

Controllo delle concentrazioni europeo e nazionale: fino a che punto complementari?

Avv. Matteo Beretta

Partner, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

Roma, 30 gennaio 2018 – Auditorium dell'AGCM

Outline

1. Il *test* di valutazione sostanziale
2. Le imprese comuni cooperative
3. Ruolo delle autorità indipendenti

Il test di valutazione sostanziale (1/3)

Art. 2(3), Regolamento (CEE) n. 4064/1989:

«Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune.»



1989

2004



1990

Art. 6(1), Legge n. 287/1990:

«[...] l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza [...]»

Art. 2(3), Regolamento (CE) n. 139/2004:

«Le concentrazioni che ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune.»

Il test di valutazione sostanziale (2/3)

- Vera differenza o pura questione formale (quindi con trascurabili effetti pratici) ?
- Spunti offerti da:
 - Libro Verde della Commissione dell'11.12.2011 (§§ 159-169)
 - Successiva consultazione
 - Proposta di Regolamento dell'11.12.2012 (§§ 53-58)
 - Aspetti procedurali
 - Aspetti sostanziali
- La modifica a livello UE (2004) serve a colmare il c.d. *enforcement gap*: come «controllare» eventuali *effetti unilaterali in mercati oligopolistici non collusivi* (e.g., 4-to-3 con *market leader* estraneo all'operazione)
- La situazione negli Stati Membri UE:
 - SIEC: 23 SM
 - Dominanza: 4 SM (Italia, Austria, Bulgaria, Cipro)
 - (Lussemburgo non ha un sistema domestico di controllo delle concentrazioni)

Il test di valutazione sostanziale (3/3)

- *Gap cases* a livello UE:
 - esempi chiari (ed espliciti): soprattutto in ambito TLC, *e.g.*, casi M.6992, *Hutchinson 3G/Telefonica*, M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus* e M.7421, *Orange/Jazztel*)
 - in altri casi, il più *test* SIEC sembra più essere servito «a chiusura del cerchio» (*e.g.*, caso M.7435, *Merck/Sigma-Aldrich*, dove solo in alcuni *sotto-segmenti* di alcuni mercati nazionali le parti non detenevano una posizione chiaramente dominante)
- ... e in Italia ?
 - Nessun esempio *esplicito*, come è ovvio...
 - Come superare l'*enforcement gap* allora ?
 1. restringendo (eccessivamente?) i mercati rilevanti
 2. applicando in maniera estensiva il tradizionale *test* di dominanza (*e.g.*: C7951, *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*; C11542, *UGF/Fondiararia SAI*); **oppure...**
 3. adottando il SIEC *test* (certezza del diritto: cfr. §§ 24-26 Reg. 139/2004)

Le imprese comuni cooperative (1/2)

Art. 3(2), Regolamento (CEE) n. 4064/1989:

«Le operazioni, compresa la creazione di un'impresa comune, che abbiano come oggetto o per effetto di coordinare il comportamento concorrenziale di imprese indipendenti non sono considerate come determinanti una concentrazione [...]»



1989

1997



1990

Art. 5(3), Legge n. 287/1990:

«Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione.»

Art. 1(3), Regolamento (CE) n. 1310/1997:

«All'articolo 3, il paragrafo 2 è modificato come segue:
a) Il primo comma è soppresso [...]»

Le imprese comuni cooperative (2/2)

- Il sistema UE tratta oggi *indistintamente* tutte le imprese comuni a pieno titolo
- Nel sistema italiano si distingue (ancora) sulla base della natura (cooperativa o concentrativa) delle stesse: le prime, a differenza delle seconde, non sono considerate «*concentrazioni*», con una serie di conseguenze:
 - (Ingiustificata) disparità di trattamento
 - *Deficit* di certezza giuridica (che il controllo preventivo delle concentrazioni garantisce a *tutte* le operazioni strutturali)
 - accentuato dal venir meno del sistema di notifica volontaria *ex art. 13* Legge n. 287/90
 - Anomalia del persistere della distinzione nei Paesi membri dell'UE
 - una distinzione fondata sulla natura della JV (con le stesse conseguenze di cui alla normativa vigente in Italia) sembrerebbe oggi sussistere solo in Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria
 - Cortocircuito dei meccanismi di rinvio
 - verso il basso (art. 9(2) Reg. 139/2004)
 - verso l'alto (nel caso di richiesta *ex art. 4(5)* Reg. 139/2004 da parte delle imprese)

