

LUISS 

Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione

*Le nuove frontiere del controllo sulle concentrazioni alla
luce del funzionamento dei mercati moderni*

Prof. Gustavo Olivieri

RELATORE

Prof. Paolo Tullio

CORRELATORE

*Alessandra Laudante
matricola n. 177743*

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	4
<i>I mercati dinamici e le relative sfide sul controllo delle concentrazioni.</i>	6
1.1 . Ricostruzione degli obiettivi del diritto <i>antitrust</i> e le conseguenze sulla valutazione della posizione di dominanza.	6
1.2 . La definizione di mercato rilevante e la valutazione di potere di mercato: osservazioni preliminari.	12
1.3. Le caratteristiche dei mercati dinamici.	13
1.4 . Il controllo delle concentrazioni nei mercati dinamici: la richiesta di un orizzonte temporale più lungo e le nuove sfide da affrontare.	19
1.5 . Il fenomeno delle <i>Killer Acquisitions</i> : settori interessati e casistica.	23
1.5.1. Il settore farmaceutico	24
1.5.2. Il settore digitale	26
1.5.3. Settore dei dispositivi ed apparecchiature mediche	29
1.5.4. Settore delle biotecnologie	30
1.6. Ricostruzione della <i>Theory of harm</i> e il fenomeno delle <i>reverse Killer Acquisitions</i> .	31
1.7. Il sistema delle soglie e le implicazioni sulle <i>policies</i> .	35
1.8. Il rinvio verso l'alto.	40
1.8.1. <i>Caso Illumina Grail</i> .	43
1.9. Uno sguardo comparatistico	45
1.9.1. Paesi che consentono di effettuare una comunicazione volontaria o di richiedere una notifica.	45
1.9.2. Paesi che hanno inserito una soglia basata sul valore della transazione.	46
<i>I tentativi di controllo ex ante del funzionamento dei mercati odierni: la legge n. 118 del 2022 e il DMA.</i>	49
2.1. La segnalazione <i>S4143</i> dell'AGCM e i nuovi orientamenti della Commissione Europea.	50
2.2. <i>Level playing field</i> e gli <i>Enforcement gap</i> fra diritto nazionale ed europeo.	53
2.2.1. Il trattamento delle imprese comuni di cui all'art. 5 della Legge n. 287 del 1990.	53
2.2.2. Il <i>test</i> di valutazione sostanziale di cui all'art. 6 della legge n. 287/1990.	56
2.3. Il <i>SIEC test</i> come soluzione alle criticità dei mercati dinamici?	59
2.4. Gli <i>Enforcement gap</i> delle soglie di fatturato: oltre il fenomeno della <i>killer acquisition</i> (<i>Caso TicketOne</i>).	63
2.5. L'AGCM adotta la comunicazione relativa alle operazioni sottosoglia.	67
2.5.1. Il <i>fumus</i> di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante	67
2.5.2. Ambito di applicazione temporale	73
2.5.3. Aspetti procedurali: i profili problematici sul <i>timing</i> delle operazioni di M&A.	75
2.6. La problematica posta dal coordinamento con l'art. 22 del Regolamento concentrazioni.	79
2.7. La svolta regolatoria nel settore digitale: Il DMA con il relativo art. 14.	81

2.8. Considerazioni di sintesi: l'intervento <i>ex ante</i> come soluzione alle criticità delle acquisizioni di concorrenti emergenti.	84
<i>I prossimi poteri di intervento: il controllo ex ante e controllo ex post su operazioni di concentrazione sottosoglia.</i>	86
3.1. Il controllo <i>ex post</i> su operazioni di concentrazione ai sensi dell'Abuso di posizione dominante.	86
3.2. Il <i>Caso TowerCast</i> .	91
3.3. Gli scenari successivi al <i>Caso TowerCast</i> : la nuova <i>avenue</i> per effettuare un controllo su operazioni problematiche.	96
3.3.1. L'applicazione dell'art. 102 TFUE: uno strumento <i>successivo</i> o <i>alternativo</i> alla disciplina sulle concentrazioni?	97
3.3.2. Il problema di una doppia valutazione.	99
3.3.3. La difficoltà di individuazione dei settori interessati.	103
3.3.4. <i>What about the EU Commission?</i>	105
3.3.5. L'abuso di posizione dominante e i poteri sanzionatori.	107
3.4. Considerazioni di sintesi	112
3.5. Ricostruzione del <i>Caso Illumina/GRAIL</i> .	114
3.5.1. La Sentenza del Tribunale del 13 luglio 2022: il punto sulla competenza della Commissione.	117
3.5.2. I poteri di intervento in <i>Illumina /GRAIL</i> : misure provvisorie, misure correttive, misure ripristinatorie e ammende.	120
3.6. I nuovi poteri di intervento sullo stampo del <i>Caso StandardOil</i> .	126
CONCLUSIONI	133

INTRODUZIONE

Il presente elaborato mira ad analizzare le nuove frontiere del diritto *antitrust* in tema di controllo sulle operazioni di concentrazione alla luce del funzionamento dei c.d. mercati dinamici, delle relative problematiche sollevate dagli economisti e del fenomeno delle *killer acquisitions*.

Nell'affrontare tali fenomeni ho seguito la metodologia del diritto *antitrust* che si esplica in: delimitazione del contenuto degli obiettivi da parte della teoria economica, della scelta di tali obiettivi da parte della politica del diritto e, infine, dell'individuazione dei presupposti giuridici a fronte dei quali vietare determinate condotte imprenditoriali che la commistione della teoria economico-politica ritengono essere anticoncorrenziali.

Seguendo tale tripartizione, il primo Capitolo della tesi ha ad oggetto la delimitazione del contenuto dei nuovi obiettivi individuati dagli economisti che hanno preso atto delle lacune del controllo delle concentrazioni nel contesto del funzionamento dei mercati odierni. In tale ottica si è tentato, in primo luogo, di dare una definizione del concetto di mercati dinamici individuandone le principali caratteristiche e nella successiva valutazione di potere di mercato. In secondo luogo, si è analizzato il fenomeno delle *killer acquisitions* provando ad inquadrare i mercati che coinvolgono tale tipologia di operazioni.

La seconda parte del primo Capitolo è volta a identificare quali siano le motivazioni giuridiche per cui le ricerche empiriche svolte dagli economisti abbiano riscontrato una lacuna nel controllo delle operazioni di concentrazione attraverso un'analisi comparatistica della Legge n. 287 del 1990 e del Regolamento (CE) 139/2004.

Infine, il testo si propone di effettuare un'analisi approfondita di alcuni strumenti *antitrust* introdotti in altri ordinamenti al fine di individuare quali siano stati i presupposti giuridici individuati per sopperire alle questioni segnalate dalla teoria economica. In tale ottica, dapprima si è preso in considerazione il meccanismo di rinvio verso l'alto ai sensi dell'art. 22 del Reg. (CE) 139/2004 alla luce delle nuove *Guidelines* emanate dalla Commissione nel marzo 2021. Al fine di comprenderne il funzionamento e l'obiettivo tutelato sotteso

si è fatto un breve cenno al Caso Illumina/GRAIL. Successivamente, oggetto di descrizione sono stati gli strumenti messi a disposizione dalla disciplina del controllo sulle concentrazioni di altri Paesi come la comunicazione volontaria, il potere di richiedere una notifica su operazioni di concentrazione già realizzate e l'introduzione di una soglia alternativa basata sul valore della transazione.

Una volta analizzate le evidenze empiriche sollevate dalla teoria economica e le prime soluzioni giuridiche presenti in altri ordinamenti quali la Svezia, l'Irlanda, la Germania e l'Austria il secondo capitolo ha come obiettivo quello di analizzare e comprendere quali siano state le risposte fornite dal legislatore italiano e comunitario alla questione delle *killer acquisitions* e delle acquisizioni di imprese nascenti.

A livello nazionale, ci si è soffermati sulla valutazione di alcune novità introdotte con la Legge n. 118 del 2022, sui rispettivi punti di debolezza e su eventuali soluzioni individuate dagli esperti. A livello comunitario, si è fatto riferimento all'art. 14 del *Digital Markets Act*, in particolare, al suo impatto sul funzionamento del meccanismo di controllo preventivo su operazioni di concentrazione.

L'analisi di tali normative ha l'obiettivo di valutare come la nuova disciplina italiana ed il Regolamento sui mercati digitali affrontino le problematiche evidenziate dalla teoria economica. Ciò, anche dal punto di vista degli operatori economici, per capire se siano state adottate misure idonee ad affrontare o prevenire tali situazioni. Il tutto in un'ottica di diritto comparato.

Nel terzo capitolo si esaminano i recenti sviluppi della prassi delle Autorità di alcuni Stati membri ed i relativi esiti giurisprudenziali al fine di prevedere quali potrebbero essere i settori interessati, il funzionamento e le misure imposte tramite i prossimi poteri di intervento di cui saranno dotate le Autorità nazionali poste a tutela della concorrenza e la Commissione europea su operazioni sottosoglia dannose dal punto di vista concorrenziale.

La prima sezione presenta la nuova *avenue* del controllo *ex-post* ai sensi dell'art. 102 TFUE per contrastare le operazioni di concentrazione sottosoglia individuata dalla Corte di Giustizia nel marzo 2023 nel Caso TowerCast. Al fine di comprendere il futuro funzionamento del meccanismo di controllo posticipato su operazioni di concentrazione sono stati descritti i principali punti interrogativi attraverso l'analisi della genesi del

Regolamento concentrazioni ed il primo scenario successivo, ossia il Caso Edpnet/Proximus deciso dall’Autorità belga una settimana dopo all’emanazione della Sentenza da parte della CGUE.

La seconda sezione riprende la vicenda del Caso Illumina/GRAIL al fine di cogliere le eventuali analogie in termini di funzionamento del meccanismo di controllo *ex ante* delle concentrazioni consacrato nel marzo 2021 nelle nuove *Guidelines sull’applicabilità* dell’art. 22 del regolamento concentrazioni con il meccanismo di controllo *ex post* seguito dal Caso TowerCast del marzo 2023 e tracciare le similitudini fra le misure imposte nei due scenari.

Capitolo 1

I mercati dinamici e le relative sfide sul controllo delle concentrazioni.

SOMMARIO: 1.1. Gli obiettivi del diritto *antitrust* e le conseguenze sulla valutazione della posizione di dominanza. 1.2. La definizione di mercato di rilevante. 1.3. Le caratteristiche dei mercati dinamici. 1.4. Il controllo delle concentrazioni nei mercati dinamici: la richiesta di un orizzonte temporale più lungo e le nuove sfide da affrontare. 1.5. Il fenomeno delle *killer acquisitions*: i settori interessati e casistica. 1.6. Ricostruzione della *Theory of harm* e *killer acquisitions* inverse. 1.7. Il sistema delle soglie e implicazioni di *policies*. 1.8. Il rinvio verso l’alto (cenni al *Caso Illumina Grail*). 1.9. Uno sguardo comparatistico: Austria, Germania, Svezia e Irlanda.

1.1. Ricostruzione degli obiettivi del diritto *antitrust* e le conseguenze sulla valutazione della posizione di dominanza.

Le finalità che si pongono alla base dell’istituzione di norme a tutela della concorrenza sono da sempre oggetto di un ampio dibattito nel mondo economico oltre che giuridico¹ in

¹ MARIO LIBERTINI, *Economia e Politica nel diritto Antitrust*, in *Politiche Antitrust: Ieri, Oggi e Domani: Atti del Convegno del 27 maggio 2016 – Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano*.

quanto la precisazione dell'obiettivo o degli obiettivi dell'intervento *antitrust* è cruciale per determinare i modi e le ragioni d'essere della fattispecie di concentrazione. Solo tenendo conto degli obiettivi da raggiungere siamo in grado di capire i modi con cui i singoli casi dovrebbero essere trattati².

La scelta degli obiettivi ricade nell'ambito della politica del diritto, definita anche politica industriale e la delimitazione del contenuto di tali obiettivi ricade nell'ambito di competenza della teoria economica.

Compito del diritto è quello di individuare i presupposti giuridici a fronte dei quali è necessario vietare quelle condotte imprenditoriali che la commistione della teoria economico-politica della concorrenza stabiliscono essere anticoncorrenziali³.

La tripartizione proposta non è sempre stata percepita: storicamente la posizione europea prescindeva da un'analisi economica sottostante la politica industriale (c.d. *demand side*) e si fondava sull'idea che i governi avessero le competenze e le informazioni adatte per poter indirizzare la crescita ovvero "*picking winners*". Successivamente i fallimenti di governo e la cattura dell'industria hanno determinato fallimenti di mercato che hanno portato a considerare l'intervento dello Stato come il peggior nemico del mercato.

Per tale ragione, fin dagli anni '70 si è assistito a politiche c.d. *supply side* attraverso le quali lo Stato, preso atto delle asimmetrie informative esistenti nel mercato, ha creato, attraverso le Autorità a tutela della concorrenza, le condizioni affinché le imprese potessero fare *buisness* al fine di garantire l'innovazione e la crescita economica⁴ per direzionare il progresso economico.

In questo senso Podzun, autorevole economista, rappresenta le finalità del diritto della concorrenza con la metafora del "moto pendolare" in cui l'ispirazione della normativa *antitrust* oscilla da una finalità incentrata sulla *freedom and fairness* ad un'ispirazione incentrata sull'efficienza economica.

La prima impostazione valorizza la finalità politica che indirizza gli strumenti *antitrust* verso obiettivi di giustizia distributiva, inclini ad atteggiarsi a difesa della libertà economica o come contrasto al potere economico privato, ove si vuol far riferimento a quelle formulazioni che imputano alle norme a tutela della concorrenza il ruolo di strumento essenziale di "*democrazia economica*" la cui funzione è quella di promuovere

² M.MOTTA E M.POLO, *Antitrust Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, 2004

³ F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2019.

⁴ E. IOSSA, *Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana*, Firenze 8 e 9 giugno 2023.

la concorrenza in difesa dei contraenti più deboli tra cui i consumatori e le piccole-medie imprese⁵.

La seconda impostazione tramandataci dalla “scuola di Chicago” costruisce il diritto *antitrust* in funzione dell’efficienza dei mercati per cui l’analisi economica del diritto accantona il problema della distribuzione delle risorse e dell’individuazione dei soggetti destinatari del *surplus* di ricchezza prodotta dal sistema, a fronte del quale si pongono in una posizione di neutralità non avendo alcuna pertinenza con il diritto *antitrust* ma natura politico-sociale.

Il concetto di efficienza dei mercati mira a salvaguardare il funzionamento dei mercati in modo idoneo a selezionare fra diverse offerte, attuali o potenziali, così da realizzare il massimo risultato in termini di benessere collettivo, tenendo conto delle regole che li governano.

L’accento posto al c.d. *benessere collettivo* non deve trarre in inganno in quanto i seguaci della scuola neoclassica non lo identificano con il benessere del consumatore in prospettiva di un *consumer welfare* ma con “*l’efficienza globale del sistema economico*”. Di conseguenza, la struttura concorrenziale del mercato non rappresenta un valore da preservare in assoluto come portatrice di benefici verso la collettività ma uno stato che va difeso solo in quanto arreca un vantaggio *effettivo e riscontrabile* al sistema economico nel suo complesso⁶.

Il contenuto dell’“*efficienza globale del sistema economico*” si differenzia in base al modo in cui gli economisti intendono il tipo di efficienza da realizzarsi⁷: in senso statico, osservando l’andamento di breve periodo di prezzi e quantità, c.d. *efficienza statica*, o dalla prospettiva di ottimizzazione dei costi per produrre la merce, dando così conto della capacità delle imprese di produrre limitando gli sprechi di risorse⁸, c.d. *efficienza produttiva*.

Sebbene questi due orientamenti siano presenti, lo sviluppo dei mercati capitalistici odierni ha dimostrato che assume un maggior peso la c.d. *efficienza dinamica* che mira verso l’attitudine dei mercati a sostenere un processo di innovazione continua⁹.

⁵G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998.

⁶ V. MANGINI E G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore- Torino 2009, 3 ss.

⁷M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, 39 ss.

⁸ F. GHEZZI E G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2019.

⁹ MARIO LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto-Annali III*, Giuffrè Milano, 2010 191 ss.

Se per l'efficienza *allocativa* o *statica* studi empirici hanno dimostrato una relazione inversa tra potere di mercato e benessere, lo stesso non può dirsi per l'efficienza *dinamica* e *produttiva*.

In questo contesto, il contributo dato dal sociologo-economista Shumpeter permise di spostare l'attenzione dal modello di concorrenza perfetta, basato quasi esclusivamente sui prezzi, ad un modello in cui si prende atto della dinamica sostanziale di mercato cioè dell'impulso che il progresso economico trae dall'introduzione di nuovi beni di consumo, dall'impiego di nuove tecniche produttive e distributive, dalla conquista di nuovi mercati e dalle nuove forme di organizzazione industriale e commerciale.

Pertanto, non si potrebbe escludere che la grande impresa monopolistica sia più in grado di promuovere lo sviluppo e, nel lungo periodo, promuovere la crescita globale del sistema; considerazione che ha capovolto le letture precedenti in cui il modello di concorrenza perfetta era in grado di assurgersi come modello assoluto di efficienza.

L'idea *shumpeteriana* portò notevoli ricadute nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust* in quanto permise di concepire i monopoli come capaci di produrre effetti *positivi* oltre quelli *negativi*¹⁰.

Non deve dunque meravigliare se il potere di mercato non venne interpretato come indesiderabile di *per sé* e rappresentativo di un *incentivo* ad innovare e ad investire¹¹, ciò significa che la prospettiva di godere di potere di mercato ricopre un importante ruolo nel conferire alle imprese l'incentivo ad investire in *R&D* incentivando l'utilizzo di tecnologie più efficienti, migliorando la qualità dei prodotti o introducendone di nuovi.

L'attività innovativa è stimolata *ex ante* da un ambiente competitivo ed *ex post* da un ambiente monopolistico una volta che i frutti della ricerca vengono ottenuti.

Preso atto di tale situazione, le *politiche di intervento* a cui auspicano gli economisti non dovrebbero avere il carattere interventista perché l'esistenza di un certo potere di mercato potrebbe portare ad un miglioramento del benessere e, contestualmente, se le autorità *antitrust* cercassero di eliminare o ridurre il potere di mercato tutte le volte che si manifestasse la loro azione porterebbe ad un dannoso effetto di *disincentivo* dall'investimento.

Una prima applicazione di tale intuizione fu proposta da alcuni orientamenti della dottrina e della giurisprudenza che prevalsero per un modello di concorrenza c.d. *workable*.

¹⁰ SHUMPTER J.A., *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Etas Kompass, Milano 1964.

¹¹ M. MOTTA E M. POLO, *Antitrust Economia e Politica della concorrenza*, Il Mulino, 2004, 60 ss.

Tale modello riconosce come *necessaria*, talvolta *positiva e compatibile* con un corretto funzionamento della concorrenza, una *riduzione del numero* delle imprese operanti sul mercato¹².

Analogamente, la teoria del mercato contendibile conduce a politiche *antitrust* che non sono tese ad eliminare tutte le imperfezioni di mercato perché esse, lette in un contesto generale, non sono considerate dannose del corretto funzionamento di mercato.

Seguendo tali riflessioni, assunse un ruolo centrale per valutare la pericolosità di un monopolio il criterio della presenza di barriere all'entrata e all'uscita di un mercato¹³.

Laddove l'impresa sia sottoposta ad una c.d. *concorrenza potenziale* dovrebbe in ogni caso adottare o osservare comportamenti concorrenziali al fine di scoraggiare l'ingresso di nuovi *competitors*, ad esempio mantenendo i prezzi a livelli concorrenziali.

L'impatto di tale criterio sull'analisi del grado di monopolio permise di considerare irrilevante persino il monopolio "puro" in quanto la minaccia di nuovi entranti rappresenta un fattore che influenza in maniera determinante il comportamento delle imprese attive nel settore.

Esaminando la scelta di quali obiettivi economici associare alla disciplina *antitrust*, soprattutto quando ci si confronta con comportamenti di imprese che si pongono in posizione dominante, ci imbattiamo di fronte ad un bivio:

- a) Da un lato, potremmo apprezzare i risultati, ad esempio in termini di aumento della varietà e qualità dell'innovazione, nonostante il comportamento delle imprese offerenti penalizzi i comportamenti dei concorrenti sia attuali che potenziali.
- b) Dall'altro, potremmo soffermarci sulla struttura di mercato punendo tutte quelle condotte che riducono il numero dei concorrenti sia attuali che potenziali e aumentano la concentrazione del potere di mercato in capo ad imprese già in veste dominante al di là dei risultati che producono in termini di prezzi, quantità, innovazione e qualità.

Negli ultimi decenni l'idea che ha prevalso è stata la prima ove il punto di riferimento è (*o era?*) la buona *performance* di mercato, cioè il risultato.

¹² V. MANGINI E G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore- Torino 2009, 3 ss.

¹³ J.S. BAINS, *Barriers to new Competition*, Harvard Un. Press, Cambridge, Mass, 1956.

Non interessa (o interessava?) il fatto che a produrlo sia un'impresa in posizione dominante e che aumenti la propria fetta di mercato al punto di riuscire a conseguire il monopolio¹⁴.

L'enfasi aggiunta mira a introdurre il tema del dibattito che sta avvenendo in sede europea (e non solo) sul ruolo che, nell'ambito di una lettura economica, dovrebbe avere la politica industriale e del contestuale ruolo della tutela della concorrenza a fronte dei fenomeni empirici che coinvolgono il nostro contesto economico.

Ad esempio, l'esame del dialogo avvenuto sui mercati digitali ha condotto ad un "*Re-thinking market failures*".

Gli economisti che fino ad oggi non avevano mostrato preoccupazioni sul concetto di libero gioco della concorrenza e sul concetto di "*winner takes all*" hanno preso atto delle peculiarità del settore digitale, caratterizzato da fortissime economie di *network* dal lato della domanda e contestualmente da economie di stallo dal lato dell'offerta che comportano non solo un'estrema velocità del raggiungimento della posizione di "*winner takes all*" ma, soprattutto, un'estrema complessità di intervento una volta che questi operatori arrivano a sfiorare il *tipping point*¹⁵.

In un primo momento, nella prassi dell'Autorità, questa diversa prospettiva ha indotto un forte ampliamento dei casi portati in tema di abuso di posizione dominante nel tentativo di contrastare le condotte degli operatori dominanti volti ad estendere la propria posizione di dominanza in mercati contigui¹⁶.

In un secondo momento, la Commissione europea e le Autorità hanno avviato un processo di ripensamento degli strumenti *antitrust* idonei a contrastare questi fenomeni consapevoli che talvolta l'approccio *ex post* potrebbe non bastare¹⁷.

È bene sottolineare, come vedremo nei paragrafi successivi, che il settore digitale rappresenta solo la punta dell'*iceberg* di un fenomeno di più ampio respiro che coinvolge il funzionamento dei mercati odierni¹⁸.

¹⁴ F. GHEZZI E G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2019.

¹⁵ Il concetto di *tipping point* viene utilizzato per esprimere una condizione che raggiunge una massa critica tale da generare cambiamenti rapidi e sostanziali nelle dinamiche di mercato.

¹⁶ In A528-FBA Amazon, A529 Google/Compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto, A561 app tracking transparency di Apple.

¹⁷ E. IOSSA, *Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana*, Firenze 8 e 9 giugno 2023.

1.2. La definizione di mercato rilevante e la valutazione di potere di mercato: osservazioni preliminari.

La nozione di mercato rilevante è il concetto utilizzato dal diritto della concorrenza per identificare il campo di competizione tra le imprese.

Tale definizione coincide con il luogo in cui le imprese svolgono la propria azione competitiva, esercitando gradi variabili di potere di mercato.

L'utilizzo della nozione è *strumentale* rispetto alla valutazione del potere di mercato in concreto per poter attuare le normative a tutela della concorrenza poiché la delimitazione del mercato rilevante permette di stimare direttamente il grado o livello di potere che un'impresa possiede o potrebbe possedere.

I criteri seguiti nella definizione di “mercato di prodotto” si riferiscono in primo luogo alla *sostituibilità dal lato della domanda*, per cui tutti i prodotti sono considerati sostituibili dai consumatori rispetto a quelli delle parti della concentrazione.

In secondo luogo, alla *sostituibilità dal lato dell'offerta*, che include tutti quegli operatori che offrono o sarebbero in grado di offrire tali prodotti a seguito di un aumento dei prezzi laddove la conversione della propria capacità produttiva sia probabile, rapida e conveniente.¹⁹

Di conseguenza, l'esercizio definitorio ha permesso alle Autorità *antitrust* di ampliare la nozione di mercato rilevante al ricorrere di determinate condizioni, con le relative conseguenze in termini di valutazione della quota di mercato detenuta dall'impresa.

Infatti, nei contraddittori instauratisi tra Autorità o Commissione Europea e le imprese, il mercato rilevante è stato utilizzato come un'arma utile per individuare gli ambiti più piccoli in cui le imprese erano in grado di esercitare la loro dominanza. D'altro canto, le imprese hanno cercato di difendersi contestando alle Autorità l'utilizzo e l'analisi di una nozione troppo ristretta e specifica di mercato rilevante.

La concorrenza potenziale è un ulteriore elemento che viene generalmente valutato in uno *stadio successivo* rispetto all'individuazione della posizione di dominanza che è già stata accertata ed è in grado di creare problemi da un punto di vista della concorrenza.

La teoria della concorrenza potenziale spiega come la minaccia di nuove imprese rappresenti un fattore determinante capace di esercitare un'influenza sul comportamento

¹⁹ Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza GUUE C 372 del 9/12/1997.

delle imprese presenti su un settore, inducendo le stesse a ridurre i prezzi, migliorare la qualità e continuare ad investire in ricerca e sviluppo.

Pertanto, le Autorità poste a tutela della concorrenza sono di regola tenute a prevedere anche gli effetti che potranno avere sulla struttura competitiva del mercato determinate evoluzioni future legate all'ingresso di nuove imprese che si trovano al di fuori del mercato rilevante ma potrebbero entrarci dopo un certo periodo.

Il processo di definizione del mercato rilevante si differenzia in base alle fattispecie oggetto di indagine dell'Autorità: per le concentrazioni la delimitazione del mercato rilevante assume i connotati di una valutazione *ex ante* che inevitabilmente risulta più aleatoria poiché, nell'applicazione delle diverse tecniche di analisi, si dovrà tener conto sia di elementi connessi alla fattispecie concreta che all'eventuale sviluppo dei mercati. In altri termini, nell'individuazione del mercato rilevante occorre tener conto di come si potrebbero evolvere le condizioni di concorrenza nel futuro per effetto della normale evoluzione dei mercati e per effetto dell'operazione che si sta controllando.

Per tale ragione è possibile riscontrare un diverso grado di certezza nella fattispecie di concentrazione rispetto alle fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza, dove la definizione di mercato rilevante “fotografa” una situazione esistente alla condotta illecita e al massimo si spinge a ricostruire la situazione di mercato passata, al fine di indentificare gli effetti che il comportamento delle imprese coinvolte ha prodotto.

Al pari delle considerazioni che vengono svolte in tema di Abuso di posizione dominante, l'analisi richiesta sul controllo delle concentrazioni è di tipo *dinamico*, non basta una mera analisi fondata sulle quote di mercato e sul numero dei concorrenti, rendendosi necessario una comprensione delle concrete dinamiche concorrenziali²⁰.

Queste osservazioni preliminari permettono di comprendere perché il funzionamento delle industrie e dei mercati dinamici hanno dato luogo a nuove sfide sia nella definizione di “*mercato rilevante*” che nella valutazione conseguente di “*potere di mercato*”.

1.3. Le caratteristiche dei mercati dinamici.

²⁰ F. GHEZZI E G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, G-Giappichelli Editore Torino, 2019, p.54 ss.

Tentare di dare una definizione di mercati dinamici rappresenta un'attività complessa volta ad individuare una serie di caratteristiche utili a tracciare le *diretrici* di quelle che oggi giorno sono considerate industrie o mercati dinamici²¹.

Una *prima direttrice* in cui rientrano il settore digitale e il settore farmaceutico riguarda i c.d. “*existing markets*” in cui la concorrenza non si basa su una competizione di prezzi ma sull'*innovazione*.

Innanzitutto, il settore digitale è connotato da notevoli rendimenti di scala e da *multi sided markets* in cui le prestazioni o servizi vengono erogati gratuitamente.

Allo stesso modo, il settore farmaceutico ruota attorno all'innovazione, alla qualità e alle prestazioni terapeutiche dei beni introdotti nel mercato.

Nel tentativo di inquadrare tali settori vale la pena citare il procedimento A528-FBA *Amazon* in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato italiana si è occupata della posizione dominante di Amazon, in particolare della problematica sollevata nella valutazione di potere di mercato di un *multi-sided market*. La difficoltà incontrata dall'AGCM riguardava la definizione di mercato rilevante e la quantificazione del potere di mercato in settori dinamici derivante dalle *interazioni* tra industrie appartenenti a tali settori come l'*e-commerce*, la distribuzione *on-line*, il mercato *on-line*, e industrie considerate tradizionali come quello della logistica. Nell'ambito di questa ricostruzione il punto interessante è stata la valutazione della concorrenza potenziale, ovvero di quegli attori che operano nel settore della logistica potenzialmente interessati dalla strategia di vendita abbinata adottata da Amazon²².

In particolare, il quesito in cui si è imbattuta l'Autorità era capire in che misura gli attuali fornitori di logistica di Amazon possono essere considerati concorrenti efficienti di Amazon in *futuro*²³.

La *seconda direttrice* riguarda i c.d. “*non existing markets*” in cui la concorrenza può avvenire a livello di ricerca e sviluppo, di conseguenza i prodotti finali non sono ancora identificati o presenti sul mercato.

A livello comunitario, un esempio che può aiutare a comprendere la portata di questo tipo di mercati è la valutazione svolta dalla Commissione europea dell'acquisizione di Monsanto da parte di Bayer nel procedimento M.8084 del 2018²⁴.

²¹ A. PEZZOLI, “*Market definition and market power evaluation in dynamic industries*”, DCI *Inaugural Conference 2023 Dynamic Competition Applied*, 13-14 aprile, 2023.

²² A528-FBA Amazon, Bollettino 49/2021.

²³ A. PEZZOLI, *Ibidem*.

²⁴ Caso M.8084-Bayer/Monsanto. [EUR-Lex - 52018M8084\(02\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/lexuris/ui/#!/cases/52018M8084(02)-EN)

Questa fusione avrebbe realizzato l'azienda più potente al mondo nel settore delle sementi e dei pesticidi.

L'approvazione di tale operazione è stata sottesa ad una serie di misure correttive volte a scongiurare *sovrapposizioni* delle parti in materia di sementi, pesticidi e agricoltura digitale. Nelle conclusioni svolte dalla Commissione il ruolo determinante *non* è stato rivestito dal calcolo delle *quote di mercato* ma da un'analisi approfondita sui portafogli di Bayer e Monsanto dal punto di vista del panorama tecnologico.²⁵

In questo contesto, il capo unità per i controlli delle concentrazioni presso la DGCOMP Thomas Deisenhofer ha effettuato una dichiarazione che permette di capire la presa di posizione della Commissione europea nella valutazione di operazioni che si effettuano in questo tipo di mercati: *“Enforcers must be careful when they analyse mergers for innovation concerns, because current markets shares are not such a good predictor of what competition for research and development will look like. It is not enough to describe the world of pesticides or traits as differentiated product markets. (...)”* e *“It's not one world, it is many worlds and that translates to multiple different innovation efforts directed at different innovation spaces within those industries”*.

In questo caso, il ruolo dell'agenzia di controllo della concorrenza è stato quello di neutralizzare una forma di partenariato che avrebbe potuto condurre ad una concentrazione di competenze tecnologiche specifiche all'interno di uno specifico spazio per l'innovazione.

Nella valutazione della fusione, la DGCOMP non ha solo analizzato gli effetti della concentrazione sulle quote di mercato ma ha altresì valutato l'impatto potenziale sulle competenze tecnologiche all'interno di uno specifico campo di innovazione.

Infatti, la metodologia seguita dalla Direzione è stata basata sull'esame delle quote di brevetto congiunte ed era volta a identificare i punti tecnologici di forza delle imprese in diverse aree di innovazione relative alle parti e i potenziali effetti relativi all'innovazione derivante dalla fusione. L'esame delle quote di brevetto congiunte sono emerse da un'analisi di brevetti di “alta qualità” strumentale all'identificazione delle relative posizioni.

Le motivazioni sottese all'approvazione di quest'operazione ben rappresentano la rivoluzione che sta avvenendo in sede di valutazione degli effetti di una concentrazione

²⁵ Newsletter LexisNexis, “*Innovation in Merger Analysis-How the EU Commission Evaluated the Case of Bayer Monsanto*”, 9 aprile 2019.

in quanto si è dato seguito alla tendenza a focalizzarsi sul ruolo della tecnologia e sull'innovazione. Nonostante il raggiungimento di alte quote di mercato la concentrazione di risorse e tecnologie ha permesso di non considerare tale fusione come necessariamente dannosa.

A livello nazionale, un caso interessante in cui l'Autorità italiana è stata investita dell'onere di valutare l'impatto di una concentrazione su *mercati nuovi e in via di sviluppo* è rappresentato dalla revisione della concentrazione riguardante la *joint venture* fra EnelX e Volkswagen²⁶.

La nuova entità era finalizzata allo sviluppo di infrastrutture di ricarica per la mobilità elettrica. In questo contesto, l'AGCM ha dovuto necessariamente identificare i concorrenti potenziali²⁷ e capire il ruolo che avrebbero potuto svolgere i potenziali nuovi operatori.

Il risultato di tale sforzo, al pari di quanto rilevato nell'acquisizione di Monsanto da parte di Bayer, è rappresentato dal fatto che le *quote di mercato attuali* non sono significative per la valutazione di potere del mercato.

È emerso che in contesti caratterizzati da mercati nuovi o in via di sviluppo le quote di mercato non solo possono cambiare continuamente ma possono anche essere erose abbastanza facilmente.

Una *terza direttrice* prende in considerazione nuovi mercati cui sviluppo dipende principalmente dal ruolo dei dati che rendono estremamente complesso riuscire a identificare i confini dei mercati rilevanti.

Attualmente i dati detenuti da un'impresa svolgono il ruolo di collante, grazie ad essi un'impresa che oggi svolge un determinato tipo di attività potrebbe entrare in qualsiasi mercato²⁸.

Ad esempio, recentemente l'AGCM ha aperto un procedimento nei confronti di *Google* in cui sono state contestate una serie di condotte di tipo escludente ai sensi dell'Art. 102 TFUE²⁹. Nello specifico, *Google* avrebbe ostacolato l'interoperabilità della condivisione dei dati presenti nella propria piattaforma con altre piattaforme, in particolare con l'*APP*

²⁶ C12404-*EnelX-Volkswagen Finance Luxemburg/JVC*, Bollettino n. 51/2021.

²⁷ 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 “*le prospettive delle diverse categorie di operatori potenzialmente interessati*”, C12404.

²⁸ A. PEZZOLI, *Conferenza Associazione Antitrust Italiana*, 8-9 giugno Firenze.

²⁹ A552-*Google-Ostacoli alla portabilità dei dati*, Bollettino n.27/2022.

Weople, gestita da *Hoda*, un operatore attivo in Italia che ha sviluppato una banca di investimento dati³⁰.

Quest'ultimo aveva sviluppato un nuovo servizio tramite il quale gli intermediari autorizzati dagli utenti sia a raccogliere i loro dati individuali da diverse piattaforme che a rivenderli agli inserzionisti avrebbero potuto trasferire parte dei profitti ai proprietari dei dati individuali.

L'istituto della portabilità dei dati avrebbe offerto la possibilità ad operatori alternativi di esercitare una pressione concorrenziale su operatori come *Google*, che fondano la propria dominanza sulla creazione di ecosistemi basati sulla gestione di una quantità enorme di dati che di regola si è mostrata funzionale solo al proprio modello di *business*.

In questo senso, i nuovi intermediari potrebbero essere visti sia come potenziali concorrenti di *Google* sia come l'origine di un nuovo mercato.

La presunta condotta escludente contestata a *Google* sarebbe stata quella di ostacolare la raccolta dei dati da parte dei nuovi intermediari. Di conseguenza, l'impatto della condotta dilatoria sullo sviluppo di un nuovo servizio non ha permesso ai nuovi intermediari di accedere ad un mercato nuovo e in via di sviluppo in cui *Google* non assume la posizione di dominanza proprio perché tale mercato deve ancora svilupparsi. Tuttavia, tramite la detenzione dei dati è in grado di “*pregiudicare in maniera considerevole le dinamiche concorrenziali in termini di livello dei servizi offerti, ampiezza e varietà dell'offerta, innovazione e diversità dei modelli di business, in tal modo ostacolando l'esplicarsi di una concorrenza basata sul merito*”³¹.

Infine, una *quarta direttrice* è rappresentata dalla possibilità che in taluni mercati tradizionali l'innovazione dirompente cambi il loro modello di *business*.

In tutti i contesti caratterizzati dalle c.d. industrie dinamiche una delle sfide principali che le Autorità nazionali e comunitarie hanno dovuto affrontare nell'applicazione delle norme *antitrust*, in particolare nella revisione delle concentrazioni, è stata rappresentata dall'esigenza di un *orizzonte temporale più ampio* nella definizione di mercato rilevante e nella valutazione del potere di mercato perché è emersa la necessità di prevedere la portata e i benefici della *futura concorrenza*³².

³⁰ Comunicato stampa A552, Roma 14 luglio 2022.

³¹ Considerando 41 testo del provvedimento A552.

³² A. PEZZOLI, “*Market definition and market power evaluation in dynamic industries*”, DCI *Inaugural Conference 2023 Dynamic Competition Applied*, 13-14 aprile, 2023.

Da questo punto di vista, il ruolo crescente delle economie di scala e di scopo avvenuta soprattutto, ma non solo, a causa della detenzione di dati rende necessario nel definire i mercati rilevanti analizzare con più attenzione ciò che accade sul lato della *sostituibilità dell'offerta*.

I rischi legati ad una valutazione troppo ampia del mercato vengono meno, se fino ad oggi la sostituibilità dal lato dell'offerta e la valutazione della concorrenza potenziale rappresentavano elementi che venivano utilizzati dalle imprese come uno strumento di difesa volto ad allargare i confini e a limitare la quantificazione del potere di mercato, attualmente pare che sia stato e possa essere utilizzato in maniera inversa dalle Autorità. Normalmente, la prassi svolta dalle Autorità era volta ad attribuire notevole enfasi al ruolo della *concorrenza potenziale* nella veste di un *fattore mitigante* del potere di un'impresa³³.

Tramite questo criterio, le Autorità hanno ritenuto compatibili con il mercato interno anche operazioni che, pur coinvolgendo quote di mercato decisamente elevate, non erano tali da escludere la possibilità anche solo futura di ingresso nel mercato interessato di nuovi operatori.

