

COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 16, COMMA 1-BIS, DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

1. Premessa

Con la presente Comunicazione l'Autorità definisce, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, le regole procedurali per l'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'articolo 32 della legge 5 agosto 2022, n. 118, e fornisce alcuni chiarimenti sul relativo ambito di applicazione temporale e sostanziale.

L'articolo 32 comma 1, lettera b), n. 1) della legge 5 agosto 2022, n. 118 apporta alcune modifiche alla disciplina relativa al **controllo delle operazioni di concentrazione** da parte dell'Autorità.

Ai sensi di detto articolo è previsto infatti che all'articolo 16 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la "legge") sia inserito il seguente comma 1-bis: *"L'Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro trenta 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 nel caso in cui 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, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, le regole procedurali per l'applicazione del presente comma. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19, comma 2. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle operazioni di concentrazione perfezionate prima della data della sua entrata in vigore"*.

2. Presupposti di applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge

La norma citata riconosce un potere di intervento all'Autorità circoscritto alle operazioni per le quali ricorrano cumulativamente i seguenti presupposti:

- (a) non siano trascorsi oltre sei mesi dal loro perfezionamento;
- (b) sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui all'articolo 16, comma 1¹, della legge ovvero il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro; e
- (c) l'Autorità, sulla base degli elementi in suo possesso, ravvisi la sussistenza di concreti rischi concorrenziali 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.

Definire con chiarezza l'ambito di applicazione del nuovo potere è particolarmente importante al fine di ridurre l'incertezza giuridica che si potrebbe creare per le imprese che realizzano operazioni di concentrazione. Prima di passare a disciplinare le questioni procedurali, quindi, l'Autorità ritiene opportuno fornire alcuni chiarimenti preliminari sull'ambito di applicazione temporale e sostanziale della norma.

(i) Ambito di applicazione temporale

Nel testo dell'articolo viene chiarito che la norma non si applica alle operazioni di concentrazione perfezionate prima della data di entrata in vigore della disposizione. Al contempo, come evidenziato, il potere dell'Autorità di richiedere la notifica di determinate operazioni di concentrazione è limitato alle operazioni che si siano perfezionate al massimo negli ultimi sei mesi. Al riguardo appare quindi possibile richiamare i principi già enunciati da questa Autorità nella Comunicazione del 14 novembre 2012, recante *Nuova disciplina relativa all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione*, vale a dire che un'operazione di concentrazione si intende perfezionata nel momento in cui si produce l'effetto di acquisizione del controllo. Alla luce di tale criterio generale, laddove una concentrazione venga posta in essere mediante una sequenza negoziale complessa, il limite temporale massimo entro cui sarebbe possibile richiedere la comunicazione all'Autorità di un'operazione di concentrazione è costituito da sei mesi dalla data di conclusione del contratto definitivo (c.d. *closing*), ovvero da quando si realizza il passaggio del controllo.

(ii) Sussistenza di concreti rischi concorrenziali

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). L'analisi può basarsi su indizi della sussistenza *prima facie* di tali rischi. Ad esempio, la norma può applicarsi 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.

¹ [Le soglie sono state aggiornate il 21 marzo 2022. Le soglie 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.]

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 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%². 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 2.000³.

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.

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;

² [Cfr. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (OJ C 31, 5.2.2004, p. 5) ("Horizontal Merger Guidelines").]

³ [Cfr. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (OJ C 265, 18.10.2008).]

e) ogni altro significativo collegamento con il mercato nazionale o una sua parte rilevante che emerga dalle caratteristiche dell'operazione.

3. Aspetti procedurali

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.

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 motivatamente 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. Per la nozione di "impresa interessata" si fa riferimento alla 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 (paragrafi 129-153).

La notifica deve intervenire entro il trentesimo giorno dal ricevimento della richiesta da parte del destinatario. L'Autorità si riserva comunque la possibilità in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza delle imprese interessate, di prorogare il suddetto termine fino a ulteriori trenta giorni. 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.

La notifica deve avvenire con le modalità di cui all'articolo 5 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. Qualora la notifica non intervenga nel termine indicato nella richiesta dell'Autorità, al destinatario della richiesta sono irrogate le sanzioni di cui all'articolo 19, comma 2, della legge. 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.

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.

Alle operazioni notificate ai sensi dell'articolo 16, comma 1-*bis*, della legge, si applicano le disposizioni della legge in materia di valutazione delle operazioni di concentrazione, nonché le pertinenti disposizioni del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217.

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.

L'Autorità provvede alla pubblicazione sul proprio sito internet (www.agcm.it) di un avviso relativo all'avvenuta comunicazione ai sensi dell'articolo 16, comma 1-*bis*, della legge, delle operazioni sopra indicate. A tal fine, le imprese interessate devono fornire, all'atto della presentazione della comunicazione formale, il preventivo assenso alla pubblicazione dell'avviso.

Comunicazione volontaria delle operazioni di cui all'articolo 16, comma 1-*bis*, della legge

Qualora le imprese interessate ritengano che un'operazione di concentrazione che non debba essere notificata né alla Commissione 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, ivi compresa l'indicazione della data in cui è avvenuto (o avverrà) il passaggio del controllo;
- 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 l'operazione potrebbe 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 entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione volontaria completa.

L'Autorità si riserva la facoltà di modificare o integrare la presente comunicazione decorso un anno dalla data della sua pubblicazione alla luce dell'esperienza applicativa.