

On. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Piazza G. Verdi, 6/a

00198 Roma

Via e-mail: [consultazione.concentrazioni@agcm.it](mailto:consultazione.concentrazioni@agcm.it).

## **CONSULTAZIONE PUBBLICA**

**DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO SULLA**

**“PROPOSTA DI MODIFICA DELLE SOGLIE DI FATTURATO PER LA NOTIFICA  
PREVENTIVA DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE”**

## **OSSERVAZIONI DI ICC ITALIA**

14 MARZO 2014

## I. INTRODUZIONE

La Commissione Concorrenza della Camera di Commercio internazionale – Comitato italiano (**ICC Italia**), nella propria veste di associazione rappresentativa delle istanze dell'imprenditoria nazionale e internazionale, si pregia di fornire all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (**Autorità**) il proprio contributo nell'ambito della consultazione pubblica avviata lo scorso 10 febbraio ed avente ad oggetto la “*Proposta di modifica del sistema di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione*”, disciplinato dall'art. 16, comma 1, della legge 287/90, così come modificato dal decreto legge 1/2012 (**Proposta di modifica o Proposta**).

Le presenti osservazioni sono frutto di un ampio confronto svolto non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo con il coinvolgimento della *Merger Control Task Force* della *ICC Competition Commission*.

In via di premessa ICC Italia esprime apprezzamento per l'iniziativa dell'Autorità, la quale ha – per la prima volta dalla propria costituzione – ritenuto necessario sottoporre previamente agli operatori e *stakeholder* le proposte di modifica della disciplina vigente, in vista della successiva formulazione della segnalazione diretta al Parlamento e al Governo. La via procedimentale seguita dall'Autorità merita un sicuro apprezzamento, atteso che essa consente ai diretti interessati (gli attori del mercato) di esprimere la propria posizione sulle ipotesi di riforma prospettate, rese oggetto di dibattito preventivo che – auspicabilmente – dovrebbe consentire di individuare la migliore soluzione condivisa, evitando successive e logoranti oscillazioni della normativa.

Come ben noto all'Autorità, la Proposta di modifica interviene in una duplice direzione: da un lato, *(i)* quella di ridurre a 10 milioni di euro la soglia di fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione (**Primo profilo in consultazione**) e, dall'altro, *(ii)* quella di introdurre una previsione del tutto nuova rispetto alla precedente formulazione della norma con particolare riferimento alle concentrazioni in ipotesi di fusione e di costituzione di un'impresa comune (**Secondo profilo in consultazione**).

In considerazione dell'articolazione della Proposta, nel seguito ICC Italia intende formulare le proprie osservazioni soffermandosi in particolare:

1. in via generale, sulla necessità ed opportunità della Proposta di modifica nell'attuale contesto economico nazionale ed internazionale;
2. con riferimento al Primo profilo, sull'adeguatezza dell'analisi posta dall'Autorità a base della propria iniziativa, e sulla proporzionalità dell'intervento<sup>1</sup>;
3. con riferimento al Secondo profilo, sulla inopportunità della Proposta di modifica per quanto attualmente disposto dal paragrafo 29, punto 2) del documento in consultazione<sup>2</sup>;
4. sulle proposte alternative che si ritengono percorribili per la semplificazione del quadro procedurale applicabile in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese.

## II. OSSERVAZIONI.

### 1. Considerazioni generali sulla Proposta di modifica

Nonostante l'Autorità parli di “[...] *un semplice aggiustamento reso necessario sulla base dell'esperienza maturata nel caso del 2013*”, la Proposta in esame ha come effetto quello di rivedere il sistema nazionale di controllo delle concentrazioni **significativamente e nuovamente**, e – cosa grave – **a distanza di poco più di un anno** dalla entrata in vigore della nuova disciplina (*i.e.* D.L. n. 1/2012) che ha reso cumulativi i requisiti di fatturato precedentemente alternativi.