Nei mercati dinamici è stata richiesta un'attenzione maggiore anche nella valutazione della *concorrenza potenziale* che diventa idoneo a rendere più rigorosa l'applicazione degli strumenti *antitrust*.

Inoltre, l'identificazione degli stessi e del ruolo che avrebbero potuto rivestire nel mercato ha richiesto un'analisi proiettata in un orizzonte temporale di medio-lungo periodo, più ampio rispetto a quello utilizzato nei settori tradizionali³⁴.

Ad esempio, nel controllo delle concentrazioni l'analisi approfondita sulla sostituibilità dell'offerta e sulla concorrenza potenziale assume una veste ancora più centrale se si punta ad una corretta valutazione delle *non-horizontal mergers*, soprattutto in quelle conglomerali in quanto a causa della struttura dei mercati odierni è emerso che possono non rappresentare più la storia di una mera strategia di diversificazione.

Tali fattispecie sono state generalmente considerate come operazioni non inclini a sollevare problemi di natura concorrenziale³⁵.

³³ M. BERETTA E M. D' OSTUNI, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, G. Giappichelli Editore, 2017.

³⁴ A. PEZZOLI, *Market definition and Market Evaluation in Dynamic Industries*, DCI Inaugural Conference 2023 Dynamic Competition Applied, 13-14 aprile.

³⁵ Considerando 11,12,13,14, Comunicazione n. 2008/C 265/07.

Infatti, a differenza delle concentrazioni orizzontali, è difficile ipotizzare casi in cui esse determinano il venir meno di un concorrente operante nel medesimo mercato con il conseguente rafforzamento di potere di mercato³⁶.

Queste due categorie coinvolgono da un lato, imprese che operano a diversi livelli della filiera produttiva e dall'altro, imprese che operano in mercati distinti. Di conseguenza, la fonte principale di effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni orizzontali è stata per lungo tempo ritenuta assente nelle concentrazioni verticali e conglomerali.

Diversamente da quanto ha mostrato la prassi nei settori tradizionali, l'analisi della concorrenza potenziale e della sostituibilità dal lato dell'offerta nei mercati dinamici rende possibile un controllo delle concentrazioni verticali e conglomerali più rigoroso perché lo sforzo definitorio a cui si sono imbattute le Autorità garanti ha dimostrato che taluni concorrenti che oggi non si situano nei medesimi mercati non esclude che un domani possano rivelarsi clamorosamente orizzontali³⁷.

1.4. Il controllo delle concentrazioni nei mercati dinamici: la richiesta di un orizzonte temporale più lungo e le nuove sfide da affrontare.

Nell'esamina dei casi di concentrazione posti all'attenzione dell'Autorità nazionale o della Commissione si adotta il "metodo controfattuale" tramite il quale sono tenute a *"mettere a confronto ex ante le condizioni di concorrenza che si determinerebbero a seguito della concentrazione notificata con quelle che si sarebbero affermate in assenza di concentrazione. Nella maggior parte dei casi le condizioni di concorrenza esistenti al momento della concentrazione costituiscono il termine di paragone pertinente per valutare gli effetti di una concentrazione. Tuttavia, in alcune circostanze, la Commissione può prendere in considerazione futuri mutamenti del mercato che possono essere previsti con ragionevole certezza. Nello stabilire quale situazione va presa come effettivo termine di paragone, essa può tenere conto della probabile entrata o uscita di imprese concorrenti se la concentrazione non avesse luogo"*³⁸.

³⁶ Ibidem G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, 2019.

³⁷ A. PEZZOLI, *Atti della Conferenza Associazione Antitrust Italiana*, 8-9 giugno 2023, Firenze.

³⁸ Considerando 9 degli Orientamenti relativi alle concentrazioni orizzontali a norma del Reg. 139/2004.

Nel giudicare gli effetti di una concentrazione, l'orizzonte temporale entro il quale si proiettano gli stessi sono di regola analizzati in un'ottica prospettica di medio-lungo periodo.

L'applicazione tradizionale della disciplina sulle concentrazioni si concentra sugli effetti dei prezzi a *breve termine*, che sono stati utilizzati come buoni indicatori degli effetti complessivi nel lungo termine di concentrazioni in mercati che cambiano poco nel tempo c.d. *statici*.

Ad esempio, nel settore di estrazione delle risorse, dove i tassi di ingresso sono piccoli e l'innovazione dirompente è rara, una fusione ha spesso un impatto simile, nel breve e nel lungo termine, proprio perché è il mercato stesso ad evolversi raramente e lentamente.

Per contro, nei mercati di natura più dinamica, gli effetti nel breve termine possono differire in maniera più significativa dagli effetti nel lungo termine.

Ad esempio, in un mercato in cui le nuove tecnologie richiedono investimenti rischiosi che generano sostanziali ricadute sull'innovazione, una concentrazione può danneggiare temporaneamente i consumatori con un rialzo dei prezzi e contestualmente condurre a maggiori investimenti e innovazione che in ultima istanza impatteranno come un guadagno per i consumatori ovvero nei mercati in cui i diritti di proprietà intellettuale sono forti e le imprese competono ferocemente sulle dimensioni dell'innovazione una fusione potrebbe non arrecare alcun danno immediato ma ridurre l'innovazione nel lungo termine.

In conclusione, gli effetti nel breve termine in mercati dinamici non possono essere considerati come elementi adeguati nella previsione di lungo periodo e addirittura possono condurre ad errori di applicazione nelle operazioni di concentrazione. In altre parole, se si considerano solo gli effetti immediati sui prezzi, le autorità potrebbero incorrere in una eccessiva applicazione della censura delle concentrazioni, bloccando concentrazioni che nel lungo periodo sarebbero in grado di aumentare gli sforzi di innovazione o in un'eccessiva autorizzazione di concentrazioni in grado di smorzare la concorrenza sulle dimensioni dell'innovazione.

È chiaro che, vista la centralità dell'innovazione per la crescita economica, è probabile che gli errori di applicazione nei mercati dinamici siano particolarmente costosi per i consumatori.

In questo senso, ogniqualvolta viene in gioco l'innovazione è auspicabile che le Autorità garanti della concorrenza valutino gli effetti delle concentrazioni rispetto un *arco di tempo sufficientemente lungo*.

Le principali difficoltà delle odierne Autorità subentrano nel tentativo di definire quale possa essere il calendario ottimale di analisi, negli eventuali errori di applicazione e di aumento del tasso di imprevedibilità, nelle applicazioni che conseguono guardando ad un futuro lontano con tutte le relative conseguenze sul piano della certezza del diritto³⁹.

Nella prassi, l'Autorità italiana ha già dovuto esercitarsi con l'allungamento dell'orizzonte temporale e un controfattuale diverso dallo *status quo* in settori tradizionali quando è stata investita delle valutazioni in tema di *Failing Firm Defence*.

In questi casi, la difficoltà principale dell'analisi dinamica con un orizzonte temporale lungo è stata rappresentata dalla complessità di una previsione che impone di capire se l'impresa acquisita dall'impresa dominante, in assenza di tale operazione, uscirebbe veramente dal mercato⁴⁰.

Laddove sia richiesto un orizzonte temporale più ampio, questo deve necessariamente convivere con un grado di incertezza che a volte può risultare incoerente con l'esigenza di certezza del diritto⁴¹.

Ciò significa che l'esigenza di convivere con un orizzonte temporale più lungo porta con sé diverse sfide legate alla valutazione delle concentrazioni, a cui le Autorità di tutto il mondo hanno cercato di rispondere tramite l'applicazione di misure pratiche che, secondo le valutazioni dell'OECD, si sono rivelate idonee a preservare la concorrenza nel lungo termine e a promuovere l'innovazione in questi mercati.

Al primo posto, è stato confermato che assume centralità *l'identificazione di prodotti sostitutivi*, in quanto consente alle Autorità di valutare se le imprese partecipanti alla concentrazione siano concorrenti stretti e di individuare i principali vincoli concorrenziali. Se generalmente le autorità valutano la sostituibilità dei prodotti sovrapposti e delle aree geografiche in cui entrambe le imprese competono attualmente, in contesti dinamici è stato necessario iniziare a considerare le possibili *sovrapposizioni future* attraverso l'esame di prodotti in fase di sviluppo e dei progetti per entrare in nuove aree geografiche.

Inoltre, nel tentativo di estendere ulteriormente l'analisi in futuro, le Autorità hanno valutato sovrapposizioni della capacità di innovazione possedute dalle imprese partecipanti alla concentrazione prendendo in considerazione elementi la cui

³⁹ PEDRO GONZAGA, Divisione concorrenza dell'OECD, Direzione Affari finanziari delle imprese, Open-day 26 gennaio 2020. [Merger Enforcement in Dynamic and Innovative Markets – On the level \(oecdonthellevel.com\)](https://www.oecdonthellevel.com).

⁴⁰ A. PEZZOLI, *Atti della Conferenza dell'Associazione Antitrust italiana*, 8-9 giugno 2023, Firenze.

concentrazione in un numero limitato di imprese può compromettere una concorrenza nel lungo termine quali diritti di proprietà intellettuale sostituibili, laboratori, lavoratori qualificati, tecnologie o risorse naturali rare.

Al secondo posto, è stato riconosciuto che nell'ambito delle industrie dinamiche la valutazione delle *quote di mercato nel tempo* e del grado di concentrazione presentano importanti limiti. Sebbene un mercato si presenti come concentrato la presenza di concorrenti potenziali e indiretti che esercitano una pressione concorrenziale lo rende ancora contendibile. Dunque, la valutazione di come le quote di mercato evolvano nel tempo potrebbe essere idonea a garantire una più accurata ricostruzione del quadro competitivo. Il livello di concorrenza dinamica è presente quando le quote di mercato sono instabili e non fortemente legate alle quote di mercato passate, ciò implica che sia meno probabile che una concentrazione danneggi i consumatori;

Al terzo posto, siccome le concentrazioni possono danneggiare i consumatori oltre il breve termine se esistono barriere all'entrata e all'uscita viene valorizzato l'utilizzo del c.d. *indicatore indiretto*, cioè la prova di ripetute entrate e uscite passate idoneo a misurare in maniera più affidabile i costi che gli operatori storici non devono più sostenere o devono sostenere sottoforma di costi irrecuperabili rappresentativi degli ostacoli che si frappongono all'ingresso di un mercato.

Al quarto posto, le autorità raramente accettano le richieste prodotte dalle parti sebbene l'onere di dimostrare che una concentrazione crea incrementi di efficienza incomba sulle parti partecipanti alla stessa.

In contesti dinamici, poiché la letteratura economica suggerisce che in alcune occasioni un aumento della concentrazione del mercato possa promuovere l'innovazione e investimenti, diventa apprezzabile prendere in considerazione le *dichiarazioni di efficienza* provenienti dalle imprese interessate.

Al quinto posto, data l'incertezza imposta dalla difficoltà di prevedere l'evoluzione futura dei mercati, un'altra sfida emersa nell'applicazione delle norme sul controllo delle concentrazioni è consistita nella difficoltà di trovare i *rimedi adeguati*. Una possibile soluzione a tale problematica è la progettazione di rimedi flessibili idonei a adattarsi ai cambiamenti delle circostanze di mercato.

Ove si propenda per rimedi comportamentali, le Autorità potrebbero introdurre clausole di riesame che consentano di modificare o eliminare tale rimedio una volta che non sia più funzionale.

D'altro canto, ove si propenda per i rimedi strutturali essendo irreversibili per natura, le autorità possono prendere in considerazione misure di cessione subordinate all'osservazione di *eventi futuri*, ad esempio, la mancanza di nuovi ingressi entro un periodo stabilito di tempo. Condizioni di questo tipo sarebbero in grado di mitigare l'insufficienza di informazioni idonee a prevedere l'evoluzione del mercato al momento della decisione.

Alla luce di quanto esposto, è necessario apportare alcuni adattamenti agli strumenti *antitrust* per affrontare le sfide generali legati ai mercati altamente dinamici. La posizione dell'OECD presentata all'interno di una nota informativa del 2020 considerava tali adattamenti come sufficienti a fronteggiare il quadro analitico generale delle operazioni di concentrazione nei mercati altamente dinamici che impongono l'allungamento dell'orizzonte temporale⁴².

Questi adattamenti diventano ancora più imprescindibili alla luce del fenomeno delle *killer acquisitions*.

1.5. Il fenomeno delle *Killer Acquisitions*: settori interessati e casistica.

Nel contesto dell'economia moderna caratterizzata da mercati dinamici è di agevole intuizione comprendere il motivo per cui le imprese nascenti o in fase di avviamento svolgano un ruolo fondamentale.

Innanzitutto, rappresentano la fonte chiave di innovazione, nuove idee, prodotti e modelli di *business* innovativi ma non solo, infatti, contribuiscono a frammentare i mercati concentrati costringendo gli operatori storici meno efficienti a migliorare la propria linea di prodotti o servizi e, in ultima istanza, ad uscire dal mercato.

Negli ultimi anni, si è assistito ad una notevole attività di fusione che ha visto l'acquisto da parte di grandi imprese di *start-ups* innovative soprattutto nel settore farmaceutico, tecnologico, digitale e delle biotecnologie.

Tuttavia, la rilevanza di questi operatori economici nel sistema del controllo delle concentrazioni è stata tradizionalmente limitata alla veste di “nuovi entranti” permettendo alle Autorità di avere un indicatore del livello di barriere all'ingresso o, in taluni casi, di fornire la prova della competitività futura di un determinato mercato rilevante con

⁴² PEDRO GONZAGA, Divisione concorrenza dell'OECD, Direzione Affari finanziari delle imprese, Open-day 26 gennaio 2020. [Merger Enforcement in Dynamic and Innovative Markets – On the level \(oecdonthellevel.com\)](https://oecdonthellevel.com).

l'effetto di permettere alle agenzie di acconsentire ad operazioni che altrimenti avrebbero sollevato preoccupazioni.

1.5.1. Il settore farmaceutico

Nel 2018 una ricerca incentrata nel settore farmaceutico individua per la prima volta la tendenza dei grandi operatori storici ad acquisire aziende nascenti e la seguente interruzione dello sviluppo del prodotto farmaceutico definendo tali operazioni “acquisizioni *killer*”.

Più precisamente, la *killer acquisition* viene definita come un caso in cui la strategia principale seguita dall'impresa acquirente è quella di interrompere lo sviluppo dei progetti di innovazione delle imprese *target* e prevenire la concorrenza futura.

L'analisi condotta dagli autori della ricerca aveva ad oggetto dati dell'industria farmaceutica ed era volta ad analizzare i progetti di sviluppo di farmaci in concomitanza con eventi di acquisizione di imprese; il risultato principale evidenziato nel documento è rappresentato da una stima prudente secondo cui quasi il 6 % (l'equivalente di 50 operazioni l'anno) di tutte le acquisizioni di aziende con progetti di farmaci in via di sviluppo sono acquisizioni *killer*.

Un secondo punto rilevante emerso è che nell'industria farmaceutica le acquisizioni avvengono *prima* che un prodotto entri nel mercato. Tale momento può essere conseguenza della necessità di una trasparenza nella *pipeline* di prodotti ossia al “portafoglio di sviluppo di nuovi farmaci” che permette di identificare le indicazioni cliniche nelle domande di brevetto per i prodotti farmaceutici.

Ciò comporta una pubblicizzazione dei vari stadi di sviluppo di nuovi farmaci, dalle fasi iniziali di ricerca e sviluppo alle fasi di sperimentazione clinica fino a giungere all'approvazione regolamentare e alla commercializzazione.

Una circostanza di questo tipo permette una consapevolezza da parte dell'industria *killer* delle crescenti minacce competitive, infatti, il contesto farmaceutico è caratterizzato da una notevole visibilità dei prodotti sviluppati da potenziali imprese, il che determina una particolare vulnerabilità ad acquisizioni nascenti.

Un terzo aspetto emerso dalla ricerca è che tra le fusioni analizzate nel documento, quelle il cui valore era del 5% inferiore alla soglia di fatturato rilevante per la *Federal Trade Commission* statunitense avevano l'11,3% in più di probabilità di essere vittime di acquisizioni *killer* rispetto a quelle che superavano tale soglia del 5%, il che evidenzia un

dato importante per l'applicazione del diritto *antitrust*: le operazioni che hanno condotto ad un'interruzione dello sviluppo dei progetti innovativi sono state quelle che non superavano le soglie di notifica e quindi avevano una bassa probabilità di essere oggetto di indagine da parte delle autorità.⁴³

Un esempio riportato all'interno della ricerca richiamata è il caso statunitense Mallinckrodt⁴⁴.

Nel caso di specie, Questcor era monopolista statunitense nel mercato dei farmaci a base di ormone adrenocorticotropico (ACTH). Il farmaco prodotto dall'azienda veniva utilizzato per il trattamento di diverse patologie, tra cui il trattamento di spasmi infantili nonché per trattare altre gravi condizioni mediche di ultima istanza.

La vicenda avvenuta nel 2013 ruotava attorno all'acquisizione da parte della Questcor, una consociata di Mallinckrodt, dei diritti di sviluppo di un potenziale farmaco concorrente, il "Synacthen Depot" ossia una versione sintetica dell'ACTH, dalla svizzera Novartis International AG.

Attraverso l'acquisizione Questcor da un lato, è riuscita ad evitare che i diritti di sviluppo del farmaco venissero acquistati da altri potenziali acquirenti, dall'altro ha interrotto il suo sviluppo subito dopo l'operazione.

Nel 2017, la FTC ha avviato un'azione legale contro Mallinckrodt sostenendo che l'acquisizione aveva *"stifled the competition by preventing any other company from using the Synacthen Depot assets to develop a synthetic ACTH drug for the United States, preserving Questcor's monopoly and allowing it to maintain extremely high prices for Acthar Gel"*.

L'effetto principale dell'operazione contestata dalla FTC fu in primo luogo, il mantenimento della propria posizione di monopolio ed in secondo luogo, un alzamento rilevante del prezzo del farmaco commercializzato dall'acquirente, in particolare un'informazione riportata all'interno della vicenda rivelò che nel 2001 il prezzo di una fiala era di 40 dollari mentre al momento della denuncia il prezzo del farmaco era arrivato a 34.000 dollari a fiala. È chiaro che in termini di *efficienza statica* l'esito delle condotte poste in essere dalla Mallinckrodt risultavano particolarmente lesive del c.d. benessere collettivo.

⁴³ CUNNINGHAM C., MA S., ERDERER F., *Killer Acquisitions*, 2018.

⁴⁴ Press release <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2017/07/ftc-approves-sublicense-synacthen-depot-submitted-mal>

Prescindendo dall'esito di tale vicenda, il punto su cui sollevano attenzione i ricercatori è la *Theory of harm* per cui un'azienda storica "metta in naftalina" lo sviluppo o la produzione di un prodotto che rappresenta un *rischio potenziale* per la *sua* linea di prodotti consolidati.

Infatti, seguendo la logica delle *killer acquisitions* ovvero sia "*shutting down competition even before there is a marketable product*" la condotta preoccupante della Questcor per i ricercatori è rappresentata dal fatto che "*did not develop Synacthen*" tanto è vero che la stessa FTC ha dichiarato "*with the acquisition of Synacthen, Questcor thwarted a nascent challenge to its Acthar monopoly. In other words, Questcor acquired and eliminated competition preemptively*".

La preoccupazione principale su cui si sofferma la ricerca sono gli effetti orizzontali che si verificano all'esito delle operazioni di acquisizione di *target* cui progetti sono ancora in fase di sviluppo, e quindi non solo gli ulteriori sviluppi sono sia necessari che costosi ma anche il successo di tali progetti assume una notevole incertezza.

L'impresa acquirente non ha alcun incentivo a proseguire la ricerca e continuare lo sviluppo dei progetti della azienda *target* quando essi si sovrappongono al proprio *portfolio* di prodotti o progetti.

Di conseguenza, essa potrebbe ritenere più profittevole acquistare e chiudere definitivamente il progetto o prodotto dell'impresa nascente piuttosto che subire la perdita che si verificherà quando essi matureranno (c.d. controfattuale competitivo) oppure ritrovarsi nella condizione che continuando a sviluppare o gestire il prodotto si verifichi una cannibalizzazione delle proprie vendite.

1.5.2. Il settore digitale

Seguendo questo filo conduttore, nel 2019 viene pubblicata una ricerca⁴⁵ seguita nel settore digitale che rileva che negli ultimi 10 anni il gruppo GAFAM (l'acronimo che individua Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft) hanno effettuato globalmente circa 400 operazioni di acquisizione.

⁴⁵ FURMAN J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking digital competition, Report of the digital competition expert panel*, 2019.

Analogamente, un'altra ricerca riportata dall'*Economist* nel 2017 ha riportato che il gruppo GAFAM avrebbe investito in acquisizioni di *start up* una somma pari a 31,6 miliardi di dollari⁴⁶.

In questo contesto, ci sono stati casi controversi a livello comunitario dove le acquisite *non erano presenti nei mercati delle acquirenti*.

Nel 2012 Facebook ha acquisito Instagram per 715 milioni di dollari, all'epoca le autorità garanti della concorrenza avevano valutato la compatibilità dell'operazione sulla base della considerazione che le piattaforme non si trovassero sullo stesso mercato, infatti, Facebook venne considerato un operatore attivo nel mercato dei servizi di *social network* mentre Instagram come una app di condivisione di foto. Attualmente, Instagram è diventata una piattaforma di *social media* più ampia, offre agli utenti di condividere informazioni e foto, inviare messaggi ad altri utenti e di vendere pubblicità.

Quest'ultimo elemento conduce alla critica svolta sull'operato delle autorità di concorrenza come la *Office of fair trading* (oggi *Competition and Market Authority*) del Regno Unito che al momento dell'approvazione dell'operazione nonostante avesse considerato la possibilità che in un futuro Instagram diventasse un fornitore di *social network*, non aveva dato importanza alla possibilità futura di monetizzazione dei servizi. Di tal che, utilizzando le categorie tradizionali di *sostituibilità del prodotto* il peso della bilancia era stato spostato tutto sulle funzionalità offerte dai prodotti delle parti e non ha tenuto conto del *potenziale pubblicitario* dell'*app*⁴⁷.

Nonostante la fusione sia stata autorizzata in Fase 1, Instagram era percepita come “almeno potenzialmente in grado di trasformarsi in futuro in un concorrente effettivo” e avrebbe rappresentato l'opportunità per la nascita di un nuovo concorrente o sfidante di Facebook.

Se nel settore farmaceutico le preoccupazioni sollevate sono di natura orizzontale in quanto i prodotti dell'impresa *target* sono o potrebbero essere sovrapponibili al *portfolio* posseduto dall'acquirente, nel digitale il problema si pone in maniera differente perché a prima vista le imprese partecipanti all'acquisizione paiono produrre prodotti complementari o non correlati

⁴⁶ *The Economist*, “*The Americans tech giants are making life tough for start ups*”, 2018.

⁴⁷ Rapporto di Lear commissionato dalla CMA del Regno Unito sulla valutazione delle decisioni passate in materia di concentrazioni nei mercati digitali britannici “*Ex post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*”, pag.11.

Ad esempio, in un *multi sided market* il caso Facebook Instagram evidenzia come da un lato del mercato i prodotti potrebbero essere sostituibili, cioè la pubblicità, ma non dall'altro lato, cioè *social network* e la messaggistica fotografica.

Il fenomeno delle acquisizioni *killer* nei contesti digitali attribuisce una sfumatura diversa alla preoccupazione di una potenziale concorrenza proprio perché molte acquisizioni nascenti appaiono come acquisizioni verticali di potenziali prodotti complementari. Solo tramite una attenzione maggiore alla struttura multilaterale del mercato è possibile rendersi conto degli effetti prodotti sul piano orizzontale.

Inoltre, se nel farmaceutico le ricerche hanno rivelato che le acquisizioni avvengono ad uno stadio di sviluppo delle imprese primordiale ossia addirittura *prima* che esse entrano nel mercato, il digitale è caratterizzato da acquisizioni di imprese che possono essere già presenti sul mercato ma devono ancora raggiungere un certo grado di maturità o monetizzare gli investimenti.

Infatti, i ricercatori riportano dati importanti in cui si nota che l'età media delle imprese acquisite è stata di 6,5 anni per Amazon, 2,5 anni per Facebook e 4 anni per Google⁴⁸.

In ogni caso si trattava di aziende che, pur non essendo in grado al momento dell'operazione, avrebbero potuto competere con l'acquirente *in futuro*.

Infine, alcune ricerche condotte nel settore digitale dimostrano che su un totale di 175 acquisizioni effettuate dal gruppo GAFAM solo dopo un anno in 105 casi il marchio delle aziende *target* è stato dismesso.

Ciò non significa che la chiusura del marchio implichi l'eliminazione o la messa fuori produzione del prodotto che in molti casi è stato semplicemente brandizzato di nuovo.

Seguendo questa logica, l'interpretazione dei dati dimostra che queste fusioni dovrebbero essere considerate come "*acq-hire*" ossia acquisizioni di talenti e non necessariamente come *killer*.

La dimissione del marchio, secondo gli autori della ricerca, rivela importanti spunti sulle ragioni dell'acquisizione motivate dalla volontà di acquisire *assets*. Infatti, il 60% dei casi analizzati avviene al fine di integrare i prodotti nel proprio ecosistema, la maggior parte delle operazioni avvengono per rafforzare gli sforzi di innovazione delle aziende mediante l'acquisto di sforzi di ricerca e sviluppo e talenti o per aggiungere funzionalità ai propri prodotti.

⁴⁸ E. ARGENTESI, P. BUCCIROSSI, P. CALVANO, E. DUSO, T. MARAZZO, A. E S. NAVA, "*Merger policy in digital markets: an ex post assessment*", 2020.

In alternativa, nel 27% dei casi il prodotto rimane fornito con il suo marchio originale perché preservare il nome originale è un modo per mantenere la base di utenti mentre la si integra nella propria struttura aziendale.

A differenza del settore farmaceutico, non solo le acquisizioni non comportano l'eliminazione del prodotto ma nei casi in cui una grande base di utenti rappresenta un *asset* importante non si assiste nemmeno all'eliminazione del marchio⁴⁹.

1.5.3. Settore dei dispositivi ed apparecchiature mediche

Nel tentativo di riuscire a inquadrare i settori in cui è emerso il fenomeno delle *killer acquisitions* è doveroso segnalare che è stato individuato un numero crescente di acquisizioni nel settore dei dispositivi e apparecchiature mediche.

Un esempio puntuale su cui recentemente si è spostata l'attenzione riguarda un'acquisizione avvenuta nel 2012 di Newport Medical Instruments per 108 milioni di dollari da parte di Covidien.

Un primo punto interessante è che nel caso di specie l'azienda *target* era stata incaricata dal governo statunitense di progettare e produrre ventilatori per far fronte ad una futura pandemia di influenza.

Contestualmente, la società acquirente aveva già all'interno della propria linea di *business* sviluppato la vendita di ventilatori del tipo di quelli utilizzati per curare le persone affette da COVID-19 o da precedenti virus influenzali come la SARS o MERS.

Nel 2010 il governo degli Stati Uniti aveva affidato il contratto alla Newport Medical Instruments, i ventilatori sarebbero dovuti entrare nel mercato nel 2013 al prezzo di 3.000 dollari l'uno per un totale di 40.000 ventilatori.

Tuttavia, a seguito dell'acquisizione Covidien nel 2014 decise di essere esonerata dalla consegna considerando il contratto stipulato non abbastanza redditizio, infatti la linea di ventilatori sviluppata dalla società vendeva ventilatori al prezzo di 10.000 dollari per unità. Di conseguenza, il governo degli Stati Uniti fu costretto a ricominciare la procedura di assegnazione individuando Phillips come nuovo assegnatario di un contratto del valore di 14 milioni di dollari circa. Nel 2020 quest'ultima società era riuscita a stoccare un totale di 10.000 ventilatori.

⁴⁹A. GAUTIER E G. LAMESCH, “*Mergers in digital economy*”, 2020.

Con l'impatto della pandemia il governo statunitense affrontò la sfida emergenziale con un totale di 12.700 ventilatori a fronte dei 70.000 che il governo aveva pianificato di stoccare, pattuiti nel contratto precedente. Dunque, in assenza della fusione Newsport avrebbe avuto meno probabilità di scegliere di recedere dal contratto, e di conseguenza non ci sarebbero stati tanti pazienti che necessitavano di ventilazione e che non hanno potuto riceverla

Dal punto di vista dell'efficienza *statica*, il danno prodotto da questa operazione fu notevole perché venne a mancare la disponibilità di tali scorte acquistabili ad un prezzo così basso, infatti, gli altri concorrenti presenti nel mercato non vendevano alternative ad un prezzo molto più basso dei 10.000 a cui Covidien vendeva i suoi prodotti.

Dal punto di vista della *theory of harm* della *killer acquisition*, il punto di preoccupazione è dato dal fatto che l'acquisizione è stata attuata al fine di eliminare un prodotto dal mercato.

Inoltre, come ha segnalato l'OMS dal lato della sostituibilità dell'offerta non era presente una sovrapposizione orizzontale in quanto mentre i ventilatori in fase di sviluppo avrebbero potuto essere utilizzati per il trattamento di pazienti con patologie come la polmonite o durante eventi di massa o per le cure di emergenza, quelli più costosi prodotti dalla Covidien non erano in grado di rispondere a questo tipo di domanda perché, usando le parole dell'OMS: “forniscono un supporto a lungo termine per pazienti che non necessitano di ventilatori per cure critiche”.⁵⁰

Infine, il caso di specie dimostra che una *killer acquisition* rimane tale e può essere anticoncorrenziale anche se non sono eliminati tutti i prodotti venduti dall'impresa *target*.

1.5.4. Settore delle biotecnologie

Analogamente, il settore delle biotecnologie ha sollevato preoccupazioni da parte delle agenzie di alcune operazioni che potevano essere qualificate a primo impatto, come comportamenti di esclusione e che in realtà erano volte ad eliminare un concorrente potenziale di un mercato;

⁵⁰ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, Box 3. [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/corporation/mca/2020/04/Start-ups-Killer-Acquisitions-and-Merger-Control/).

Nel gennaio 2020 le società Pacific Biosciences e Illumina hanno annunciato la loro volontà di porre fine al loro accordo di fusione a seguito dell'opposizione intervenuta da parte dell'autorità statunitense e inglese.

L'operazione di fusione avrebbe coinvolto da una parte, Illumina azienda leader nelle tecnologie di sequenziamento che all'epoca deteneva una quota di mercato pari all'80% dei sistemi di sequenziamento di nuova generazione a livello mondiale, e dall'altra Pacific Biosciences che, pur essendo attiva nel medesimo settore, deteneva una quota di mercato molto più bassa ossia del 2%.

Sebbene Illumina, fosse già in posizione dominante sul mercato la CMA ha considerato la fusione come produttiva di una sostanziale riduzione della concorrenza nella fornitura dei sistemi di sequenziamento di nuova generazione sulla base di tre elementi: le parti si consideravano reciprocamente una minaccia considerevole, esisteva una sostituibilità di prodotti e infine è stato rilevato che la concorrenza fra le parti sarebbe aumentata in futuro a causa dei progressi sostenuti dalla Pacificbio.⁵¹

Tuttavia, tentare di dare un inquadramento esaustivo dei settori in cui tale fenomeno può presentarsi risulta estremamente complesso, soprattutto in relazione alle considerazioni svolte in tema di mercati dinamici cui caratteristiche attualmente possono incidere anche sull'evoluzione dei mercati che definiremmo tradizionali ove l'innovazione prorompente sia idonea a modificare il proprio modello di *business* (la quarta direttrice del par.1.3), si pensi al settore della logistica nel caso FBA- Amazon.

1.6. Ricostruzione della *Theory of harm* e il fenomeno delle *reverse Killer Acquisitions*.

Alla luce della casistica riportata, il fenomeno della *killer acquisition* va inquadrato all'interno della categoria di acquisizioni c.d. *nascenti* che costituiscono un'intera gamma di acquisizioni di imprese giovani che producono prodotti o servizi cui importanza competitiva rimane altamente incerta.

⁵¹OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](#) Box 1.

In questi casi, la società *target* potrebbe non essere ancora presente su un dato mercato o, pur essendo presente, ha bisogno di tempo per maturare e crescere all'interno dello stesso. Strettamente correlata a tale categoria di acquisizioni è la c.d. *teoria del danno da potenziale concorrente nascente* per cui l'esito dell'acquisizione non conduce all'eliminazione del prodotto ma all'uccisione della potenziale minaccia competitiva.

Il timore che il prodotto acquisito possa diventare in futuro un prodotto rivale porta a ritenere sufficiente l'eliminazione della minaccia competitiva al fine di ottenere il controllo di tale prodotto (come avvenuto nella acquisizione di Instagram da parte di Facebook)⁵².

La perdita della concorrenza risulta in tal senso *futura* e non immediata. Ecco perché l'importanza competitiva dell'impresa giovane acquisita risulta altamente incerta in quanto essa potrebbe non essere ancora entrata sul mercato oppure potrebbe esserlo stato di recente ma deve ancora maturare i ricavi.

In entrambi i casi, analogamente a quanto detto per il controllo delle concentrazioni in generale o per la definizione di mercato rilevante, un'analisi statica del mercato diviene indicatore ancora più inaffidabile dell'evoluzione futura attesa.

Le teorie della concorrenza potenziale si focalizzano sull'idea che, se non vi fosse stata l'operazione le aziende *target* sarebbero finite per espandersi e competere nel dominio dell'acquirente. Rispetto ad un controfattuale rilevante la più grande sfida da affrontare riguarda la formazione di un'aspettativa su ciò che sarebbe accaduto in assenza della fusione, che è ciò che accade già per le fusioni di imprese mature in questi termini:

- 1) è probabile che l'azienda *target* nascente rimanga indipendente? In caso affermativo quanto forte sarebbe il vincolo concorrenziale? Ad esempio, non è possibile prevedere con certezza l'arrivo di investimenti bancari o privati che potrebbero includere tale eventualità;
- 2) in caso negativo, ipotizzando che l'impresa *target* venga ad essere acquistata da un'impresa alternativa, potrebbe trattarsi di un vincolo concorrenziale rafforzato?
- 3) quale è la probabilità che l'impresa acquirente sviluppi internamente una versione del prodotto dell'impresa nascente?

A tali domande diventa ancora più complesso dare una risposta alla luce delle incertezze che si aggiungono quando l'azienda *target* ancora non è presente sul mercato o se lo è

⁵² OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/startups/Start-ups-Killer-Acquisitions-and-Merger-Control).

non è matura o se il prodotto sviluppato potrebbe competere su un altro mercato collegato al proprio in un futuro lontano⁵³.

Il problema principale è rappresentato dalla significativa incertezza sullo sviluppo del prodotto stesso e dunque le domande che le Autorità dovranno porsi saranno colorate dalle seguenti perplessità:

- 1) il prodotto sarà apprezzato?
- 2) la natura del prodotto si modificherà durante il suo sviluppo mettendolo in concorrenza con prodotti concorrenti in altri mercati o nuovi mercati?
- 3) nel settore digitale, il prodotto potrà beneficiare degli effetti di rete?
- 4) la domanda del prodotto cambierà mettendolo in concorrenza con nuovi prodotti concorrenti?
- 5) È possibile ipotizzare che una volta che l'azienda *target* raggiunga un livello di maturazione essa potrebbe beneficiare di effetti di scala?

Tutto ciò porta a riflessioni di notevole incertezza in cui la formazione di un'aspettativa diventa centrale e più difficile rispetto alle operazioni che coinvolgono imprese consolidate, con una storia alle spalle idonea a rappresentare le interazioni competitive all'interno di un mercato. In questi termini, lo *status quo* non può rappresentare il controfattuale di *default*.

Nella prospettiva di efficienza dinamica di mercato, il danno prodotto dalle operazioni di acquisizioni nascenti è l'uccisione del concorrente potenziale.

Allo stesso modo, l'integrazione nella realtà aziendale dell'acquirente è in grado di produrre un allentamento dell'innovazione complessiva rispetto all'economia e, in ultima istanza, all'impatto sui consumatori.

Sotto tale profilo, è prevedibile che la perdita di pressione competitiva si traduca in un deterioramento dell'offerta mentre la chiusura di un prodotto, oltre a tale deterioramento, può ridurre anche la scelta e la varietà⁵⁴. Pertanto, la chiusura di un prodotto potrebbe essere considerata più dannosa di una perdita di concorrenza tra due prodotti che rimangono a disposizione dei consumatori nonostante la soglia di danno per i consumatori si ritiene superata a prescindere dalla decisione di interrompere il progetto o eliminare il prodotto della società *target*.

⁵³ Ibidem, OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](#), p.4.

⁵⁴ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](#), p. 4.2.3.

Da un altro punto di vista, le acquisizioni di operatori nascenti sono idonee ad eliminare gli sforzi innovativi dell'acquirente stesso che in assenza dell'operazione avrebbe *"otherwise strived to build its own offering in that space organically"*. Una fusione è idonea ad eliminare un futuro concorrente in quella funzionalità o produzione: l'acquirente stesso. Si parla in questo senso di *"reverse killer acquisitions"* cioè l'ipotesi in cui l'innovazione perduta a seguito dell'acquisto è riferibile all'acquirente che avrebbe, in uno scenario controfattuale alternativo, non rinunciato e non interrotto i *propri sforzi innovativi*. In quest'ottica il benessere sociale aumenta quando *"with the head to head competition in the final product market"* anche l'acquirente sviluppa un servizio o un prodotto, infatti, l'acquisizione estingue lo sforzo autonomo dell'acquirente di espandersi in un determinato spazio perché è l'impresa *target* a fornirgli in tempi brevi tale capacità. Per tali ragioni il fulcro non dovrebbe essere solo la preoccupazione in termini di uccisione della società bersaglio bensì l'uccisione di uno dei due sforzi dell'acquirente: egli potrebbe decidere di accantonare un progetto o cannibalizzare l'acquisita e non sviluppare una determinata funzionalità⁵⁵. Allora la domanda principale a cui verrebbero sottoposte le agenzie è: *quale è la probabilità che l'impresa acquirente sviluppi internamente una versione del prodotto dell'impresa nascente?*

Ad esempio, nella decisione presa dalla CMA Paypal e iZettle le preoccupazioni per l'operazione includevano se l'acquisizione era idonea a consentire all'acquirente di rinunciare ai *propri sforzi* di innovazione.

In tale fattispecie le aziende erano operanti sul mercato della fornitura di punti vendita mobili (mPos), la CMA a seguito di un'indagine approfondita passata in Fase 2 ha deciso di approvare la fusione. L'analisi svolta dall'autorità inglese si è concentrata su come si sarebbe evoluta la concorrenza tra le parti e le probabili strategie delle stesse se la fusione non fosse avvenuta. In particolare, sono state prese in considerazione le motivazioni di PayPal per l'acquisizione⁵⁶ oltre alle percezioni dei consumatori sui nuovi dispositivi mPos.

Dunque, l'Autorità inglese ha considerato come elemento di valutazione all'interno della ricostruzione del controfattuale la circostanza che PayPal non avrebbe innovato in assenza della fusione nel mercato dei dispositivi di pagamento mobile.

