

## Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

### Consultazione pubblica

**Avente ad oggetto la proposta di modifica delle soglie di fatturato a seguito della modifica dell'art. 16, comma 1, della Legge n. 287/90 introdotta dal decreto legge n. 1/2012**

#### 1. Introduzione

Il Dipartimento di Diritto della UE, della regolamentazione e della concorrenza dello Studio Legale Associato con Simmons & Simmons LLP (lo "Studio") è lieto di fornire il proprio contributo alla consultazione avviata da codesta Autorità con la comunicazione pubblicata in data 10 febbraio 2014 (la "**Comunicazione**").

Lo Studio condivide la proposta dell'Autorità di modificare le soglie di fatturato di cui all'art. 16, comma 1, della Legge n. 287/90 (la "**Legge**") allo scopo di rendere più efficace il controllo delle concentrazioni aventi effetti sul territorio nazionale, senza tuttavia pregiudicare l'efficiente gestione delle risorse amministrative e, soprattutto, non aggravare le imprese di oneri privi di giustificazione.

In tale ottica, lo Studio, dopo aver esaminato quanto proposto nella Comunicazione, formula le osservazioni di seguito esposte.

#### 2. Osservazioni di carattere generale

La Comunicazione osserva che, per effetto della modifica apportata con D.L. n. 1/2012 all'art. 16, comma 1, della Legge, alcune concentrazioni di rilievo sono rimaste escluse dall'obbligo di notifica preventiva, non integrando la soglia prevista per l'impresa acquisita (§ 3). In particolare, sono risultate escluse dall'obbligo di notifica alcune operazioni suscettibili di produrre effetti non trascurabili in mercati di ampiezza geografica locale e che avrebbero, invece, ad avviso dell'Autorità, meritato un approfondito scrutinio (§ 11)<sup>1</sup>.

A fronte di tali fenomeni, la Comunicazione propone di rivedere ulteriormente il sistema delle soglie di fatturato, confermando il meccanismo del superamento cumulativo delle soglie, ma fissando la sola soglia di fatturato relativa all'impresa oggetto di acquisizione ad un livello inferiore a quello vigente (pari ad Euro 48 Milioni), in modo da tener conto del contesto produttivo nazionale (§ 13).

All'esito dell'analisi dei dati storici sulle operazioni di concentrazioni notificate e di un esercizio di simulazione sulle variazioni attese dei flussi di notifiche preventive (§ 20), la Comunicazione propone di ridurre la soglia relativa al fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione a Euro 10 Milioni.

Osserva, al riguardo, la Comunicazione che *"una simile modifica, peraltro, darebbe luogo ad un sistema di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione sostanzialmente in linea con il sistema di notifiche attualmente in vigore in Germania e in altri Paesi dell'Unione europea"* (§ 19).

Con particolare riguardo alla Germania, tuttavia, occorre considerare che il sistema di soglie ivi previsto comporta un elevato numero di notifiche di operazioni di concentrazione prive di un effettivo legame con il mercato tedesco, soprattutto perché la prima soglia si riferisce al fatturato

<sup>1</sup>

In termini numerici, l'introduzione di soglie di fatturato cumulative (e non più alternative) ha determinato, nel primo anno di attuazione della modifica normativa, una riduzione del numero di operazioni notificate da 451 del 2012 a 59 del 2013 (§ 8).

realizzato dall'insieme delle imprese interessate a livello mondiale (Euro 500 Milioni), mentre le due soglie relative al fatturato a livello nazionale sono piuttosto basse (rispettivamente Euro 25 e 5 Milioni).

Per tale ragione, l'Autorità tedesca ha avviato un processo di revisione delle soglie di fatturato per chiarire i criteri in base ai quali può essere concretamente identificato un "effetto sul mercato nazionale" delle operazioni che superano le soglie sopra riportate<sup>2</sup>.

La Comunicazione si sofferma, poi, sull'applicabilità della seconda soglia di fatturato a due ipotesi specifiche di concentrazioni tra imprese: la costituzione da parte di più imprese di una nuova impresa comune (art. 5, lett. c della Legge) e la fusione tra imprese (art. 5, lett. a) della Legge.

Tale proposta, inizialmente riferita alle sole ipotesi di fusione e costituzione di una nuova impresa comune, al § 29 della Comunicazione viene estesa a tutte le ipotesi di concentrazioni tra imprese di cui all'art. 5 della Legge, incluse, quindi, le fattispecie di acquisto del controllo.

Si chiede, al riguardo, di confermare che il superamento della seconda soglia da parte di almeno due imprese interessate dovrà riguardare tutti i casi previsti dall'art. 5.

### 3. **Problematiche connesse alle imprese comuni**

Lo Studio osserva che l'introduzione delle soglie proposta nella Comunicazione, per quanto positiva, non appare idonea a risolvere le due seguenti problematiche applicative in materia di imprese comuni.

#### 3.1 **Acquisto del controllo da parte di un'impresa comune a pieno titolo**

Si chiede all'Autorità di chiarire, in sede di proposta legislativa ovvero interpretativa, quale sia il fatturato da considerare, ai fini del raggiungimento delle soglie di cui all'art. 16, comma 1, della Legge, nel caso di operazioni di concentrazione consistenti nell'acquisto del controllo da parte di un'impresa comune concentrativa dotata di piena autonomia (c.d. "full function JV").

Al riguardo, infatti, si riscontrano decisioni contrastanti da parte dell'Autorità, tali da non consentire alle imprese una chiara identificazione dei criteri giurisdizionali.

