

**Consultazione AGCM su una proposta di modifica
dei criteri per la notifica delle concentrazioni**

Risposta di Assonime

Introduzione

Ringraziamo l’Autorità di avere sottoposto a consultazione pubblica la proposta di revisione dei criteri per la notifica delle operazioni di concentrazione, in modo da raccogliere e considerare il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati prima di esercitare i propri poteri di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento.

La disciplina di cui si propone la revisione è stata oggetto di un importante intervento di semplificazione ad opera del decreto legge n. 1/2012¹. La riforma, tuttavia, è stata realizzata in via d’urgenza, presumibilmente senza un’approfondita analisi *ex ante* delle alternative a disposizione e del loro possibile impatto. La circostanza che dopo un solo anno dall’entrata in vigore si discuta di una revisione della disciplina evidenzia l’importanza di un’attenta preparazione delle modifiche normative, per assicurare quella stabilità della legislazione che di per sé costituisce un valore per il mercato.

Le carenze del sistema prima della riforma del 2012

Il sistema antecedente la riforma del 2012 prevedeva l’obbligo di notifica delle concentrazioni sulla base di due criteri alternativi: il superamento di una soglia di fatturato nazionale da parte dell’insieme delle imprese interessate oppure il superamento di una soglia di fatturato nazionale da parte dell’impresa acquisita. Come in più occasioni sottolineato da Assonime², il sistema presentava evidenti criticità, nella misura in cui obbligava le imprese con fatturato in Italia superiore alla prima soglia a

¹ Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 24.

² V. in particolare Note e studi Assonime n. 82/2006.

notificare all’Autorità ogni operazione di acquisizione, anche qualora il fatturato nazionale dell’impresa acquisita fosse estremamente modesto. Non veniva così rispettato il criterio richiesto dalle *ICN Recommended Practices* di un nesso significativo con il territorio da parte di almeno due delle imprese interessate. Ciò si traduceva in un ingiustificato dispendio di tempo e risorse, sia per le imprese che per l’Autorità, in relazione ad operazioni irrilevanti dal punto di vista del possibile impatto anticoncorrenziale.

La riforma del 2012 e il suo impatto

L’intervento legislativo del 2012 ha opportunamente posto rimedio a questa situazione, ridefinendo il perimetro delle operazioni soggette all’obbligo di notifica preventiva. Le due condizioni previste dall’articolo 16, comma 1, della legge n. 287/1990 da alternative sono divenute cumulative; oggi, pertanto, la notifica è obbligatoria per le operazioni di concentrazione in cui le imprese interessate realizzano congiuntamente a livello nazionale un fatturato superiore a una data soglia (attualmente pari a 482 milioni di euro) e, nel contempo, l’impresa acquisita realizza a livello nazionale un fatturato superiore a una data soglia (attualmente pari a 48 milioni di euro).

Il documento pubblicato dall’Autorità come base per la consultazione evidenzia che l’impatto della riforma in termini di riduzione del numero delle notifiche è stato significativo (da una media di oltre 400 notifiche all’anno a una cinquantina). Comportando una riduzione dei costi amministrativi sia per le imprese che per l’Autorità, il minor numero di notifiche rappresenta in quanto tale un elemento positivo in termini di semplificazione.

Appare importante anche la maggiore focalizzazione del sistema che emerge dai dati: la percentuale delle operazioni soggette a notifica che è stata successivamente oggetto di approfondimenti istruttori, in quanto presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale, è salita dallo 0,6% al 3,4%, rientrando nel range considerato accettabile a livello internazionale (tra il 2% e il 5%).

Criteri per valutare se sia desiderabile una revisione delle soglie

La circostanza, richiamata dal documento di consultazione, che in Italia operi un elevato numero di imprese di piccole dimensioni, con fatturato inferiore a 48 milioni di

euro, non rende di per sé la seconda soglia inadeguata. Si potrebbe anzi sostenere che proprio la frammentazione della struttura produttiva dovrebbe portare a considerare in linea di massima favorevolmente ipotesi di aggregazione tra imprese.

Ciò che occorre considerare per valutare l'adeguatezza dell'attuale sistema e la desiderabilità di un'eventuale riforma è se si sia creato un rilevante gap di tutela, inteso come l'insieme delle operazioni problematiche che, con l'attuale sistema di notifica, sfuggono al controllo antitrust.

Come indicato dall'*International Competition Network*, il modello cui tendere è quello che consente di minimizzare la somma dei costi per la collettività di concentrazioni anticoncorrenziali che non vengono impediti e dei costi, per i privati e l'amministrazione pubblica, delle notifiche delle operazioni.

