

# L'Italia adotta la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021

16.8.2022

In data 5.8.2022 è stata adottata la legge n. 118, recante la “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*” (la “Legge”).

La Legge, che entrerà in vigore il 27.8.2022, apporta varie modifiche alla disciplina *antitrust* domestica (legge n. 287/1990) e include una serie di previsioni volte ad allineare ulteriormente la normativa nazionale a quella dell'Unione europea, che è stata a sua volta oggetto negli anni di progressivi aggiustamenti, per quanto attiene al *test* per la valutazione sostanziale delle concentrazioni, al trattamento delle imprese comuni e al calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'obbligo di notifica di concentrazioni che riguardano banche o istituti finanziari.

La Legge, inoltre, rafforza i poteri di *enforcement* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (“AGCM” o l’“Autorità”), con nuove norme che presentano profili di potenziale criticità. È il caso delle disposizioni che attribuiscono all'Autorità il potere di richiedere la notifica di operazioni di concentrazione ‘sottosoglia’ e il potere di richiedere alle imprese di fornire informazioni utili all'applicazione delle norme *antitrust*, anche prima, e a prescindere, dell'avvio di un procedimento istruttorio.

Per domande relative ai temi discussi in questa nota, potete contattare qualsiasi avvocato del nostro studio con cui siete abitualmente in contatto o gli autori di seguito indicati.

MILANO

**Matteo Beretta**  
[mberetta@cgsh.com](mailto:mberetta@cgsh.com)

**Alice Setari**  
[asetari@cgsh.com](mailto:asetari@cgsh.com)

**Riccardo Tremolada**  
[rtremolada@cgsh.com](mailto:rtremolada@cgsh.com)

MILANO

Via San Paolo 7  
 20121 Milano, Italia  
 T: +39 02 72 60 81

ROMA

**Mario Siragusa**  
[msiragusa@cgsh.com](mailto:msiragusa@cgsh.com)

**Marco D'Ostuni**  
[mdostuni@cgsh.com](mailto:mdostuni@cgsh.com)

**Cesare Rizza**  
[crizza@cgsh.com](mailto:crizza@cgsh.com)

**Gianluca Faella**  
[gfaella@cgsh.com](mailto:gfaella@cgsh.com)

**Saverio Valentino**  
[svalentino@cgsh.com](mailto:svalentino@cgsh.com)

**Fausto Caronna**  
[fcaronna@cgsh.com](mailto:fcaronna@cgsh.com)

**Marco Zotta**  
[mzotta@cgsh.com](mailto:mzotta@cgsh.com)

ROMA

Piazza di Spagna 15  
 00187 Roma, Italia  
 T: +39 06 69 52 21



## Premessa

La Legge è stata adottata in attuazione della legge n. 99/2009, che dispone l'adozione con cadenza annuale di un intervento normativo teso a rimuovere gli ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, promuovere lo sviluppo della concorrenza e garantire la tutela dei consumatori<sup>1</sup>.

Nonostante sia prevista dal 2009, la legge *annuale* per il mercato e la concorrenza è stata adottata in precedenza solo nel 2017 (legge n. 124/2017).

Nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (“PNRR”), il Governo ha assunto l'impegno di realizzare la cadenza annuale, essendo tale legge *“essenziale per rivedere in via continuativa lo stato della legislazione al fine di verificare se permangano vincoli normativi al gioco competitivo e all'efficiente funzionamento dei mercati, tenendo conto del quadro socioeconomico. Una prima serie di misure in materia concorrenziale sarà prevista dalla legge per il mercato e la concorrenza per il 2021, mentre altre verranno considerate nelle leggi annuali per gli anni successivi”*.

Del resto il PNRR, in linea con le indicazioni della Commissione europea (la “Commissione”), considera la tutela e la promozione della concorrenza come fattori essenziali per favorire l'efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la

pandemia, nonché una maggiore giustizia sociale.

L'adozione della Legge riveste pertanto particolare importanza, in quanto ha riavviato il processo di revisione continuativa delle norme a tutela della concorrenza.