Ruolo delle autorità indipendenti (1/3)

Settore	Tipo di parere	Termine	Eff. sospensivo
Assicurativo	Parere obbligatorio, non vincolante	30 gg	Sì
Art. 20(4), Legge n. 287/1990: « <i>Nel caso di operazioni che coinvolgano imprese assicurative, i provvedimenti dell'Autorità di cui all'articolo 10 sono adottati <u>sentito il parere [dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS)]</u>, che si pronuncia entro <u>trenta giorni</u> dal ricevimento della documentazione posta a fondamento del provvedimento [...].</i> »			
Bancario	Procedimento «parallelo»	60 gg (lav.)	=
Art. 20(5), Legge n. 287/1990: « <i>Per le operazioni di acquisizione del controllo di banche che costituiscono concentrazione soggetta a comunicazione preventiva ai sensi dell'articolo 16, i <u>provvedimenti della Banca d'Italia</u>, previsti dall'articolo 19 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, <u>per le valutazioni di sana e prudente gestione</u>, e dell'Autorità di cui all'articolo 10, ai sensi dell'articolo 6, per le valutazioni relative all'assetto concorrenziale del mercato, sono adottati entro <u>sessanta giorni lavorativi</u> dalla presentazione dell'istanza completa della documentazione occorrente.</i> »			
Media	Parere obbligatorio, non vincolante	30 gg	Sì
Art. 1(6)(c)(11), Legge n. 249/1997: « <i>[L'AgCom] esprime, entro <u>trenta giorni</u> dal ricevimento della relativa documentazione, <u>parere obbligatorio</u> sui provvedimenti, riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, predisposti [dall'AGCM] in applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 [...].</i> »			

Ruolo delle autorità indipendenti (2/3)

L'evoluzione dei ruoli dell'**AGCM** e dell'**Autorità di settore** nel *merger control*

- **Assicurativo**: da sempre, decisione **AGCM**, sentito parere **ISVAP** (oggi **IVASS**)



- **Bancario**: prima, decisione **Bankit**, sentito parere **AGCM**; oggi (a seguito di successivi interventi legislativi: Legge n. 262/2005 e d.lgs. n. 303/2006), procedure parallele per decisioni di rispettiva competenza



- **Media**: prima, decisione **Garante Radiodiffusione ed Editoria** sentito parere **AGCM**; oggi (a seguito dell'istituzione AgCom nel 1997), decisione **AGCM** sentito parere **AgCom**



Ruolo delle autorità indipendenti (3/3)

- Negli altri Paesi membri, scenario variegato non riconducibile a unità
- In Italia, concepiti negli anni '90 per assicurare un controllo delle concentrazioni basato su *expertise specifica* in settori fortemente regolamentati e complessi
- I tempi sono oggi maturi per svincolare anche l'AGCM da simili obblighi?
 - i pareri non sono vincolanti
 - l'AGCM ha acquisito vasta esperienza in ciascuno dei settori in esame (meccanismi di *advisory* da sempre assenti a livello UE)
 - impatto sulla tempistica del procedimento non sempre giustificato
- Importante è cogliere bene il tema: specifiche esigenze settoriali vanno adeguatamente protette, ma forse con altri strumenti:
 - funzione *advisory* attivata caso per caso dall'Autorità
 - interventi/procedimenti *ad hoc* ed estranei al processo *merger control*



© 2018 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.