

# CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

PIAZZA DI SPAGNA 15

00187 ROMA

TELEFONO  
06 695221

TELEFAX  
06 69200665

WWW.CLEARYGOTTLIEB.COM

VIA SAN PAOLO 7  
20121 MILANO  
TEL 02 726081  
FAX 02 86984440

NEW YORK • WASHINGTON, DC • PARIGI • BRUXELLES • LONDRA  
FRANCOFORTE • MOSCA • COLONIA • HONG KONG  
PECHINO • BUENOS AIRES • SAN PAOLO • ABU DHABI • SEOUL

AVV. MARIO SIRAGUSA  
AVV. ROBERTO CASATI<sup>1</sup>  
AVV. GIUSEPPE SCASELLATI SFORZOLINI<sup>1</sup>  
AVV. ROBERTO BONSIGNORE<sup>1</sup>  
AVV. PIETRO FIORUZZI<sup>1</sup>  
AVV. VANIA PETRELLA  
AVV. C. FERDINANDO EMANUELE  
AVV. MARCO D OSTUNI<sup>1</sup>  
AVV. CARLO SANTORO  
AVV. MATTEO BERETTA  
AVV. CARLO DE VITO PISCICELLI<sup>1</sup>  
  
AVV. FRANCESCO DE BIASI  
AVV. G. CESARE RIZZA BAJARDO  
AVV. CLAUDIO DI FALCO<sup>1</sup>  
AVV. PIETRO MERLINO  
  
AVV. FRANCESCA M. MORETTI  
AVV. SAVERIO VALENTINO<sup>1</sup>  
AVV. STEFANO DE DOMINICIS  
AVV. FAUSTO CARONNA  
AVV. PAOLA ALBANO  
AVV. GIULIA FAUSTA GOSI  
AVV. GEROLAMO DA PASSANO<sup>1</sup>  
  
AVV. PIETRO ACERBI  
AVV. PATRICK ACTIS PERINETTO  
AVV. ROBERTO ARGERI  
AVV. LUCIANA BELLIA  
AVV. LAURA BERGAMINI  
AVV. PAOLO BERTOLI  
AVV. ACHILLE CALIÒ MARINCOLA SCULCO<sup>1</sup>  
AVV. DOMENICO CAPONE  
AVV. ANDREA CAZZANI  
AVV. ANDREA CONZATTI<sup>1</sup>  
AVV. PHILIPPE CROENE  
AVV. MICHELE CURATOLA  
AVV. PIERANTONIO D'ELIA  
AVV. FRANCESCO DE LORENZI  
AVV. EUGENIO SIMONE DE NARDIS<sup>1</sup>  
AVV. ALESSANDRO DE STEFANO

AVV. MASSIMILIANO DI TOMMASO<sup>1</sup>  
AVV. GIANLUCA FAELLA  
AVV. PATRICK MARCO FERRARI  
AVV. LORENZO FREDDI<sup>1</sup>  
AVV. ROSSELLA GANCITANO  
AVV. ALESSANDRO GENNARINO  
AVV. FRANCESCA GESUALDI<sup>1</sup>  
AVV. GIULIO GIANNINI<sup>1</sup>  
AVV. ALESSANDRA GUERRIERI  
AVV. FRANCESCO IODICE  
AVV. FRANCESCO LIBERATORI  
AVV. ROBERTO FABIO LIPARI  
AVV. MARIA GRAZIA MAMONE<sup>2</sup>  
AVV. ANDREA MANTOVANI<sup>1</sup>  
AVV. FEDERICO MARINI BALESTRA  
AVV. LUDOVICA MARVASI  
AVV. BERNARDO MASSELLA DUCCI TERI<sup>1</sup>  
AVV. MARIO MICCICHÉ  
AVV. LUIGI NASCIMBENE  
AVV. ALESSANDRO NOLETI<sup>2</sup>  
AVV. CECILIA PARISINI<sup>1, 5</sup>  
AVV. SARA PARMIGGIANI  
AVV. KOSTANDIN PEĆI  
AVV. CIRO DANIELE PIRO  
AVV. LAURA PROSPERETTI  
AVV. NICOLE BRUNELLA PUPPIENI<sup>1</sup>  
AVV. PAOLO RAINELLI  
AVV. GIANLUCA RUSSO  
AVV. FABIO SACCONI  
AVV. BRIAN T. SANDSTROM<sup>1</sup>  
AVV. CLEMENTE SARDI  
AVV. MARCO SCALERA<sup>1</sup>  
AVV. GIANPAOLO SCANDONE  
AVV. DAVID SINGER<sup>1</sup>  
AVV. MARCO SPADA<sup>1</sup>  
AVV. VANESSA TISCI  
AVV. MARCO ZOTTA