⁵⁵CRISTINA CAFFARRA, ['How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions – On the level \(occdonthelevel.com\)](#)

⁵⁶ Final report [Final report \(publishing.service.gov.uk\)](#)

In questi termini, “*Against this framework, and in light of the Parties’ submissions, we considered the likely future situation of each of PayPal and iZettle in the absence of the Merger*”⁵⁷ e “*PayPal told us that the ‘most likely’ counterfactual was that PayPal Here would have continued as before and would not have significantly developed its offline offering. PayPal Here’s share of mPOS supply has fallen recently, and we consider that this implies that PayPal Here’s market share would have continued to decline*”⁵⁸.

In sintesi, la soglia del danno per i consumatori potrebbe essere superata quando è la versione dell’acquirente ad essere eliminata dal mercato o cui sviluppo viene interrotta.

Come analizzato nel par. 1.1., la lettura economica della scuola di Chicago che per anni influenzato le scelte di politica industriale, ha sostenuto che un’applicazione del diritto *antitrust* eccessiva rappresenta un’intrusione delle Autorità garanti idonea a raffreddare l’innovazione. Tale filo logico, ha determinato una preferenza nell’applicazione degli strumenti *antitrust* verso l’emersione dei c.d. errore di tipo 1 che, contrariamente gli errori c.d. di tipo 2, ossia il rischio di un’applicazione insufficiente, non erano considerati controbalanciati dalla crescita di nuovi concorrenti o nuovi operatori di mercato come correttori spontanei di un eccessivo potere di mercato.

In questo senso, le *start ups* innovative sono sempre state considerate come esercenti di pochi vincoli concorrenziali, almeno fino a quando non avessero avuto la possibilità di crescere fino a diventare un’impresa più grande e l’intervento *antitrust* nel controllo delle concentrazioni ha rare volte mostrato tali imprese come parti perché interventi di questo tipo erano considerati come eccessivamente speculativi e addirittura idonei a frenare o rallentare l’innovazione. I rischi di applicazione eccessiva sarebbero stati sottoposti a contestazioni giudiziarie che avrebbero proiettato l’immagine dell’ostacolo all’innovazione alle agenzie a tutela della concorrenza⁵⁹.

1.7. Il sistema delle soglie e le implicazioni sulle *policies*.

⁵⁷ Pag 6 n.12 Final report.

⁵⁸ Pag 7 n. 15 Final report.

⁵⁹ OECD, *start ups killer acquisition and merger control*, p.1 Introduction

Quasi tutti i paesi del mondo sono dotati di un sistema di controllo delle concentrazioni basato su soglie di notifica obbligatorie che si riferiscono al fatturato delle imprese partecipanti all'operazione⁶⁰.

Tale scelta risponde all'esigenza di fornire un parametro oggettivo e semplice da verificare.

Tuttavia, nel contesto attuale rappresenta la motivazione principale per cui i fenomeni delle acquisizioni di imprese nascenti spesso non hanno subito un controllo delle Autorità. Infatti, nelle prime fasi di sviluppo le *start ups* innovative tendono ad avere un *fatturato basso* in quanto i loro modelli di *business* possono concentrarsi ad esempio sulla creazione di un'ampia base di utenti oppure sulla realizzazione di ricerca e sviluppo che ancora non ha realizzato prodotti da inserire sul mercato idonei a generare ricavi⁶¹.

La Legge 287/1990 prevede l'obbligo di comunicazione preventiva di tutte quelle operazioni che interessano imprese il cui fatturato italiano supera le soglie previste dall'art. 16 e non ricadono nella competenza della Commissione in quanto aventi dimensione europea.

L'assenza di dimensione europea diventa un elemento essenziale in quanto l'Autorità italiana ha una competenza *residuale* sulle concentrazioni che superano le soglie di fatturato del sistema di controllo nazionale, che scatta solo se non sussiste quella della Commissione ai sensi dell'art.1 del Regolamento (CE) 139/2004.

La Commissione Europea è competente a conoscere le operazioni di dimensione europea che superano uno dei due *set* di soglie: il primo si supera quando il fatturato totale mondiale dell'insieme delle imprese interessate supera i 5 miliardi di euro e il secondo quando il fatturato totale individuale nell'UE di almeno due imprese superi i 250 milioni di euro. Anche se il primo *set* di soglie non viene superato una concentrazione viene comunque considerata avente dimensione europea quando: i) il fatturato totale mondiale dell'insieme delle imprese interessate supera i 2,5 miliardi, ii) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale dell'insieme delle imprese interessate supera i 100 milioni di euro, iii) in ciascuno di almeno tre Stati membri di cui alla lettera ii) il fatturato totale di almeno due imprese interessate supera i 25 milioni di euro e iv) il fatturato totale individuale nell'UE di almeno due imprese supera i 100 milioni di euro.

⁶⁰ La pubblicazione dell'OCSE *Competition Trends* (2020) evidenzia che 44 delle 55 giurisdizioni hanno un sistema di notifica obbligatoria preventivo e 52 di queste utilizzano il fatturato come criterio per stabilire le soglie di notifica delle fusioni.

⁶¹ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/) p.3.1.

Nonostante il superamento di uno dei due *set* di soglie la dimensione europea viene persa al verificarsi della c.d. eccezione dei due terzi: ove ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nell'UE all'interno di un solo e medesimo Stato membro⁶².

Per quanto riguarda le operazioni notificabili all'Autorità italiana l'art. 16 comma 1 della Legge n.287/1990 prevede che le operazioni devono essere notificate al superamento di due soglie *cumulative*.

Tali soglie sono incrementate “ogni anno di un ammontare equivalente all'aumento dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo”.

In questo senso, le soglie di fatturato sono state aggiornate il 27 marzo 2023 e ammontano a 532 milioni di euro per il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate e 32 milioni di euro per il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due imprese interessate⁶³.

Dunque, l'obbligo di comunicazione preventiva sorge solo al superamento di *entrambe* le soglie di fatturato ma non è stato sempre necessario, solo nel 2012 l'art. 5-*bis* del “Decreto Cresci Italia” modificò tali soglie da *alternative* a *cumulative*.

Tale modifica ridusse notevolmente il numero di concentrazioni soggette a notifica obbligatoria, la giustificazione per cui si decise di procedere con la novella legislativa fu che in quel momento storico, caratterizzato da una forte crisi economica e il relativo rallentamento delle operazioni straordinarie, l'attività di controllo dell'Autorità era rimasta comunque notevolmente significativa. Ad esempio, l'obbligo di comunicazione sorgeva ogni volta che il gruppo acquirente realizzasse in Italia un fatturato superiore alla prima soglia edittale di talché molte concentrazioni riguardanti imprese con un fatturato modesto o pari a zero, pur essendo manifestamente innocue, dovevano essere sottoposte all'attenzione dell'Autorità. L'idea generale sorta in seguito all'entrata in vigore del Decreto Cresci Italia interpretava positivamente tale modifica normativa perché avrebbe permesso all'AGCM di utilizzare in maniera più razionale le risorse esonerandola dal compito di “*vagliare continuamente operazioni prive di rilievo*”⁶⁴.

In tal modo, l'Autorità Italiana avrebbe perso la possibilità di effettuare un controllo di operazioni che coinvolgono tra le parti piccole e medie imprese invero un numero non

⁶²M. BERETTA E M. D' OSTUNI, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, Giappichelli, 2017, p. 81ss.

⁶³ Delibera AGCM 14 marzo 2023, n.30507, [AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato](#)

⁶⁴M. D'OSTUNI E M. BERETTA, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, Giappichelli, 2017, p.85 ss.

trascurabile di concentrazioni potenzialmente lesive della concorrenza è stato sottratto allo scrutinio dell'AGCM.

Alcuni osservatori esperti hanno dimostrato che alcune concentrazioni che, sotto il regime di soglie alternative erano state sottoposte ad un'istruttoria approfondita in Fase 2, perché considerate potenzialmente problematiche per il mercato, non sarebbero state notificabili con il *set* di soglie cumulative; *a fortiori* negli ultimi anni avrebbe potuto essere utilizzata per arginare il fenomeno delle *killer acquisitions*⁶⁵.

Ma è veramente così? Analizzando i dati contenuti all'interno delle relazioni annuali sull'attività svolta⁶⁶ dell'AGCM ho ricostruito due tabelle: la prima avente ad oggetto i dati delle concentrazioni esaminate dall'Autorità nel periodo che intercorre dal 2003 al 2012 e la seconda avente ad oggetto i dati delle concentrazioni esaminate dall'Autorità nel periodo che intercorre dal 2013 al 2021.

Lo scopo di tale ricerca mira a capire se la decisione del legislatore di prevedere soglie cumulative abbia prodotto una minore attenzione dell'Agenzia Italiana nel controllo delle operazioni cui parti erano rappresentate da piccole e medie imprese.

Dopo aver estrapolato i dati dalle Relazioni annuali sull'attività svolta del numero totale di notifiche e del numero di operazioni per cui è stata avviata un'istruttoria (passaggio in Fase 2), ho analizzato il contenuto di tutte le delibere di concentrazione anno per anno dal sito ufficiale dell'AGCM per verificare in quante di esse fosse stata superata una sola soglia.

Tabella n.1

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Numero totale di notifiche	577	612	596	717	864	842	514	502	532	459
Fase 2	3	1	4	5	6	2	1	1	5	6
Superamento di una sola soglia	1	0	0	2	3	0	0	0	1	0

⁶⁵ A. CATRICALÀ, C. CAZZATO E F. FIAMMANÒ, *Diritto Antitrust*, Giuffrè-Varese, 2020, p.1050 ss.

⁶⁶ [Cap2.2.pdf \(agcm.it\)](#), un esempio della parte della Relazione annuale da cui ho estratto i dati.

Dall'analisi dei dati emerge che il numero totale di notifiche era molto alto (fino ad arrivare a 800 notifiche all'anno nel 2007). Tuttavia, a fronte di questa mole il passaggio in Fase 2 non si è verificato per più di 6 volte l'anno.

La riga evidenziata in blu mostra che delle operazioni per cui è stata avviata una istruttoria solo 7 di esse nell'arco di 9 anni superavano una sola delle soglie. Inoltre, in 6 anni su 9 (2003, 2004, 2008, 2009, 2010, 2012) nessuna operazione passata in Fase 2 aveva superato una sola soglia.

La seconda tabella non contiene l'ultima riga in quanto dal 1° gennaio 2013 entrò in vigore la previsione la modifica del *Decreto Cresci Italia*, alla prima riga contiene i dati relativi al numero totale di notifiche e alla seconda riga il numero di quelle che sono passate in Fase 2.

Tabella n.2

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Numero totale di notifiche	80	45	51	52	64	73	65	72	73
Fase 2	2	4	7	5	3	6	6	7	6

Dunque, mettendo a confronto la tabella n.1 con la tabella n. 2 si rileva che:

- 1) riguardo al numero totale di notifiche vi sia stato un calo notevole del numero di operazioni notificate all'Autorità nel periodo 2013-2021 rispetto al numero relativo agli anni 2003-2012;
- 2) riguardo ai dati relativi all'avvio dell'istruttoria in Fase 2 un numero di operazioni pari a 34 durante il periodo 2003-2012 (10 anni) è passato in Fase 2, a fronte dei 46 del periodo 2013-2021 che addirittura comprende un anno in meno.

Pertanto, la novella legislativa che ha introdotto le soglie cumulative per un verso, ha prodotto la perdita di un controllo su operazioni minori per un numero indicativo di 7 ma ha aumentato l'*attenzione* dell'autorità che ha potuto meglio organizzare le proprie risorse

come emerge dal confronto dei dati in cui viene riportato un *aumento* di avvio delle istruttorie.

Da un altro punto di vista, nella misura in cui la procedura di notifica basata su un sistema di soglie non ha la *flessibilità* necessaria per esaminare acquisizioni potenzialmente dannose di rivali nascenti, tale sistema potrebbe limitare l'efficacia dell'esame delle concentrazioni. Infatti, a fronte del fenomeno delle *killer acquisitions* i dati non permettono di individuare il numero di operazioni che avrebbero potuto essere catturate dall'Autorità.

Chiaramente, l'uso di una soglia di fatturato ha come vantaggio intrinseco quello di evitare di creare un onere o un costo "inutile" per le parti coinvolte nella fusione⁶⁷ ma lo stesso assume un senso se è *improbabile* che si verifichi un danno significativo alla concorrenza nei casi in cui la fusione comporti un aumento relativamente modesto del fatturato⁶⁸.

Dunque, il dubbio principale attiene all'idoneità di soglie basate sul fatturato a controllare danni conseguenti alle operazioni di concentrazione sui mercati odierni piuttosto che l'assoggettamento delle notifiche a soglie cumulative o alternative.

Infatti, alla luce delle preoccupazioni che sollevano i mercati dinamici e il fenomeno dell'acquisizione di un'impresa nascente, il dibattito di riformulare ulteriormente il sistema delle soglie di fatturato ha condotto all'idea di inserire nuove soglie fondate sul valore della transazione che meglio rappresenterebbe il valore potenziale dell'impresa. L'AGCM supporta una riforma in questa direzione sia a livello nazionale che sovranazionale.⁶⁹ Alcune giurisdizioni dispongono già di eccezioni che consentono loro di esaminare fusioni al di sotto delle soglie.

1.8. Il rinvio verso l'alto.

⁶⁷ OECD (2005), Raccomandazione sulla revisione delle concentrazioni.

⁶⁸ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/mergers/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control/) p.3.1.

⁶⁹ IC53- *Indagine conoscitiva congiunta dell'AGCM, AGCOM e Garante della privacy sui Big Data*, provv. 28051 del 20.12.19.

L'ordinamento comunitario rappresenta un sistema di notifica obbligatoria basato su soglie di fatturato che sono concepite per regolare la giurisdizione e non per valutare la posizione di mercato delle parti della concentrazione né l'impatto dell'operazione⁷⁰.

Parallelamente alle soglie di fatturato UE, idonee a fornire un meccanismo semplice alle società coinvolte e all'autorità per determinare se la loro concentrazione abbia dimensione comunitaria o nazionale, è previsto il meccanismo di rinvio verso l'alto dei casi alla Commissione europea che affianca un *grado di flessibilità* alla rigidità delle soglie di fatturato.

Il rinvio verso l'alto in presenza di determinate condizioni, consente alle Autorità garanti della concorrenza di deferire alla Commissione un'operazione notificata.⁷¹

In primo luogo, la Commissione può esaminare un'operazione su richiesta delle parti, l'art.4(5) stabilisce che anche le imprese parti dell'operazione, quando la concentrazione sia soggetta ad obbligo di notifica in almeno tre Stati membri, hanno la possibilità di presentare una richiesta motivata alla Commissione affinché sia esaminata in via esclusiva da essa. Se entro il termine previsto nessuno dei tre Stati membri in cui tale operazione sarebbe notificabile si oppone, la concentrazione potrà essere considerata di dimensione europea e sottoposta all'esclusiva competenza della Commissione⁷².

Nel contesto attuale caratterizzato da mercati dinamici e dalle problematiche di acquisizioni di imprese nascenti il meccanismo di rinvio disciplinato dall'art. 4(5) è stato utilizzato nel Caso Facebook/Whatsapp (M.7217) in cui al momento dell'operazione Whatsapp, pur avendo un fatturato basso, contava circa 50-150 milioni di utenti nello Spazio economico europeo e il valore della transazione ammontava a 19 miliardi di dollari. Circostanze che hanno portato tre Stati membri a notificare alla Commissione una richiesta di rinvio⁷³.

Invece, il Caso Apple/Shazam (M.8788) è stato notificato alla Commissione per la prima volta dall'Austria ai sensi dell'art. 22, seguite dalle notifiche di Islanda, Italia, Francia, Norvegia, Spagna e Svezia⁷⁴.

⁷⁰ OECD(2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/corporate/Start-ups-Killer-Acquisitions-and-Merger-Control/)

⁷¹ Box 5oecd

⁷² M. D'OSTUNI E M. BERETTA, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, Giappichelli, 2017., p.89 ss.

⁷³ *Press release European Commission, Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook*, 3 ottobre 2014. ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088

⁷⁴ *Press release European Commission, Mergers: Commission to assess the acquisition of Shazam by Apple*, 6 febbraio 2018. [Mergers: Commission to assess acquisition of Shazam by Apple \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_0001)

Secondo l'art. 22 del Reg. 139/2004, uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di svolgere essa stessa in via esclusiva l'esame di una concentrazione. Tale richiesta può avere ad oggetto qualsiasi concentrazione priva di dimensione europea a condizione che *“incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio degli Stati o degli Stati membri che presentano tale richiesta”*. A questo punto la Commissione deve informare prontamente della richiesta le imprese interessate e le autorità competenti degli altri Stati membri.

Se ritiene che sussistano i presupposti la Commissione può decidere di esaminare la concentrazione. Il meccanismo previsto dall'art. 22 viene definito come un meccanismo di silenzio assenso poiché in assenza di una presa di posizione da parte della Commissione europea entro il termine indicato il rinvio si considera accettato.

Fino a tempi recenti l'utilizzo del meccanismo disegnato dall'art. 22 era stato estremamente limitato e, in linea di massima, aveva ad oggetto casi di rinvio dell'Autorità caratterizzati da elementi analoghi fra cui quote di mercato particolarmente elevate suscettibili di pregiudicare il commercio fra Stati membri, l'esigenza di coordinamento nella valutazione concorrenziale causata dalla circostanza di essere stata oggetto di notifica in diversi Stati membri e infine l'esigenza di una valutazione unitaria da parte della Commissione⁷⁵.

Infatti, tale disposizione, definita anche *“Dutch clause”*, era stata introdotta nel 1989 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 operazioni potenzialmente anticoncorrenziali.

L'11 settembre 2020 la Commissaria europea per la concorrenza Margrethe Vestager anticipò che la Commissione avrebbe adottato nuovi Orientamenti per agevolare l'applicazione del meccanismo di rinvio da parte delle Autorità Nazionali garanti della concorrenza nei casi in cui l'operazione non fosse soggetta a notifica a norma delle legislazioni nazionali. Successivamente, il 26 marzo 2021⁷⁶ fecero seguito degli Orientamenti⁷⁷ in cui vennero valutati gli aspetti sostanziali e procedurali del controllo delle concentrazioni. Uno dei punti analizzati con attenzione furono i *“referreal*

⁷⁵ M. D' OSTUNI E M. BERETTA, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, Giappichelli, 2017, p 89 ss.

⁷⁶ *Press release European Commission “Mergers Commission Announces evaluation results and follow-up measures on jurisdictional and procedural aspects of EU merger control”*, 26 Marzo 2021. [Mergers Commission announces evaluation results and follow-up measures on jurisdictional and procedural aspects of EU merger control.pdf](#)

⁷⁷ [SWD findings of evaluation.pdf \(europa.eu\)](#)

*mechanism” ad esempio in diversi punti emerge che: “the results of the Evaluation indicate that the Commission’s practice of discouraging Article 22 referral requests in cases where the referring Member State did not have jurisdiction reduced its effectiveness as a corrective mechanism. This was particularly the case for concentrations where the turnover of at least one of the undertakings concerned did not reflect its competitive potential”⁷⁸. In sintesi, il rinvio ha cominciato ad essere interpretato come un meccanismo correttivo delle soglie attributive della competenza nelle ipotesi particolari come le *killer acquisitions*. In questo senso “The Evaluation indicated that the Commission’s current approach of discouraging referrals under Article 22 of the EU Merger Regulation where the concentration falls outside the national merger control thresholds of the referring Member State limits the effectiveness of these referrals as a corrective mechanism to the turnover-based thresholds. In practice, under this approach, only transactions that are notifiable in at least one Member State can be potentially referred under Article 22. Since this provision allows Member States to request the Commission to examine any concentration that does not have an EU dimension but that affects cross-border trade and threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State(s) making the request (irrespective of whether the transaction is notifiable in the referring Member State), the current practice has resulted in the potential of the corrective mechanism under Article 22 not being fully realised, reducing its effectiveness. Accepting and encouraging a referral of relevant transactions would give flexibility to the Member States and the Commission to target concentrations that merit review at EU level, without imposing the notification of transactions that do not.⁷⁹”.*

1.8.1. Caso Illumina Grail.

Il rinvio verso l’alto è stato applicato per la prima volta dalla Commissione europea nella decisione storica avvenuta il 6 settembre 2022 in cui è stata riesaminata e bloccata un’operazione che scendeva al di sotto delle soglie sia dello Stato membro di riferimento che comunitarie.

⁷⁸ Considerando 155.

⁷⁹ Considerando 268.

Il veto posto dalla Commissione aveva ad oggetto l'acquisizione da parte di Illumina, società statunitense che svolge attività di sequenziamento genetico, di Grail una *start up* che, al momento dell'operazione, stava sviluppando *test* per la rilevazione precoce del tumore. Poiché l'impresa *target* non aveva ancora lanciato un prodotto sul mercato e non aveva monetizzato vendite all'interno dello Spazio economico europeo, l'operazione non venne notificata né agli Stati membri né tantomeno alla Commissione⁸⁰.

L'acquisto di Grail venne accordato per un corrispettivo di circa 8 miliardi di dollari nel settembre 2020. Tuttavia, nel febbraio del 2021 la Commissione ha invitato le Autorità nazionali a tutela della concorrenza ad effettuare un rinvio ai sensi dell'art. 22⁸¹, in seguito seguirono le notifiche dell'Autorità francese, belga, greca, islandese, norvegese e dei Paesi bassi.

Nell'aprile 2021 la Commissione ha accettato tali richieste chiedendo alle parti partecipanti alla concentrazione di notificare l'operazione sulla base della constatazione che fosse *“idonea ad incidere sugli scambi all'interno del mercato unico e rischia di incidere in modo significativo sulla concorrenza all'interno del territorio degli Stati membri che hanno presentato la richiesta di rinvio”*⁸².

Il rinvio è stato valutato come appropriato in quanto l'importanza concorrenziale di Grail non si rifletteva sul fatturato.

Infatti, l'indagine approfondita della Commissione si concentra sugli effetti che avrebbe avuto l'integrazione verticale come esito dell'acquisizione.

In particolare, l'acquisizione avrebbe incentivato e consentito a Illumina di precludere ai rivali di Grail, che dipendono dalla tecnologia di Illumina NGS, l'accesso a *input* essenziali per lo sviluppo e la commercializzazione dei propri *test*.

Inoltre, la Commissione ha considerato essenziale proteggere *“l'attuale concorrenza all'innovazione”* in modo tale da garantire che i *test* di diagnosi precoce del cancro fossero

⁸⁰ Press Release European Commission, Mergers: Commission prohibits acquisition of Grail by Illumina, 6 settembre 2022. [La Commissione vieta l'acquisizione di GRAIL da parte di Illumina \(europa.eu\)](#).

⁸¹ Punto 12, Causa T-227/21, *Illumina, Inc contro Commissione europea*. *“Il 19 febbraio 2021 la Commissione ha informato gli Stati membri in merito alla concentrazione in questione, da un lato, presentandola alle autorità nazionali garanti della concorrenza nell'ambito del gruppo di lavoro sulle concentrazioni della rete europea della concorrenza e, dall'altro, inviando loro una lettera in conformità all'articolo 22, paragrafo 5, del regolamento n. 139/2004 (in seguito: la «lettera di invito»). In tale lettera la Commissione ha illustrato le ragioni per cui essa riteneva, prima facie, che la concentrazione sembrasse soddisfare le condizioni previste all'articolo 22, paragrafo 1, di tale regolamento e ha invitato gli Stati membri a presentare una richiesta di rinvio ai sensi di quest'ultima disposizione. Successivamente, la Commissione ha avuto scambi con talune autorità nazionali garanti della concorrenza per discutere in merito a detta lettera”*.

⁸² Press Release European Commission, Mergers: Commission prohibits acquisition of Grail by Illumina, 6 settembre 2022. [La Commissione vieta l'acquisizione di GRAIL da parte di Illumina \(europa.eu\)](#).

in grado di entrare nel mercato con caratteristiche e prezzi diversi, nonostante al momento dell'acquisizione vi fosse ancora incertezza sui risultati della ricerca e sviluppo dei *test* di diagnosi precoce sul cancro e sulla forma futura di un mercato *nascente*. Infine, gli eventuali rimedi proposti da Illumina sono stati considerati non idonei a prevenire gli effetti dannosi per l'innovazione nell'ambito dei *test* di rilevazione precoce dei tumori. Parallelamente all'indagine della Commissione, il 13 luglio 2022 il Tribunale di Giustizia ha confermato le decisioni di rinvio della Commissione risalenti ad aprile 2021 confermando la competenza della Commissione nell'esaminare l'impatto dell'operazione.

1.9. Uno sguardo comparatistico

1.9.1. Paesi che consentono di effettuare una comunicazione volontaria o di richiedere una notifica.

In Svezia dal 2008 è stata introdotta una modifica legislativa che ha aumentato le soglie di notifica obbligatoria, affiancando a queste una disposizione che consente alle imprese di notificare *volontariamente* le operazioni che si collocano al di sotto di esse.

In aggiunta, la stessa disposizione consente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato svedese (SCA) di *richiedere* la notifica di operazioni che si collocano in una fascia inferiore alle soglie di fatturato⁸³.

L'ipotesi di notifica obbligatoria sorge se:

1. il fatturato combinato domestico di tutte le imprese interessate è superiore ad 1 miliardo di corone svedesi (circa 98,6 milioni di euro calcolati con i tassi di cambio medi per il 2021); e
2. il fatturato aggregato realizzato nel paese da almeno due delle imprese interessate è superiore a 200 milioni di corone svedesi (circa 19,7 milioni di euro calcolati con i tassi di cambio medi per il 2021)⁸⁴.

⁸³ S4143 p.91.

⁸⁴ Chapter 4 Section 6, Swedish Competition Act (2008/579). [Swedish Competition Act | Swedish Competition Authority \(konkurrensverket.se\)](https://www.konkurrensverket.se)

Ove sia raggiunta la soglia di fatturato combinato ma non la soglia individuale e se vi sono “motivi particolari”, l’Autorità svedese potrà ordinare alle parti di presentare una notifica, anche dopo il *closing* dell’operazione.

Tuttavia, la Legge svedese non fornisce una definizione esaustiva di cosa si intenda per “motivi particolari” ma seguendo gli orientamenti del SCA essi possono sussistere qualora l’importanza concorrenziale delle parti non si rifletta sul fatturato⁸⁵.

Al contrario, se la soglia di fatturato aggregato non è raggiunta, le parti possono notificare volontariamente una concentrazione alla SCA qualora le parti ritengano sussistenti i “motivi particolari”⁸⁶ per scongiurare l’eventualità di un intervento *ex post* rispetto al *closing* dell’operazione, in ragione della previsione che legittima l’Autorità a esperire i propri poteri di indagine fino ai due anni successivi rispetto al momento in cui è sorta la concentrazione⁸⁷.

Allo stesso modo, l’Irlanda ha modificato con il *Competition Amendment 2022* il principale atto legislativo inglese ossia il *Competition Act* attribuendo alla *Competition and Consumer Protection Commission* il potere di richiedere alle parti di notificare le operazioni che non soddisfino le soglie finanziarie qualora l’Autorità irlandese ritenga che essa possa avere un “*effetto sulla concorrenza nei mercati dei beni o servizi nello Stato*”. Tale potere potrà essere esercitato nel termine effettivo di tre mesi a partire dalla prima data tra la data in cui l’Autorità irlandese venga a conoscenza dell’accordo, la data in cui una delle parti della fusione o acquisizione annuncia pubblicamente l’intenzione di presentare un’offerta pubblica o l’offerta pubblica sia stata effettuata ma non accettata e la data di efficacia della fusione.

In quest’ultimo caso, il potere potrebbe essere esercitato a prescindere dal completamento dell’operazione. Inoltre, ove le parti non adempiano alla richiesta di notifica da parte della *Competition and Consumer Protection Commission*, essa potrà comunque procedere al riesame dell’operazione.

1.9.2. Paesi che hanno inserito una soglia basata sul valore della transazione.

⁸⁵ ICLG, *Merger control, Sweden*, punto 2.7., [Merger Control Laws and Regulations Report 2023 Sweden \(iclg.com\)](https://www.iclg.com).

⁸⁶ Chapter 4 Section 7, Swedish Competition Act (2008/579). [Swedish Competition Act | Swedish Competition Authority \(konkurrensverket.se\)](https://www.konkurrensverket.se)

⁸⁷ Chapter 4 Section 13.

L'introduzione di soglie complementari basate sul criterio del valore della transazione consente di indagare sulle transazioni di alto valore e basso fatturato che potrebbero rappresentare una minaccia per la concorrenza potenziale.

Il valore della transazione è in grado di riflettere la forza futura dell'impresa *target*⁸⁸. Nonostante le soglie di fatturato possano rappresentare un filtro utile per catturare operazioni che potrebbero ridurre la concorrenza esistente nei mercati, esso non è idoneo a intercettare una perdita di concorrenza potenziale. Le modifiche normative avvenute in alcune giurisdizioni hanno come obiettivo quello di adattare il diritto della concorrenza al cambiamento strutturale innescato dagli sviluppi tecnici e dalla concorrenza internazionale⁸⁹.

La legge austriaca ossia la legge sui cartelli del 2005 (*Kartellgesetz 2005*, "CA") è stata oggetto di modifica nel 2017.

Attualmente, le soglie giurisdizionali per l'applicazione delle concentrazioni sono disciplinate dall'art.9, paragrafo 1 CA che prevede un obbligo di notifica "se le imprese interessate hanno raggiunto le seguenti soglie di fatturato nell'esercizio precedente l'operazione:

1. in tutto il mondo, in totale, oltre 300 milioni di euro;
2. a livello nazionale, più di 30 milioni di euro, di cui almeno due imprese hanno generato più di 1 milioni di euro ciascuna; e
3. a livello mondiale, per almeno due imprese più di 5 milioni di euro ciascuna".

Tuttavia, le concentrazioni che non soddisfano le soglie di cui sopra possono anche richiedere una notifica ai sensi della c.d. *Transaktionswert-Schwelle* prevista all'art.9 comma 4 CA se:

- “1. le imprese interessate hanno realizzato, in totale, un fatturato mondiale di oltre 300 milioni di euro nell'esercizio precedente;
- 2 le imprese interessate hanno realizzato, in totale, un fatturato nazionale superiore a 15 milioni di euro nell'esercizio precedente;
3. *il valore del corrispettivo per la combinazione supera i 200 milioni di euro; e*

⁸⁸ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*, Box 9 [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](#).

⁸⁹ *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*, [Guidance Transaction Value Thresholds January 2022 final.pdf \(bwb.gv.at\)](#) punto 1.

4.l'impresa oggetto dell'operazione svolge operazioni interne significative"⁹⁰.

Analogamente, la Germania ha deciso di introdurre una soglia complementare basata su criteri aggiuntivi o complementari rappresentata dal valore della transazione.

La modifica legislativa avvenuta con il 9° emendamento ha affiancato alle soglie di fatturato già esistenti un'ulteriore soglia che si applica parallelamente alle prime. Nell'ipotesi in cui le parti non superino le soglie di fatturato, tale ulteriore previsione consente di indagare su operazioni per cui le stesse abbiano pattuito un alto valore della transazione.

L'impianto odierno della legge tedesca sulla concorrenza (GWB) recita alla sezione 35 rubricato "*Ambito di applicazione del controllo delle concentrazioni*": "Le disposizioni sul controllo delle concentrazioni si applicano se nell'ultimo esercizio precedente alla concentrazione

1. Il fatturato mondiale aggregato di tutte le imprese interessate era superiore a 500 milioni di euro, e
 2. Il fatturato interno di almeno un'impresa interessata era superiore a 50 milioni di euro e quello di un'altra impresa interessata superiore a 17.5 milioni di euro.
- 1(a) Le disposizioni sul controllo delle concentrazioni si applicano anche se
1. i requisiti di cui al paragrafo 1, punto 1, sono soddisfatti,
 2. nell'ultimo esercizio precedente la concentrazione
- a) il fatturato di un'impresa interessata fosse superiore a 50 milioni di euro e b) né l'impresa destinataria né un'altra impresa interessata realizzassero un fatturato interno superiore a 17,5 milioni di euro.
3. *il corrispettivo dell'acquisizione supera i 400 milioni di euro e*
 4. l'impresa destinataria di cui al punto n.2 ha un'attività significativa in Germania."⁹¹

Le principali critiche mosse nei confronti del valore della transazione attengono alla difficoltà di tale criterio di garantire un nesso locale sufficiente ed in secondo luogo alla difficoltà di determinare il valore della transazione al momento della domanda.

Per tale ragione, nel gennaio 2022 il Bundeskartellamt tedesco e il Bundeswettbewerbsbehörde austriaco hanno pubblicato una guida congiunta finalizzata

⁹⁰ *Federal Cartel Act 2005, as amended on 21 September 2017 (complete version)* [2-Federal Cartel Act final.pdf \(bwb.gv.at\)](#).

⁹¹ *Competition act in the version published on 26 June 2013 (Federal law Gazette 1,2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 2 of the Act of 19 July 2022 (Federal law Gazette 1, p. 1214), [Competition Act \(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB\) \(gesetze-im-internet.de\)](#)*

a fornire la definizione di termini chiave e fornendo esempi pratici sulla soglia del valore della transazione⁹².

Capitolo 2

I tentativi di controllo *ex ante* del funzionamento dei mercati odierni: la legge n. 118 del 2022 e il DMA.

SOMMARIO: 2.1. La segnalazione *S4143* dell'AGCM e i nuovi orientamenti della Commissione Europea. 2.2. *Level playing field* e gli *enforcement gap* fra diritto nazionale ed europeo 2.2.1. imprese comuni 2.2.2. il nostro *test* valutativo. 2.3. Il *SIEC test* come risposta alle criticità dei

⁹² *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG*, [Guidance Transaction Value Thresholds January 2022 final.pdf](https://www.bwb.gv.at/Content/NavigationPages/Guidance-Transaction-Value-Thresholds-January-2022-final.pdf) ([bwb.gv.at](https://www.bwb.gv.at))

mercati dinamici? 2.4. Gli *Enforcement gap* delle soglie di fatturato: oltre il fenomeno delle *Killer acquisitions* (Caso TicketOne). 2.5. L'AGCM adotta la comunicazione relativa alle operazioni di concentrazione "sottosoglia" 2.5.1. Il *fumus* di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante 2.5.2. Ambito temporale 2.5.3. Aspetti procedurali: i profili problematici sul *timing* delle operazioni di M&A. 2.6. La problematica posta dal coordinamento con l'art. 22 del Regolamento concentrazioni. 2.7. La svolta regolatoria: il DMA e il relativo art. 14. 2.8. La richiesta di intervento *ex ante* come soluzione alle criticità dei mercati odierni.

2.1. La segnalazione S4143 dell'AGCM e i nuovi orientamenti della Commissione Europea.

Nel marzo 2021 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana ha inviato una Segnalazione al Governo⁹³, al fine della predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza⁹⁴ in cui venivano suggerite alcune modifiche all'impianto della legge *antitrust* italiana n. 287 del 1990, con particolare riferimento alle norme sul controllo delle concentrazioni tra imprese.

In tale occasione, l'Autorità nella VII sezione ha posto in rilievo l'esigenza di un'applicazione più rigorosa della disciplina *antitrust* perché "*idonea a garantire una più rapida e solida ripresa, nella consapevolezza cui sono sottoposte le imprese durante la crisi e della necessità di tutelare gli effetti di più lungo periodo e la componente più dinamica del processo competitivo attraverso un'attenzione particolare per i settori strategici per la crescita, digitalizzazione e la sostenibilità, un efficace controllo dei*

⁹³ A partire dal 2010 l'Autorità, nella relazione annuale inviata alla Presidenza del Consiglio, indica tutte le leggi che impediscono la competizione e che vanno dunque eliminate o riformate. Il Governo presenta alle Camere un disegno di legge, la legge annuale della concorrenza, con il quale vengono recepite le indicazioni dell'Antitrust, eventualmente indicando i settori nei quali ha deciso di non dare seguito alle sue osservazioni. Il potere di *advocacy* dell'Autorità è stato sostanzialmente rafforzato nell'ambito della normativa sulle liberalizzazioni dei mercati, volta a dare maggiore voce alla concorrenza nel sistema regolatorio nazionale [in particolare l'art. 34 del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 201/2011, nonché l'art.1 del d.l. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 27/2012]. [AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato](#)

⁹⁴ AGCM, Segnalazione S4143, *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza*, anno 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei ministri in data 21 marzo 2021.

processi di concentrazione e il contrasto alle condotte che possono esacerbare le conseguenze della crisi economica e sanitaria”.

Secondo l’AGCM gli *effetti di più lungo periodo, la componente dinamica del processo competitivo, un efficace controllo dei processi di concentrazione ed il contrasto di condotte che possono aggravare la crisi economica e sanitaria* rappresentano gli elementi presi in considerazione nelle proposte di modifica alla L. n. 287/1990.

Sulla scia di queste considerazioni, l’AGCM ha espresso i limiti del sistema di notifica obbligatorio previgente fra cui l’eventualità che esse non potessero cogliere, in primo luogo, lo *sviluppo in chiave prospettica delle imprese interessate*, in particolare nel settore digitale ed in altri settori in cui l’innovazione configura un parametro importante per la concorrenza (si pensi al tipico caso della *killer acquisition* o delle acquisizioni di imprese in fase nascente come le *start up*) ed in secondo luogo, l’eventualità che esse non cogliessero le operazioni che, pur essendo sotto soglia, sono in grado di avere un *impatto significativo sui mercati locali*⁹⁵.

La richiesta di intervento legislativo a cui auspicava l’Autorità, al fine di evitare che operazioni sottosoglia potenzialmente problematiche potessero sfuggire dal controllo *ex ante*, riguardava l’introduzione del comma 1-*bis* all’art. 16 volto a riconoscere un potere di intervento anche ad operazioni realizzate negli ultimi sei mesi che superano una sola soglia di fatturato di cui all’art. 16, comma 1, ovvero il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall’insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, per le quali si rinvenga un *fumus* di concreti rischi concorrenziali o di una sua parte rilevante.

In tal modo, l’Autorità non ha seguito l’esempio statunitense, tedesco o austriaco in cui si è scelto di inserire una soglia ulteriore fondata sul valore attribuito alle attività oggetto di acquisizione basata sulla considerazione che la rilevanza economica ed il potenziale concorrenziale delle imprese *start up* o innovativa si rifletta nel prezzo di acquisizione⁹⁶.

La richiesta di estensione della competenza dell’AGCM non solo era volta a rafforzare l’impianto originario del *merger control* nazionale alla luce delle problematiche poste dai mercati odierni (come visto nel Capitolo 1) ma riflette una linea di tendenza europea di più ampio respiro che mira ad una maggiore *flessibilità e discrezionalità* nell’intervento delle autorità di concorrenza in materia di concentrazioni⁹⁷.

⁹⁵ Segnalazione dell’AGCM 4143, p.91 ss.