La Legge interviene, con intensità differenti, su una pluralità di ambiti rilevanti per l'economia, tra cui le disposizioni in materia di concessioni demaniali, di distribuzione del gas naturale e di grande derivazione idroelettrica<sup>2</sup>; la rivisitazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali e dei trasposti<sup>3</sup>; l'istituzione di un sistema di monitoraggio delle concessioni di beni pubblici<sup>4</sup>; la velocizzazione delle procedure per la realizzazione di nuove infrastrutture digitali<sup>5</sup>; nonché la semplificazione dei regimi amministrativi e dei controlli sulle attività private<sup>6</sup>.

In certi ambiti vengono direttamente modificate o integrate le norme vigenti, mentre in altri sono conferite al Governo le deleghe per una riforma dell'intera disciplina, di cui vengono fissati i principi e i criteri direttivi.

Per quanto riguarda il diritto della concorrenza, la Legge ha recepito buona parte<sup>7</sup> delle proposte di riforma avanzate dall'AGCM nella segnalazione al Governo del marzo 2021 (la “Segnalazione”)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. art. 49, legge n. 99/2009.

<sup>2</sup> Legge, artt. 3-7.

<sup>3</sup> *Id.*, artt. 8-10.

<sup>4</sup> *Id.*, art. 8(2)(h).

<sup>5</sup> *Id.*, artt. 23-24.

<sup>6</sup> *Id.*, artt. 27-31.

<sup>7</sup> Ad esempio, la Legge non affronta il tema, avanzato dall'AGCM nella Segnalazione, connesso alla possibilità di potenziare il contrasto al potere economico di imprese operanti in più mercati, in particolare nei mercati in cui è presente una piattaforma digitale ovvero operano imprese che necessitano di tale piattaforma per accedere agli utenti finali o ai fornitori, sulla scorta di quanto fatto dall'autorità di concorrenza tedesca (cfr. art. 19A della legge di concorrenza tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), introdotto a seguito della riforma entrata in vigore il 19 gennaio 2021) (AGCM, Segnalazione, pp. 56-57). Inoltre, non risulta recepita la proposta dell'AGCM, formulata nella Segnalazione, circa la modifica all'art. 16(8) della legge n. 287/1990, volta ad estendere da 45 a 90 giorni di calendario il termine perentorio per la conclusione dell'istruttoria (la c.d. fase 2).

<sup>8</sup> Cfr. AGCM, Segnalazione “*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*”, 22.3.2021. Con la Segnalazione l'AGCM ha accolto l'invito arrivato dal Presidente del Consiglio, Mario Draghi, durante il discorso per la fiducia al Governo pronunciato in data 17.2.2021, cui è seguita richiesta formale in data 8.3.2021.

## 1. La notifica di operazioni di concentrazione sotto soglia

La Legge introduce la facoltà per l'AGCM di richiedere, motivandola, la notifica di operazioni di concentrazione 'sottosoglia', ossia che non soddisfano le condizioni in presenza delle quali un'operazione è soggetta alla comunicazione preventiva, e al successivo vaglio di merito, dell'Autorità.

Nel sistema previgente, le operazioni di concentrazione ricadevano nella competenza dell'Autorità e dovevano essere notificate preventivamente solo al ricorrere di due condizioni cumulative, incentrate sul superamento di soglie di fatturato nazionale<sup>9</sup>.

La novella attribuisce invece all'AGCM il potere di richiedere la notifica delle operazioni di concentrazione sottosoglia in presenza di tre condizioni cumulative<sup>10</sup>:

- i) è superata una sola delle due soglie di fatturato indicate all'art. 16(1) legge n. 287/1900, oppure il fatturato totale mondiale delle imprese interessate è superiore a cinque miliardi di euro;
- ii) sussistono 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
- iii) l'operazione è stata perfezionata da non oltre sei mesi.

L'AGCM può richiedere alle imprese interessate di notificare entro trenta giorni. La Legge non precisa il *dies a quo*, ma è ragionevole interpretare la norma nel senso che esso coincida con il giorno della richiesta.

