



## 4. LE CONCENTRAZIONI

***“La concorrenza è una  
gara in cui è vietato  
vincere”  
(Giorgio Oppo)***



# ORIGINI E EVOLUZIONE

## PRO

- Efficienza produttiva
  - Risparmio costi
  - Economie di scala
  - Più potere di mercato
- Efficienza allocativa
- Crescita delle imprese
- Razionalizzazione del mercato
- Competitività industria europea
- Miglior crescita e tenore di vita (4° considerando Reg. 139/04)

## CONTRO

- Diseconomie
- Riduzione dei soggetti
- Rischio ricadute su struttura e potere di mercato
- Alterazione assetto concorrenziale

# ORIGINI E EVOLUZIONE

Disciplinata solo in un secondo momento

## FONTI

- Memorandum 1965
- Reg. 4064/89
- **Reg. 139/04**: sostituisce e abroga il Reg. 4064/89
- Comunicazione consolidata n. 2008/C 95/01 su competenza giurisdizionale
- Comunicazione n. 2004/C 31/03 su concentrazioni orizzontali
- Comunicazione n. 2008/C 265/07 su concentrazioni verticali e conglomerati
- **L. 287/90 artt. 5-7**, 16-19, 25-26

# ORIGINI E EVOLUZIONE

A differenza di intese e abusi, le concentrazioni godono di “buona fama”

- No divieto
- **Esame preventivo**
- Composizione interessi a monte

Rischio: trasformare la disciplina delle concentrazioni in strumento di **politica industriale** (cfr. 25 l. 287/90)

2 conseguenze iniziali:

- Definizione ristretta della fattispecie e dell’ambito applicativo
- Scarso intervento di CE e AGCM e solo in casi di dimensioni rilevanti

## 4. CONCENTRAZIONI

Art. 2.2-3 Reg. 139/04:

2. Le concentrazioni **che non 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 **compatibili** con il mercato comune.
3. 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

Art. 6 l. 287/90

Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a **comunicazione** ai sensi dell'articolo 16, **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

# NOZIONE

Processo alla fine del quale un'impresa si rafforza sul mercato per **crescita non interna ma esterna**, attingendo ad economie di terzi

Art. 3 Reg. 4064/89, 5 l. 287/90:

*“1. L'operazione di concentrazione si realizza:*

- a) quando due o più imprese procedono a **fusione**;*
- b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante **acquisto di azioni o di elementi del patrimonio**, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il **controllo** dell'insieme o di parti di una o più imprese;*
- c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'**impresa comune**”*

Nozione eterogenea sul piano giuridico

# NOZIONE

**Reg. 139/04:** nuova tecnica definitoria

“1. Si ha una concentrazione quando si produce una **modifica duratura del controllo** a seguito:

- a) della **fusione** di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure
- b) dell'**acquisizione**, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, **del controllo** diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese”

# NOZIONE

**Non rileva il come ma l'effetto**, elenco non tassativo (3.1 Reg.)

- **Indipendenza** delle imprese coinvolte (= non appartenenza al medesimo gruppo), anche non concorrenti (concentrazioni **conglomerali**)
- Modifica **duratura** del **controllo** di un'impresa
- **Disponibilità** economica diretta o mediata **di fattori della produzione** materiali o immateriali in grado di produrre reddito
- **Riduzione** del numero: conseguenza normale ma non necessaria, basta che vi sia riduzione anche solo della forza **dei concorrenti** (es. affitto di azienda)

# NOZIONE

## A. FUSIONE E ACQUISIZIONE DI DIRITTI

Concentrazione **in senso giuridico** tra imprese precedentemente **indipendenti** (AGCM 28.3.1995, n. 763: esenzione operazioni intragruppo)

**Disponibilità diretta e incondizionata** (anche a tempo: es. affitto di azienda, licenza di marchio) di fattori produttivi con **acquisizione e incremento di fatturato**

Comprende:

- **Fusione**
- Acquisto di diritti di proprietà o di godimento sull'**azienda** o su parti (rami) di essa
- Acquisto di un insieme economico cui possa essere attribuito un fatturato (es. licenza di **marchio** o **brevetto**: Com. 95/08 § 24)

# NOZIONE

## B. ACQUISTO DEL CONTROLLO

Concentrazione **in senso economico**

**Disponibilità indiretta** dei fattori produttivi tramite l'esercizio di un'**influenza determinante** su un'impresa giuridicamente autonoma (3.2 Reg. 139/04, 7 l. 287/90)

- Controllo ex art. 2359 c.c.
- Diritti, contratti o altri rapporti che conferiscono da soli o combinati l'influenza anche attraverso:
  - La proprietà o il godimento di tutto o parte del patrimonio
  - La composizione o le decisioni degli organi sociali

Controllo: **nozione più ampia e generica**, include persone fisiche, controllo congiunto, patti parasociali, dir. di veto

Tratto comune: **possibilità di influire** su politica commerciale ed indirizzi strategici (Com. 95/08 § 57)

