



In House Competition Lawyers' Association - ICLA

Consultazione pubblica sul sistema di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione

ICLA Europe (In-House Competition Lawyers' Association¹) è un'associazione informale di esperti antitrust attiva a livello Europeo e in alcuni stati membri, tra cui l'Italia in cui opera attraverso ICLA Italia. L'associazione si riunisce periodicamente per dibattere temi legati agli sviluppi del diritto antitrust e condividere le migliori pratiche di conformità a tale normativa. L'associazione al momento può contare sull'apporto di circa 180 associati provenienti da 14 paesi. L'associazione non rappresenta aziende, ma individui esperti in ambito antitrust. Il presente documento di risposta rappresenta il punto di vista di alcuni membri di ICLA Italia.

1. Premessa

ICLA Italia saluta con favore l'iniziativa assunta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") di aprire una consultazione pubblica sul sistema di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione. In un periodo storico di profonda crisi è fondamentale mantenere uno stretto contatto con i soggetti destinatari in ultima analisi della regolamentazione in divenire, e ottenerne il punto di vista. Soprattutto nei casi in cui quest'ultima ha un impatto diretto sul business che la regolamentazione deve promuovere e non inibire, nel rispetto del mantenimento e miglioramento di un contesto concorrenziale.

Il circolo virtuoso derivante dalle iniziative di "advocacy", di reciproca collaborazione e condivisione fra autorità e destinatari dei progetti di regolamentazione emergono con tutta evidenza. Così come i benefici prodotti dalla trasparenza dei processi di consultazione. ICLA Italia auspica che i contributi ricevuti a valle della consultazione siano pubblicati sul sito dell'Autorità alla stregua di quanto fatto dalla Commissione europea e dalle principali autorità della concorrenza facenti parte dell'International Competition Network e dello European Competition Network.

Come meglio specificato nei paragrafi che seguono, ICLA Italia ritiene che le modifiche proposte dall'Autorità, a due anni dall'ultimo intervento in materia, possano avere un impatto importante sulla certezza e prevedibilità della regolamentazione applicabile alla notifica delle operazioni di concentrazione in Italia. ICLA Italia ritiene che tali modifiche, se adottate, comporteranno un probabile aumento dei costi per le imprese e un aggravio procedurale dell'iter attraverso cui portare a termine un'operazione di concentrazione. Esse, inoltre, non paiono contribuire a migliorare per gli investitori italiani e stranieri l'attrattività del sistema paese, in relazione al quale vari organismi sovranazionali (tra cui in particolare l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico - OCSE) si sono più volte espressi auspicando una semplificazione regolamentare.

¹ Sito internet istituzionale: <http://www.competitionlawyer.co.uk/ICLA/Welcome.html>.

2. Linearità con le modifiche intervenute e l'approccio assunto a livello comunitario incentrato sulla semplificazione

La Commissione europea (CE), ha recentemente adottato un nuovo pacchetto di regole volte ad alleggerire i vincoli amministrativi gravanti sulle imprese semplificando le procedure di controllo delle operazioni di concentrazione ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004 (di seguito il "**Regolamento 139**").

La CE ha adottato *in primis* una nuova comunicazione sulla procedura semplificata per l'esame delle concentrazioni che non suscitano gravi perplessità sotto il profilo della concorrenza e che normalmente vengono autorizzate dalla Commissione senza avviare la fase approfondita di controllo². La principale modifica consiste nell'**ampliamento del campo di applicazione della procedura semplificata**.

Inoltre, la Commissione ha adottato il Regolamento UE n. 1269/2013³, che modifica il regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione di esecuzione del Regolamento 139. Attraverso il nuovo Regolamento, viene **ridotto il novero di informazioni** che devono essere fornite dalle parti, attraverso gli appositi formulari, in sede di notifica della concentrazione e nell'ambito di una richiesta di rinvio di un caso dalla Commissione agli Stati membri e viceversa.

Lo scopo immediato delle modifiche introdotte dalla Commissione va rinvenuto nella volontà di favorire lo snellimento dei contatti pre-notifica con le parti; mentre lo scopo mediato va individuato nella volontà ferma di **alleggerire i vincoli amministrativi gravanti sulle imprese semplificando le procedure di controllo delle operazioni di concentrazione**.

In apparente linea con tale contesto di semplificazione, viene stabilito nel documento di consultazione al paragrafo 12, che "***L'Autorità ritiene opportuno di rivedere le soglie di fatturato [...] senza al contempo [...] gravare inutili oneri sulle imprese***". Peraltro, tale principio è stato ribadito dal Presidente G. Pitruzzella nel corso di un'audizione tenuta di fronte alla Commissione parlamentare per la semplificazione dichiarando che "*per uscire dalla crisi e stimolare la ripresa dell'economia, il Paese deve, pertanto, liberarsi dei molti oneri burocratici e degli ostacoli che appesantiscono l'esercizio delle attività economiche, impegnandosi in un programma generale (di carattere trasversale) e di lungo periodo di semplificazione delle procedure amministrative e di revisione degli attuali assetti regolatori*"⁴.

