



## **Le recenti riforme normative sul procedimento amministrativo di valutazione delle concentrazioni effettuato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato**

di Gianluca Scaramuzzino\*

3 Aprile 2025

Abstract: Il contributo ha come obiettivo l'esame dei più recenti mutamenti normativi nazionali che hanno inciso sulla disciplina del controllo delle concentrazioni tra imprese operato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, analizzando sia le ragioni che hanno portato alla loro introduzione che i principali spunti applicativi in chiave prospettica, anche in correlazione alla disciplina europea. In particolare, saranno esaminate le disposizioni della Legge 118/2022, meglio conosciuta come "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*", individuando infine le residuali differenze tra legislazione europea e nazionale che potrebbero essere oggetto di ulteriori interventi normativi ad uniformazione del sistema.

The contributeon aims at examining the most recent national legislative measures that have affected the discipline of merger control between companies operated by the Italian Antitrust Authority, analyzing both the reasons that led to their introduction and the key future practical applications, also in correlation with the European discipline. In particular, the provisions of Law n. 118/2022, better known as "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*", will be examined, identifying at last the residual differences between European and national legislation that could be the subject of further legislative interventions.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021. - 3. Il nuovo inquadramento normativo sulle imprese comuni. - 4. Il passaggio dal *test di dominanza* al *test SIEC*. - 5. La valutazione delle concentrazioni cc.dd. sottosoglia e la Comunicazione in materia dell'AGCM. - 6. Conclusioni.

### **1. Premessa**

Il presente contributo si propone di esaminare i più recenti mutamenti normativi nazionali che hanno inciso sulla disciplina del controllo delle concentrazioni tra imprese<sup>1</sup> operato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), analizzando

---

\* Funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

<sup>1</sup> Quanto alla tipologia di operazioni che integrano la nozione di concentrazione, la Legge n. 287/1990 prevede tre ipotesi: a) fusione di due o più imprese indipendenti; b) acquisizione da parte di un'impresa del controllo esclusivo o congiunto di un'altra impresa o di parte di questa; c) costituzione di un'impresa comune da parte di due o più imprese indipendenti.



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sia le ragioni che hanno portato alla loro introduzione che i principali spunti applicativi in chiave prospettica, anche in correlazione alla disciplina unionale.

Preliminarmente si osserva che, sebbene le due discipline presentino alcune distinzioni sul piano procedurale e il paradigma delle soglie di fatturato continui a rivestire il principale spartiacque sulla competenza a valutare le operazioni di concentrazione<sup>2</sup>, i principi ispiratori del controllo a livello nazionale e unionale risultano essere gli stessi, ossia quelli della preventività e della celerità del controllo<sup>3</sup>.

Da un lato, il controllo *antitrust* delle concentrazioni ha natura preventiva<sup>4</sup> perché finalizzato a evitare situazioni pregiudizievoli per i mercati interessati, che non potrebbero essere affrontate con interventi *ex post* basati sull'applicazione delle norme di concorrenza, sul divieto di intese o di abusi di posizione dominante. Dall'altro, il controllo deve avvenire in tempi certi e rapidi – che dal punto di vista amministrativo si traducono nella previsione normativa di termini brevi e generalmente perentori<sup>5</sup> – per evitare che eccessive lungaggini procedurali possano costituire una paralisi al corso naturale degli affari ed incidere negativamente sulla libera iniziativa economica delle imprese nonché sullo sviluppo dei mercati.

Ciò posto, mentre la normativa unionale ha subito, nel corso del tempo, molteplici interventi di modifica, fino alla sostituzione del Reg. (CEE) n. 4064/89 con il nuovo Reg. (CE) n. 139/2004, il nucleo centrale delle norme italiane in materia di concentrazioni, fino alle riforme oggetto di analisi, è rimasto sostanzialmente invariato<sup>6</sup>. Si era pertanto giunti ad una situazione nella quale la disciplina italiana divergeva da quella europea sotto almeno due importanti profili sostanziali, quali l'ambito di applicazione del controllo antitrust sulle concentrazioni, con particolare riferimento al trattamento delle imprese

