

**Risposta dell'Associazione
Bancaria Italiana alla
consultazione pubblica in
merito alla Comunicazione
dell'AGCM avente ad oggetto la
proposta di modifica delle
soglie di fatturato a seguito
della modifica dell'art. 16,
comma 1, della legge n.
287/1990 introdotta dal
decreto legge n. 1/2012**

marzo 2014

Premessa

L'Associazione Bancaria Italiana esprime apprezzamento per la scelta dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di sottoporre a consultazione pubblica la Comunicazione che illustra gli orientamenti da essa maturati, nel corso del 2013, sulla base delle prime esperienze applicative conseguenti all'entrata in vigore del DL n. 1/2012 che ha ridefinito il sistema di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione.

In virtù della novella, a partire dal 1° gennaio 2013, le due soglie previste dalla legge antitrust affinché un'operazione di concentrazione debba essere comunicata in via preventiva all'AGCM (relative al fatturato totale realizzato a livello nazionale, rispettivamente, dall'insieme delle imprese interessate e dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione) non sono più alternative, bensì cumulative.

Nel 2012, tale modifica alla disciplina originaria, sulla quale in passato si era a lungo discusso sia in sede accademica che istituzionale, è stata unanimemente accolta con favore. In particolare, le imprese hanno valutato positivamente la finalità di semplificazione perseguita dalla norma che – escludendo dall'obbligo di notifica le operazioni di concentrazione non suscettibili di produrre apprezzabili effetti concorrenziali – ha consentito l'eliminazione dei relativi oneri connessi alla notifica da esse in precedenza sopportati.

In questo contesto, da poco "cristallizzato", l'Autorità Garante ritiene ora necessario un nuovo intervento con l'obiettivo di "recuperare la possibilità di valutare operazioni di concentrazione potenzialmente problematiche le quali, con l'attuale sistema, non sono soggette all'obbligo di notifica".

Ad avviso dell'ABI, si tratta di scelta che deve essere attentamente ponderata: ciò avendo riguardo sia agli impatti diretti delle modifiche proposte sull'attuale operatività delle imprese sia agli effetti indiretti che dette modifiche possono avere con riferimento ad altri comparti normativi che (come meglio si dirà successivamente) fanno riferimento alla nozione di concentrazione maturata in ambito antitrust al fine di fornire criteri interpretativi per l'applicazione di norme di particolare complessità.

In questa prospettiva, l'Associazione Bancaria formula alcune osservazioni e proposte che – ferma restando la necessità di assicurare un adeguato presidio delle operazioni di concentrazione suscettibili di produrre apprezzabili effetti concorrenziali – assicurino che l'obiettivo di semplificazione avviato nel 2012 non venga vanificato e, al contempo, evitino che le scelte maturate con riferimento alla necessità di monitoraggio delle concentrazioni dal punto di vista antitrust si "ripercuotano" in ambiti normativi differenti fondati su esigenze di tutela che travalicano quelle specificamente concorrenziali.

Si ringrazia l'AGCM per l'attenzione che vorrà porre alle osservazioni che seguono.

* * *

1. La riduzione della soglia di fatturato prevista per l'impresa oggetto di acquisizione

La Comunicazione dell'AGCM – muovendo dalla considerazione che la modifica normativa introdotta nel 2012 ha consentito che alcune concentrazioni di rilievo nei mercati locali restassero escluse dall'obbligo di notifica e, quindi dal controllo delle concentrazioni – propone di rivedere le attuali soglie di fatturato al raggiungimento delle quali scatta l'obbligo di notifica all'Autorità Garante.

Nello specifico, l'intervento prefigurato riguarda la seconda soglia indicata nell'art. 16, comma 1 della legge n. 287/1990 relativa al fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa oggetto dell'acquisizione: l'importo di tale soglia - attualmente pari a 48 milioni di euro - andrebbe ridotto a 10 milioni di euro.

Questa significativa riduzione è stata individuata sulla base delle evidenze fornite dall'esperienza applicativa maturata dall'AGCM sin dagli inizi degli anni '90.

Alla luce dei dati, viene oggi rilevato che "laddove il sistema di soglie fosse stato cumulativo sin dall'inizio dell'entrata in vigore della legge n. 287/1990, tra il 2000 ed il 2012 sarebbero *sfuggite* all'obbligo di notifica 13 delle 45 operazioni di concentrazione che invece sono state oggetto di approfondimento istruttorio". Peraltro, prosegue l'AGCM, "laddove, sempre nell'ipotesi di un sistema di soglie cumulativo, la soglia di fatturato relativo all'impresa acquisita fosse stata fissata ad un livello più basso, il numero delle istruttorie che sarebbero *sfuggite* all'Autorità risulterebbe significativamente ridimensionato".

