

Newsletter

Practice Area: Diritto europeo e antitrust

Il Tribunale UE conferma che anche operazioni di concentrazione sottosoglia possono formare oggetto di scrutinio antitrust

19 - 2014

Introduzione

Con una pronuncia per certi versi attesa, il 13 luglio 2022, nel caso *Illumina* (causa T-227/21), il Tribunale dell'UE ha confermato che anche operazioni sotto soglia possono formare oggetto di scrutinio da parte della Commissione europea ("**Commissione**"), nel quadro del meccanismo di rinvio previsto dall'articolo 22 del Regolamento (UE) n. 139/2004 ("**Regolamento Concentrazioni**") (*infra sub I*).

La sentenza si pone nel solco del nuovo approccio relativo al meccanismo di rinvio delineato dagli Orientamenti della Commissione sull'art. 22 del Regolamento Concentrazioni pubblicati il 31 marzo 2021 ("**Orientamenti**"). Con tali Orientamenti, a differenza del precedente approccio, la Commissione incoraggia gli Stati membri a chiedere l'intervento dell'Istituzione UE anche in caso di operazioni che non formano oggetto di notifica ai sensi della disciplina nazionale di riferimento (specie nel comparto dell'economia digitale e in quello farmaceutico) (*infra sub II*).

In tale contesto, assume altresì rilievo quanto prefigurato in Italia dal Disegno di Legge recante la Legge Annuale per la Concorrenza ("**DDL Concorrenza**") che prevede *inter alia* l'ampliamento dei poteri di *enforcement* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**AGCM**") e, in particolare, del potere di richiedere la notifica di talune concentrazioni "sottosoglia" (*infra sub III*).

Pare evidente che, a fronte di tali evoluzioni giurisprudenziali e di *policy*, nelle operazioni di M&A ci si dovrà confrontare con un regime *antitrust* di *merger control* sempre più articolato, atteso che, anche a valle del *closing*, in determinati casi la Commissione o l'AGCM potranno scrutinare l'operazione e, nel caso riscontrino criticità concorrenziali, prevedere misure rimediali.

I. La decisione del Tribunale nel caso Illumina

La controversia trae origine dall'acquisizione da parte di Illumina Inc. ("**Illumina**"), società americana specializzata nel sequenziamento genomico, di Grail LLC ("**Grail**"), società americana di biotecnologia che utilizza il sequenziamento genomico per sviluppare *test di screening* del cancro (l'"**Operazione**").

L'Operazione non raggiungeva le soglie di fatturato necessarie per la notifica, e non ha quindi formato oggetto di notifica preventiva né alla Commissione né alle Autorità antitrust nazionali.

A seguito di una segnalazione presentata da un soggetto terzo circa le possibili criticità concorrenziali dell'Operazione, la Commissione ha informato gli Stati membri competenti e li ha invitati a presentare una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 22, par. 5, del Regolamento Concentrazioni ("**lettera di invito**"). L'Autorità francese ha proceduto con la richiesta cui hanno poi aderito le Autorità belga, greca, islandese, olandese e norvegese.

Il 9 marzo 2021 la Commissione ha accettato la richiesta di rinvio e il 28 aprile 2021 Illumina, supportata da Grail, ha chiesto al Tribunale di annullare la decisione della Commissione di accettazione del rinvio e la lettera di invito.

Il Tribunale ha rigettato integralmente il ricorso e ha ritenuto che:

- sussiste la competenza della Commissione atteso che ai sensi dell'art. 22, par.1, del Regolamento Concentrazioni la Commissione può esaminare "*qualsiasi concentrazione*" che possa incidere sul commercio tra Stati membri, indipendentemente dall'ambito di applicazione delle normative nazionali. Inoltre, il meccanismo di rinvio previsto dall'art.22, par. 1, intende introdurre un elemento di flessibilità per esaminare concentrazioni che altrimenti sfuggirebbero ad ogni tipo di controllo in quanto "sottosoglia";
- il termine di 15 giorni dalla data in cui la concentrazione è stata "resa nota" allo Stato membro interessato non era scaduto, atteso che il *dies a quo* ai fini del computo del predetto termine comincia a decorrere dal momento in cui lo Stato membro ha a disposizione tutti gli elementi necessari alla valutazione di una richiesta di rinvio;
- Illumina non ha dimostrato di aver ricevuto "*assicurazioni precise, incondizionate e coerenti provenienti da fonti autorizzate e affidabili*" che, alla luce della prassi in materia di legittimo affidamento, potessero giustificare la violazione di questo principio.

II. Gli Orientamenti del 2021 sull'applicazione del meccanismo di rinvio

Gli Orientamenti sono stati adottati per annunciare al mercato una "inversione di rotta" circa la precedente prassi della Commissione che scoraggiava gli Stati membri a presentare richieste di rinvio ai sensi dell'art. 22 del Regolamento Concentrazioni.

Il mutamento di approccio è giustificato da "*un graduale aumento di concentrazioni che coinvolgono imprese che svolgono un ruolo concorrenziale significativo sul mercato o sui mercati in questione, o che potrebbero svolgerlo, pur generando un fatturato modesto o inesistente al momento della concentrazione*".