È del tutto evidente che qualora il regime di controllo delle concentrazioni dovesse essere rivisto con un abbassamento delle soglie al superamento delle quali sorge l'obbligo di notifica preventiva delle operazioni ex art. 5 della l. 287/1990, ciò comporterebbe rispetto alla pratica vigente (dall'entrata in vigore della l. 1/2012) un **appesantimento dei vincoli amministrativi gravanti sulle imprese**. Infatti, con l'abbassamento a 10 milioni di Euro della soglia legata al fatturato prodotto dalla società target, **il numero delle operazioni di concentrazioni da notificare aumenterebbe**, tendenza che risulterebbe non essere completamente in linea con quanto ipotizzato dalla Commissione europea, e dalla maggior parte delle autorità antitrust europee.

3. Opportunità dell'abbassamento delle soglie a fronte delle evidenze statistiche raccolte dall'Autorità

Nella Figura 2 – Numero di notifiche preventive delle operazioni di concentrazioni anni 1993-2013⁵ del documento di consultazione viene messo in evidenza il numero di operazioni che sono state soggette

² Cfr. 2013/C 366/04, in GUUE C 366 del 14 dicembre 2013

³ in GUUE L 336 del 14 dicembre 2013

⁴ Il testo dell'Audizione, è consultabile sul sito dell'AGCM al seguente link: http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4105-audizione-20140227.html

⁵ Pagina 4, paragrafo 8 del documento di consultazione.

all'obbligo di notifica preventiva nell'ultimo ventennio. Il risultato che emerge da tale figura è che **negli ultimi 20 anni sono state notificate in media 477 operazioni all'anno.**

Inoltre, sulla base del ragionamento dell'Autorità se – come evidenziato al paragrafo 14 del documento di consultazione – il sistema attualmente vigente fosse stato in vigore nell'ultimo decennio tra il 2000 e il 2012, **13 delle 45 operazioni di concentrazioni che sono state sottoposte ad approfondimento istruttorio sarebbero sfuggite all'analisi dell'AGCM.**

Infine, al paragrafo 15, l'Autorità mette in evidenza come, con l'abbassamento della soglia a 10 milioni di Euro, **8 delle suddette 13 operazioni di concentrazioni sarebbero rientrate nell'obbligo di notifica preventiva.**

Pertanto, dall'analisi dei numeri indicati nel documento di consultazione, è possibile concludere quanto segue:

- (i) con il sistema di notifica preventiva delle operazioni di concentrazioni attualmente in vigore, nell'ultimo decennio l'autorità non avrebbe analizzato 13 operazioni soggette ad approfondimento e, cioè, **1,3 operazioni all'anno su una media annuale di 477 operazioni notificate;** e
- (ii) con l'abbassamento della soglia di fatturato a 10 milioni di Euro, delle 13 operazioni di concentrazioni sottoposte ad approfondimento negli ultimi 10 anni, **8 di queste sarebbero state comunque analizzate dall'autorità.** Pertanto con la prospettata modifica delle soglie, **l'autorità recupererebbe meno di 1 operazione⁶ all'anno potenzialmente problematica su 477 operazioni mediamente notificate in un anno.**

Inoltre appare opportuno soffermarsi su quanto riportato nella *Tabella 3 – Istruttorie svolte che sarebbero sfuggite all'obbligo di notifica preventiva con il nuovo sistema. Anni 2000-2012⁷* del documento di consultazione, dove viene evidenziato che delle 13 operazioni che sarebbero "sfuggite" all'obbligo di notifica preventiva tra il 2000 al 2012, **solamente 5 sarebbero state vietate tout court**, 4 risultano *in fine* autorizzate con impegni, e 4 autorizzate incondizionatamente.

Pertanto, dall'analisi dei numeri evidenziati nel documento di consultazione, con l'abbassamento della soglia proposta, l'Autorità recupererebbe certamente l'analisi di alcune (poche) operazioni di concentrazioni solo potenzialmente problematiche, ma anche - e purtroppo - un **numero elevatissimo di operazioni che non hanno evidentemente alcun impatto sul mercato e sulla concorrenza** con inevitabili conseguenze in termini di costi sia per l'Autorità che per le imprese parti delle operazioni di concentrazione.