Già la **tempistica** dell'iniziativa in esame suscita **notevoli perplessità**, atteso che la **Proposta di modifica va nella direzione esattamente opposta al processo di semplificazione varato solo un anno fa**: essa mira, com'è evidente, a reintrodurre oneri procedurali per le imprese,

---

<sup>1</sup> Testo in Consultazione, §§ IV e V.

<sup>2</sup> *Ibidem*, §VI.

generando nuova incertezza sul quadro normativo rilevante, decorso un lasso di tempo (poco più di dodici mesi) di per sé oggettivamente insufficiente a portare alla luce i primi, concreti impatti del precedente intervento normativo di cui al D.L. 1/2012.

L'iniziativa dell'Autorità giunge inaspettata in quanto sembra porsi in **palese contrasto e contraddizione** con i principi di prevedibilità e stabilità del quadro normativo applicabile in materia di *merger control*, che sono essenziali - per lo svolgimento dell'attività d'impresa - soprattutto per i soggetti attivi a livello internazionale/multi-giurisdizionale, tenuti ad uniformarsi ad una moltitudine di discipline nazionali.

Inoltre, la Proposta sembra ignorare non solo le raccomandazioni degli organismi europei<sup>3</sup> e mondiali<sup>4</sup>, ed i *trend* degli altri Stati membri, ma soprattutto gli intenti dichiarati recentemente dallo stesso Presidente dell'Autorità<sup>5</sup>.

L'iniziativa dell'Autorità suscita perplessità tanto più se si considera che l'analisi, sulla base della quale essa intende giustificare la Proposta di modifica, si fonda su dati che erano già in possesso della stessa Autorità al momento della riforma di cui al D.L. n. 1/2012. Non si comprendono, pertanto, quali possano essere i fatti nel frattempo sopravvenuti che rendano

---

<sup>3</sup> Si veda la posizione della Commissione europea nel senso di una semplificazione delle procedura di notifica delle concentrazioni (*infra*), nonché la "Raccomandazione sul programma di riforma dell'Italia 2013" COM(2013) 362 final del Consiglio dell'Unione Europea secondo cui permangono "debolezze considerevoli nell'efficienza della pubblica amministrazione in termini di norme e procedure, qualità della governance e capacità amministrativa, con conseguenti ripercussioni sull'attuazione delle riforme e sul contesto in cui operano le imprese".

<sup>4</sup> La Banca Mondiale, nel rapporto *Doing Business* del 2014 (che analizza le regolamentazioni d'impresa aventi un impatto sulle società a responsabilità limitata di piccole e medie dimensioni), colloca l'Italia al 65° posto nella classifica dei Paesi in cui è più facile fare attività d'impresa, mostrando come ci sia ancora molto da fare per migliorare l'assetto esistente.

<sup>5</sup> Si veda l'Audizione del Presidente AGCM del 27/02/2014 (pubblicata sul sito dell'Autorità) nella quale si rileva in *Premessa* tra l'altro quanto segue: "Un'amministrazione pubblica efficiente e una regolazione semplice e trasparente costituiscono una pre-condizione essenziale per lo sviluppo competitivo dell'economia italiana in termini d'innovazione e di crescita.[...] 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, ancora poco adeguati a garantire il libero funzionamento dei mercati e la fruizione dei benefici che essi producono.[...]".

effettivamente necessaria la revisione di una disciplina entrata in vigore poco più di un anno fa.

Le perplessità si tramutano in preoccupazione se si considera che la Proposta in esame sembra muoversi nella direzione opposta rispetto all'**obiettivo della semplificazione, vitale per la competitività e la sopravvivenza delle imprese**, che ha costituito la *ratio* della modifica introdotta con il D.L. n. 1/2012. Come noto, infatti, con la semplificazione delle procedure amministrative in materia di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, si è inteso, da un lato, minimizzare l'impiego di risorse pubbliche e private per l'analisi di operazioni caratterizzate da uno scarso rilievo concorrenziale e, dall'altro, consentire alla stessa Autorità di focalizzare la propria attività sulle concentrazioni potenzialmente più critiche.