In alcuni provvedimenti, infatti, l'Autorità afferma che, in caso di acquisto del controllo da parte di una *full function JV*, vadano in ogni caso computati, oltre al suo fatturato e quello dell'impresa oggetto di acquisizione, anche quello delle imprese madri<sup>3</sup>.

In altre decisioni, invece, l'Autorità ha ritenuto che, in simili circostanze, andassero considerati esclusivamente il fatturato dell'impresa comune e dell'impresa oggetto di acquisizione, escludendo, quindi, dal calcolo i fatturati delle imprese madri. Tale impostazione, risulta, peraltro, confermata dalla Commissione UE<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr., Bundeskartellamt, *Guidance on domestic effects in merger control*, 5 dicembre 2013.

<sup>3</sup> Si veda, tra i tanti, AGCM, provv. N. 19523 dell'11 febbraio 2009.

<sup>4</sup> AGCM, provv. n. 20686 del 13 gennaio 2010. Si veda, in particolare, la nota n. 3: "La Commissione si è ritenuta incompetente a conoscere dell'operazione in questione, nella misura in cui [la società acquirente] sembra operare nel mercato a pieno titolo e non semplicemente come longa manus delle due imprese madri. Così facendo la Commissione ha ritenuto che, nel caso di specie, le imprese interessate fossero solo [la società acquirente] stessa e l'impresa target e conseguentemente ha rilevato il mancato soddisfacimento della seconda condizione di cui all'art. 1, paragrafo 2, lettera b) che prevede, affinché una concentrazione sia di dimensione comunitaria, che il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 250 milioni di euro".

### 3.2 Costituzione di un'impresa comune destinata ad operare fuori dal territorio italiano

Secondo le raccomandazioni dell'International Competition Network<sup>5</sup> e dell'OECD<sup>6</sup>, il controllo delle concentrazioni deve essere svolto esclusivamente su operazioni dotate di un sufficiente nesso con la giurisdizione interessata.

In determinate ipotesi, la circostanza che le soglie di fatturato riguardino i ricavi realizzati all'interno della giurisdizione interessata non è sufficiente a stabilire un nesso di rilevanza tale da giustificare il controllo dell'operazione di concentrazione in un determinato Stato: questo è il caso della costituzione di un'impresa comune destinata ad operare al di fuori del territorio in cui le imprese madri realizzano ricavi tali da superare le soglie di fatturato.

La Commissione UE ha preso in considerazione tale fattispecie nel documento per la consultazione "*Towards more effective EU merger control*" del 25 giugno 2013 (pag. 22), proponendo di rivedere l'applicabilità del Regolamento No. 139/2004 a questa categoria di operazioni. Tale proposta è stata recepita positivamente dai partecipanti alla consultazione, che hanno in prevalenza suggerito l'adozione di una modifica al Regolamento tale da escluderne l'applicazione in caso di costituzione di imprese comuni destinate ad operare fuori dal territorio della UE<sup>7</sup>.

Si ritiene che un simile approccio sia auspicabile anche con riferimento alla giurisdizione nazionale, modificando opportunamente l'art. 5 della Legge.

### 4. Conclusioni

Lo Studio accoglie positivamente la proposta di rivedere il sistema delle soglie previsto dall'art. 16, comma 1, della Legge, nei termini descritti nella Comunicazione, ma reputa altresì auspicabili le seguenti precisazioni:

- confermare che il superamento della seconda soglia da parte di almeno due imprese interessate dovrà riguardare tutti i casi previsti dall'art. 5 e non solo quelli di fusioni e costituzione di nuove imprese comuni, anche tenendo conto che la prima soglia di fatturato di cui all'art. 16, comma 1, della Legge, è riferita ai ricavi a livello nazionale delle imprese interessate (e non a quello a livello mondiale, come previsto nella legislazioni di altri Paesi europei menzionati nella Comunicazione);
- fornire chiarimenti in merito a precedenti decisioni dell'Autorità che appaiono trattare in maniera difforme l'ipotesi – molto frequente nella pratica – di acquisizioni effettuate da imprese comuni a pieno titolo e del calcolo del fatturato rilevante per l'applicazione delle soglie di cui all'art. 16, comma 1, della Legge;
- in armonia con le proposte in corso a livello europeo, escludere dal campo di applicazione della Legge i casi di costituzione di imprese comuni destinate ad operare fuori dal territorio italiano anche qualora i fatturati delle imprese madri superino le soglie previste dall'art. 16, comma 1, della Legge.

**Roma, 28 febbraio 2014**

\* \* \* \* \*

<sup>5</sup> International Competition Network, *Setting Notification Thresholds For Merger Review*, 2008.

<sup>6</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *Report by the Competition Committee on country experiences with the 2005 recommendation of the council on merger review*, C(2013)72.

<sup>7</sup> Si vedano i testi delle risposte alla consultazione pubblicate all'indirizzo [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_control/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html).

Con osservanza,

**Studio legale Associato con Simmons & Simmons LLP**

**Dipartimento EU, Competition and Regulatory**

**Via di San Basilio, 72**

**00187 Roma**

**T. 06.80.955.1**

**F. 06.80.955.955**

**E-mail: [Filippo.Fioretti@simmons-simmons.com](mailto:Filippo.Fioretti@simmons-simmons.com)**

**[Ernesto.Pignataro@simmons-simmons.com](mailto:Ernesto.Pignataro@simmons-simmons.com)**