L'evidenza a disposizione

Per quanto concerne il possibile gap di tutela, l'Autorità concentra l'attenzione sul livello della seconda soglia di fatturato, oggi pari a 48 milioni, chiedendosi se questo non sia troppo elevato³. Vengono presi in considerazione come possibili indicatori di un gap di tutela i dati relativi al periodo 2000-2012: questi dati, che peraltro erano in gran parte già disponibili prima dell'adozione del decreto legge n. 1/2012, mostrano che se il sistema fosse stato strutturato sin dall'origine secondo l'attuale configurazione sarebbero sfuggite all'obbligo di notifica 13 delle 45 operazioni che, invece, sono state oggetto di approfondimento istruttorio. Con riferimento al 2013, anno in cui è entrata in vigore la riforma, il documento in consultazione si limita a fare un generico richiamo all'esperienza acquisita dall'Autorità riguardo a operazioni non soggette a notifica "suscettibili di produrre, tipicamente in mercati di ampiezza geografica locale, effetti non trascurabili" sulla concorrenza. Non sono disponibili informazioni specifiche su casi di operazioni problematiche effettivamente sfuggite al controllo in ragione dell'applicazione del nuovo sistema di notifica e quindi risulta difficile valutare l'entità del gap di tutela.

³ Per le operazioni non soggette a notifica perché non è raggiunta la prima soglia di fatturato, va ricordato che l'articolo 22 del regolamento europeo sulle concentrazioni n. 139/2004 attualmente consente agli Stati membri di presentare richiesta di rinvio alla Commissione europea delle concentrazioni non aventi dimensione comunitaria purché possano incidere significativamente sulla concorrenza in uno o più Stati membri e abbiano impatto sul commercio transfrontaliero, anche se le operazioni non rientrano nell'ambito di applicazione del controllo delle concentrazioni a livello nazionale.

Per quanto attiene alla stima dei costi che deriverebbero dall'eventuale abbassamento della soglia di fatturato prevista per l'impresa acquisita e dal conseguente incremento dell'insieme delle operazioni soggette a notifica, va naturalmente considerato che nel nostro ordinamento non sono più richieste *filing fees* per la notifica delle concentrazioni. Ciò attenua in parte l'incidenza economica diretta che la modifica prefigurata dall'Autorità avrebbe sulle imprese interessate. Non vanno tuttavia trascurati i costi complessivamente connessi alla notifica delle concentrazioni, che comprendono le risorse impiegate per la raccolta delle informazioni e le spese del ricorso a consulenti legali esterni all'impresa.

In una prospettiva più generale, la modifica suggerita comporterebbe un aumento dell'attività di controllo delle concentrazioni da parte dell'Autorità. Secondo le stime indicate nel documento in consultazione tale aumento dovrebbe essere contenuto, ma non si può escludere un'evoluzione diversa qualora si aprisse una nuova fase di crescita dell'economia e i processi di concentrazione tra imprese divenissero più intensi. Potrebbe divenire necessaria un'integrazione delle risorse dell'Autorità dedicate al controllo delle concentrazioni.

Osservazioni sulla proposta di riduzione della seconda soglia

Nel documento di consultazione, l'Autorità considera la possibilità di una riduzione della seconda soglia dagli attuali 48 milioni di euro a un livello molto più basso (5-10 milioni di euro). Una variazione radicale a solo un anno dall'entrata in vigore della riforma del 2012 genererebbe un senso di instabilità del sistema e di inaffidabilità delle politiche di semplificazione: per evitare ulteriori oscillazioni del quadro normativo, un'eventuale modifica del sistema va attentamente ponderata.

In questa prospettiva, concentrando l'attenzione sulla seconda soglia, il confronto internazionale mostra che il livello di 5/ 10 milioni di euro suggerito nel documento di consultazione sarebbe nettamente più basso di quello contemplato dalle legislazioni di altri Stati membri dell'Unione - quali Francia, Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Svezia e Finlandia - alcuni dei quali presentano sistemi economici di dimensioni di gran lunga inferiori rispetto all'Italia. Per questi paesi le soglie si situano in un range tra i 60 e i 20 milioni di euro.

In ogni caso, a conferma dell'impegno dell'Autorità a ridurre ogni onere ingiustificato per le imprese in relazione alle operazioni di concentrazione, sarebbe utile avviare una riflessione su come semplificare ulteriormente, rispetto ad oggi, la notifica delle

operazioni *prima facie* non problematiche, considerando ad esempio un formulario molto sintetico che richieda solo un insieme essenziale di informazioni.

Inoltre, per contenere i costi di un eventuale maggiore onere di lavoro per l’Autorità in materia di concentrazioni, che in base al sistema di finanziamento in vigore finirebbero per ricadere sulle imprese, si potrebbe procedere a una riallocazione delle risorse attualmente disponibili nell’ambito di una complessiva revisione delle attività istituzionali dell’Autorità che porti a ridimensionare gli ambiti di intervento non prioritari per la tutela della concorrenza e dei consumatori.