In quest'ottica, non può non suscitare preoccupazione la Proposta di modifica, nella misura in cui – ove recepita con la soglia di 10 milioni di euro – essa porterebbe ad un incremento medio del numero annuo di notifiche pari a circa il 100%, con un conseguente ed inevitabile aggravio dei costi sostenuti sia dall'Autorità sia dalle stesse imprese per l'attività di controllo delle operazioni di concentrazione.

Tale **impatto** della Proposta sarebbe particolarmente **negativo** e, dunque, inaccettabile, considerando gli oneri ed i relativi costi addossati **sulle imprese attive in Italia**, che hanno dimensioni medie largamente inferiori rispetto a quelle delle imprese attive nel resto d'Europa, e **che risulterebbero, pertanto, ulteriormente penalizzate nel contesto europeo**.

Non si può, poi, omettere di considerare che le indicazioni provenienti dagli operatori economici a livello europeo indicano la necessità di pervenire, nel prossimo futuro, alla semplificazione della disciplina *antitrust*, in modo tale da **consentire alle imprese di consolidare le proprie dimensioni sul mercato per sopravvivere**, fronteggiando la concorrenza dei grandi gruppi asiatici o statunitensi<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> In proposito, D. Thomas, *Europe telecoms groups seek easing of competition rules*, in *Financial Times* del 7 marzo 2014. L'articolo riferisce l'iniziativa di dieci operatori del settore telecom (fra i quali Orange, Deutsche

Pertanto, in considerazione dei fatti sin qui richiamati, si ritiene che **la Proposta di modifica non possa essere accolta** occorrendo, invece, verificare la percorribilità di soluzioni maggiormente opportune.

A questo riguardo, ICC Italia ritiene che la soluzione più corretta, al fine di sottoporre ad eventuale revisione la disciplina in esame, sia piuttosto quella di attendere e **monitorare qualche anno l'impatto della recente semplificazione impressa dal D.L. n. 1/2012**, per vedere e giudicare nella realtà - anziché "in vitro" - se le preoccupazioni dell'Autorità abbiano qualche fondamento. Questa strada consentirebbe anche all'Autorità di valutare la percorribilità di ulteriori strumenti o misure alternative che potrebbero - ove si riveli poi necessario intervenire - essere implementate, con maggiore aderenza al criterio di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito, ossia quello di colmare un asserito "gap di tutela" nell'ambito del *public enforcement* della disciplina a presidio della concorrenza e del mercato.

Per evitare che la reintroduzione di oneri e costi in capo alle imprese possa essere ulteriore fattore di squilibrio del "sistema-Italia" nel confronto con altri contesti internazionali, si ritiene inoltre che l'Autorità non possa esimersi dal **fornire adeguata giustificazione della nuova "ri-complicazione" del sistema** - dal punto di vista sociale, economico e "mediatico" - **offrendo in cambio la semplificazione di altri oneri economici o burocratici** derivanti in capo alle imprese dalle sue nuove attribuzioni di poteri (il riferimento è, a titolo di esempio, alle competenze attribuite all'Autorità in materia di antimafia, clausole vessatorie, pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, controllo degli atti amministrativi, etc.).

---

Telekom, Telecom Italia, Vodafone) i quali hanno rivolto un appello al Commissario Kroes affinché si pervenga nel prossimo futuro alla semplificazione della disciplina antitrust applicata nell'Unione europea. In particolare, secondo le richieste delle imprese interessate, "*regulatory changes are needed given 'decreasing revenues and reduced market values compared with operators in the US and Asia' and to 'restore [Europe's] global competitiveness'*". Non sembra dunque plausibile che l'Italia possa fronteggiare problematiche di dimensioni mondiali seguendo una via palesemente in contrasto con quella che emerge a livello europeo.

