrario, una singolarità che, tra l'altro, portava queste ultime ad « assolvere una funzione affatto peculiare che le differenzia dalle analoghe istituzioni esistenti nelle altre Regioni » (10). « Le Casse sarde — si è detto — *formano col Banco un sistema unitario e godono pertanto di un'assistenza continua, non solo finanziaria, del Banco stesso*. Presso le Casse comunali sono stati istituiti Uffici di corrispondenza dell'Istituto vigilante che sono abilitati, tra l'altro, alla raccolta dei depositi.

(10) LODDO, *Le Casse comunali di credito agrario*, cit., p. 316.

Le Casse servono dunque, sebbene indirettamente, a portare i servizi bancari, nel senso più ampio del termine, in Comuni che altrimenti ne sarebbero privi a motivo delle difficoltà economiche connesse con l'apertura di dipendenze bancarie dirette» (11). Giuridicamente il « sistema » si reggeva, come fu ancora osservato, su di un'apposita convenzione contenente il disciplinare per l'esecuzione del servizio di Ufficio di corrispondenza, e cioè attraverso « un rapporto di mandato la cui fonte è costituita dalla convenzione regolatrice delle relazioni interne tra le parti » (12).

Credo di non andare molto lontano dal vero nel rilevare, per altro, che la natura della convenzione tra Istituto centrale e Casse è venuta progressivamente evolvendo lungo l'asse dei rapporti che — con categoria normativa moderna — potremmo dire di coordinazione/concentrazione. Che cioè, mentre nell'impostazione originaria la relazione appariva ancora prevalentemente di coordinazione operativa tra enti indipendenti, anche se le Casse si trovavano in rapporto di subordinazione, (ma) limitatamente alla vigilanza « delegata », nei successivi sviluppi la relazione ha assunto una valenza di « integrazione » economico/industriale più spiccata, la quale ha poi fatto « scivolare » la fattispecie nella direzione di un rapporto che ora diremmo concentrativo. E invero, come si è efficacemente puntualizzato di recente (13), « in considerazione anche della circostanza che da più di un trentennio le Casse Comunali Sarde non esercitano quasi più credito agrario in proprio, ma agiscono in ogni direzione quali corrispondenti o affidatarie del Banco di Sardegna, si conferma la condizione delle Casse nei termini più sopra detti: esse non avrebbero cioè una vita sensibile, né di fatto né di diritto, se non traessero la loro vitalità o la ragione stessa del loro esistere dalla convenzione in atto con il Banco di Sardegna, mediante la quale esse sono investite del *munus* di corrispondenza del Banco per tutte le operazioni da questo gestite. La convenzione con il Banco di Sardegna è divenuta così una sorta di statuto effettivo o materiale delle Casse. Prova ne è — si prosegue — la legge regionale 8 luglio 1952, n. 21 relativa all'erogazione e riscossione di prestiti in grano e allo stanziamento di apposito fondo regionale, che prevede appunto al riguardo una particolare convenzione con l'Istituto di Credito Agrario per la Sardegna, rispetto al quale le Casse comunali vengono ad apparire quali strutture operative, mentre la responsabilità finanziaria connessa al fondo regionale rimane all'Istituto di Credito Agrario, e quindi al Banco di Sardegna ». In questo quadro si è assai significativamente ricordato che « la convenzione del 1972, relativa all'affidamento alle Casse comunali del mandato a svolgere il servizio di Uffici di corrispondenza del Banco ha poi allargato l'azione delle Casse a tutte le attività di pertinenza del Banco di Sardegna, qui compresa la raccolta del risparmio, che originariamente era negata alle Casse. Con tale convenzione il Banco si è assunto anche il ripianamento delle perdite delle Casse. In occasione del rinnovo della convenzione nel 1976, è divenuto ancor più evidente che le Casse comunali venivano impegnate totalmente nel servizio verso il Banco di Sardegna e ciò con vantaggio dello stesso Banco in ragione dell'utilizzo di un'organizzazione preesistente in luogo di sportelli propri. La situazione si è dunque consolidata in questi termini ». Ed in effetti, a quanto risulta da un vecchio verbale del consiglio del Banco del 16 aprile 1976, il tratto caratteristico della relazione Banco/Casse andava riscontrato, da un lato, nell'espletamento da parte delle Casse di importanti funzioni bancarie « decentrate » per conto del Banco (a tale data il 45,6% della raccolta del Banco proveniva dagli Uffici di corrispondenza) e dall'altro lato — e a corrispettivo di ciò — nell'assunzione del rischio economico dell'intera gestione delle Casse essenzialmente dal Banco. Può essere utile rammentare, in proposito, che — a quanto si legge nel verbale testé citato — « la convenzione che fino al 1976 ha regolato tale rapporto prevedeva che a compenso del rapporto predetto il Banco corrispondesse alle Casse delle provvigioni in misura variabile secondo la specie e l'entità dell'attività

(11) LODDO, *ibidem*.

(12) CAPRIGLIONE, *Casse comunali di credito agrario e cooperazione di credito*, cit., p. 35 ss.

(13) G. BERTI, nel citato parere, p. 10 ss.

svolta. Per le Casse che tuttavia chiudevano la gestione in perdita — e non avendo esse generalmente sufficienti mezzi patrimoniali per farvi fronte — era previsto che il Banco intervenisse a ripianarne, fino a concorrenza, i disavanzi di bilancio, sempre a titolo d'integrazione dei corrispettivi per i servizi resi ». Con propria comunicazione del 25 agosto 1975 la Banca d'Italia aveva espresso perplessità circa questo metodo di ripianamento delle perdite di gestione invitando il Banco « ad una più idonea impostazione del rapporto (da basarsi su una quantificazione preventiva del concorso alle spese di tali enti, facendo eventualmente ricorso ad opportuni parametri che tengano conto dell'attività effettivamente svolta dagli stessi in favore dell'Istituto. Ciò anche per non ingenerare in essi il convincimento che tutte le perdite di esercizio, comunque registrate, saranno assunte a proprio carico dal Banco ». Il Banco rispondeva tuttavia che « l'interesse del rapporto di corrispondenza con le Casse non verrebbe meno anche a livelli d'onere più elevati per il Banco » sicché il sistema di remunerazione, per quanto perfezionato al fine di migliorarne i parametri di preventiva quantificazione, veniva poi confermato nella sostanza, dato che anche nella sua versione approvata nel 1976 (e rimasta poi a governare la fattispecie) esso prevedeva meccanismi idonei a consentire al Banco interventi sussidiari a copertura dei disavanzi di gestione della quasi totalità delle Casse. E la Banca d'Italia, con comunicazione dell'1 marzo 1976 finiva con il demandare « alla responsabile valutazione dei competenti organi dell'Istituto ogni decisione in merito alle modalità di remunerazione delle Casse » (pur soggiungendo che « è di fondamentale importanza che l'impostazione dei rapporti tra Banco e Cassa si basi sulla convenienza per il Banco di continuare ad avvalersi del servizio e non già sull'intento di assicurare comunque una gestione positiva o almeno in pareggio delle ridette Casse »).