4. Aumento dei costi e oneri amministrativi per le imprese. Attrattività del sistema paese

Come già evidenziato, la prospettata modifica del regime di notifica delle operazioni di concentrazioni, avrebbe come ulteriore conseguenza immediata, un aumento delle comunicazioni da notificare all'Autorità con importanti **conseguenze in termini di costi e di aggravio amministrativo per le imprese.**

E' a tutti noto che le imprese, in fase di notifica di un'operazione di concentrazione, sono necessariamente tenute a dedicare risorse interne *inter alia* all'analisi della prospettata operazione di concentrazione e alla predisposizione del formulario di notifica. Fortunatamente, sempre più sono le aziende che investono in "*in-house competition lawyers*" e nella creazione di team antitrust interni.

⁶ Con arrotondamento a favore della prospettata modifica in quanto per l'esattezza il numero di operazioni non perse sarebbe pari a **0,8 all'anno.**

⁷ Pagina 7, paragrafo 14 del documento di consultazione.

Tale attività di analisi, negoziazione e notifica coinvolge anche e soprattutto la raccolta di una consistente mole di informazioni necessarie per la compilazione del formulario. Informazioni che sovente non sono immediatamente reperibili e possono richiedere l'utilizzo di consulenti esterni con evidenti oneri economici sulle imprese stesse. La consulenza esterna, di tipo economico e/o legale, può essere necessaria anche con riguardo alla compilazione del formulario. E' infatti buona prassi, al fine di ulteriormente "validare" il lavoro portato a termine dai team antitrust interni alle imprese, che studi legali o economisti curino, in nome e per conto delle imprese stesse, tutta la fase procedurale che va dalla preparazione del formulario al deposito del medesimo in autorità.

Tali **attività di consulenza hanno un costo spesso elevato** e difficile da sostenere ed accettare in questa fase storica dell'economia italiana, tenuto conto che l'attività di notifica, già di per sé, comporta per le imprese con determinati livelli di fatturato un obbligo *ex lege* di contribuire economicamente al corretto funzionamento dell'AGCM attraverso il pagamento della tassa annuale.

Per quanto riguarda invece l'aggravio amministrativo gravante sulle imprese legato alla procedura di notifica, vi è preoccupazione circa la **diminuzione dell'attrattività del paese per investimenti stranieri e non**. È evidente che la procedura di notifica, e in particolare i tempi della stessa (che possono andare dai 30 giorni in ambito industriale ai 4 mesi nel settore bancario e finanziario), possono costituire una **barriera all'ingresso** di operatori stranieri nella nostra economia in quanto frenati dalla lunghezza del procedimento *antitrust* anche quando l'operazione non ha manifestamente - fin dall'origine - alcun impatto sulla concorrenza e sul mercato.

Si pensi peraltro alla maggior parte delle PMI italiane che sono selezionate sulla base delle potenzialità di crescita prospettica da parte di operatori di *private equity* e di *venture capital* i cui investimenti prevedono strategie industriali autonome e diversificate, nell'ottica della valorizzazione del tessuto industriale del paese, e senza che nella scelta del loro intervento venga attribuito particolare rilievo alle sinergie (di tipo industriale) tra le diverse società in portafoglio, come avviene ad esempio per le società di gestione di fondi mobiliari di tipo chiuso di diritto italiano che gestiscono fondi *private equity* e di *venture capital*.

Tal genere di operazioni, vitali per l'industria italiana, anche a seguito dell'entrata in vigore della l. 1/2012, sono state rese possibili anche a seguito della riduzione di quelle barriere legate a costi ed ai rallentamenti di tipo procedurali, che se reintrodotte rischiano, purtroppo, di ridurre ancora una volta l'attrattività, da parte di operatori italiani e stranieri degli investimenti nelle piccole e medie imprese italiane con effetti negativi per gran parte del cuore dell'industria italiana.

5. Struttura del sistema produttivo italiano e diritto delle concentrazioni

Nel paragrafo 4 del documento di consultazione viene stabilito che "*la definizione delle nuove soglie tende a tenere conto delle caratteristiche della struttura produttiva*" in Italia. L'Autorità pare pertanto creare un collegamento fra la normativa sulle concentrazioni e la struttura produttiva del Paese: per funzionare adeguatamente, la prima dovrebbe essere plasmata sulla base delle peculiarità della seconda. Non è *prima facie* comprensibile come la presa in considerazione della struttura produttiva italiana, composta per lo più da PMI, possa giustificare un abbassamento delle soglie.

