

CLEARY GOTTLIB

**CONCENTRAZIONI SOTTOSOGLIA – SESSIONE I**

*Controllo nazionale e contesto europeo*

**CESARE RIZZA**

**ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA**

**ROMA, 19 FEBBRAIO 2025**



---

# La sentenza *Illumina e GRAIL/Commissione* del 3/9/2024 (Grande sezione della Corte di giustizia, C-611/22 P)

- *Ex art. 22(1) del Reg. (CE) n. 139/2004: «[u]no o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare **qualsiasi concentrazione** (...) che non ha dimensione [europea] 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**»*
- Secondo l'interpretazione della CE, confermata dal Tribunale, l'art. 22 consentirebbe l'esame efficace di **tutte le concentrazioni aventi effetti significativi sulla struttura della concorrenza nell'UE**, operando come un «**meccanismo correttivo**» delle lacune inerenti a un sistema di controllo basato su soglie di fatturato
- La Corte ha stabilito – allineandosi pienamente alle Conclusioni dell'AG Emiliou del 21/3/2024 – che tale interpretazione era contraria alla storia legislativa, al contesto e alla finalità della norma, nonché **ai principi generali del diritto UE**

---

# La sentenza *Illumina e GRAIL/Commissione* del 3/9/2024 (Grande sezione della Corte di giustizia, C-611/22 P)

- In particolare, tale interpretazione rischierebbe di rompere l'equilibrio tra i diversi obiettivi perseguiti dal Reg. 139/2004 e di compromettere **l'efficacia, la prevedibilità e la certezza del diritto** che devono essere garantite alle parti, **potenzialmente soggette a obblighi di notifica e di sospensione** (¶¶ 205 e 206)
- La Corte ha aggiunto che la portata molto ampia attribuita dal Tribunale a una norma «*che costituisce, incontestabilmente, un'eccezione alle disposizioni dell'art. 1 del Reg. 139/2004*» era «*in contrasto con il consolidato principio interpretativo secondo cui le eccezioni o le deroghe all'impianto o alle norme generali di uno strumento giuridico devono essere interpretate restrittivamente, affinché dette norme non vengano svuotate del loro contenuto*» (AG Emiliou, ¶ 233)
- L'art. 22 non autorizza la CE a incoraggiare o accettare il rinvio di progetti di concentrazione privi di dimensione europea da parte di ANC **che non siano competenti a esaminarli in forza della loro normativa nazionale, qualora l'operazione non soddisfi le soglie di competenza previste da tale normativa**

---

# Operazioni sotto soglia: possibili soluzioni per colmare il *jurisdictional gap* emerso con la sentenza *Illumina*

- 1) Revisione del Reg. 139/2004 (principio dell'equilibrio istituzionale):  
procedura semplificata
- 2) Nuove soglie di notifica a livello nazionale
- 3) Towercast (C-449/21)
- Rapporto Draghi e *Competitiveness Compass*
- L'accettazione del rinvio *ex art. 22* sulla base dell'esercizio dei poteri di *call in* delle ANC (Commissaria Vestager: introduzione di poteri di *call in* **della CE indipendenti da quelli delle ANC**? “*this would require some tolerance in terms of legal certainty, which is exactly what companies and their advisors were complaining about*” in *Illumina/GRAIL* (IBA Annual Comp Conference, 6/9/2024))

---

## **L'accettazione di rinvii *ex art. 22* sulla base dell'esercizio dei poteri di *call in* delle ANC quale soluzione preferita dalla CE**

➤ **La nuova *policy* della CE appare di dubbia compatibilità con le indicazioni fornite dalla Corte in *Illumina/GRAIL*: è legittimo che la CE solleciti e accetti un rinvio *ex art. 22(1)* effettuato da un'ANC la cui competenza a esaminare un'OSS sia fondata sul previo esercizio da parte della stessa del potere discrezionale di *call in* attribuitole dalla sua disciplina nazionale?**

➤ **L'art. 22 non viene nuovamente trasformato in un meccanismo “correttivo” che va ben oltre la rigorosa eccezione alla ripartizione di competenze del legislatore UE fondata sulle soglie di fatturato e che aggira il processo legislativo dell'UE, nonostante la disponibilità di una base giuridica *ad hoc* nel Reg. 139/2004 per la modifica delle soglie e dei criteri di cui all'art. 1?**