Volendo tradurre in categorie astratte i fatti testé esposti, credo non sia arbitrario riconoscere nella fattispecie un contratto di esercizio d'impresa (*recte*: di una parte dell'impresa): un contratto cioè che, nella dogmatica tradizionale italiana, è stato a lungo negletto, quasi sconosciuto (14), a differenza che in Germania ove si parla di *Betriebsführungsvertrag*, ravvisandovi tratti di prevalente natura concentrativa, anche quando esso abbia ad oggetto non l'intera impresa ma una parte sostanziale di essa (« ein wesentlichen Teil ») (15).

Già la (vecchia) relazione tra Banco e Casse, quanto alla gestione degli Uffici di corrispondenza, almeno nel suo assetto esistente dai primi anni settanta, poteva sussumersi dunque nella categoria concettuale della concentrazione: anche perché qui — come in diverse altre fattispecie di coesione di sistema (16) — il meccanismo contrattuale prescelto consentiva ai diversi enti interessati d'instaurare contrattualmente — per dirla con le parole della Commissione CEE — « una gestione economica comune » pur mantenendo l'autonomia dei soggetti coesi, formalmente autonomi in quanto persone giuridiche. La sistematica copertura delle perdite delle Casse da parte del Banco valeva infatti di per sé a costituire una significativa (seppur peculiare) forma di manifestazione

(14) Scrive NOTARI, *La nozione di « controllo » nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 370 che « non vi è stato, nell'ordinamento italiano, un apprezzabile riscontro pratico della figura giuridica del controllo da vincoli contrattuali ». V. peraltro, per un (invero peculiare) caso pratico, Autorità garante provv. n. 2768 del 26 gennaio 1995 e n. 2782 del 26 gennaio 1994, ricordata nel mio, *La nozione di controllo nell'esperienza annuale dell'Autorità garante*, in *Concorrenza e Mercato*, 1995, p. 360. Ai contratti d'impresa, come è noto, ha fatto frequente riferimento la legislazione più recente nel dettare specifiche nozioni di « controllo » (e sia consentito rinviare qui al mio *Il « controllo ». Nozioni e « tipo » nella legislazione economica*, Milano, 1995, in specie 44, cui addè ora l'art. 93 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

(15) Per tutti v. MESTMÄCKER, in IMMENGA, MESTMÄCKER, *GWB, Kommentar zum Kartellgesetz*, München, 1992, 1001 ss. (ove altri riff.); in lingua italiana, v. da ultimi LUTTER, ZÖLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in AA.VV., *I gruppi di società (atti del convegno internazionale di studi di Venezia, 16-18 novembre 1995)*, Milano, 1996, p. 249 ss.

(16) Sulle quali, diffusamente, sia consentito rinviare al mio, *Le concentrazioni bancarie. Concorrenza e stabilità nell'ordinamento bancario*, Bologna, 1998, (ove riff. anche di diritto comparato).

del criterio della comunione del rischio, quasi una vera e propria « compensazione interna dei profitti e delle perdite tra le diverse imprese del gruppo ».

6. Come abbiamo già accennato, sul rapporto Banco/Casse è venuto ad incidere l'art. 152 t.u., in forza del quale « entro il 1° gennaio 1996 le Casse comunali di credito agrario devono assumere iniziative che portino alla cessazione dell'esercizio dell'attività creditizia ovvero all'estinzione degli enti stessi. Tra i corsi tale termine le Casse che non abbiano provveduto sono poste in liquidazione ». La ragione di questa disposizione va ricercata — ben si comprende — nel fatto che le Casse avevano oramai da tempo smesso di funzionare per il perseguimento del proprio scopo istituzionale primario, e cioè come enti impegnati nel finanziamento dell'agricoltura. Non a caso, ad es., in Lombardia l'ultima Cassa di credito agrario fu dichiarata estinta con decreto 25 maggio 1988; e per lo stesso ordine di ragioni la « legge Amato » e il relativo decreto di attuazione contemplavano le Casse tra i soggetti autorizzati a trasformarsi e fondersi con altri enti creditizi. Conformemente all'art. 161, comma 3°, t.u., a norma del quale « gli artt. 28 e 31 del d.m. 23 gennaio 1928, così come successivamente modificati, continuano ad essere applicati fino all'attuazione dell'art. 152 del presente decreto legislativo » il Banco, su richiesta delle singole Casse, fu autorizzato dalla Banca d'Italia ad assumere in gestione il patrimonio delle stesse. L'art. 31 prevedeva infatti che « qualora una Cassa comunale non possa utilmente funzionare, l'Istituto di vigilanza, su proposta del competente Istituto speciale di credito agrario potrà disporre che la gestione del patrimonio della Cassa sia assunta dall'Istituto medesimo ». Il risultato concreto cui si perveniva in applicazione di queste norme non differiva per altro da quello cui si sarebbe dovuti pervenire, a quanto sembra, in applicazione dei principi generali: posto infatti che alla liquidazione degli enti pubblici « fondazionali » va applicata, beninteso in via suppletiva per il caso di mancanza di previsioni statutarie *ad hoc*, la disciplina generale di cui all'art. 31 c.c. i beni avrebbero dovuto attribuirsi comunque alla Fondazione del Banco in quanto « ente con fini analoghi ». Una volta assunta la gestione del patrimonio delle Casse, si sarebbe dunque provveduto a riorganizzare le strutture dei vecchi Uffici di corrispondenza, trasformando le stesse — come si è visto sopra — in vere e proprie filiali (seppur con diversa operatività).

L'opposizione manifestata nei confronti dell'operazione dall'Autorità garante faceva riferimento, come si è ricordato, alla circostanza che « l'affidamento in gestione del patrimonio delle Casse dovesse configurarsi come concentrazione » ed essa avrebbe determinato la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante idonea a restringere la concorrenza perché, « ancorché la maggior parte delle Casse comunali di credito agrario sia attualmente non operativa e le medesime non abbiano comunque mai svolto attività di raccolta di depositi bancari », « l'affidamento in gestione del loro patrimonio al Banco, il quale contemporaneamente intenderebbe avviare un piano di espansione attraverso l'apertura di nuovi sportelli proprio nei Comuni dove erano localizzate le Casse, conferirebbe al predetto Istituto un notevolissimo vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti effettivi e potenziali, consistente nella possibilità di localizzare i nuovi sportelli nei medesimi locali precedentemente occupati dalle Casse comunali ».