# NOZIONE

## C. IMPRESA COMUNE (*JOINT VENTURE*)

**Controllo congiunto** di soc. esistente o neocostituita a seguito di un accordo sulle decisioni da prendere basato su partecipazione al capitale, patti parasociali o *management contracts*

Distinzione tra **impresa comune cooperativa** (è **intesa**: 5.3 l. 287/90, 3.4 Reg.) e **concentrativa**, che si ha quando

- (in positivo) può esercitare stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (*full function*) e cioè:
  - a) Indipendenza sia dal lato della domanda sia dell'offerta
  - b) In grado di svolgere un'autonoma politica commerciale
  - c) Progettata per attività a lungo termine o a tempo indeterminato
- (in negativo) se manca ogni coordinamento tra le fondatrici o tra questa e l'impresa comune

# NOZIONE

## D. RESTRIZIONI ACCESSORIE (ANCILLARY RESTRAINTS)

Limitazioni concordate nell'ambito di un'operazione di concentrazione **indispensabili** alla sua realizzazione senza costituirne l'oggetto principale (es. 2557 c.c., *know how*, licenze funzionali al pieno sfruttamento dell'azienda, esclusive)

**Intese** attratte per **accessorietà** alle concentrazioni (6.1.b, 8.1 Reg. 139/04), con relativa approvazione, se sono

- **Direttamente collegate** all'operazione: correlate all'oggetto principale e necessarie per agevolare il passaggio del controllo
- **Necessarie** alla sua realizzazione: se la concentrazione non si sarebbe realizzata o si sarebbe conclusa a condizioni diverse e più onerose

Restrizioni diverse da clausole standard: le imprese possono richiedere una pronuncia espressa

# NOZIONE

## E. ECCEZIONI

Controllo non funzionale ad orientare il comportamento concorrenziale delle controllate (3.5 Reg. 139/04)

- a) Acquisto di una **banca o assicurazione o intermediario finanziario** per poi rivenderle e se:
  - Voto funzionale a preparare la cessione della partecipazione
  - Cessione entro un anno, prorogabile (3.5.a. Reg. 139/04)
  - 5.2 l. 287/90: non esercizio del voto, cessione entro 24 mesi
- b) Acquisto nell'ambito di **procedure concorsuali** connesse allo stato di insolvenza dell'impresa (3.5.b)
- c) Acquisto da parte di **società finanziarie** con oggetto esclusivo di *holding*, con esercizio del voto finalizzato a conservare il valore dell'investimento e non per determinare il comportamento concorrenziale (3.5.c)

# DIMENSIONI: UE

Valutazione del **contesto economico reale**, non coincide sempre con le imprese partecipanti: es. acquisizioni, controllo congiunto tramite *newco* (Com. 95/08 § 145)

**Fatturato nazionale intero gruppo** nell'**ultimo esercizio**, al netto di imposte indirette e sconti di vendita ed escluse operazioni infragruppo (5.4 Reg. 139/04)

## A. DIMENSIONE COMUNITARIA

3 condizioni cumulative:

1. Fatturato totale **mondiale aggregato** delle imprese interessate **> 5 mld €**
2. Fatturato totale **individuale** nella **UE** da **almeno 2** imprese interessate **> 250 mln €**
3. (negativa) Fatturato di ciascuna impresa **> 2/3** in un **unico Stato** (dislocazione geografica)

# DIMENSIONI: UE

4 ulteriori condizioni di rilevanza UE:

1. Fatturato totale **mondiale aggregato** delle imprese interessate **> 2,5 mld €**
2. Fatturato totale **aggregato** in **almeno 3 Stati > 100 mln €**  
(ratio: evitare notifiche multiple)
3. Fatturato totale **individuale** di **almeno 2** delle imprese interessate nei **3 Stati** di cui sopra **> 25 mln €**
4. Fatturato totale **individuale** nella **UE** da **almeno 2** imprese interessate **> 100 mln €**
5. (negativa) Fatturato di ciascuna impresa **>2/3** in un **unico Stato** (dislocazione geografica)
  - Competenza UE **su richiesta** motivata degli interessati per operazioni soggette a notifica in **almeno 3 Stati**

Critero della **barriera unica** (ma v. 21.4 Reg. 139/04)

# DIMENSIONI: UE

Rinvio UE ad autorità nazionale (9 Reg. 139/04) se la concentrazione:

1. Incide significativamente sulla concorrenza in un mercato interno ad uno Stato membro avente caratteristiche di un **mercato distinto**
2. Tale mercato distinto **non costituisce una parte sostanziale del mercato comune**

Lo Stato membro potrà adottare soltanto le misure **strettamente necessarie** per preservare o ripristinare una concorrenza effettiva sul mercato interessato

## DIMENSIONI: ITALIA

Art. 16.1 l. 287/90

Modificato da 5.11.2 d.l. 1/12, conv. dalla l. 27/12 (c.d. cresci Italia)

Soglie non più alternative ma **cumulative**

Ultimo aggiornamento: Del. AGCM 5.3.2014 n. 24818

- Fatturato totale **aggregato in Italia** delle imprese interessate **> 489 mln €**
- Fatturato totale **individuale in Italia** dell'impresa da acquisire **> 49 mln €**