La modifica, almeno nelle intenzioni, risponde all'esigenza di rafforzare il sistema di controllo delle concentrazioni, evitando che operazioni sottosoglia potenzialmente problematiche sfuggano al vaglio dell'Autorità, in particolare nei seguenti ambiti:

- *l'economia digitale e il settore farmaceutico*, dove si assiste a un fenomeno sempre più diffuso di acquisizione, da parte di grandi operatori di mercato, di potenziali futuri concorrenti, (le c.d. "*killer acquisitions*"), ossia operazioni che coinvolgono piccole e medie imprese di creazione recente che, avendo spesso ricavi nulli o molto limitati, in genere non raggiungono le soglie di fatturato previste a livello tanto nazionale che europeo);
- settori tradizionali in cui le concentrazioni possono avere un impatto significativo su *mercati geografici locali*, sebbene il fatturato delle imprese coinvolte non superi le soglie per la notifica.

### a. Il nuovo approccio della Commissione sull'art. 22 EUMR

A livello UE, il tema di come evitare che operazioni sottosoglia potenzialmente problematiche sfuggano al controllo delle autorità *antitrust* è stato recentemente affrontato dalla Commissione, la quale ha valorizzato lo strumento di cui all'art. 22 del Regolamento n. 139/2004 ("EUMR")<sup>11</sup>, che prevede il rinvio alla Commissione delle operazioni che (i) incidono "*sul commercio fra Stati membri*" e (ii) rischiano di "*incidere in misura significativa sulla concorrenza nel*

<sup>9</sup> Le soglie di fatturato che fanno scattare un obbligo di comunicazione sono state aggiornate il 21 marzo 2022 e ammontano a € 517 milioni per il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate e € 31 milioni per il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate (v. art. 16, l. 287/1900 e Delibera AGCM n. 30060, *Provvedimento relativo alle soglie di fatturato vigenti*, 15.3.2022).

<sup>10</sup> Legge, art. 32(1)(b).

<sup>11</sup> Cfr. Commissione, Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (il "EUMR"), 20.1.2004 (L 024).

territorio dello Stato o degli Stati membri” interessati<sup>12</sup>.

Nel marzo 2021 la Commissione ha infatti pubblicato i Nuovi Orientamenti sull’applicazione del meccanismo di rinvio<sup>13</sup>, adottando un approccio teso a *incentivare* gli Stati membri a effettuare il rinvio di cui all’art. 22 EUMR, anche a fronte di concentrazioni che non soddisfano le soglie di notifica né nazionali né europee<sup>14</sup>.

L’approccio della Commissione ha implicazioni molto rilevanti per le imprese, perché aumenta la probabilità che operazioni sottosoglia vengano sottoposte al vaglio della Commissione. In particolare, esso apre uno spazio strategico in cui:

- le imprese terze possono valutare se segnalare alle autorità *antitrust* nazionali e/o alla Commissione operazioni sottosoglia potenzialmente problematiche poste in essere da imprese concorrenti;
- le imprese che progettano un’operazione sottosoglia devono valutare, in un’ottica di certezza del diritto, l’opportunità di contattare proattivamente la Commissione per escludere il rischio di un rinvio *ex art. 22*.

Alla luce del nuovo approccio della Commissione sul meccanismo di rinvio ai sensi dell’art. 22 EUMR, una disciplina nazionale *ad hoc* sul controllo delle operazioni sottosoglia, come quella promossa dalla Legge, sembrerebbe trovare applicazione nei casi,

invero residuali, in cui una concentrazione abbia un impatto prettamente locale e quindi, non soddisfi il requisito (necessario per azionare il rinvio ai sensi dell’art. 22 EUMR) dell’impatto della concentrazione “*sul commercio tra Stati membri*”.

## b. Criticità

La novella introduce elementi di incertezza nel regime di controllo delle concentrazioni:

- il parametro della sussistenza di “*concreti rischi per la concorrenza*” nel mercato nazionale o in una sua parte risulta piuttosto vago e rende complesso per le imprese auto-valutare se una certa operazione possa attirare l’attenzione dell’Autorità;
- il criterio temporale di riferimento (operazioni perfezionate negli ultimi “*sei mesi*”) pare eccessivamente ampio e difficilmente conciliabile con l’esigenza di prevedibilità che caratterizza i processi di concentrazione tra imprese.