---

# Il rinvio alla CE dell'operazione *NVIDIA/Run:ai* sulla base dell'esercizio dei poteri di *call in* dell'AGCM

- Di tali questioni *dovrebbe* occuparsi prossimamente il Tribunale, al quale NVIDIA il 10/1/2025 ha proposto ricorso per annullamento (**causa pendente T-15/25**) della decisione della CE del **31/10/2024** di accettare **il rinvio da parte dell'AGCM** della sua acquisizione del controllo esclusivo della *start-up* israeliana Run:ai Labs
- L'operazione (autorizzata il 20/12/2024) era stata notificata all'AGCM dopo che essa aveva esercitato il suo potere di *call in*, e NVIDIA l'ha nuovamente notificata alla CE su sua richiesta. La CE ha ritenuto che il rinvio dell'AGCM soddisfaceva i criteri dell'art. 22, concludendo poi di essere nella migliore posizione per esaminare l'operazione, data la propria conoscenza ed *expertise* in mercati collegati

---

## ***Ex Illumina* il carattere oggettivo delle soglie di competenza quantitative garantisce la certezza giuridica e la prevedibilità**

➤ Nei regimi di controllo delle concentrazioni, le soglie di competenza svolgono **la duplice funzione di** *«garantire un «legame locale» che giustifichi l'intervento delle autorità in questione e filtrare le operazioni potenzialmente rilevanti [così] da ridurre al minimo, da un lato, il numero di operazioni che ricadono nel sistema anche se poco idonee a sollevare problemi sotto il profilo della concorrenza e, dall'altro, di quelle che ne rimangono al di fuori pur essendo idonee a sollevare preoccupazioni di tale genere (AG Emiliou, ¶ 4)*

➤ **La chiara ripartizione delle competenze tra CE e ANC basata su soglie di fatturato costituisce una garanzia importante di prevedibilità e di certezza del diritto** per le parti

➤ **Solo le soglie ordinarie quantitative** operano in modo oggettivo: costituiscono criteri dimensionali definiti dalla legge con precisione ed *ex ante*, e facilmente determinabili nella misura in cui tali soglie siano ***agevolmente calcolabili***

---

## Rilevanza per la parti di un'OSS dei principi di certezza giuridica e prevedibilità *ex Illumina*

- Anche le parti di un'OSS devono poter conoscere la loro posizione giuridica con un grado di sicurezza relativamente elevato e prima possibile: **nel momento in cui pianificano, negoziano e stipulano accordi di concentrazione vincolanti** («*quando s'impegnano in un'operazione di concentrazione*», ¶ 209, e AG Emiliou, ¶ 194)
- In particolare devono poter:
  - stabilire se il loro progetto dev'essere oggetto di un esame preliminare,
  - identificare “*facilmente e rapidamente*” **l'autorità cui devono rivolgersi, e conoscere i termini e le forme** in cui devono interpellarla, **anche per quanto riguarda la lingua e il contenuto delle informazioni richieste** (¶¶ 208 e 209)
  - sapere se l'operazione sarebbe soggetta a rinvio **indipendentemente da qualsiasi decisione discrezionale che le ANC titolari di poteri di richiamo possano fare in merito al loro esercizio, da sole o in consultazione con la CE**



---

## Poteri di *call in* delle ANC ed esigenza di certezza del diritto

- Sollevano perplessità taluni criteri giurisdizionali definiti in termini **qualitativi** (basati, ad es., sugli effetti sulla concorrenza o su una combinazione di più criteri) non tassativi, applicabili in maniera discrezionale ed *ex post*. A seconda dello SM:
  - (a) possono essere completamente **svincolati da qualsiasi soglia quantitativa** (Irlanda, Lituania, Norvegia), oppure
  - (b) basati su requisiti di fatturato **locale molto bassi** (Danimarca, Ungheria, Islanda) che qualsiasi grande impresa può soddisfare anche da sola, **indipendentemente dal fatto che anche la *target* abbia un fatturato locale** (il potere di *call in* può essere esercitato sulla base dei soli ricavi dell'acquirente), oppure
  - (c) basati su soglie alternative di fatturato **globale, senza alcun requisito di nesso locale**, che una grande impresa può soddisfare da sola (**Italia, 5 miliardi di euro; v. NVIDIA/Run:AI**)
  
- Perplessità aggravate dal fatto che i poteri di *call in* riflettono **standard nazionali potenzialmente molto divergenti**, portando a un quadro di controllo delle concentrazioni **frammentato e imprevedibile** → ruolo dell'ECN e occasione mancata?

