

Introduzione al Convegno

“IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI EUROPEO E NAZIONALE”

Roma 30 gennaio 2018

Buon pomeriggio a tutti,

a nome dell'Associazione Antitrust Italiana vi ringrazio per la vostra partecipazione.

Devo innanzitutto ringraziare a nome dell'Associazione Antitrust Italiana l'Autorità Antitrust, che non solo ci ospita, ma partecipa con i suoi autorevolissimi rappresentanti e ha condiviso con noi nei mesi scorsi l'impostazione del Convegno.

Già da tempo l'Associazione Antitrust Italiana pensava di organizzare un convegno sul tema dell'adeguamento della normativa italiana sulle concentrazioni rispetto agli sviluppi nel contesto europeo.

Il tema è reso ancora più attuale dalla ripresa dopo la crisi del processo di M&A nazionali e cross-border in tutto il mondo, in Europa e in Italia, e nel contempo dalla evoluzione nelle valutazioni circa gli effetti di questo processo in un contesto di mercato profondamente cambiato, anche per l'importanza del settore digitale e delle imprese ivi operanti. L'antico dibattito sugli effetti della concentrazione dei mercati sull'innovazione è stato ripreso in un nuovo paradigma negli ultimi anni: dopo decenni di attenzione alla concorrenza potenziale, si assiste a un revival dei modelli strutturalisti. D'altronde, specie nei mercati digitali, particolare attenzione viene rivolta al ruolo delle start up e al rischio di una loro precoce uscita dal mercato per acquisizione da parte di imprese già ben stabilite.

Queste tendenze sollecitano un approfondimento dei rapporti tra controllo delle concentrazioni europeo e controllo delle concentrazioni nazionale.

Il sistema italiano di controllo delle concentrazioni nella legge 287/90, ispirato dalle previsioni dell'originario Regolamento 4064/89, è rimasto sostanzialmente immutato in termini normativi, anche se degli aggiornamenti sono avvenuti nella prassi applicativa da

parte della Autorità, per esempio attraverso l'introduzione della fase di pre-notifica e del questionario semplificato. D'altronde, la modifica delle soglie di notifica avvenuta nel 2012, pur opportuna considerata la situazione precedente, ha finito per produrre un effetto distorsivo, non solo in quanto ha ridotto a poche decine il numero di notifiche di operazioni soggette al controllo, ma di fatto limita il controllo nazionale quasi solo ai settori non tradeable dell'economia. Infatti, per ragioni già messe in evidenza da un contributo dell'AAI a una consultazione avviata dall'Autorità qualche anno fa, le attuali soglie di notifica finiscono per far sì che il controllo si applichi quasi esclusivamente a settori rivolti al mercato nazionale, quali i servizi pubblici locali, la distribuzione commerciale o i servizi finanziari, escludendo invece quasi completamente i settori manifatturieri più internazionalizzati.

L'esperienza europea può fornire una riflessione sulle esigenze di aggiornamento della normativa nazionale. Il controllo delle concentrazioni europeo ha ormai quasi 30 anni e in questo periodo ha conosciuto continue evoluzioni riguardo al ai criteri di valutazione (passaggio dal test basato sulla dominanza a quello basato sulla struttura di mercato), alle procedure e ai rimedi per risolvere i problemi concorrenziali posti dalle operazioni.

C'è però di più: l'evoluzione del sistema europeo ha anche implicato un diverso rapporto tra controllo delle concentrazioni nazionale e controllo delle concentrazioni comunitario. L'originario regolamento 4064/89 è stato introdotto in un contesto in cui solo in alcuni degli stati membri esisteva un meccanismo di controllo delle concentrazioni. Esso era basato sul criterio della "barriera unica", per cui tutte le concentrazioni al di sopra delle soglie ricadevano nel controllo (allora) comunitario. E' vero che meccanismi di interazione erano previsti dall'art. 22, la famosa clausola olandese che consentiva il rinvio di una concentrazione sotto soglia alla Commissione, qualora questa minacciasse di creare una posizione dominante a livello europeo, e dall'art. 9 che consentiva il rinvio all'Autorità nazionale nel caso di operazioni che riguardassero esclusivamente un mercato locale all'interno di uno Stato membro. Ma si trattava di casi limitatissimi, quasi ipotetici.

Il Regolamento 139/2004, che ha modificato il sistema di concentrazioni europeo, e che è tuttora in vigore, è invece basato sul principio della sussidiarietà, per cui l'applicazione del

controllo avviene da parte dell'Autorità che è nelle condizioni più favorevoli per intervenire: per questo sono previsti meccanismi di rinvio dell'esame delle concentrazioni dall'autorità nazionale a quella europea e viceversa a richiesta sia delle autorità nazionali (art. 9) che delle stesse parti coinvolte nell'operazione (art.4), in relazione a quale sia l'autorità che meglio può intervenire sull'operazione.

Questa nuova impostazione, ormai in atto da più di un decennio, in un contesto in cui ormai tutti gli Stati membri dispongono di un sistema di controllo delle concentrazioni, disegna un reticolo di interazioni tra controllo europeo e controllo nazionale e sembra porre il rapporto tra controllo nazionale e controllo comunitario in una nuova prospettiva, in particolare circa il grado di complementarità tra i due sistemi, simile per certi versi a quella disegnata dal Regolamento 1/2003 per quel che riguarda la normativa antitrust relativa alle condotte.