# IL PROCEDIMENTO: UE

**2 fasi. Notifica preventiva**, salvo che (7 Reg. 139/04)

- Concentrazioni a seguito di **OPA** se l'acquirente si astiene dal voto fino alla pronuncia della CE
- **Richiesta motivata** delle imprese anche subordinata a condizioni e oneri a tutela della concorrenza

Possibile presentazione di **impegni** o **modifiche** per concludere entro 25 giorni lavorativi (6.2 Reg. 139/04)

CE può richiedere misure **diverse** e può anche

- Ordinare la **dissoluzione** della concentrazione o altre misure che ripristinino lo status quo ante
- Comminare **penalità** fino al **5%** del fatturato/die
- Adottare **provv. cautelari** e revocare autorizzaz.

Invalidità all'esito della valutazione finale CE, salvi scambi di valori mobiliari in buona fede (7.4 Reg. 139/04)

# IL PROCEDIMENTO: ITALIA

**Comunicazione preventiva**, salvo che AGCM ordini la **sospensione** dell'operazione fino a conclusione del procedimento (17.1 l. 287/90)

**OPA**: comunicazione contestuale AGCM-Consob, non esercizio del voto (16.5-6, 17.2 l. 287/90)

Possibile presentazione di **impegni** o **modifiche** solo nella seconda fase del procedimento, salva possibilità di **prenotifica** (dal 2005)

L'AGCM può:

- Irrogare **sanzioni** alle imprese inadempienti
- Prescrivere **misure** necessarie a ripristinare concurr. effettiva eliminando effetti distorsivi (18.3 l. 287/90)
- Si discute su invalidità degli atti e revoca autorizzazione

# IL PROCEDIMENTO ASPETTI COMUNI

- Se dalla comunicazione non emergono rischi per la concorrenza le autorità autorizzano senza istruttoria
- Se occorre indagine più approfondita si apre l'istruttoria

**Test di dominanza:** valutare se una concentrazione è in grado di costituire o rafforzare una posizione dominante anche collettiva capace di eliminare o ridurre in misura **sostanziale** e **durevole** la concorrenza

**Giudizio prognostico** su futuri comportamenti: criterio della **concorrenza potenziale**, presenza di **barriere**, valutazione UE-Italia più elastica del sistema USA (**test SLC**, *substantial lessening of competition*), autorizzabili concentrazioni oligo- o monopolistiche (consid. 25-26)

# IL PROCEDIMENTO ASPETTI COMUNI

### **Elementi di valutazione** (2.1 Reg. 139/04\*, 6.1, 26 I. 287)

1. Necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune considerata la struttura dei mercati e la concorrenza potenziale
2. Posizione sul mercato delle imprese
3. Potere economico e finanziario delle imprese
4. Possibilità di scelta di fornitori e utilizzatori
5. Accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato
6. Ostacoli di diritto o di fatto all'entrata
7. Andamento di domanda e offerta dei prodotti
8. Interessi dei consumatori intermedi e finali\*
9. Evoluzione progresso tecnico e economico a vantaggio del cons.\*

# IL PROCEDIMENTO ASPETTI COMUNI

Orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni

- Com. n. 2004/C 31/03 (orizzontali):
  - Non problematica se **< 25%** mercato comune
  - Rilevanza **indice HHI** (Herfindahl-Hirschman Index)
  - Effetti ostacolanti non coordinati e coordinati
  - Efficienze anche a vantaggio dei consumatori, legate all'operazione e verificabili ex ante
  - Esimente della **failing firm defence** se
    - Crisi irreversibile che farebbe uscire l'impresa dal mercato
    - Assenza di soluzioni alternative con impatto meno restrittivo
    - Inevitabile uscita dal mercato di beni produttivi
- Com. n. 2008/C 265/07 (verticali e conglomerali):
  - Meno problematiche
  - Può aversi **effetto portfolio** (ampliamento gamma o sinergie)
  - Valutare acquisto di potere di mercato e rischio chiusura

# IL PROCEDIMENTO

## ASPETTI COMUNI

1. **Via libera** se la concentrazione è compatibile con il mercato: comunicazione all'impresa
2. **Via libera** per mancata conclusione dell'istruttoria nei **termini perentori** (10.6 Reg. 139/04, 16 l. 287/90)
3. **Divieto** di eseguire l'operazione se di ostacolo alla concorrenza effettiva nel mercato
4. **Autorizzazione condizionata** (8.2 Reg. 139/04, 6.2 l. 287/90), ipotesi più frequente

Mancato rispetto condizioni o impegni: **revoca** autorizzazione e misure di **deconcentrazione**

- Strutturali (cessione assets a concorrenti)
- Comportamentali (garantire approvvigionamento, vendere a prezzi e condizioni di mercato)

Impegni vincolanti verso autorità e **verso concorrenti**



# SITI CONSIGLIATI

- <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7389>
- [www.dimt.it](http://www.dimt.it)
- [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- [www.dirittosuweb.it](http://www.dirittosuweb.it)