7. La prospettazione dell'Autorità garante sollevava svariati dubbi. Dubbi innanzitutto riguardo alla configurabilità di un'operazione rilevante a fini *antitrust* nell'acquisto di strutture che l'Autorità indica come « per la maggior parte non operative », e dunque nell'acquisto di mezzi strumentali cui non sia collegata una quota di mercato. Dubbi, inoltre, relativamente all'enfaticizzazione della rilevanza dei « locali », dei quali alcuni erano di proprietà del Banco (e concessi in uso alle Casse) ed altri erano presi in locazione da terzi con onere a carico del Banco. Dubbi infine quanto alla qualificazione della fattispecie. Se comprendo esattamente, si suggeriva infatti, da un lato, di ritenere che il « passaggio » dal contratto d'esercizio d'impresa (relativo agli Uffici di corrispondenza) al contratto di assunzione del patrimonio e alla successiva apertura di sportelli presso i vecchi recapiti della Cassa integrasse un acquisto di un'impresa o parte di essa e, dall'altro lato, che detto preteso « acquisto » rilevasse ai fini *antitrust*, vuoi per-

ché non infragruppo vuoi perché, se anche infragruppo, non sarebbe stato meritevole del trattamento valutativo fino a quel momento sempre riservato alle concentrazioni infragruppo. Si direbbe che l'Autorità muovesse dal presupposto (errato, in base a quanto finora detto) che i rami aziendali delle Casse si apprestassero a « entrare » a far parte del Gruppo del Banco di Sardegna solo ora, per effetto dell'assunzione in gestione; che cioè detta « assunzione » segnasse il momento di passaggio delle relazioni Banco/Casse da forme organizzative di tipo cooperativo ad una vera e propria concentrazione. Se così non fosse, il ragionamento dell'Autorità sarebbe stato ancora più complesso: essa avrebbe cioè potuto ritenere che è rilevante, sotto il profilo della fattispecie « concentrazione », anche il semplice rafforzamento del titolo contrattuale in forza del quale si esercita un certo ramo aziendale e che l'esenzione per le fattispecie infragruppo non potesse trovare applicazione perché, rispetto all'esenzione dalla notifica, si sarebbe stati comunque dinanzi a fattispecie diverse da quelle indicate nell'avviso 10 aprile 1995 (17) e, rispetto alla generalizzata esenzione valutativa attribuita alle concentrazioni infragruppo, il significativo rafforzamento della coesione interna avrebbe impedito di ritenere non sussistenti profili di pericolo per il mercato. Vista la particolare incertezza di tutte queste proposizioni, ben si comprende come la Banca d'Italia, muovendo dall'esatta rilevazione della natura (già concentrativa) del risalete rapporto Banco/Casse, abbia opportunamente ritenuto di non poter avviare l'istruttoria ai sensi dell'art. 16 (e cioè in base alle previsioni relative alle concentrazioni), considerando la fattispecie assimilabile (al più) ad un'operazione infragruppo.

8. La Banca d'Italia si è risolta allora ad avviare l'istruttoria in base all'art. 3 della legge n. 287/1990, ipotizzando cioè un abuso di posizione dominante. Ma anche questa configurazione, francamente, appare inappagante. È innanzitutto assai dubbio che una fattispecie summibile nella categoria concettuale delle « concentrazioni » possa essere valutata — nel sistema della legge *antitrust* italiana — in base alla disciplina degli abusi. Ed è ancor più dubbio che un simile trattamento possa essere riservato ad una concentrazione « irrilevante » (tale ovviamente in base alla disciplina delle concentrazioni). Per vero è noto che, a livello comunitario, la Corte di Giustizia aveva affermato nel suo (ormai) lontano precedente del 1973, « Continental Can » (18), che « può costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante ». Ad avviso della Corte, infatti, « l'art. 86 non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva »; « tali essendo — prosegue la Corte — il significato e la portata dell'art. 86 trattato il problema sollevato dalle ricorrenti del nesso di causalità che dovrebbe esistere a loro avviso fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato indipendentemente dai mezzi e procedimenti usati a tal fine, dal momento che esso produce gli effetti sopra descritti ». In altri termini, la Corte adottò la soluzione più ampia — allora — al quesito se « con l'espressione sfruttamento abusivo l'art. 86 intenda riferirsi solo ai comportamenti dell'impresa atti ad influire direttamente sul mercato, che rechino danno alla produzione e alla distribuzione, agli utilizzatori o ai consumatori, ovvero anche alle modifiche strutturali dell'impresa che si risolvano in una grave alterazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune ». Senonché l'esperienza applicativa successiva aveva poi dimostrato che quella posizione costituiva essenzialmente una reazione all'assenza — al tempo — di una disciplina ad

(17) Si legge in *Bollettino*, n. 12, 1995 nonché in *Riv. soc.*, 1995, p. 763 (ove anche la circolare n. 50/1995 Assonime di commento).

(18) Corte di Giustizia, 21 febbraio 1973, causa n. 6/2, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, in *Raccolta*, 1973, p. 215.

hoc in tema di concentrazione; rappresentava anzi l'espressione di un mutato approccio valutativo delle istituzioni comunitarie rispetto ad un fenomeno che, fino ad allora, si era ritenuto non da controllare bensì da incentivare. Ma all'indomani dell'emanazione del regolamento comunitario sulle concentrazioni (regolamento 21 dicembre 1989, n. 4064) risultava comunque sostanzialmente pacifico che la relazione tra disciplina dell'abuso di cui all'art. 86 e disciplina sulle concentrazioni andasse intesa in termini non di applicazione cumulativa bensì alternativa: con il solo limite, secondo un certo indirizzo, di poter consentire l'applicazione dell'art. 86 a disciplinare le concentrazioni sotto le soglie della « dimensione comunitaria » (19). Questa scelta dell'alternatività tra gli strumenti di tutela è risultata recentemente « derogata », ma limitatamente alla disciplina di realtà intrinsecamente ambivalenti quali le imprese comuni, da parte del regolamento n. 1310/1997 del 30 giugno 1997 (20) che, con decorrenza 1° marzo 1998 ha « novellato » il regolamento n. 4064/1989, prevedendo la sottoposizione delle imprese comuni al regime delle concentrazioni fermo restando che « se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'art. 85 ». Senonché, per quanto questa modifica in termini assoluti effettivamente « incrina » il regime di alternatività (senza per altro far riferimento all'art. 86), ciò avviene in via eccezionale e dunque con riguardo ad un'ipotesi tassativamente indicata: con la conseguenza che, a ben vedere, anche la nuova disciplina conferma, piuttosto che superare, il regime di alternatività valido in generale.

Lo stesso ordine di considerazioni sembra doversi fare con riguardo alla legge 10 ottobre 1990, n. 287: anche qui, infatti, vale il principio di alternatività, nel senso che intese, abusi e concentrazioni costituiscono, in via tendenziale, « cerchi tra loro indipendenti e non sovrapponibili » (21), con l'eventuale unica eccezione delle imprese comuni (22). Conclusione questa che risulterebbe viepiù necessaria ove si volesse seguire una recente — ma in verità assai discutibile — opinione manifestata dal Tar Lazio (23) secondo cui « l'abuso di posizione dominante è sanzionato solo in quanto si riscontri l'ulteriore elemento del danno ai consumatori, non essendo stata, evidentemente, ritenuta sufficiente dal legislatore, in un mercato in cui già ridotta o addirittura assente è la concorrenza, la lesione di potenziali interessi di altri soggetti ad entrare nel mercato che non trovi riscontro in un interesse concreto dei consumatori, da accertarsi di volta in volta in relazione alle modalità di uso della posizione dominante ».