---

<sup>2</sup>Mentre sul piano nazionale la normativa primaria di riferimento è la Legge n. 287/1990, sul piano unionale occorre fare riferimento al Regolamento CE 139/2004 integrato da molteplici Linee Guida della Commissione europea. Nello specifico, il Regolamento comunitario conferisce alla Commissione europea la competenza esclusiva a valutare le operazioni di concentrazione rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento stesso, senza che gli Stati membri possano generalmente esercitare su tali fattispecie alcuna competenza residuale. Ciò implica che se una concentrazione soddisfa le soglie di fatturato contemplate dal Regolamento, essa andrà comunicata esclusivamente alla Commissione e sarà da questa valutata. Di norma, solo le concentrazioni che non rientrano nel campo di applicazione del Regolamento in materia sono valutate dall'Autorità laddove soddisfino i requisiti dimensionali indicati dall'articolo 16, comma 1, della Legge 287/1990.

<sup>3</sup> Cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, terza edizione, 2018, p. 242.

<sup>4</sup>Il carattere preventivo del controllo viene tradotto nell'obbligo imposto alle imprese di notificare le concentrazioni antecedentemente al loro perfezionamento giuridico. Risulta ormai pacifica l'interpretazione secondo cui il termine finale per la notifica sia il c.d. *closing* dell'operazione.

<sup>5</sup> Ciò è quanto è avvenuto con la Legge n. 287/1990 che all'articolo 16 prevede che l'Autorità disponga di 30 giorni dalla notifica dell'operazione per autorizzarla ovvero, qualora ritenga che sia suscettibile di divieto, avviare un'istruttoria da concludersi nel termine perentorio di 45 giorni.

<sup>6</sup>Invero, a livello nazionale sono state modificate le soglie stabilite per la notifica delle concentrazioni e sono stati adottati alcuni chiarimenti per escludere le operazioni infragruppo e le acquisizioni di imprese operanti esclusivamente al di fuori del territorio nazionale dall'obbligo di comunicazione preventiva, ma negli oltre trent'anni trascorsi dalla sua introduzione l'impianto originario delle norme in tema di concentrazioni non era mai stato messo in discussione.



comuni, e i criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione, laddove mentre in sede europea si predilige il test del sostanziale impedimento alla concorrenza effettiva (c.d. “*test SIEC*”), in sede nazionale continuava ad essere utilizzato il c.d. “*test di dominanza*”.

Da qui l'esigenza di pervenire ad un'armonizzazione delle due discipline al fine di evitare la possibile insorgenza di valutazioni difformi, non solo in relazione alle decisioni della Commissione europea ma anche delle Autorità garanti degli altri Stati membri, a quest'ultima allineate, in caso di operazioni cc.dd. “*multi-giurisdizionali*” di cui agli articoli 4 e 9 del Regolamento 139/2004. Un'evenienza suscettibile di impattare altresì sul corretto funzionamento dei “*meccanismi di rinvio*” previsti dal Regolamento 139/2004 che, in deroga alla su citata regola delle soglie di fatturato, permettono di riallocare la competenza sulla valutazione di un'operazione di concentrazione individuando l'organo più idoneo a trattare il caso<sup>7</sup>.

### 2. La Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021

La Legge 118/2022, meglio conosciuta come “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, ha innovato profondamente i capisaldi della disciplina nazionale sulle concentrazioni, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto da quello procedurale. Nel prosieguo saranno, pertanto, analizzate nello specifico le disposizioni più rilevanti le quali, come meglio si vedrà in seguito, muovono dalla segnalazione annuale dell'Autorità<sup>8</sup> incidendo sui seguenti fattori del controllo: a) l'ambito di applicazione della disciplina; b) i criteri sulla base dei quali apprezzare gli effetti anti competitivi dell'operazione; c) il *timing* della valutazione (che, come si vedrà, per talune operazioni può essere anche successivo al c.d. *closing*<sup>9</sup>).