⁹⁶ E. MARASÀ, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, a cura di, *Diritto antitrust*, Milano, 2021, p.1051 ss.

⁹⁷ V. AURICCHIO, *Newsletter Legance, Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza: novità in materia di antitrust*, agosto 2022.

Infatti, altri paesi europei come la Germania, la Norvegia, la Svezia, la Lituania e l'Irlanda avevano già adottato regole che consentivano alle Autorità nazionali di richiedere la notifica di operazioni di concentrazioni sottosoglia⁹⁸.

A livello europeo, i nuovi orientamenti della Commissione sull'applicabilità dell'art. 22 incoraggiano le Autorità a richiedere un *referreal* verso la stessa per operazioni che si situano al di sotto delle soglie di fatturato nazionali.

Allo stesso modo, le altre proposte di modifica avevano ad oggetto misure di armonizzazione del controllo delle concentrazioni con la normativa euro-unitaria nella convinzione che l'efficienza di esso giovi dalla coerenza fra quadro normativo europeo e nazionale.

In particolare, l'intento dell'Autorità era quello di evitare e fermare l'insorgenza di possibili valutazioni difformi rispetto sia a quelle adottate dalla Commissione sia alla prevalenza degli Stati membri.

Le principali misure di armonizzazione proposte riguardavano: *i*) il *test* di valutazione sostanziale, di cui all'art. 6 della legge 287/1990 e il trattamento dei vantaggi di efficienza e *ii*) il trattamento delle imprese comuni, di cui all'art. 5 della medesima legge e *iii*) il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari ai sensi del 2 comma dell'art. 16.

Infine, l'Autorità proponeva di estendere il termine previsto per l'istruttoria in Fase 2 che, in base all'art 16 comma 8 doveva concludersi entro 45 giorni.

Alla luce di tali premesse, nell'agosto 2022 è stata approvata la L. n. 118/2022 conosciuta come "legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021".

Il settimo capo della medesima normativa ha innovato i "capisaldi" della disciplina sulle concentrazioni italiana modificandone i quattro pilastri fondanti ossia:

- 1) la definizione del fenomeno concentrativo;
- 2) il sottoinsieme di concentrazioni che si ritengono meritevoli del vaglio;
- 3) il momento della valutazione, e
- 4) il criterio in base al quale la valutazione va effettuata.⁹⁹

⁹⁸ Note S4143, p.91.

⁹⁹ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

2.2. Level playing field e gli Enforcement gap fra diritto nazionale ed europeo.

Nella redazione della normativa *antitrust* italiana il legislatore si ispirò sul piano sostanziale e per quanto riguarda le concentrazioni, al Reg. (CEE) n.4064 del 1989 in vigore nell'ambito comunitario.

Tale regolamento, oltre ad aver subito molteplici interventi di modifica, è stato sostituito con il nuovo Regolamento (CE) del 2004.

Parallelamente, a livello nazionale, negli oltre trent'anni di vigenza della normativa *antitrust* non si è mai assistito a modifiche del nucleo centrale della materia delle concentrazioni.

Per tale ragione, si è giunti ad una situazione nella quale il pilastro della nozione di concentrazione ed il pilastro del criterio di valutazione della nostra disciplina avevano preso a divergere dal modello europeo.

2.2.1. Il trattamento delle imprese comuni di cui all'art. 5 della Legge n. 287 del 1990.

La Segnalazione ha evidenziato il contrasto tra legge *antitrust* italiana ed il Regolamento concentrazioni europeo riguardante il trattamento delle imprese comuni al primo pilastro della definizione del fenomeno concentrativo

La disciplina nazionale relativa alle imprese comuni era ancorata alla distinzione fra imprese comuni di natura “*concentrativa*” ed imprese comuni di natura “*cooperativa*”, binomio previsto nel precedente regolamento n. 4064/1989.

Infatti, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 287/1990 i requisiti di una *joint venture* per configurare una concentrazione erano costituiti dall'autonomia funzionale, cioè la natura di impresa “*full function*” e dall'assenza di rischi di coordinamento.

Per un verso, la disciplina nazionale ai sensi del 3 comma del medesimo articolo affermava che “*Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione*”; per altro verso, il legislatore europeo con le modifiche apportate dal regolamento n. 139/2004 aveva ampliato la categoria delle imprese comuni soggette al *merger control* ricomprendendo anche imprese comuni a carattere cooperativo di natura “*full function*”, sulla base della considerazione che il controllo *ex ante* delle concentrazioni fosse più

idoneo a garantire alle imprese una maggiore speditezza e certezza dei tempi di valutazione rispetto alla più severa disciplina prevista dall'art. 101 TFUE.

La disciplina in vigore per le intese dettata dal Reg. (CE) n. 1/2003 aveva accantonato il sistema di notifica valutazione preventiva per le intese e introdotto un sistema di eccezione legale modificando così il novero dei poteri applicativi della Commissione. Parallelamente, il regolamento aveva conferito alle autorità nazionali piena competenza applicativa degli art. 101 e 102 TFUE.

Per tale ragione, dai primi anni 2000, la circostanza, per alcune imprese comuni strutturali con elementi cooperativi di non essere sottoposte alle norme in tema di concentrazioni, aveva determinato un forte svantaggio sul piano procedurale oltre che su quello della certezza giuridica: mentre il provvedimento con il quale l'Autorità garante delibera che l'operazione di concentrazione non comporti una lesione della concorrenza è connotato da un'efficacia permanente ed *erga omnes* per il futuro, le intese non sono dotate di un nulla osta preventivo¹⁰⁰, di tal che progetti complessi e lunghi possono essere oggetto di una istruttoria *antitrust* in futuro, con le relative conseguenze in termini di divieti, sanzioni e rimedi; inoltre mentre i procedimenti istruttori delle operazioni di concentrazione hanno un termine fissato dalla legge, lo stesso non vale per quelli in materia di intese che possono protrarsi per un lungo arco temporale a seconda delle esigenze istruttorie¹⁰¹.

Di conseguenza, all'interno della Segnalazione l'Autorità evidenziò che la differenza dei quadri normativi erano inclini a configurare ipotesi in cui una medesima concentrazione di impresa comune *full function* venisse valutata come concentrazione ai sensi dei parametri adottati dalla Commissione e come intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 5 comma 3 della legge italiana.

Secondo le dichiarazioni dell'Autorità, tale ipotesi “*era idonea a ostacolare l'efficienza del sistema di valutazione delle operazioni di concentrazione*” in quanto non generava una disparità di trattamento delle imprese comuni nazionali rispetto a quelle comunitarie e anche laddove la prevalenza degli Stati membri seguiva la logica europea nella

¹⁰⁰ Nonostante la nostra legge *antitrust* consentiva, all'art. 13, la notifica preventiva delle intese, quindi anche dei progetti riguardanti imprese comuni strutturali, dal 2004 l'Autorità ha sistematicamente rigettato, considerandole irricevibili, le comunicazioni volte a richiedere un esame di un'intesa ai fini dell'ottenimento di una autorizzazione o di una decisione di non applicazione in virtù del Regolamento europeo del 2003.

¹⁰¹ M. D'OSTUNI E M. BERETTA, *Il Diritto della concorrenza in Italia*, Torino 2021, p.1052.

valutazione delle operazioni costituenti imprese comuni, rispetto alle operazioni *multi jurisdictional*.

Tale discrasia era idonea ad ostacolare il regolare funzionamento dei meccanismi di rinvio verso l'alto e verso il basso previsti dal regolamento concentrazioni del 2004 volti a riallocare la competenza della valutazione di una concentrazione in deroga alle regole di fatturato.

Negli ultimi anni, il sistema di ripartizione delle competenze è stato reso più flessibile e imperniato su un principio di sussidiarietà, ad esempio, la valutazione di operazioni di dimensione comunitaria da notificarsi in Commissione europea possono essere rinviate alle autorità nazionali ai sensi dell'art. 9 Reg. (CE) n. 139/2004 laddove essa sia idonea ad incidere sul commercio di un mercato distinto all'interno di uno Stato membro e l'autorità antitrust nazionale possa meglio compiere le indagini o valutarne gli effetti grazie a conoscenze specifiche o esperienze pregresse.

Dunque, la Segnalazione ha rilevato che tale meccanismo non poteva operare per lo Stato italiano in quanto occorreva che sul piano formale potesse essere esaminata ai sensi della legislazione sulla concorrenza dello Stato membro interessato. Nel caso delle imprese comuni strutturali con effetti concentrativi, pur rientrando nella definizione di concentrazione dettata dall'art. 3 del Reg. (CE) n. 139/2004 ma non essendo considerate come tali ai sensi della nostra legge antitrust esse non potevano essere rinviate all'Autorità garante italiana¹⁰² per cui l'AGCM proponeva una modifica dell'art. 5 della legge n. 287/1990.

Il primo pilastro è stato modificato nel senso auspicato dall'Autorità all'interno della Segnalazione tramite un recepimento testuale della proposta di riforma del testo dell'art. 5 della L. n. 287/1990 in cui si ricalcava la disciplina comunitaria, si richiedeva una modifica della lett. C) dell'art. 5 che avrebbe dovuto specificare che la concentrazione si realizza anche quando si procede alla costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente le sue funzioni di entità autonoma e si richiedeva l'abrogazione del comma 3 dell'art 5 al fine di sostituirlo con gli art. 2 par. 4 e 5 del Reg. 139/2004.

Allo stato odierno, l'art. 5 della Legge antitrust, come novellato, prevede: al comma 1 che *“nella definizione di impresa comune debba includersi non solo quella che deriva dalla costituzione di una nuova società ma anche la joint venture che esercita tutte le funzioni*

¹⁰² F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO, *La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo*, 2023.

di un'entità autonoma"; al comma 3 *"nell'ipotesi in cui la costituzione dell'impresa comune che realizza una concentrazione abbia per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti, tale coordinamento sia valutato secondo i parametri adottati per le intese restrittive.*

Nella valutazione l'Autorità considera, in particolare, la presenza significativa e simultanea di due o più imprese madri sullo stesso mercato della joint venture, o su uno situato a monte o a valle, ovvero contiguo e strettamente legato, nonché la possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il coordinamento risultante direttamente dalla costituzione della joint venture, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi in questione".

Il risultato delle modifiche è stato l'ampliamento della categoria delle imprese comuni soggette a notifica includendo anche imprese comuni cooperative che generano un effetto strutturale, ossia dotate di autonomia funzionale.

Pertanto, tutte le imprese comuni *full-function* sono oggi sottoposte al *merger control* italiano mentre gli eventuali rischi di coordinamento esistenti tra le imprese madri della *joint venture* saranno valutati sulla base del *test* giuridico proprio delle intese.

2.2.2. Il *test* di valutazione sostanziale di cui all'art. 6 della legge n. 287/1990.

L'art. 6, comma 1, della legge italiana prevedeva l'eventuale divieto di un'operazione di concentrazione all'accertamento *"della costituzione o rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da ridurre o eliminare in modo sostanziale e durevole la concorrenza"*.

Tale previsione riproduceva il mero *test* c.d. di dominanza come previsto dal primo regolamento sulle concentrazioni europeo n. 4064 del 1989 e sotto l'egida di tale formulazione, il presupposto di un accertamento negativo di un'operazione di concentrazione era rappresentato dalla positiva constatazione di una posizione dominante nei mercati interessati delle imprese partecipanti *pre* e *post* operazione.

L'esigenza di accertare tale presupposto, si distanziava da quella applicata dalla Commissione che, a seguito dell'introduzione del regolamento n. 139 del 2004, ha sostituito il medesimo con il *SIEC test* che richiede, ai fini della valutazione di compatibilità di un'operazione che essa *"non ostacoli in modo significativo una*

concorrenza effettiva nel mercato comune o una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”.

Il *Substantial Impediment of Effective Competition* rispetto al precedente *test* fondato sulla dominanza possiede una maggiore ampiezza di raggio in quanto consente di cogliere operazioni in grado di produrre un peggioramento delle condizioni concorrenziali anche in assenza di una posizione dominante.

Sebbene la posizione di dominanza continui ad essere considerata la forma principale di ostacolo alla concorrenza, il divieto dell’operazione non scatta solo in presenza di essa, infatti, tale *test* permette di cogliere gli effetti di quelle operazioni che si realizzano in mercati oligopolistici ma non collusivi o in mercati particolarmente complessi caratterizzati da relazioni verticali.

In tal modo, la disciplina nazionale era diventata meno rigorosa rispetto a quella comunitaria a causa del mancato adeguamento alle modifiche introdotte dal Reg. (CE) n. 139/2004.

Sotto questo profilo, la Segnalazione ha sottolineato un *gap* fra lo strumento previsto dalla disciplina nazionale e quello utilizzato a livello europeo e dagli altri Stati membri, la divergenza dei *test* sottoponeva le imprese che dovevano procedere a notifica obbligatoria in Italia al rischio di valutazioni difformi della compatibilità dell’operazione rispetto alla Commissione: il *test* della dominanza era in grado di cogliere solo *alcuni* possibili scenari anti-competitivi ma rinunciava a colpire concentrazioni che, secondo le teorie economiche¹⁰³, sono in grado di ridurre il buon andamento di mercato e il benessere finale dei consumatori.

Sotto il profilo del meccanismo di ripartizione dei casi, pur essendo maggiormente idonea l’Autorità garante italiana a valutare gli effetti di una concentrazione la Commissione avrebbe comunque evitato di rinviarla verso il basso nel timore di una valutazione che, seguendo i criteri nazionali, avrebbe potuto non essere vietata¹⁰⁴.

Infine, mentre la disciplina comunitaria prevedeva nell’ambito dell’esame di una concentrazione la possibilità di bilanciare gli effetti restrittivi della concorrenza con i

¹⁰³ “La teoria economica suggerisce che, in determinate circostanze, le concentrazioni capaci di eliminare importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle parti della concentrazione al pari di una riduzione della pressione competitiva possono, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra membri dell’oligopolio incidere sul buon funzionamento del mercato e sul benessere del consumatore”.

¹⁰⁴ F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO, *La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo*, 2023.

relativi vantaggi in termini di efficienza, a livello nazionale non vi era alcuna norma che ne riproducesse il riferimento.

In questo senso, l'AGCM proponeva di sostituire al criterio di valutazione legato al *test* di dominanza con quello che già si applicava in sede comunitaria.

Tale auspicio è stato accolto all'art. 32 della L. n. 118/2022 che ha apportato notevoli modifiche all'art. 6, comma 1, della Legge *antitrust* che oggi recita: “*Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'art. 16, l'Autorità valuta se ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante.*

Tale situazione deve essere valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva tenendo conto della struttura dei mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché 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 di mercato, 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 del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza.

L'Autorità può valutare gli effetti anti-competitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie”¹⁰⁵.

Il nuovo criterio di valutazione seguito dall'Autorità incide da un lato, in termini di *estensione* dei poteri dell'AGCM e dall'altro, in termini di *opportunità* per le imprese

¹⁰⁵ Cfr. art. 6 comma 1 abrogato: “*Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione”.*

interessate, di presentare i potenziali vantaggi in termini di efficienza che le operazioni esaminate comportano¹⁰⁶.

Partendo dal primo, è stato introdotto il *test* di valutazione sostanziale, sullo stampo del SIEC *test*, al sistema del controllo preventivo delle operazioni di concentrazione riproducendo un divieto di più ampia portata ossia riconoscendo che una concentrazione possa danneggiare il funzionamento del mercato anche quando essa non comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, singola o collettiva.

Il secondo punto di vista ha ad oggetto l'introduzione, nel contesto della valutazione sostanziale delle operazioni di concentrazione, della possibilità per le imprese di *prospettare*, e per l'AGCM di *prendere in considerazione*, un bilanciamento tra i potenziali effetti restrittivi della concorrenza e potenziali vantaggi in termini di efficienza che le operazioni esaminate potrebbero comportare.

Questo bilanciamento verrà effettuato anche in relazione agli "*interessi dei consumatori intermedi e finali*" sia "*al progresso tecnico ed economico*".

Tuttavia, un requisito che rimane fondamentale è rappresentato dalla condizione che i vantaggi derivanti dalle operazioni in esame siano *destinati esclusivamente ai consumatori* e che non costituiscano *impedimenti alla concorrenza*.

Si conferma la constatazione che, analogamente a quanto avveniva nella prassi valutativa a livello comunitario e nazionale¹⁰⁷, le efficienze generate da tali operazioni sono raramente sufficienti a eliminare i dubbi circa gli effetti anti-competitivi che potrebbero verificarsi.

2.3. Il SIEC test come soluzione alle criticità dei mercati dinamici?

La migliore precisazione delle variabili che esprimono la capacità delle imprese di esercitare il potere di mercato e quindi di esaminare quanto l'operazione in esame incida sulla *struttura dei mercati* è la chiave di lettura utile per comprendere le modifiche rispetto alla precedente impostazione dell'art. 6 della L n. 287 del 1990.

¹⁰⁶ V. AURICCHIO, *Newsletter Legance, Legge annuale per il mercato e la concorrenza: novità in materia antitrust*, agosto 2022.

¹⁰⁷ Comunicazione della Commissione UE del 5 febbraio 2004 e del 18 ottobre 2008, recanti gli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E 2004/C 031/5), per la prassi valutativa in tema di efficienze generate da una concentrazione.

Il legislatore ha operato un'esplicitazione che prende atto delle dinamiche dei mercati odierni attraverso un'opera di chiarificazione e integrazione dei precedenti parametri. Come esaminato nel primo capitolo, diverse sono le difficoltà che sollevano i mercati dinamici ed un richiamo alle misure pratiche, che l'OECD ha indicato tra gli strumenti *antitrust* idonei a contemperare l'esigenza di un allungamento temporale delle operazioni in determinati contesti, dimostrano che le modifiche apportate seguono i fili logici presentati all'interno della nota informativa del 2020, ad esempio:

- 1) il nuovo parametro del “*potere economico e finanziario*” delle imprese coinvolte nell'operazione è un tentativo di risposta alla non affidabilità delle *quote di mercato attuali* nel contesto dei mercati dinamici (vv. *supra* par. 1.4. il secondo posto). Infatti, la teoria del *deep pocket* sostiene che la pericolosità delle concentrazioni nel settore digitale dipende dallo sproporzionato potere economico.

In questo senso, potremmo ipotizzare che, laddove vi fosse una concentrazione non orizzontale il problema posto dalla struttura *multi sided markets* dell'estremo potere economico che permette di sovvenzionare mercati incrociati permettendo di accedere e guadagnare importanti posizioni in diversi mercati con estrema speditezza, verrebbe inquadrato da tale parametro;

- 2) anche l'inserimento della “*concorrenza attuale o potenziale*” risponde alla richiesta di un'attenzione maggiore nell'identificazione dei concorrenti che potranno rivestire un ruolo nel mercato in *futuro* al fine di permettere all'Autorità di apprezzare la persistenza dell'impatto dell'operazione¹⁰⁸ (vv. *supra* par.1.4. al primo posto);
- 3) analogamente, l'Autorità dovrà valutare sia “*l'esistenza di fatto o di diritto all'ingresso dei mercati*” sia “*l'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi interessati dall'operazione*”, parametri già presenti nel precedente dettato, potrebbero essere considerati utili rivelatori della stabilità degli esiti delle concentrazioni dal momento che un facile ingresso ed un elevata dinamicità sono fattori rappresentativi dell'evoluzione delle quote e del livello di concentrazione di mercato nel tempo. In tal senso, l'OECD proponeva la valorizzazione dell'utilizzo dell'*indicatore indiretto* di ripetute entrate ed uscite

¹⁰⁸ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

passate come parametro idoneo a valutare gli ostacoli che si frappongono all'ingresso di un mercato (vv. *supra* par. 1.4. il terzo posto).

Per altro verso, la riforma ha preso in considerazione ulteriori criteri in grado di apprezzare gli *effetti anti-competitivi* di una concentrazione laddove gli stessi non siano puramente strutturali: in questo senso, la possibilità per l'Autorità di effettuare un bilanciamento tra effetti anti-competitivi e pro-competitivi (come sopra esposto) dovrebbe servire in quei casi in cui una concentrazione sia idonea a produrre forme di efficienza statica o dinamica ¹⁰⁹. Anche tale profilo era stato evidenziato dall'OECD che, a suo tempo aveva auspicato alle agenzie di tener conto delle *dichiarazioni efficienza* quando le concentrazioni possano promuovere l'innovazione o gli investimenti (vv. *supra* par. 1.4. il quarto posto).

Infine, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 6 come modificato sancisce la possibilità di valutare gli effetti anti-competitivi di “*acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel settore delle nuove tecnologie*”.

Questa presa di posizione è finalizzata a fornire un'adeguata base giuridica per l'analisi sostanziale del fenomeno delle *killer acquisitions* e le problematiche ad esse connesse¹¹⁰. Pertanto, alla luce delle modifiche introdotte all'art. 6, l'Autorità potrà leggere in maniera qualificata ed esaminare attentamente le operazioni in cui imprese di grandi dimensioni, attive principalmente nel settore digitale, tecnologico o farmaceutico, si accingono ad acquistare imprese più piccole in procinto di sviluppare o in fase nascente di progetti innovativi e concorrenti di quelli commercializzati dalle acquirenti.

In tal modo, il nuovo *test* risolve la lacuna che si era prodotta all'interno del nostro ordinamento che non prevedeva un appiglio normativo idoneo a valutare quelle operazioni di concentrazione che producono danni al mercato tra cui: la soppressione dei progetti innovativi della *target*, l'eliminazione di un potenziale concorrente o il rallentamento dello sviluppo tecnologico ed economico nel mercato interessato (c.d. *reverse killer acquisition*) attraverso l'integrazione di prodotti o servizi innovativi nell'offerta dell'impresa acquirente.

Dunque, il *SIEC test* rappresenta uno strumento utile per vietare le condotte che si configurano come *killer acquisitions*, o per le operazioni in grado di incidere

¹⁰⁹ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

¹¹⁰ Cfr. 1 capitolo.

negativamente sui parametri comprensivi dello stato di salute dei mercati, cioè l'innovazione disponibile e la diminuzione della contendibilità della posizione di mercato della grande impresa in grado di aumentare i prezzi o ridurre la qualità dei propri prodotti o prezzi (come visto nel primo capitolo c.d. *workable*).

Tuttavia, secondo un'altra prospettiva il medesimo *test* non rappresenta una soluzione dirimente per quelle operazioni che servono a dare alla nuova tecnologia o invenzione la scala per fiorire e diffondersi nel mercato. Alcune letture economiche mettono in luce che molte *start up* tendono a legare il proprio successo alla possibilità di essere acquistate da grandi imprese una volta raggiunto un grado di maturità¹¹¹.

In questi casi, il criterio cui all'art. 6 non consente di distinguere la situazione in cui la piccola impresa non sarebbe comunque in grado di sviluppare in maniera autonoma una tecnologia alternativa dalla *killer acquisition*.

Per tali ragioni, alcuni esperti non leggono l'art. 6 come risolutivo e *a fortiori*, avvertono la necessità di introdurre *nuovi criteri* che consentano all'Autorità di distinguere il caso in cui la soppressione della tecnologia avverrebbe a prescindere dall'operazione rispetto alle acquisizioni di imprese nascenti *tout court*¹¹².

Infine, alla luce dell'evoluzione dei mercati dinamici le *non-horizontal mergers* di tipo conglomerale aventi come parti piccole imprese a contenuto innovativo, sono oggetto di una rivoluzione copernicana: la lettura tradizionale dell'Autorità che tendeva a considerarle lecite sulla base delle teorie economiche sta mutando orientamento in quanto attualmente potrebbero non rappresentare mere strategie di diversificazione¹¹³.

La capacità degli operatori già presenti nel settore digitale di godere di forti incentivi e riuscire ad entrare molto velocemente in nuovi mercati per non essere sostituiti dai concorrenti o per guadagnare nuovi accessi ai dati mediante lo sfruttamento delle importanti economie di scopo dal lato della domanda e dal lato dell'offerta, la conoscenza dei dati che consente di cogliere più velocemente di qualsiasi altro operatore le opportunità di investimento e, l'utilizzo dei guadagni realizzati nei mercati principali per sostenere quelli secondari, hanno sollevato notevoli preoccupazioni alle Autorità *antitrust* che hanno iniziato a vedere di cattivo occhio il potere di mercato accumulabile anche quando i soggetti, parte delle concentrazioni, non producono beni o servizi complementari.

¹¹¹ C. SHAPIRO, *Antitrust in a time of populism*, 2018, p.740 ss.

¹¹² M. MOTTA, M. PEITZ, *Big Tech Mergers, in Information Economics and Policy*, 2021, p.1 ss.

¹¹³ Cfr. 1 Capitolo.

Su questo filone di pensiero, diventa apprezzabile un'applicazione *rigorosa* del SIEC *test* ove un'operazione diventi la soluzione meno anti-competitiva a disposizione di una grande impresa per entrare in un nuovo mercato¹¹⁴.

Nonostante in passato la teoria economica influenzava l'AGCM nell'idea di non controllare concentrazioni di imprese meno importanti, come affrontato nel 1° Capitolo, le evidenze empiriche hanno spostato l'attenzione su operazioni piccole, come le acquisizioni di *start up* e le criticità del *test* precedente¹¹⁵ hanno prodotto un ripensamento che ha determinato anche la modifica dei parametri che l'Autorità deve considerare per giungere a stabilire se l'operazione esaminata integri o meno gli estremi del divieto.

In conclusione, tra le varie modifiche apportate dalla Legge n. 118/2022 la vera novità è rappresentata dal nuovo *test* di valutazione delle concentrazioni piuttosto che dalle modifiche delle soglie con l'introduzione dell'art. 16 comma 1-*bis*¹¹⁶; infatti, l'alternatività delle soglie era prevista nel nostro ordinamento per i primi decenni di vigore della disciplina sul controllo delle concentrazioni ma queste non fungevano come strumento di controllo efficace di operazioni piccole con il conseguente passaggio in Fase 2 sia per il notevole carico di istruttorie che doveva gestire l'Autorità (come visto nel par. 1.8.) sia perché difficilmente le operazioni minori comportano la costituzione o rafforzamento della posizione dominante¹¹⁷.

2.4. Gli *Enforcement gap* delle soglie di fatturato: oltre il fenomeno della *killer acquisition* (Caso *TicketOne*).

La griglia di soglie stabilite all'art. 16 fino alle recenti modifiche basava la misurazione della dimensione delle imprese su soglie di fatturato cumulative realizzate nel territorio nazionale¹¹⁸ e come introdotto dalla Segnalazione 4143, tale sistema non permetteva il

¹¹⁴ F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO, *La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo*, 2023.

¹¹⁵ J. BERTI, Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana, 8 e 9 giugno, 2023 Firenze.

¹¹⁶ J. BERTI, Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana, 8 e 9 giugno, 2023 Firenze.

¹¹⁷ V. AURICCHIO, Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana, 8 e 9 giugno, 2023 Firenze.

¹¹⁸ Le operazioni di concentrazione di cui all'articolo 5 devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a quattrocentonovantadue milioni di euro e qualora il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate sia superiore a trenta milioni di euro. Tali valori sono incrementati ogni anno di un ammontare equivalente all'aumento dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo.

vaglio dell’Autorità ad operazioni sottosoglia potenzialmente problematiche per cui tali operazioni non venivano catturate dalle maglie dell’art. 16 perché difficilmente venivano superate le soglie di fatturato richieste dalla normativa, il riferimento tipico della *killer acquisition*; in secondo luogo, la Segnalazione metteva in luce la mancanza di un controllo idoneo a “*prevenire la formazione di monopoli locali*”¹¹⁹.

Dunque, situazioni come l’acquisizione di imprese operanti in Italia anche di medie o medio grandi dimensioni (con un fatturato fino a 517 milioni) da parte di multinazionali non operanti nemmeno indirettamente nel nostro paese, l’acquisizione di imprese di piccole dimensioni con un fatturato inferiore a 31 milioni da parte di imprese nazionali o estere anche di grandi dimensioni ed infine la concentrazione tra imprese di medie dimensioni rispetto al fatturato realizzato in Italia ma la cui somma di fatturati non superava i 517 milioni di euro previsti dalla soglia di fatturato aggregato erano considerate non rientranti nell’ambito di applicazione della normativa sul *merger control* nazionale. Alcuni mercati geografici locali sono caratterizzati dalla presenza di operatori medio grandi affiancati da molteplici operatori minori con fatturati piuttosto contenuti ed in tali contesti, un’impresa potrebbe realizzare una serie di acquisizioni *eliminando gradualmente* la concorrenza senza dover superare un vaglio dell’Autorità né in nome della disciplina sulle concentrazioni né tantomeno sulla base degli art. 101 e 102 TFUE. Nel tentativo di ipotizzare in quali settori potrebbero essere realizzate tali condotte si può far riferimento al settore della distribuzione del carburante in cui, a fronte della presenza di un’impresa petrolifera di grandi dimensioni, si collocano numerosi punti vendita per la distribuzione del carburante di proprietà di persone fisiche o piccoli operatori.

Verosimilmente, le imprese potrebbero realizzare condotte attraverso cui la grande impresa si accinga ad acquistare i singoli punti vendita al fine di ampliare il proprio *network* senza dover incorrere in alcun obbligo di notifica dal momento che il fatturato delle imprese *target* potrebbe essere inferiore ai 31 milioni di euro.

Analogamente, si può far riferimento ad un recente provvedimento dell’AGCM per abuso di posizione dominante (A523 Ticketone/condotte escludenti nella vendita di biglietti¹²⁰) in cui la condotta contestata a CTS Eventim-TicketOne aveva ad oggetto una complessa strategia escludente che si prefiggeva di precludere gli operatori di *ticketing* concorrenti

¹¹⁹ S4143.

¹²⁰ A523-TicketOne/Condotte escludenti nella vendita di biglietti, [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](#).

dalla vendita, con qualsiasi modalità o attraverso qualsiasi canale, quota particolarmente elevata di biglietti *live*.

In particolare, tra le diverse condotte esaminate emergeva l'acquisizione dei *promoter* nazionali: Di and Gi S.r.l., Friends & Partners S.p.A., Vertigo S.r.l. e Vivo Concerti S.r.l. Tale procedimento ha evidenziato come le soglie di fatturato cumulative fossero fallaci nel sistema del controllo delle concentrazioni in quanto, nonostante le ricadute di tali operazioni abbiano permesso di fatto di acquisire in maniera strutturale e duratura il diritto di vendere in esclusiva la totalità dei biglietti di tali *promoter* fronteggiando l'ingresso sul mercato di Ticketmaster, si posizionavano o al di sotto della soglia di fatturato aggregato o al di sotto di entrambe le soglie richieste dall'impianto dell'art. 16.

Nel caso di specie, nel 2019 TicketOne fatturava circa 65 milioni di euro ed era controllata da CTS Eventim AG & Co (c.d. Eventim-TicketOne), una società di diritto tedesco, *holding* dell'omonimo gruppo societario, attivo in diversi paesi europei tramite società controllate nella produzione e organizzazione di eventi e di festival, produzione e allestimento di mostre ed infine servizi di biglietteria.

Quest'ultima realizzava a *livello mondiale* un fatturato di 1,5 miliardi di euro ed ha attuato le singole acquisizioni per il tramite della società "Medusa Music GroupH4".

Inoltre, il fatturato dei singoli *promoter* nazionali acquisiti non era tale da produrre il superamento della soglia di fatturato aggregato realizzato a livello nazionale in quanto: Di and Gi S.r.l. realizzava circa 26 milioni di euro, Friends & Partners S.p.A. circa 98 milioni di euro, Vertigo S.r.l. circa 35 milioni di euro e Vivo Concerti S.r.l. circa 53 milioni di euro.

In questo scenario, il fatturato realizzato dalle imprese in Italia sia singolo che aggregato non rappresentava la dannosità di tali operazioni che, stando alle parole del provvedimento, "*hanno rafforzato la strategia di foreclosure del gruppo Eventim-TicketOne, amplificando l'effetto di preclusione nel mercato rilevante, posto che la totale sottrazione ai concorrenti della possibilità di vendere i biglietti degli eventi dei promoter acquisiti – i cui diritti di vendita non sono più suscettibili di negoziazione sul mercato – ha ulteriormente marginalizzato gli operatori di ticketing già attivi, ha limitato l'operatività dei nuovi entranti e costituisce un ostacolo all'ingresso nel mercato per i concorrenti potenziali*"¹²¹.

¹²¹ Punto 410 del provvedimento A523.

L'effetto di tali operazioni di concentrazione ha permesso al gruppo Eventim-TicketOne di integrarsi verticalmente a monte con quattro tra i principali *promoter* attivi nel mercato della produzione di eventi live di musica leggera, al fine di rafforzare la propria posizione di dominanza nel mercato della vendita dei biglietti per eventi *live* di musica leggera¹²². Al di là dell'esito delle impugnazioni di tale provvedimento al Tar ed al Consiglio di Stato, la vicenda dimostra come una serie di acquisizioni che si posizionavano o al di sotto della soglia di fatturato aggregato o al di sotto di entrambe le soglie richieste dall'impianto dell'art. 16 rappresentavano operazioni di concentrazione potenzialmente pericolose per la struttura del mercato della vendita dei biglietti *live* di musica leggera. Al fine di colmare lacune di tal tipo, all'interno della Segnalazione l'Autorità proponeva di riconoscere un potere di intervento che fosse circoscritto alle operazioni per le quali:

- (a) fosse rinvenibile un *fumus* di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante);
- (b) fossero realizzate al massimo negli ultimi sei mesi, e
- (c) venisse superata almeno una delle due soglie di fatturato di cui all'articolo 16, comma 1, oppure il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate fosse superiore a 5 miliardi di euro.

La legge n. 118 del 2022 all' art. 32 comma 1, lettera b) ha inciso su due pilastri della L. 287 del 1990 che riguardano il sottoinsieme di operazioni che si ritengono meritevoli di un vaglio ed il momento della valutazione introducendo al testo dell'art. 16 il nuovo comma 1-bis, che recita: *“L'Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro 30 giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero nel caso in cui il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora 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, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità all'ordinamento dell'Unione Europea, le regole procedurali per l'applicazione del presente comma. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'art. 19, comma 2. Le*

¹²² Punto 409 del provvedimento A523.

disposizioni del presente comma non si applicano alle operazioni di concentrazione perfezionata prima della data della sua entrata in vigore”.

2.5. L’AGCM adotta la comunicazione relativa alle operazioni sottosoglia.

Il 13 dicembre 2022, l’AGCM ha emanato una comunicazione relativa all’applicazione del nuovo comma 1-*bis* dell’art. 16 dando seguito ad una consultazione pubblica avviata il 27 ottobre 2022.

La comunicazione si prefigge da un lato, di fornire chiarezza sul relativo ambito di applicazione sostanziale e temporale e, dall’altro, di stabilire le relative regole procedurali.

2.5.1. Il *fumus* di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante

La principale modifica introdotta nell’ambito di applicazione sostanziale della normativa attiene alla sussistenza del “*fumus di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”.

La verifica imposta da tale requisito ha come risultato quello di attrarre nell’applicazione della normativa le categorie di acquisizioni che fino alla riforma erano estranee al vaglio dell’Autorità (come visto al par. 1.4.) che coincidono con:

- a) le acquisizioni da parte di un’impresa di grandi dimensioni a livello nazionale o globale di imprese con un *fatturato nazionale limitato o inesistente*;
- b) concentrazioni tra *imprese nazionali di piccola o media dimensione*.

In primo luogo, si scorge una iniziale regolazione di quelle operazioni sottosoglia che potrebbero determinare effetti pregiudizievoli verosimilmente *in mercati di nicchia o locali*¹²³.

In generale, l’AGCM potrà tenere conto della sussistenza di concreti rischi per la concorrenza tenendo conto di una serie di *variabili* riguardanti le imprese interessate ed i mercati in cui esse operano quali la *struttura dei mercati*, le *caratteristiche degli operatori*

¹²³ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

coinvolti, la natura dell'attività svolta dalle imprese interessate e la sua rilevanza per i consumatori e/o altre imprese, la rilevanza dell'attività innovativa svolta ed infine il vincolo competitivo esercitato da una o più imprese al di là della quota di mercato.

Accanto a queste variabili, la Comunicazione individua le concentrazioni che, *in linea di principio*, non dovrebbero destare rischi particolari ispirandosi alle *Guidelines* della Commissione europea in materia di concentrazioni orizzontali e non orizzontali¹²⁴.

I valori di riferimento, che prendono come riferimento quote di mercato o il grado di concentrazione di mercato, non escludono a priori la possibilità di richiedere una notifica ma si assurgono come meri indicatori iniziali dell'*assenza* di preoccupazioni concorrenziali nella valutazione delle concentrazioni.

Infatti, il testo della comunicazione si limita a sancire “*è improbabile che l'Autorità richieda la notifica di un'operazione (...)*”, tale probabilità di intervento rende il quadro normativo piuttosto complesso in quanto le imprese interessate non possono escludere l'assoggettamento ad una richiesta di notifica di un'ampia mole di operazioni¹²⁵.

In secondo luogo, la seconda categoria di operazioni potenzialmente rischiose è quella per la quale il *fatturato non è indicativo* delle dimensioni di un'impresa e della forza o del potenziale competitivo delle imprese parti di un'operazione (acquisizioni di imprese in fase nascente ad alto contenuto innovativo).

Il tentativo di soluzione volto ad apprezzare l'impatto di tali operazioni contempla una serie di *fattori legati al potenziale competitivo* di un'impresa che assumono un'importanza *prima facie* nella valutazione dei concreti rischi concorrenziali.

L'Autorità afferma che “*in ogni caso*”, quindi, anche nei casi in cui la valutazione alla luce degli indicatori generali porterebbe ad escludere una sussistenza di rischi per la concorrenza¹²⁶, “*soprattutto laddove il fatturato non sia indicativo del vincolo competitivo che un'impresa esercita o potrà esercitare in futuro nel mercato nazionale o*

¹²⁴ Per quanto concerne le concentrazioni con effetti orizzontali, una richiesta di notifica è da ritenere improbabile se la quota di mercato dell'insieme delle imprese interessate è inferiore al 25%. Inoltre, l'Autorità ritiene improbabile la sussistenza di concreti rischi concorrenziali in un mercato in cui: l'indice HHI è inferiore a 1000; se dopo la concentrazione l'indice HHI è compreso tra 1000 e 2000 ed il delta è inferiore a 250; se, dopo la concentrazione, l'indice HHI è superiore a 2000 e il delta è inferiore a 150, a meno che non ci siano circostanze particolari.

Per quanto riguarda le concentrazioni non orizzontali, una richiesta di notifica è considerata improbabile laddove, dopo la concentrazione la quota di mercato sia inferiore al 30% e l'indice HHI sia inferiore a 2000.

¹²⁵ Circolare N. 3/2023 Assonime, La Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle concentrazioni sottosoglia.

