

OSSERVAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA SULLA BOZZA DI COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 16, COMMA 1-BIS, DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

Indice

I.	Introduzione.....	2
II.	Applicazione temporale.....	2
III.	Fumus di concreti rischi concorrenziali	3
A.	<i>Aspetti generali</i>	3
1.	Il principio di legalità.....	4
2.	La diversa formulazione dell'art. 16 comma 1-bis rispetto alla bozza di Comunicazione ed alla Segnalazione dell'Autorità.....	5
3.	L'indice HHI.....	8
4.	Gli effetti sul mercato nazionale.....	9
B.	<i>Ulteriori aspetti da valutare</i>	10
C.	<i>Operazioni foreign-to-foreign</i>	12
1.	Sulla rilevanza determinante dell'esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale.....	14
2.	Sulla rilevanza degli altri parametri indicati nella bozza di Comunicazione.....	15
3.	Sulla genericità degli "altri significativi collegamenti con il mercato nazionale".....	16
IV.	Aspetti procedurali.....	16
A.	<i>Il necessario coordinamento tra la previsione di cui di cui all'art. 16, comma 1-bis, della Legge n. 287/1990 ed il potere di rinvio di cui all'art. 22 della Merger Regulation</i>	19
V.	Comunicazione volontaria.....	21
A.	<i>Sulla eccessiva genericità della previsione</i>	22
B.	<i>Sui profili di ordine temporale</i>	23
C.	<i>Sulla natura della comunicazione dell'Autorità</i>	24
D.	<i>Sul contenuto della comunicazione volontaria</i>	24

I. INTRODUZIONE

L'Associazione Antitrust Italiana ("AAI") presenta di seguito le proprie osservazioni sulla bozza di *Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("Comunicazione")*. L'avvio di consultazioni pubbliche su documenti di una tale rilevanza prima della loro adozione costituisce certamente un momento di confronto fondamentale per incrementare la trasparenza del processo decisionale dell'Autorità, garantire alle imprese maggiore certezza giuridica e diminuire conseguentemente contrasti interpretativi.

Preliminarmente, è tuttavia opportuno sottolineare che, ad opinione dell'AAI, la comunicazione delle operazioni sotto-soglia dovrebbe rivestire carattere eccezionale, in relazione ad operazioni che impediscano lo sviluppo di una concorrenza efficace da parte di soggetti fortemente innovativi, in settori in cui l'innovazione sia fattore di particolare rilievo. Non va dimenticato che originariamente il tema della notifica delle operazioni sotto-soglia si è infatti posto in relazione alle acquisizioni da parte di imprese dominanti o superdominanti in settori molto dinamici di imprese nelle prime fasi di sviluppo, titolari di tecnologie o prodotti molto innovativi, che potessero quindi rappresentare una potenziale alternativa alle imprese acquirenti. Non a caso, nella comunicazione della Commissione relativa all'applicazione dell'art. 22 del Regolamento Concentrazioni, è contenuto esplicitamente il riferimento al settore digitale e a quello farmaceutico, entrambi settori molto dinamici, in cui la concorrenza si gioca attraverso l'innovazione tecnologica.

Ciò premesso, nella parte che segue si formuleranno le osservazioni dell'AAI rispetto alla bozza di Comunicazione, seguendone la scansione in sezioni e quindi trattando anzitutto l'ambito di applicazione temporale della nuova normativa (sez. II), poi la nozione di "*fumus di concreti rischi concorrenziali*" (sez. III) e infine gli aspetti procedurali (sez. IV) e la disciplina della comunicazione volontaria di concentrazioni potenzialmente rilevanti per la nuova normativa (sez. V).

II. APPLICAZIONE TEMPORALE

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione temporale del nuovo potere per l'AGCM di richiedere la notifica di determinate concentrazioni, l'articolo 16, comma 1-bis della L. 287/1990 limita tale potere alle operazioni che si siano "perfezionate" al massimo negli ultimi sei mesi.

Al riguardo, appare opportuno precisare nel testo che:

- (i) la Comunicazione non si applica alle sole ipotesi di acquisizione del controllo, ma anche nelle altre ipotesi di concentrazioni previste dalla disciplina

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma
segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it
C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

- italiana ed euro-unitaria (fusioni, costituzione di imprese comuni e cambiamento della natura del controllo) e che
- (ii) il termine di sei mesi decorre dal momento in cui il passaggio o cambio di controllo nell'impresa *target* (o la costituzione dell'impresa comune) si realizza pienamente secondo i criteri indicati nella *Comunicazione Consolidata della Commissione europea sulla competenza giurisdizionale in materia di concentrazioni*¹.

III. FUMUS DI CONCRETI RISCHI CONCORRENZIALI

La bozza di Comunicazione discute poi nel dettaglio i parametri che l'Autorità intende prendere in considerazione per valutare se sussistano i “*concreti rischi concorrenziali*” che possono legittimare l'esercizio del potere di chiedere la notifica di un'operazione sotto-soglia. Si analizzeranno nel dettaglio di seguito le tre diverse casistiche discusse dalla bozza, ossia (i) i parametri generali che l'Autorità intende valutare, (ii) gli indici ulteriori che possono esser presi in considerazione in talune circostanze, e (iii) i parametri da valutare nell'ipotesi in cui nessuna delle imprese interessate sia attiva in Italia (ccdd. operazioni “*foreign-to-foreign*”).

A. Aspetti generali

La bozza di Comunicazione prevede quanto segue:

“La norma può interessare operazioni di concentrazione di varia natura che, laddove ne ricorrano i presupposti, possono determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante). Ad esempio, la norma all'acquisizione, da parte di un'impresa di grandi dimensioni a livello nazionale e/o globale, di un'impresa con un fatturato nazionale limitato o inesistente, ma anche a concentrazioni tra imprese nazionali di piccola/media dimensione.

In generale, l'Autorità potrà valutare la sussistenza di concreti rischi per la concorrenza tenendo conto di tutte le caratteristiche rilevanti delle imprese interessate e dei mercati in cui operano, prendendo in considerazione, laddove disponibili, elementi quali:

- 1. la struttura dei mercati;*
- 2. le caratteristiche degli operatori coinvolti;*
- 3. la natura dell'attività svolta dalle imprese interessate e la sua*

¹ Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 95 del 16.4.2008, pag. 1.

- rilevanza per i consumatori e/o altre imprese;*
- 4. la rilevanza dell'attività innovativa svolta;*
 - 5. il vincolo competitivo esercitato da una o più imprese al di là della quota di mercato.*

Le quote di mercato e il grado di concentrazione - misurato, ad esempio, attraverso l'indice di Herfindahl-Hirschman ("HHI") - forniscono spesso una prima utile indicazione sul potere di mercato e sull'importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti.

È ad esempio improbabile che l'Autorità richieda la notifica di un'operazione di concentrazione orizzontale laddove, dopo la concentrazione, la quota di mercato dell'insieme delle imprese interessate sia inferiore al 25%. Inoltre, è improbabile che, nell'ambito di una concentrazione di natura orizzontale, l'Autorità ritenga sussistente un concreto rischio per la concorrenza:

- 1. in un mercato in cui dopo la concentrazione l'indice HHI è inferiore a 1.000;*
- 2. se, dopo la concentrazione, l'indice HHI è compreso tra 1.000 e 2.000 ed il delta è inferiore a 250;*
- 3. se, dopo la concentrazione, l'indice HHI è superiore a 2.000 ed il delta è inferiore a 150, a meno che siano presenti circostanze particolari.*

Sempre a titolo esemplificativo, è altresì improbabile che l'Autorità richieda la notifica di un'operazione di concentrazione non orizzontale laddove, dopo la concentrazione, la quota di mercato della nuova impresa su ciascuno dei mercati interessati sia inferiore al 30% e l'indice HHI sia inferiore a 2.000."