Sebbene non oggetto di successivo approfondimento, tra le modifiche apportate va anche menzionata l'introduzione dell'articolo 16-*bis* nella Legge 287/1990 che, attribuendo

---

<sup>7</sup>In forza dei “meccanismi di rinvio”, una concentrazione che ricade nel campo di applicazione della legge n. 287/1990, potrebbe, a seguito di istanza presentata dalle parti (in pre-notifica) o dagli Stati membri competenti (post-notifica), essere oggetto di rinvio alla Commissione europea perché questa ne effettui la valutazione (cfr. gli articoli 4, comma 5, e 22 del Regolamento 139/2004); simmetricamente, una concentrazione di dimensione unionale potrebbe, su impulso delle parti (in pre-notifica) o su richiesta degli Stati membri (in pendenza di valutazione della Commissione), essere rinviata ad una o più Autorità nazionali (cfr. gli articoli 4, comma 4, e 9 del Regolamento 139/2004). La finalità sottesa a tali previsioni è quindi quella di fare in modo che la Commissione europea possa occuparsi di quelle concentrazioni sotto soglie unionali e nondimeno caratterizzate da significativi effetti *cross-border*, e che, viceversa, le Autorità nazionali possano occuparsi di quelle operazioni che pur integrando le soglie di fatturato richieste per essere formalmente qualificate di “dimensione unionale”, risultano avere un impatto prevalentemente circoscritto al mercato di un unico Stato membro.

<sup>8</sup> Cfr. segnalazione AS1730 del 22 marzo 2021.

<sup>9</sup> Ossia il momento dell'esecuzione dell'operazione, da cui poi discende la capacità della parte acquirente di poter influire sul comportamento dell'impresa acquisita.



all'Autorità il potere, assistito da sanzioni pecuniarie<sup>10</sup>, di richiedere informazioni e documenti in materia di concentrazioni a qualsiasi impresa anche al di fuori dell'attività istruttoria, contribuisce, unitamente alle altre, ad irrobustire i poteri dell'Autorità.

### 3. Il nuovo inquadramento normativo sulle imprese comuni

Il novellato comma 3 della Legge 287/1990 muove dall'esigenza di sopperire ad una discrasia preesistente tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, in quanto estende la disciplina delle concentrazioni anche alla costituzione di imprese comuni con un impatto strutturale (cc.dd. *full function*) che abbiano per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento delle imprese "matri"<sup>11</sup>.

Quanto alla natura *full function* di un'impresa comune, si può fare riferimento ad una Comunicazione della Commissione europea<sup>12</sup>, i cui criteri vengono in linea di massima condivisi anche dalla prassi applicativa dell'Autorità. Nello specifico detto requisito si ritiene soddisfatto quando:

- l'impresa comune disponga di risorse finanziarie e di altra natura necessari per esercitare in maniera stabile e durevole un'attività economica;
- l'impresa comune sia in grado di svolgere tutte le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato, in autonomia dalle imprese fondatrici.

Tanto premesso, la novella legislativa era auspicabile per almeno due motivi fondamentali.

In primo luogo, la disciplina italiana *ante* riforma stabiliva che anche la creazione di imprese comuni *full function* fossero sottratte dall'ambito di applicazione delle norme in materia di controllo delle concentrazioni, per essere valutate alla stregua di intese qualora contenessero anche elementi di coordinamento tra le imprese fondatrici. Ciò avrebbe potuto penalizzare le operazioni di costituzione di *joint venture full function* di dimensione nazionale, posto che la valutazione sostanziale delle intese è tradizionalmente più severa e rigida rispetto a quella delle concentrazioni e non prevede termini brevi e perentori di chiusura delle istruttorie<sup>13</sup>.

In secondo luogo, nel caso delle imprese comuni strutturali con effetti cooperativi, il "meccanismo di rinvio" previsto dall'articolo 9 del Regolamento 139/2004 non poteva operare nei confronti dello Stato italiano. Infatti, queste operazioni, pur rientrando nella

---

<sup>10</sup>L'Autorità, ai sensi del comma 5, dell'articolo 14 della Legge 287/1990, può disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente.

<sup>11</sup> In linea generale rischi di coordinamento rilevanti scaturiscono da rapporti concorrenziali diretti tra le imprese fondatrici, laddove cioè due o più imprese "matri" siano concorrenti dirette e attuali tra loro, operando, ciascuna per proprio conto, o nello stesso mercato dell'impresa comune o in un mercato a questo contiguo.

