



Controllo delle concentrazioni. I nuovi Orientamenti della Commissione sui rinvii ex articolo 22 del Regolamento (CE) 139/2004. Una disciplina più efficace con maggiore incertezza giuridica

📅 16/04/2021

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

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

Come anticipato dal Commissario europeo per la concorrenza *Margrethe Vestager* l'11 settembre 2020¹, in data 26 marzo 2021 la Commissione ha pubblicato degli Orientamenti² per

agevolare l'applicazione del meccanismo di rinvio in materia di concentrazioni da parte delle Autorità Nazionali garanti della Concorrenza (ANC) ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004³ nei casi in cui l'operazione non è soggetta a notifica a norma della

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

² Com. Comm. C(2021) 1959 final del 31.03.2021, *Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi*.

³ 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.



legislazione dello Stato o degli Stati Membri interessati.

Gli Orientamenti fanno seguito alla valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo delle concentrazioni svolto dalla Commissione⁴, che vede la competenza ripartita tra la Commissione stessa e gli Stati Membri sulla base di criteri correlati al fatturato delle imprese coinvolte. Nello specifico, in base alla disciplina vigente, se una concentrazione ha “dimensione comunitaria”⁵, essa è di esclusiva competenza della Commissione, e ciò impedisce agli Stati Membri di applicare la loro normativa nazionale sulla concorrenza⁶. Viceversa, le concentrazioni che non raggiungono tale soglia rimangono di competenza degli Stati Membri, e la Commissione non è competente ad esaminarle. Il

Regolamento (CE) n. 139/2004, tuttavia, contiene un meccanismo correttivo per l'applicazione delle soglie attributive della competenza che consente, in circostanze specifiche⁷, il rinvio di singoli casi tra la Commissione ed uno o più Stati Membri.

Secondo la valutazione condotta dalla Commissione, le soglie basate sul fatturato, integrate dai meccanismi di rinvio, si sono finora dimostrate generalmente efficaci nell'individuare le operazioni significative che potrebbero presentare sensitività concorrenziali nel mercato interno. I più recenti sviluppi del mercato, soprattutto nei settori digitali e in quello farmaceutico, tuttavia, hanno determinato un graduale aumento delle c.d. “killer acquisitions”⁸, ossia operazioni che coinvolgono piccole e medie imprese di creazione recente che, avendo spesso ricavi nulli o molto limitati, in genere non

⁴ Comm. SWD(2021) 66 final del 26.03.2021, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*.

⁵ 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.

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...”.

⁶ 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...”.

⁷ Per ulteriori informazioni si vedano gli articoli 4 e 9 del Regolamento (CE) n. 139/2004.

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.

raggiungono le soglie di fatturato previste a livello tanto nazionale che europeo e che, pertanto, sfuggono sia all'esame degli Stati Membri che della Commissione. Non poter prevenire tali operazioni prima che possano pregiudicare la concorrenza, tuttavia, costringerebbe le autorità preposte ad interventi solamente *ex post*, che non necessariamente sono in grado di ripristinare lo *status quo* precedente alla concentrazione. Di conseguenza, la Commissione ha ritenuto opportuna una nuova valutazione dell'applicazione dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 per superare la prassi precedentemente seguita. Ancora nel 2014, infatti, essa aveva proposto⁹ di modificare l'articolo 22 in modo da consentire il rinvio solamente alle ANC competenti a riesaminare la concentrazione in base alle rispettive norme nazionali, una possibilità che, sebbene non espressamente prevista, aveva in concreto scoraggiato le ANC dal deferirle casi nazionali per i quali esse stesse erano prive della competenza originaria.

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 consentire comunque il riesame di quelle potenzialmente anticoncorrenziali. Tale meccanismo ha in passato consentito alla Commissione di riesaminare alcune concentrazioni significative che non raggiungevano la dimensione europea, quali quella tra *Facebook* e *WhatsApp*

del 2014¹⁰, quella tra *Apple* e *Shazam* del 2018¹¹ e quella tra *Microsoft* e *GitHub* dello stesso anno¹².