<sup>1</sup> MEMBER OF THE NEW YORK BAR  
<sup>2</sup> SOLICITOR, ENGLAND AND WALES  
<sup>3</sup> AVOCAT À LA COUR DE LUXEMBOURG

Roma, 25 febbraio 2014

Spettabile  
Autorità garante della concorrenza e del mercato  
Via Verdi 6/a  
00198 Roma

VIA EMAIL: [consultazione.concentrazioni@agcm.it](mailto:consultazione.concentrazioni@agcm.it)

Re: Comunicazione avente ad oggetto la proposta di modifica delle soglie di fatturato a seguito della modifica dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/1990 introdotta dal decreto legge n. 1/2012

Egregi Signori,

con la presente intendiamo esprimere la nostra condivisione della proposta, formulata nella comunicazione in epigrafe (la “Comunicazione”), di ridurre la soglia relativa al fatturato dell’impresa oggetto di acquisizione previsto dall’articolo 16, comma 1, della Legge n. 287/1990, e di specificare che la costituzione di imprese comuni dovrà essere comunicata anche qualora – fermo restando il superamento della soglia relativa al fatturato totale dell’insieme delle imprese interessate – la seconda soglia di fatturato (vale a dire quella di nuova definizione) sia superata da almeno due delle imprese interessate dall’operazione.

Inoltre, atteso che codesta spettabile Autorità ritiene necessario un intervento volto ad emendare la Legge n. 287/1990, con la presente siamo a suggerire rispettosamente due ulteriori modifiche che potrebbero essere proposte al Governo e al Parlamento, relative rispettivamente all’introduzione di una soglia alternativa relativa al fatturato dell’impresa

oggetto di acquisizione e all'estensione del termine per la conclusione dell'istruttoria.

## **I. La Comunicazione**

### **A. Riduzione della soglia relativa al fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione**

Se una modifica delle soglie di fatturato rispetto a quelle individuate originariamente dal legislatore appariva auspicabile per evitare che numerose operazioni di concentrazione *prima facie* inidonee a produrre effetti sulle dinamiche di concorrenza fossero notificate, la soluzione adottata dal decreto legge n. 1/2012 è andata al di là di quanto necessario, poiché ha verosimilmente sottratto allo scrutinio di codesta spettabile Autorità una serie di concentrazioni potenzialmente suscettibili di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva in Italia.

Come correttamente notato nella Comunicazione, nel solo periodo 2000-2012 l'Autorità ha adottato provvedimenti di divieto o di autorizzazione condizionata dell'operazione in ben 13 casi nei quali soltanto una delle due soglie di fatturato previste dall'articolo 16, comma 1, della Legge n. 287/1990 risultava superata. Con la modifica introdotta nel 2012, queste operazioni di concentrazione sarebbero sfuggite al controllo di codesta spettabile Autorità.