<sup>12</sup>Ovvero la Comunicazione della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale, in GUUE, C 95/1 del 16-4-2008.

<sup>13</sup> Cfr. M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il Diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, 1052.



nozione di concentrazione euro-unitaria, non avrebbero potuto essere rinviate all'Autorità perché la normativa nazionale non considerava tali operazioni alla stregua di concentrazioni tra imprese<sup>14</sup>.

Quanto ai criteri di valutazione delle fattispecie con effetti cooperativi, la nuova norma mutua il contenuto di quella europea disponendo che l'Autorità tenga conto, in particolare, della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato dell'impresa comune o su un mercato situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero su un mercato contiguo strettamente legato a quest'ultimo, nonché della possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il loro coordinamento risultante direttamente dalla costituzione dell'impresa comune, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi in questione.

#### 4. Il passaggio dal *test di dominanza* al *test SIEC*

Il novellato comma 6 dell'articolo 1 della Legge 287/1990, segna un importante allineamento al modello europeo di valutazione al fine di apprezzare l'impatto competitivo delle concentrazioni sui mercati, sostituendo il criterio legato alla creazione o rafforzamento di una posizione dominante (*test di dominanza*) con quello che si fonda sull'ostacolo significativo della concorrenza effettiva sul mercato nazionale (*test SIEC*). Il *test di dominanza* prevedeva che una concentrazione potesse essere vietata (o eventualmente autorizzata fermo il rispetto di determinate condizioni strutturali e/o comportamentali imposte dall'Autorità) laddove costituisse o rafforzasse una posizione dominante in modo tale da ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza. La riluttanza del legislatore nazionale ad abbandonare tale test strutturalista<sup>15</sup> era per lo più fondata sulla convinzione che la dominanza fosse la condizione propedeutica al riscontro di qualsiasi effetto pregiudiziale per la concorrenza, sul presupposto che ad essa corrispondesse generalmente un'alterazione della struttura del mercato, con conseguente, in via mediata, pregiudizio per i consumatori<sup>16</sup>.

Ciò posto, già ben prima della presente riforma in seno al dibattito scientifico internazionale<sup>17</sup> erano emersi i principali limiti del *test di dominanza* a favore di un

---

<sup>14</sup>Non risultava pertanto integrato il requisito secondo il quale, affinché il rinvio sia possibile, occorre che la concentrazione possa essere esaminata ai sensi della legislazione nazionale sulla concorrenza dello Stato membro interessato (Cfr. Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in *GUUE* 2005, C56, 2 ss.).

<sup>15</sup>Il test si avvale della nozione di dominanza dell'articolo 102 del TFUE e muove le proprie premesse teoriche dagli studi della dottrina ordoliberalista tedesca, il cui approccio viene denominato strutturalista. Esso, infatti, pone enfasi sulla preservazione della struttura del mercato nella presunzione che da questa discenda il grado di concorrenza del mercato, ciò in nome dell'assunto secondo cui dalla struttura conseguono le condotte delle imprese e quindi le *performance* di mercato che a loro volta riflettono il grado di concorrenza.

<sup>16</sup>Così P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Op. cit., p. 269.

<sup>17</sup>Cfr. OECD Competition Committee, *Roundtable on Substantive Criteria Used for Merger Assessment*, Background Paper, 15 October 2002, DAF/COMP, n. 29; J. Fingleton, *Does Collective Dominance provide Suitable Housing for All Anticompetitive Oligopolistic Mergers?*, in *Annual Proceedings* –



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

approccio meno strutturalista e maggiormente basato sugli effetti complessivi dell'operazione sul mercato. Nello specifico, coloro che propugnavano il diverso approccio evidenziavano le seguenti criticità imputabili al *test di dominanza*:

- l'inidoneità del *test* ad essere efficacemente applicato a tutte le tipologie di concentrazioni suscettibili di pregiudicare la concorrenza, in particolare con riguardo ad alcune operazioni suscettibili di dare origine a situazioni di *oligopolio c.d. non cooperativo* dove, in ragione del grado di concentrazione del mercato, le imprese sarebbero indotte ad alzare i prezzi a livelli sovra-competitivi senza necessità di attuare una collusione;
- l'eccessiva staticità dell'analisi che, procedendo per presunzioni, trascura gli effetti prodotti sui consumatori, anche in ottica di possibili efficienze a bilanciamento degli effetti negativi sul mercato causati dall'operazione.