Più particolarmente, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 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 richiesta¹³. Nello specifico, il primo criterio è soddisfatto quando la concentrazione sia idonea a produrre un'influenza verificabile sugli scambi tra Stati Membri¹⁴, prendendo in considerazione fattori quali, tra gli altri, l'ubicazione dei potenziali clienti e la disponibilità e l'offerta dei prodotti o dei servizi in questione. Per quanto riguarda il secondo criterio, invece, 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 significativo¹⁵, tenendo conto, tra le altre cose, della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante di una delle imprese interessate, dell'eliminazione di un'importante forza concorrenziale e della riduzione della capacità e/o dell'incentivo dei concorrenti a competere.

Secondo i nuovi Orientamenti, i casi che potrebbero costituire oggetto di un rinvio

⁹ Per ulteriori informazioni si veda il seguente [LINK](#).

¹⁰ Dec. Comm. C(2014) 7239 final del 03.10.2014, Caso M.7217, *Facebook/ WhatsApp*.

¹¹ Dec. Comm. C(2018) 5748 final del 06.09.2018, Caso M.8788, *Apple/Shazam*.

¹² Dec. Comm. C(2018) 7020 final del 19.10.2018, Caso M.8994, *Microsoft/GitHub*.

¹³ 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...".

¹⁴ Com. Comm. sul rinvio in materia di concentrazioni, *GUUE C 56 del 05.03.2005, paragrafo 43*.

¹⁵ *Ibidem, paragrafo 44*.

ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 riguardano operazioni in cui il fatturato di almeno una delle imprese interessate non rispecchia il suo peso concorrenziale effettivo o futuro in quanto si tratta, a titolo esemplificativo, di una *start-up* con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o attuare un modello aziendale che generi entrate significative, oppure di un'impresa fortemente innovatrice o che, ancora, ha accesso ad *assets* significativi sotto il profilo della concorrenza.

Al fine di individuare le concentrazioni che potrebbero formare oggetto di rinvio ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 anche senza soddisfare i criteri di competenza applicabili ai sensi delle legislazioni nazionali degli Stati Membri, la Commissione coopererà strettamente con le relative autorità. Alle parti di una concentrazione, inoltre, viene consentito di presentare volontariamente informazioni sulle operazioni che intendono effettuare, di modo che la Commissione possa fornire loro, laddove lo ritenga opportuno, una prima indicazione circa la possibilità che la loro concentrazione possa divenire oggetto di un rinvio.

La Commissione, infine, intende concentrarsi sui casi più rilevanti ottimizzando l'impiego delle risorse amministrative. Di conseguenza essa ha, da un lato, avviato una valutazione d'impatto della revisione degli aspetti procedurali del controllo europeo delle concentrazioni, che rimarrà aperta fino al 23 aprile 2021 ed avrà come obiettivi, tra gli altri, quelli di assicurare una raccolta di informazioni efficace, efficiente e proporzionata, di sondare le possibilità di riduzione del tempo medio necessario

per giungere ad una decisione di autorizzazione nei casi non problematici, nonché quello di semplificare la procedura di notifica delle concentrazioni. Dall'altro lato, la Commissione ha anche avviato una consultazione pubblica per raccogliere ulteriori informazioni, che rimarrà aperta fino al 18 giugno 2021¹⁶.

Se è vero che il nuovo approccio di politica economica consentirà alla Commissione di esaminare un numero ancora maggiore di concentrazioni potenzialmente critiche altrimenti destinate a sfuggire a qualsiasi *screening*, vi sono diverse incertezze legate agli aspetti procedurali.