9. Ma anche a voler ritenere astrattamente utilizzabile lo strumento dell'art. 3 a disciplinare ipotesi intrinsecamente concentrative, comunque l'uso che di esso la Banca d'Italia ha inteso fare — disponendo l'avvio dell'istruttoria — sposterebbe indubbiamente molto in avanti le « mobili frontiere » della « speciale responsabilità » dell'impresa in posizione dominante (24). Come si è visto, la Banca d'Italia ha richiamato — inizialmente — l'art. 3 sotto due profili diversi: a) per sindacare l'assunzione in gestione del patrimonio delle Casse, anche se detta assunzione si limitava a mutare titolo con-

trattuale ad una disponibilità dell'attività d'impresa già sussistente in capo al Banco; b) per sindacare, indipendentemente dall'assunzione in gestione del patrimonio delle Casse, l'apertura di taluni nuovi sportelli.

Il presupposto concettuale cui l'Autorità si richiama è evidentemente quello talora documentato nella teoria economica della « nuova economia industriale » e recentemente espresso, in sede scientifica, ad es., da due economisti del suo servizio studi (25): quello cioè che reputa astrattamente rilevante ai fini dello scrutinio *antitrust* « ogni strategia per scoraggiare l'ingresso di nuovi concorrenti posta in essere dall'impresa in posizione dominante » consistente nel « riempire anticipatamente tutti i possibili mercati (*market preemption*) localizzandovi propri impianti o servizi ». Questo approccio ha una ben riconoscibile matrice storica nell'*antitrust* statunitense: basti rammentare che il Secondo Circuito, già nel 1945, in « Alcoa » (26) aveva ritenuto che l'espansione di capacità produttiva al fine di anticipare la domanda di mercato costituisse una pratica di esclusione (sotto il profilo della « monopolization or attempt to monopolize » prevista dalla sec. 2 dello *Sherman Act*) perché impediva, o rendeva oltremodo difficile, ai concorrenti potenziali di fare propria una ragionevole quota di mercato. Eppure negli Stati Uniti quella posizione non è più tenuta da tempo. Si conviene infatti ormai comunemente che l'espansione di capacità produttiva è in grado di escludere i concorrenti solo a patto che il monopolista rinunci ai profitti sovra-competitivi (giacché se egli non applica prezzi concorrenziali, l'eccesso di capacità produttiva non elimina in realtà la convenienza d'ingresso sul mercato ai potenziali concorrenti). Questa conclusione potrebbe non valere — si dice — nei casi in cui la crescita sia collegata al conseguimento di significative economie di scala: qui « the established firm might take strategic measures designed to deprive potential rivals of the opportunity to enter at the efficient scale » (27). Ma in proposito la *Federal Trade Commission* ha chiarito, già nel 1980 nel caso « Du Pont » (28), che l'effetto anticompetitivo è riscontrabile solo ove si possa affermare con certezza che l'espansione di capacità produttiva non corrisponde ad esigenze di efficienza: « the essence of the competitive process — spiega convincentemente la *Federal Trade Commission* — is to induce firms to become more efficient and to pass the benefits of the efficiencies along to consumers. That process would be ill-served by using antitrust to block hard, aggressive competition that is solidly based on efficiencies and growth opportunity, even if monopoly is a possible result ». E da allora, infatti, l'espansione di capacità produttiva non risulta più essere stata oggetto di contestazione negli Stati Uniti (29). Non è per altro da credere che ciò sia dipeso da una particolare « indulgenza » dell'*antitrust* statunitense. Basta uno sguardo alle sue radici ideologiche (specie delle prime « stagioni ») per rendersi ben conto del sospetto che, invece, in quell'ordinamento ha a lungo accompagnato i processi di crescita capaci di generare grandi complessi industriali: tant'è che uno dei (primi e) più significativi obiettivi del movimento revisionista della c.d. scuola di Chicago fu proprio quello di contrastare i tentativi, allora veementemente sostenuti, di pervenire alla frammentazione per atto d'autorità di talune tra le più importanti imprese statunitensi del tempo (30). L'opzione ideologica fatta propria dal Secondo Circuito — in fondo riconducibile al principio secondo cui l'impresa in posizione dominante « monopolizes whenever it does business » (31) — fu abbandonata non solo perché sarebbe stata poco rispettosa della « legislative history » (dato che negli atti preparatori della sec. 2 dello *Sherman Act* si legge

(19) Per tutti i riff. sia consentito rinviare al mio, *Il « controllo ». Nozioni e « tipo » nella legislazione economica*, cit., p. 206, ove si richiama anche la dichiarazione messa a verbale il 3 novembre 1989 secondo la quale il regolamento delle concentrazioni sarebbe stato « the sole and exclusive instrument applicable to concentrations as defined in Article 3 ».

(20) Il testo consolidato si legge in *Dir. ind.*, 1998, p. 63 ed è preceduto a p. 52 dal commento di CASSINIS, *Il controllo comunitario delle operazioni di concentrazione*.

(21) Lo rilevavo già nel mio *Il « controllo »*, cit., p. 207.

(22) E v. qui, in particolare, l'interpretazione — sostanzialmente conforme all'attuale regime comunitario — proposta, già in base all'attuale testo della legge, da GHEZZI, *Le imprese comuni nel diritto della concorrenza*, Milano, 1996, in specie p. 439 ss.

(23) Tar Lazio, 8 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, III, c. 74.

(24) Su cui v. da ultimo AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, in specie p. 67 ss.

(25) Si fa riferimento a BENTIVOGLI e TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 1995, in specie p. 190 ss.

(26) *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

(27) HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, St. Paul, 1994, p. 261.

(28) *E.I. du Pont de Nemours & C.*, 96 F.T.C. 653 (1980).

(29) Lo riferisce ancora HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 262.

(30) Per tutti v. le (belle) pagine di POSNER, *Antitrust in an Economic Perspective*, London, New York, Chicago, 1967.

(31) Così infatti sintetizzò, puntualmente, questo approccio il giudice Wyzanski in *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F.Supp. 295 (D.Mass. 1953).

che la norma non fu redatta con lo scopo di condannare chi « merely by superior skill and intelligence got the whole business because nobody could do it as well as he could », ma soprattutto perché non avrebbe avuto senso economico: si sarebbe infatti ritorta, in molti casi, contro gli stessi consumatori. Come si usa esemplificare, « il fatto che per molti anni Ozona, Texas, abbia avuto un solo cinema può stare a significare che le dimensioni del paese giustificano un solo cinema. Condannare il proprietario del cinema in base alla sec. 2 esclusivamente in ragione della quota di mercato posseduta, potrebbe risolversi nel privare Ozona del suo unico cinema » (32). E su queste basi la Suprema Corte non ha mancato di stabilire (33) che, perché possa riscontrarsi una violazione della sec. 2 dello *Sherman Act* occorre che l'impresa non solo sia in posizione dominante ma anche che il suo potere di mercato non derivi da crescita o sviluppo dipendente da « superior product, business acumen or historic accident » (elemento quest'ultimo che merita di essere rimarcato con riguardo al caso italiano in esame).