Si comprende come il mancato adeguamento comportasse che la disciplina nazionale fosse divenuta, almeno teoricamente, meno rigorosa rispetto a quella europea, rinunciando a censurare concentrazioni che, secondo la teoria economica, erano in grado di ridurre il buon funzionamento dei mercati e il benessere dei consumatori. Inoltre, sotto l'ulteriore profilo della ripartizione delle competenze applicative, la mancata armonizzazione rispetto al modello europeo avrebbe potuto determinare una riduzione della efficacia del meccanismo dei rinvii poiché, anche qualora l'Autorità fosse stata nella posizione più idonea per valutare gli effetti di una concentrazione, la Commissione non avrebbe mai stabilito il rinvio per tutte quelle operazioni suscettibili di essere vietate in sede europea ma non in sede nazionale. A ciò andava aggiunto il rischio di pervenire a decisioni difformi rispetto alle Autorità garanti di altri Stati membri, con conseguenti distorsioni concorrenziali in merito ad operazioni suscettibili di generare il medesimo impatto<sup>18</sup>.

A ciò si aggiunga, come è stato sottolineato in dottrina, che la disciplina nazionale, contrariamente a quella europea, non conteneva alcun accenno alle efficienze che, come sopra osservato, possono in talune situazioni determinare un miglioramento dell'offerta e compensare gli effetti negativi di una operazione di concentrazione derivanti dall'aumento del potere di mercato<sup>19</sup>.

Le criticità sopra esposte hanno trovato riscontro nel recente intervento riformatore a seguito del quale, nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16 della Legge 287/1990, "l'Autorità valuta se

---

Fordham Corporate Law Institute, 2003, pp. 181-200; N. LEVY, S. FISCH, A. WAKSMAN, *A comparative assessment of the EU's Reform to Merger Control and Antitrust Enforcement*, in *European Competition Journal*, 2015, pp. 426-464.

<sup>18</sup> La segnalazione annuale dell'Autorità sopra citata riporta, infatti, che il test SIEC è stato adottato da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad esclusione dell'Austria.

<sup>19</sup> Cfr. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo*, in *Rivista delle società*, 2023, n. 1, Giuffrè, p. 32.



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*ostacolino in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante”.*

In sostanza, la natura dominante dell'impresa retrocede da perno del sistema e requisito imprescindibile per l'illiceità di una concentrazione a esemplificazione (sia pur di particolare rilievo) di un fenomeno di pregiudizio alla concorrenza che può manifestarsi anche in altre forme.

Tale situazione deve essere quindi valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva, tenendo conto della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico, purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza<sup>20</sup>.

Di particolare interesse risulta essere, infine, l'inciso finale della sopra citata disposizione secondo cui *“l'Autorità può valutare gli effetti anticompetitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie”.*

L'attenzione riservata dal legislatore alle imprese innovative non risulta infatti casuale<sup>21</sup> e, come si vedrà nel successivo paragrafo, si riverbera anche nella scelta di cristallizzare nell'ordinamento italiano una disciplina per la valutazione delle concentrazioni cc.dd. sottosoglia.