La proposta di modifica così descritta deve essere valutata andando ad esaminare i suoi impatti sia diretti che mediati.

1.1. Impatti diretti rivenienti dalla modifica normativa proposta dall'AGCM

La modifica prefigurata, ad avviso dell'Autorità, non risulterebbe particolarmente onerosa "in termini di costi di notifica per il sistema produttivo nazionale".

Invero, quest'ultima affermazione non pare cogliere appieno le diverse criticità rivenienti da un nuovo intervento normativo secondo le direttrici indicate dall'AGCM.

Indubbiamente, un primo profilo di interesse concerne l'aggravio di costo in capo all'impresa sulla quale ricade l'onere di notificare la concentrazione laddove l'operazione comporti l'acquisizione di un'impresa il cui fatturato superi la soglia – pur modesta – dei 10 milioni di euro.

La necessità di assicurare la corretta esecuzione dell'onere di notifica si traduce in un costo aggiuntivo per l'impresa sia che essa curi autonomamente il relativo processo sia che essa si rivolga a strutture esterne di consulenza: si tratta infatti di porre in essere una serie di adempimenti – legati soprattutto alla raccolta delle informazioni da inserire nell'atto di notifica – la cui accuratezza riveste fondamentale rilievo. Proprio in questi giorni, la stessa Commissione Europea è intervenuta sul tema richiamando le imprese sulla necessità di comunicare informazioni "corrette e complete" (pena l'irrogazione di una sanzione pecuniaria) in sede di notifica di un'operazione di concentrazione¹.

Al costo specificamente economico vanno aggiunti gli oneri amministrativi e di processo cui l'impresa deve fare fronte: tutti questi elementi saranno evidentemente presi in considerazione dall'impresa che intenda procedere ad una concentrazione per cui laddove essi risultino "sproporzionati" rispetto al rilievo dell'operazione sotto il profilo industriale può ben essere che il progetto concentrativo venga accantonato in favore di altre soluzioni.

In altre parole, un meccanismo di notifica che appare troppo complesso rispetto ai possibili impatti concorrenziali rischia di scoraggiare gli operatori a livello nazionale, nonché di ri-orientare le scelte degli operatori stranieri interessati ad investire in Italia verso altri Paesi ove gli oneri di notifica risultano più contenuti.

Del resto, la scelta di intervenire nuovamente sulla disciplina in discorso, e a così breve distanza dall'entrata in vigore della novella voluta dal legislatore nel 2012, appare in controtendenza rispetto alla diffusa esigenza di semplificazione quale pre-condizione essenziale per lo sviluppo competitivo dell'economia in termini di innovazione e crescita.

Si tratta di esigenza ben presente all'Autorità Garante che ha in più occasioni sottolineato la necessità che l'Italia debba "liberarsi dei molti oneri burocratici e degli ostacoli che appesantiscono l'esercizio delle attività economiche, impegnandosi in un programma generale (di carattere

¹ Cfr. comunicato della Commissione Europea del 25 febbraio 2014 con il quale essa ha annunciato di avere inviato una lettera degli addebiti alle società Ahlstrom e Munksjö (le Parti) contestando la presunta violazione dell'obbligo di comunicare, nelle notifiche alla Commissione relative a operazioni di concentrazione, informazioni "corrette e complete" secondo quanto previsto dall'art. 4 del Regolamento n. 802/2004 della Commissione (attuativo del Regolamento n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, il Regolamento Concentrazioni). L'art. 14 del Regolamento Concentrazioni prevede infatti che le imprese che "...intenzionalmente o per negligenza forniscano indicazioni inesatte o fuorvianti in una richiesta, dichiarazione, notificazione o integrazione ad una notificazione..." possano vedersi irrogare da parte della Commissione una sanzione fino all'1% del loro fatturato totale

trasversale) e di lungo periodo di semplificazione delle procedure amministrative e di revisione degli attuali assetti regolatori”².

Proprio in ragione di queste considerazioni non sembra opportuno procedere in tempi così ravvicinati ad una nuova modifica delle regole in vigore da poco più di un anno.

Le preoccupazioni anticoncorrenziali espresse nella Comunicazione dell'AGCM possono peraltro costituire la base per avviare una riflessione più ampia che – laddove le criticità rilevate nel 2013 venissero confermate – consenta di prospettare in futuro un “ventaglio” di soluzioni normative nell'ambito delle quali individuare, anche con il contributo dell'industria, quelle più efficaci e meno onerose per il mercato.

