



On. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi, 6/a 00198 Roma
Via e-mail: consultazione.concentrazioni@agcm.it

CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLA COMUNICAZIONE RELATIVA ALLE
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE SOTTO-SOGLIA

OSSERVAZIONI DI ICC ITALIA

28 novembre 2022

La Commissione Competition di ICC Italia – Italian National Committee of International Chamber of Commerce – esprime apprezzamento per la scelta dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di sottoporre a consultazione pubblica la Comunicazione nella quale vengono definite, in conformità all’ordinamento dell’Unione europea, le regole procedurali per l’applicazione dell’art. 16, comma 1-*bis*, della legge n. 287/90 e sono stati forniti alcuni chiarimenti sul relativo ambito di applicazione temporale e sostanziale (di seguito “Comunicazione”).

Ciò con l’obiettivo – evidenzia l’Autorità – non solo di recuperare la possibilità di valutare operazioni di concentrazione potenzialmente problematiche che, con l’attuale sistema, non sono soggette all’obbligo di notifica ma anche di fornire alle imprese maggiore certezza giuridica “*non appesantendo ingiustificatamente gli oneri che su di esse potrebbero ricadere*”. Invero, non vi è dubbio che quanto introdotto dall’articolo 32 della legge 5 agosto 2022, n. 118, incrementi di molto l’incertezza del contesto normativo in cui le imprese si trovano ad operare quando attuano operazioni di M&A, sia che queste abbiano un impatto esclusivamente sull’economia nazionale, sia che impattino sui sistemi economici di più paesi (c.d. operazioni *foreign-to-foreign*).

ICC Italia – nel precisare sin d’ora il proprio positivo orientamento sull’impianto e i contenuti della Comunicazione – formula di seguito alcune considerazioni volte a sottolinearne alcuni aspetti specifici di particolare rilievo per le imprese.

Si ringrazia l’AGCM per l’attenzione che vorrà porre alle osservazioni di seguito illustrate.

Sotto un profilo generale, si manifesta piena condivisione e apprezzamento per la scelta dell’Autorità di “andare oltre” quanto richiesto dal legislatore primario fornendo – in aggiunta alle necessarie indicazioni in merito alle regole procedurali per l’applicazione del citato art. 16, comma 1-*bis* – importanti elementi volti a chiarire l’ambito di applicazione temporale e sostanziale della nuova disciplina.

Nello specifico – proprio per assicurare maggiore certezza giuridica nell’applicazione della Comunicazione – si osserva quanto segue.

1. Per quanto riguarda l’ambito di applicazione temporale, la Comunicazione – nel richiamare il disposto dell’art. 16, comma 1-*bis* – precisa che il limite massimo entro cui l’Autorità può

richiedere alle imprese la comunicazione di un'operazione di concentrazione sotto-soglia "è costituito da sei mesi dalla data di conclusione del contratto definitivo (c.d. closing) ovvero da quando si realizza il passaggio del controllo".

Premesso che l'indicazione è chiara, si osserva che la previsione può risultare particolarmente "onerosa" per le imprese in relazione alle concentrazioni più complesse per le quali il *closing* dell'operazione può intervenire anche a distanza di diversi mesi rispetto al *signing*.

Al riguardo - fermo restando il dettato della norma - si auspica che l'Autorità, avuta notizia dell'operazione all'indomani del *signing*, segnali tempestivamente ed anche in via informale alle imprese la rilevanza dell'operazione ai fini di una possibile futura richiesta di notifica ovvero chieda tempestivamente alle imprese medesime maggiori dettagli sull'operazione.

È evidente che l'indicazione specifica di tale impegno dell'Autorità nell'ambito della Comunicazione varrebbe a rassicurare le imprese che intendono portare avanti concentrazioni complesse che implicano (dopo il *signing*) ingenti costi di natura tecnica che potrebbero andar persi laddove intervenga successivamente il divieto dell'operazione o l'imposizione di misure correttive.