### **5. La valutazione delle concentrazioni cc.dd. sottosoglia e la Comunicazione in materia dell'AGCM**

Come precedentemente anticipato, le norme nazionali in materia di controllo delle concentrazioni prevedono l'obbligo per le imprese di notificare tali operazioni all'Autorità qualora esse superino determinate soglie di fatturato su base nazionale, sia nel loro insieme che singolarmente. Questo sistema di notifica basato sulla dimensione attuale delle imprese, se non accompagnato da opportuni correttivi, può tuttavia mostrarsi inadeguato nel cogliere lo sviluppo in chiave prospettica delle imprese interessate dalle

---

<sup>20</sup> Per una analisi critica dei fattori oggetto di valutazione cfr. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Op. cit.*

<sup>21</sup> Negli ultimi anni il dibattito scientifico ed istituzionale intorno ai cc.dd. ecosistemi digitali ha assunto un ruolo di primo piano in materia antitrust, al punto che proprio la recente casistica della Commissione europea sulle cc.dd. *Big tech* (Google, Apple, Meta, Amazon e Microsoft) ha ispirato il Regolamento europeo 2022/1925 (meglio noto come *Digital Markets Act*) emanato allo scopo di attuare una regolazione pro-concorrenziale per prevenire possibili comportamenti opportunistici da parte delle grandi imprese “gatekeeper” che operano in determinati “servizi di piattaforma di base”.



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

operazioni di concentrazione soprattutto nell'ambito dell'economia digitale, dove si assiste ad un fenomeno sempre più diffuso di acquisizione, da parte di grandi operatori di mercato, di potenziali futuri concorrenti.

I giganti digitali nell'ultimo decennio sono stati estremamente attivi nell'acquisizione di *start-up* innovative, allargando in questo modo il portafoglio di applicazioni nei rispettivi ecosistemi e migliorando invero la qualità dei servizi già presenti. L'effetto di queste strategie sul tasso di innovazione è tuttavia ambiguo e può minare l'efficienza dinamica dei mercati interessati, tanto da aver indotto la letteratura recente ad etichettare col termine *killer acquisitions* le operazioni che vedono l'impresa dominante, al fine di evitare lo spiazzamento dei propri servizi, interrompere il processo di sviluppo dell'innovazione attraverso l'acquisto di una *start-up*<sup>22</sup>.

A questo riguardo, la scelta operata dal legislatore nazionale di rafforzare l'attuale sistema di controllo delle concentrazioni mira ad evitare che operazioni sotto-soglia potenzialmente problematiche sfuggano al vaglio dell'Autorità.

La soluzione prescelta consiste nell'affiancare all'attuale sistema obbligatorio di notifica da parte delle imprese, la previsione della facoltà per l'Autorità di rivolgere alle imprese una motivata richiesta di notifica delle concentrazioni sottosoglia di cui sia venuta a conoscenza. Questa soluzione è stata incentivata anche dal mutamento della prassi della Commissione europea in tema di meccanismi di rinvio che, in virtù dei nuovi Orientamenti in materia<sup>23</sup>, ha incoraggiato le Autorità nazionali di concorrenza a chiedere il rinvio non soltanto delle concentrazioni prive di dimensione europea ma anche delle operazioni sotto le soglie di notifica a livello nazionale<sup>24</sup>.

Nello specifico, il comma 1-bis all'articolo 16 della Legge 287/1990, riconosce un potere di intervento all'Autorità circoscritto alle operazioni per le quali ricorrano cumulativamente i seguenti presupposti:

---

<sup>22</sup> Cfr. M. POLO, A. SASSANO, *Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2021, p. 519. Secondo gli autori "anche nel caso in cui le fusioni coinvolgano imprese di rilevanti dimensioni, la flessibilità e rapidità con cui i modelli di business possono essere modificati dalle piattaforme digitali rendono poco efficace la capacità di scrutinio delle autorità pubbliche. Questo aspetto è emerso chiaramente nel caso della fusione tra Facebook e Instagram, che al momento dell'operazione seguivano modelli di business significativamente diversi, la prima presentandosi come un social network e la seconda come una piattaforma di condivisione di immagini e filmati, tali da indurre le autorità a individuare sovrapposizioni molto limitate nel portafoglio di servizi e ad approvare l'operazione. Come è ben noto, in poco tempo Instagram si è trasformato in un secondo social network, privilegiato dalle generazioni di utenti più giovani. Questo esempio, d'altra parte, segnala come le autorità chiamate a valutare le fusioni nei mercati digitali debbano svolgere un esercizio di previsione sull'evoluzione futura dei modelli di business estremamente complesso e aleatorio".

<sup>23</sup> Cfr. 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.