Per attenuare i profili di incertezza giuridica parrebbe quindi opportuno:

- integrare la nuova disciplina con indicazioni più specifiche (che potrebbero essere fornite mediante linee guida della stessa AGCM) sugli elementi fattuali che rendono un’operazione sottosoglia suscettibile di una richiesta di notifica;
- assicurare alle imprese la possibilità di sottoporre volontariamente all’Autorità i casi dubbi, anche prima della chiusura

<sup>12</sup> *Id.*, art. 22(1).

<sup>13</sup> 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*, 31.3.2021 (C 113/1).

<sup>14</sup> Le Linee Guida sull’art. 22 EUMR sono strettamente collegate con la proposta legislativa di un Digital Markets Act (il “DMA”) presentata dalla Commissione nel dicembre 2020 (cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, 15.12.2020, COM/2020/842 final). L’art. 12 della proposta prevede infatti che limitatamente alle piattaforme digitali designate come “*gatekeeper*” vi sia un obbligo di informazione alla Commissione di tutte le operazioni di concentrazione che coinvolgono altre piattaforme o altri fornitori di servizi nel settore digitale, a prescindere dal fatturato dell’impresa acquisita. In questo modo, la Commissione disporrebbe in modo sistematico, sia pure limitatamente ai principali operatori del settore digitale, delle informazioni sulle acquisizioni anche di piccoli operatori, che le consentirebbero di valutare l’eventuale sollecitazione del rinvio da parte di uno o più Stati membri ai sensi dell’art. 22 EUMR.

dell'operazione, e ottenere *in tempi brevi* un riscontro sull'eventuale sussistenza dei presupposti per una richiesta di notifica (sul modello delle “*comfort letter*”).

## 2. Il test sostanziale per l'esame delle concentrazioni

La Legge prevede che l'attuale *test* sostanziale per l'esame delle concentrazioni, che consiste nella “*costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale*”<sup>15</sup>, sia sostituito da un *test* basato sull'impatto dell'operazione sulla concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante<sup>16</sup>.

Si tratta di un intervento che allinea finalmente il *test* italiano al cd. *test* SIEC – *significant impediment of effective competition*, previsto a livello europeo dall'art. 2(2) e (3) EUMR. L'adozione del nuovo parametro dovrebbe consentire di:

- valutare efficacemente gli effetti delle operazioni che si realizzano in mercati oligopolistici con beni differenziati o in presenza di relazioni verticali particolarmente complesse. In tali contesti, infatti, la concentrazione potrebbe essere in grado di produrre un peggioramento delle condizioni concorrenziali a prescindere da una posizione dominante;

- recepire espressamente quanto dispone lo EUMR circa la possibilità di bilanciare gli effetti restrittivi della concorrenza al realizzarsi di una concentrazione, con i vantaggi di efficienza che si produrrebbero solo con il realizzarsi della stessa, sempre laddove siano significativamente riversati anche sui consumatori<sup>17</sup>; e
- superare gli effetti negativi derivanti dalla divergenza tra il *test* adottato dalla Commissione e quello applicato dall'AGCM, che espone le imprese che devono notificare in Italia al rischio che insorgano incoerenze nella valutazione della compatibilità dell'operazione rispetto ad altri Stati Membri, allorché si esaminano in parallelo operazioni di concentrazione in più Stati membri<sup>18</sup>.

## 3. Trattamento delle imprese comuni

La Legge prevede un ulteriore allineamento del sistema italiano agli *standard* dell'UE, con l'assoggettamento al controllo delle concentrazioni di tutte le imprese comuni *full-function*, a prescindere dalla loro natura cooperativa o concentrativa<sup>19</sup>.

In specie, la novella dispone che:

- un’“*impresa comune*” è valutata alla stregua di una “concentrazione” in tutti i casi in cui

<sup>15</sup> Così, art. 6(1), legge n. 287/1990.

<sup>16</sup> Legge, art. 32(1)(a).

<sup>17</sup> Art.2(1)(2) (a) e (b)) EUMR. In particolare, ai sensi dello EUMR, la Commissione tiene conto: (a) della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza effettiva o potenziale di imprese situate all'interno o esterno della Comunità; (b) 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, 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 dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. Tali previsioni trovano ora riproduzione nel testo novellato dell'art. 6 della legge n. 287/1990.