Rispetto alla sezione in questione della bozza di Comunicazione, l'AAI ritiene che siano necessarie alcune valutazioni in merito (i) al principio di legalità, (ii) alla diversa formulazione dell'art. 16, comma 1-bis, rispetto alla bozza di Comunicazione ed alla proposta iniziale dell'Autorità al Governo, (iii) all'indice HHI e (iv) alla nozione di *"effetti sul mercato nazionale"*.

1. Il principio di legalità

L'art. 32 della L. 118/2022, introducendo il comma 1-bis all'art. 16 della L. 287/1990, stabilisce una deroga al principio generale, tanto della L. 287/1990 quanto del Regolamento UE 139/2004 ("**Merger Regulation**"), per il quale le operazioni di concentrazioni sono oggetto di notifica solo al ricorrere di determinate soglie di fatturato. Come per tutte le eccezioni, anche questa deve essere interpretata restrittivamente.

Che il potere dell'Autorità di ordinare la notifica di operazioni sotto-soglia, ai sensi dell'art. 16, comma 1-bis, L. 287/1990, sia confinato entro strette maglie lo si desume del resto da due elementi:

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma
segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it
C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

- (i) in primo luogo, dalla previsione di sanzioni “quasi-penali” in caso di omessa tempestiva comunicazione²;
- (ii) in secondo luogo, dallo stesso tenore della disposizione in parola, secondo il quale non sono sufficienti i concreti rischi anticoncorrenziali ma è anche necessario il superamento di determinate soglie di fatturato.³

Peraltro, qualora la Corte di Giustizia accogliesse le recentissime conclusioni rese dall'A.G. Kokott nel caso *Towercast*⁴ in merito alla possibilità di applicare l'art. 102 TFUE alle operazioni sotto-soglia, l'insieme degli strumenti a disposizione delle autorità di concorrenza si arricchirebbe ulteriormente rispetto a tutte le acquisizioni compiute da imprese dominanti.⁵

2. La diversa formulazione dell'art. 16 comma 1-bis rispetto alla bozza di Comunicazione ed alla Segnalazione dell'Autorità

Da quanto appena esposto discende altresì una considerazione riguardante la diversa formulazione letterale tra il ‘test’ dell'art. 16 comma 1-bis e quello riprodotto nella bozza di Comunicazione.

Art. 16 comma 1-bis L. 287/1990	Bozza di Comunicazione
<i>“qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative”</i>	<i>“possono determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante)”</i>

² Si veda, al riguardo, il combinato disposto dell'art. 16, comma 1-bis, della L. 287/1990 e dell'art. 19, comma 2, della medesima Legge, da leggere in relazione ai principi espressi dalla giurisprudenza in relazione alla L. 689/1981 e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Peraltro, l'art. 16, comma 1-bis, richiama espressamente la “conformità all'ordinamento dell'Unione europea”, e tale riferimento non può che leggersi anche in relazione all'art. 6 par. 2 del TUE (“L'Unione Europea aderisce alla CEDU”) ed alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

³ La disposizione prevede infatti che sia necessario il superamento di una delle soglie di cui all'art. 16 della L. 287/1990 o la produzione, da parte dell'insieme delle imprese interessate, di un fatturato complessivo mondiale superiore a 5 miliardi di euro.

⁴ Ci si riferisce, in particolare, alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 13 ottobre 2022, *Towercast*, causa C-449/21, ECLI:EU:C:2022:777.

⁵ Peraltro, la stessa Autorità ha già avuto modo di indicare nel caso *TicketOne* (A523 - TICKETONE/CONDOTTE ESCLUDENTI NELLA VENDITA DI BIGLIETTI-FRIENDS & PARTNERS) di esser pronta a utilizzare l'art. 102 TFUE anche per colpire eventuali concentrazioni sotto-soglia.

In **primo luogo**, si ritiene opportuno osservare che la bozza di Comunicazione sembra richiamare la *vexata quaestio* relativa alla possibilità vs. probabilità degli effetti anticoncorrenziali nell'applicazione dell'art. 101 TFUE. Si ritiene perciò importante riprodurre nella Comunicazione l'accezione di maggior rigore che pare desumersi dalla disposizione di legge (dove è evidente che un conto sia la sussistenza di rischi concreti, altro la loro mera possibilità). Peraltro, la precisazione che il rischio, oltre che sussistente, deve essere 'concreto', rafforza l'idea di una tangibile sussistenza del rischio e non solo di una sua mera possibilità.

La **seconda considerazione** riguarda il riferimento alle imprese di piccole dimensioni, che nell'art. 16, comma 1-bis, ha una valenza caratterizzante⁶ mentre nella bozza di Comunicazione è maggiormente sfumato. Nella bozza di Comunicazione è infatti evidente che l'approccio che l'Autorità intende tenere è quello per cui la presenza di società innovative ma di piccole dimensioni sia solo uno degli elementi che potranno essere considerati dall'Autorità, insieme a tanti altri.

La circostanza è particolarmente rilevante atteso che la proposta formulata dall'Autorità al Governo nella Segnalazione del 2021 (S4143/AS 1730 - *PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA ANNO 2021, "Segnalazione"*) non faceva alcun cenno alle imprese di piccole dimensioni⁷, mentre il legislatore ha invece voluto inserire nella norma un riferimento esplicito alle *"imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative"*. Tale aggiunta deve essere tenuta attentamente in considerazione dall'interprete.

In ragione di quanto sopra, si invita l'Autorità a valutare l'opportunità di riformulare il paragrafo in questione della bozza di Comunicazione, enfatizzando che il campo di applicazione dell'art. 16, comma 1-bis, è essenzialmente quello delimitato dalle concentrazioni riguardanti imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative.

A tale proposito, sarebbe anche importante che l'Autorità chiarisca cosa si intenda per **"impresa di piccole dimensioni"**. Al riguardo, per coerenza sistematica, si potrebbe

⁶ Ancorché non esclusiva, visto che la disposizione richiede di tenere "anche" conto degli *"effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative"*.

⁷ Così recitava la Segnalazione: *"Si propone, dopo l'articolo 16, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 di inserire il seguente comma 1-bis: "1-bis. L'Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro 30 giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19, comma 2"*

applicare la definizione di cui alla Raccomandazione CE 2003/361⁸ e quindi intendere per “*impresa di piccole dimensioni*” quella che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di Euro. È indubitabile che una maggior chiarezza definitoria aiuterebbe a raggiungere quella esigenza di certezza del diritto che la stessa Segnalazione dell’Autorità evidenziava come necessità primaria della nuova normativa.

Laddove non venisse condivisa la lettura proposta relativamente all’elemento di innovatività quale condizione necessaria per l’applicazione della norma in questione, è quantomeno auspicabile che la Comunicazione delinei in maniera esaustiva e dettagliata gli elementi in base ai quali l’Autorità valuterà la sussistenza di concreti rischi per la concorrenza. Il riferimento esemplificativo a parametri generici che l’Autorità si riserva di valutare ai fini della sussistenza di un *fumus* di danni concorrenziali determinerebbero un *vulnus* alla certezza giuridica con il risvolto pratico, da non sottovalutare, di una moltitudine di notifiche preventive da parte degli operatori.