Dall'esame dei provvedimenti pubblicati sul Bollettino fino al 17 febbraio 2014, notiamo inoltre come il dato di 59 notifiche contenuto nella Tabella 1 della Comunicazione potrebbe essere poco rappresentativo, in quanto falsato dall'inclusione delle notifiche di operazioni che hanno dato luogo a un provvedimento di non luogo a provvedere. Le operazioni effettivamente soggette a obbligo di notifica preventiva (e concretamente comunicate nel corso del 2013) sulla base delle soglie cumulative introdotte a partire dal 1° gennaio 2013 dovrebbero essere infatti state soltanto 34 (tale cifra potrebbe aumentare se notifiche effettuate nel 2013 dessero luogo a decisioni dopo il febbraio 2014). Tali rilievi confermano la drastica riduzione dell'attività di controllo preventivo dei fenomeni concentrativi svolta da codesta spettabile Autorità, plausibilmente al di sotto di una soglia di ragionevolezza.

In ragione di quanto precede, condividiamo la proposta di abbassare la soglia di fatturato prescritta per l'impresa oggetto di acquisizione. In quest'ottica, una soglia di €10 milioni ci pare possa bilanciare adeguatamente l'esigenza dell'Autorità di mantenere un adeguato controllo dei fenomeni concentrativi e quella delle imprese di evitare ingiustificati ed eccessivi oneri burocratici. Con un abbassamento di tale soglia a €10 milioni, facendo un confronto con il passato, ad esempio, 8 dei 13 casi che nel periodo 2000/2012 hanno condotto a provvedimenti di divieto dell'operazione o di autorizzazione condizionata sarebbero stati recuperati all'esame di codesta spettabile Autorità, che avrebbe così potuto rimediare ai possibili effetti negativi sulla concorrenza determinati dalle stesse.

### **B. Chiarimento relativo al fatturato da prendere in considerazione nell'ipotesi di costituzione di un'impresa comune**

Concordiamo altresì con la proposta di specificare che la costituzione di imprese comuni deve essere comunicata qualora (i) il fatturato totale dell'insieme delle imprese interessate ecceda la soglia stabilita e (ii) il fatturato realizzato da almeno due delle imprese

interessate ecceda la soglia di nuova definizione (quella che nell'articolo 16, comma 1, si riferisce formalmente all'impresa *target*).

L'obiettivo di tale revisione normativa appare essere quello di far rientrare nell'obbligo di notifica la creazione di un'impresa comune nel caso in cui il fatturato di quest'ultima (ovvero i conferimenti in essa da parte delle imprese madri) non superino la seconda soglia edittale (come eventualmente modificata al ribasso). Infatti, in caso contrario, l'operazione ricadrebbe già nell'obbligo di comunicazione *ex* articolo 16 della Legge n. 287/1990. Il riferimento ad "almeno due delle imprese interessate dall'operazione" andrebbe dunque inteso nel senso di "almeno due imprese madri".

Se questo è l'obiettivo della modifica suggerita, come anticipato, non possiamo che vedere di buon grado la proposta. Attualmente, infatti, la costituzione di un'impresa comune *green field* da parte di due imprese con fatturati nazionali significativi, è destinata a sfuggire al controllo di codesta spettabile Autorità. Con la proposta modifica, si porrebbe opportunamente rimedio a questa mancanza del sistema di controllo di concentrazioni italiano, che verrebbe così allineato alle regole vigenti a livello europeo.

Eventualmente, un correttivo opportuno, per evitare un flusso di comunicazioni relative a operazioni del tutto prive di effetti economici sui mercati italiani (e che quindi non giustificano un controllo preventivo da parte di codesta spettabile Autorità) potrebbe consistere nell'inserire una precisazione nel Formulario di notifica, secondo cui sarebbero in ogni caso "*esenti dall'obbligo di comunicazione le operazioni consistenti nella creazione di una nuova impresa comune stabilita al di fuori dell'Italia e destinata a non realizzare un fatturato in Italia dopo la sua costituzione*".

## **II. Altre possibili modifiche**

Dal momento che codesta spettabile Autorità ritiene necessario un intervento volto ad emendare la Legge n. 287/1990, ci permetteremmo di suggerire due ulteriori modifiche che potrebbero essere proposte a Governo e Parlamento.