<sup>18</sup> Ciò si rivela particolarmente grave allorché l'operazione risulti problematica sì da condurre ad un divieto o previsione di misure correttive solo in base al più stringente *test* SIEC.

<sup>19</sup> Legge, art. 32(1)(c). La disciplina nazionale riflette l'impostazione originaria del previgente Regolamento n. 4064/1989/UE. Il legislatore europeo ha successivamente ampliato la categoria delle imprese comuni soggette al controllo sulle concentrazioni fino a ricomprendervi anche le imprese comuni a carattere cooperativo idonee a generare effetti strutturali. Pertanto, il sistema UE tratta come concentrazioni *tutte* le imprese comuni *full-function*, a prescindere dalla loro natura cooperativa o concentrativa. Tale differenza incide anche sulla disciplina sostanziale applicabile nel contesto procedurale fissato dall'EUMR, che per le imprese comuni cooperative include *anche* l'art. 101 TFUE per i profili legati al rischio di cooperazione tra le imprese madri.

essa esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità autonoma (vale a dire laddove si qualifica come “a pieno titolo” o *full-function*);

- qualora la costituzione di un’impresa comune che realizza una concentrazione abbia per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti, tale coordinamento è valutato secondo i parametri adottati per la valutazione delle intese restrittive della concorrenza, ma sempre nell’ambito del procedimento *merger control*. In tale valutazione, l’Autorità tiene conto:
  - della presenza significativa e simultanea di due o più imprese sullo stesso mercato dell’impresa comune, o su uno situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero contiguo strettamente legato; 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<sup>20</sup>.

La riforma ha così inteso eliminare le disparità di trattamento tra i diversi tipi di imprese comuni a pieno titolo, offrendo a tutte – indipendentemente dalla natura cooperativa o concentrativa – la maggiore certezza giuridica garantita dal sistema di controllo preventivo delle concentrazioni, che confina tra l’altro le necessarie verifiche entro termini brevi, prima che si realizzi l’operazione e sulla base di criteri sostanziali ben definiti.

Si tratta di vantaggi particolarmente apprezzabili soprattutto per le operazioni più importanti e delicate.

#### 4. La richiesta di informazioni e documenti in fase preistruttoria

Le Legge prevede che, tanto ai fini dell’applicazione delle norme in materia di intese e abuso di posizione dominante, quanto di controllo delle concentrazioni, l’Autorità possa “*in ogni momento*” richiedere a imprese o enti che ne siano in possesso di fornire informazioni ed esibire documenti utili<sup>21</sup>.

L’Autorità, per rispondere alle richieste di informazioni avanzate dalla stessa, deve riconoscere ai soggetti destinatari un congruo periodo di tempo, anche in ragione della complessità delle informazioni in oggetto, comunque non superiore a sessanta giorni, rinnovabili con richiesta motivata<sup>22</sup>.

Si tratta di una novità significativa perché, nel regime previgente, l’Autorità acquisiva tali poteri istruttori solo in pendenza di un’istruttoria formale.

Nel caso di informazioni o documenti non veritieri e di inottemperanza alla richiesta senza giustificato motivo possono essere applicate le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all’art. 14(5) l. n. 287/1990 che, a seguito della modifica introdotta dal d. lgs. n. 185/2021 (di recepimento della Direttiva (UE) 2019/1<sup>23</sup>) possono raggiungere l’1% del fatturato dell’impresa interessata<sup>24</sup>.

L’attribuzione all’AGCM di un potere di richiedere informazioni e documenti, accompagnato da sanzioni potenzialmente molto elevate, al di fuori del procedimento

<sup>20</sup> Legge, art. 32(1)(c)(2).

<sup>21</sup> *Id.*, 35(1).

<sup>22</sup> *Id.*, art. 35(1)(a) e (b).

<sup>23</sup> Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 *che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, PE/42/2018/REV/1. OJ L 11, 1.14.2019 (“*Direttiva ECN+*”), pp. 3-33.