Questa essendo l'attuale situazione statunitense, non può certamente passare inosservato il tentativo della Banca d'Italia di « riesumarne » un peculiare e superato aspetto per incidere sulla crescita endogena (dovuta per di più a fattori storici, almeno quanto alla « trasformazione » delle Casse) tramite l'art. 3 della legge n. 287/1990, e cioè la norma sull'abuso di posizione dominante. Il tentativo non può passare inosservato non fosse altro perché la norma italiana, sulla falsariga dei sistemi comunitario e tedesco e a differenza di quello statunitense — come si sa — sanziona l'abuso, non il semplice acquisto o rafforzamento non abusivo della posizione dominante. È senz'altro vero che l'interpretazione che si dà ormai della norma sull'abuso tende a sfumare, in diversi casi, le (pur esistenti) differenze con la corrispondente previsione dello *Sherman Act*, visto che — come è efficacemente sintetizzato da ultimo dalla Commissione, nella sua XXVI relazione (34) — « un'impresa dominante ha diritto di difendere la sua posizione concorrendo con i rivali, ma detiene anche una responsabilità particolare nel non ridurre ulteriormente il grado di concorrenza ancora restante sul mercato. Le pratiche di esclusione (vietate) possono essere dirette contro concorrenti già attivi sul mercato o contro l'accesso al mercato di nuovi concorrenti ». Ciò non di meno, a quanto consta, se si esclude la decisione « Continental Can » (maturata in un ben preciso contesto ideologico e con evidenti funzioni di supplenza rispetto ad una disciplina al tempo mancante circa le concentrazioni), finora non si era mai giunti a configurare come comportamenti in inosservanza della « speciale responsabilità » quelli di crescita interna (ritenuti in genere addirittura meritevoli di esonero integrale dallo scrutinio *antitrust*) e quelli di crescita strutturale esterna, sottoposti per l'appunto al più favorevole (anche proceduralmente) meccanismo di controllo dettato per le « concentrazioni ». Non a caso la già citata XXVI relazione della Commissione ricorda, tra i comportamenti escludenti in violazione della speciale responsabilità « il rifiuto di riformimento; gli accordi volti ad escludere concorrenti (35); la discriminazione nell'ambito di una più ampia strategia di comportamento monopolistico destinata ad escludere concorrenti; i sistemi di sconti su base esclusiva » (36), senza fare riferimento ad ipotesi di crescita interna o esterna (strutturale). Come si è scritto, richiamando la sentenza Hoffman La Roche — ove è detto che il comportamento suscettibile di esame ai sensi dell'art. 86 « ha come effetto di ostacolare la conservazione del grado di concorrenza sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui s'imperva la concorrenza

(32) HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 247.

(33) In *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 570-1.

(34) XXVI Relazione sulla politica di concorrenza 1996, Bruxelles-Lussemburgo, 1997, p. 37.

(35) Tra i quali, a ben vedere, rientra anche l'ipotesi di acquisto di licenza esclusiva da parte d'impresa in posizione dominante, oggetto della nota vertenza Tetra Pak (Commissione, 26 luglio 1988, in *GUCE*, L 272/27 del 4 ottobre 1988; Trib. primo grado, 10 luglio 1990, T-51/89, in *Raccolta*, II, 309: su tali decisioni v. diffusamente MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994, p. 38 ss.).

(36) Commissione, XXVI relazione, cit., p. 38.

normale tra prodotti e servizi » (37) — « le imprese realizzano uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non ogni qual volta cagionano un indebolimento della struttura concorrenziale del mercato, ma soltanto in quei casi in cui, accanto a tale indebolimento, sia provato un loro intento monopolistico, ovvero gli effetti del monopolio non risultino neutralizzati dai risparmi sui costi che eventualmente si verifichino » (38).

10. Se quanto precede evidenzia l'esistenza di una « forzatura » interpretativa nel pretendere di applicare nella specie l'art. 3, può risultare non inutile ricercare i motivi per i quali la Banca d'Italia avrebbe inteso « riesumere » la sdruciolevole dottrina della « market preemption ». In apertura si sono segnalate le (possibili) ragioni « politiche »; da un punto di vista « tecnico » una lettura « controluce » sembra suggerire che l'esigenza deriva essenzialmente dal « taciuto » collegamento che la fattispecie mantiene con quella oggetto del provvedimento 5 aprile 1993, n. 1 nella assai controversa vertenza « Banco di Sardegna/Banca popolare di Sassari ». Ed invero, come si è rammentato, quel procedimento si era concluso con il rilascio di un'autorizzazione alla concentrazione sottoposta a precise condizioni, tra cui quella diretta a limitare la presenza della banca nella Regione mediante propri sportelli. In tale quadro la Banca d'Italia aveva infatti: a) vietato nuovi insediamenti nelle Province di Oristano e Nuoro; b) consentito l'apertura di nuovi sportelli nelle Province di Cagliari e Sassari esclusivamente in Comuni non bancati o in Comuni in cui le due banche non fossero le uniche presenti; c) ordinato al Banco di cedere, chiudere o trasferire taluni sportelli in determinati Comuni.

Detti impegni erano stati tuttavia espressamente limitati temporalmente « per un periodo di due anni a decorrere dalla data di notifica del provvedimento ».

Orbene, è di tutta evidenza che i comportamenti « strutturali » contestati con il provvedimento che qui si commenta determinavano (con l'apertura di nuovi sportelli, se non con la « trasformazione » dei vecchi Uffici di corrispondenza) proprio quel rafforzamento strutturale che la Banca d'Italia aveva inteso impedire con le condizioni « di durata » testé indicate. E tanto accadeva tuttavia in un momento successivo alla scadenza degli impegni (biennali) assunti dal Banco. In una simile situazione, la Banca d'Italia — ma, implicitamente, analogo è stato l'atteggiamento interpretativo dell'Autorità garante — ha evidentemente ritenuto di non potersi ricollegare al precedente provvedimento, per così dire « prorogando » o « rinnovando » la condizione per un ulteriore periodo successivo alla prima scadenza. Sicché, per scongiurare il rischio di vedersi precluso il potere d'intervento, la Banca d'Italia si è risolta ad utilizzare l'art. 3, con le (incongrue) conseguenze (anche sistematiche) più sopra enunciate. Altra — a mio modo di vedere — avrebbe dovuto essere la via da seguire. Infatti, meglio sarebbe valso « rinnovare » le condizioni del provvedimento n. 1/1993, ricollegando dunque il potere d'intervento all'originario procedimento (la cui soluzione in effetti si trattava di salvaguardare) senza aprirne uno nuovo — a diverso titolo — sostanzialmente « spurio ». E invero, le condizioni di durata imposte ai sensi dell'art. 6 l.a. vengono sì giustamente imposte temporaneamente in ragione della dinamica del mercato; ciò tuttavia non esclude che esse non possano essere rinnovate al permanere, alla prima o successiva scadenza del termine iniziale, della situazione di rischio per gli assetti competitivi del mercato (39). Beninteso, come si legge nel § 24, Abs. 3, GWB tedesco (con riferimento peral-

(37) Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa n. 85/1976, in *Raccolta*, 1979, p. 218.