In tal senso, in primo luogo sembra opportuno chiarire che la norma in esame trova applicazione esclusivamente (e non già “ad esempio”) (a) all’acquisizione da parte di un’impresa di grandi dimensioni di un’impresa con un fatturato limitato o inesistente, ovvero (b) a ipotesi di concentrazioni tra imprese di piccola/media dimensione evidentemente solo laddove la stessa dimensione del mercato sia piccola/media.

In secondo luogo, per ciascuna delle due fattispecie sopra delineate, occorrerebbe introdurre una lista tassativa degli elementi che l’Autorità intende valutare, evitando di ricondurre il medesimo elemento all’interno di una pluralità di voci. In particolare, del primo elenco del paragrafo sul “*fumus di concreti rischi concorrenziali*”, i riferimenti a “*la struttura dei mercati*” (punto 1) e “*le caratteristiche degli operatori coinvolti*” (punto 2) non sono infatti in grado di esprimere efficacemente i parametri valutativi che l’Autorità prenderà in considerazione ai fini di un suo intervento e, in ogni caso, tali elementi dovrebbero avere rilevanza esclusivamente per via del carattere innovativo dell’attività svolta dalle imprese interessate, permettendo così una chiara e netta circoscrizione del potere di intervento dell’Autorità. Il punto 4), inoltre, relativo a “*la rilevanza dell’attività innovativa svolta*” sembra sussumibile all’interno del più generico punto 3) (“*la natura dell’attività svolta dalle imprese interessate e la sua rilevanza per i consumatori e/o altre imprese*”).

Viceversa, non si rinvergono indicazioni utili per comprendere in base a quali parametri l’Autorità potrà decidere di esercitare il proprio potere ex art. 16, comma 1-bis, nell’ipotesi di concentrazioni tra imprese di piccole e medie dimensioni, se non il

⁸ Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese [notificata con il numero C(2003) 1422], OJ L 124, 20.5.2003, p. 36.

riferimento all'indice HHI.

Da ultimo, l'Autorità potrebbe, come già avviene in altri ordinamenti⁹, adottare un parametro oggettivo e assoluto relativo al valore dell'operazione, individuando una soglia al di sotto della quale l'Autorità si impegna a non esercitare il potere di cui all'art. 16, comma 1-bis, in quanto ritiene assolutamente improbabile possano generarsi concreti rischi concorrenziali.

3. *L'indice HHI*

Si rileva in generale che le soglie dell'indice HHI ipotizzate “*a titolo esemplificativo*” nella bozza di Comunicazione dell'Autorità come indicatori iniziali del *fumus* coincidono con quelle degli *Orientamenti comunitari per la valutazione delle concentrazioni orizzontali*¹⁰ e *non orizzontali*¹¹, senza però che queste soglie, e con esse il tradizionale indice HHI, vengano declinati nel peculiare e nuovo caso delle operazioni sotto-soglia.

Si nota ad esempio che la bozza di Comunicazione cita (senza specificare) alcune “*circostanze particolari*” che depotenziano la rilevanza dell'indice HHI. Negli Orientamenti comunitari, rilevano in tal senso il coinvolgimento di un concorrente potenziale (o entrato da poco sul mercato) o di un operatore ‘anticonformista’ (c.d. *maverick*) o di un'impresa in procinto di espandersi, l'importanza dell'innovazione nel *business* delle imprese coinvolte, la presenza nei mercati interessati di tendenze collusive o al coordinamento attuali o passate, e (nel caso delle concentrazioni orizzontali) il coinvolgimento di imprese con almeno il 50% del mercato.

Vi è però un tema di fondo su tali “*circostanze particolari*”: esse possono connotare frequentemente le operazioni orizzontali e non orizzontali sotto-soglia nei settori innovativi (ossia in quei soli settori in cui, per le ragioni sopra ricordate, il nuovo meccanismo di cui all'art. 16, comma 1-bis, dovrebbe trovare applicazione). In tali ambiti assumono infatti un peso rilevante beni immateriali e modelli aziendali ad alta intensità di dati.

Il peso dell'indice HHI ai fini del *fumus* di concreti rischi concorrenziali dovrebbe quindi essere meglio chiarito nell'*incipit* della Comunicazione, se del caso precisando che la

⁹ Ad es., l'ordinamento tedesco prevede due *set* di soglie alternativi: il primo (e principale) basato su classici parametri di fatturato delle imprese interessate; il secondo fondato invece anche sul superamento di un valore minimo del corrispettivo pari a 400 milioni di euro.

¹⁰ *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 31 del 5.2.2004, pag. 5.*

¹¹ *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 265 del 18.10.2008, pag. 6.*

sua portata informativa è – al pari delle quote di mercato – relativamente univoca per operazioni sotto-soglia in settori tradizionali o maturi (che, come osservato, non dovrebbero ricadere nell'ambito di applicazione della novella normativa), e meno dirimente per tali operazioni in settori nuovi, in crescita, o che coinvolgono operatori detentori e utilizzatori di rilevanti moli di dati.

4. *Gli effetti sul mercato nazionale*

La potestà aggiuntiva attribuita all'Autorità opera solo allorquando il rischio per la concorrenza si espliciti “*nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante*”.

La bozza di Comunicazione non offre alcuna indicazione in merito ai mercati sovranazionali, rispetto ai quali non è dunque chiaro:

- (i) se debba presupporci la non applicazione *tout court* della disposizione, eventualmente ipotizzando come unico rimedio quello del rinvio alla Commissione europea ex art. 22 della *Merger Regulation*; oppure
- (ii) se l'Autorità possa comunque richiedere la notifica per operazioni che generano concreti rischi concorrenziali su mercati sovra-nazionali, limitando però l'Autorità il proprio intervento alla sola porzione nazionale del mercato.

A questo proposito, è appena il caso di ricordare che la Segnalazione sulla cui scorta venne proposto l'inserimento del comma 1-bis è del marzo 2021¹², ed è dunque stata presentata al Governo in un momento storico in cui stava ancora maturando il dibattito sui rischi *antitrust* posti dalle operazioni sotto-soglia. Al riguardo, pare importante che la Comunicazione chiarisca come ed in che misura il potere di ordinare la notifica di una operazione sotto-soglia si differenzia rispetto al potere dell'Autorità di chiedere un rinvio ex art. 22 della *Merger Regulation*. Il tema del coordinamento tra i due poteri sarà altresì discusso nella sezione delle presenti osservazioni dedicata agli aspetti procedurali (cfr. sez. IV.A *infra*).

Ugualmente importante sarebbe chiarire l'entità degli effetti che fanno scattare l'obbligo di notifica. Si è già detto in premessa che dovrebbe trattarsi di rischi di effetti concreti e non solo potenziali. Qui vale la pena precisare che il rischio dovrebbe riferirsi ad effetti che non siano meramente superficiali ma significativi. Ciò, in coerenza con il nuovo disposto dell'art. 6 della L. 287/1990, che, nell'abbandonare il test di dominanza, comunque prevede che l'effetto della concentrazione sia tale da ostacolare “*in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”.

¹² Ed è di poco precedente al cambio di *policy* della Commissione europea sull'art. 22 della *Merger Regulation*, su cui si dirà *infra*.

B. Ulteriori aspetti da valutare

Dopo aver individuato gli aspetti generali che l'Autorità intende tenere in considerazione ai fini della valutazione del *fumus* di concreti rischi concorrenziali, la bozza di Comunicazione indica altresì quanto segue:

“In ogni caso - soprattutto laddove il fatturato non sia indicativo del vincolo competitivo che un'impresa esercita o potrà esercitare in futuro nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante - l'Autorità potrà tenere in considerazione ulteriori elementi quali, ad esempio, la circostanza che un'impresa:

- 1. è una start-up o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o adottare un modello di business che generi ricavi significativi (o è ancora nella fase iniziale di implementazione di tale modello);*
- 2. è un importante innovatore o sta conducendo un'attività di ricerca potenzialmente importante;*
- 3. è un'importante forza competitiva, attuale o potenziale;*
- 4. ha accesso a beni significativi dal punto di vista della concorrenza (come ad esempio materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o*
- 5. fornisce prodotti o servizi che sono input/componenti chiave per altri settori.*

L'Autorità potrà anche prendere in considerazione se il valore del corrispettivo ricevuto dal venditore sia particolarmente elevato rispetto all'attuale fatturato dell'impresa acquisita.

Come sopra rilevato, il comma 1-bis dell'articolo 16 della legge prevede tuttavia che l'Autorità possa richiedere di notificare l'operazione di concentrazione solo qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza “nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante”.

Nel caso in cui le imprese interessate dall'operazione di concentrazione realizzino un fatturato in Italia, è possibile presumere che gli effetti della stessa possano prodursi nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante”

L'attuale testo della bozza di Comunicazione è suscettibile di generare incertezze negli operatori in merito all'ambito di applicazione del nuovo regime di cui al comma 1-bis dell'art. 16 della legge 287/90.

Alla luce di tale criticità, l'AAI suggerisce che, ai fini dell'identificazione di un *fumus* anticoncorrenziale, siano precisati i presupposti per attivare il nuovo regime, in modo da fornire linee guida più chiare agli operatori.

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma

segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it

C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

In primo luogo, si propone di prevedere, nella sezione relativa alla sussistenza del *fumus*, che l'Autorità prenda in considerazione **solo** le operazioni **che superano le soglie relative alle quote di mercato e all'indice HHI**, valutando poi, ai fini dell'accertamento del *fumus* anticoncorrenziale, i seguenti ulteriori elementi in relazione ad un'impresa:

- i. è un'importante forza competitiva, attuale o potenziale;*
- ii. ha accesso a beni significativi dal punto di vista della concorrenza (come ad esempio materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o*
- iii. fornisce prodotti o servizi che sono input/componenti chiave per altri settori.*

La modifica proposta ha lo scopo di dare certezza agli operatori, fornendo un criterio oggettivo - il mancato superamento delle soglie relative alle quote di mercato e all'indice HHI - che consenta di escludere dall'ambito di applicazione del nuovo regime quelle operazioni che oggettivamente hanno ridotte probabilità di generare concreti rischi per la concorrenza.

Una tale previsione, oltre a fornire certezza agli operatori, consentirebbe all'Autorità di applicare il nuovo regime solamente a quelle operazioni che presentino effettivamente profili suscettibili di una analisi più attenta.

Inoltre, la modifica proposta appare in linea con il testo della norma di legge e la sua *ratio* ispiratrice.

Il testo dell'art. 16, comma 1-bis, fa riferimento al criterio dei "concreti rischi" il quale certamente impone l'individuazione di elementi ulteriori rispetto ai parametri generali per valutare l'impatto concorrenziale di una operazione di concentrazione. La bozza di Comunicazione individua gli elementi da 1 a 5 come fattori *ulteriori, autonomamente rilevanti*. Ciò si desume dall'espressione "in ogni caso" che presenta i suddetti elementi come criteri di valutazione. Così facendo, tuttavia, si ha che i "concreti rischi" possano essere individuati *anche soltanto* in base ai criteri delineati negli Orientamenti della Commissione (da cui già si deduce che le operazioni che ricadono nei *safe harbour* ivi individuati non sono suscettibili di sortire effetti anticoncorrenziali rilevanti). Un tale regime non sarebbe compatibile con il carattere straordinario del potere di valutazione (anche *ex post*) attribuito all'Autorità e non risponderebbe alla indicazione del legislatore, che ha richiesto un parametro di speciale rilevanza (i "concreti rischi").

Un sistema di valutazione basato puramente e semplicemente sugli ordinari parametri di misurazione degli effetti anticoncorrenziali (quote di mercato e indice HHI) non sarebbe compatibile con alcuna di tali caratteristiche della nuova normativa. Al contrario, gli elementi sopra enumerati (*sub* i-iii) ben potrebbero essere intesi come criteri che, una volta superate le soglie di *safe harbour*, debbano ricorrere, congiuntamente con i primi, per potersi individuare i "concreti rischi" cui la norma si

riferisce.

Si propone poi di lasciare invece impregiudicata la possibilità per l'Autorità di applicare il nuovo regime a quelle operazioni in cui (a) **il fatturato non sia indicativo del vincolo competitivo che l'impresa esercita o potrà esercitare in futuro**, e (b) **ricorrano gli elementi enumerati sub 1 e 2 nella bozza di Comunicazione**, ossia qualora l'impresa *target* sia:

- i. *una start-up o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o adottare un modello di business che generi ricavi significativi (o è ancora nella fase iniziale di implementazione di tale modello);*
- ii. *un importante innovatore (o stia conducendo un'attività di ricerca potenzialmente importante).*

La modifica proposta appare suscettibile di introdurre un equo bilanciamento tra l'esigenza di rafforzamento degli strumenti posti a tutela della concorrenza perseguita con l'introduzione del nuovo regime e la necessità di fornire alle imprese certezze in merito all'applicazione dello stesso regime.

C. Operazioni foreign-to-foreign

Quanto poi alle operazioni *foreign-to-foreign*, la bozza di Comunicazione prevede quanto segue:

“Nel caso in cui nessuna delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione realizzi un fatturato in Italia, l'Autorità valuterà se, alla luce delle caratteristiche specifiche dell'operazione e delle imprese interessate, la concentrazione appaia comunque destinata a incidere sulla concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, considerando, ad esempio:

- a) la diffusione in Italia delle attività interessate tra gli utenti/consumatori dei servizi delle imprese coinvolte, anche se si tratta di servizi che non sono prestati dietro corrispettivo monetario: nel settore digitale, per esempio, si potrà essere fare riferimento al numero giornaliero o mensile di utenti di tali servizi digitali residenti in Italia o al numero di accessi di singoli utilizzatori residenti in Italia ad un determinato sito web;*
- b) la localizzazione nel territorio nazionale della sede dell'impresa, degli impianti produttivi e/o di laboratori di ricerca o sperimentazione;*
- c) lo svolgimento di attività di R&S potenzialmente rilevante per il mercato nazionale: per esempio potrebbe rilevare la circostanza che i risultati della ricerca siano commercializzabili sul territorio*

- nazionale, la titolarità di un particolare brevetto o l'aver avviato il processo di approvazione per un farmaco distribuibile sul territorio nazionale;*
- d) *l'esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale: si terrà conto, ad esempio, della prospettiva di apertura di stabilimenti produttivi, dell'avvenuta o imminente assunzione di personale, dei processi di ottenimento di autorizzazioni al commercio o della previsione di conclusione di contratti di vendita, sempre in Italia;*
- e) *ogni altro significativo collegamento con il mercato nazionale o una sua parte rilevante che emerge dalle caratteristiche dell'operazione"*

L'obiettivo dell'Autorità è quello di "intercettare" operazioni che, pur non avendo alcun peso economico in Italia legato al fatturato prodotto sul territorio nazionale, potrebbero in qualche misura incidere sulle dinamiche competitive nel mercato italiano o in una sua parte rilevante.