¹²⁶ Circolare N. 3/2023 Assonime, La Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle concentrazioni sottosoglia.

in una sua parte rilevante l'Autorità potrà tenere in considerazione ulteriori elementi quali, ad esempio la circostanza che un'impresa:

- 1. è una startup o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o adottare un modello di business che generi ricavi significativi (o è ancora nella fase iniziale di implementazione di tale modello);*
- 2. è un importante innovatore o sta conducendo un'attività di ricerca potenzialmente importante;*
- 3. è un importante forza competitiva, attuale o potenziale;*
- 4. ha accesso a beni significativi dal punto di vista della concorrenza (come ad esempio materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o*
- 5. fornisce prodotti o servizi che sono input/componenti chiave per altri settori.”¹²⁷*

Tutte circostanze che rispecchiano sia gli elementi presi in considerazione gli Orientamenti della Commissione europea sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 sia elementi trattati dall'OECD nella nota informativa “*Start ups, killer acquisitions and merger control*”.

Dunque, la riforma italiana segue il filo rosso che prende atto delle criticità dei mercati dinamici; i nuovi parametri e fattori che potranno essere presi come riferimento dall'Autorità se da un lato, hanno colmato lacune normative che non consentivano di frenare le criticità delle concentrazioni nel contesto dell'evoluzione dei mercati dinamici, dall'altro hanno disegnato un quadro particolarmente complesso che potrebbe generare una forte incertezza giuridica per le imprese.

I principali punti di debolezza della comunicazione interpretativa capaci di produrre un'incertezza giuridica nella prassi riguardano:

- 1) l'interpretazione della comunicazione per cui le diverse variabili potranno essere prese in considerazione sia singolarmente che in combinazione fra loro come nel caso di richiesta una notifica nell'ipotesi in cui le quote di mercato e gli indici di concentrazione si posizionino al di sotto dei valori considerati critici dalla Comunicazione;*
- 2) i termini utilizzati come ad esempio *probabilità di intervento* o *possibili circostanze particolari* o *fattori principalmente considerati* o *ulteriori elementi di**

¹²⁷ Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1-bis, della legge del 10 ottobre 1990, n.287.

analisi o in ogni caso, creano notevoli difficoltà per operatori come le imprese nel momento in cui devono valutare se l'operazione sia notificabile;

- 3) in generale, i nuovi elementi o variabili dipendono dall'esatta individuazione dei mercati di riferimento che verrebbe anticipato e presupposto dalle imprese nella decisione di comunicare una determinata operazione, nonostante si tratta un'attività che dovrebbe essere condotta dall'AGCM durante il corso del procedimento;
- 4) l'interpretazione della comunicazione tale per cui non sono state individuate le operazioni a rischio di richiesta di notifica ma l'ambito delle operazioni che potrebbero essere escluse dalla normativa e considerate come non suscettibili di rischi concorrenziali¹²⁸.

Seguendo il filo logico del primo capitolo, la legge del mercato e della concorrenza del 2022 n. 118, così come la relativa comunicazione interpretativa, rappresentano un tentativo di regolazione *ex ante* dei mercati dinamici.

Come analizzato, laddove venga in gioco l'innovazione, le Autorità garanti della concorrenza dovrebbero valutare gli effetti delle concentrazioni su un *arco di tempo sufficientemente lungo* che comporta un aumento del tasso di imprevedibilità nell'applicazione degli strumenti antitrust come il *merger control*.

Pertanto, non dovrebbe meravigliare se la comunicazione non sia connotata da una delimitazione precisa delle operazioni a rischio o da valori numerici in grado di circoscrivere le operazioni idonee a produrre rischi concorrenziali, in quanto l'incertezza dei presupposti giuridici deriva da una difficoltà a monte che attiene all'analisi economica dei fenomeni concentrativi¹²⁹.

Preso atto delle principali criticità economiche, le nuove variabili potrebbero esser lette come "*nuove o ulteriori soglie*" aventi per oggetto elementi che spesso nulla hanno a che vedere con il grado di concentrazione del mercato ma si riferiscono alla natura dell'attività svolta dalle imprese, ai progetti che stanno sviluppando a livello di R&S ovvero la rilevanza che svolgono per i consumatori; in tal modo la prassi futura dell'autorità potrebbe orientarsi verso la tutela di fenomeni concentrativi cambiando la lente di ingrandimento con cui apprezzare la pericolosità di talune operazioni.

¹²⁸ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

¹²⁹ Da questa angolazione è possibile comprendere la scelta dei requisiti giuridici come esito della commistione fra politica industriale ed analisi economica sottostante citata al par.1.1.

Da ultimo, la scelta di inserire all'interno degli elementi che l'Autorità può prendere in considerazione anche *“il valore del corrispettivo ricevuto dal venditore”* qualora esso sia *“particolarmente elevato rispetto all'attuale fatturato dell'impresa acquisita”* risulta coerente rispetto alla riforma tedesca, austriaca ed il filone europeo delineato nelle *Guidelines*, tutte riforme basate sull'idea o assioma che il valore della transazione rappresenti un possibile indizio del fatto che l'impresa *target* detenga un significativo potenziale sul piano concorrenziale attuale o futuro¹³⁰.

Lo strumento della richiesta di notifica ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, può essere utilizzato dall'autorità solo qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza *“nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante”* e sotto questo profilo, la comunicazione chiarisce che, sebbene sia possibile presumere che gli effetti di un'operazione possano prodursi nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante qualora le imprese interessate realizzino un fatturato in Italia, l'Autorità mantiene un potere di richiesta anche nell'ipotesi in cui *nessuna delle imprese realizzi un fatturato in Italia*.

Nello specifico, l'AGCM valuterà se, alla luce di determinate caratteristiche specifiche dell'operazione o delle imprese coinvolte, la concentrazione appaia comunque destinata ad incidere sulla concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

Le caratteristiche che fungono da *“ancoraggio nazionale”* riguardano:

- a) *la diffusione in Italia delle attività interessate tra gli utenti/consumatori dei servizi delle imprese coinvolte, anche se si tratta di servizi che non sono prestati dietro corrispettivo monetario: nel settore digitale, per esempio, si potrà fare riferimento al numero giornaliero o mensile di utenti di tali servizi digitali residenti in Italia o al numero di accessi di singoli utilizzatori residenti in Italia ad un determinato sito web;*
- b) *la localizzazione nel territorio nazionale della sede dell'impresa, degli impianti produttivi e/o di laboratori di ricerca o sperimentazione;*
- c) *lo svolgimento di attività di R&S potenzialmente rilevante per il mercato nazionale: per esempio potrebbe rilevare la circostanza che i risultati della ricerca siano commercializzabili sul territorio nazionale, la titolarità di un particolare brevetto o l'aver avviato il processo di approvazione per un farmaco distribuibile sul territorio nazionale;*

¹³⁰ Circolare n. 3/2023 Assonime. Inoltre, Cfr. par. 1.8. Uno sguardo comparatistico: Austria e Germania.

- d) *l'esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale: si terrà conto, ad esempio, della prospettiva di apertura di stabilimenti produttivi, dell'avvenuta o imminente assunzione di personale, dei processi di ottenimento di autorizzazioni al commercio o della previsione di conclusione di contratti di vendita, sempre in Italia;*
- e) *ogni altro significativo collegamento con il mercato nazionale o una sua parte rilevante che emerga dalle caratteristiche dell'operazione.*

Sotto questo profilo, le perplessità attengono al fatto che le situazioni rientranti nella comunicazione apparentemente, o meglio, ragionando in ottica tradizionale, dovrebbero essere poco rilevanti ai fini della tutela della concorrenza nazionale in quanto l'eliminazione di imprese che non operano o non operano ancora nel mercato nazionale non dovrebbe impattare in alcun modo sulla quota di mercato o sul grado di concentrazione, difatti anche tale *set* di variabili (ad esempio, la presenza di una sede sul territorio nazionale, il fatto che l'impresa abbia pianificato di entrare nel territorio nazionale, la commerciabilità dei risultati di una ricerca sul territorio nazionale) non sono indici di una dannosità dell'operazione ma solo del fatto che la concentrazione potrebbe riverberarsi sul territorio nazionale *in futuro*.

In questo senso, alcuni esperti leggono la mancanza di criteri oggettivi come una giustificazione al potere di intervento dell'Autorità sulle acquisizioni di imprese italiane da parte di imprese di grandi dimensioni ma estere producendo un'applicazione del controllo preventivo sulle concentrazioni discrezionale e dal sapore *protezionistico*¹³¹.

Da un altro punto di vista, mettendo al centro l'innovazione e gli effetti che l'efficienza dinamica riflette sui consumatori, i criteri emanati all'interno della comunicazione si pongono a protezione non della nazionalità delle imprese bensì dei prodotti o servizi di cui godrebbero i consumatori italiani come il criterio della diffusione tra gli utenti e consumatori dei servizi svolti mira ad un'attenzione dell'autorità ad operazioni che, pur non impattando sulla struttura di mercato, trovano un collegamento o ancoraggio nazionale negli utilizzatori italiani dei servizi gestiti dalla *target* o dall'acquirente.

In conclusione, l'ambito sostanziale di applicazione è stato oggetto di una rivoluzione di principio che mostra le difficoltà e l'atteggiamento delle autorità di tutto il mondo a fronte dell'esigenza di una previsione dell'evoluzione futura dei mercati in contesti dinamici.

¹³¹ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

2.5.2. Ambito di applicazione temporale

Innanzitutto, la comunicazione specifica che la norma cui all'art. 16, comma 1-*bis*, non si applica ad operazioni di concentrazione perfezionate prima della sua entrata in vigore. La principale novità introdotta con la riforma è la previsione di un potere di intervento *ex post* in merito ad operazioni già realizzate purché non siano trascorsi più di sei mesi dal loro perfezionamento.

L'Autorità interpreta il perfezionamento di un'operazione richiamando i principi già enunciati nella Comunicazione del 14 novembre 2012 “*Nuova disciplina relativa all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione*” con la quale è stato chiarito che tale circostanza si intende integrata nel momento in cui si produce *l'effetto di acquisizione del controllo*¹³².

Alla luce di tale criterio, nel caso di concentrazioni realizzate mediante una sequenza negoziale complessa quindi per le operazioni in cui a seguito di un negozio preparatorio segue la conclusione del contratto definitivo, il c.d. *closing*, la richiesta di notifica potrebbe intervenire al massimo entro sei mesi dal *closing*, ovvero da quando si realizza il trasferimento del controllo¹³³.

Il potere di richiesta di una comunicazione sottosoglia posticipato rispetto al perfezionamento di un'operazione introduce nel panorama applicativo nuove criticità in termini di *certezza giuridica* che, sommandosi a quelle relative al perimetro delle operazioni suscettibili di essere valutate dall'AGCM, rendono il quadro attuale di riferimento ancora più costoso per le imprese.

Infatti, l'ipotesi dello scenario in cui tale potere venga ad essere esercitato *ex post* rispetto ad un'operazione già realizzata rappresenta un costo ed un rischio di cui gli operatori economici dovranno tener conto.

Ad esempio, laddove all'esito dell'accertamento istruttorio si ritenga di dover proibire un'operazione di concentrazione già realizzata, l'Autorità dovrebbe contestualmente imporre rimedi di natura strutturale che rappresentano un'eventualità particolarmente pesante ed incisiva per le operazioni di *M&A* poiché l'esito di un'operazione potrebbe

¹³² Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge del 10 ottobre 1990, n.287.

¹³³ Circolare N. 3/2023 Assonime, La Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle concentrazioni sottosoglia.

essere sottoposta a dei rimedi assimilabili a delle vere e proprie misure di deconcentrazione.

In generale, i rimedi strutturali vengono individuati nel momento in cui l'autorità formula un giudizio in ordine alla compatibilità o meno dell'operazione notificata, ossia quando l'esito della valutazione coincida con un'*autorizzazione condizionata* le cui condizioni sono finalizzate ad apportare al progetto di operazione le modifiche necessarie ad eliminare o ridurre gli effetti anticoncorrenziali dell'operazione.

I rimedi strutturali si differenziano da quelli comportamentali in quanto i primi possono consistere in cessione di rami di azienda o immobilizzazioni immateriali mentre fra quelli del secondo tipo si annoverano impegni di natura obbligatoria come, ad esempio, l'obbligo di vendere ad un prezzo di mercato¹³⁴.

Seguendo l'interpretazione della comunicazione le imprese non solo non saranno in grado di avere un'idea certa sulle operazioni che possono produrre rischi concorrenziali a causa delle ragioni sopra esposte ma subiranno l'alea di un termine estremamente lungo entro cui l'autorità potrebbe intervenire con pesanti conseguenze dal punto di vista del *buisness*.¹³⁵

In questo senso, si dovrà affrontare il nuovo tema contrattuale delle operazioni di concentrazione finalizzato a disciplinare il possibile intervento dell'Autorità con tali possibili soluzioni:

- 1) l'inserimento all'interno del contratto di due clausole sospensive volte a subordinare l'efficacia del contratto, in primo luogo, ad un provvedimento dell'Autorità in cui viene dichiarata la non necessità di procedere (a seguito della comunicazione preventiva volontaria come analizzata del seguente paragrafo) ed in secondo luogo alla *clearance* laddove arrivasse un provvedimento di richiesta di notifica;
- 2) l'inserimento di clausole contrattuali che impongono alla nuova amministrazione di attuare solo atti di ordinaria amministrazione nei successivi sei mesi *post-closing*.

Il punto debole di tale clausola è legato all'impatto che avrebbe da un punto di vista del valore di un contratto in quanto nei mesi successivi alla chiusura di un'operazione di *M&A* le imprese devono necessariamente integrarsi l'una con

¹³⁴ G. OLIVIERI E F. GHEZZI, *Diritto antitrust*, 2019, p. 279 ss.

¹³⁵ In questo senso, VALENTINA FINAZZO, *Conferenza dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno 2023, Firenze.

l'altra, il che potrebbe limitare fortemente gli investimenti finalizzati a detenere il controllo di una realtà aziendale per il timore di una situazione di stallo troppo lunga;

- 3) la terza individua la comunicazione volontaria preventiva come strumento che può essere utilizzato a titolo cautelativo dalle imprese per decidere se procedere con determinate operazioni (su questo punto il seguente paragrafo)¹³⁶.

2.5.3. Aspetti procedurali: i profili problematici sul *timing* delle operazioni di M&A.

Il quadro normativo anteriforma stabiliva all'art. 16, comma 1, un onere di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione che integravano gli estremi del superamento delle soglie cumulative di fatturato.

L'inottemperanza di tale obbligo poteva essere oggetto di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino all'uno per cento del fatturato realizzato dall'impresa interessata nell'anno precedente a quello in cui si è verificata la contestazione.

Nel capitolo precedente si è fatto riferimento al regime in vigore in paesi come la Svezia e l'Irlanda, in cui le operazioni sottosoglia problematiche possono essere comunicate preventivamente dalle imprese interessate ovvero essere oggetto di una richiesta da parte dell'Autorità, tale approccio è stato seguito dalla L. n. 118 del 2022, con la relativa comunicazione interpretativa, introducendo nel nostro ordinamento due istituti analoghi. In primo luogo, l'Autorità assume il potere di *richiedere la notifica* alle imprese interessate nelle operazioni che *prima facie* realizzano i presupposti delle operazioni sottosoglia problematiche ed in secondo luogo, le imprese interessate acquisiscono la possibilità di *comunicare volontariamente* all'autorità le operazioni per cui non sorge un obbligo di notifica nazionale o comunitario ma che potrebbero essere conformi al nuovo comma.

Per quanto riguarda la comunicazione volontaria, tale istituto non è espressamente previsto dalla riforma; tuttavia l'Autorità nel rispetto delle *Guidelines* di applicazione sull'art. 22 ha previsto un'ipotesi di confronto preliminare all'interno della

¹³⁶ V. FINAZZO, *Conferenza dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno 2023, Firenze.
GIOVANNI ANGELO CANIGGIA, *Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge del 5 agosto 2022 n.118*, in *Il Caso.it*, 29 marzo 2023. [Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge 5 agosto 2022 n. 118 - Blog ilCaso.it](#)

comunicazione preventiva attraverso il quale le imprese interessate, prima del *closing* dell'operazione di concentrazione, potranno richiedere una preventiva verifica sull'ammissibilità dell'operazione ovvero l'eventuale possibilità di essere avocata dall'AGCM.

La comunicazione non è limitata ad un'ipotesi preventiva rispetto al *signing* o al *closing* in quanto non si esplicita alcun limite, in tal senso “*benché tale comunicazione possa intervenire anche prima del perfezionamento dell'operazione*”, rimane possibile una comunicazione postergata rispetto al trasferimento del controllo che possa chiarire la posizione dell'Autorità in presenza del rischio di una richiesta di notifica entro i sei mesi. Per procedere ad una comunicazione volontaria, le imprese interessate dovranno munirsi di apposita documentazione in cui siano indicate le seguenti informazioni: i soggetti che procedono all'operazione, breve descrizione delle modalità di realizzazione dell'operazione, compresa l'indicazione della data in cui è avvenuto (o avverrà) il passaggio del controllo, indicazione del superamento di una delle due soglie di fatturato di cui all'articolo 16, comma 1, della legge e/o del superamento della soglia di 5 miliardi di euro in termini di fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate, breve descrizione dei mercati interessati dall'operazione, posizione delle parti nei mercati individuati, ragioni per le quali l'operazione potrebbe determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, se l'operazione sia stata o debba essere comunicata alle autorità competenti di altri Paesi¹³⁷. A questo punto, entro *60 giorni* dal ricevimento della comunicazione volontaria completa l'Autorità, valutate le informazioni fornite, può decidere di richiedere la notifica dell'operazione ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*; dal tenore letterale della Comunicazione non è chiaro se tale termine possa considerarsi come limite massimo, motivo per cui l'impresa interessata non potrebbe giovare del legittimo affidamento sulla posizione dell'autorità in merito ai presupposti che giustificerebbero una richiesta di notifica¹³⁸.

Il nuovo istituto della comunicazione volontaria può essere letto in termini di opportunità per le imprese interessate in quanto consente alle parti di capire il punto di vista dell'Autorità se usato in maniera trasparente e preventivamente rispetto al *closing*

¹³⁷ Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1-bis, della legge del 10 ottobre 1990, n.287.

¹³⁸ Circolare N. 3/2023 Assonime, La Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle concentrazioni sottosoglia.

dell'operazione. Sotto questo profilo potrebbe rappresentare un dialogo risolutivo dei dubbi sull'eventuale decisione di procedere al *signing* o al *closing* dell'operazione.

Nonostante tale premessa, la principale perplessità che potrebbe sorgere nell'utilizzo di tale strumento riguarda la tempistica indicata in *60 giorni* di tempo che l'Autorità disporrebbe per far pervenire una risposta, determinando un disincentivo per ragioni che nulla hanno a che vedere con i profili *antitrust* come l'organizzazione del *management*¹³⁹. Per tale ragione, alcuni premono affinché tale termine sia *effettivamente rispettato* come massimo da parte dell'Autorità.¹⁴⁰

La tempistica indicativa delle operazioni sottosoglia verrebbe ad essere attualmente stimata dai 60 giorni di tempo entro cui può richiedere la notifica in merito ad una comunicazione volontaria, seguiti dai canonici 30 giorni per la *clearance* in Fase 1 o l'eventuale avvio della seconda Fase 2 ai sensi dell'art. 16, comma 8, che comprenderebbe ulteriori 45 giorni.

Quest'ultimo termine è attualmente oggetto di una proposta di modifica nel senso di un allungamento a 90 giorni¹⁴¹.

Complessivamente, a prescindere dall'approvazione di tale modifica, si giungerebbe ad un lasso di tempo di *quasi cinque mesi* per la valutazione di un'operazione di concentrazione.

La principale perplessità del nuovo *timing* delle operazioni è l'eccessiva dilazione dei termini a cui si potrebbe giungere in talune ipotesi rispetto la precedente tempistica di due mesi e mezzo, composta da una struttura bifasica in cui la prima fase ha come scopo la valutazione preliminare dell'operazione che in genere si conclude entro 30 giorni (Fase 1); e una seconda fase eventuale di avvio dell'istruttoria nei casi in cui si voglia procedere ad una verifica approfondita di eventuali criticità della stessa sotto il profilo concorrenziale che può giungere ad un termine massimo di 45 giorni (Fase 2).

In tale quadro va apprezzata la circostanza della possibilità di un intervento dell'Autorità posticipato entro sei mesi dal perfezionamento di un'operazione che renderebbe

¹³⁹ VALENTINA FINAZZO, *Conferenza dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, Firenze.

¹⁴⁰ In questo senso, F. Anglani, *Conferenza dell'associazione antitrust italiana*, 10 marzo, Roma.

¹⁴¹ La Segnalazione 4143 proponeva l'esigenza di un allungamento del termine previsto per la Fase 2 a cui non è stato dato seguito con la L. n. 118 del 2022. L'Autorità garante proponeva estendere il termine attualmente previsto per la "fase 2" del procedimento a novanta giorni. Ciò avrebbe avuto come riflesso positivo non solo il grado di approfondimento delle analisi svolte nel corso delle attività istruttorie, ma anche la capacità delle parti di svolgere a loro volta i propri approfondimenti e di produrre elementi utili alla valutazione dell'operazione.

un'operazione sottosoglia problematica passibile dell'intervento dell'Autorità addirittura entro un anno della conclusione dell'operazione¹⁴².

Infatti, ove l'Autorità a prima vista venga a conoscenza di un'operazione di concentrazione che realizza i presupposti dell'art.16 comma 1-*bis*, essa potrà richiederne motivatamente la notifica a ciascuna delle imprese interessate¹⁴³ entro *sei mesi* dal perfezionamento dell'operazione.

In quest'ipotesi la notifica dovrà intervenire entro il *trentesimo giorno* dal ricevimento della richiesta da parte del destinatario.

Tale termine, alla luce degli orientamenti segnalati all'interno della Comunicazione potrà essere oggetto di *proroga* fino ad ulteriori trenta giorni, sulla base di una motivata e tempestiva istanza alle imprese interessate.

Sotto il profilo della *presentazione della notifica*, essa dovrà seguire le modalità stabilite all'art.5 del d.P.R. n. 217/1998, per cui dovrà contenere tutte le informazioni ed essere corredata dagli allegati ed elementi essenziali ad una completa valutazione della concentrazione, essere presentata secondo apposito Formulario predisposto dall'Autorità, essere sottoscritta dai legali rappresentanti delle imprese o da persone munite di procura speciale, essere presentata, unitamente all'eventuale procura speciale, all'Autorità per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento o mediante consegna a mano contro ricevuta¹⁴⁴.

Tale quadro è assistito da sanzioni di cui all'art 19, comma 2, della legge n. 287/1990 che sanciscono l'irrogazione di sanzioni pecuniarie fino all'un per cento del fatturato dell'esercizio precedente sia nel caso di inottemperanza alla richiesta di notifica sia nell'ipotesi di omissione o falsità delle informazioni o documenti richiesti.

Infatti, alla possibilità di richiedere di notifica si accosta il nuovo art. 16-*bis*, il quale fornisce all'Autorità il potere di richiedere informazioni e documenti in materia di concentrazioni tra imprese a qualsiasi impresa che ne sia in possesso sia relativamente ad istruttorie che al di fuori di esse.

¹⁴² VITO AURICCHIO, Conferenza dell'Associazione antitrust italiana, 8 e 9 giugno, Firenze.

¹⁴³ Per la nozione di imprese consolidate si rinvia ad una Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004.

¹⁴⁴ Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge del 10 ottobre 1990, n.287.

Nel caso in cui il destinatario della richiesta rifiuti o ometta di fornire le informazioni o esibire i documenti, ovvero fornisca documenti non veritieri, senza giustificato motivo, l’Autorità potrà irrogare le menzionate sanzioni.

La *ratio* di tale previsione assistita dalle relative sanzioni si rinviene nella necessità per l’Autorità di acquisire gli indizi dei “concreti rischi per la concorrenza” che giustifichino la richiesta di notifica di un’operazione sottosoglia.

La ricezione delle informazioni o dei documenti costituisce un fattore importante per una conoscenza sufficiente per la verifica dei presupposti di cui all’art. 16, comma 1-*bis*¹⁴⁵ (in ragione delle numerose variabili che possono essere tenute in considerazione).

In sintesi, il quadro normativo di riferimento è composto da due principali macrocategorie:

- a) le operazioni che integrano le soglie di fatturato previste a livello nazionale o comunitario sono soggette ad un obbligo di comunicazione preventiva all’AGCM o alla Commissione europea, quando integrano gli estremi dell’art. 1 del Reg (CE) n. 139/2004;
- b) le operazioni non integrano entrambe le soglie ma soddisfano i requisiti definiti al comma 1-*bis*, possono essere oggetto di una richiesta di notifica, anche *ex post*, dall’Autorità.

2.6. La problematica posta dal coordinamento con l’art. 22 del Regolamento concentrazioni.

Un ulteriore aspetto riportato nella comunicazione è il seguente: “*La formulazione della richiesta ai sensi dell’articolo 16, comma 1 -bis, della legge non preclude l’esercizio del potere di rinvio di cui all’articolo 22 del Regolamento CE n.139/2004, qualora ne sussistano i requisiti*”¹⁴⁶.

Di conseguenza, il quadro normativo di riferimento si complica ulteriormente, all’incertezza del perimetro delle operazioni suscettibili di rischi concorrenziali e all’incertezza del momento in cui l’autorità può intervenire, anche *ex post*, si somma

¹⁴⁵ Circolare N. 3/2023 Assonime, La Comunicazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle concentrazioni sottosoglia

¹⁴⁶ Comunicazione relativa all’applicazione dell’articolo 16, comma 1-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

l'incertezza derivante da una possibile richiesta di rinvio alla Commissione delle operazioni che non soddisfano nemmeno le soglie introdotte all'art. 16, comma 1-*bis*.

Ad esempio, sotto il profilo dell'ambito di applicazione sostanziale ricadrebbero le operazioni in cui una società straniera non operante in Italia con fatturato inferiore a 5 miliardi di euro si accinga ad acquistare una *start up* italiana che non ha ancora commercializzato i prodotti o servizi nel nostro territorio. Tali ipotesi potrebbero dar luogo ad una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 22 laddove le operazioni siano in grado di incidere sul commercio tra Stati membri o siano idonee a determinare effetti strutturali significativi nel mercato nazionale¹⁴⁷.

Sotto il profilo del *timing* delle operazioni, l'art. 22 potrebbe condurre ad un "esplosione dei termini"¹⁴⁸ sia nel caso in cui la Commissione, una volta resa edotta di una concentrazione conforme ai criteri pertinenti per un rinvio, inviti l'Autorità italiana a presentare una richiesta di rinvio¹⁴⁹ sia nel caso in cui sia la richiesta di rinvio sia presentata dall'Autorità italiana (in assenza di una richiesta di notifica da parte della Commissione in tal senso).

In quest'ultimo caso, l'Autorità può presentare una richiesta di rinvio entro il termine massimo di 15 giorni lavorativi dalla data in cui l'operazione è stata "resa nota" (ovvero da quando ha tutti gli elementi sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti per la valutazione del rinvio).

Dunque, ipotizzando uno scenario in cui l'AGCM venga a conoscenza di un'operazione di concentrazione attraverso una comunicazione volontaria preventiva le imprese interessate, per l'ordinamento italiano, dovranno attendere lo scadere dei 60 giorni (sempre che sia inteso come termine massimo) per la richiesta di notifica mentre nel caso di una richiesta di rinvio in Commissione 15 giorni da cui decorrono altri 10 giorni lavorativi entro i quali altri Stati membri possono aderire alla domanda di rinvio e la Commissione può decidere di esaminare la concentrazione¹⁵⁰.

Allo stesso modo, laddove l'Autorità italiana eserciti il potere di richiedere la notifica delle operazioni già realizzate entro i 6 mesi di tempo il sopra esposto lasso temporale per

¹⁴⁷ Ibidem, F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO.

¹⁴⁸ In questo senso F. ANGLANI, Conferenza dell'associazione antitrust italiana, 10 marzo 2023, Roma.

¹⁴⁹ Considerando 23, 28, 29 Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi (2021/C 113/01).

¹⁵⁰ In questo senso, il Professor. G. OLIVIERI nella Conferenza tenutasi in Luiss il 10 marzo 2023 dall'Associazione antitrust italiana, evidenziava le differenze dei termini idonee a far sorgere difficoltà in capo alle imprese che procedono ad un'operazione di concentrazione di competenza dell'Autorità italiana.

il rinvio in Commissione rientrerebbe nel conteggio del *timing* del procedimento istruttorio.

Inoltre, anche nelle ipotesi di un rinvio esercitato ai sensi dell'art. 22, l'obbligo di *stand still* disciplinato ai sensi dell'art. 7 del regolamento sulle concentrazioni n. 139/2004 si applica alle operazioni oggetto di esame nella misura in cui l'operazione di concentrazione non sia stata ancora realizzata alla data di presentazione della richiesta¹⁵¹. Nel tentativo di comprendere l'evoluzione futura della prassi applicativa, potremmo apprezzare il coordinamento con l'art. 22 come un sistema complementare che mira a scoprire e notificare operazioni problematiche da un punto di vista concorrenziale producendo da un lato, il rinvio in Commissione delle operazioni suscettibili di avere un impatto comunitario e, dall'altro, un'attenzione dell'Autorità italiana delle operazioni nazionali che impattano sui mercati locali e che creano rischi concorrenziali¹⁵².

2.7. La svolta regolatoria nel settore digitale: Il DMA con il relativo art. 14.

Nel novembre 2022 è entrato in vigore il “*Digital Markets act*”, un regolamento europeo che mira ad affrontare le criticità sollevate riguardanti la contendibilità e l'equità nel settore digitale.

In questo senso, il considerando 7 del regolamento presenta i due obiettivi principali “*to ensure contestability and fairness for the markets in the digital sector in general*”.

Il regolamento sui mercati digitali introduce una serie di norme per le piattaforme che agiscono quali c.d. *gatekeepers* (cioè, i guardiani del cancello) nel settore digitale.

Per essere indicata come *gatekeeper* un'impresa deve fornire uno dei servizi di piattaforma di base elencati ai all'art. 2 par. 2 e soddisfare un *test* cumulativo di tre criteri qualitativi stabiliti all'art. 3 par. 1 ossia: avere un impatto significativo sul mercato interno, rappresentare un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano i propri utenti finali e detenere, o prevedibilmente acquisire in futuro, una posizione consolidata e duratura.

¹⁵¹ Considerando 30, Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi (2021/C 113/01).

¹⁵² J. BERTI, *Atti del convegno dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, Firenze.

La *ratio* sottostante a tale designazione deriva dal fatto che tutto ciò conferisce loro il potere di agire da attori privati che fissano regole e funge da strozzatura tra imprese e utenti finali.

Tuttavia, i criteri si presumono rispettivamente soddisfatti se vengono raggiunte le tre soglie quantitative dell'art. 3 par. 2 ossia *a) in relazione al paragrafo 1, lettera a), se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) in relazione al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato; c) in relazione al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) del presente paragrafo sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari*¹⁵³.

A partire dal 2 luglio 2023, i fornitori dei servizi di piattaforme di base che soddisfano le soglie quantitative devono presentare una notifica alla Commissione europea da cui decorrono i 45 giorni lavorativi entro cui la stessa li designerà come “*gatekeeper*”, in seguito la Commissione delinea agli stessi i relativi obblighi.

Nell'ipotesi in cui un'impresa sia riuscita a rimettere, presentando argomenti sufficientemente circostanziati, la presunzione relativa derivata dalle soglie quantitative, la Commissione attiverà un'indagine di mercato e analizzerà se gli elementi di prova presentati sono tali da escludere le criticità del *test* di criteri qualitativi.

Infatti, la Commissione può valersi del potere di designare come *gatekeeper* un fornitore di servizi rientranti nell'art. 2 che soddisfi i criteri qualitativi ma non quantitativi a seguito di un'indagine di mercato più lunga.

Il regolamento sui mercati digitali mira a impedire ai *gatekeepers* di imporre condizioni sleali alle imprese e agli utenti finali e a garantire che importanti servizi digitali siano aperti introducendo una serie di divieti e obblighi di per sé sulle “*Big tech*” che sembrano

¹⁵³ REGOLAMENTO (UE) 2022/1925 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

essere un inventario derivato da casi passati e attuali di applicazione del diritto della concorrenza nel settore digitale.

Tali obblighi e divieti saranno applicabili sei mesi dopo la designazione di un fornitore di CPS come *gatekeeper*, indicativamente dovrebbe avvenire a partire da marzo 2024¹⁵⁴.

Tra le varie regole, il DMA prevede un obbligo meno noto all'art. 14 il quale non era presente nella bozza originaria del Regolamento ma è stato inserito a seguito di un'analisi approfondita del mercato digitale.

In particolare, le valutazioni hanno evidenziato che i mercati digitali sono molto concentrati e che molte operazioni che coinvolgevano i *gatekeepers* non potevano essere analizzate dalle Autorità a tutela della concorrenza nazionali né dalla Commissione Europea in quanto spesso sottosoglia¹⁵⁵ (nulla di nuovo rispetto alle valutazioni svolte in tema di *Enforcement antitrust*).

L'art. 14 impone ai “*gatekeeper*” l'obbligo di informare la Commissione delle acquisizioni “*qualora le entità partecipanti alla concentrazione o l'oggetto della concentrazione forniscano servizi di piattaforma di base o qualsiasi altro servizio nel settore digitale o consentano la raccolta di dati, a prescindere dal fatto che sia notificabile alla Commissione a norma di tale regolamento o a un'autorità nazionale della concorrenza competente ai sensi delle norme nazionali sulle concentrazioni. Un gatekeeper informa la Commissione di una siffatta concentrazione prima della relativa attuazione e a seguito della conclusione dell'accordo, dell'annuncio dell'offerta pubblica o dell'acquisizione di una partecipazione di controllo*”¹⁵⁶.

A prima vista, tale obbligo aggiuntivo per i *gatekeepers* può risultare un onere ingiustificato in quanto per un verso, il DMA non contempla alcuna conseguenza diretta nel fornire tale informazione; per altro verso, l'Unione Europea dispone già di un sistema di controllo sulle concentrazioni delle fusioni che raggiungono le soglie giurisdizionali e dalla lettura del regolamento non appare visibile alcun collegamento fra i due sistemi vigenti.

Apparentemente, l'unica conseguenza che deriva dalle informazioni fornite da un *gatekeeper* ai sensi dell'art. 14 par. 1 è l'eventualità che la Commissione europea informi

¹⁵⁴ Newsletter White&Case, “*The Digital Markets Act goes live*”, 12 ottobre 2022.

¹⁵⁵ VICTORIA H.S.E. ROBERTSON, “*The future of Digital Mergers in post-DMA world*”, 17 marzo 2023.

¹⁵⁶ REGOLAMENTO (UE) 2022/1925 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

le Autorità nazionali competenti di tali informazioni e pubblici una relazione annuale su tali informazioni.

Diversi autori hanno evidenziato che, anche se la Commissione non potrà esaminare queste transazioni in base alle norme sul controllo delle concentrazioni, questa disposizione sarà probabilmente applicata insieme all'articolo 22 del Regolamento UE sulle concentrazioni per esaminare un gran numero di transazioni effettuate dai *gatekeepers*.

In tal senso, l'art. 14 farebbe parte dello stesso “*puzzle*” dell'art. 22 del regolamento concentrazioni: d'ora in poi l'ipotetico scenario prenderebbe il via con il *gatekeeper* che informa la Commissione di ogni fusione che intende realizzare e la Commissione europea informa le Autorità degli Stati membri ai sensi del DMA. A questo punto si aprono due ipotetici percorsi: le Autorità nazionali, venute a conoscenza delle operazioni, possono allocare la competenza giurisdizionale in Commissione rinviando la concentrazione entro 15 giorni ai sensi dell'art. 22 oppure la medesima Commissione, dopo aver informato le Autorità ai sensi dell'art 14 del DMA, potrebbe invitare direttamente le Autorità garanti ad effettuare il rinvio, come previsto dal par. 5 dell'art. 22.

In sintesi, a seguito delle *Guidelines* della Commissione sul meccanismo di rinvio previsto all'art. 22 e della sua possibile interazione con l'art. 14 del DMA, le Autorità garanti della concorrenza e del mercato nazionali saranno agevolmente e rapidamente informate sulle operazioni di concentrazione che si realizzano nel settore digitale dalle *Big Tech*, dopodiché esse potranno decidere se rinviare in Commissione ovvero la Commissione stessa potrebbe invitarle a farlo¹⁵⁷.

2.8. Considerazioni di sintesi: l'intervento *ex ante* come soluzione alle criticità delle acquisizioni di concorrenti emergenti.

L'analisi delle novità introdotte in tema di concentrazioni dalla Legge n. 118 del 2022 sommate al nuovo art. 14 del DMA si fondando su una logica di regolazione “*preventiva*” dei fenomeni emersi nei mercati dinamici tra cui le *killer acquisitions* nel settore digitale, farmaceutico, tecnologico e sanitario ovvero nei mercati locali polverizzati in cui a fronte della presenza pochi operatori importanti nel mercato si circondano piccoli operatori.

¹⁵⁷VICTORIA H.S.E ROBERTSON, “*The future of Digital Mergers in a post-DMA world*”, 17 marzo 2023. [Morning-4-5-Robertson.pdf \(europa.eu\)](#)

Nel tentativo di prevenzione dei fenomeni emersi nei mercati odierni, l’Autorità italiana della concorrenza come la Commissione europea, attraverso la nuova normativa interna ed il nuovo obbligo imposto ai *gatekeepers*, hanno introdotto e rafforzato nuovi o previgenti poteri di controllo delle concentrazioni idonei a delineare un ambito di applicazione degli strumenti *antitrust* di stampo “*interventista*” o “regolatorio”.

Come menzionato nel primo capitolo al primo paragrafo, la scelta degli obiettivi perseguiti dalle agenzie *antitrust* c.d. scelte di politica industriale avvengono fra quelli delineati nel contenuto dall’analisi economica, nel momento in cui gli economisti hanno evidenziato lacune e profili problematici dei mercati derivanti da un’assenza di controllo di alcune operazioni e, contestualmente, hanno richiesto un’applicazione degli strumenti *antitrust* in cui si preferisce l’emersione di errori di tipo 2 rispetto a quelli di tipo 1 sulla base della considerazione che l’evoluzione e la crescita dei mercati non siano in grado di colmare eventuali vuoti applicativi, è agevole intuire perché i presupposti giuridici volti a vietare le condotte imprenditoriali, che rappresentano la sintesi di scelte di politica industriale ed analisi economica, diventino più ampi, numerosi e rigidi.

Per un verso, le innumerevoli variabili di cui tener conto in grado di combinarsi fra loro stabiliti dalla legge italiana ed i nuovi obblighi imposti ai *gatekeepers* hanno in comune l’idea di una previsione *ex ante* da parte del legislatore di una serie di criteri che non sempre prendono come riferimento il grado di concentrazione di mercato.

In questo senso, il DMA ha previsto una serie di criteri quantitativi che nulla hanno a che vedere con le quote di mercato ma con nuovi parametri quantitativi come, ad esempio, la detenzione di 10.000 utenti commerciali attivi stabiliti all’interno dell’Unione europea. Analogamente, l’Autorità *antitrust* italiana potrà richiedere la notifica laddove le imprese, pur non realizzando un fatturato in Italia, detengano un numero giornaliero o mensile di utenti residenti nel paese.