1.2. Impatti indiretti rivenienti dalla modifica normativa proposta dall'AGCM

Come accennato in premessa, la modifica normativa della soglia di fatturato proposta dall'Autorità Garante in relazione al controllo delle concentrazioni deve essere attentamente ponderata per gli effetti che essa può produrre – indirettamente – con riferimento ad altri comparti normativi che ricorrono alla nozione di concentrazione contenuta nella legge antitrust per finalità che travalicano quelle specificamente concorrenziali.

Per il settore bancario (ma il discorso può valere in via analogica anche per altri settori merceologici) il riferimento è alla disciplina recata dall'art. 36 del DL n. 201/2011 (“Decreto Salva Italia”) che ha introdotto nell'ordinamento italiano un divieto assoluto per i titolari di cariche gestionali, di sorveglianza e di controllo e per i funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di “assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti”.

La norma, in estrema sintesi, prevede che i titolari di cariche incompatibili optino per quale incarico mantenere. Se non esercitano l'opzione nei tempi previsti dalla disciplina, decadono da entrambe le cariche e la decadenza è dichiarata dagli organi competenti. In caso di inerzia anche dell'organo, la decadenza è dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente.

Nell'aprile 2012 – in considerazione dei molteplici quesiti e dubbi interpretativi emersi in relazione alla portata dell'art. 36 – le Autorità di vigilanza chiamate a garantirne il rispetto hanno ritenuto necessario, “in attesa di ulteriori criteri normativi”, predisporre un documento contenente i “Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del DL Salva Italia” cui le medesime si attengono, ciascuna per il proprio settore di competenza, qualora debbano valutare la sussistenza di cariche incrociate in violazione della legge.

² Audizione del Presidente dell'AGCM, prof. Giovanni Pitruzzella, presso la Commissione parlamentare per la semplificazione nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa ed amministrativa, 27 febbraio 2014.

I "Criteri", come precisato nel preambolo, sono stati predisposti in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il documento, al fine di individuare il perimetro delle imprese (operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari) interessate dal divieto fa riferimento al criterio della rilevanza dimensionale delle imprese/gruppi.

Al riguardo, è precisato che deve ritenersi che – "in sede di prima applicazione e in attesa di ulteriori chiarimenti normativi – il divieto sia operante nei casi di intrecci di cariche tra imprese di dimensioni potenzialmente in grado di assumere rilievo sotto il profilo della tutela della concorrenza".

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

I Criteri precisano che la soglia (e il relativo metodo di calcolo) sono stati identificati sulla base di quanto previsto dall'art. 16 della legge n. 287/1990 per la valutazione delle operazioni di concentrazione tra imprese a fini antitrust, con riferimento al fatturato totale realizzato dall'impresa (o gruppo di imprese) di cui è prevista l'acquisizione e che "gli aggiornamenti periodici della citata soglia prevista dalla legge 287/1990 si estendono automaticamente anche ai fini dell'applicazione del divieto di interlocking".

La relativa soglia di 47 milioni, alla luce della rivalutazione annuale deliberata dall'Autorità Garante, è oggi pari a 49 milioni di euro.

Orbene, è evidente che un eventuale intervento del legislatore volto a ridurre la soglia di fatturato sulla base delle ragioni illustrate nella Comunicazione in consultazione non potrebbe essere riferito e applicato ai Criteri dettati per l'*interlocking*, posto che le due normative hanno due finalità profondamente diverse. Infatti, l'una è volta ad assicurare un adeguato monitoraggio di quelle operazioni suscettibili – in concreto - di incidere sul mercato in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale la concorrenza, l'altra, invece, è diretta ad evitare potenziali conflitti di interesse dovuti all'assunzione di più cariche (da parte dei medesimi soggetti) in imprese concorrenti.

Ne discende, dunque, la necessità di chiarire che l'ambito dell'intervento prefigurato dall'AGCM nella Comunicazione in consultazione è riferito in via esclusiva alle concentrazioni.

In mancanza di tale chiarimento, la prefigurata modifica della soglia di fatturato fondata su specifiche esigenze attinenti alle concentrazioni rischierebbe di ripercuotere i suoi effetti anche sulla disciplina recata dall'art. 36, in virtù del richiamo contenuto nei Criteri. In particolare, l'abbassamento della soglia di fatturato dell'impresa oggetto

dell'acquisizione finirebbe per tradursi in un ampliamento del bacino delle imprese potenzialmente³ interessate dal divieto *ex art. 36*.