(38) MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, cit., p. 36.

(39) E v. ora Banca d'Italia, provv. n. 22 del 3 aprile 1998, Banco di Sicilia/Sicilcassa/Mediocredito centrale, in *Bollettino*, n. 15, 1998, 155 (pubblicato quando il presente lavoro era già in bozza), che (evidentemente facendo tesoro dell'esperienza maturata nel caso cui si riferiscono le presenti note) espressamente prevede che « nel termine di 120 giorni e successivamente con periodicità semestrale per un periodo di sei anni dalla data di notifica del presente provvedimento, la società (risultante dalla concentrazione autorizzata sotto condizione) presenti una relazione illustrativa in ordine al rispetto delle condizioni. La Banca d'Italia si riserva di verificare l'attuazione delle misure citate nonché la situazione competitiva esistente nei mercati di riferimento al fine di adotta-

tro all'autorizzazione in deroga che può essere concessa dal Ministro) (40) « le condizioni alle quali è sottoposta l'autorizzazione di una concentrazione non possono essere dirette a sottoporre le imprese ad un continuativo controllo sui comportamenti di mercato » (*die beteiligte Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen*), dovendosi evitare che — con eterogeneità dei fini — il controllo antimonopolistico sulle concentrazioni finisca per convertirsi in uno strumento di direzione strutturale di settore (41). Senonché, se la necessità di garantire questo risultato dà ragione, sul piano del diritto *antitrust* generale, dell'orientamento che richiama ad un uso parsimonioso delle condizioni di durata (c.d. *Nachfristzusagen*) (42), è la specificità anche costituzionale del settore bancario che pare invece giustificare qui una lettura meno stringente del principio-limite. Infatti, rispetto ad una *regulated industry* non può attribuirsi sovrachia enfasi al principio, pur esatto in generale, che l'autorizzazione non deve costituire lo strumento per la sottoposizione dell'impresa a *laufende Verhaltenskontrolle*; e ciò per l'assorbente ragione che detto controllo già esiste per ragioni prudenziali, sicché il limite dell'incidenza dell'Autorità nel controllo dell'impresa sembra doversi riscontrare qui non tanto nel divieto di sottoporre a vigilanza continuativa i comportamenti dell'intermediario quanto piuttosto nel divieto di utilizzare l'autorizzazione condizionata come strumento di direzione strutturale del mercato o per ogni altra finalità diversa da quella che costituisce la ragione legislativa dell'attribuzione del potere. Né argomenti contrari alla proroga delle condizioni di durata mi pare possano trarsi, almeno in Italia, dalla circostanza che l'Autorità è chiamata a provvedere entro precisi termini procedurali. È vero, infatti, che le *Nachfristzusagen* sono poste con un provvedimento di chiusura dell'istruttoria; ciò non di meno esse vengono configurate come temporanee solo in quanto, data la natura dinamica del mercato, non è possibile definire in prospettiva futura fino a quando la situazione di mercato renderà necessario il rispetto delle stesse per garantire la funzionalità del mercato stesso e un divieto permanente apparirebbe sproporzionato allo scopo. Ciò significa, mi pare, che il potere di eventuale rinnovo della condizione alla sua scadenza costituisce un potere connaturato all'esercizio iniziale dello stesso, che — nel sistema italiano — proviene all'Autorità dalla legge (e cioè dallo stesso art. 6 l.a.) e non già da un contratto di diritto pubblico tra Autorità e destinatari del provvedimento (43); un potere di cui l'Autorità non si spoglia affatto, implicitamente, con il provvedimento di autorizzazione condizionata ma che anzi essa necessariamente conserva giacché è funzionale al corretto esercizio delle prerogative di controllo

re i provvedimenti che si rendessero necessari anche modificando la portata delle misure di cui alle lettere precedenti ».

(40) Ma nel progetto di sesta novella alla GWB detta precisazione viene ripetuta anche con riguardo alle autorizzazioni condizionate concesse dal *Bundeskartellamt*: v. BECHTOLD, *Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB Novelle*, in *BB*, 1997, 1857.

(41) Nello stesso senso muove anche, implicitamente, l'art. 8, comma 2°, del regolamento n. 4064/1989.

(42) Orientamento manifestato soprattutto in Germania, mettendo anche in luce i numerosi problemi di efficacia delle condizioni il cui avveramento è successivo allo scadere dei termini dati all'autorità per provvedere circa la concentrazione notificata (infatti il BGH, 31 ottobre 1978, *Weichschaum III*, in *WuW E/BGH* p. 1560 ha particolarmente insistito sul fatto che il potere di vietare l'operazione di concentrazione viene meno con il decorso del termine per provvedere e da ciò sembra doversi desumere che detto potere non può essere esercitato neppure per il caso di condizioni non rispettate il cui avveramento (o non avveramento) è successivo al decorso di detto termine giacché questo implica una rinuncia implicita al potere di provvedere: e v. da ultimo *Bundeskartellamt*, 11 aprile 1997, *Bayerische Wasserkraftwerke/Bayerwerk*, in *AG*, 1997, p. 573). Ciò non di meno non mancano, nella prassi applicativa del *Bundeskartellamt*, *Nachfristzusagen*: v. IMMENGA, MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., 1139 e, per uno studio monografico, RABENSCHLAG, *Die Zusagenpraxis im System der Zusammenschlußkontrolle*, Frankfurt am Main, 1995, p. 23 ss. (ove tutti i riferimenti).

(43) Come si è invece inclini a ritenere in Germania, in assenza di una previsione normativa esplicita (peraltro contemplata dal progetto di sesta novella: v. BECHTOLD, *Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB Novelle*, cit., 1857): in luogo di molti v. IMMENGA, MESTMÄCKER, *GWB Kom-*

di cui all'art. 6 della legge (le quali postulano una valutazione che tenga conto della natura dinamica del mercato).

11. Trattati ormai diffusamente i profili inerenti alla crescita strutturale, merita qualche cenno anche l'ulteriore e diversa statuizione che si legge nel provvedimento in esame: quella che reputa abusiva, sempre ai sensi dell'art. 3, la partecipazione che il Banco detiene (dal 1953) nel capitale di un concorrente locale (la Banca CIS s.p.a.), cui si accompagna, a protezione dell'investimento, il diritto di nominare — grazie al voto di lista — due amministratori di minoranza. Anche qui la decisione sembra in realtà condizionata, sul piano logico giuridico, da veli dissimulativi. Questo almeno è quanto viene da pensare in base ad un'attenta considerazione delle premesse storiche di fatto.