## 2. Sull'analisi condotta dall'Autorità e sulla proporzionalità dell'intervento

Volendo entrare nel merito dei singoli punti toccati dalla Proposta, si rileva che l'analisi condotta dall'Autorità per l'elaborazione del documento in consultazione non è convincente e non contiene gli approfondimenti necessari a sostanziare l'intervento proposto, con particolare riferimento all'individuazione della soglia di fatturato pari a 10 milioni di euro, la cui enunciazione rimane pertanto affidata ad affermazioni apodittiche.

Peraltro, dalla stessa analisi svolta dall'Autorità emerge che il numero di operazioni di concentrazione oggetto di approfondimento istruttorio che sarebbero "sfuggite" all'obbligo di notifica, qualora nel periodo compreso fra il 2000 e il 2012 avesse trovato applicazione l'attuale sistema di comunicazione preventiva, sarebbe stato pari a 13. Con particolare riferimento a questo aspetto, si osserva quanto segue.

In primo luogo, è di tutta evidenza che si tratta di un numero di operazioni particolarmente contenuto, ovvero circa un'operazione all'anno.

In secondo luogo, non può trascurarsi la circostanza per cui di queste 13 operazioni, 5 sarebbero comunque sfuggite al controllo preventivo, anche qualora la soglia dell'impresa oggetto di acquisizione fosse stata fissata, come si propone, a 10 milioni di euro. Ciò a dimostrazione del fatto che **non è possibile definire *ex ante* un sistema in grado di intercettare tutte le concentrazioni potenzialmente critiche da un punto di vista antitrust.**

Inoltre, delle 13 operazioni in questione, solo 5 sono state vietate e **nessuna di queste dal 2007 ad oggi.**

Tali considerazioni inducono a ritenere che l'intervento proposto, anche a fronte dei maggiori costi e aggravii procedurali ad esso connessi, possa risultare sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito **allontanando l'Italia dalle *best practice* internazionali che, come riconosciuto dalla stessa Autorità, collocano in un range fra il 2% e il 5% il rapporto fra il numero delle istruttorie aperte e quello delle operazioni notificate.**

Nell'individuazione delle opportune modifiche del sistema vigente, l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere quello di minimizzare la somma dei costi "sociali" relativi alle concentrazioni anticoncorrenziali che sfuggono al divieto, e dei costi (per i privati e l'Autorità procedente) relativi alle notifiche di operazioni non problematiche. Al fine di perseguire tale obiettivo, i fattori che si dovrebbero complessivamente considerare concernono:

- il costo del controllo vs l'impatto anticoncorrenziale di una concentrazione
- l'utilizzo di risorse pubbliche
- i costi complessivi della notifica per le imprese
- la disponibilità di canali alternativi per correggere l'eventuale effetto negativo di un'operazione non notificata.

Il sistema di *merger control* vigente, in particolare, nel Regno Unito offre un termine di confronto particolarmente significativo ai fini dell'individuazione di soluzioni alternative a quanto prospettato nella Proposta, che consentano di conseguire effettivamente l'obiettivo sopra indicato. Nel Regno Unito, come noto, le concentrazioni non sono soggette ad obbligo di notifica preventiva, bensì è onere delle imprese svolgere l'*antitrust assessment* pervenendo facoltativamente alla decisione di notificare l'operazione *ex ante*. Le Autorità antitrust (*Competition Commission* e *Office of Fair Trading*) possono condurre *ex post* un'indagine sulle concentrazioni già realizzate e non sottoposte a notifica preventiva, in tal modo focalizzando tempo e risorse esclusivamente sulle operazioni che presentano effettivamente un impatto anti-concorrenziale.

Per l'Italia (fermo l'obbligo di notifica preventiva delle concentrazioni che superano le soglie di fatturato cumulative vigenti), **un sistema analogo a quello britannico potrebbe essere applicato per le concentrazioni "sotto-soglia"**, con ciò assicurando che venga colmato anche quel *gap* di tutela che l'Autorità sembra temere, **senza imporre inutili aggravii alle imprese**.