Di conseguenza, alla eventuale modifica normativa in punto antitrust occorrerà accompagnare una riflessione sulla portata dei Criteri – da attuarsi in raccordo con le Autorità di vigilanza e, auspicabilmente, con i destinatari della regolamentazione - volta ad assicurare che le regole attuative dell'art. 36 non conducano ad una applicazione del divieto di *interlocking* in ipotesi dove non ricorrano concreti e sostanziali conflitti di interessi.

Diversamente, si verificherebbe una ingiustificata compressione dei diritti soggettivi delle persone incise dal divieto, contraria a quel criterio di ragionevolezza cui le Autorità di vigilanza hanno espressamente voluto ispirarsi nella redazione dei menzionati Criteri (cfr. par. 2, i dei Criteri).

Nel quadro della revisione dei Criteri nella logica ora illustrata, si ricorda che codesta Associazione ha già rappresentato all'AGCM⁴ le criticità emerse dall'entrata in vigore dell'art. 36 del DL "Salva Italia".

Sono infatti emerse fattispecie in cui l'applicazione meramente "formale" e meccanica della disciplina (con l'asserita sussistenza di *interlocking*) ha condotto a conclusioni distorsive del corretto funzionamento del mercato, ingiustificatamente penalizzanti e, in ultima analisi, non funzionali al perseguimento degli interessi tutelati dalla norma.

Le distorsioni maggiori e più evidenti - ma non le uniche, come già si è avuto modo di rappresentare a codesta Autorità - si registrano nel comparto delle GPM e delle GPF. Si pensi all'attività della produzione di GPM e GPF da parte di banche non concorrenti nel mercato della raccolta e degli impieghi. Nonostante l'attività di produzione di GPM e GPF non sia, per una banca, il "core business", atteso che il suo esercizio riveste carattere eventuale e accessorio, per i "Criteri" tale situazione è comunque rilevante ai fini dell'applicazione del divieto. Ancora, sempre in tema di GPM o GPF, i "Criteri" stabiliscono che il prodotto ha sempre una dimensione geografica nazionale, di talché la circostanza che lo stesso prodotto sia distribuito in zone geografiche diverse perde, all'atto pratico, di ogni rilevanza.

Si sottolinea, dunque, l'opportunità che l'avvio di una riflessione sui "Criteri" anzidetti costituisca una più generale occasione per uno snellimento e una semplificazione della disciplina applicativa dell' *interlocking*, onde assicurare un'applicazione del divieto di cui all'art. 36 secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità cui tutte le Autorità coinvolte nella materia hanno sempre dichiarato di volersi ispirare. L'ABI ribadisce l'auspicio che in tempi rapidi si possano avviare i lavori di revisione dei "Criteri", e conferma la sua piena disponibilità a parteciparvi.

³ Una volta verificato il perimetro di rilevanza del divieto, occorre verificare se a ciò si accompagni un "rapporto di concorrenza" tra le imprese interessate dal divieto stesso.

⁴ Cfr. la lettera dell'ABI alla Banca d'Italia, Consob, Ivass e AGCM del 13 novembre 2013, prot. DIG/002534.

Per quanto sopra esposto, non è opportuno procedere in tempi così ravvicinati rispetto all'entrata in vigore della novella del 2012 ad una nuova modifica delle regole relative alla soglia del fatturato.

Tale modifica presenta criticità sia in relazione ai suoi effetti diretti sull'operatività sia in via indiretta per le ripercussioni che può provocare in altri ambiti normativi.

Quanto al primo profilo, essa indubbiamente comporta un incremento dei costi non solo di tipo economico ma anche amministrativo e si pone, dunque, in controtendenza rispetto alla diffusa esigenza, espressa anche dalle Istituzioni, di semplificazione e di riduzione degli oneri burocratici che appesantiscono l'esercizio delle attività economiche.

Quanto al secondo profilo, la modifica della soglia di fatturato indicata dall'art. 16 della legge antitrust rischia di ripercuotere i suoi effetti anche sulla disciplina dell'interlocking contenuta nell'art. 36 del Decreto Salva Italia come "decodificato" nei Criteri applicativi emanati dalle Autorità di vigilanza in collaborazione con l'AGCM.

Poiché tuttavia il ricorso alla soglia di fatturato contenuto nei Criteri si fonda su esigenze di tutela ben diverse da quelle attinenti al controllo delle concentrazioni, occorre assicurare che alla modifica normativa in punto antitrust si accompagni una riflessione, da condursi con le Autorità di vigilanza, sulla portata dei Criteri. Tale riflessione è volta ad assicurare che le regole attuative dell'art. 36 non conducano ad una applicazione del divieto di interlocking in ipotesi dove non ricorrano concreti e sostanziali conflitti di interessi.