Altri esempi possono essere i più vari poiché, come analizzato, la normativa italiana ha previsto criteri di ancoraggio nazionale che si limitano a descrivere il tipo di attività svolta dalle imprese interessate ma si riferiscono ad elementi eterogenei come la localizzazione in Italia di stabilimenti produttivi.

In sintesi, un profondo processo di riconsiderazione delle concentrazioni è in corso qualificando i criteri di applicabilità in relazione alle caratteristiche dei mercati¹⁵⁸ e non più alle quote di mercato o a soglie formali di fatturato.

¹⁵⁸ A. PERA, Atti del Convegno dell’associazione antitrust italiana, 8 e 9 giugno, Firenze.

Di conseguenza, i presupposti giuridici delle nuove introduzioni legislative mostrano l'emersione di una scelta di politica industriale a carattere “*interventista*” ossia volto ad un *ampliamento delle maglie del controllo* delle concentrazioni da parte delle Autorità.

3 Capitolo

I prossimi poteri di intervento: il controllo *ex ante* e controllo *ex post* su operazioni di concentrazione sottosoglia.

SOMMARIO: 3.1. Una soluzione alternativa: Il controllo *ex post* su operazioni di concentrazione ai sensi dell'Abuso di posizione dominante. 3.2. Il Caso *TowerCast*. 3.3. Gli scenari successivi al *Caso TowerCast*. 3.3.1. L'applicazione dell'art. 102 TFUE: uno strumento *successivo* o *alternativo* alla disciplina sulle concentrazioni? 3.3.2. Il problema di una doppia valutazione. 3.3.3. Le difficoltà di individuazione dei settori interessati. 3.3.4. *What about the EU Commission?* 3.3.5. I poteri sanzionatori. 3.4. Considerazioni di sintesi: l'intervento *ex post* come soluzione alle criticità delle acquisizioni di concorrenti emergenti. 3.5. Ricostruzione del *Caso Illumina/GRAIL* 3.5.1. La sentenza del Tribunale UE del 13 luglio 2022: il punto sulla competenza della Commissione. 3.5.2. I poteri di intervento in *Illumina/GRAIL*: i) misure provvisorie; ii) misure correttive; iii) misure ripristinatorie; iv) ammende 3.6. I nuovi poteri di intervento sullo stampo del *Caso Standard Oil*.

3.1. Il controllo *ex post* su operazioni di concentrazione ai sensi dell'Abuso di posizione dominante.

Parallelamente alla regolamentazione del controllo sulle concentrazioni connotato da una tipologia di *vaglio preventivo* delle Autorità sulle operazioni avvenuta attraverso la formulazione della legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2022, le nuove *Guidelines* di interpretazione sull'applicabilità dell'art. 22 del regolamento concentrazioni ed infine l'art. 14 del DMA si contrappongono le vicende giurisprudenziali che hanno assecondato l'applicazione dell'art. 102 TFUE su operazioni di concentrazione, incentivando le discussioni in merito al rapporto tra le norme di

controllo *ex ante* delle concentrazioni e il controllo *ex post* sull'abuso di posizione dominante.

L'applicazione della norma che regola il divieto di abuso di posizione dominante sulle operazioni di concentrazione non rappresenta una novità assoluta nel sistema europeo della concorrenza.

Volgendo lo sguardo al passato, solo nel 1989 venne introdotta una normativa *ad hoc* in materia di concentrazioni nonostante sin dalla seconda metà degli anni '50, in sede di redazione del Trattato di Roma, si discusse l'esigenza di prevedere un controllo preventivo su tali operazioni ed il primo atto formale che andava verso questa direzione fu il *Memorandum "Concentration of Enterprise in the Common Market"* che la Commissione emanò nel 1966¹⁵⁹.

All'interno di tale documento fu valutata l'opportunità di regolare le operazioni di concentrazione mediante l'applicazione dell'allora art. 82 TCE (attuale art. 102 TFUE) e negli anni successivi, nelle more della creazione della disciplina preventiva sul controllo delle concentrazioni, tale disposizione venne utilizzata nella prassi applicativa come base giuridica per le operazioni di concentrazione¹⁶⁰.

Infatti, nella nota e risalente decisione della Commissione del 1971 *Continental can* per la prima volta venne utilizzato il divieto di abuso di posizione dominante ad una forma di concentrazione stabilendo il seguente principio: *"the restraint of competition which is prohibited if it is the result of behaviour falling under Article 85, cannot become permissible by the fact that such behaviour succeeds under the influence of a dominant undertaking and results in the merger of the undertakings concerned. ... Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i.e. that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one"*¹⁶¹.

Tuttavia, in seguito all'emanazione del primo regolamento concentrazioni (CE) n. 4064 del 1989 l'orientamento prevalente ha seguito il verso opposto interpretando la precedente prassi di applicazione dell'art. 82 come un mezzo suppletivo utilizzato dalla Commissione solo per far fronte alla mancanza di un regime specifico.

¹⁵⁹ "Memorandum of the Commission to the Governements of the Member State", *Concentration of Enterprise in the Common Market, ECC Competition Series, Study No. 3, Brussels, 1966.*

¹⁶⁰ A. CATRICALÀ, E. CAZZATO, F. FIAMMANÒ, *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, p.1042 ss.

¹⁶¹ *Judgment of 21 February 1973, Europemballage Corporation and Continental Can Company v Commission* (6/72, EU:C:1973:22, paragraphs 25 and 26).

Sotto tale profilo, la disposizione sul divieto di abuso di posizione dominante cominciò ad essere avvertita inadeguata per il perseguimento degli obiettivi della normativa sul controllo delle concentrazioni in quanto tramite essa il controllo effettuato verrebbe ad essere connotato dalla natura “*successiva*” o *ex post* rispetto all’esigenza di prevenzione dei fenomeni concentrativi che necessiterebbero di strumenti idonei *a prevenire* la formazione di effetti distorsivi nel mercato.

Ad avvalorare tale orientamento successivo che accoglieva il regolamento sulle concentrazioni come il *solo* strumento procedurale applicabile all’esame preliminare e centralizzato delle concentrazioni, vi fu un’ affermazione di *policy* esplicita della Commissione avvenuta all’epoca dell’introduzione del regolamento in una *Nota informativa* che, all’art. 22, sanciva “*essa di norma non intende applicare gli art. 85 ed 86 del trattato che istituisce la Comunità economica europea alle operazioni di concentrazione definite all’art. 3 se non mediante il presente regolamento*”¹⁶².

Sulla scia di tali riflessioni, l’abuso di posizione dominante era stato accantonato dalla prassi applicativa come strumento *antitrust* di controllo su operazioni di concentrazione in ragione di una difficoltà intrinseca di tale disposizione a ristabilire gli equilibri di mercato precedenti alla realizzazione dell’operazione, una volta accertati gli effetti anticoncorrenziali.

In altre parole, l’idea alla base fu rappresentata dal fatto che non tutti gli effetti delle operazioni economiche sono azzerabili *ex post*¹⁶³.

Ad oltre trent’anni dall’introduzione del regolamento la sfida posta dal fenomeno delle acquisizioni nascenti ha rimesso in discussione tale assioma.

Nel 2020, l’OECD aveva segnalato come possibile approccio per affrontare l’incertezza delle acquisizioni di imprese nascenti una *Revisione ex-post* di operazioni già consumate indicando gli ordinamenti che già disponevano di poteri di questo tipo come la sopra menzionata Svezia, l’Irlanda¹⁶⁴ o gli Stati Uniti, il quale non detiene alcun un termine legale per l’intervento *ex post*.

L’indicazione dell’OECD si fonda sulla considerazione che i fenomeni concentrativi moderni come le *killer acquisitions* o l’acquisizione di un’impresa nascente sono dotati di un alto grado di incertezza sullo sviluppo futuro del prodotto della società *target* quindi

¹⁶² *Notes of Council Regulation (EEC) 4064/1989*, art. 22. [notes_reg4064_89_en.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31989R4064-09)

¹⁶³ *Newsletter Studio legale Adamo, Le operazioni di M&A e il diritto antitrust delle concentrazioni*,

¹⁶⁴ *vv. Cap. 1 par. 1.9. Uno sguardo comparatistico.*

riconoscendo tale incertezza, potrebbe essere più utile favorire un intervento *ex post* maggiormente incisivo a fronte di un intervento *ex ante* cauto e permissivo¹⁶⁵.

Analogamente a quanto avvenuto in seguito all'introduzione del primo regolamento concentrazioni, l'OECD rifletteva sull'inadeguatezza dei rimedi ottenibili attraverso un'indagine *ex post* qualora essi siano limitati a meri "rimedi comportamentali ottimistici"¹⁶⁶.

Chiaramente, l'OECD trattava di una revisione *ex post* da parte delle agenzie di controllo tramite il *merger control* ma nel momento in cui si assiste ad un'introduzione della richiesta di notifica posticipata *indicativamente* entro 6 mesi dal perfezionamento dell'operazione *in primis*, attraverso le *Guidelines* sull'applicazione dell'art. 22 che dichiarano "*il fatto che un'operazione sia già stata conclusa non impedisce a uno Stato membro di chiedere il rinvio (20). Tuttavia, il tempo trascorso dalla conclusione è un fattore che la Commissione può prendere in considerazione nell'esercizio del suo potere discrezionale di accettare o respingere una richiesta di rinvio. Sebbene le valutazioni siano effettuate caso per caso, la Commissione non ritiene di norma opportuno un rinvio qualora siano trascorsi più di sei mesi dalla realizzazione della concentrazione. Se la realizzazione della concentrazione non è stata di dominio pubblico, tale periodo di sei mesi decorrerebbe dal momento in cui i fatti sostanziali relativi alla concentrazione sono stati resi pubblici nell'UE. In situazioni eccezionali, tuttavia, può essere ritenuto opportuno anche un rinvio tardivo, in considerazione, ad esempio, dell'entità dei potenziali problemi di concorrenza e del potenziale effetto negativo sui consumatori.*"¹⁶⁷

e di riflesso, da parte del legislatore italiano attraverso la Legge annuale sulla concorrenza del 2022, le difficoltà incontrate in passato nel concepire un'applicazione dell'abuso di posizione dominante su operazioni di concentrazione sembrano iniziare ad assumere una forte somiglianza con quelle che emergeranno in materia di concentrazioni (vv. Cap. 2). Da questo punto di vista, va sottolineata una nuova *linea di tendenza* che stempera le perplessità sorte sull'inadeguatezza del rimedio dell'art. 102 su operazioni di concentrazione in quanto le recenti introduzioni sono indirizzate a catturare operazioni di concentrazione già realizzate, ciò emerge dai nuovi poteri di controllo che permettono

¹⁶⁵ Tale approccio si situa agli antipodi rispetto a quanto analizzato nel Cap. 2 cioè la scelta di *prevenzione* dei fenomeni concentrativi attraverso una regolazione *ex ante* da parte del legislatore.

¹⁶⁶ OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*. [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/corporate/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control/). punto 187 ss.

¹⁶⁷ Punto 21, Comunicazione della Commissione sui nuovi orientamenti di applicazione dell'art. 22 [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01))

una richiesta di notifica entro un limite non necessariamente concepito come massimo di sei mesi dal perfezionamento dell'operazione.

Analogamente, nel precedente Capitolo, è stato menzionato il recente Provvedimento dell'AGCM del 2021 in A-523 TicketOne in cui fra le condotte contestate si inserivano le operazioni di acquisizione dei *promoter* nazionali attivi nel mercato della produzione di eventi *live* di musica leggera poste in essere al fine di rafforzare la propria posizione di dominanza nel medesimo mercato.

In tale provvedimento, è possibile apprezzare l'applicazione dell'art. 102 TFUE da parte dell'Autorità garante della concorrenza italiana su operazioni di concentrazione che non furono concepite come una strategia unica di acquisizione ma andavano ad inquadrarsi all'interno di un disegno complessivo di condotte escludenti: imposizione dell'esclusiva sui *promoter* locali, stipula di accordi commerciali con gli operatori di *ticketing* di dimensione minore o locale e comportamenti di ritorsione e boicottaggio nei confronti di un nuovo entrante nel mercato.

In questo senso, la delibera statuiva *“che le condotte poste in essere (...) costituiscono un'unica e complessa strategia escludente nel mercato della vendita di biglietti per eventi live di musica leggera che integra una fattispecie di abuso di posizione dominante contraria all'articolo 102 del TFUE, in quanto finalizzata ad ostacolare l'esplicarsi di una effettiva concorrenza nel mercato della vendita di biglietti per eventi live di musica leggera”*¹⁶⁸.

Sotto il profilo dei rimedi, l'Autorità italiana ha inflitto una sanzione amministrativa pecuniaria dell'ammontare di 10 milioni di euro al gruppo Eventim-TicketOne ed ha imposto l'obbligo all'impresa in posizione dominante *“di concedere agli operatori di ticketing concorrenti la possibilità di vendere con qualsiasi modalità e mediante qualsiasi canale, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, almeno il 20% del totale dei biglietti relativi agli eventi live di musica leggera prodotti o distribuiti da ciascun promoter ovvero dagli operatori di ticketing vincolati in esclusiva al gruppo CTS Eventim-TicketOne”*¹⁶⁹.

In conclusione, questo caso ha mostrato che l'esito di un provvedimento comprensivo di una sanzione amministrativa sommata ad un rimedio di tipo comportamentale poteva rappresentare una soluzione adeguata al fenomeno di acquisizione di imprese che non si

¹⁶⁸ Pag. 242 A523 punto a) delibera.

¹⁶⁹ Comunicato Stampa A523- Sanzione di 10 milioni di euro a TicketOne per Abuso di posizione dominante. [AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato](#)

situavano al di sopra delle soglie della disciplina nazionale, al pari, di quanto trattava l'OECD nel *report* del 2020 con la locuzione “*rimedi comportamentali ottimistici*” in materia di *Merger control* posticipato rispetto alla realizzazione dell'operazione.

Alla luce di tale ripensamento complessivo si inserisce il Caso TowerCast.

3.2. Il Caso TowerCast.

Il 16 marzo 2023, in risposta ad una domanda pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia dell'Unione europea dalla Corte di appello di Parigi, nella Causa TowerCast (C-449/2021) la Corte ha stabilito che le concentrazioni sfuggenti al controllo *ex ante* del regolamento concentrazioni possono ancora essere soggette ad un controllo *ex post* schierandosi verso un'interpretazione che consente alle Autorità garanti della concorrenza di seguire un altro percorso per individuare gli accordi problematici che sfuggono al controllo delle concentrazioni: il divieto di abuso di posizione dominante¹⁷⁰. In particolare, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la TowerCast SASU e l'Autorità Garante della Concorrenza francese nonché il Ministro dell'Economia francese in merito ad una decisione di rigetto di una denuncia della TowerCast per abuso di posizione dominante.

Difatti, il 15 novembre 2017 la suddetta società depositava una denuncia sull'acquisizione della società Itas S.A.S da parte di *TDF infrastructure Holding* (di seguito “TDF”), che non raggiungeva le soglie previste dall'art. 1 del regolamento europeo sulle concentrazioni.

Tale operazione non era soggetta né ad un controllo *ex ante* da parte della Commissione europea né dell'Autorità francese e non aveva dato luogo ad un rinvio ai sensi dell'art. 22 di tale regolamento.

La società francese TDF deteneva un monopolio legale sul mercato francese della radiodiffusione televisiva terrestre fino alla liberalizzazione del 2004.

Tuttavia, in tale mercato era riemersa una forte concentrazione negli ultimi anni che aveva portato alla presenza solo di altre due società oltre alla TDF, vale a dire l'Itas e la TowerCast.

¹⁷⁰ *Newsletter mLex*, NATALIE MCLEAN, *Comment: TowerCast's won could preshadow Illumina's loss*, 21 marzo 2023.

In tale contesto, la TDF, che deteneva una quota di mercato piuttosto elevata, acquisiva il controllo dell'Itas¹⁷¹.

Nonostante l'Autorità francese avesse evitato un riesame dell'operazione ai sensi disciplina delle concentrazioni, TowerCast ha implorato le autorità francesi ad intervenire, sostenendo che si trattasse di una "acquisizione *killer*" basandosi sul fatto che Itas fosse una società "anticonformista" sul mercato, aggressiva nel suo posizionamento di prezzo e in grado di guadagnare rapidamente quote di mercato e l'acquisizione stessa era "parte della strategia anticoncorrenziale di TDF". Dunque, secondo la ricorrente l'operazione costituiva un abuso di posizione dominante in quanto la TDF ostacolava la concorrenza all'ingresso, a monte e a valle, della trasmissione digitale terrestre¹⁷²¹⁷³.

Il caso è arrivato in Tribunale a seguito di un ricorso della TowerCast in cui affermava che l'Autorità garante della concorrenza francese avrebbe potuto e dovuto utilizzare le regole sull'abuso di posizione dominante per impedire a TDF di acquisire Itas e la Corte di appello di Parigi ha rinviato il caso alla Corte di giustizia europea.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'art. 21 par. 1, del regolamento CE n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese che dispone "*il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti CE n. 1/2003 non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti*".

Una delle argomentazioni principali che la TowerCast aveva allegato a sostegno del ricorso stesso è stata la storica sentenza del 21 febbraio del 1973 Europemballage e Continental Can/Commissione in cui la Corte aveva dichiarato che la Commissione poteva legittimamente applicare alle operazioni di concentrazione l'art. 86 CE, divenuto oggi l'art. 102 TFUE.

¹⁷¹ *Towercast/Autorité de la concurrence* (causa C-449/21), Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777.

¹⁷² In tal senso, potremmo apprezzare il collegamento con il caso italiano TicketOne in cui la dannosità delle operazioni di acquisizione dei *promoter* consisteva "nell'effetto di *foreclosure* di tali operazioni di concentrazione che ha permesso al gruppo Eventim-TicketOne di integrarsi verticalmente a monte con quattro tra i principali *promoter* attivi nel mercato della produzione di eventi live di musica leggera, al fine di rafforzare la propria posizione di dominanza nel mercato della vendita dei biglietti per eventi *live* di musica leggera". Una lettura analogica permette di apprezzare l'applicazione dell'art. 102 con le relative differenze ovvero sia che, mentre nel TicketOne tale condotta si inquadra all'interno di una serie di condotte escludenti nel TowerCast la denuncia verteva solo in merito alla strategia di acquisizione dell'operatore minore sul mercato.

¹⁷³ Punto 20 C-449/2021.

Analogamente al caso TowerCast, la decisione risalente al '73 verteva sull'acquisizione da parte di una società dominante di un concorrente idonea a rafforzare tale posizione sul mercato ma a differenza dell'acquisizione contestata alla TDF, si inseriva in un contesto in cui l'assenza di disposizioni esplicite per il controllo sulle concentrazioni rendevano necessario l'utilizzo della norma sull'abuso di posizione dominante dell'art. 86 CE come mezzo per superare tale vuoto normativo (come visto *supra*).

Contrariamente a tale orientamento consolidato, la TowerCast sosteneva che il reg. 139/2004 si applicherebbe in via esclusiva solo alle concentrazioni che ricadono nel suo ambito di applicazione "*non svuotando di contenuto*" l'art. 102 TFUE ad una concentrazione priva di dimensione comunitaria.

In tal senso, essa invocava *l'effetto diretto* dell'art. 102 TFUE rivendicando per le operazioni di concentrazioni situate al di sotto delle soglie, un controllo *ex post* di compatibilità con detto articolo¹⁷⁴.

D'altro canto, l'Autorità garante della concorrenza francese considerava l'art. 102 TFUE privo di oggetto a partire dall'istituzione di un regime specifico di controllo applicabile alle operazioni di concentrazione in quanto il meccanismo istituito con il reg. 139/2004 escluderebbe per sua stessa natura l'esame posticipato applicabile alle pratiche anticoncorrenziali¹⁷⁵.

Su tali premesse, il giudice di rinvio osservò non essere chiaro se l'esclusione dell'art. 21 paragrafo 1 del regolamento n. 139/2004 si applichi altresì alle operazioni di concentrazione che non sono state oggetto di alcun controllo *ex ante*: "*Con la sua questione il giudice di rinvio chiese se l'articolo 21 par 1 del regolamento dovesse essere interpretato nel senso che osti a che un'operazione di concentrazione tra imprese, priva di dimensione comunitaria ai sensi dell'art 1 del citato regolamento, che sia inferiore alle soglie di controllo ex ante obbligatorie dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo ad un rinvio ex art 22 di detto regolamento, sia costitutiva di un abuso di posizione dominante vietato dall'art 102 TFUE, tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale*"¹⁷⁶.

La decisione della Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 21 par. 1 del regolamento 139/2004 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'operazione di concentrazione tra imprese, priva di dimensione comunitaria ovvero inferiore alle soglie

¹⁷⁴ Punto 23, C-449/2021.

¹⁷⁵ Punto 24, C-449/2021.

¹⁷⁶ Punto 29, C-449/2021.

di controllo *ex ante* previste dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo ad un rinvio alla Commissione alla luce dell'art. 22 del regolamento sia considerata da *un'Autorità della concorrenza di uno Stato membro* come costitutiva di un abuso di posizione dominante sulla base delle seguenti considerazioni:

- 1) la Corte di Giustizia ha insistito sul fatto che l'articolo 102 TFUE è una disposizione *direttamente applicabile* del diritto primario dell'Unione, che crea diritti per i singoli che i giudici nazionali devono tutelare e la cui applicazione non è subordinata alla previa adozione di norme procedurali. In definitiva, l'adozione del regolamento non può precludere l'applicazione diretta dell'articolo 102 TFUE, una norma superiore nella gerarchia delle norme. Pertanto, il reg. 139/2004 non può ostare ad un controllo di un'operazione di concentrazione di dimensione non comunitaria da parte delle Autorità nazionali garanti della concorrenza o dei giudici nazionali sulla base *dell'effetto diretto* dell'articolo 102 TFUE. Le distorsioni della concorrenza derivanti dalle operazioni di concentrazione vanno inquadrare nel senso di *un'applicazione prioritaria* del meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni, come definite dall'art. 3 reg. 139/2004 e di conseguenza, sebbene il regolamento istituisca un sistema dello "sportello unico" come strumento procedurale specifico destinato ad applicarsi in via esclusiva alle concentrazioni di imprese che comportino modifiche strutturali sul mercato, *non se ne può desumere uno svuotamento del controllo delle concentrazioni sotto i profili dell'art. 102 TFUE*¹⁷⁷;
- 2) il regolamento deve essere letto alla luce del considerando 7 e 9 in cui si dichiara che *"gli art. 101 e 102 TFUE pur potendo essere applicati, (...) non sono sufficienti a controllare tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplata dal trattato"* ed evidenzia che le disposizioni del regolamento 139/04 *fanno parte di un quadro normativo teso a dare attuazione* agli art. 101 TFUE e 102 TFUE e dunque non priverebbe la possibilità per le Autorità competenti degli Stati membri di applicare le medesime disposizioni del Trattato alle concentrazioni come definite all'art. 3 del Regolamento¹⁷⁸;
- 3) la genesi dell'art. 21 par. 1, riprodotto il vecchio art. 22 del reg. 4064/1989, rifletteva la volontà del legislatore comunitario dell'epoca di chiarire che gli altri regolamenti attuativi *cessavano di essere applicabili* a tutte le operazioni di

¹⁷⁷ Punto 37, 44, 45, 50, 51 e 52, C-449/2021.

¹⁷⁸ Punto 38 e 39, C-449/2021.

concentrazione “tanto a quelle che costituiscono abuso di posizione dominante quanto alle operazioni di concentrazione che conferiscono alle imprese interessate il potere di ostacolare una concorrenza effettiva nel mercato interno”¹⁷⁹;

- 4) l’elenco delle pratiche o dei comportamenti presenti all’art 102 TFUE *non risulta essere esaustivo* ne consegue che ad un’operazione di concentrazione inferiore alle soglie di controllo preventivo comunitarie o nazionali possa essere applicato tale articolo laddove si verifichi che l’acquirente detenga una posizione dominante su un mercato e che mediante l’acquisto di un’altra impresa sul mercato abbia sostanzialmente ostacolato il mercato in parola¹⁸⁰.

Infine, la Corte sottolinea che non basta la semplice constatazione del rafforzamento della posizione di un’impresa “*dovendosi dimostrare che il grado di dominio così raggiunto rappresenta un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall’impresa madre*”¹⁸¹”.

Di conseguenza, le Autorità nazionali poste a tutela della concorrenza devono verificare la sussistenza di tre condizioni per dimostrare che un’operazione di concentrazione integri l’art. 102 TFUE ossia in primo luogo, l’acquirente deve, prima dell’operazione, detenere una posizione dominante su un determinato mercato, in secondo luogo, l’acquirente deve acquisire un concorrente effettivo o potenziale su tale mercato ed infine, dopo la realizzazione dell’operazione, devono rimanere sul mercato solo le imprese il cui comportamento dipende dall’impresa in posizione dominante.

L’esito di tale sentenza è in linea con il *trend* di revisione posticipata su operazioni di concentrazione che non superano le soglie di controllo UE o nazionali e che non sono oggetto di un rinvio ai sensi dell’art. 22 del regolamento concentrazioni.

In questo modo, dal tenore letterale della sentenza “*per ragioni di certezza del diritto, il meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni (...) deve essere applicato in via prioritaria*” l’abuso di posizione dominante rappresenterebbe “*l’ultima spiaggia*” per effettuare un controllo su tali operazioni ma non esclude del tutto la possibilità di una doppia valutazione¹⁸² anche ai sensi della normativa specifica in tema di concentrazioni.

¹⁷⁹ Punto 35, C-449/2021.

¹⁸⁰ Punto 46, C-449/2021.

¹⁸¹ Punto 52, C-449/2021.

¹⁸² Newsletter ClearyGottlieb, TowerCast, Eu Court of Justice endorses Post-Closing review of Concentrations, 11 aprile 2023. [eu-court-of-justice-endorses-post-closing-review-of-concentrations.pdf](https://www.clearygottlieb.com/eu-court-of-justice-endorses-post-closing-review-of-concentrations.pdf) ([clearygottlieb.com](https://www.clearygottlieb.com))

3.3. Gli scenari successivi al *Caso TowerCast*: la nuova avenue per effettuare un controllo su operazioni problematiche.

Nemmeno una settimana dopo l’emanazione della sentenza TowerCast, sono emerse le prime applicazioni del nuovo orientamento indicato dalla Corte di Giustizia.

Il 22 marzo 2023 l’Autorità belga garante della concorrenza ha avviato un’indagine d’ufficio su un possibile abuso di posizione dominante in merito ad un’operazione di acquisizione da parte di Proximus di Edpnet.

In particolare, l’operazione aveva ad oggetto un operatore attivo nel settore della fornitura di servizi di comunicazione a banda larga in Belgio, sottoposto ad una procedura di risanamento giudiziale.

Nel contesto di una procedura fallimentare, Proximus aveva presentato un’offerta per l’acquisizione di Edpnet e fu scelta dal Tribunale per rilevare dal fallimento quest’ultima società.

Il 21 marzo 2023, il Tribunale per le imprese di Gand in primo grado aveva disposto il trasferimento delle attività di Edpnet alla società Proximus e, dato che il fatturato dell’impresa *target* non superava le soglie del controllo delle concentrazioni belga, la sua vendita non venne sottoposta all’esame o all’autorizzazione preventiva dell’Autorità belga garante della concorrenza (BCA)¹⁸³.

Il giorno seguente, il Procuratore generale della BCA ha deciso di avviare un’indagine ai sensi dell’articolo IV. 39, 2° del codice di diritto dell’economia (CEL) ossia per abuso di posizione dominante di Proximus a seguito dell’acquisizione di Edpnet in considerazione “*of the serious indications of substantial obstacles to competition that were brought to his attention*”.

È agevole intuire che l’apertura di tale procedimento segue l’esito di Towercast, infatti, all’interno del Comunicato stampa ufficiale dell’Autorità belga, il procuratore generale non si astiene dal menzionare esplicitamente la pronuncia della nota sentenza “*on 16 March in Case C-449/21, Towercast, in which it clarified that a concentration of undertakings which does not meet the mandatory ex ante merger control thresholds provided for under national law may be analysed by a competition authority of a Member State as constituting an abuse of a dominant position in the light of the structure of*

¹⁸³ *Press release* Autorità belga n. 10/2023 [20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf](#) ([belgiancompetition.be](#)) Questo caso è indicato come CONC-RPR-23/0001.

*competition on a market with a national dimension. In other words, the Court of Justice has unambiguously confirmed the competence of national competition authorities to analyse ex post non-notifiable concentrations under merger control, on the basis of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which is equivalent to Article IV.2 CEL.”*¹⁸⁴.

Alla luce di tali considerazioni, un intervento posticipato su operazioni di concentrazione ai sensi della disciplina sull’abuso di posizione dominante risulta legittimato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, ciò consente una *nuova rotta* per contrastare operazioni di concentrazione che si situano al di sotto delle soglie di notifica obbligatorie¹⁸⁵ ma fonda un nuovo motivo di incertezza in capo alle imprese interessate che dovranno considerare il rischio di un eventuale apertura di un’indagine ai sensi dell’art. 102 TFUE ed in assenza di Orientamenti da parte della Commissione, potrebbe dar luogo a problemi di coordinamento con la disciplina specifica sul controllo preventivo delle concentrazioni.

3.3.1. L’applicazione dell’art. 102 TFUE: uno strumento *successivo o alternativo* alla disciplina sulle concentrazioni?

L’idea che l’applicazione dell’abuso di posizione dominante rappresenti “*l’ultima spiaggia*” in quanto il meccanismo di controllo preventivo sulle concentrazioni, in cui rientra l’art. 22 sul rinvio in Commissione, debba essere applicato in “*via prioritaria*” viene messo in dubbio dall’apertura dell’indagine su un presunto abuso di posizione dominante nel Caso Edpnet/Proximus.

Infatti, l’Autorità di garante della concorrenza belga avviando il procedimento ai sensi dell’art. 102 TFUE e della norma interna equivalente ha preso in considerazione la possibilità che l’operazione indagata avesse un impatto nel commercio fra Stati membri in quanto il primo periodo di tale disposizione sancisce: “*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo*”.

¹⁸⁴ *Press release* Autorità belga n. 10/2023 [20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf \(belgiancompetition.be\)](#) Questo caso è indicato come CONC-RPR-23/0001.

¹⁸⁵ V. AURICCHIO, Atti del Convegno dell’Associazione Antitrust Italiana, 8 e 9 giugno 2023.

Allo stesso modo, tra le condizioni preliminari per il rinvio alla Commissione delle operazioni a norma dell'art. 22 del regolamento sulle concentrazioni si sancisce la necessità per le ANC di verificare due requisiti formali ossia *“La concentrazione deve: (i) incidere sugli scambi tra gli Stati membri e (ii) presentare il rischio di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta”* tuttavia l'Autorità belga ha considerato più efficace l'apertura di un'indagine ai sensi dell'art 102 piuttosto che rinviare la medesima operazione ai sensi dell'art. 22.

Tale procedimento evidenzia un *modus operandi* dell'Autorità nazionale a tutela della concorrenza belga caratterizzato dall'utilizzo dell'art. 102 come uno strumento di controllo *“quasi ex ante”* ovvero *alternativo* all'art. 22 e non logicamente successivo ai meccanismi di controllo preventivo sulle concentrazioni.

Tra le ragioni principali che hanno condotto verso tale direzione gli esperti indicano la complessiva tempistica scandita dai termini, come individuati dalla Comunicazione della Commissione nelle *Guidelines* sull'applicabilità dell'art. 22, a cui sarebbe stata sottoposta l'operazione medesima a fronte di una maggiore rapidità di intervento garantita dall'art. 102 TFUE¹⁸⁶.

Ad esempio, in uno scenario alternativo ipotetico in cui l'Autorità belga avesse favorito il rinvio in Commissione, l'acquisizione di Edpnet sarebbe stata soggetta ai 15 giorni lavorativi entro cui l'Autorità belga poteva effettuare la richiesta di rinvio in Commissione dopodiché la Commissione, una volta informati le autorità competenti di altri Stati membri, avrebbe dovuto attendere 15 giorni lavorativi entro cui gli altri Stati membri potevano aderire alla richiesta iniziale ed infine dallo scadere dei 15 giorni la Commissione avrebbe avuto ulteriori 10 giorni lavorativi per decidere se esaminare l'operazione¹⁸⁷.

¹⁸⁶ P. MERLINO, Atti del Convegno dell'Associazione Antitrust italiana, 8 e 9 giugno, Firenze.

¹⁸⁷ “28. *Se non è richiesta alcuna notifica, 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 (26). Il concetto di «resa nota» va interpretato come implicante la messa a disposizione di informazioni sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti per la valutazione del rinvio (27).*

29. Una volta presentata una richiesta di rinvio, la Commissione ne informa senza indugio le autorità competenti degli Stati membri e le imprese interessate. Altri Stati membri possono aderire alla richiesta iniziale entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la Commissione li ha informati in merito alla domanda iniziale (28). La Commissione incoraggia gli Stati membri a fornirsi reciprocamente informazioni in

La prassi seguita dall’Autorità nazionale belga in applicazione del Caso TowerCast, ha mostrato che in realtà l’applicazione dell’abuso di posizione dominante su operazioni sottosoglia potrebbe non essere limitato ad una logica di applicazione successiva e complementare bensì potrebbe rappresentare uno *strumento totalmente alternativo* rispetto al controllo preventivo sulle concentrazioni nazionale o comunitario ma soprattutto all’ipotesi di rinvio ai sensi dell’art. 22.

3.3.2. Il problema di una doppia valutazione.

La sentenza TowerCast con la locuzione “*per ragioni di certezza del diritto, il meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni (...) deve essere applicato in via prioritaria*” non esclude esplicitamente la possibilità di una *doppia valutazione* da parte delle Autorità garanti della concorrenza nazionali ai sensi della normativa sul *merger control* ed ai sensi dell’abuso di posizione dominante.

Invero, l’Avvocato Generale Juliane Kokott all’interno delle proprie conclusioni aveva affrontato, come situazione ipotetica, la possibilità di applicare l’articolo 102 TFUE anche alle operazioni notificate e controllate ai sensi della normativa specifica sulle concentrazioni ma aveva respinto tale eventualità sostenendo che le operazioni dichiarate compatibili con il mercato interno non potevano essere qualificate più come abuso di posizione dominante.

Pertanto, l’Avvocato Generale Kokott aveva previsto un porto sicuro sul dubbio, seppur di piccole dimensioni al punto 63 delle proprie osservazioni stabilendo che “*As stated in points 29 to 48 of this Opinion, the direct applicability of Article 102 TFEU to concentrations is not excluded by law. That statement applies without qualification in a case such as the present one, in which, as is apparent from point 20, no ex ante assessment of the concentration under merger control law took place, there is therefore no risk of ‘double assessment’.* 58. *That would not be the case, however, in the hypothetical*

merito alla loro eventuale intenzione di aderire alla richiesta di rinvio e a informarne la Commissione (29).

30. La Commissione può, al più tardi entro 10 giorni lavorativi a decorrere dalla scadenza del termine di 15 giorni lavorativi entro i quali gli Stati membri possono aderire alla domanda di rinvio, decidere di esaminare la concentrazione se ritiene che incida sul commercio fra Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta. Se la Commissione non prende una decisione entro tale termine, si considera che abbia deciso di adottare la decisione di esaminare la concentrazione conformemente alla richiesta (30).”
[eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01))

*situation in which an ex ante assessment had in fact taken place, whether by the national competition authority on the basis of national merger control law or by the Commission on the basis of the Merger Regulation. Can such a concentration be subject to additional ex post control on the basis of Article 102 TFEU? 59. With regard to observance of the principle of legal certainty, importance is to be attached to the fact that the legislature intended to exclude such a double assessment in principle, as is apparent from Article 21(1) of the Merger Regulation (point 43 above). In my view, therefore, there remains room for the application of the principle *lex specialis derogat legi generali*, notwithstanding the fact that Article 102 TFEU has the status of primary law and is directly applicable. That does not contradict the principle of the hierarchy of norms referred to in point 30 of this Opinion. This is because Article 102 TFEU would indeed remain applicable in principle. However, a concentration which has been approved under the more specific rules of merger control, and the effects of which on market structure and competition conditions have been declared to be compatible with the internal market, could not as such be qualified (any longer) as an abuse of a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU, unless the undertaking concerned has engaged in conduct which goes beyond that and could be found to constitute such an abuse. The statements made in the judgment in *Continental Can*, which, in such a case also, could be misunderstood in the sense of a possible double assessment of a concentration, should therefore be clarified accordingly.”¹⁸⁸.*

Il parere dell'avvocato generale suggerisce come i giudici dovrebbero decidere sul caso ma non è vincolante, successivamente la CGUE non è tornata esplicitamente sulla questione se applicare l'articolo 102 TFUE alle operazioni che sono state autorizzate ma sembra possibile dedurre dal riferimento della Corte nella decisione al fatto che l'articolo 102 TFUE si applica solo alle operazioni che rientrano al di sotto delle soglie di controllo delle concentrazioni¹⁸⁹ che segua le considerazioni dell'avvocato generale Kokott, fermo restando che al riguardo sarebbe stato auspicabile un chiarimento da parte della Corte o nuovi Orientamenti da parte della Commissione¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Towercast/Autorité de la concurrence* (causa C-449/21), Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777, Punto 57, 58, 59 e 60 [Towercast \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/consol/reg/2022/1736/oj)

¹⁸⁹ Punto 52 C-449/2021.

¹⁹⁰ *Newsletter Dentons, CJEU Decisions in the TowerCast case – Ex post Review of deals by the back door?*, 24 marzo 2023. [Dentons - CJEU Decision in the Towercast case – Ex-post review of deals by the back door?](https://www.dentons.com/en/insights/publications/2023/03/24/cjeu-decisions-in-the-towercast-case-ex-post-review-of-deals-by-the-back-door/)

Invero, in Italia il Consiglio di Stato potrebbe aver già individuato i percorsi che dovrà seguire l'AGCM su tali tematiche¹⁹¹ con la Sentenza pubblicata lo scorso 24 ottobre 2022, la quale ha annullato definitivamente la sanzione di circa 10 milioni irrogata al Gruppo Eventim-TicketOne per il presunto abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di vendita dei biglietti (c.d. *ticketing*) per eventi *live* di musica leggera¹⁹² nel sopra citato Provvedimento A523-TicketOne.