Si dovrebbe infine tenere conto delle possibili implicazioni di una modifica della soglia in ambiti diversi dalla disciplina delle concentrazioni. Va ricordato in particolare che, secondo quanto chiarito dalle autorità di vigilanza competenti, il divieto di *interlocking directorates* di cui all’articolo 36 del decreto legge n. 201/2011⁴ si applica se almeno una delle imprese (o dei gruppi di imprese) in cui il soggetto detiene cariche abbia un fatturato totale nazionale - individuale o di gruppo – non inferiore alla soglia indicata in relazione all’impresa acquisita dall’articolo 16 della legge n. 287/1990⁵. Se si procedesse alla modifica prospettata, si dovrebbe valutare l’opportunità di introdurre, negli ambiti normativi che oggi fanno riferimento alla soglia prevista per le concentrazioni, indicatori autonomi di rilievo delle fattispecie.

La proposta di applicare la seconda soglia di fatturato ad almeno due delle imprese interessate

La seconda modifica proposta dall’Autorità consiste nel passaggio a un regime in cui la seconda soglia di fatturato si applica non alla sola impresa oggetto di acquisizione, ma ad almeno due delle imprese interessate dalla concentrazione. La modifica comporterebbe, per questo specifico profilo, l’allineamento della disciplina nazionale al sistema delineato dal regolamento CE n. 139/2004.

Secondo quanto emerge dal documento in consultazione, la modifica è volta a superare le specifiche questioni applicative circa l’applicabilità della seconda soglia alle ipotesi di costituzione di una nuova impresa comune e di fusione. La conseguenza sarebbe che, nel caso di nuova impresa comune, la seconda soglia di fatturato non

⁴ Decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

⁵ Cfr. *Criteri per l’applicazione dell’art. 36 del d.l. “Salva Italia”*, documento congiunto di Banca d’Italia, Consob, Isvap (ora Ivass), par. 1.2, lett. B).

verrebbe più riferita al fatturato dei conferimenti effettuati dalle imprese madri ma, come avviene nel sistema europeo, al fatturato delle imprese madri.

Riteniamo opportuno osservare che l'approccio attualmente seguito dalla normativa italiana, sebbene diverso da quello adottato a livello europeo, può avere una giustificazione. Richiedendo di tenere conto, ai fini del superamento della seconda soglia, del fatturato attribuibile all'impresa comune, esso infatti sottopone a notifica solo le operazioni che comportano una significativa concentrazione di attività in quest'ultima. In un'ottica di semplificazione, il mantenimento dell'approccio attuale eviterebbe un eccessivo ampliamento del novero delle operazioni soggette a notifica, tenuto conto del fatto che nell'intenzione dell'Autorità la modifica si accompagnerebbe alla riduzione della seconda soglia di fatturato prevista dall'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/1990.

Qualora si scegliesse di passare all'impostazione del diritto europeo per le ipotesi di fusione e di costituzione di nuova impresa comune, in una prospettiva di semplificazione andrebbero comunque sottratte all'obbligo di comunicazione preventiva le operazioni prive di impatto significativo sul mercato nazionale. Anche qualora due delle imprese madri superino individualmente la seconda soglia di fatturato, si dovrebbe escludere l'obbligo di notifica nel caso di nuova impresa comune costituita fuori dal territorio nazionale e destinata a non avere fatturato in Italia⁶.

Altre proposte di modifica normativa in tema di notifica delle concentrazioni

Sono da tempo in discussione alcune proposte di modifica normativa relative alla notifica delle operazioni di concentrazione che, anche se non richiamate dal documento di consultazione, appare utile ricordare.

Una proposta rispetto alla quale c'è un ampio consenso è quella, già da tempo presentata dall'Autorità⁷ ma non ancora accolta dal legislatore, di allineare la disciplina nazionale delle imprese comuni di nuova costituzione al diritto europeo. Si tratta, come noto, di superare l'attuale distinzione tra imprese comuni concentrative e cooperative e prevedere che sia soggetta alla disciplina delle concentrazioni la costituzione di una nuova impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di

⁶ L'introduzione di un'esenzione di questo tipo nella disciplina del controllo delle concentrazioni è stata recentemente proposta anche a livello europeo. Cfr. Commissione europea, *Towards more effective EU merger control*, SWD (2013) 239 final.

⁷ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, AS988, 2012.

una entità autonoma, indipendentemente dalla sua natura concentrativa o cooperativa. Come nel diritto europeo, gli eventuali rischi di coordinamento tra le imprese madri saranno valutati secondo i criteri sostanziali utilizzati per l'esame delle intese.

Una seconda modifica largamente auspicata riguarda l'allineamento al diritto europeo della modalità di calcolo del fatturato degli istituti bancari e finanziari ai fini della notifica delle concentrazioni. Si tratterebbe di riformulare il criterio contenuto nell'articolo 16, comma 2, della legge n. 287/1990, che fa attualmente riferimento al valore di un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale esclusi i conti d'ordine, uniformandolo alla disciplina europea, che considera la somma di interessi e proventi assimilati, proventi su titoli, proventi per commissioni, profitti da operazioni finanziarie e altri proventi di gestione. Verrebbe così eliminata una difformità a livello normativo che è fonte di ingiustificate complicazioni per le imprese interessate.