### **A. Introduzione di una soglia alternativa relativa al fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione**

Riterremo opportuno far scattare un obbligo di notifica non soltanto al raggiungimento delle due soglie cumulative contenute nell'attuale formulazione dell'articolo 16, comma 1, ma anche nel caso in cui il solo fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione sia al di sopra di una determinata soglia. L'importo di siffatta soglia alternativa rispetto a quella già prevista dalla legge (come eventualmente modificata) potrebbe ragionevolmente essere fissato nell'ammontare che codesta spettabile Autorità dovesse ritenere più appropriato tra €50 milioni e €100 milioni.

La modifica dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/1990 introdotta dal decreto legge n. 1/2012 era del resto motivata esclusivamente dall'esigenza di evitare che insorgesse un obbligo di notifica preventiva nel caso di acquisizioni di imprese di modesta entità (o finanche prive di fatturato) da parte di imprese che da sole soddisfacevano la soglia relativa al fatturato totale dell'insieme delle imprese interessate.

L'aggiunta di una soglia alternativa fondata su un fatturato nazionale molto rilevante dell'impresa *target* consentirebbe invece a codesta spettabile Autorità di verificare l'impatto

del passaggio del controllo su imprese che potrebbero detenere un significativo potere di mercato in Italia. La prassi decisionale di codesta Autorità conferma infatti che l'acquisizione di un'impresa che detiene una posizione di rilievo a livello nazionale (o in mercati locali) da parte di un concorrente straniero dotato di un notevole potenziale (finanziario e/o industriale) può alterare in senso anticompetitivo le dinamiche competitive del mercato rilevante (cfr., ad esempio, il procedimento C6941, conclusosi con un provvedimento di autorizzazione con condizioni). Ebbene, la stessa modifica delle soglie proposta nella Comunicazione non consentirebbe ancora a codesta spettabile Autorità di esaminare l'acquisizione di un'importante azienda italiana (quale Mellin S.p.A.) da parte di un concorrente straniero.

Il testo dell'articolo 16, comma 1, della Legge n. 287/1990 potrebbe quindi essere modificato come segue (tenuto anche conto del cambio di valuta e dell'inflazione registrati negli ultimi 20 anni):

*“Le operazioni di concentrazione di cui all'articolo 5 devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora: (a) il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a cinquecento milioni di euro e il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a [dieci] milioni di euro, ovvero (b) qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a [cinquanta/cento] milioni di euro”.*

*B. Estensione del termine per la conclusione dell'istruttoria per l'esame delle concentrazioni*

Il termine di 45 giorni per la conclusione dell'istruttoria imposto dall'articolo 16, comma 8, della Legge n. 287/1990 costringe codesta spettabile Autorità a condurre complesse analisi in un periodo di tempo obiettivamente troppo breve. Al riguardo, basti comparare il termine previsto dalla legge italiana con quelli applicabili al procedimento di esame delle altre principali autorità di concorrenza europee:

- a livello europeo, la Commissione dispone di 90 giorni lavorativi (oltre quattro mesi) che, in talune circostanze, possono essere prorogati fino a 125 giorni lavorativi (oltre sei mesi);
- in Regno Unito, la *Competition Commission* ha ben 24 settimane che, con una semplice decisione dell'autorità, possono essere prorogati fino a 32 settimane (circa otto mesi);
- in Francia, l'*Autorité de la concurrence* dispone di 65 giorni lavorativi che, in talune circostanze, possono essere prorogati fino a 105 giorni lavorativi (oltre cinque mesi);
- in Germania, il *Bundeskartellamt* ha tre mesi di tempo che possono essere prorogati di un mese in caso di offerta di impegni.

Suggeriamo quindi l'estensione del termine in questione. Una durata di 90 giorni potrebbe rappresentare un adeguato compromesso tra le opposte esigenze di codesta spettabile Autorità, da un lato, e delle imprese coinvolte nel procedimento, dall'altro.

\* \* \*

Vi ringraziamo per l'attenzione che vorrete prestare a questa nostra e restiamo a disposizione per ogni chiarimento che Vi possa essere utile.

Con viva cordialità,

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP