

5 gennaio 2023

CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI IN ITALIA

COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DEL NUOVO ARTICOLO 16, COMMA 1-BIS, DELLA LEGGE N. 287/1990

Il 2 gennaio 2023, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o l'"Autorità"), a seguito della consultazione pubblica avviata lo scorso 27 ottobre 2022, ha emanato la comunicazione ("Comunicazione") relativa all'applicazione del nuovo comma 1-bis dell'articolo 16 della legge 10 ottobre 1990, n. 287¹, e riguardante la notifica di concentrazioni e acquisizioni di imprese che non raggiungono le soglie di fatturato previste in Italia per la notifica obbligatoria *ex ante*² ("Soglie di fatturato").

In base a tale nuova disposizione, le imprese interessate da un'operazione di concentrazione sono obbligate dall'AGCM a notificare un'operazione (entro 30 giorni), nel caso in cui:

- venga superata anche solo una delle due Soglie di fatturato previste dall'art. 16 della L.287/90, oppure
- il fatturato mondiale totale realizzato da tutte le imprese interessate superi i 5 miliardi di euro, e
- l'AGCM ritenga che dall'operazione possano derivare rischi concreti per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenendo altresì conto degli effetti negativi sullo sviluppo di piccole imprese il cui business è caratterizzato da un alto contenuto innovativo.

In base alle disposizioni della Comunicazione, al sussistere di detti requisiti, l'AGCM avrà il potere di richiedere la notifica entro sei mesi dal completamento della concentrazione.

Nel dettaglio, i nuovi poteri mirano ad estendere il controllo sulle operazioni potenzialmente problematiche da un punto di vista concorrenziale che, secondo l'attuale disciplina, sfuggirebbero allo scrutinio dell'Autorità. In tale contesto, la Comunicazione mira a fornire alle parti interessate una maggiore certezza giuridica sulle modalità con cui l'Autorità intenderà attuare i suoi nuovi poteri.

I CONTENUTI PRINCIPALI DELLA COMUNICAZIONE

La Comunicazione offre indicazioni utili sia alle imprese che agli operatori del settore sui seguenti profili: (i) i presupposti per l'applicazione del nuovo articolo 16, comma 1-bis, della legge n. 287/90, (ii) il suo ambito temporale di applicazione, (iii) la nozione di "sussistenza di concreti rischi concorrenziali" nonché (iv) alcuni aspetti procedurali.

¹ L'articolo è stato introdotto dalla legge n. 118/2022 ("Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza"), entrata in vigore lo scorso 28 agosto 2022.

² Le soglie di fatturato previste dall'art. 16 della L. 287/90 che rendono obbligatoria la comunicazione di una concentrazione sono state aggiornate il 21 marzo 2022 e ammontano a 517 milioni di euro per il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate e 31 milioni di euro per il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate.

Presupposti di applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge n. 287/90

Per quanto riguarda i presupposti per l'applicazione del nuovo articolo 16, comma 1-bis, della legge n. 287/90, il potere di intervento attribuito all'Autorità è limitato alle operazioni per le quali siano cumulativamente soddisfatte le seguenti condizioni:

- i. non siano trascorsi più di sei mesi dal perfezionamento;
- ii. sia superata una sola delle due Soglie di fatturato o il fatturato mondiale aggregato di tutte le imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro; e
- iii. l'Autorità ritenga che vi siano rischi concorrenziali reali nel mercato nazionale (o in una parte sostanziale di esso).

L'ambito di applicazione temporale

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione temporale della nuova norma, la Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza afferma chiaramente che i nuovi poteri non si applicano alle operazioni di concentrazione concluse prima della data di entrata in vigore della disposizione medesima.

Sono altresì escluse dall'ambito di applicazione dei nuovi poteri dell'AGCM le operazioni concluse da oltre sei mesi. A questo proposito, vale la pena ricordare che, secondo i principi stabiliti dall'Autorità, una concentrazione si considera completata quando si verifica la modifica del controllo su un'impresa.

In generale, tale modifica si verifica alla data del c.d. *closing* dell'operazione, sebbene in alcuni casi la modifica del controllo possa avvenire in momenti diversi, in base agli specifici accordi tra le parti (ad esempio, qualora determinate disposizioni od azioni vengano poste in essere o attuate prima del *closing* stesso, o quando l'operazione non consista in un semplice acquisto di partecipazioni, bensì si sostanzii in un diverso tipo di operazione).