2. Modifica del criterio di individuazione della seconda soglia in relazione all'ipotesi di costituzione di una nuova impresa comune e di fusione

Una seconda questione affrontata nell'ultima parte del documento posto in consultazione riguarda il criterio di individuazione della seconda soglia in relazione all'ipotesi di costituzione di una nuova impresa comune e di fusione.

Sul punto è intervenuta nell'agosto 2013 una Comunicazione dell'Autorità Garante che ha chiarito in via interpretativa le modalità di individuazione del "fatturato realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione" con riferimento alle ipotesi di costituzione, da parte di più imprese, di una nuova impresa comune e alle ipotesi di fusione.

Dal punto di vista operativo, nei pochi mesi intercorsi dalla pubblicazione di detta Comunicazione non sono emerse criticità o zone d'ombra nella concreta applicazione dei medesimi in sede di valutazione della rilevanza di un'operazione di concentrazione.

Sotto questo aspetto dunque non pare opportuno un nuovo intervento correttivo che “costringerebbe” le imprese a riscrivere le proprie regole interne volte ad assicurare la compliance alle nuove norme.

Per quanto sopra esposto, non si ritiene necessario un nuovo intervento correttivo nel senso prefigurato dall'AGCM.

3. Ulteriori questioni in tema concentrazioni: il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari

Come evidenziato *sub 1*, le preoccupazioni anticoncorrenziali espresse nella Comunicazione dell'AGCM possono senz'altro costituire la base per avviare una riflessione più ampia che – laddove le criticità rilevate nel 2013 venissero confermate – consenta di prospettare in futuro un ventaglio di soluzioni normative nell'ambito delle quali individuare, anche con il contributo dell'industria, quelle più efficaci e meno onerose per il mercato.

In questa prospettiva, si coglie l'occasione per richiamare l'attenzione su un tema più volte emerso in sede di discussione in materia di adeguamento delle disposizioni nazionali antitrust alla normativa comunitaria e sul quale la stessa Autorità Garante ha manifestato il proprio positivo interesse⁵.

Il riferimento è all'art. 16 comma 2 della legge antitrust che, nel dettare specifiche modalità per il calcolo del fatturato degli istituti bancari e finanziari, si basa sul criterio originariamente contenuto nel regolamento (CE) n. 4064/1989 per cui “il fatturato è considerato pari al valore di un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine”.

Peraltro, a livello comunitario, la considerazione che tale variabile non rappresenti correttamente la dimensione delle imprese coinvolte, ha condotto il legislatore a modificare il criterio prevedendo che il fatturato degli enti creditizi e degli altri istituti finanziari venga calcolato come somma di un insieme predeterminato di voci di provento definite nella direttiva 86/635/CEE del Consiglio (modificata da ultimo dalla direttiva 2003/51/CE).

Si tratta in particolare di: i) interessi e proventi assimilati; ii) proventi su titoli: proventi di azioni, quote ed altri titoli a reddito variabile, proventi di partecipazione, proventi di partecipazione in imprese collegate; iii) proventi per commissioni; iv) profitti da operazioni finanziarie; v) altri proventi di gestione⁶.

Tale adeguamento alle regole comunitarie vigenti in tema di concentrazioni porrebbe l'ordinamento nazionale in linea con quanto previsto negli altri Paesi europei (ad es., Francia, Germania, Olanda) ed ha il pregio di consentire l'utilizzo di criteri omogenei per quegli operatori italiani di

⁵ Cfr. segnalazione dell'AGCM recante “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2013”, in Boll. AGCM n. 38/2012.

⁶ Cfr. art. 5 del regolamento (CE) n. 139/2004.

maggiori dimensioni che svolgono la loro attività anche su base transfrontaliera. La possibilità di utilizzare criteri di calcolo omogenei a livello di gruppo consente, tra l'altro, di massimizzare le efficienze interne delle strutture che materialmente si occupano di produrre i dati e consente una più immediata comparabilità dei fatturati generati a livello multi giurisdizionale.

Si coglie pertanto l'occasione per esprimere l'interesse del settore bancario a portare avanti la menzionata modifica volta ad adeguare la metodologia di calcolo del fatturato indicata nell'art. 16, comma 2 della legge n. 287/1990 alle previsioni contenute nel vigente regolamento (CE) n. 139/2004.