---

## Poteri di *call in* delle ANC ed esigenza di certezza del diritto

- Un'OSS diventa soggetta ad obbligo di notifica solo successivamente all'adozione da parte dell'ANC della **decisione di *call in***, adottata necessariamente **dopo che le parti hanno negoziato e/o concluso un accordo vincolante per l'esecuzione dell'operazione**
  
- I criteri di competenza per richiamare le OSS offrono **assai minori garanzie per le parti rispetto alle soglie di competenza ordinarie** -- basate sui **fatturati globali e locali**, o sulle **quote di mercato** (nel Regno Unito pre-Brexit, Spagna e Portogallo) o sul **valore dell'operazione** (Austria e Germania, dove le soglie sono subordinate alla presenza di attività locali “sostanziali” e “significative”)

---

## Incertezza sulla possibilità che un'OSS possa essere oggetto di richiamo e di rinvio *ex art. 22*

- L'unico modo per le parti di un'OSS di ottenere certezza sul punto se la loro operazione, ove conclusa, possa essere **richiamata e successivamente rinviata alla CE**, sarebbe quello di “*rendere nota*” la concentrazione a tutte le ANC con poteri di richiamo
- Ai fini del rinvio *ex art. 22*, **il concetto di “rendere nota” un'OSS dovrebbe essere definito nel Reg. 139/2004**. L'opzione di introdurre una definizione nelle legislazioni nazionali sui poteri di *call in* avrebbe per risultato di ottenere necessariamente un insieme **eterogeneo** di norme che impongono alle parti di fornire **informazioni diverse ad altrettante ANC con poteri di richiamo**, aggravando l'incertezza giuridica
- La mancanza di chiarezza sul concetto di “rendere nota” solleva le stesse criticità della causa *Illumina*: secondo la Corte (¶ 210), **un regime** che richiede la notifica **informale** di una concentrazione a ciascuna delle ANC negli SSMM/altri Stati SEE è **incompatibile con l'obiettivo di efficacia perseguito dal Reg. 139/2004 e sproporzionato**

---

## **Incertezza sulla possibilità che un'OSS possa essere oggetto di richiamo e di rinvio *ex art. 22***

➤ **Posto che la procedura di notifica informale non è prevista nel Reg. 139/2004 né nelle normative degli SSMM**, il periodo precedente all'accettazione del rinvio da parte della CE è una sorta di «terra di nessuno», in relazione al quale vi è pochissima chiarezza e prevedibilità (AG Emiliou, ¶ 209)

➤ **In assenza di alcuna indicazione sul tipo e sul livello di dettaglio delle informazioni sufficienti per “rendere nota” un'OSS agli SSMM**, le parti di un'OSS potrebbero sentirsi tenute a effettuare in ogni SM **depositi particolarmente dettagliati - di fatto simili a notifiche formali**. Anche tale risultato sarebbe *a fortiori* contrario al principio di proporzionalità in ragione degli **oneri sproporzionati in termini di costi e rischi** che esse subirebbero

---

## **Incertezza sui tempi del possibile richiamo di un'OSS e del suo possibile rinvio all'esame della CE**

- Secondo *Illumina*, le parti “*devono essere in grado di identificare **facilmente e rapidamente** a quale autorità devono rivolgersi, ed entro quale termine*” (¶ 209)
- Le disposizioni del Reg. 139/2004 sono concepite per «*garantire un controllo delle operazioni di concentrazione entro **termini compatibili sia con le esigenze di una buona amministrazione sia con quelle del commercio***” (AG Emiliou, ¶ 196)
- Il principio della certezza del diritto richiede che le parti abbiano chiarezza su **quando possono essere soggette a controllo e quando possono dare esecuzione all'operazione**. Deve esserci certezza del diritto sul fatto «*se la Commissione sarà invitata, in futuro, a esaminare la concentrazione sulla base dell'articolo 22 ... e, in caso affermativo, entro quale termine*» (AG Emiliou, ¶ 207)