Per quanto lo scopo dell'Autorità sia comprensibile, considerando i nuovi modelli di *business* legati allo sviluppo tecnologico e all'innovazione, l'AAI non condivide l'opportunità di estendere in tale misura e con le predette modalità il potere di controllo preventivo delle concentrazioni dell'AGCM.

In termini generali, si rilevano tre principali criticità di metodo.

Sotto un primo profilo, i presupposti per l'intervento dell'Autorità appaiono generici e indefiniti. Questo rende l'attuazione del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 16 incompatibile con il principio di certezza del diritto e degli investimenti, nonché con il principio del legittimo affidamento.

Come si vedrà più avanti, la genericità dei presupposti dell'intervento dell'Autorità – peraltro menzionati a titolo meramente esemplificativo – rischia di porre le imprese nella incertezza sulla fattibilità dell'operazione per un intero semestre successivo al *closing*, data l'impossibilità di qualsivoglia reale *risk assessment*. Il rischio di disincentivare le imprese a effettuare operazioni riguardanti *asset* italiani è, dunque, evidente.

In buona sostanza, l'aver sganciato il potere di controllo preventivo dell'AGCM da un criterio certo e oggettivo, quale è quello del fatturato rilevante, secondo l'AAI dovrebbe essere temperato con dei correttivi volti a garantire affidabilità e certezza nell'operato dell'AGCM. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di subordinare l'intervento dell'AGCM all'eventualità che una delle imprese interessate intenda generare fatturato in Italia nei due anni successivi.

Sotto altro profilo, i poteri di cui al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 16 rischiano di sovrapporsi al controllo preventivo sulle operazioni svolto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi della normativa sui cc.dd. poteri speciali che assicura allo Stato adeguati strumenti di tutela laddove i meccanismi economici del mercato minaccino in

concreto gli interessi strategici. La normativa in questione, peraltro, negli ultimi anni è stata oggetto di rilevanti estensioni settoriali e consente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di valutare gli effetti delle operazioni notificabili anche con riguardo ai profili legati alla politica della concorrenza (sono solite, infatti, le valutazioni in merito al *business plan*, alle prospettive di sviluppo sul territorio nazionale, alla presenza di altri *competitor* sul mercato, alle politiche occupazionali, alla tutela di *asset* produttivi e *R&D* ecc.).

Sotto questo aspetto, il controllo sulle concentrazioni connesse alla “mera” presenza sul territorio di *asset* produttivi di imprese (quindi a prescindere dal fatturato generato) rischia di rivelarsi abnorme ed eccessivamente gravoso per le imprese.

Il suddetto rilievo, inoltre, letto unitamente a quello che precede, può ingenerare il rischio – già registrato in ambito di *golden power* – di notifiche fatte al solo fine di ottenere il prima possibile la certezza degli effetti dell’operazione posta in essere.

In terzo luogo, ci si chiede se sia opportuno che l’Autorità richieda di notificare un’operazione rispetto alla quale non solo nessuna delle imprese interessate generi (o pianifichi di generare) fatturato in Italia, ma sia anche in corso sulla medesima operazione il vaglio di altre autorità di concorrenza. Se infatti le soglie di fatturato previste dai regimi di *merger control* di tali altre autorità sono soddisfatte, ci si chiede se il principio di sussidiarietà non debba imporre all’AGCM di astenersi dal richiedere anch’essa la notifica della medesima operazione.

Nella parte che segue, si discuterà della rilevanza dei cinque elementi che l’Autorità ha indicato di voler considerare per valutare se richiedere la notifica di un’operazione *foreign-to-foreign*.

1. *Sulla rilevanza determinante dell’esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale*

Alla lettera d) di pag. 4 della bozza di Comunicazione, l’Autorità prevede come indicatore della necessità di un proprio intervento “*l’esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale: si terrà conto, ad esempio, della prospettiva di apertura di stabilimenti produttivi, dell’avvenuta o imminente assunzione di personale, dei processi di ottenimento di autorizzazioni al commercio o della previsione di conclusione di contratti di vendita, sempre in Italia*”.

L’AAI ritiene che l’indicatore relativo all’esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale debba assumere un ruolo predominante nella valutazione del *fumus* di concreti rischi concorrenziali da parte dell’Autorità in quanto, come già osservato nella bozza di Comunicazione, l’interesse dell’Autorità a valutare un’operazione in cui nessuna delle imprese interessate realizza un fatturato in Italia è giustificata dal fatto che la stessa “*appaia comunque **destinata** a incidere sulla concorrenza nazionale, o in una sua parte rilevante*”.

Perché sia rilevante, il “*piano di entrata nel mercato nazionale*” deve peraltro sussistere in concreto al momento della valutazione dell’operazione e deve riguardare un orizzonte temporale che sarebbe opportuno precisare nella Comunicazione (ad esempio, entro i due anni successivi al perfezionamento dell’operazione).

2. Sulla rilevanza degli altri parametri indicati nella bozza di Comunicazione

Quanto agli altri parametri indicati nella bozza di Comunicazione come potenzialmente rilevanti per le operazioni *foreign-to-foreign*, si osserva quanto segue:

- (i) Anzitutto, quanto alla “*diffusione in Italia delle attività interessate*” appare opportuno declinarne più puntualmente l’ambito di applicazione, precisando che tale indice si applica al solo settore digitale.¹³ In proposito, l’Associazione ritiene necessario che l’Autorità fornisca indicatori più precisi – anche e soprattutto in termini quantitativi – per definire la rilevanza dimensionale dei servizi del settore digitale non forniti dietro corrispettivo monetario. A tal fine, prendendo spunto da quanto fatto a livello europeo nel Digital Markets Act¹⁴, si potrebbe:
 - a. indicare una soglia quantitativa al di sotto della quale si presume non sussistente il *fumus* di concreti rischi concorrenziali (ad esempio, 10.000 utenti giornalieri), oppure
 - b. prendere come parametri di riferimento per l’individuazione delle soglie al di sotto delle quali non sussiste *fumus* di concreti rischi concorrenziali, gli indicatori menzionati all’art. 3 del Digital Markets Act, parametrando alle dimensioni del mercato nazionale (*inter alia*, 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile situati in Italia e 100.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti in Italia).
- (ii) Quanto poi alla “*localizzazione nel territorio nazionale della sede dell’impresa, degli impianti produttivi e/o di laboratori di ricerca o sperimentazione*” e allo “*svolgimento di attività di R&S potenzialmente rilevante per il mercato nazionale*”, l’AAI ritiene che la loro mera localizzazione in Italia non sia di per sé elemento sufficiente per accertare l’impatto concorrenziale sul territorio nazionale se, come previsto nella bozza di Comunicazione, nessuna delle imprese realizza fatturato e quindi vendite in Italia. Le circostanze fattuali in questione sembrano, infatti, essere sganciate da criteri e valutazioni di natura *antitrust* (ma piuttosto riconducibili alla disciplina *golden power*), non

¹³ Anche nella Segnalazione l’Autorità ha fatto espresso riferimento – nell’ambito del paragrafo dedicato alle “*Modifiche al sistema di notifica delle operazioni di concentrazione*” – al settore digitale in cui, a dire dell’Autorità, “*si assiste ad un fenomeno sempre più diffuso di acquisizione, da parte di grandi operatori di mercato, di potenziali futuri concorrenti*”.

¹⁴ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (*Digital Markets Act*), GU L 265 del 12.10.2022, pag. 1.

essendo necessariamente ancorati alla valutazione degli effetti attuali o potenziali dell'operazione nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

Come anticipato, l'AAI ritiene dunque che gli indici di cui sopra non debbano avere alcun rilievo qualora non accompagnati da un piano concreto di entrata dell'impresa interessata sul mercato nazionale entro un orizzonte temporale chiaramente definito.