La Banca CIS s.p.a. è infatti « succeduta » per trasformazione in base alla legge « Amato » al Credito Industriale Sardo (CIS), ente di diritto pubblico a struttura associativa. Tale ente era stato costituito con legge 11 aprile 1953, n. 298 il cui art. 10 prevedeva espressamente che al fondo di dotazione del CIS partecipassero la Cassa per il Mezzogiorno, la Regione Autonoma per la Sardegna, nonché il Banco di Sardegna e altre aziende di credito aventi sede sociale nel territorio sardo (tra cui, si noti, la Banca popolare di Sassari) « anche in deroga alle rispettive norme legislative o statutarie ». In particolare il comma 2° del medesimo articolo disponeva testualmente che « ai fini della partecipazione di cui al comma precedente, il Banco di Sardegna utilizza l'ammontare del fondo di dotazione della Sezione autonoma di credito industriale di cui al d.lgs.lgt. 23 dicembre 1944, n. 417 che viene soppressa e le cui attività e passività sono trasferite al Credito industriale sardo ». Si trattava dunque per il Banco di una partecipazione « legificata »: non del frutto di un libero atto di autonomia privata ma di un acquisto forzato disposto per legge. E al momento dell'approvazione del primo statuto del CIS (d.m. 31 gennaio 1955), il Banco di Sardegna possedeva il 20% del fondo di dotazione mentre la Banca popolare di Sassari il 5%. Il consiglio d'amministrazione era composto di 10 consiglieri e un presidente: il Banco designava due membri mentre la Banca popolare di Sassari uno. La trasformazione del CIS veniva deliberata il 28 febbraio 1992 (il progetto di ristrutturazione era approvato con d.m. 29 luglio 1992, n. 436063) e determinava il « passaggio » — come si legge all'art. 3 dello statuto — da « istituto di credito speciale a banca universale ». Il capitale sociale del CIS s.p.a. risultava sottoscritto per il 46,27% dal Tesoro; per il 32,77% dalla Regione Sardegna; per il 15,08% dal Banco di Sardegna; per il 3,77% dalla Banca popolare di Sassari e per il 2,11% dall'Ambroveneto. A seguito dell'aumento di capitale del novembre 1997, non sottoscritto dal Banco di Sardegna e dalla (ora sua controllata) Banca di Sassari, il Tesoro veniva infine a detenere una partecipazione di controllo di diritto (53,22%) mentre Banco di Sardegna e Banca di Sassari detengono, complessivamente, il 16,30% del capitale sociale.

Anche qui credo che la Banca d'Italia avrebbe potuto sindacare la partecipazione del Banco al CIS al momento dell'autorizzazione della concentrazione Banco di Sardegna/Banca popolare di Sassari, nel quadro della valutazione complessiva della posizione concorrenziale delle due banche sul mercato sardo; che, invece, il sindacato « postumo » in base all'art. 3 sia nulla più che un « rimedio » successivo ad un difetto di valutazione (per omissione) « originario », sostanzialmente peggiore del male (almeno sul piano sistematico). E invero, in data 23 dicembre 1992, quando si avviò la procedura ex art. 16 l.a. « Banco di Sardegna/Banca popolare di Sassari » la Banca d'Italia non poteva certo non conoscere i rapporti esistenti tra le due banche in corso di concentrazione e il CIS s.p.a., (a quel tempo) appena trasformato. A quella data — se non mi inganno — i presupposti di fatto della « vicenda » CIS che sono stati ora valutati come espressione di abuso di posizione dominante erano già tutti presenti; forse con carica di « offensività » (se così si può dire) anche maggiore dell'attuale, posto che dalla fine 1997 — come

mentar, cit., 1135. Sui profili più innovativi della contrattazione pubblica in Italia v. da ultimo DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 1 ss.

si è visto — il Tesoro è divenuto controllante di diritto (ed è dunque assai poco « condizionabile » nelle sue scelte di gestione da parte dei soci di minoranza) e, correlativamente, la quota partecipativa del Banco si è significativamente ridotta. Ne consegue che, se la Banca d'Italia avesse voluto assumere provvedimenti diretti ad evitare qualsivoglia rischio di « collegamento » operativo tra le diverse realtà aziendali, essa avrebbe potuto inserire, come ulteriore condizione dell'autorizzazione *ex art. 16* data con provvedimento n. 1/1993, anche l'obbligo di disinvestimento in CIS accompagnato dalle immediate dimissioni degli esponenti aziendali del Banco presenti in consiglio. Non averlo fatto allora, nel quadro di una valutazione complessiva della fattispecie con lo strumento — appropriato — della condizione *ex art. 6* della legge, e pretendere invece di farlo 5 anni dopo in base all'*art. 3* sembra, francamente, un errore. Se infatti in sede di definizione delle condizioni *ex art. 6* la Banca d'Italia avrebbe avuto ampio spazio di manovra nell'esercizio della sua discrezionalità autorizzatoria (giacché nel « prescrivere le misure necessarie ad impedire » la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante « qualificata » la Banca d'Italia può prescrivere la rimozione anche di situazioni che, in sé, non sono abusive ma che — unitariamente considerate — valgono a rafforzare la posizione dominante derivante dalle modifiche strutturali) non altrettanto spazio le spetta in un autonomo procedimento iniziato ai sensi dell'*art. 3* proprio con specifico riguardo al collegamento azionario e personale tra Banco e CIS. È vero infatti che esiste ormai una giurisprudenza piuttosto consolidata, comunitaria e nazionale, che riscontra la potenziale lesività *antitrust* anche della partecipazione minoritaria al capitale sociale di concorrenti o del « collegamento personale ». Ciò non di meno quell'orientamento — che come è noto trova il proprio più autorevole riferimento nel *grand arrêt* della Corte di Giustizia (44) nel caso « Philip Morris » — non ha modo d'applicarsi, almeno a giudicare dai precedenti, che in situazioni in cui la partecipazione al capitale o il collegamento personale siano assistiti da elementi indiziari ulteriori (« plus factors »), idonei a convincere della circostanza che il collegamento partecipativo o personale è funzionale ad un'azione di concertazione (anche mediante significativi scambi d'informazioni in mercati « opachi ») del comportamento concorrenziale delle imprese interessate (45). Questi presupposti non pare ricorressero nel caso di specie: vuoi perché la partecipazione di minoranza « legittimata » sembra in verità riconducibile ad un'investimento passivo (e questo è tanto più vero ove la partecipazione, in ragione della non florida situazione patrimoniale della banca partecipata non sia di facile e pronta dismissione); vuoi perché, subentrato per entrambe le banche il regime di banca universale, non sussisteva più l'originario nesso di strumentalità operativa (nel credito industriale); vuoi perché le condizioni operative secondo le quali le banche agiscono sul mercato sono — per disposizione di legge — non « opache » ma « trasparenti »; vuoi perché il collegamento personale avveniva sì mediante esponenti aziendali ma ciò in ossequio ad una pratica che — almeno fino alla trasformazione del 1992 — aveva addirittura un certo fondamento normativo negli *artt. 24 e 27* della legge n. 298/1953 e che comunque, in tutta franchezza (e cioè rimosso anche qui ogni velo dissimulatorio), non sembra presentare profili d'offensività molto maggiori che la partecipazione al consiglio di esponenti « indipendenti » ma pur sempre designati dall'ente partecipante; vuoi, infine, perché detti esponenti aziendali del Banco non partecipavano al comitato esecutivo, che pur nei fatti reggeva (e regge) la banca.

