

Da:

Avv. Luciano Vasques
c/o Studio Rinaldi e Associati
Largo di Torre Argentina 11
00186 Roma

Roma, li 25 febbraio 2014

Oggetto: risposta alla consultazione pubblica sul sistema di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione

Con la presente si forniscono alcune valutazioni, in risposta alla richiesta di consultazione pubblica formulata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità").

1. Riduzione della seconda soglia

1.1. La proposta riforma delle soglie per l'individuazione degli obblighi di notifica appare condivisibile; infatti, l'arretramento dell'ambito d'intervento dell'Autorità nel contesto della disciplina delle concentrazioni in Italia, introdotto dalla recente riforma entrata in vigore nel gennaio 2013, oltre a non essere in linea con la disciplina del *merger control* dei principali paesi dell'Unione Europea (Spagna, Germania, Francia che attualmente dispongono di un intervento più invasivo rispetto a quello attualmente vigente in Italia), rischia effettivamente di lasciare prive di alcun monitoraggio *antitrust* operazioni potenzialmente in grado di pregiudicare il livello di concorrenza in vari mercati. Tale conclusione è confermata dal fatto che diverse operazioni vietate ovvero autorizzate con impegni operante il previgente meccanismo delle soglie alternative non sarebbero state nemmeno comunicate con il sistema di calcolo delle soglie attualmente in vigore.

1.2. A sostegno di tale conclusione milita la considerazione che un controllo a maglie eccessivamente allargate delle concentrazioni in Italia riduce anche la deterrenza a realizzare operazioni "sotto soglia" con effetti o persino con scopi anti-competitivi.

1.3. Con riferimento al tessuto imprenditoriale nazionale, la presenza di un numero percentualmente molto elevato di piccole e medie imprese ("PMI") in Italia è un ulteriore argomento a favore dell'abbassamento delle soglie nei termini ipotizzati dall'Autorità.

1.4. Si suggerisce, peraltro, nel caso di riforma, che venga definita in modo certo la fase intertemporale, del passaggio dal vecchio al nuovo regime di notifiche, chiarendo se bisogna tener conto, ai fini della sussistenza dell'obbligo di notifica, del momento di perfezionamento dell'accordo tra le parti dell'operazione, ovvero del momento nel quale si producono gli effetti dell'operazione (dunque, ad esempio, quando passa la proprietà delle partecipazioni o dei rami aziendali oggetto di acquisizione al soggetto acquirente o, nel caso di fusione, al nuovo soggetto che risulterà dalla concentrazione).

2. Ulteriore misura affiancabile all'abbassamento della soglia

2.1. Altra soluzione, che potrebbe affiancare l'abbassamento delle soglie ipotizzata dall'Autorità, potrebbe essere quella di prevedere la facoltà per l'Autorità di avvivare d'ufficio o su istanza di parte istruttoria, entro 12 mesi dal perfezionamento dell'operazione, su concentrazioni che, benché superino solo una delle due soglie, siano comunque idonee a costituire o rafforzare una posizione dominante,

2.2. Parallelamente si dovrebbe prevedere la facoltà di notifica volontaria (anche preventiva) di tali operazioni sotto soglia, di modo che l'operatore che non voglia correre il rischio di un'istruttoria *ex post*

a operazione conclusa, sarà indotto a comunicare, sempre che l'operazione plausibilmente sollevi possibili rischi per la concorrenza.

2.3. Gli operatori, peraltro, non procederebbero comunque a notifiche volontarie per tutte quelle operazioni sotto soglia che in modo palese non sollevino problematiche di costituzione o rafforzamento di alcuna posizione dominante.

2.4. Tale meccanismo è più flessibile, in quanto, da un lato riduce comunque il numero di operazioni notificabili privi di alcun apprezzabile effetto sul mercato (nella maggior parte dei casi in passato venivano notificate operazioni con incrementi di quote di mercato non significative da parte di imprese con presenza non rilevante nel mercato), dall'altra si possono intercettare anche operazioni che, pur coinvolgendo imprese con fatturati non significativi, non di meno possono favorire effetti di natura anticompetitiva; ciò vale in particolare per i mercati locali, per mercati di nicchia ovvero per i nuovi mercati. Tale meccanismo troverebbe maggiore giustificazione in Italia, ove è più elevato, rispetto ad altri Stati membri, il rapporto tra PMI e imprese di grandi dimensioni.