3. *Sulla genericità degli “altri significativi collegamenti con il mercato nazionale”*

Alla lettera e) di pag. 4 della bozza di Comunicazione, tra i presupposti per il proprio intervento, l'Autorità prevede *“ogni altro significativo collegamento con il mercato nazionale o una sua parte rilevante che emerga dalle caratteristiche dell'operazione”*.

Si tratta di fattispecie che nella sua genericità, essendo volta a rendere aperta l'enumerazione riportata nella bozza di Comunicazione, conclama i limiti di metodo sopra meglio esposti.

IV. ASPETTI PROCEDURALI

Quanto agli aspetti procedurali, la bozza di Comunicazione prevede quanto segue:

“Al fine di accertare la sussistenza e la portata di un'operazione di concentrazione rilevante ai sensi dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge, l'Autorità può avvalersi dei poteri istruttori di cui all'articolo 16-bis, comma 1, della legge. In caso di inottemperanza, si applicano le sanzioni di cui al comma 2 di tale articolo”

Questa previsione va coordinata con il testo dell'articolo 16-bis, comma 1, della legge, che prevede che *“[t]ali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge”*.

Al fine di assicurare il pieno rispetto del principio di proporzionalità (secondo quanto previsto dallo stesso art. 16-bis della legge) e prevenire il rischio di richieste d'informazioni puramente speculative che possano avere un impatto negativo sulle tempistiche e modalità di attuazione delle operazioni di concentrazione in questione, riteniamo che il testo della Comunicazione possa essere arricchito prevedendo che:

- (i) le richieste d'informazioni siano corredate da un'adeguata motivazione che chiarisca le ragioni di fatto e di diritto per cui, *prima facie*, l'Autorità ritiene possano sussistere, nel caso di specie, concreti rischi concorrenziali, in base

- a quanto previsto al par. 2 (ii) della bozza di Comunicazione;
- (ii) le richieste d'informazioni ex art. 16-bis della legge, finalizzate ad accertare la sussistenza e la portata di un'operazione di concentrazione potenzialmente rilevante ai sensi dell'art. 16, comma 1-bis, della legge, possano riguardare unicamente informazioni o documenti pertinenti all'accertamento dei presupposti di fatto specifici (indicati nella motivazione della richiesta stessa) in base ai quali l'Autorità ritiene possano sussistere concreti rischi concorrenziali.

La bozza di comunicazione prevede inoltre che:

“Quando l'Autorità venga a conoscenza di un'operazione di concentrazione che prima facie realizzi i presupposti indicati al paragrafo 2 della presente Comunicazione, può richiedere a ciascuna delle imprese interessate di notificare l'operazione. Tale richiesta è formulata ai sensi dell'articolo 16, comma 1-bis, e 16-bis, comma 1, della legge.

[...]

Nei casi di acquisizione di controllo, qualora il destinatario della richiesta dell'Autorità non coincida con l'impresa che acquisisce il controllo, la comunicazione dell'operazione potrà essere effettuata anche da tale ultima impresa”

Riteniamo che tale previsione debba prevedere un **termine massimo** entro il quale l'Autorità possa richiedere la notifica dell'operazione, laddove ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 16, comma 1-bis, della Legge. In linea con quanto previsto (i) al par. 28 della recente comunicazione della Commissione sull'art. 22 del Regolamento CE n. 139/2004 (**“Linee Guida sull'applicazione dell'art. 22”**)¹⁵ e (ii) nella sezione A della *Comunicazione concernente alcuni aspetti procedurali relativi alle operazioni di concentrazione di cui alla Legge n. 287/1990* sulla fase di pre-notifica, riteniamo congruo prevedere un termine di **15 giorni lavorativi** dalla data in cui l'Autorità ha acquisito - anche tramite le informazioni che le parti potranno presentare volontariamente sulle operazioni che intendono effettuare - informazioni sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 16, comma 1-

¹⁵ Come noto, l'art. 22, par. 1, della Merger Regulation prevede che “*Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta. La richiesta va presentata al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato*”. Comunicazione della Commissione - Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi (2021/C 113/01).

bis, della Legge n. 287/1990.

Si osserva inoltre quanto segue:

- (i) Come osservato in precedenza per le eventuali richieste d'informazioni dell'Autorità ex art. 16-bis, comma 1, della legge, sarebbe opportuno prevedere che anche la richiesta di notificare l'operazione venga corredata da un'adeguata motivazione che chiarisca alle imprese interessate le ragioni di fatto e di diritto per cui, *prima facie*, l'Autorità ritiene sussistere, nel caso di specie, i presupposti indicati al par. 2 della Comunicazione.
- (ii) Sarebbe opportuno, seppure il testo dell'art. 16, comma 1-bis, preveda la possibilità per l'Autorità di richiedere la notifica “*alle imprese interessate*”, che la Comunicazione chiarisca che tale richiesta può essere indirizzata solo alla/e impresa/e interessate che risultano onerate della notifica in conformità alla disciplina nazionale ed euro-unitaria¹⁶, *i.e.* (a) l'impresa o le imprese che acquisiscono il controllo sulla *target* (o anche gli azionisti esistenti nell'ipotesi di modifica della natura del controllo), ovvero (b) le imprese che prendono parte ad una fusione o alla costituzione di una JV. Si ritiene, infatti, che laddove la richiesta di notifica dovesse pervenire alla *target*, questa potrebbe essere chiamata a sostenere oneri eccessivi e ingiustificati, a differenza dell'acquirente che potrebbe aver già svolto un'analisi *antitrust* dell'operazione e che, ragionevolmente, è un operatore più sofisticato (rispetto alla *target*) e ha maggior familiarità con gli adempimenti *antitrust*. Inoltre, non è da escludersi che all'epoca dell'invio della richiesta di notifica, la *target* sia già stata “integrata” dall'acquirente.
- (iii) Nel caso in cui le destinatarie di una richiesta di notifica ex artt. 16, comma 1-bis, e 16-bis, comma 1, siano imprese estere, l'Autorità - unitamente alla traduzione in lingua inglese del testo - dovrebbe fornire loro una nota esplicativa in merito alla Comunicazione e, in particolare, alle sanzioni previste in caso di inottemperanza e ai termini procedurali applicabili.

La bozza di Comunicazione prevede inoltre che:

“La notifica deve intervenire entro il trentesimo giorno dal ricevimento della richiesta da parte del destinatario”

Si osserva quanto segue:

¹⁶ Come disposto dell'art. 4, par. 2, della Merger Regulation e anche declinata nella *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*.

- (i) Sarebbe opportuno prevedere la possibilità di proroga del termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta, previo deposito di istanza motivata da parte dell'impresa/e tenuta/e alla notifica, al fine di diminuire il rischio - anche in ragione delle sanzioni previste dall'art. 16, comma 1-bis - che notifiche incomplete pervengano all'Autorità o che si rendano necessarie richieste di integrazioni ex art. 5, comma 3, DPR 217/1998, con conseguente interruzione dei termini della Fase I.
- (ii) In alternativa, onde consentire alle imprese interessate di prepararsi alla notifica, si potrebbe prevedere che la richiesta di notifica ex art. 16, comma 1-bis, sia preceduta (a) da una o più richieste di informazioni da parte dell'Autorità ai sensi dell'art. 16-bis, comma 1, della legge, oppure (b) da "interazioni di pre-notifica" in conformità alla *Comunicazione concernente alcuni aspetti procedurali relativi alle operazioni di concentrazioni di cui alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287, sez. A*).