Nello svolgere la propria analisi di operazioni di concentrazione, è compito principale dell'**Autorità verificare che l'operazione non crei o rafforzi una posizione dominante su uno o più mercati rilevanti**, come individuati dalla stessa Autorità. Tuttavia, essendo il sistema industriale italiano composto essenzialmente da PMI operanti, per definizione, in mercati non concentrati e dove difficilmente possono essere create o rafforzate posizioni dominanti, **la presa in considerazione di detta struttura produttiva dovrebbe al contrario spingere l'Autorità al mantenimento delle soglie attuali.**

6. Chiarimento del paragrafo 29, punto 2)

La proposta formulata dall'Autorità - utilizzando la locuzione "*almeno due delle imprese interessate*" - sembra lasciare un margine di incertezza in relazione all'ipotesi di acquisizione del controllo congiunto di un'impresa preesistente. In particolare, andrebbe chiarito se sussista o meno l'obbligo di notifica nei casi in cui, fermo restando il superamento della prima soglia di fatturato (ovvero quello complessivo delle imprese interessate), la seconda soglia venga superata dalle due imprese che acquisiscono il controllo congiunto ma non dall'impresa oggetto di acquisizione.

Al riguardo, infatti, il paragrafo 22 della Comunicazione della Commissione Europea sulla nozione di impresa interessata (il cui contenuto è stato sostanzialmente riproposto al punto 140 della Comunicazione consolidata sul controllo delle operazioni di concentrazione) stabilisce che "*in caso di acquisizione del controllo congiunto di una società o di un'attività preesistente, le imprese interessate sono ciascuna delle società che acquistano il controllo congiunto e la società preesistente oggetto dell'acquisizione*", con la conseguenza che l'obbligo di notifica sorge quando almeno due di esse (e non necessariamente l'acquisita) superano la soglia fissata.

I dubbi interpretativi traggono origine dalla circostanza per cui l'Autorità, nell'allinearsi con la proposta di modifica alla corrispondente previsione comunitaria (art. 1 del Regolamento 139/2004), sembra orientata a mantenere il riferimento alla nozione di "impresa acquisita" che, invece, sempre a livello comunitario, non assume un'autonoma e distinta rilevanza rispetto a quella più generale di impresa interessata.

In altre parole, non risulta chiaro se, fermo restando il superamento della prima soglia di notifica, ove le imprese A e B acquisiscano il controllo congiunto dell'impresa C (il cui fatturato non supera la soglia prevista per l'acquisita), l'operazione sia comunque soggetta all'obbligo notifica, qualora sia A che B abbiano un fatturato superiore a quello di cui al punto 1 del paragrafo 29 della consultazione.

In questo senso, quindi, potrebbe rivelarsi utile un chiarimento da parte dell'Autorità circa la propria intenzione di mantenere nella nuova formulazione dell'art. 16, comma 1, della legge 287/90 la nozione di impresa oggetto di acquisizione e, in caso affermativo, come quest'ultima verrà messa in relazione alla condizione di cui al punto 2) del paragrafo 29.

7. Conclusione

La riforma portata a termine con l'entrata in vigore della l. 1/2012 ha comportato un profondo miglioramento del sistema di notifica delle operazioni di concentrazione. Il previgente sistema non era infatti allineato agli standards comunitari e comportava altresì, in virtù del sistema di soglie alternative, l'onere a carico dell'impresa acquirente (o della sua controllante ove l'acquirente fosse parte di un gruppo di imprese) che superasse singolarmente la soglia di fatturato complessivo, di notificare qualunque acquisizione del controllo di imprese o parti di essa (anche laddove queste avessero un fatturato ridottissimo).

Inoltre, è certamente condivisibile che vi sia anche periodicamente una revisione delle soglie di fatturato al superamento delle quali scatta l'obbligo di notifica preventiva. Tuttavia, l'iniziativa dell'Autorità, tanto più che avviene solo dopo un anno dalla riforma, appare proporre un ritorno al passato, un passo indietro rispetto al processo di semplificazione avviato. **A tal riguardo, ed alla luce dell'attuale situazione economica del Paese, il mantenimento del regime attualmente vigente appare la soluzione preferibile.**

Qualora l'Autorità si determinasse – dopo aver tenuto in debita considerazione i risultati della consultazione - nel proporre al Parlamento Italiano la modifica normativa così come prospettata nel documento di consultazione pubblica, tale iniziativa, a giudizio di ICLA Italia, dovrebbe essere

accompagnata da due ulteriori ed a quella contestuali. La prima dovrebbe consistere nella modifica normativa della legge 287/90 in tema di Imprese Comuni, con l'obiettivo di allinearla a quella europea in termini di "full functions Joint ventures", così da dare alle imprese maggiore certezza sui principi applicabili a tale tipologia di operazioni. La seconda dovrebbe essere l'introduzione di un sistema (formulario) di notifica estremamente più semplificato rispetto a quello attuale da utilizzarsi nel caso in cui si appalesi evidente che l'operazione sia insuscettibile di portare alla costituzione o rafforzamento di una posizione dominante.