Tale soluzione risulterebbe maggiormente proporzionata, rispetto agli interessi in gioco, anche qualora si avesse riguardo al principio della certezza del diritto: a tutela di questo principio, infatti, sarebbe necessario riconoscere alle imprese la facoltà di notificare le

concentrazioni sotto-soglia, che le imprese stesse dovessero ritenere suscettibili di produrre criticità concorrenziali.

### **3. Sulla inopportunità della Proposta di modifica in relazione al paragrafo 29, punto 2) del documento in consultazione**

Con riferimento al Secondo profilo della Proposta in consultazione, è possibile svolgere un ulteriore rilievo che attiene, essenzialmente, alla metodologia e alla “ri-complicazione” del sistema italiano con l’intervento proposto, relativo ad ipotesi di concentrazione inerenti a fusioni o *joint venture*.

La Proposta sul punto formulata dall’Autorità si pone l’obiettivo di uniformare la disciplina nazionale al sistema europeo delineato dal Regolamento CE n. 139/2004 per superare le incertezze interpretative sull’applicazione della seconda soglia alle ipotesi di costituzione di nuova impresa comune e di fusione. In particolare, ai fini della notifica la Proposta fa riferimento al fatturato di almeno due delle imprese interessate e chiarisce che nei casi di costituzione di nuova impresa comune si guarda al fatturato delle imprese madri.

Questa seconda Proposta di modifica è inopportuna, in quanto l’approccio attualmente seguito nel sistema italiano è fondato e giustificato dal punto di vista economico: esso guarda al fatturato relativo solo all’attività che viene effettivamente concentrata.

La conseguenza diretta della modifica proposta sarebbe un eccessivo aumento delle operazioni soggette a notifica, tenuto anche conto che ciò si accompagnerebbe alla riduzione della seconda soglia di fatturato prevista al paragrafo 29, punto 1) del documento in consultazione. Ciò non è desiderabile in una prospettiva di semplificazione, in quanto comporterebbe un’ulteriore complicazione del sistema.

Se l’Autorità decidesse ugualmente di seguire l’impostazione europea, sarebbe opportuno che delimitasse il perimetro dell’intervento con una deroga che consentirebbe di semplificare il sistema: escludere l’obbligo di notifica preventiva per le operazioni prive di impatto significativo sul mercato nazionale. In particolare qualora due imprese madri superino

individualmente la seconda soglia di fatturato, l'obbligo di notifica andrebbe escluso ove la nuova impresa comune (JV) sia costituita e destinata ad operare fuori del mercato nazionale, quindi senza produzione di fatturato in Italia. Questa ipotesi di semplificazione rientra tra le proposte avanzate recentemente dalla stessa Commissione europea<sup>7</sup>.

In questo senso, quindi, la Proposta di modifica non appare adeguata in quanto formulata in modo da ingenerare nuove complicazioni e un aumento significativo del numero di operazioni sottoposte all'obbligo di notifica, con conseguente aggravio di costi e non proporzionalità dell'intervento rispetto agli obiettivi.

#### **4. Proposte alternative di riforma per l'adeguamento della disciplina di notifica delle concentrazioni agli standard UE**

Per quanto detto, dunque, la Proposta appare non accettabile in quanto, tra l'altro, si pone in netta controtendenza rispetto alle istanze ed alle iniziative di riforma espresse a livello europeo.

A tale riguardo, non si possono non menzionare i più recenti orientamenti della Commissione europea, che vanno nella direzione di una sempre maggiore semplificazione delle procedure di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione (si veda la *Comunicazione della Commissione sulle procedure semplificate* e il Regolamento UE n. 1269/2013, entrambi pubblicati lo scorso 14 dicembre).