Il requisito della "sussistenza di concreti rischi concorrenziali"

Come anticipato, il nuovo comma 1-bis dell'articolo 16 della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità possa richiedere la notifica della concentrazione solo se ravvisi concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale od in una sua parte rilevante. Si tratta di un aspetto cruciale, che di fatto fa la differenza nella valutazione di una concentrazione e può comportare un alto margine di incertezza per le imprese interessate. Su questo punto la Comunicazione sembra venire in soccorso degli operatori, stabilendo i criteri in base ai quali si possa ritenere che nel caso di specie sussistano "concreti rischi concorrenziali". L'AGCM in particolare chiarisce al riguardo che possono essere prese in considerazione tutte le caratteristiche rilevanti delle imprese interessate e dei mercati in cui le stesse operano e, se disponibili, elementi quali:

- i. la struttura dei mercati;
- ii. le caratteristiche degli operatori coinvolti;
- iii. la natura dell'attività svolta dalle imprese interessate e la sua rilevanza per i consumatori e/o altre imprese;
- iv. la rilevanza dell'attività innovativa svolta;

v. 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 *Herfindahl-Hirschman* (HHI - a cui la Comunicazione fa esplicito riferimento) - forniscono spesso una prima utile indicazione del potere di mercato delle parti coinvolte nella concentrazione e dei loro concorrenti³.

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:

- i. sia una start-up o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo ancora da sviluppare o che non abbia ancora generato ricavi;
- ii. sia un'impresa con attività anche di R&S ad alto contenuto innovativo;
- iii. abbia una significativa forza competitiva, attuale o potenziale;
- iv. abbia accesso a fattori competitivi rilevanti dal punto di vista concorrenziale (come ad esempio materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o
- v. fornisca prodotti o servizi che costituiscono un input 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.

Aspetti procedurali

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, l'AGCM potrà avvalersi dei suoi poteri di indagine per reperire gli elementi necessari a valutare se, ad una prima analisi, una concentrazione soddisfa le condizioni e i criteri sopra menzionati e, in tal caso, richiedere alle imprese interessate di notificare l'operazione stessa.

In tal caso la notifica dovrà essere effettuata entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'Autorità. Tuttavia, in casi eccezionali, sulla base di una richiesta motivata e tempestiva da parte delle imprese interessate, l'Autorità potrà prorogare il suddetto termine fino ad ulteriori 30 giorni. Se il termine non sarà rispettato, o se le imprese omettono anche solo parzialmente di fornire le informazioni o i documenti richiesti, o se forniscono informazioni non veritiere o documenti incompleti, l'AGCM potrà sanzionare le imprese interessate.

Se l'Autorità ritiene che la concentrazione notificata sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6 della legge n. 287/90, avvierà la c.d. "fase 2" dell'istruttoria entro 30 giorni dal ricevimento della notifica completa, secondo le regole ordinarie applicabili alla procedura di controllo delle concentrazioni sopra soglia.

³ Ad esempio è 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.

Inoltre, la richiesta ai sensi dell'art. 16, comma 1-bis, non esclude la possibilità di rinvio ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, qualora siano soddisfatti i requisiti ivi previsti.

Infine, qualora le imprese interessate ritengano che una concentrazione, che non debba essere notificata né alla Commissione europea né all'Autorità, possa comunque rientrare nell'ambito di applicazione del nuovo articolo 16, comma 1-bis, **possono volontariamente notificare l'operazione all'Autorità**.

Sebbene tale notifica possa avvenire anche prima del completamento dell'operazione stessa, sarà comunque necessario che le parti abbiano già raggiunto un accordo sugli elementi essenziali dell'operazione, in modo da consentire all'Autorità una valutazione completa.

In tal caso, l'Autorità, valutate le informazioni fornite, comunicherà alle imprese se intende richiedere la notifica dell'operazione ai sensi dell'articolo 16, comma 1-bis, entro un termine di sessanta giorni dal ricevimento della notifica volontaria completa.

CONCLUSIONI

Attraverso il conferimento all'AGCM di poteri del tutto nuovi nel nostro ordinamento, simili a quelli di matrice europea attribuiti alla Commissione europea dall'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, il nuovo comma 1-bis dell'articolo 16 e la Comunicazione avranno certamente un grande impatto per gli operatori del settore e per le imprese.

Proprio a questo proposito, la Comunicazione fornisce sia alle imprese che agli operatori del settore linee guida molto utili e miranti a ridurre l'incertezza giuridica per le società che procedono ad operazioni di concentrazione, nonostante si attenda la concreta applicazione di tali nuove regole per comprenderne effettivamente la portata applicativa.

Per maggiori informazioni

Pavia e Ansaldo Studio Legale

Via Bocca di Leone, 78

00187 Roma, Italia

tel: (+39) 06.695161

fax: (+39) 06.6793236/7

Filippo.fioretti@pavia-ansaldo.it

MariaRosaria.Raspanti@pavia-ansaldo.it

Nicolo.cagnato@pavia-ansaldo.it

DISCLAIMER

The contents of this publication are disclosed for information purposes only. It is not intended to provide legal advice or opinion on any specific fact or matter.

Pavia e Ansaldo accepts no liability in connection with the use of this publication.

© 2017 Pavia e Ansaldo Studio Legale. All rights reserved.