E' noto che una tale impostazione è stata a suo tempo autorevolmente rigettata dalla Corte Costituzionale, con la sua sentenza 270 del 2010, relativa al **decreto**-legge 28 agosto **2008**, n. 134, il cosiddetto "Decreto Alitalia". Per preminenti interessi di carattere generale il decreto esentava l'operazione di acquisizione del controllo di Alitalia e AirOne da parte di CAI, dalla necessità dell'autorizzazione dell'Autorità, limitandosi a prescrivere che le parti notificassero all'Autorità le misure comportamentali che ritenevano opportune per limitare la situazione di dominanza che l'operazione avrebbe determinato. La Corte, che, naturalmente, stava valutando la compatibilità del Decreto con la Costituzione italiana (e in particolare con gli articoli 3 e 41) e non delle norme europee, ritenne che "all'interno delle figure tipizzate del diritto antitrust le concentrazioni fruiscono, in definitiva, di una disciplina complessivamente più flessibile, l'attenzione di interessi diversi si può tradurre in un potere di valutazione demandato all'autorità politica eventualmente in sostituzione dell'autorità indipendente preposta al controllo antitrust", quindi statuendo la costituzionalità del Decreto. Soprattutto, ai nostri fini, la Corte non riconosceva al controllo delle concentrazioni un ruolo analogo a quello che, invece, Reg. 1/2003, attribuisce al sistema di controllo delle condotte previsto dagli Artt. 101 e 102 del Trattato.

Tuttavia, in una recente decisione, l'Autorità antitrust italiana sembra avere assunto un orientamento alquanto differente: e questo in relazione alle previsioni dell'art 3, comma 4 del Decreto Salva-banche (decreto legge 25 giugno 2017, n. 99) che prevedeva che l'operazione di acquisizione da parte di Intesa San Paolo delle attività bancarie facenti capo a Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, poste in liquidazione coatta amministrativa, avvenisse senza essere soggetta a notifica e controllo da parte dell'autorità antitrust nazionale ("se la concentrazione che deriva dalla cessione non è disciplinata dal regolamento (UE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, essa si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale").

In realtà l'Autorità riteneva di disapplicare questa disposizione e richiedeva la notifica dell'operazione, in quanto a suo parere "il disposto del decreto non può porsi in contrasto con la normativa comunitaria in materia di controllo delle concentrazioni di cui all'articolo 22 del Regolamento 139/2004/CE e, pertanto, è suscettibile di essere disapplicato": la motivazione è breve, quasi un obiter dicta, ma il contenuto sembra chiaro: il sistema di controllo delle concentrazioni comunitario non consente che un'operazione di concentrazione suscettibile di dar luogo a distorsioni concorrenziali nel mercato unico (art. 22 del Regolamento) non sia valutata dalle Autorità di concorrenza, sia questa nazionale o europea. In sostanza, l'Autorità sembra ritenere che il principio di sussidiarietà non rappresenti solo un criterio ripartitorio tra giurisdizioni, come l'originario criterio della barriera unica, ma implichi un coordinamento tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario che consenta un efficace controllo delle concentrazioni.

Ci pare che questa valutazione rafforzi l'esigenza di riflettere caratteristiche del sistema nazionale rispetto a quello comunitario, sia in relazione ai criteri applicativi, sia in termini di grado di copertura. Se infatti è la sussidiarietà che governa la ripartizione delle competenze ci si può chiedere se il sistema nazionale non dovrebbe essere disegnato in maniera da garantire in modo da garantire una efficace ripartizione di compiti tra i due sistemi e in particolare un efficace controllo delle operazioni di concentrazioni nel contesto nazionale. Di qui quindi il tema del Convegno.

Tema che naturalmente tocca una serie di questioni che saranno discusse nelle relazioni di oggi, organizzate in due sessioni. In una prima si esamineranno i diversi punti di vista circa le relazioni tra normativa di controllo delle concentrazioni europea e nazionale. La relazione di Carles Esteva Mosso Vice Direttore Generale della Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea, responsabile per le concentrazioni ci darà una visione del sistema europeo del controllo delle concentrazioni anche in relazione agli sviluppi nei diversi ordinamenti nazionali. Quella del Segretario Generale dell'Autorità Roberto Chieppa ci darà una sua valutazione circa le eventuali esigenze di adeguamento dell'ordinamento italiano. Tre ben noti colleghi di studi associati all'Associazione ci daranno una valutazione dei rapporti tra i due ordinamenti.

La seconda parte sarà invece dedicata all'efficacia del controllo delle concentrazioni italiane e a questo fine questa sessione sarà coordinata da Michele Polo, uno dei più noti economisti industriali italiani e vi partecipano rappresentanti delle istituzioni e delle imprese. Contiamo che il dibattito porti contributi utili per le conclusioni del Presidente Pitruzzella.

Alberto Pera

Presidente Associazione Antitrust Italiana