Al fine di orientare le autorità nazionali garanti della concorrenza nell'applicazione degli Orientamenti la Commissione ha ritenuto utile individuare: *i)* i requisiti giuridici per il rinvio; e *ii)* ulteriori fattori che possono essere presi in considerazione in sede di esercizio del potere discrezionale di chiedere il rinvio.

CHIOMENTI

i) Requisiti giuridici

Sotto il profilo formale, per essere oggetto di rinvio, la concentrazione deve:

- Incidere sugli scambi tra gli Stati membri; e
- Presentare il rischio di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli altri Stati membri che presentano la richiesta

ii) Ulteriori fattori che possono essere presi in considerazione

I casi che sono "candidabili" per un rinvio alla luce degli Orientamenti sono essenzialmente costituiti da "operazioni in cui il fatturato di almeno una delle imprese interessate non rispecchia il suo potenziale concorrenziale effettivo o futuro".

A tal fine, la Commissione potrebbe prendere in considerazione elementi quali il prezzo di acquisto della società *target*, quando lo stesso è particolarmente elevato rispetto al suo fatturato attuale.

A titolo esemplificativo, la Commissione considera come potenzialmente rilevanti per un rinvio i caso in cui la *target*:

- è una *start-up* o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo, che deve ancora sviluppare o attuare un modello aziendale che generi entrate significative (o è ancora nella fase iniziale di attuazione di tale modello aziendale);
- è fortemente innovatrice o sta conducendo ricerche potenzialmente importanti;
- è una forza concorrenziale effettiva o potenziale significativa;
- ha accesso ad assets significativi sotto il profilo della concorrenza (come materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o
- fornisce prodotti o servizi che sono fattori/componenti chiave per altre industrie.

Per completezza si richiama che, ad avviso della Commissione, "il fatto che un'operazione sia già stata conclusa non impedisce ad uno Stato membro di chiedere il rinvio". Al riguardo la Commissione chiarisce in ogni caso che decorsi sei mesi il rinvio è inopportuno.

Da ultimo, si sottolinea che – secondo quanto chiarito negli Orientamenti – il meccanismo di rinvio è destinato ad operare con più frequenza nel settore dell'economia digitale, in quello farmaceutico, nei settori in cui l'innovazione è un parametro importante per la concorrenza, e per le imprese che hanno accesso a beni di valore concorrenziale come le materie prime, i diritti di proprietà intellettuale, i dati o le infrastrutture o che hanno un impatto su di essi.

III. DDL Concorrenza

L'articolo 32 del DDL Concorrenza apporta talune modifiche alla disciplina sul controllo delle operazioni di concentrazione.

In tale contesto vengono ampliati i poteri di *enforcement* dell'AGCM che potrà richiedere alle imprese interessate la notifica di operazioni sottosoglia a condizione che:

- sia superata una sola delle due soglie di fatturato previste all'articolo 16, comma 1, della l. 287/1990 ovvero il fatturato totale *worldwide* delle imprese interessate sia superiore a cinque miliardi di Euro;
- sussistano 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;

- l'operazione sia stata perfezionata da non oltre sei mesi.

IV. Osservazioni conclusive

La decisione del Tribunale nel caso Illumina, così come gli Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio e l'ampliamento dei poteri di *enforcement* dell'AGCM nei casi delle operazioni "sottosoglia" contribuiscono a delineare un quadro di crescente sensibilità ed incertezza in relazione alle operazioni di concentrazione, sia a livello europeo che nazionale.

La necessità di evitare che operazioni "sottosoglia" potenzialmente sensibili sotto il profilo antitrust, soprattutto nei mercati dei servizi digitali, nel settore farmaceutico e negli altri settori ad alto tasso di innovazione, sfuggano ad ogni controllo è sicuramente al centro della politica europea della concorrenza.

Nel quadro di operazioni di M&A, le imprese interessate si devono confrontare con un regime antitrust di *merger control* sempre più articolato e, specie nelle prime fasi applicative, potenzialmente idoneo a generare margini di incertezza.

È ora chiaro che anche a valle del *closing*, la Commissione o l'AGCM potranno scrutinare l'operazione e, nel caso riscontrino criticità concorrenziali, prevedere misure rimediali.

In presenza di tali circostanze, occorrerà quindi procedere quanto prima ad un'analisi antitrust delle operazioni sensibili per definire al meglio l'assetto contrattuale. Inoltre, ove possibile e nella prospettiva di contenere eventuali rischi antitrust, potrebbe essere opportuno avviare quanto prima un'interlocuzione con le competenti autorità antitrust.

Contatti

Gian Michele Roberti

Partner - Chiomenti
Diritto Europeo e Antitrust
T. +39 06 46622 508
gianmichele.roberti@chiomenti.net

Guido Bellitti

Partner - Chiomenti
Diritto Europeo e Antitrust
T. 39 06 46622 509
guido.bellitti@chiomenti.net

Isabella Perego

Partner - Chiomenti
Diritto Europeo e Antitrust
T. +32 2 775 99 11
isabella.perego@chiomenti.net

Marco Serpone

Partner - Chiomenti
Diritto Europeo e Antitrust
T. +39 06 46622 510
marco.serpone@chiomenti.net