In primo luogo, nei casi in cui non è prescritta alcuna notifica, come quelli previsti dagli Orientamenti, la richiesta di rinvio deve essere presentata al massimo entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata "*resa nota in altro modo allo Stato Membro interessato*". Sebbene gli Orientamenti stabiliscano che tale concetto va interpretato nel senso di implicare la messa a disposizione di informazioni sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti per valutare il rinvio, tuttavia, null'altro viene detto in merito ai criteri per considerare tali informazioni come "sufficienti".

In secondo luogo, sebbene il fatto che un'operazione sia già stata conclusa non impedisca ad uno Stato Membro di chiedere il rinvio¹⁷, il tempo trascorso dalla sua conclusione è un fattore che la Commissione può prendere in considerazione nell'esercizio del suo potere discrezionale di accettare o respingere la richiesta. Normalmente, infatti, la Commissione non ritiene

¹⁶ Per ulteriori informazioni si veda il seguente [LINK](#).

¹⁷ L'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004 al paragrafo 4 dispone: "... Quando la Commissione esamina una concentrazione in applicazione del paragrafo 3, si applicano l'articolo 2, l'articolo 4, paragrafi 2 e 3, e gli articoli 5, 6 e da 8 a 21. L'articolo 7 si applica nella misura in cui l'operazione di concentrazione non è stata realizzata alla data nella quale la Commissione informa le imprese interessate che la richiesta è stata presentata.

Se non è prescritta una notificazione in applicazione dell'articolo 4, il termine stabilito all'articolo 10, paragrafo 1, per l'avvio di un procedimento decorre dal giorno lavorativo successivo a quello in cui la Commissione ha informato le imprese interessate della sua decisione di esaminare la concentrazione in applicazione del paragrafo 3...".

opportuno un rinvio qualora siano trascorsi più di sei mesi dalla realizzazione dell'operazione, che, nel caso non sia di dominio pubblico, decorrono dal momento in cui i fatti sostanziali ad essa relativi sono stati resi pubblici nell'Unione. Ciò che non le impedisce, tuttavia, di accettare un rinvio tardivo in situazioni eccezionali alla luce, tra le altre cose, dell'entità dei potenziali problemi di concorrenza e degli effetti negativi sui consumatori. Oltre a non esservi una chiara definizione di qual siano, in concreto, i "fatti sostanziali" relativi ad una concentrazione, vi è anche il rischio di rinvii indefiniti dopo che un'operazione è stata chiusa, con possibili ricadute di inaccettabile incertezza.

Gli Orientamenti della Commissione dichiaratamente mirano ad aumentare la trasparenza, la prevedibilità e la certezza del diritto per quanto riguarda una più ampia applicazione dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004. Però le

nuove incertezze rischiano di aggravare i "costi decisionali" che già incombono sulle parti di una concentrazione. Non potendo più fare affidamento su una valutazione legata puramente al fatturato, né su tempi sicuri, al fine di prevenire in quanto possibile il rischio di un eventuale rinvio le parti dovranno esaminare attentamente e molto approfonditamente, e fin dall'inizio, l'impatto della concentrazione sulla concorrenza a 360° nonché la possibilità che le condizioni dell'articolo 22 siano realizzate in uno o più Stati Membri, anche laddove non si raggiungano le soglie previste a livello nazionale. Una volta che la Commissione informa le parti che una richiesta di rinvio è stata effettivamente presentata, infatti, scatta un obbligo di sospensione, e la chiusura dell'operazione non può aver luogo fino a ad avvenuta approvazione (tale obbligo cessa, tuttavia, se la Commissione decide successivamente di non esaminare la concentrazione)¹⁸.

¹⁸ L'articolo 7 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Sospensione della concentrazione", al paragrafo 1 dispone: "... Una concentrazione di dimensione comunitaria, quale è definita all'articolo 1, o che è destinata ad essere esaminata dalla Commissione a norma dell'articolo 4, paragrafo 5, non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione adottata a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), o dell'articolo 8, paragrafo 1 o paragrafo 2, ovvero sulla base della presunzione di cui all'articolo 10, paragrafo 6...".



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