---

## **Incertezza sui tempi del possibile richiamo di un'OSS e del suo possibile rinvio all'esame della CE**

- **L'incertezza giuridica già creata da criteri qualitativi e vagamente definiti per l'esercizio del potere è aggravata dal *timing* dell'esercizio della discrezionalità (diversa portata temporale tra varie ANC)**
- **Certe ANC possono richiedere una notifica fino a diversi mesi dalla firma, altre possono applicare i loro poteri retroattivamente a OSS già completate (ad esempio, l'AGCM può richiedere una notifica fino a 6 mesi dopo il *closing*, come le ANC danese e ungherese; quella lituana fino a 12 mesi dopo; quella svedese fino a due anni dopo)**
- **Data la portata dei poteri nazionali di *call in*, la CE acquisterebbe la competenza a esaminare un'OSS oggetto di rinvio «*in qualsiasi momento, anche molto tempo dopo la realizzazione della concentrazione*», ciò che è inaccettabile secondo *Illumina* (AG Emiliou, ¶ 216)**

---

## **Incertezza sui tempi del possibile richiamo di un'OSS e del suo possibile rinvio all'esame della CE**

- In *Illumina* la CE ha fatto valere che, portando la concentrazione prevista all'attenzione delle 30 ANC rilevanti mediante **notifiche informali**, le parti di un'OSS farebbero «iniziare il conto alla rovescia»: qualora entro 15 giorni lavorativi non seguisse la presentazione di una richiesta di rinvio, le parti conseguirebbero la certezza che la concentrazione non sarà sottoposta ad alcun controllo nell'Unione
  
- Tuttavia, la stessa CE ritiene che il termine di 15 giorni lavorativi inizi a decorrere soltanto a partire dal momento in cui le ANC dispongano di informazioni *sufficienti* per effettuare l'analisi richiesta dall'art. 22. Pertanto, tale termine può diventare illusorio poiché potrebbe essere spesso prorogato (e presumibilmente sarà prorogato) da una o più ANC, mediante una o più richieste di informazioni, lasciando così le parti della concentrazione **senza un orizzonte temporale prevedibile** (AG Emiliou, ¶¶ 208-211)

---

## La nuova *policy* della CE nell'applicazione dell'art. 22 è contraria anche al principio di pari trattamento *ex Illumina*?

- Un regime in cui le imprese con vendite modeste in una giurisdizione “*finiscono per trovarsi in una situazione notevolmente peggiore rispetto a quella delle imprese con attività più significative*” in quella giurisdizione è in conflitto con il principio di pari trattamento (AG Emiliou, ¶ 224)
- Questo è il caso in cui le imprese di maggiori dimensioni possono beneficiare del sistema dello sportello unico o, in alternativa, effettuare **soltanto una o più notifiche nazionali negli SSMM in cui soddisfano le soglie nazionali**. Le parti di concentrazioni sopra soglia, cioè, non devono affrontare un livello di incertezza paragonabile in quanto sapranno, *ex ante*, se e dove l'operazione è soggetta a notifica (numero di notifiche determinabile in anticipo) e, **quindi, se è suscettibile di essere rinviata alla CE se notificate a livello nazionale**
- Altre imprese non possono farlo qualora un'OSS in cui si impegnano possa diventare soggetta a obbligo di notifica solo a seguito dell'esercizio di poteri discrezionali e selettivi di *call in*: le parti non possono prevedere con certezza se e quando possa esservi un eventuale rinvio alla CE, a meno che, **prima di firmare l'accordo di concentrazione**, non presentino notifiche informali a ogni ANC **dotata di speciali poteri di richiamo**



---

# La nuova *policy* art. 22 della CE: un finale da scrivere in Lussemburgo?

- In *Illumina* la Corte ha affermato che, «grazie a un'interpretazione originale dell'articolo 22 del [Reg. n. 139/2004], la Commissione acquista la competenza a esaminare **pressoché qualsiasi concentrazione che si realizzi in qualsiasi parte del mondo, indipendentemente dal fatturato delle imprese, dalla loro presenza nell'Unione e dal valore dell'operazione, nonché in qualsiasi momento, anche molto tempo dopo la realizzazione della concentrazione**» (AG Emiliou, ¶ 216)
- Date le peculiari caratteristiche dei nuovi poteri nazionali di richiamo, il rinvio conseguente all'esercizio degli stessi non espone la CE al rischio di censure di violazione dei principi generali di diritto analoghe a quelle già formulate dalla Corte?



© 2024 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb", "Cleary" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.