<sup>24</sup> Legge, art. 35(1)(a) e (b). L’Autorità deve indicare le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste di informazioni e/o documenti. Le suddette richieste devono inoltre essere proporzionate, e non obbligano i destinatari ad ammettere un’infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE ovvero degli artt. 2 o 3 della legge n. 287/1990 (*Id.*, art. 35(1)(a) e (b)).

istruttorio solleva questioni non banali in termini di garanzie procedurali per le imprese coinvolte.

Il nuovo potere si esplica infatti in una fase in cui l'impresa non ha ancora ricevuto la comunicazione di avvio dell'istruttoria e quindi non conosce le contestazioni a suo carico e non può avvalersi delle facoltà in cui si articola il diritto di difesa (essere sentita dagli uffici, accedere al fascicolo, presentare deduzioni e pareri).

Sarebbe pertanto opportuno che la richiesta di informazioni da parte dell'Autorità fosse accompagnata quantomeno da chiare indicazioni sull'oggetto e in relazione alla finalità dell'indagine.

### **5. L'introduzione di una procedura di transazione (c.d. *settlement*), nei procedimenti condotti dall'AGCM.**

La Legge introduce la disciplina della transazione (cd. *settlement*) nei procedimenti istruttori condotti dall'AGCM in materia di intese restrittive e abuso di posizione dominante, prevedendo che l'Autorità, nel corso dell'istruttoria, fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, possa fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione<sup>25</sup>.

L'AGCM può informare le parti che partecipano a discussioni di transazione circa<sup>26</sup>:

- gli addebiti che intende muovere nei loro confronti e gli elementi probatori utilizzati a fondamento degli stessi;
- le versioni non riservate di qualsiasi documento accessibile del fascicolo, per consentire alla parte richiedente di accertare la sua posizione in merito a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto particolare dell'illecito concorrenziale<sup>27</sup>;
- la forcella delle potenziali ammende.

Tali informazioni sono riservate verso i terzi, salvo che l'Autorità ne abbia esplicitamente autorizzato la divulgazione<sup>28</sup>.

In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'AGCM può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono presentare proposte transattive che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990, ovvero agli artt. 101 e 102 TFUE, nonché la rispettiva responsabilità<sup>29</sup>.

La procedura è dunque attivabile, sia nel caso di infrazioni di dimensione nazionale che nel caso di infrazioni di dimensione transfrontaliera con alterazione della concorrenza del mercato dell'UE.

L'Autorità può decidere in qualsiasi momento di cessare le discussioni finalizzate all'accordo transattivo, qualora ritenga che l'efficacia del tentativo di *settlement* sia compromessa<sup>30</sup>.

Prima che l'Autorità fissi un termine per la presentazione delle proposte di transazione, le

<sup>25</sup> *Id.*, art. 34(1).

<sup>26</sup> *Id.*, art. 34(2).

<sup>27</sup> Sebbene la Legge faccia riferimento ai soli "cartelli", è plausibile ritenere che si tratti di un *lapsus calami* del legislatore, in quanto la procedura di *settlement* è applicabile ai procedimenti istruttori condotti dall'AGCM sia in materia di intese restrittive sia in materia di abuso di posizione dominante. L'art. [34] della Legge, infatti, prevede l'aggiunta di un nuovo art. 14-*quater* nella legge n. 287/1990, il quale si inserisce dunque nell'ambito delle disposizioni fissate dall'art. 14. Quest'ultima norma attiene pacificamente alle presunte infrazioni "degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3" della legge n. 287/1990.

<sup>28</sup> Legge, art. 34(2).

<sup>29</sup> *Id.*, art. 34(3).

<sup>30</sup> *Id.*, art. 34(4).

parti interessate hanno il *diritto* di essere informate a tempo debito, *su richiesta*, degli addebiti e delle prove a fondamento degli stessi addebiti<sup>31</sup>.

L'Autorità non è obbligata a tener conto di proposte di transazione ricevute dopo la scadenza del termine<sup>32</sup>.

Infine, la Legge demanda all'AGCM la definizione, con proprio provvedimento generale, in linea con l'ordinamento dell'Unione europea, delle regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione e l'entità della riduzione della sanzione da accordare in caso di completamento con successo della procedura<sup>33</sup>.