<sup>24</sup> La Commissione europea, in data 19 aprile 2021, ha accettato per la prima volta una richiesta di rinvio da parte dell'autorità di uno Stato membro relativa a un'operazione di concentrazione non avente né dimensione europea né nazionale, in quanto al di sotto di entrambe le soglie di fatturato (caso M.10188 – *Illumina/Grail*).





## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- non siano trascorsi oltre sei mesi dal loro perfezionamento (ossia dal *c.d. closing*);
- sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui all'articolo 16, comma 11, della Legge, oppure il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro;
- 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.

Allo scopo di fornire maggiori chiarimenti alle imprese in merito agli aspetti sostanziali e procedurali della nuova norma, l'Autorità ha recentemente adottato un'apposita Comunicazione<sup>25</sup> in osservanza a quanto prescritto dal legislatore.

Dal punto di vista sostanziale, la scelta è stata quella di prendere spunto dalle *guidelines* della Commissione in materia di valutazione delle concentrazioni di natura orizzontale e non orizzontale (verticale o conglomerale) per individuare le concentrazioni che, in linea di principio, non sollevano problematiche particolari<sup>26</sup>.

Ai fini della valutazione viene specificato che l'Autorità terrà conto di taluni elementi di natura generale, quali: *a)* la struttura dei mercati; *b)* le caratteristiche degli operatori coinvolti; *c)* la natura dell'attività svolta dalle imprese interessate e la sua rilevanza per i consumatori e/o altre imprese; *d)* la rilevanza dell'attività innovativa posta in essere; *e)* il vincolo competitivo esercitato da una o più imprese al di là della quota di mercato.

Inoltre, operazioni potenzialmente rischiose vengono individuate anche tra quelle per le quali il fatturato non sia indicativo delle dimensioni e della forza o potenziale competitivo delle imprese oggetto di acquisizione ma ci si trovi in presenza di "*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*

---

<sup>25</sup> Cfr. *Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

<sup>26</sup> Risulta 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.



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*intellettuale*); e/o 5) *fornisce prodotti o servizi che sono input/componenti chiave per altri settori*". L'Autorità garante terrà inoltre conto del valore del corrispettivo ricevuto dal venditore, se notevolmente elevato rispetto all'attuale fatturato dell'impresa acquisita, nonché di eventuali indici sintomatici di un "piano" di entrata nel mercato nazionale qualora nessuna delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione realizzi un fatturato in Italia, sempre a condizione che tale operazione appaia comunque destinata a incidere sulla concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

In merito infine agli aspetti procedurali, la Comunicazione menziona preliminarmente il nuovo potere istruttorio di cui all'art. 16-*bis*, comma 1, della legge, in forza del quale l'Autorità, anche prima di avviare un procedimento, potrà richiedere a imprese e a enti di fornire informazioni e di esibire documenti utili. Tale prerogativa appare in effetti funzionale a monitorare i mercati al fine di individuare le operazioni di cui chiedere la notifica. Viene comunque prevista la possibilità per le imprese interessate di informare preventivamente l'Autorità qualora 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<sup>27</sup>.

Alle operazioni notificate ai sensi dell'articolo 16, comma 1-*bis*, continuano ad applicarsi le disposizioni generali in materia di valutazione delle operazioni di concentrazione, nonché le pertinenti disposizioni del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. In particolare, se dovesse ritenere che l'operazione non comporti rischi per la concorrenza, l'Autorità emetterà un provvedimento di "non avvio" dell'istruttoria, mentre in caso contrario dovrà avviare l'istruttoria entro trenta giorni dal ricevimento della notifica completa.

### 6. Conclusioni

La riforma normativa sul controllo delle concentrazioni appare indubbiamente virtuosa nel suo intento di allineare il modello nazionale ai canoni valutativi e procedurali dell'ordinamento euro-unitario e riflette "in nuce" l'esigenza di riaffermare il principio di primazia del diritto europeo su quello domestico nell'ambito della disciplina italiana antitrust rimasta per lungo tempo impermeabile al processo di armonizzazione tra i due ordinamenti, principio che ha da sempre rappresentato un comune denominatore della produzione normativa nella materia concorrenziale.