Il *trend* così espresso a livello europeo ha già trovato pratica applicazione in singoli Paesi membri dell'UE: ad esempio, in Germania, le imprese – in alternativa al formulario “raccomandato” – possono presentare comunicazioni molto snelle contenenti sommarie informazioni sull'operazione di concentrazione, di fatto coincidenti con quelle che vengono oggi richieste dalla disciplina italiana in sede di pre-notifica.

---

<sup>7</sup> In proposito, si veda il documento della Commissione europea, *Towards more effective EU merger control*, SWD (2013) 239 final.

Proprio per tali ragioni, ICC Italia auspica che l’Autorità, dopo aver accantonato la Proposta per le ragioni di merito sopra esposte, voglia porre al vaglio iniziative di riforma per la semplificazione (sull’esempio della Commissione europea e della Germania) degli oneri procedurali inerenti alla notifica di concentrazioni di “minor rilievo” sotto il profilo concorrenziale in ragione del volume di fatturato delle imprese interessate. In tal senso potrebbe essere opportuno rivedere la disciplina concernente la comunicazione in forma abbreviata, ripensando i presupposti che ne consentono l’adozione (ad esempio, accompagnando al criterio del *market share* quello delle soglie di fatturato) e prevedendo una struttura effettivamente meno articolata (potendosi, ad esempio, ritenere sufficienti l’indicazione dei soggetti che procedono all’operazione, una breve descrizione della concentrazione, dei mercati interessati e della posizione detenuta dalle parti sugli stessi).

### **III. CONCLUSIONI**

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, ICC Italia non può esprimere una valutazione positiva della Proposta di modifica dell’art. 16, comma 1 della legge 287/90 nei termini rappresentati dall’Autorità.

In particolare, per superare le criticità riscontrate, appare necessario riconoscere al vigente sistema di notifica un ulteriore periodo di operatività, anche in ragione del fatto che, successivamente alla sua introduzione, non sono intervenuti fatti nuovi tali da giustificare la revisione. Decorso un congruo periodo di applicazione della normativa vigente, peraltro, si rileva sin d’ora che ogni successiva iniziativa in materia non potrà che essere fondata dall’Autorità su compiute analisi di mercato e dati accurati, in grado di fornire precisa evidenza delle esigenze e dei termini di riforma in discussione.

In subordine, qualora l’Autorità intendesse comunque procedere nella direzione di una modifica dell’art. 16, comma 1 della 287/90, si chiede che essa voglia prendere in esame la percorribilità di soluzioni alternative rispetto a quelle prospettate nella Proposta in discussione, consistenti in particolare nell’esame *ex post* delle concentrazioni sotto-soglia

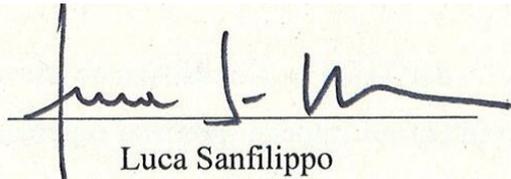
sull'esempio del Regno Unito citato sopra e nella semplificazione per le ipotesi di costituzione di una nuova impresa comune e di fusione.

Si chiede in ogni caso che, accantonata la Proposta di modifica in discussione, l'Autorità sottoponga al vaglio ipotesi di riforma volte a semplificare gli oneri procedurali relativi alla notifica delle concentrazioni, in particolare, di "minore importanza" o "prive di impatto significativo sul mercato nazionale, sull'esempio delle analoghe iniziative in discussione a livello europeo e/o già applicate in altri Stati membri.

ICC Italia auspica, in conclusione, che l'Autorità voglia compiutamente soffermarsi sui rilievi sin qui formulati, traendo da essi ausilio per maggiori approfondimenti sugli aspetti sottoposti a consultazione.

\* \* \*

Nel restare disponibili per fornire ogni chiarimento in merito al presente contributo, l'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

A handwritten signature in black ink on a light-colored background, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke.

Luca Sanfilippo  
Presidente Commissione Concorrenza