La bozza di Comunicazione prevede inoltre che:

“Se, nella comunicazione dell’operazione, le imprese omettono, anche parzialmente, di fornire le informazioni o i documenti richiesti ovvero forniscono informazioni o documenti non veritieri si applicano le sanzioni di cui all’articolo 16-bis, comma 2, della legge”

La previsione di una sanzione pari all'1% del fatturato anche solo in caso di notifica incompleta appare eccessivamente gravosa. Si propone di modificare il testo prevedendo che in caso di notifica incompleta, il termine per avviare l'istruttoria rimanga sospeso.

La bozza di Comunicazione prevede inoltre che:

“Se l’Autorità ritiene che l’operazione di concentrazione comunicata sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell’articolo 6 della legge, avvia l’istruttoria entro trenta giorni dal ricevimento della notifica completa”

Si porta all'attenzione dell'Autorità l'opportunità di non utilizzare l'intero termine della Fase I per le proprie valutazioni (ove intenda aprire un'istruttoria), specialmente nei casi in cui le parti abbiano già implementato l'operazione e considerato che l'Autorità, al fine di richiedere la notifica, dovrebbe aver già effettuato una prima - seppur sommaria - valutazione sul *fumus* di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

A. Il necessario coordinamento tra la previsione di cui di cui all’art. 16, comma 1-bis, della Legge n. 287/1990 ed il potere di rinvio di cui all’art. 22 della Merger Regulation

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma

segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it

C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

La previsione di cui di cui all'art. 16, comma 1-bis, della Legge n. 287/1990 deve essere attentamente coordinata con il potere di rinvio di cui all'art. 22 della *Merger Regulation* e delle Linee Guida sull'applicazione dell'art. 22. D'altronde, le due norme perseguono un'identica finalità: consentire alle autorità di concorrenza (quelle nazionali e quella europea) di analizzare concentrazioni che normalmente non ricadrebbero nell'ambito di applicazione della disciplina sul controllo delle concentrazioni (perché "sotto-soglia") e che, tuttavia, possono avere un impatto significativo sul mercato.

La bozza di Comunicazione prevede quanto segue:

"La formulazione della richiesta ai sensi dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge non preclude l'esercizio del potere di rinvio di cui all'articolo 22 del Regolamento CE n. 139/2004, qualora ne sussistano i requisiti"

Riteniamo che tale disposizione vada ulteriormente arricchita per garantire il pieno rispetto del principio di sussidiarietà (secondo cui ciascuna concentrazione deve essere analizzata esclusivamente dall'autorità più idonea a valutarne gli effetti) e allo stesso tempo assicurare certezza giuridica e celerità di procedura per le imprese. Proprio sulla scorta di questi principi, la Commissione europea, infatti, nella propria Comunicazione sul tema¹⁷ ha chiarito che è possibile chiedere un rinvio anche **prima della formale notifica** all'autorità nazionale competente, per offrire alle imprese *"la possibilità di accertare in via definitiva, nello stadio più precoce possibile, quale sarà l'autorità competente per l'esame dell'operazione"* ed evitare costi e tempi procedurali eccessivi.

Ne consegue che anche nei casi di cui all'art. 16, comma 1-bis della Legge n. 287/1990, l'Autorità dovrà attivarsi diligentemente per raccogliere tutte le informazioni utili a valutare *"nello stadio più precoce possibile"* se una data operazione sarà opportunamente oggetto di richiesta di rinvio ex art. 22 della *Merger Regulation* oppure di una richiesta di notifica ai sensi della novellata disciplina italiana.¹⁸ Tutto ciò anche tenuto conto di eventuali comunicazioni volontarie da parte delle imprese interessate e

¹⁷ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni (2005/C 56/02).

¹⁸ Come noto, anche in Svezia in casi di operazioni sotto-soglia, al rispetto di certe condizioni è previsto che l'Autorità nazionale di concorrenza possa ordinare la notifica di una concentrazione (cfr. Capitolo 4 della legge svedese sulla concorrenza). Sul punto le *Guidance from the Swedish Competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings* ([link](#)) prevedono espressamente che *"The Swedish Competition Authority will contact the undertaking in question before making a decision about ordering an undertaking to submit a notification of concentration"* (enfasi aggiunta, v. par. 25). In tal modo viene riconosciuta espressamente la necessità di un dialogo informale prima di una richiesta di notifica *in primis* per permettere alle imprese di raccogliere in tempi congrui il *set* informativo da inserire nella notifica formale.

di interlocuzioni avviate con la Commissione ai sensi del par. 23 delle Linee Guida sull'applicazione dell'art. 22.

Su tali basi andrebbe dunque espresso all'interno della Comunicazione un *favor* per un previo processo di pre-notifica, sollecitato caso per caso dall'Autorità la quale, dopo aver eventualmente ricevuto e valutato una comunicazione volontaria o una segnalazione, "anticipi" alle imprese il proprio concreto intendimento di esercitare il potere *ex art.* 16, comma 1-*bis*, della legge.

Come già osservato, in linea con quanto previsto dal par. 28 delle menzionate Linee Guida, la scelta alternativa tra i due rimedi, dovrà essere operata al massimo entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata "resa nota" all'Autorità e cioè dal momento in cui quest'ultima ha acquisito (eventualmente per il tramite di una comunicazione volontaria da parte delle imprese interessate) tutte le informazioni utili a valutare, in via preliminare, se le condizioni per una richiesta di rinvio sono soddisfatte.¹⁹

Ove la Commissione, all'esito della richiesta di rinvio, dovesse adottare una decisione negativa, l'AGCM potrà in ogni caso richiedere una notifica ai sensi dell'art. 16, comma 1-bis della Legge n. 287/1990. In questo caso, si ritiene necessario che l'Autorità notifichi alle imprese interessate tale richiesta entro il termine massimo di **10 giorni** dalla data in cui la Commissione comunica all'AGCM la decisione di non esaminare la concentrazione.

Per le medesime ragioni di efficienza dell'azione amministrativa e di tutela dei legittimi interessi delle imprese interessate, l'esercizio del potere di rinvio *ex art.* 22 della *Merger Regulation* **successivamente a una notifica** ai sensi dell'art. 16, comma 1-bis, della Legge n. 287/1990 dovrà essere limitato ai soli casi eccezionali in cui: (i) l'AGCM non abbia potuto raccogliere in fase preliminare tutte le informazioni necessarie per valutare la sussistenza delle condizioni per un rinvio *ex art.* 22, oppure (ii) un'altra autorità di concorrenza abbia chiesto il rinvio *ex art.* 22 dopo che ha avuto luogo la notifica della medesima operazione all'AGCM ai sensi dell'art. 16 comma 1-bis della Legge n. 287/1990.

V. COMUNICAZIONE VOLONTARIA

La bozza di Comunicazione prevede quanto segue:

"Qualora le imprese interessate ritengano che un'operazione di concentrazione che non debba essere notificata né alla Commissione

¹⁹ Si veda la Sentenza del Tribunale (Terza Sezione ampliata) del 13 luglio 2022, *Illumina c. Commissione*, causa T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447, punto 211.

Europea, né all'Autorità, rientri nell'ambito di applicazione della norma di cui all'articolo 16, comma 1-bis, della legge, esse possono informarne volontariamente l'Autorità.

Benché tale comunicazione possa intervenire anche prima del perfezionamento dell'operazione, occorre che le parti abbiano già raggiunto un accordo in ordine agli elementi essenziali della transazione, in modo da consentirne all'Autorità una completa valutazione.