## 6. Calcolo del fatturato per il settore bancario e finanziario

La Legge prevede infine l'adozione anche in Italia dei criteri previsti a livello europeo per il calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'obbligo di notifica per le concentrazioni che coinvolgono banche o altri istituti finanziari<sup>34</sup>.

Con specifico riferimento agli istituti bancari e finanziari, la finalità è quella di adeguare la normativa nazionale ai criteri fissati nello EUMR. Come evidenziato dall'Autorità nella Segnalazione del marzo 2021, lo EUMR considera l'ammontare dei proventi derivanti dalla gestione, ovvero elementi che – come per le imprese industriali – rilevino le dimensioni dell'*attività economica* svolta, piuttosto che le dimensioni *patrimoniali*<sup>35</sup>.

La novella dispone in particolare che il fatturato degli istituti bancari e finanziari è sostituito

dalla somma delle seguenti voci di provento: (a) interessi e proventi assimilati; (b) proventi di azioni, quote ed altri titoli a reddito variabile, proventi di partecipazioni, proventi di partecipazioni in imprese collegate e altri proventi su titoli; (c) proventi per commissioni e profitti da operazioni finanziarie; (d) altri proventi di gestione<sup>36</sup>;

Con riferimento invece alle compagnie di assicurazione, la Legge, precisando il precedente criterio, chiarisce ora che il fatturato è sostituito dal valore di premi lordi emessi, che comprendono tutti gli importi incassati o da incassare a titolo di contratti d'assicurazione stipulati direttamente da dette imprese o per loro conto, inclusi i premi ceduti ai riassicuratori<sup>37</sup>.

## 7. Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica

Da ultimo, la Legge prevede una serie di modifiche alla legge n. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica<sup>38</sup>.

Innanzitutto la novella introduce una presunzione relativa di dipendenza economica per le imprese che utilizzano i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale, qualora quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati<sup>39</sup>.

In secondo luogo, la Legge integra i casi – a titolo esemplificativo e non esaustivo – di pratiche in cui si può concretizzare l'abuso di posizione dominante delle piattaforme digitali. In particolare, l'abuso può consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal

<sup>31</sup> *Id.*, art. 34(4).

<sup>32</sup> *Id.*, art. 34(4).

<sup>33</sup> *Id.*, art. 34(5).

<sup>34</sup> *Id.*, art. 32(1)(b)(2).

<sup>35</sup> AGCM, Segnalazione, p. 55.

<sup>36</sup> Legge, art. 32(1)(b)(2).

<sup>37</sup> *Id.*, art. 32(1)(b)(2).

<sup>38</sup> Legge, art. 33.

<sup>39</sup> Legge, art. 33(1)(a).

contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere<sup>40</sup>.

La finalità della modifica è quella di rendere la normativa più appropriata rispetto alle caratteristiche dell'attività di intermediazione delle grandi piattaforme digitali<sup>41</sup>.

## 8. Conclusioni

La Legge incide su diverse aree del diritto *antitrust*, da un lato allineando il diritto della concorrenza nazionale con le norme UE, dall'altro intervenendo in maniera incisiva su alcuni istituti, soprattutto in materia di controllo delle concentrazioni, innovandoli in maniera sostanziale.

Nel complesso, la novella favorisce una maggiore convergenza nell'applicazione del diritto della concorrenza a livello nazionale rispetto a quello dell'Unione europea, il che determinerà un impatto non trascurabile sulla prassi applicativa dell'AGCM.

CLEARY GOTTLIB

---

<sup>40</sup> Legge, art. 33(1)(b). Si rileva che la Segnalazione dell'AGCM aveva anche proposto di esplicitare che potesse costituire abuso il rifiuto dell'interoperabilità di prodotti e di servizi o della portabilità dei dati, limitando la concorrenza (AGCM, Segnalazione, p. 56). Tuttavia, questa proposta non è stata tradotta nel testo finale della Legge.

<sup>41</sup> L'effetto di questa modifica è quello di anticipare uno dei contenuti del DMA, che punta a garantire equità e contendibilità dei mercati in cui operino i prestatori dei servizi digitali definiti come *gatekeeper*.