



Controllo delle concentrazioni tra imprese. La Commissione propone di ampliare i casi di rinvio da parte delle Autorità nazionali di concorrenza

📅 10/11/2020

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, M&A, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 11 settembre 2020, il Commissario europeo per la concorrenza *Margrethe Vestager* ha annunciato¹ che, a partire da metà 2021, la Commissione intende modificare il proprio approccio nei confronti dei rinvii in materia di concentrazioni da parte delle Autorità Nazionali garanti della Concorrenza (ANC), incominciando ad accettare quelli ritenuti meritevoli di un riesame a livello

europeo indipendentemente dal fatto che le ANC interessate abbiano o meno il potere di riesaminarle *proprio motu*.

La competenza in materia di controllo delle concentrazioni è disciplinata dal Regolamento (CE) n. 139/2004², che la ripartisce tra la Commissione e gli Stati Membri sulla base di criteri relativi al fatturato delle imprese coinvolte. Più particolarmente, se una concentrazione ha "dimensione comunitaria"³, essa è di

¹ Per ulteriori informazioni si veda il seguente [LINK](#).

² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GUUE L 24 del 29.01.2004.

³ L'articolo 1 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Campo d'applicazione", ai paragrafi 1-3 dispone: "... Il presente regolamento si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria come definite dal presente articolo, fatti salvi l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 22.



esclusiva competenza della Commissione, e ciò impedisce agli Stati Membri di applicarvi la loro normativa nazionale sulla concorrenza⁴. Viceversa, le concentrazioni che non raggiungono tale soglia rimangono di competenza degli Stati Membri, e la Commissione non è competente ad esaminarle. Ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, tuttavia, gli Stati Membri possono effettuare un rinvio alla Commissione, al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data di notifica di una concentrazione che non ha dimensione europea, chiedendole di riesaminarla a condizione che, cumulativamente, i) la concentrazione incida sul commercio tra Stati Membri, e ii) presenti il rischio di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati Membri che presentano la richiesta⁵. Nello specifico, mentre il primo

criterio è soddisfatto quando la concentrazione in questione è atta ad avere un'influenza riscontrabile sulla struttura degli scambi tra Stati Membri, per quanto riguarda il secondo criterio gli Stati Membri che propongono il rinvio devono dimostrare che, in base ad un'analisi preliminare, vi è un rischio reale che l'operazione incida negativamente sulla concorrenza in modo significativo⁶.

L'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 era stato introdotto nel 1989 (c.d. "*Dutch clause*") al fine di fornire agli Stati Membri che, all'epoca, non disponevano di una legislazione nazionale sul controllo delle concentrazioni, una base giuridica per garantire il riesame di quelle potenzialmente anticoncorrenziali. Nel

Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e*
- b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR;*
salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando:

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR;*
- b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;*
- c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e*
- d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;*
salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro..."

⁴ L'articolo 21 Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Applicazione del presente regolamento e competenza", ai paragrafi 2-3 dispone "... Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal presente regolamento. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria.

Il primo comma lascia impregiudicato il potere degli Stati membri di procedere alle indagini necessarie all'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 4, e dell'articolo 9, paragrafo 2, e di prendere, dopo il rinvio, conformemente all'articolo 9, paragrafo 3, primo comma, lettera b), o paragrafo 5, le misure strettamente necessarie in applicazione dell'articolo 9, paragrafo 8..."

⁵ L'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Rinvio alla Commissione", al paragrafo 1 dispone: "... Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta.

La richiesta va presentata al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato..."

⁶ Com. Comm. sul rinvio in materia di concentrazioni, GUUE C 56 del 05.03.2005, paragrafi 43-44

2014, la Commissione aveva proposto⁷ di modificare l'articolo 22 in modo da consentire il rinvio solamente alle ANC competenti a riesaminare una concentrazione in base alle rispettive norme nazionali. Benché, infatti, l'articolo non preveda esplicitamente tale ipotesi, per lungo tempo la Commissione ha scoraggiato le ANC dal deferirle casi nazionali per i quali esse stesse non disponevano del potere di riesame.

Il dibattito sull'opportunità di rivedere le soglie previste dal Regolamento (CE) n. 139/2004 è di recente tornato di attualità soprattutto alla luce della necessità di tenere conto delle c.d. “*killer acquisitions*”⁸, che coinvolgono piccole e medie imprese di creazione recente, anche di elevato contenuto tecnologico (tipicamente nei settori digitale e delle *life sciences*) che, avendo spesso entrate nulle o molto limitate, in genere non raggiungono le soglie di fatturato previste a livello tanto nazionale che europeo e, pertanto, non sono soggette al controllo delle concentrazioni. In tal caso, la loro acquisizione ad opera di un grande *competitor* che potrebbe avere solamente interesse ad eliminarle dal mercato per proteggere la propria posizione, avrebbe effetti evidentemente anticoncorrenziali pur restando al riparo da ogni capacità di intervento delle ANC o della Commissione. Come rilevato dalla stessa *Vestager*, sebbene le attuali soglie basate sul fatturato previste dal Regolamento sulle concentrazioni generalmente si rivelino efficaci, le entrate non sempre riflettono l'importanza di un'impresa, in particolare nei settori altamente innovativi. Donde, la necessità di un nuovo approccio, che tuttavia non dovrebbe condurre ad una modifica del Regolamento (CE) n. 139/2004 al fine di aggiungere una

nuova soglia basata sul “valore” della concentrazione. Questa soluzione, infatti, non è stata ritenuta percorribile a causa delle difficoltà insite nell'oggettivizzare e fissare ad un livello appropriato la nuova soglia.

Il meccanismo di rinvio attualmente previsto dal Regolamento (CE) n. 139/2004 ha in passato consentito alla Commissione di riesaminare alcune concentrazioni molto significative che non raggiungevano la dimensione europea, quali quella tra *Facebook* e *WhatsApp* del 2014⁹, quella tra *Apple* e *Shazam* del 2018¹⁰ e quella tra *Microsoft* e *GitHub* dello stesso anno¹¹. Con il nuovo approccio, i cui elementi fondamentali verranno definiti dagli appositi orientamenti che verranno pubblicati nel 2021, la Commissione sarà in grado di esaminare un numero ancora maggiore di concentrazioni potenzialmente critiche a livello europeo, altrimenti destinate a sfuggire a qualsiasi *screening*.

I nuovi orientamenti dovranno, peraltro, chiarire numerosi aspetti irrisolti, legati alle tempistiche che le imprese dovranno affrontare, evitando il protrarsi eccessivo dello stato di incertezza sul destino di un'operazione. Ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, infatti, una volta che la Commissione accetta di riesaminare una concentrazione, la transazione non può essere completata prima di ricevere la relativa autorizzazione.

⁷ Per ulteriori informazioni si veda il seguente [LINK](#).

⁸ Per “*killer acquisitions*” si intendono quelle operazioni nelle quali le grandi imprese effettuano acquisizioni di quelle piccole e medie al solo fine di interrompere lo sviluppo dei loro progetti innovativi e prevenire la concorrenza futura.

⁹ Dec. Comm. C(2014) 7239 final del 03.10.2014, Caso M.7217, *Facebook/ WhatsApp*.

¹⁰ Dec. Comm. C(2018) 5748 final del 06.09.2018, Caso M.8788, *Apple/Shazam*.

¹¹ Dec. Comm. C(2018) 7020 final del 19.10.2018, Caso M.8994, *Microsoft/GitHub*.



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com