In generale, le considerazioni effettuate dal CdS che hanno determinato l'annullamento dal Provvedimento si sono basate, in primo luogo, sul difetto di istruttoria rilevato in primo grado ed in secondo luogo, sulla lettura delle Operazioni in un'ottica di normale dinamica concorrenziale legata alla necessità di rispondere all'espansione in Italia del gruppo *Live Nation/TicketMaster*, concorrente particolarmente rilevante in ambito internazionale, anch'esso integrato verticalmente. Contestualmente la sentenza ha affrontato alcuni aspetti che esprimono l'Orientamento del Consiglio di Stato in merito ai dubbi sopra esposti:

- 1) per quanto riguarda l'incertezza sull'applicazione dell'art. 102 come strumento "alternativo" o "successivo" alla normativa specifica sulle concentrazioni, il CdS ha ritenuto che un'operazione di concentrazione, benché non sottoposta allo scrutinio *ex-ante* da parte di un'Autorità (come nel caso di specie), possa essere valutata *ex-post* con gli strumenti ordinari anche se "...ciò non toglie che per le operazioni di fusione, stante la loro natura e gli effetti che ne conseguono, debba ritenersi preferibile un vaglio preventivo, come reso possibile dall'articolo 22 del Regolamento n. 139/2004, in base al quale nei casi in cui l'aggregazione non è soggetta all'obbligo di notifica preventiva, è ben possibile attivare un meccanismo per valutare, e se del caso conformare, le operazioni di acquisizioni qualora dovessero incidere sull'assetto concorrenziale del mercato"¹⁹³. Complessivamente, la posizione del Consiglio di Stato italiano, analogamente alle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Kokott nel caso TowerCast, ha qualificato l'abuso di posizione dominante come

¹⁹¹ In 3.3.1 e 3.3.2.

¹⁹² Sentenza del Consiglio di Stato N. 09035/2022REG.PROV.COLL, 24 ottobre 2023, giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203494&nomeFile=202209035_11.html&subDir=Provvedimenti

¹⁹³ Punto 11, Sentenza del Consiglio di Stato N. 09035/2022REG.PROV.COLL, 24 ottobre 2023, giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203494&nomeFile=202209035_11.html&subDir=Provvedimenti

“successivo”. Tale pronuncia potrebbe disincentivare una prassi applicativa da parte dell’AGCM sullo stampo di quanto avvenuto in Belgio;

- 2) per quanto riguarda la lettura dell’art. 21 del Regolamento n. 139/2004 in materia di concentrazioni, che esclude l’applicabilità del Regolamento n. 1/2003, relativo all’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, alle operazioni di concentrazione, il Consiglio di Stato ha confermato le argomentazioni delle appellanti *“Appare invece dovuta una precisazione in riferimento all’assunto del TAR, che ha ritenuto l’impostazione del provvedimento non compatibile “con la disciplina euro unitaria in materia di concentrazioni, e nello specifico con l’art. 21, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 139/2004 che espressamente esclude l’applicabilità alle concentrazioni degli artt. 101 e 102 del TFUE”*. Al riguardo, la prospettazione delle appellanti risulta infatti confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale, in termini generali, deve ritenersi che se la fusione non rientra nel campo del controllo preventivo (in quanto sotto soglia) ben può essere valutata con gli strumenti ordinari (cfr. Corte di Giustizia, causa C- 248/16, Austria Asphalt GmbH), da cui l’irrelevanza del quesito pregiudiziale proposto al riguardo dalle parti”¹⁹⁴ le quali avevano ricondotto la ratio della norma alla necessità di evitare una “doppia analisi” della medesima fattispecie¹⁹⁵: *“Sotto altro profilo, le appellanti prospettano che la ratio dell’art. 21 sembra essere quella di evitare una doppia analisi, ex ante ed ex post, della medesima fattispecie, volendosi dare la priorità all’analisi ex ante delle operazioni di concentrazioni con gli strumenti più agili e celeri del Regolamento nei limiti dallo stesso stabiliti. Pertanto, quando l’analisi ex ante non è possibile perché l’operazione è “sottosoglia”, come nel caso delle operazioni di concentrazione in esame, dal Regolamento non sembra emergere alcun dato normativo che osti ad una analisi ex post mediante l’applicazione dell’articolo 102 TFUE ad una concentrazione o più operazioni di concentrazione, tra di loro collegate, all’interno di una valutazione complessiva del comportamento dell’impresa idonea a configurare un “abuso”. Al riguardo, Zed richiama la*

¹⁹⁴ Punto 11, Sentenza del Consiglio di Stato N. 09035/2022REG.PROV.COLL, 24 ottobre 2023, giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203494&nomeFile=202209035_11.html&subDir=Provvedimenti

¹⁹⁵ Newsletter Freshfields, Italia/Abuso di posizione dominante e settore del ticketing-Il Consiglio di Stato conferma l’annullamento della sanzione di circa 10 milioni di euro irrogata dall’AGCM a Eventim-TicketOne, 2 novembre 2022. [Newsletter giuridica di concorrenza e regolamentazione | Freshfields Bruckhaus Deringer](#)

giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui se le operazioni che non hanno incidenza sulla struttura della concorrenza nell'Unione non debbono essere sottoposte ad un controllo preventivo, "da ciò non deriva affatto che qualsiasi comportamento delle imprese che sia privo di tali effetti sfugga al controllo della Commissione o delle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza", che devono applicare le norme generali (Corte di Giustizia, causa C- 248/16, Austria Asphalt GmbH)"¹⁹⁶. Sotto tale profilo, risulta che il Consiglio di Stato abbia statuito nel senso di escludere una doppia valutazione ai sensi della normativa specifica sul controllo preventivo delle concentrazioni e della disciplina ai sensi dell'art. 102, anticipando sommariamente le Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Kokott nel caso TowerCast.

3.3.3. La difficoltà di individuazione dei settori interessati.

I casi Towercast e Proximus hanno in comune la circostanza che le operazioni interessate si inserivano nei settori del mercato francese della radiodiffusione televisiva terrestre e nel settore del mercato belga della fornitura di servizi di comunicazione a banda larga. Dunque, i primi scenari emersi nella prassi hanno dimostrato che l'applicazione dell'articolo 102 TFUE è avvenuta in mercati altamente concentrati circondati da piccoli operatori in cui l'acquisizione è finalizzata all'eliminazione di un concorrente emergente. Tale circostanza evidenzia che le concentrazioni mirate dalle Autorità attraverso lo strumento dell'abuso di posizione dominante, al pari di quanto sta avvenendo con il *merger control* attraverso le nuove *Guidelines* contenenti i nuovi orientamenti di applicabilità sull'art. 22 e le normative sorte di riflesso come la Legge italiana n. 118 del 2022, non si limiteranno a catturare le acquisizioni di *start ups* innovative solite nei settori posti al centro dell'attenzione delle autorità garanti della concorrenza come il digitale, il farmaceutico o della tecnologia medica.

In generale, si conferma l'opportunità di catturare le operazioni dei c.d. "*mercati locali polverizzati*"¹⁹⁷, cioè le acquisizioni di concorrenti emergenti in mercati altamente

¹⁹⁶ Punto 4, Sentenza del Consiglio di Stato N. 09035/2022REG.PROV.COLL, 24 ottobre 2023. giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203494&nomeFile=202209035_11.html&subDir=Provvedimenti

¹⁹⁷ Definizione data dal Professor Ghezzi.

Pertanto, nessun settore industriale potrebbe essere escluso a priori da un'apertura di indagine anche ai sensi dell'art. 102 TFUE ed in assenza di Orientamenti da parte della Commissione, potrebbe sorgere il rischio che le Autorità degli Stati membri inizino ad applicare estensivamente la suddetta disposizione per contestare le concentrazioni che si situano al di sotto delle soglie¹⁹⁹.

3.3.4. What about the EU Commission?

La Sentenza adottata dalla Corte di Giustizia nel Caso TowerCast affronta le conseguenze del fatto che il regolamento n. 139/2004 all'art. 21 par.1 esclude espressamente l'applicazione del regolamento n. 1/2003 alle concentrazioni definite nell'articolo 3.

In questo contesto, la Corte ha sottolineato che l'efficacia diretta di cui è dotato l'art. 102 TFUE è tale da evitare la necessità di una normativa secondaria che ne prescriva o autorizzi l'applicazione *da parte delle Autorità garante della concorrenza degli Stati membri*²⁰⁰.

Sebbene la Corte non lo dichiari espressamente appare che sia impedita la possibilità di applicare l'art. 102 TFUE alla Commissione Europea in quanto non può fare affidamento sul Reg. n. 1/2003, d'altronde lo stesso quesito pregiudiziale si riferiva solo alle Autorità garanti della concorrenza nazionali, dunque, risulta che il principio estrapolato dalla Corte sembra non valere anche per l'organo europeo²⁰¹.

In assenza di una dichiarazione esplicita da parte della Corte di Giustizia e di nuovi Orientamenti della Commissione europea, alcuni esperti hanno analizzato le disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea per capire se esso conferisca uno spazio per l'applicazione della norma sull'abuso di posizione dominante *anche da parte della Commissione europea*²⁰².

Invero, l'art. 105 del Trattato (vecchio art. 89 CEE e art. 85 del TCE) dispone “*Senza pregiudizio dell'articolo 104, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 101 e 102. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio*

¹⁹⁹ Newsletter ClearyGottlieb, *TowerCast, Eu Court of Justice endorses Post-Closing review of Concentrations*, 11 aprile 2023. [eu-court-of-justice-endorses-post-closing-review-of-concentrations.pdf \(clearygottlieb.com\)](https://www.clearygottlieb.com/en/newsletter/2023/04/11/eu-court-of-justice-endorses-post-closing-review-of-concentrations)

²⁰⁰ Punto 53 e 63, C-449/2021.

²⁰¹ J. MULDER E P. SAUTER, *A new regime for below Thresholds mergers in EU competition Law? The Illumina/Grail and Towercast judgments*, *Journal of antitrust enforcement*, 2023. [OP-JEAN230031 1..11 \(silverchair.com\)](https://www.silverchair.com)

²⁰² P. MERLINO, *Atti del convegno dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, Firenze.

e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.

2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione.

3. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di accordi per le quali il Consiglio ha adottato un regolamento o una direttiva conformemente all'articolo 103, paragrafo 2, lettera b) ”²⁰³.

Tale articolo aveva come scopo la funzione di conferire alla Commissione il potere di rendere applicabili i principi fissati dall'art. 102 prima dell'emanazione delle prime leggi attuative previste dall'art. 103 TFUE.

Tuttavia, l'art. 105 non è mai stato abrogato né modificato quindi al momento continua a dispiegare i suoi effetti.

Inoltre, continuando a spulciare i lavori preparatori connessi all'introduzione del primo regolamento concentrazioni del 1989 la Commissione all'interno della *Nota informativa* aveva stabilito all'art. 22 che “*The Commission states that it does not normally intend to apply Articles 85 and 86 of the Treaty establishing the European Economic Community to concentrations as defined in Article 3 other than by means of this regulation.*”²⁰⁴, interpretata letteralmente dalla seguente prassi che ha accolto il regolamento sulle concentrazioni come il *solo* strumento procedurale applicabile all'esame preliminare e centralizzato delle concentrazioni²⁰⁵ ma che non aveva tenuto conto della successiva affermazione “*However, it reserves the right to take right in accordance with the procedures laid down in Article 89 of the Treaty, for concentrations as defined in Article 3, but which do not have a Community dimension within the meaning of Article 1, in cases not provided for by Article 22*”. Dalla lettura integrale dell'art. 22 della Nota informativa dell'89 risulta che in realtà la Commissione si era espressamente riservata il diritto di utilizzare il vecchio art. 89 del Trattato (oggi art. 105 TFUE) a quelle concentrazioni di cui all'art. 3, che non hanno dimensione comunitaria né erano previsti dall'art. 22 del vecchio regolamento.

²⁰³ eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT

²⁰⁴ *Notes of Council Regulation (EEC) 4064/1989, art. 22.* [notes_reg4064_89_en.pdf\(europa.eu\)](http://notes_reg4064_89_en.pdf(europa.eu))

²⁰⁵ Vv. par. 3.1.

Tale eventualità potrebbe affondare le radici sulle stesse motivazioni dell'esito del Caso TowerCast ovvero il regolamento concentrazioni non può precludere l'applicazione di una norma di diritto primario che in questo caso risulta essere l'art. 105 TFUE, il quale consentirebbe alla *Commissione* di aprire un procedimento ai sensi dell'art. 102 TFUE su operazioni di concentrazione inferiori alle soglie di controllo comunitarie o nazionali.

Laddove la Commissione decidesse *in futuro* di utilizzare l'art. 105 TFUE in tal senso, l'ipotetico scenario potrebbe svolgersi con l'accertamento dell'infrazione tramite l'ausilio delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poiché lo stesso articolo dispone “*in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti (...)*” seguito dalla pubblicazione con decisione di carattere vincolante da parte della Commissione.

Tuttavia, la Commissione potrebbe continuare ad avere bisogno delle Autorità nazionali a causa della mancanza di poteri coercitivi propri. In questo senso, le misure atte a ripristinare lo *status quo ante* dovrebbero essere applicate dalle Autorità Nazionali a tutela della concorrenza, infatti l'articolo 105 TFUE prevede anche tale eventualità “*Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.*”

2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione.”²⁰⁶

Resta ferma la necessità di monitorare gli sviluppi successivi della prassi della Commissione europea al fine di comprendere se essa utilizzerà l'art. 105 TFUE come strumento di accentrimento del potere di intervento ai sensi dell'abuso di posizione dominante sul filone della TowerCast.

3.3.5. L'abuso di posizione dominante e i poteri sanzionatori.

Le norme sul divieto di abuso dominante si applicano solo alle condotte unilaterali di imprese che sono già in posizione di dominanza sul mercato, infatti, il diritto della concorrenza del continente europeo non vieta la dominanza in sé. Per tale ragione, fu favorita un'applicazione delle regole specifiche sulle concentrazioni in quanto idonee a

²⁰⁶ P. MERLINO, *Atti del convegno dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, Firenze.

regolare *tutte* le operazioni strutturali fra imprese, quindi, anche quelle che si realizzano fra operatori non già autonomamente dominanti prima dell'operazione.

Inoltre, allo stato dei fatti pare che l'art. 102 TFUE verrà applicato solo dalle Autorità nazionali ma rimangono presenti i dubbi in merito l'adeguatezza di tale norma a ripristinare lo *status quo ante* delle operazioni di concentrazioni già realizzate. Innanzitutto, perché in genere l'art. 102 del Trattato come le norme di recepimento interne agli Stati non sono connaturate da alcun termine perentorio o scadenza per avviare il procedimento con la conseguenza che le Autorità potrebbero intervenire dopo anni rispetto il *closing* dell'operazione ed inoltre perché il ventaglio dei rimedi proposti dalle Autorità raramente ha visto l'esplicitarsi nella prassi di rimedi strutturali.

In tal senso, il regolamento n. 1/2003 ha attribuito la competenza ad applicare gli art. 101 TFUE e 102 TFUE alle Autorità garanti della concorrenza ed alle giurisdizioni degli Stati membri che possono adottare le seguenti decisioni, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento:

- a) ordinare la cessazione delle infrazioni;
- b) disporre misure cautelari;
- c) accettare impegni;
- d) comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale²⁰⁷.

In aggiunta, il regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare nel loro territorio norme più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.²⁰⁸

A livello europeo, la Commissione una volta constatata un'infrazione, a seguito di una denuncia o d'ufficio, ai sensi dell'art. 102 TFUE, può obbligare le imprese a porre fine all'infrazione; l'art. 7 del reg. 1/2003 stabilisce che a tal fine la Commissione può imporre l'adozione di rimedi comportamentali o strutturali con il solo limite del rispetto del principio di proporzionalità cioè i rimedi imposti devono essere "*proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa.*"

Nell'esamina dei rimedi idonei a porre fine l'infrazione il regolamento stabilisce che i rimedi strutturali debbano rappresentare l'*extrema ratio* in quanto possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale "*parimenti efficace*" ovvero quando

²⁰⁷ Art 5, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001

²⁰⁸ Par. 11, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001

un rimedio comportamentale “*parimenti efficace*” risulterebbe più oneroso, per l’impresa interessata, rispetto al *rimedio strutturale*.²⁰⁹

Nonostante il regolamento agevoli l’applicazione decentrata del diritto *antitrust* da parte delle Autorità nazionali, la Commissione Europea mantiene un ruolo centrale e di guida nella redazione dei principi applicabili dalle singole autorità attraverso la pubblicazione di apposite *Guidelines*.

Prendendo come riferimento l’AGCM italiana i poteri sanzionatori di cui è dotata ai sensi dell’art. 15 della legge n. 287/1990 variano in ragione del tipo di infrazione che essa eventualmente riscontri all’interno del provvedimento²¹⁰.

In primo luogo, la decisione che accerta un’infrazione grave ai sensi dell’art. 3 della legge n. 287/90 o dell’art. 102 TFUE, consente all’Autorità, tenuto conto della gravità e della durata dell’infrazione, di disporre l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

In secondo luogo, l’Autorità può inibire la continuazione o la reiterazione della condotta accertata fissando alle imprese e associazioni di imprese il termine per l’eliminazione delle infrazioni oppure, ove l’infrazione è già cessata, può vietarne la reiterazione.²¹¹

Dunque, al fine di inibire la condotta contestata, l’Autorità può imporre l’adozione di qualsiasi *rimedio comportamentale o strutturale* che, riflettendo il dettato dell’art. 7 del reg. 1/2003, stabilisce che nella scelta fra due rimedi ugualmente efficaci l’Autorità debba optare per il rimedio meno oneroso per l’impresa basandosi su un principio di proporzionalità.²¹²

Ciò premesso, le norme sul divieto di abuso di posizione dominante continuano ad essere caratterizzate dal fatto che, per loro natura, si applicano *dopo* l’avveramento della condotta lesiva con lo scopo di *interromperla e sanzionarla*.

Per contro, le norme sul controllo delle concentrazioni hanno il potere di conoscere ed intervenire sulle operazioni *prima* che esse siano compiute in modo tale da minimizzare

²⁰⁹ Art. 7, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001

²¹⁰ F. GHEZZI E G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, G-Giappichelli Editore Torino, 2019. p. 287 ss.

²¹² Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90. [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](http://www.agcm.it/AGCM-Autorita%20Garante%20della%20Concorrenza%20e%20del%20Mercato)

il rischio di un intervento tardivo ed inefficace data la natura *strutturale ed irreversibile* degli effetti di una concentrazione.

Da questo punto di vista, le norme sull'abuso dominante possono essere avvertite come inadeguate in quanto un'applicazione postuma delle sanzioni previste e dei rimedi volti a porre fine alle infrazioni contestate rischiano di essere impraticabili, tardive ed inefficaci.²¹³

In TowerCast, le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott suggeriscono che eventuali problemi di abuso sarebbero probabilmente risolti mediante l'imposizione di *rimedi comportamentali e ammende* piuttosto che ordini di disinvestimento stabilendo che “*And even in those cases contrary to the fears expressed by some of the parties to the proceedings in view of the primacy of behavioural remedies and the principle of proportionality, there is not usually a threat of subsequent dissolution of the concentration, but rather only the imposition of a fine*”²¹⁴.

Tuttavia, i fatti alla base della stessa Towercast dovranno essere riesaminati dall' *Autorité de la concurrence* francese che dovrà verificare se le condotte realizzate integrino gli estremi dell'abuso di posizione dominante, conformemente al criterio stabilito dalla Corte.

Pertanto, occorrerà monitorare l'esito della vicenda per capire quale tipologia di intervento seguirà in Francia.

Nel frattempo in Belgio, in relazione al Caso Edpnet/Proximus, il 12 aprile il Collegio dell'Autorità belga garante della concorrenza (in seguito BCA) ha ricevuto una richiesta di misure provvisorie dal procuratore generale della BCA finalizzate a garantire la continuità delle operazioni di Edpnet, nonché la sua indipendenza operativa e commerciale da Proximus per la durata dell'indagine d'ufficio avviata il 21 marzo, a norma dell'articolo IV.2 del codice di diritto dell'economia (CEL) e dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Successivamente, il 21 giugno 2023 il Collegio della BCA ha imposto misure provvisorie all'operatore di telecomunicazioni Proximus al fine di frenare gli effetti di una potenziale violazione del diritto della concorrenza in seguito all'acquisizione di Edpnet ritenendo che il procuratore generale abbia dimostrato l'esistenza *prima facie* di un abuso di

²¹³ A. CATRICALÀ, C. CAZZATO E F. FIAMMANÒ, *Diritto Antitrust*, Giuffrè-Varese, 2020.

²¹⁴ Punto 63, *Towercast/Autorité de la concurrence* (causa C-449/21), conclusioni dell'avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777.

posizione dominante da parte di Proximus derivante dall'acquisizione di Edpnet a seguito del *completamento di tale operazione*.

Inoltre, il Collegio ha statuito nel senso che fosse urgente adottare misure cautelari provvisorie in quanto qualora l'acquisizione della società *target* diventasse irreversibile avrebbe generato una situazione in grado di ledere l'interesse economico generale

Le misure provvisorie imposte a Proximus saranno applicate per un periodo di 15 mesi e potranno essere prorogate in presenza di determinate circostanze che lo giustifichino e comprendono:

- i) l'obbligo di mantenere la redditività e la competitività di Edpnet;
- ii) l'obbligo di separare le attività di Proximus e Edpnet sotto la supervisione di un dirigente designato da Proximus tra il personale di Edpnet;
- iii) l'obbligo di garantire che Proximus non ottenga informazioni riservate relative a Edpnet.²¹⁵

È bene sottolineare che nei procedimenti sommari come quello finalizzato all'adozione di misure cautelari, l'accertamento di un'infrazione al diritto della concorrenza non è definitivo ma si tratta di una decisione provvisoria.

Tuttavia, tale esito procedimentale solleva notevoli perplessità, soprattutto in merito all'obbligo di separare le attività di Proximus e Edpnet in quanto tale rimedio *strutturale* conferma che, la decisione di procedere d'ufficio ai sensi dell'art. 102 del Trattato congiuntamente alla norma interna di recepimento configuri una risposta alternativa al *merger control* rispetto l'operazione contestata. In uno scenario ipotetico, qualora l'Autorità belga avesse scelto di sollevare un rinvio in Commissione europea ai sensi dell'art. 22 l'operazione sarebbe stata sottoposta con la decisione di rinvio al tradizionale obbligo di *stand still* previsto dall'art. 7 par. 1 del regolamento concentrazione, producendo il medesimo effetto della misura provvisoria adottata.²¹⁶ Ciò comporta che, se il fine è lo stesso ovvero impedire la realizzazione dell'operazione, allora anche le misure o i rimedi che le Autorità imporranno saranno determinate e scelte sullo stampo dei meccanismi garantiti dal controllo sulle concentrazioni con la possibilità di favorire rimedi di tipo strutturale.

²¹⁵ Press release n. 26/2023, 22 June 2023. [20230622_Press_release_26_BCA.pdf\(belgiancompetition.be\)](#)

²¹⁶ P. MERLINO, *Atti del convegno dell'Associazione Antitrust Italiana*, 8 e 9 giugno, Firenze.

Dunque, al pari del Caso TowerCast, risulta necessario monitorare gli sviluppi successivi di tale vicenda: laddove il Provvedimento definitivo della BCA confermi le misure cautelari suddette ciò implicherebbe la possibilità che in futuro le Autorità poste a tutela della concorrenza intervengano *ex post* su operazioni già perfezionate dopo anni dal *closing* e decidere di favorire l'imposizione di rimedi di tipo strutturale come ad esempio l'obbligo di separazione delle entità basandosi sul presupposto che non esistano misure comportamentali "parimenti efficaci" ad inibire le condotte di acquisizione di un concorrente emergente, oltre che sanzionare l'impresa con un ammenda.

3.4. Considerazioni di sintesi

Alla luce delle considerazioni svolte, per la prima volta dall'introduzione del controllo sulle concentrazioni il Caso TowerCast sta rivoluzionando *ufficialmente* il sistema basato sulle soglie ed il sistema centralizzato di controllo *ex ante*.

Allo stato dei fatti, le Autorità nazionali poste a tutela della concorrenza hanno guadagnato l'opportunità di proteggere la struttura di mercato dall'acquisizione di imprese che precedentemente si ritenevano non fossero dannose al punto tale da attivare un controllo preventivo e che d'ora in poi potranno essere oggetto di un'istruttoria *anche* ai sensi dell'art. 102 TFUE.

I nuovi poteri di intervento per abuso di posizione dominante avranno ad oggetto acquisizioni predatorie di concorrenti emergenti che sono solite avverarsi nel settore digitale, biotecnologico, farmaceutico, della tecnologia medica ma non solo, tutte le aree su cui gli economisti esprimevano preoccupazioni a causa di lacune applicative sembrano poter riconfluire sotto le maglie del controllo *ex post* anche i c.d. *mercati locali polverizzati* i quali non soffrono di alcun tipo di categorizzazione o delimitazione settoriale.

Al pari delle novità affrontate in tema di *merger control* attraverso gli Orientamenti della Commissione sull'art. 22, la L. italiana n. 118 del 2022 e l'art. 14 del DMA il controllo sulle operazioni di concentrazione risulta essere sempre più connaturato da *questioni sostanziali* a scapito delle *soglie quantitative formali*.

Tuttavia, rimangono presenti ed attuali le perplessità in merito all'adeguatezza di tale disposizione a ristabilire gli equilibri di mercato precedenti alla realizzazione dell'operazione, una volta accertati gli effetti anticoncorrenziali.

Da questo punto di vista, la scelta della prassi successiva all'introduzione del primo regolamento concentrazioni di favorire esclusivamente un controllo *ex ante* o *preventivo* delle concentrazioni, comprensivo degli obblighi di notifica e di astensione sulle imprese, accoglieva l'importanza che assume la *certezza giuridica* per gli operatori economici e tutte le deviazioni dal controllo *ex ante* a cui stiamo assistendo non fanno che mettere in discussione tale certezza giuridica.²¹⁷

In altre parole, le imprese avvertono il bisogno di sapere se l'operazione che intendono realizzare possa resistere all'ostacolo del diritto della concorrenza e ciò entro un periodo ragionevole.

L'abuso di posizione dominante rappresenterebbe lo scenario più rischioso per le imprese dal momento che non essendo necessaria alcuna *scadenza* per avviare un'indagine sugli abusi qualsiasi operazione potrebbe potenzialmente essere esaminata e contestata *anni dopo la chiusura*.

Tale eventualità trascina con sé anche la difficoltà di inquadramento dei possibili *rimedi* sia dal lato imprese che dal lato delle Autorità.

D'altronde, per quanto riguarda la disciplina specifica sul controllo delle concentrazioni la Commissione europea e l'AGCM italiana sono già state dotate di nuovi poteri di controllo tramite cui possono richiedere la notifica di operazioni anche *dopo* il perfezionamento delle stesse, purché avvengano entro 6 mesi dalla conclusione²¹⁸, il che non solo aumenta il novero delle operazioni in cui si rende possibile un intervento ma produce delle ricadute importanti in tema di *rimedi* che le agenzie potranno indicare come necessarie al ripristinamento dello *status quo ante*: una volta realizzata un'operazione impone misure strutturali di deconcentrazione mostrerebbe il grado e la forza di intervento che le Autorità *antitrust* mirano a garantire.

Tali introduzioni non rappresentano monadi nel quadro complessivo di sistema poiché gli economisti avevano già evidenziato che tra le difficoltà principali per le agenzie *antitrust* emerge l'incertezza della previsione di rimedi adeguati a sua volta causata dall'incertezza sulla previsione dell'evoluzione futura dei mercati e su questo punto, l'OECD aveva proposto come sufficiente per controllare l'evoluzione dei mercati dinamici che le agenzie di controllo imponessero

²¹⁷ J. MULDER E P. SAUTER, *A new regime for below Thresholds mergers in EU competition Law? The Illumina/Grail and Towercast judgments*, *Journal of antitrust enforcement*, 2023. [OP-JEAN230031 1..11 \(silverchair.com\)](https://www.silverchair.com)

²¹⁸ Si tratta di un termine indicativo e non sembra esser concepito come massimo o perentorio nelle *Guidelines* sull'applicazione dell'art. 22.

disciplina sulle concentrazioni né in Commissione né in nessun Stato membro in quanto i fatturati delle parti non superavano neppure le soglie nazionali pertinenti. Nel febbraio 2021 la Commissione, tramite una lettera di invito inviata agli Stati membri, ha informato e invitato gli Stati membri a trasmetterle una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 22 e due mesi dopo, nell'aprile 2021, la CE ha accolto la richiesta di rinvio da parte *dell'Autorité de la concurrence francese* nonché le relative richieste di adesione ed il 22 luglio 2021 la Commissione europea ha avviato un'indagine approfondita sul progetto di acquisizione della società Grail da parte di Illumina²²¹.

Nel frattempo, mentre l'esame della Commissione era ancora in corso, ad agosto 2021 Illumina ha completato l'acquisizione della società GRAIL in violazione dell'obbligo di *stand still* previsto dal regolamento concentrazioni ai sensi dell'art. 7 par. 1 che stabilisce che le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria non possono essere realizzate prima della *notifica* alla Commissione o dell'*autorizzazione* da parte di quest'ultima. Tale previsione, ha la finalità di impedire, nelle more dell'indagine della CE, un impatto negativo ovvero potenzialmente irreparabile delle operazioni sulla struttura del mercato e qualsiasi violazione del suddetto è considerato un'infrazione grave in quanto idoneo a compromettere l'efficace funzionamento del sistema accentrato di controllo *ex ante* delle concentrazioni dell'Unione Europea.²²² Di conseguenza, nell'ottobre 2021 la Commissione ha adottato *misure provvisorie* finalizzate a mantenere separate Illumina e Grail durante l'indagine della Commissione (vedremo nel *par. successivo*).

Nel settembre 2022, due anni dopo il suo annuncio, la Commissione Europea ha vietato l'operazione sostenendo che l'operazione fosse idonea a precludere l'accesso ad *input* essenziali ai presunti rivali della GRAIL che dipendono dalla tecnologia NGS di cui avrebbero bisogno per sviluppare e commercializzare i *test* di diagnosi precoce del cancro basati sul sangue. La decisione di veto ha messo in luce che il nuovo mercato emergente di *test* di diagnosi precoce sul cancro avrebbe delle caratteristiche tali per cui i potenziali rivali della Grail verrebbero ad essere svantaggiati dall'operazione sia a monte che a valle del mercato. Secondo la dichiarazione ufficiale di Margherete Vestager l'operazione

²²¹ *Press release EU Commission, Mergers: EU Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, 22 luglio 2021. [Mergers: in-depth investigation \(europa.eu\)](#)

²²² *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance)*. [EUR-Lex - 32004R0139 - IT \(europa.eu\)](#)

“soffocherebbe la corsa all'innovazione in corso tra GRAIL e i suoi rivali e, in ultima analisi, porterebbe a meno innovazione, meno scelta e prezzi più elevati per i cittadini europei e i sistemi sanitari.”²²³²²⁴

In tal senso, nonostante Illumina avesse presentato delle *misure correttive* la Commissione ha considerato tale proposta non sufficiente ad affrontare i problemi sollevati dal punto di vista concorrenziale.²²⁵

Coerentemente con la decisione di veto, il 28 ottobre 2022 le *misure provvisorie* sono state confermate ed ha rinnovato ed ha adeguato le stesse²²⁶. Tuttavia, la Commissione non si è limitata a rinnovare le misure provvisorie ed il 5 dicembre 2022 ha inviato una comunicazione degli addebiti a Illumina e GRAIL in cui venivano descritte le future *misure ripristinatorie* che sarebbero state adottate al fine di dare piena efficacia alla decisione di non autorizzazione dell'operazione della Commissione.

Infine, il 23 luglio 2023 la Commissione ha inviato una comunicazione degli addebiti ad Illumina e GRAIL in cui ha constatato che le due società hanno violato il regolamento UE attuando l'acquisizione prima della conclusione dell'indagine approfondita della Commissione ed ha inflitto *ammende* alle medesime ai sensi dell'art. 14 par. 2 lett. b) del regolamento²²⁷²²⁸.

Di seguito un'illustrazione²²⁹ che mostra le diverse fasi del caso Illumina/GRAIL:

²²³ Press release EU Commission, Remarks by Executive Vice-President Vestager on the decision of the Commission to prohibit the acquisition of GRAIL by Illumina, 6 settembre 2022. [Remarks by Executive Vice-President Vestager \(europa.eu\)](#)

²²⁴ Cfr Cap. 1.8. Cenni al Caso Illumina/GRAIL.

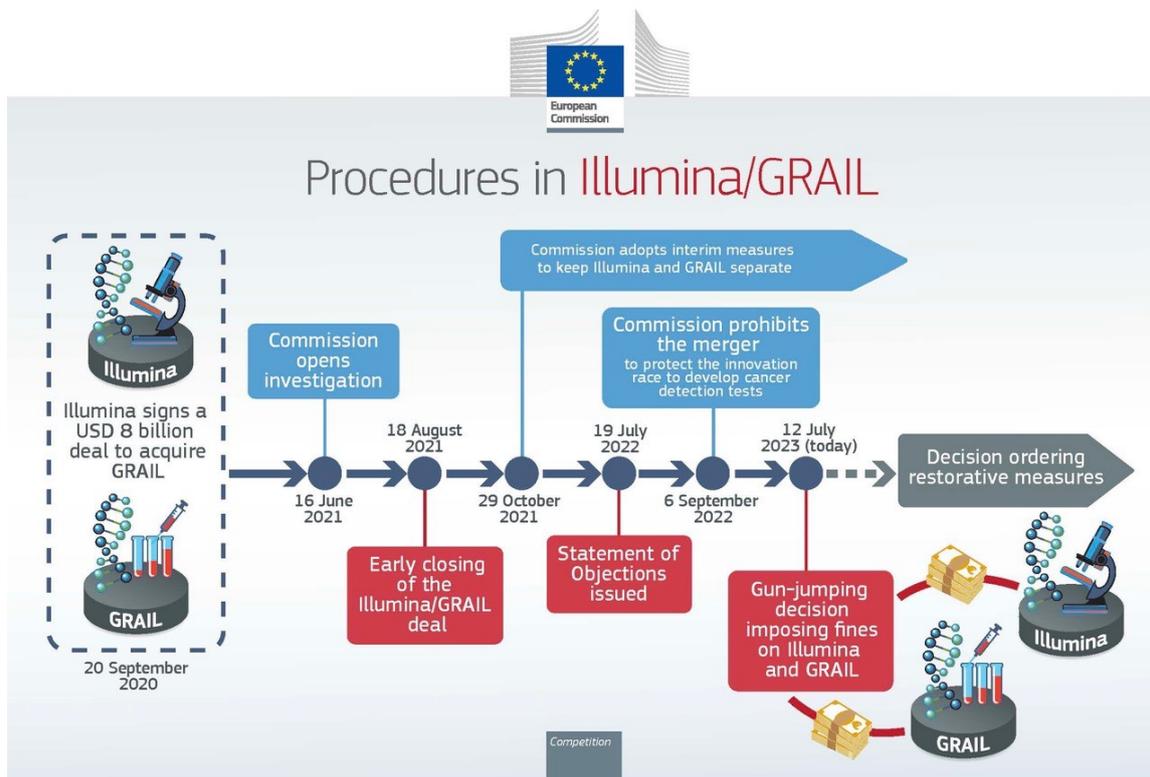
²²⁵ Press release EU Commission, Mergers: Commissione prohibits acquisition of GRAIL by Illumina, 6 settembre 2022. [Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina \(europa.eu\)](#)

²²⁶ Press release EU Commission, Commissione adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL, 29 ottobre 2021. [Mergers: Commission adopts interim measures \(europa.eu\)](#)

²²⁷ Newsletter ClearyGottlieb, Illumina Grail: EC blocks transaction below EU and referring member state merger control thresholds, settembre 2022. [Illumina/GRAIL: EC Blocks Transaction Below EU and Referring Member State Merger Control Thresholds for the First Time | Cleary Gottlieb](#)

²²⁸ Press release EU Commission, Commissione fines Illumina and Grail for implementing their acquisition without prior merger control approval, 12 luglio 2023. [Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL \(europa.eu\)](#)

²²⁹ Immagine presa dal sito della Commissione europea, link [Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL \(europa.eu\)](#).



3.5.1. La Sentenza del Tribunale del 13 luglio 2022: il punto sulla competenza della Commissione.

Le decisioni con cui la Commissione ha accolto le richieste di rinvio sono state oggetto di impugnazione da parte di Illumina che ha contestato la competenza della Commissione ed ha richiesto l'annullamento della c.d. *information letter* ossia la lettera con cui la Commissione ha informato le imprese interessate della richiesta di rinvio, deducendo tre motivi a sostegno del ricorso. In primo luogo, Illumina ha contestato la competenza della Commissione ad avviare un'indagine su una concentrazione che non soddisfa le condizioni che consentono allo Stato membro di esaminare la medesima operazione ai sensi dell'art. 22 del regolamento n. 139/2004. In secondo luogo, Illumina ha contestato il termine della richiesta di rinvio che è avvenuto tardivamente rispetto al criterio del termine ragionevole e di conseguenza ha rilevato che il ritardo della Commissione nell'inviare la lettera di invito ha violato il principio di certezza del diritto ed il diritto ad una buona amministrazione. Infine, la ricorrente ha sostenuto che la Commissione avesse violato i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento in quanto il membro della Commissione Margrethe Vestager preposta alla DG concorrenza aveva

dichiarato che la politica della Commissione non sarebbe mutata ²³⁰prima dell'emanazione delle *Guidelines* sull'applicabilità dell'art. 22 del regolamento concentrazioni.