Un altro aspetto meritevole di riflessione riguarda il tema degli effetti prodotti sul mercato nel periodo che intercorre dal *closing* fino all'eventuale diniego di autorizzazione da parte dell'AGCM. Invero, la Comunicazione prevede che alle operazioni notificate ai sensi della nuova normativa si applichino le relative disposizioni in materia di valutazione delle operazioni di concentrazione, incluso il potere dell'Autorità di "prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi" (art. 18, co. 3, L. 287/1990). Si noti che tale disposizione ha avuto un'applicazione estremamente circoscritta e limitata alla dismissione di asset acquistati (cfr. caso C1115 del 1.12.1993, *Sio/Pergine*, annullato da sentenza TAR Lazio n. 1598/1994 e Consiglio di Stato n. 1038/2002; caso 3460E del 30.6.2005, *Parmalat/Eurolat*). Ciò anche perché, sebbene non sussista un obbligo di *stand-still* nel sistema italiano, le imprese hanno di norma subordinato il *closing* delle operazioni all'ottenimento dell'autorizzazione antitrust. L'esercizio dei poteri ai sensi dell'art. 16, co. 1-*bis* presuppone invece che l'operazione si sia perfezionata e abbia iniziato a produrre effetti. Pertanto, si ritiene opportuno precisare che, in caso divieto dell'operazione, gli effetti prodotti dall'operazione fino al provvedimento dell'Autorità siano fatti salvi, potendo AGCM prescrivere esclusivamente la dismissione degli attivi acquisiti, senza rimedi a carattere retroattivo.

2. Un secondo profilo di rilievo riguarda l'ambito di applicazione sostanziale della nuova disciplina.

Al riguardo – mutuando l'approccio seguito dalla Commissione europea nei suoi Orientamenti sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 del regolamento sulle concentrazioni – si propone di integrare la Comunicazione con l'indicazione dei settori che – di massima – risultano “prioritari” per un eventuale intervento dell'AGCM.

Ciò varrebbe a fornire alle imprese che intendono procedere con una concentrazione un primo generale orientamento sulla rilevanza dell'operazione ai fini dell'applicazione del citato nuovo art. 16, comma 1-*bis*.

Con particolare riferimento alle operazioni *foreign-to-foreign*, ancora, si segnala quanto segue.

Innanzitutto, i presupposti per l'intervento dell'Autorità appaiono generici. 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*. In particolare, presupposti come “l'esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale” da parte delle imprese interessate dalla concentrazione – le quali evidentemente non hanno attività sul territorio italiano – risultano di una portata indefinita e perciò incapaci di garantire che l'Autorità possa applicare il nuovo art. 16, comma 1-*bis*, esclusivamente a operazioni di fusione e acquisizione che abbiano un *local nexus* con l'economia italiana.

Ancora, i poteri di cui al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 16, come declinati dall'Autorità, rischiano di sovrapporsi al controllo preventivo sulle operazioni svolto in ambito *golden power*. Su tali premesse, il controllo sulle concentrazioni connesso alla “mera” presenza sul territorio di asset produttivi e dunque a prescindere dal fatturato generato rischia di rivelarsi abnorme ed eccessivamente gravoso per le imprese.

3. Ulteriori elementi di riflessione meritano le indicazioni, contenute nell'ultima parte del documento in consultazione, relative alla comunicazione volontaria delle operazioni delle concentrazioni sotto-soglia.

In proposito, un primo elemento di attenzione riguarda la lista delle informazioni minime che le imprese debbono fornire all'AGCM nel caso che - ritenendo che l'operazione di concentrazione rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 16, comma 1-*bis* - ne informino volontariamente l'Autorità.

Tra le informazioni minime da fornire all’Autorità, la Comunicazione prevede che le imprese indichino le *“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”*.

Si osserva che il rispetto di tale requisito si traduce nel chiedere alle imprese di provare l’esatto opposto di quanto abitualmente viene loro richiesto nell’ambito di un procedimento di valutazione di un’operazione di concentrazione, ossia, in sostanza, di dimostrare che l’operazione non pregiudica la concorrenza.

La richiesta sembra dunque eccessiva potendo, in ultima analisi, tradursi in una lesione del principio del diritto alla non-autoincriminazione.

Sotto un secondo profilo, si evidenzia che il documento in consultazione precisa che - a fronte dell’informativa ricevuta - *“l’Autorità, valutate le informazioni fornite, comunicherà alle imprese se essa intenda richiedere la notifica dell’operazione ai sensi dell’art. 16, comma 1-bis, della legge”*.

Sul punto si osserva che l’assenza di un termine entro il quale l’Autorità possa comunicare il proprio orientamento in ordine alla rilevanza dell’operazione ai sensi dell’art. 16, comma 1-bis rischia di affievolire l’utilità della previsione non consentendo alle imprese di conoscere tempestivamente le valutazioni dell’AGCM sull’operazione.

Proprio per assicurare il buon funzionamento dello strumento si evidenzia l’opportunità che l’AGCM indichi nella Comunicazione un termine ragionevolmente breve (*e.g.*, non più di 15-20 giorni dalla ricezione della comunicazione volontaria) entro il quale fornire riscontro alle imprese che hanno proceduto alla comunicazione volontaria della concentrazione.



Barbara De Donno
Segretario Generale ICC Italia



Fabrizio Di Benedetto
Co-Chair Commissione Competition

anche per conto di
Luca Sanfilippo
Presidente Commissione Competition