Ciò detto, non manca in dottrina chi considera la normativa antitrust italiana in materia di concentrazioni ancora divergente e meno rigorosa rispetto a quella europea sotto altri aspetti rilevanti<sup>28</sup>.

In merito al profilo sanzionatorio, è stata, ad esempio, denunciata l'assenza nella disciplina domestica di una norma che preveda espressamente misure di

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> In tal senso cfr. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Op. cit.*



## FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

“*deconcentrazione*” qualora le imprese risultino inottemperanti alle autorizzazioni dell’Autorità sottoposte al soddisfacimento di precise condizioni<sup>29</sup>. In realtà, nel silenzio della norma, il TAR Lazio<sup>30</sup> ha già in precedenza deciso sull’argomento, ritenendo che l’esecuzione di un’operazione condizionata senza l’adozione di una o più misure correttive prescritte equivalga all’esecuzione di una concentrazione vietata, considerato che in entrambi i casi si realizza un pregiudizio alla concorrenza (che, nella prima ipotesi, avrebbe potuto essere evitato con l’ottemperamento alle misure condizionali poste). Tuttavia, un’opera di cristallizzazione normativa del citato orientamento giurisprudenziale avrebbe garantito una maggiore certezza nei rapporti giuridici sull’argomento.

Una seconda marcata differenza con l’ordinamento eurounitario è stata individuata nell’obbligo automatico di *stand still* presente nella disciplina unionale a dispetto di quella italiana, che prevede soltanto la possibilità per l’Autorità, in fase di istruttoria, di ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione fino alla conclusione dell’istruttoria. In proposito, è stato osservato da alcuni studiosi che la scelta del legislatore nazionale di non bloccare automaticamente la realizzazione delle concentrazioni meriti di essere mantenuta, quantomeno per le operazioni di minore rilevanza, poiché maggiormente rispettosa della libertà di impresa; si dovrebbe tuttavia convenire sull’opportunità di affidare all’Autorità il potere di sospendere l’esecuzione dell’operazione non appena ricevuta la notifica qualora sin dall’inizio possano intravedersi rischi significativi per la concorrenza, e ciò anche per evitare le complessità derivanti dalla necessità imporre rimedi e misure *ex post*<sup>31</sup>.

Un ultimo aspetto degno di nota, evidenziato anche in diverse segnalazioni dell’Autorità alle Istituzioni<sup>32</sup>, attiene, infine, all’eccessiva brevità del termine perentorio previsto dalla Legge n. 287/1990 per valutare l’operazione una volta iniziata la fase istruttoria<sup>33</sup>. Occorre però constatare che la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 ha invero esteso il predetto termine (passando da 45 a 90 giorni), in linea con la disciplina prevista dal Regolamento europeo 139/2004.

---

<sup>29</sup> La Legge n. 287/1990 prevede infatti espressamente il ricorso a sanzioni amministrative (art. 19, comma 1) e a misure ripristinatorie (art. 18, comma 3) nelle sole ipotesi di operazioni eseguite in violazione di una decisione di divieto.

<sup>30</sup> Cfr. TAR Lazio, 9 luglio 2014, nn. 10031 e 10032. Il giudice amministrativo ha confermato la legittimità delle sanzioni irrogate dall’Autorità ai sensi dell’art. 19, comma 1, della Legge n. 287/1990 in ipotesi di inadempimento di impegni imposti con decisioni di autorizzazione condizionate.

<sup>31</sup> Così F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Op. cit.*

<sup>32</sup> In particolare l’Autorità ha rilevato che un termine di 45 giorni per la comunicazione delle risultanze istruttorie rende particolarmente difficoltoso, se non sostanzialmente impossibile, il ricorso a indagini di mercato volte ad acquisire elementi utili a definire i mercati rilevanti e a valutare gli effetti della concentrazione.

<sup>33</sup> Tale termine risulta non in linea con quello applicato dalla Commissione europea (90 giorni) e da altre autorità nazionali (ad esempio le autorità garanti di Francia e Germania applicano rispettivamente termini di 65 giorni e 5 mesi).