3. Il calcolo del fatturato di banche e assicurazioni

3.1. Si coglie l'occasione per segnalare come l'art. 16, comma 2 l. 287/90, definisca per legge i criteri di calcolo del fatturato per banche e assicurazioni. Tali criteri, soprattutto per le banche, non sono allineati con i criteri europei definiti nella comunicazione consolidata della Commissione in tema di concentrazioni (*Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings* del 10 Luglio 2007 – la “**Comunicazione**”).

3.2. Visto il rapporto di stretta interdipendenza tra la disciplina comunitaria e nazionale in tema di concentrazioni, si suggerisce una riforma del comma 2 dell'art. 16 citato che teoricamente, allo stato attuale, prevarrebbe, tenuto conto dei criteri di gerarchia delle fonti, sulle disposizioni della Comunicazione.

3.3. Potrebbe, dunque, essere opportuna una riforma del testo dell'art. 16 citato, nel quale si chiarisca che la legge nazionale, per i criteri di calcolo del fatturato, rinvia alla disciplina e prassi comunitaria del controllo delle concentrazioni di volta in volta applicata.

3.4. Tale riforma eviterebbe la sussistenza di criteri di calcolo di fatturato diversi a livello comunitario e nazionale, eliminando le incertezze che l'attuale sistema solleva, specie per quelle operazioni che stiano in bilico tra la notifica a Roma e Bruxelles.

4. Concentrativa e cooperativa

4.1. Sempre in un'ottica *de jure condendo*, si segnala l'ultimo comma dell'art. 5, comma 3 l. 287/90, il quale dispone che: “Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione”.

4.2. Tale nozione di impresa comune è ispirata da un orientamento della Commissione ormai ampiamente superato da decenni. In particolare, la Commissione con una comunicazione del 1998 (98/C 66/01) e oggi con la Comunicazione, ha definitivamente abbandonato tale criterio di distinzione tra impresa concentrativa e cooperativa, adottando il differente criterio della singola entità economica autonoma.

4.3. In Italia, tuttavia, l'aver a suo tempo fissato per legge il criterio del coordinamento delle imprese per discernere la differenza tra imprese comuni concentrative e cooperative, crea un problema, dato che essendo tale norma fonte primaria, quest'ultima, in linea teorica, prevale sulla Comunicazione.

4.4. Dato che l'Autorità per prassi consolidata applica comunque di regola i principi della Comunicazione della Commissione, potrebbe consigliarsi di abrogare la disposizione di cui al citato art. 5, comma 3, chiarendo che la costituzione di imprese comuni di carattere cooperativo non dà luogo ad alcun obbligo di notifica e che per la distinzione tra imprese comuni concentrative e cooperative si rinvia alla disciplina e prassi comunitaria del controllo delle concentrazioni di volta in volta applicata.

5. Suggerimento di natura operativa: semplificazione formulario per operazioni palesemente irrilevanti

5.1. Altra modifica che si potrebbe proporre riguarda il formulario concentrazioni che, per la maggior parte delle operazioni comunicate, appare eccessivamente articolato.

5.2. Si consiglia di adottare, per operazioni che non diano luogo in modo evidente a problematiche di natura concorrenziale (ad esempio, le operazioni che non consentono di individuare neanche un "mercato rilevante", data l'esiguità delle quote di mercato detenute post operazione dal soggetto acquirente), un formulario molto più snello che richieda solo i dati essenziali (identità delle parti, descrizione dei principali mercati interessati dall'operazione, quote combinate di mercato delle parti), salvo richiedere dati più articolati per le operazioni di maggiore rilevanza (quelle dove almeno è individuabile un "mercato interessato", secondo la definizione data nel formulario concentrazioni dell'Autorità).

Si auspica che questi brevi note possano essere d'ausilio all'Autorità nello svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Avv. Luciano Vasques