In questo caso, le imprese possono presentare all'Autorità un documento che contenga almeno le seguenti informazioni:

- indicazione dei soggetti che procedono all'operazione;*
- breve descrizione delle modalità di realizzazione dell'operazione;*
- indicazione del superamento di una delle due soglie di fatturato di cui all'articolo 16, comma 1, della legge e/o del superamento della soglia di 5 miliardi di euro in termini di fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate;*
- breve descrizione dei mercati interessati dall'operazione;*
- posizione delle parti nei mercati individuati;*
- ragioni per le quali esse ritengono che l'operazione possa determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante;*
- se l'operazione sia stata o debba essere comunicata alle autorità competenti di altri Paesi.*

L'Autorità, valutate le informazioni fornite, comunicherà alle imprese se essa intenda richiedere la notifica dell'operazione ai sensi dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge"

Al riguardo, si riportano di seguito le osservazioni dell'AAI (i) in merito all'eccessiva generosità della previsione, (ii) sui profili di ordine temporale, (iii) in merito alla natura della comunicazione dell'Autorità, e (iv) sul contenuto della comunicazione volontaria.

A. Sulla eccessiva genericità della previsione

L'AAI è consapevole che l'obiettivo che si prefigge l'Autorità tramite la Comunicazione è quello di rafforzare la collaborazione e il confronto tra gli operatori del mercato e la stessa Autorità in relazione alle operazioni di concentrazione che potrebbero determinare rischi per la concorrenza.

Su tali premesse, la *ratio* della disciplina in esame dovrebbe essere quella della certezza legale per l'impresa, mediante l'introduzione di un meccanismo che consenta, in caso di ragionevole dubbio, di chiedere all'Autorità di esprimersi circa la sussistenza di un obbligo di notifica *ex art. 16, comma 1-bis, della legge*.

Ciò posto, si rappresenta che, così come formulata, la previsione in commento sconta

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma

segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it

C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

un'eccessiva genericità e solleva numerosi interrogativi, lasciando scoperti profili che si ritiene debbano essere chiariti e approfonditi al fine di non svuotare il contenuto della previsione e di non vanificare il risultato che l'Autorità si prefigge di perseguire.

Preliminarmente, posto che la previsione troverebbe applicazione qualora *“le imprese interessate ritengano che un'operazione di concentrazione che non debba essere notificata né alla Commissione Europea, né all'Autorità”*, si suggerisce all'Autorità di prevedere specifiche modalità di coordinamento qualora l'operazione in esame sia in corso di notifica in un altro Stato membro.

B. Sui profili di ordine temporale

In considerazione di quanto sopra rappresentato, assume una notevole importanza la previa definizione di una tempistica del procedimento, precisando, peraltro, se i termini da individuarsi abbiano natura ordinatoria o perentoria.

Si ritiene opportuno definire un termine entro cui l'Autorità può richiedere alle imprese di notificare l'operazione, disatteso il quale le imprese devono ritenersi libere di perfezionare l'operazione ovvero, nei casi in cui l'operazione fosse stata già perfezionata, non devono attendersi ulteriori richieste di informazioni o future richieste di notifica da parte dell'Autorità.

La previsione di un termine ragionevole entro cui l'Autorità deve pronunciarsi mira a tutelare gli operatori economici che, in caso contrario, sarebbero sottoposti a un elevato margine di incertezza assegnando una eccessiva discrezionalità nell'esercizio dei poteri dell'Autorità e, conseguentemente, potrebbero essere disincentivati dal presentare una comunicazione volontaria anche qualora, ipoteticamente, ne ravvisino i presupposti.

Ciò posto, si suggerisce l'inserimento di un termine pari a **quindici giorni lavorativi** entro il quale l'Autorità ha l'obbligo di comunicare alle imprese se intende richiedere o meno la notifica dell'operazione di concentrazione. Scaduto tale termine, si ritiene che debba intendersi decaduto il potere dell'Autorità di richiedere una notifica, salve le ipotesi in cui siano state fornite dalle imprese informazioni o documenti incompleti o non veritieri.

Un termine di quindici giorni lavorativi, in particolare, sarebbe ragionevole e altresì in linea con il termine entro cui un'Autorità può effettuare il rinvio alla Commissione dalla data in cui la concentrazione è stata resa nota ai sensi dell'art. 22 della *Merger Regulation*, come sopra discusso.

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma
segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it
C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

C. Sulla natura della comunicazione dell'Autorità

Si ritiene inoltre opportuno che l'Autorità chiarisca la natura del proprio riscontro a una comunicazione volontaria e, in particolare, se intende comunicare alle imprese la propria decisione tramite una delibera del Collegio ovvero tramite una nota da parte degli Uffici.

Si ritiene che l'Autorità debba prediligere la scelta di una comunicazione, avente natura formale, che definisca la questione sottoposta e ciò al fine di tutelare le imprese interessate in ordine all'affidamento da conferire alla decisione assunta dalla stessa Autorità.

Inoltre, si ritiene opportuno chiarire che qualsiasi decisione assunta ai fini dell'esito del procedimento sulle comunicazioni volontaria abbia la natura di una comunicazione strettamente confidenziale e ciò soprattutto con riferimento a quelle operazioni di concentrazione non ancora perfezionate al momento della comunicazione volontaria.

Dall'altro lato, posto che la previsione di una comunicazione volontaria ha carattere innovativo, si ritiene opportuno disporre da parte dell'Autorità, ferme restando le ragioni della tutela della riservatezza, la pubblicazione sul *Bollettino* di relazioni periodiche in merito all'attività svolta sul tema della comunicazione volontaria al fine di fornire agli operatori delle linee guida utili in ordine alla interpretazione della nuova disciplina da parte dell'Autorità favorendo nel contempo una applicazione uniforme da parte degli stessi operatori.

D. Sul contenuto della comunicazione volontaria

La bozza di Comunicazione prevede che le imprese possano presentare, ai fini della comunicazione volontaria, un documento che dovrebbe contenere uno specifico *set* informativo, tra cui le *“ragioni per le quali [le parti] ritengono che l'operazione possa determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*, riprendendo dunque letteralmente il nuovo disposto di cui all'art. 16, comma 1-*bis*, della legge.

Di contro, per evidenti ragioni, le imprese non dovrebbero essere tenute a indicare, tantomeno in una fase così preliminare, i motivi per cui ritengono che l'operazione determini concreti rischi per la concorrenza.

Come rappresentato, la *ratio* della comunicazione volontaria in esame dovrebbe essere quello della certezza legale per l'impresa, tramite la richiesta all'Autorità di esprimersi circa la sussistenza di un obbligo di notifica *ex art. 16*, comma 1-*bis*, della legge (e non certo l'autodenuncia di motivi per i quali una concentrazione debba essere oggetto di notifica).

Associazione Antitrust Italiana

Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma
segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it
C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

Alla luce di quanto precede, si ritiene dunque che: (i) il requisito in parola debba essere eliminato dal *set* informativo che l'impresa deve produrre in sede di comunicazione volontaria; ovvero (ii) in subordine, la previsione in commento debba precisare che le imprese indichino tutt'al più *“le ragioni per le quali esse ritengono che l'operazione non determini concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*.

D'altronde, l'Autorità stessa trarrebbe vantaggio dalla modifica appena proposta, salvaguardando di tal guisa l'interesse ed incentivo da parte delle imprese a rivolgersi all'AGCM mediante la comunicazione volontaria.