(44) Corte di Giustizia, 17 novembre 1987, cause riunite nn. 142 e 156/1984, BAT e Reynolds, in *Raccolta*, 1987, p. 4568.

(45) E v. infatti Commissione, 10 novembre 1992, Warner Lambert/Gillette e BIC/Gillette, in *GUCE*, 12 maggio 1993, L 116/21; Autorità garante, provv. n. 563 del 17 giugno 1992, Cementir/Merone; provv. n. 3086, 8 giugno 1995, Parmalat/Granarolo Felsinea; provv. n. 134 del 6 marzo 1996, ITC6P/Cragnotti; Banca d'Italia, provv. n. 19, 20 febbraio 1997, Carisa/Carige, in cui si precisa che la finalità di coordinamento competitivo non ricorre ove « l'acquisto risponda ad una mera finalità d'investimento passivo ». Su tali profili, v. da ultimo I. BERTI, *Lo scambio d'informazioni fra imprese concorrenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 563.

12. Alla luce di quanto finora detto, credo che si potrà ora convenire con l'affermazione iniziale, secondo cui la decisione sembra assolvere ad una funzione « politica » di autolegittimazione e pare cioè ispirata al desiderio della Banca d'Italia di allontanare da sé ogni sospetto di cedevolezza nell'applicazione della normativa *antitrust* nazionale. Ma il caso pratico in esame dimostra anche come una valutazione corretta delle fattispecie di rilevanza *antitrust* nel sistema bancario implichi una faticosa e delicata opera ricostruttiva della reale situazione di fatto: un'opera ricostruttiva che presuppone una profonda conoscenza delle peculiarità del settore (anche nel suo divenire storico), un'ampia messe d'informazioni e, nei fatti, una certa « interdipendenza » tra valutazioni prudenziali e valutazioni di mercato. Non a caso, anche nella fattispecie in esame, l'iniziale approccio suggerito dall'Autorità garante era in realtà del tutto inidoneo a rappresentare adeguatamente la realtà; il quadro rappresentativo è stato invece meglio precisato dalla Banca d'Italia, attingendo a più approfondite conoscenze di vigilanza, anche se poi l'esito del giudizio è stato (verosimilmente) condizionato (in senso negativo) dalle già ricordate esigenze « politiche » di autolegittimazione. Se ciò è vero, questo caso corrobora l'idea secondo cui continua ad essere giustificata la ripartizione di competenze di cui all'*art. 20* della legge n. 287/1990: l'idea cioè che in questo campo solo un'Autorità che operi nella costante consapevolezza del quadro d'insieme (dell'ordinamento bancario e, probabilmente, finanziario) può essere in grado di garantire effettivamente un'equilibrata funzione tutoria dei pubblici interessi, trovandosi in una posizione d'istituzionale vantaggio rispetto all'Autorità garante, in ragione del suo particolare e non sporadico posizionamento, sia per quanto riguarda l'espressione di un giudizio pienamente informato sia per quanto attiene all'individuazione dei comportamenti collusivi, sia infine per quanto riguarda le risorse organizzative da dedicare al controllo. Ciò, beninteso, ove — come è da attendersi ormai, a seguito del ridisegno delle strutture organizzative conseguente alla devoluzione alla Banca centrale europea delle funzioni monetarie — la Banca d'Italia dedichi effettivamente alla funzione *antitrust* risorse ampie, assai più ampie di quelle finora applicate e a condizione che, per l'avvenire, si evitino « insincere » compartimentazioni tra vigilanza prudenziale e *antitrust*. Fermo cioè l'autonomo rilievo dei due profili (46), a me pare che — come si deve senz'altro evitare, sotto il profilo valutativo, che l'applicazione della normativa *antitrust* prescinda da un'adeguata considerazione dei problemi di stabilità (non individuale ma) sistemica — così, sotto il profilo procedimentale, è indispensabile che operazioni preventivamente vagliate positivamente in sede di vigilanza prudenziale non vengano poi vietate sotto il profilo *antitrust* solo ad operazione conclusa. La questione, come è evidente, non si pone ove l'operazione risulti soggetta, sotto il profilo *antitrust*, al controllo, per l'appunto preventivo, previsto per le concentrazioni. Si pone invece a fronte dell'utilizzo di strumenti di controllo come quello *ex art. 3*, che non sono necessariamente preventivi. Ma anche qui elementari ragioni di tutela del legittimo affidamento degli enti vigilati impongono, a protezione degli ingenti investimenti che vengono effettuati nelle operazioni di riorganizzazione strutturale, una delibazione quasi contestuale e in ogni caso preventiva (rispetto al compimento dell'operazione di riorganizzazione) di entrambi i profili, di modo che non abbia a ripetersi quanto è accaduto nella specie, in cui cioè ad un'autorizzazione prudenziale alla « trasformazione » delle Casse in dipendenze ha poi fatto seguito — ad investimenti effettuati da parte del Banco — l'apertura dell'istruttoria *ex art. 3*.

In una prospettiva *de iure condendo* è per altro immaginabile che la ripartizione di competenze « giustiziali » *antitrust* possa anche essere riorganizzata. Ma seppure si ritenesse, in tale quadro, di assegnare la funzione decisoria al collegio di cinque membri costituenti l'Autorità garante, in ogni caso « l'attività di raccolta dei dati, delle notizie, delle informazioni, l'acquisizione di documentazione e ogni altra attività istruttoria pro-

(46) Sottolineava peraltro, tempo addietro, come alla prova dei fatti il rilascio di un'autorizzazione finisca con il condizionare il rilascio dell'altra, Portale, nell'intervento inedito ricordato da SANTAGATA, *La nuova disciplina della fusione tra banche*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 46.

pedeutica al provvedimento finale » (47), insomma l'attività per così dire « requirente », dovrebbe restare assegnata — a mio modo di vedere — non agli uffici istruttori dell'Autorità garante (che andrebbero separati funzionalmente dal collegio « giudicante ») ma a quelli della Banca d'Italia (48) e il procedimento dovrebbe in ogni caso coordinarsi con quello prudenziale in modo da evitare che operazioni approvate, se non addirittura « sollecitate » per via di *moral suasion* dalla vigilanza incorrano nei divieti *antitrust* non già nella fase progettuale ma ad operazione realizzata.

MARCO LAMANDINI

(47) Tar Lazio, 8 gennaio 1998, n. 96, cit., in specie a c. 80.

(48) Su tema sia consentito rinviare, per una trattazione più diffusa, al mio *Le concentrazioni bancarie*, cit.