Con la sentenza pronunciata il 13 luglio 2022 il Tribunale ha respinto integralmente il ricorso di Illumina pronunciandosi per la prima volta in merito al nuovo approccio di applicazione dell'art. 22 del regolamento concentrazioni su operazioni di acquisizione di concorrenti nascenti la cui notifica non era richiesta da alcun sistema di controllo preventivo delle concentrazioni comunitario o nazionale seguendo, in linea di principio, il contenuto delle nuove *Guidelines* della Commissione sulla base delle seguenti motivazioni:

- 1) l'obiettivo del regolamento concentrazioni è quello di consentire un controllo su tutte le operazioni capaci di produrre effetti significativi sulla struttura della concorrenza dell'Unione e *“the referral mechanism at issue is a corrective mechanism forming part of that objective. It provides the flexibility necessary for the examination, at EU level, of concentrations which are likely to significantly impede effective competition in the internal market which, because the turnover thresholds have not been exceeded, would otherwise escape control under the merger control systems of both the European Union and the Member States. Consequently, the Commission regarded itself as competent to examine the concentration at issue in line with a correct interpretation of Article 22 of the Merger Regulation”*. ²³¹Dunque, i meccanismi di rinvio sono uno strumento correttivo alle carenze di controllo del sistema di notifica preventiva comunitario e nazionale;
- 2) la Francia ha presentato la richiesta di rinvio in tempo, infatti, nei casi in cui l'operazione non sia sottoposta ad alcun obbligo di notifica preventiva il termine per presentare la richiesta è di 15 giorni dal momento in cui l'operazione è stata *“made known”* ossia resa nota, con ciò si intende *“as the active transmission of information to the Member State concerned, which is appropriate for it to be able to assess, on a preliminary basis, whether the necessary conditions for the*

²³⁰ Punto 83, Causa T-227/2021, [CURIA - Documenti \(europa.eu\)](#)

²³¹ Press release n. 123/2022, *Judgment of the General Court in the Case T-227/2021, Illumina v Commission*. [2022-07-13_U4MWLN793Q416CCP/CP220123EN.pdf \(mlex.com\)](#)

*purposes of a referral have been satisfied. It follows that the invitation letter, in the present case, constitutes the ‘making known’ referred to*²³². In tal senso, il Tribunale ha fornito chiarimenti sul computo dei 15 giorni per cui un comunicato stampa in cui si rendeva pubblica l’acquisizione non era sufficiente;

- 3) in merito alla violazione dei principi di certezza del diritto e di buona amministrazione il Tribunale ha dichiarato che, nonostante la Commissione sia tenuta a rispettare il criterio del *termine ragionevole* nelle proprie procedure amministrative ed i 47 giorni intercorsi dalla ricezione della denuncia avvenuta nel dicembre 2020 all’invio delle informazioni agli stati membri avvenuta nel febbraio 2021 superassero tale criterio, non sia stato leso o soppresso il diritto di difesa di Illumina “*since it has not been established that the Commission’s failure to comply with a reasonable time limit affected the capacity of the undertakings concerned to defend themselves effectively, it cannot justify the annulment of the contested decisions*”²³³;
- 4) in merito la violazione del legittimo affidamento il Tribunale ha respinto tale motivo ritenendo che Illumina non avesse sufficientemente dimostrato tale elemento in quanto non ha provato di aver ottenuto dalle autorità competenti alcuna rassicurazione precisa, incondizionata e concordante idonea ad ingenerare aspettative fondate. In tal senso, il discorso della Vestagher dell’11 settembre del 2020 in cui venne anticipata la pubblicazione delle nuove *Guidelines*, verteva sulla politica generale della Commissione senza menzionare nello specifico la singola concentrazione, quindi, non poteva contenere rassicurazioni *precise, incondizionate e concordanti* riferibili al trattamento della fattispecie in questione.²³⁴

Tale conferma da parte del Tribunale UE risulta non essere definitiva in quanto Illumina e GRAIL continuano a contestare la competenza della CE ai sensi dell’art. 22 del regolamento 139/2004 ed hanno impugnato la sentenza del Tribunale in Corte di

²³² Press release n. 123/2022, *Judgment of the General Court in the Case T-227/2021, Illumina v Commission*. [2022-07-13_U4MWLN793Q416CCP/CP220123EN.pdf \(mlex.com\)](#)

²³³ ²³³ Press release n. 123/2022, *Judgment of the General Court in the Case T-227/2021, Illumina v Commission*. [2022-07-13_U4MWLN793Q416CCP/CP220123EN.pdf \(mlex.com\)](#)

²³⁴ Newsletter Freshfields, *Illumina/Grail: Court upholds extension of EU merger review powers*, 15 luglio 2022. [Illumina/Grail: Court upholds extension of EU merger review powers, Alastair Chapman, Thomas Lübbig, Bertrand Guerin, Amaryllis Müller, Joanna Goyder \(freshfields.com\)](#)

Giustizia. La causa è tutt'ora pendente in Corte di Giustizia²³⁵, risulta di particolare interesse monitorare lo sviluppo di tale Caso al fine di comprendere se l'orientamento seguito dal Tribunale verrà confermato.

3.5.2. I poteri di intervento in Illumina /GRAIL: misure provvisorie, misure correttive, misure ripristinatorie e ammende.

Analogamente a quanto avvenuto negli scenari successivi alla Sentenza TowerCast, in cui pare che si stia assistendo ad un forte intervento da parte delle Autorità nazionali della concorrenza²³⁶, il risultato del Caso Illumina/GRAIL riflette un *rafforzamento netto dei poteri applicativi* della Commissione Europea sia nell'ambito delle indagini sia nei suoi poteri di applicazione o sanzionatori. Allo stesso modo, la saga Illumina/GRAIL e le parallele impugnazioni in Tribunale UE producono come effetto una questione principale: quale ruolo rivestiranno le Autorità garanti degli Stati membri così come la Commissione UE sulla disciplina delle concentrazioni?²³⁷

Per rispondere a tale quesito occorre analizzare *come* la Commissione Europea sia intervenuta al fine di tutelare la c.d. *corsa all'innovazione*.²³⁸

i) Misure provvisorie

Cronologicamente, nell'ottobre 2021, la CE ha adottato misure provvisorie ai sensi dell'art. 8 par. 5 lett. a) del regolamento concentrazioni, il quale consente alla Commissione di adottare misure provvisorie adeguate a ripristinare o mantenere le condizioni di concorrenza effettiva laddove le parti violino il c.d. obbligo di *stand still*. Tali misure mirano a prevenire l'irreparabilità dell'impatto negativo sulla concorrenza nonché l'irreversibilità di un'integrazione delle parti partecipanti alla concentrazione a seguito del completamento dell'operazione.

Nonostante tale previsione fosse sempre stata presente all'interno del reg. 139/2004 la Commissione non aveva mai concretamente adottato misure provvisorie tant'è vero che

²³⁵ Case C-611/22P Illumina v Commission. Per maggiori informazioni [CURIA - Case information \(europa.eu\)](#)

²³⁶ Cfr. 3.4. Considerazioni di sintesi.

²³⁷ ²³⁷ J. MULDER E P. SAUTER, *A new regime for below Thresholds mergers in EU competition Law? The Illumina/Grail and Towercast judgments*, *Journal of antitrust enforcement*, 2023. [OP-JEAN230031 1..11 \(silverchair.com\)](#)

²³⁸ Sulla *Theory of harm*, Cfr. Cap. 1 par. 1.8. Cenni al Caso Illumina/GRAIL.

all'interno del comunicato stampa ufficiale viene dichiarato espressamente “*This is the first time the Commission adopts interim measures following an unprecedented early implementation of a concentration*”.

Tuttavia, la CE ha deciso di intervenire attraverso misure giuridicamente vincolanti sia per Illumina che per GRAIL:

- 1) separazione delle società Illumina e GRAIL, in particolare quest'ultima è stata gestita da una Gestore esterno indipendente esclusivamente nell'interesse della GRAIL;
- 2) divieto di scambio di informazioni commerciali riservate tra Illumina e GRAIL, ad eccezione dei casi in cui la divulgazione sia richiesta per conformarsi alla legge o in linea con il corso ordinario del loro rapporto di Fornitore-cliente;
- 3) obbligo in capo ad Illumina di continuare a finanziare i fondi aggiuntivi necessari per il funzionamento dello sviluppo innovativo del *test di screening* del cancro della GRAIL;
- 4) obbligo di intraprendere le relazioni commerciali tra le parti a condizioni di mercato, in linea con la pratica del settore, senza favorire indebitamente la GRAIL a scapito dei suoi concorrenti;
- 5) obbligo in capo alla GRAIL di lavorare attivamente su opzioni all'operazione per prepararsi al possibile scenario in cui l'accordo venga ad essere annullato laddove la Commissione decidesse di vietare l'operazione.

Tali misure in sostanza impongono a Illumina di tenere separata GRAIL e di continuare a finanziare lo sviluppo del suo innovativo *test* di rilevamento dello *screening* del cancro e dal confronto comparatistico con le misure cautelari adottate dall'Autorità belga in Edpnet/Proximus consistenti nell'obbligo di: mantenere la redditività e la competitività di Edpnet, di separare le attività di Proximus e Edpnet sotto la supervisione di un dirigente designato da Proximus tra il personale di Edpnet e di garantire che Proximus non ottenga informazioni riservate relative a Edpnet, risulta evidente che le misure siano *analoghe* sebbene si inseriscano in contesti normativi diversi e si riferiscano ad operazioni realizzate in mercati diversi.²³⁹

²³⁹ Press release EU Commission, *Commissione adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*, 29 ottobre 2021. [Mergers: Commission adopts interim measures \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/mergers/mergers/Commission_adopts_interim_measures)

ii) Misure correttive di Illumina

Nel settembre 2022, contestualmente alla decisione di veto posta all'operazione, la Commissione europea ha respinto i *rimedi correttivi* proposti da Illumina ritenendo che non fossero sufficienti a prevenire la dannosità dell'operazione all'innovazione nei *test* di rilevamento del cancro basati su NGS.

A tal proposito, giova richiamare le norme che regolano il controllo delle concentrazioni a livello UE le quali stabiliscono che spetta alle parti notificanti individuare la migliore strategia per la proposizione di rimedi correttivi alla Commissione ossia decidere il *momento* in cui presentare tali rimedi, in fase 1 o in fase 2, e decidere il *contenuto* dei rimedi. Per quanto riguarda quest'ultimo punto la normativa sul controllo delle concentrazioni non fornisce indicazioni su quali siano né in cosa possano consistere i rimedi ma la Commissione nel 2001 ha pubblicato una Comunicazione sulle misure correttive in cui vengono distinte in misure correttive “strutturali”, ad esempio, cessioni di punti vendita o di rami di azienda e misure correttive “comportamentali”, ad esempio, l'obbligo di garantire l'approvvigionamento ai concorrenti o di vendere a prezzi e condizioni di mercato.

Quest'ultime sono da sempre ritenute meno efficaci in quanto facilmente aggirabili e di difficile verifica²⁴⁰; le motivazioni che hanno spinto la CE a respingere le misure correttive proposte da Illumina Grail seguono tale indicazione di principio.

In particolare, i rimedi correttivi erano volti a riequilibrare la dannosità dell'operazione a monte ed a valle del mercato e consistevano:

In primo luogo, a monte, Illumina aveva proposto di concedere in licenza alcuni suoi brevetti NGS ai rivali della Grail. Inoltre, aveva promesso di fermare il contenzioso brevettuale negli Stati Uniti ed in Europa contro il suo concorrente *BGI Genomics* per tre anni. L'idea alla base, seguita da tali proposte, era quella di spianare la strada all'emersione di un nuovo fornitore di sistemi *NGS* adatto. Tuttavia, la Commissione ha concluso che gli impegni a monte non avrebbero assicurato un'alternativa credibile in quanto i rivali di *NGS* avrebbero avuto bisogno di richiedere l'accesso ad altri brevetti

²⁴⁰ F. GHEZZI E G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, G-Giappichelli Editore Torino, 2019. p. 279 ss.

detenuti da Illumina, difatti le licenze concesse comprendevano pochi brevetti a fronte di quelli di cui i concorrenti avrebbero avuto bisogno. Allo stesso modo, altri elementi necessari tra cui il *know-how* o una solida rete di supporto non erano stati considerati all'interno della proposta di Illumina pur rappresentando un ostacolo effettivo allo sviluppo di un concorrente adeguato.

In secondo luogo, a valle, Illumina ha offerto di garantire ai rivali di Grail fino al 2033, un contratto *standard* al momento dell'acquisto dei sistemi di fornitura di NGS da Illumina. La Commissione ha respinto tale impegno ritenendo che fosse estremamente complesso da rispettare in quanto comprensivo di molteplici comportamenti dal lato di Illumina e, di conseguenza, creava difficoltà di monitoraggio dal lato della Commissione.

La dichiarazione ufficiale della Vestager ha statuito che: *“We have analysed their offer and sought insights from various market participants. Our investigation showed that the proposed remedies would not have been effective in practice and would be easy to circumvent. The remedies offered were so complex, that it would have been hard for market participants and the Commission to monitor and enforce Illumina's compliance”*.

In sintesi, secondo la Vestager le misure presentate risultavano essere non efficaci nella pratica oltre che idonee ad essere aggirate con estrema facilità²⁴¹

Tuttavia, la Commissione non ha preso in considerazione l'opzione autorizzare l'operazione di concentrazione sottoponendola a misure diverse da quelle spontaneamente presentate dalle parti e non ha tenuto conto della circostanza che in alcuni Casi precedenti misure comportamentali analoghe per consentire l'accesso a valle erano state considerate sufficienti.²⁴²

Tale decisione, al pari di quanto sta avvenendo tramite l'applicazione dell'art. 102 TFUE, è in linea con il crescente controllo da parte della Commissione europea sulle concentrazioni verticali, sul fenomeno delle acquisizioni nascenti ma soprattutto con lo

²⁴¹ *Press release EU Commission, Remarks by Executive Vice-President Vestager on the decision of the Commission to prohibit the acquisition of GRAIL by Illumina*, 6 settembre 2022. [Remarks by Executive Vice-President Vestager \(europa.eu\)](#)

²⁴² Tuttavia, in alcuni casi precedenti la Commissione aveva acconsentito a rimedi comportamentali per l'accesso a valle, ad esempio nel Caso Discovery/Scripps²⁴² la decisione della Commissione risalente a febbraio 2018. Caso COMP/M.8665. [m8665_687_3.pdf \(europa.eu\)](#) p. 128 e ss.

scetticismo nei confronti delle misure correttive non connesse alla cessione dell'entità acquisita ovvero di rami di azienda.²⁴³

iii) Misure ripristinatorie

Dopo aver motivato la decisione di veto dell'operazione e di rifiuto delle misure correttive proposte da Illumina la Commissaria Vestager ha indicato che “*Therefore, I intend to suggest in due course a separate decision ordering Illumina and GRAIL to dissolve the transaction and restore GRAIL's independence. In the meantime, the interim measures adopted last autumn to prevent harm to competition from Illumina's early acquisition of GRAIL will continue to apply*”²⁴⁴.

Difatti, il regolamento europeo consente alla Commissione di adottare le opportune misure *di ripristino* al fine di riportare la situazione a quella esistente prima della chiusura della concentrazione qualora sia stato violato il c.d. obbligo di *stand still* e venga posto un veto all'operazione al termine delle indagini²⁴⁵.

Al fine di garantire piena effettività alla decisione di veto della Commissione la stessa ha emanato una comunicazione degli addebiti nel dicembre del 2022 finalizzata a liquidare l'operazione realizzata durante le indagini della Commissione imponendo da un lato, *misure di disinvestimento*, dall'altro misure transitorie cui rispetto è condizionato all'attuazione delle misure di disinvestimento, in sostanza quest'ultime hanno sostituito e ribadito il contenuto delle misure provvisorie.

D'altro canto, per quanto riguarda le *misure di disinvestimento* la Commissione ha precisato i *principi* che Illumina e GRAIL avrebbero dovuto rispettare ossia:

- 1) il ripristino dell'indipendenza della società acquisita deve tendere allo stesso livello che la GRAIL aveva *prima della conclusione dell'operazione*;
- 2) dopo la cessione la società GRAIL deve essere vitale e competitiva come lo era *prima della conclusione dell'operazione*;

²⁴³ Newsletter ClearyGottlieb, *Illumina Grail: EC blocks transaction below EU and referring member state merger control thresholds*, settembre 2022. [Illumina/GRAIL: EC Blocks Transaction Below EU and Referring Member State Merger Control Thresholds for the First Time | Cleary Gottlieb](#)

²⁴⁴ Press release EU Commission, *Remarks by Executive Vice-President Vestager on the decision of the Commission to prohibit the acquisition of GRAIL by Illumina*, 6 settembre 2022. [Remarks by Executive Vice-President Vestager \(europa.eu\)](#)

²⁴⁵ Art. 8 par. 4 lett. a) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 *on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance)*. [EUR-Lex - 32004R0139 - IT \(europa.eu\)](#)

esempio, la CE ha rilevato che la società GRAIL ha intrapreso azioni legali per consentire il completamento dell'operazione a scapito dell'indagine che era stata aperta.²⁴⁷

3.6. I nuovi poteri di intervento sullo stampo del *Caso StandardOil*.

Le *avenues* per contrastare le operazioni di concentrazione sottosoglia stanno diventando innumerevoli²⁴⁸.

L'argomento delle operazioni sottosoglia è stato affrontato da vari punti di vista: varie legislazioni europee sono state modificate, l'orientamento consolidato sull'applicabilità dell'art. 22 è stato oggetto di una rivoluzione copernicana, il legislatore italiano è intervenuto con la legge annuale sul mercato e la concorrenza ed infine l'abuso di posizione dominante ha riscoperto un ruolo su operazioni di concentrazione.

La presenza di una tale volontà di affrontare il problema delle *killer acquisitions* nonché delle acquisizioni che avvengono su mercati locali polverizzati emerge dalle recenti vicende legislative e soprattutto giurisprudenziali le quali non sono ancora del tutto esaurite.

Nuove cause pendono dinanzi la Corte di Giustizia dell'UE che riguardano le successive decisioni della Commissione europea nel Caso Illumina Grail (C-611/22P). In parallelo, il Caso Edpnet/Proximus e il Caso TowerCast dovranno essere decisi dalle rispettive Autorità belga e francese.

Il filo rosso delle novità descritte è rappresentato dal fatto che i due filoni del controllo *ex ante* della normativa sul controllo delle concentrazioni e del controllo *ex post* dell'abuso di posizione dominante su operazioni sottosoglia convergono sul tipo di soluzione giuridica che si ritiene adeguata al problema empirico sollevato.

Alla luce dell'analisi delle misure imposte ad Illumina e GRAIL risulta evidente che nella dicotomia tra *rimedi strutturali* e *rimedi comportamentali* la Commissione abbia favorito la *deconcentrazione* delle imprese interessate.

²⁴⁷ Press release EU Commission, Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL for implementing their acquisition without prior merger control approval, 12 luglio 2023. [Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2023_127.html)

²⁴⁸ V. AURICCHIO, *Atti del convegno dell'Associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno 2023.

In tal senso, in uno scenario alternativo ipotetico avrebbe potuto sottoporre l'operazione a *condizioni diverse* da quelle spontaneamente proposte dalle parti nonché *autorizzare* l'operazione dato che in alcuni precedenti aveva considerato rimedi analoghi come sufficienti²⁴⁹.

Invece, una volta che l'operazione è stata attuata ha imposto delle misure provvisorie che lasciavano prefigurare quale sarebbe stato l'esito dell'indagine e cui finalità principale era di *mantenere separate* le due entità, infatti, una volta vietata l'operazione le misure ripristinatorie hanno seguito il medesimo percorso confermando in sostanza il contenuto delle misure provvisorie.

D'altro canto, Illumina ha tentato di difendersi evidenziando che la fusione era pro-competitiva in quanto idonea a rendere il *test* di diagnosi precoce della GRAIL più disponibile, economico ed accessibile²⁵⁰. Sotto tale profilo, la fusione avrebbe accelerato l'innovazione consentendo di velocizzare l'ingresso commerciale della GRAIL in Europa²⁵¹ di almeno 5 anni, di salvare decine di migliaia di vite e miliardi di euro in costi sanitari e ciò, *a fortiori*, in considerazione del fatto che non esistono altri *test* simili disponibili sul mercato europeo.

Tuttavia, la Commissione ha accantonato le eventuali efficienze che avrebbe potuto generare l'operazione *al fine di tutelare (o facendo leva)* sull'impatto che l'operazione avrebbe avuto sulla c.d. *corsa all'innovazione* ossia una presunta preclusione del mercato a *potenziali concorrenti* della GRAIL.

I poteri di intervento di cui si è valsa la Commissione si inseriscono in un contesto in cui le società Illumina e GRAIL hanno violato la disciplina comunitaria sul controllo delle concentrazioni.

Nemmeno 6 mesi dopo la pubblicazione della decisione finale della Commissione in Illumina GRAIL (in cui sono state *confermate* le misure provvisorie adottate qualche mese prima) la scelta delle *misure provvisorie* da parte dell'Autorità belga in Edpnet/Proximus è stata pressoché analoga a quella seguita dalla Commissione europea

²⁴⁹ Caso COMP/M.8665-Discovery/Scripps, decisione della Commissione del 6 febbraio 2018 e Caso COMP/ M.7822-Dentsplay/Sirona, decisione della Commissione del 25 febbraio 2016.

²⁵⁰ CHARLES DASDWELL, *General Counsel Illumina Press release, Illumina intends to appeal European Commission's Decision in GRAIL deal*, 6 settembre 2022. [Press Release \(illumina.com\)](https://www.illumina.com/press-releases/illumina-intends-to-appeal-european-commission-s-decision-in-grail-deal)

²⁵¹ Il *test* di diagnosi precoce multi-tumorale Galleri prodotto dalla GRAIL è già presente negli Stati Uniti e nel Regno Unito.

nonostante l'operazione fosse stata contestata ai sensi dell'art. 102 e le società non avessero violato alcun obbligo di *stand still*.

In questo senso, confrontando i pacchetti di misure provvisore imposte ad Illumina con il Caso Edpnet/Proximus, nel primo caso la Commissione aveva imposto di *separare* le società Illumina e GRAIL affidando quest'ultima ad un Gestore esterno indipendente esclusivamente nell'interesse della GRAIL nonché vietare lo scambio di informazioni commerciali riservate tra Illumina e GRAIL ed infine, ha imposto ad Illumina di continuare a finanziare i fondi aggiuntivi necessari per il funzionamento dello sviluppo innovativo del *test di screening* del cancro della GRAIL.

Allo stesso modo, la scelta dell'Autorità belga nel Caso Edpnet Proximus è ricaduta su *misure di separazione* delle attività di Edpnet e Proximus sotto la supervisione di un dirigente scelto da Proximus tra il personale di Edpnet, un divieto assoluto di scambi di informazioni che vanno oltre quelle necessarie a fini commerciali ed infine l'obbligo di continuare a mantenere la redditività e competitività di Edpnet.

È bene sottolineare che le misure provvisorie di Edpnet/Proximus non sono definitive e che occorrerà monitorare gli sviluppi successivi dell'indagine per abuso di posizione dominante e dell'eventuale esito dell'Autorità Belga, al pari dell'evoluzione del Caso TowerCast da parte dell'Autorità francese.

Verosimilmente, se la scelta delle misure provvisorie da parte dell'Autorità belga è avvenuta sullo stampo di quelle del Caso Illumina/GRAIL è possibile ipotizzare uno scenario che segua la decisione della Commissione del 6 settembre 2022 ossia che l'Autorità belga confermi tali misure provvisorie *come rimedi strutturali* definitivi a cui andrebbero a sommarsi le sanzioni pecuniarie.

Analogamente, nel Caso TowerCast è possibile che l'Autorità della concorrenza francese decida di seguire il medesimo percorso nell'accertamento per abuso di posizione dominante della società TDF.

Dall'analisi dei casi presentati risulta che la prima prassi delle Agenzie poste a tutela della concorrenza su operazioni di acquisizione di concorrenti emergenti potrebbe trovare un *punto di convergenza sulle misure* che si ritengono *adeguate* ad apprestare una soluzione giuridica al problema sollevato nei mercati odierni e questo, *sia* che decidano di

intervenire con la disciplina del controllo sulle concentrazioni *sia* sulla base della disciplina sull'abuso di posizione dominante.

D'altronde il *Digital Markets Act* contempla una norma analoga alle decisioni sopra esposte all'art. 18 rubricato "*Indagine di mercato su un'inosservanza sistematica*" che recita: "*1. La Commissione può condurre un'indagine di mercato allo scopo di accertare se un gatekeeper si sia reso responsabile di inosservanza sistematica. La Commissione conclude tale indagine di mercato entro 12 mesi dalla data di cui all'articolo 16, paragrafo 3, lettera a). Se l'indagine di mercato dimostra che il gatekeeper ha violato sistematicamente uno o più obblighi di cui agli articoli 5, 6 o 7 e ha mantenuto, rafforzato o ampliato la sua posizione di gatekeeper in relazione ai requisiti di cui all'articolo 3, paragrafo 1, la Commissione può adottare un atto di esecuzione che impone a tale gatekeeper qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato e necessario per garantire l'effettivo rispetto del presente regolamento. Tale atto di esecuzione è adottato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2.*

2. Il rimedio imposto in conformità del paragrafo 1 del presente articolo può includere, nella misura in cui tale rimedio sia proporzionato e necessario al fine di mantenere o ripristinare l'equità e la contendibilità influenzate dall'inosservanza sistematica, il divieto, per un periodo limitato, che il gatekeeper possa avviare una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 riguardante i servizi di piattaforma di base o gli altri servizi forniti nel settore digitale o servizi che consentano la raccolta di dati interessati dall'inosservanza sistematica.

3. Si considera che un gatekeeper abbia violato sistematicamente gli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 se la Commissione ha emesso nei confronti di un gatekeeper almeno tre decisioni relative all'inosservanza, a norma dell'articolo 29, in relazione a uno dei suoi servizi di piattaforma di base entro un periodo di otto anni precedente l'adozione della decisione di avvio di un'indagine di mercato in vista dell'eventuale adozione di una decisione a norma del presente articolo.

4. La Commissione comunica al gatekeeper interessato le proprie constatazioni preliminari entro sei mesi dalla data di cui all'articolo 16, paragrafo 3, lettera a). La Commissione spiega nelle sue constatazioni preliminari se ritiene in via preliminare che

siano soddisfatte le condizioni di cui al paragrafo 1 del presente articolo e quale rimedio o quali rimedi ritiene, in via preliminare, necessari e proporzionati (...)”²⁵².

Il legislatore comunitario ha previsto che, in caso di inosservanza sistematica delle disposizioni del nuovo regolamento la Commissione europea può adottare una decisione con cui impone rimedi comportamentali o strutturali.

Per inosservanza sistematica si intende la circostanza in cui il *gatekeeper* sia stato oggetto di tre decisioni di non conformità negli 8 anni precedenti.

Seguendo lo stesso filo rosso, tra le misure correttive che la Commissione può adottare ai sensi del comma 2 dell’art. 18 viene in rilievo la possibilità di vietare ad un *gatekeeper* di effettuare ulteriori acquisizioni per un certo numero di anni. Dunque, il DMA ha preso atto che le imprese presenti nel settore digitale stiano consolidando il proprio potere di mercato attraverso le acquisizioni di *start-ups*²⁵³ e tale disposizione testimonia una visione critica delle fusioni che avvengono nel medesimo mercato indicando come sanzione un *divieto alla concentrazione*²⁵⁴.

Nel settore digitale tale potere di intervento non stupisce in quanto da tempo l’opinione pubblica accostava il potere detenuto dalle “*Big Tech*” alle “*Big Oil*” del ‘900 richiedendo alle Autorità poste a tutela della concorrenza poteri analoghi di “spacchettamento” o “*break up*” a quelli applicati nel noto *Caso StandardOil*.²⁵⁵

Più di un secolo fa nel 1911 il governo (*Department of Justice*) statunitense ordinò il c.d. *break up* della *StandardOil Company & Trust* ai sensi dello *Sherman Antitrust Act*.

La *StandardOil* era una società americana e *trust* aziendale che controllava quasi tutta la produzione, lavorazione, commercializzazione e trasporto del petrolio negli Stati Uniti. Dalla fine dell’800 la società attraverso l’eliminazione dei concorrenti, le fusioni con i

²⁵² Art. 18, REGOLAMENTO (UE) 2022/1925 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

²⁵³ Cfr. Cap. 1 par. 1.5. Il fenomeno delle *killer acquisitions*, 1.5.2. il settore digitale.

²⁵⁴ VICTORIA H.S.E. ROBERTSON, “*The future of Digital Mergers in post-DMA world*”, 17 marzo 2023. [Morning-4-5-Robertson.pdf \(europa.eu\)](#)

²⁵⁵ *Financial Times*, *Big Tech faces its Standard Oil moment*, 11 dicembre 2020. [Big Tech faces its Standard Oil moment | Financial Times \(ft.com\)](#)

GIULIANO GARAVINI, *I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil*, Energia, 15 febbraio 2021. [I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil - Energia \(rivistaenergia.it\)](#)

Luis Perez, *Les GAFAM: vers une regulation ou un démantèlement?*, 12 ottobre 2021. [Les GAFAM : vers une régulation ou un démantèlement ? par Louis Perez | vie-publique.fr](#)

La Repubblica, “Il mondo prova ad arginare *Big Tech*” 27 dicembre 2021. [Il mondo prova ad arginare Big Tech - la Repubblica](#)

concorrenti e l'uso di sconti ferroviari controllava circa il 90% del mercato petrolifero statunitense e fu ritenuta colpevole di aver operato *un'irragionevole* restrizione del commercio interstatale negli Stati Uniti.

L'esito della causa comportò lo smantellamento dell'impero Standard Oil che fu costretto a cedere le sue principali partecipazioni corrispondenti a 33 società²⁵⁶

Secondo i critici le grandi aziende tecnologiche americane esercitano attualmente poteri analoghi a quelli esercitati dalla StandardOil 100 anni soprattutto grazie al possesso della linfa vitale dell'economia moderna: i dati.²⁵⁷ Difatti di recente nel 1998 il Department of Justice e 20 Stati degli USA hanno tentato di smantellare il gigante Microsoft per aver abusato della sua posizione di monopolio ma tale tentativo rimase lettera morta.

A livello comunitario, le nuove *avenues* del diritto *antitrust* dimostrano che la prassi del controllo su operazioni di concentrazione sottosoglia, sia con la strada regolatoria *ex ante* sia attraverso l'indagine per abuso di posizione dominante *ex post*, non soffrono di alcuna delimitazione di settori specifici il che lascia prefigurare che i poteri di intervento sullo stampo del Caso StandardOil non saranno limitati al mercato digitale o al gruppo GAFAM.

In tal senso, i mercati interessati dai recenti sviluppi hanno coinvolto in TowerCast il mercato francese della radiodiffusione televisiva terrestre, in Edpnet/Proximus mercato belga della fornitura di servizi di comunicazione a banda larga ed Illumina/Grail il mercato delle biotecnologie.

L'Avvocato Generale Kokott ha chiarito che l'art. 102 del TFUE non verrà limitato ai settori posti sotto il mirino delle Autorità in cui le acquisizioni hanno come soggetti *start ups* innovative generalmente presenti nel settore dei servizi digitali, farmaceutici o della tecnologia medica²⁵⁸. La nuova *avenue* dell'art. 102 TFUE potrà contribuire a proteggere la concorrenza anche per le acquisizioni che si realizzano in mercati altamente concentrati

²⁵⁶ *History and Society, StandardOil American Corporation, Britannica*, [Standard Oil | History, Monopoly, & Breakup | Britannica](#)

²⁵⁷ *Financial Times, Big Tech faces its Standard Oil moment, 11 dicembre 2020*. [Big Tech faces its Standard Oil moment | Financial Times \(ft.com\)](#)

²⁵⁸ *Towercast/Autorité de la concurrence (causa C-449/21), Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777, Punto 48*. [Towercast \(europa.eu\)](#) “*of acquisitions of innovative start-ups, for example in the fields of internet services, pharmaceuticals or medical technology*”

in cui l'obiettivo dell'acquisizione è eliminare la pressione concorrenziale da parte di un concorrente emergente²⁵⁹²⁶⁰²⁶¹.

Quando nel settembre 2020 la Commissaria europea Margrethe Vestager annunciò per la prima volta che l'orientamento sull'applicabilità dell'art. 22 sarebbe cambiato gli esperti si aspettavano che sarebbe stato utilizzato contro le *Big Tech* o le *Big Pharma* che acquistavano gli attori più piccoli del mercato che avvertivano come concorrenti potenziali.²⁶² Gli orientamenti emanati nel marzo 2021 sul rinvio ai sensi dell'art. 22 non hanno definito alcuna delimitazione settoriale e di conseguenza i rispettivi poteri di intervento seguiranno tale logica.

A conferma di ciò il 17 agosto 2023 ed il 18 agosto 2023 la Commissione ha aperto due nuove indagini ai sensi dell'art. 22 del regolamento concentrazioni su altre due acquisizioni: ha deciso di rivedere l'acquisizione della società israeliana di semiconduttori Autotalks da parte della società Qualcomm²⁶³ e ha accettato il rinvio da parte dell'Autorità olandese e finlandese dell'acquisizione della società di *trading* e compensazione dell'energia elettrica Nasdaq da parte della società European Energy²⁶⁴²⁶⁵²⁶⁶.

La Commissione europea è intenzionata ad utilizzare le prerogative ai sensi dell'art. 22 del regolamento concentrazioni ovunque lo ritenga opportuno.

²⁵⁹ *Towercast/Autorité de la concurrence* (causa C-449/21), Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777, Punto 48. [Towercast \(europa.eu\)](#) “*Such a need may also exist in the case of acquisitions in highly concentrated markets, such as that in the present case, where the aim of such acquisitions is to eliminate competitive pressure from an emerging competitor.*”

²⁶⁰ *Towercast/Autorité de la concurrence* (causa C-449/21), Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022:777, Punto 48. [Towercast \(europa.eu\)](#)

²⁶¹ Cfr. 3.3.3. Le difficoltà di individuazione dei settori interessati.

²⁶² Cfr. 1 Capitolo par. 1.8.

²⁶³ LEWIS CROTS, NATALIE MCNELIS, NICHOLAS HIRST, *Mlex Newsletter, Qualcomm's Autotalks takeover is on the radar of EU Merger regulator for Article 22 referral*, 6 luglio 2023. [MLex | Qualcomm's Autotalks takeover is on radar of EU merger regulator for 'Article 22' referral](#)

²⁶⁴ *Newsletter ClearyGottlieb, European Commission Asserts Merger Control jurisdiction over non-reportable deals for first time after Illumina/GRAIL*, 22 agosto 2023. [European Commission Asserts Merger Control Jurisdiction Over Non-Reportable Deals for First Time After Illumina/Grail | Cleary Gottlieb](#)

²⁶⁵ LEWIS CROFT, ANDREW BOYCE, NATALIE MCNELIS, *Mlex Newsletter, Comment: EU Commission signals "Article 22" resolve with two new merger referrals*, 22 agosto 2023. [MLex | Comment: EU Commission signals 'Article 22' resolve with two new merger referrals](#)

²⁶⁶ LEWIS CROFT, *Mlex Newsletter, EEX's Nasdaq Power deal becomes third below thresholds transaction referred to EU regulator*, 21 agosto 2023. [MLex | EEX's Nasdaq Power deal becomes third below-threshold transaction referred to EU regulator](#)

CONCLUSIONI

Al termine dell'elaborato sulle recenti evoluzioni avvenute in tema di controllo delle operazioni di concentrazione nel contesto dei mercati odierni risulta opportuno tracciare le direttrici seguite nei tre capitoli.

L'analisi economica ha affrontato le caratteristiche dei mercati dinamici evidenziando che attualmente il gioco della concorrenza non ruota sui prezzi bensì sull'innovazione il cui perseguimento diventa obiettivo principale delle Autorità *antitrust* in termini di c.d. *efficienza dinamica*.

La struttura dei mercati descritti ha dimostrato che alcuni assiomi che connaturavano il sistema del controllo delle concentrazioni sono attualmente oggetto di una “rivoluzione copernicana” a causa dell'esigenza principale di un *allungamento dell'orizzonte temporale* nella definizione di mercato rilevante e nella successiva valutazione del potere di mercato che deriva dalla necessità di prevedere la portata e i benefici della *futura* concorrenza. Gli effetti nel breve termine in mercati dinamici non possono essere considerati come elementi adeguati nella previsione di lungo periodo e addirittura possono condurre ad errori di applicazione nella valutazione di operazioni di concentrazione.

I principali punti rivoluzionati da tale visione attengono principalmente al cambiamento del ruolo rivestito dalle *quote di mercato attuali* che non sono più considerate significative per la valutazione del potere di mercato poiché possono cambiare velocemente ed essere erose facilmente.

In secondo luogo, la *sostituibilità dal lato della domanda* e la valutazione della *concorrenza potenziale* riscoprono una centralità derivante dall'esigenza di iniziare a considerare le possibili *sovrapposizioni future*. Tale punto di vista, con particolare riguardo ai prodotti in fase di sviluppo o ai progetti per entrare in nuove aree geografiche, conduce ad un nuovo tipo di interpretazione delle menzionate variabili che, non rappresentano più la veste di fattore mitigante del potere detenuto da un'impresa facendo

venir meno i rischi di una definizione troppo ampia del mercato rilevante da parte delle Autorità.

Infine, il *fatturato delle imprese* non è più avvertito come indicativo della competitività di un'impresa generando di conseguenza notevoli dubbi sull'idoneità del meccanismo di notifica preventiva obbligatoria che dall'introduzione del Reg. (CEE) n. 4064/1989 ha caratterizzato la disciplina sul controllo delle operazioni di concentrazione.

Nel contesto di un ripensamento generale degli strumenti *antitrust* idonei a frenare le operazioni di concentrazione dannose per l'efficienza dinamica di mercato l'attenzione alle problematiche sollevate dal fenomeno delle *killer acquisitions* rappresenta un esempio lampante delle nuove frontiere del diritto *antitrust*. La notevole attività di acquisizione di imprese innovative da parte di grandi imprese per lungo tempo è stata sottovalutata dalle Autorità poste a tutela della concorrenza che consideravano le imprese acquisite non problematiche dal punto di vista concorrenziale. Di conseguenza, l'intervento *antitrust* raramente ha mostrato un interesse su tale tipologia di operazioni perché interventi di questo tipo erano considerati come eccessivamente speculativi e addirittura idonei a *frenare o rallentare* l'innovazione. Per lungo tempo, allineandosi alla lettura fornita dalla scuola di Chicago, gli economisti e le Autorità hanno preferito l'emersione di errori di tipo 1 ossia il rischio di un'applicazione insufficiente della disciplina *antitrust* nella convinzione che a controbilanciare la partita vi fosse la crescita di nuovi concorrenti o di nuovi operatori di mercato come correttori spontanei di un eccessivo potere di mercato.

Le ricerche empiriche condotte nei diversi settori in cui tali operazioni stanno diventando frequenti hanno rivoluzionato tale impostazione nell'auspicio di un intervento da parte delle Autorità *antitrust* che ha avuto luogo sotto diversi profili.

E così, la Commissione Europea ha emanato nuove *Guidelines* sull'applicabilità del meccanismo di rinvio previsto dall'art. 22 del regolamento concentrazioni n. 139/2004.

Per parte loro, diversi Stati hanno riformato la disciplina sul controllo delle concentrazioni introducendo la possibilità di richiedere una notifica posticipatamente rispetto alla realizzazione dell'operazione o una nuova soglia che contempli il valore della transazione.

A livello nazionale, l'Italia ha preso spunto dalle nuove tendenze con diverse disposizioni introdotte con la Legge n. 118/2022 fra le quali l'art. 16-*bis* e la relativa Comunicazione interpretativa.

Il *Digital Markets Act* ha contemplato l'obbligo imposto ai *gatekeepers* ai sensi dell'art. 14 di informare la Commissione Europea di qualsiasi acquisizione che intendano realizzare.

La giurisprudenza e la prassi amministrativa hanno riscoperto il ruolo dell'art. 102 TFUE per controllare operazioni potenzialmente problematiche dal punto di vista concorrenziale che non rientrano nelle soglie di notifica obbligatoria nazionali o comunitaria e non sono deputate al rinvio ai sensi dell'art. 22 del Reg. (CE) n. 139/2004.

Nonostante l'eterogeneità delle fonti analizzate sono stati rilevati alcuni punti di contatto fra le diverse novità.

Innanzitutto, lo sforzo di individuazione esaustivo dei mercati dinamici coinvolti è stato vano. Ciò non stupisce in quanto gli economisti segnalano che anche i mercati tradizionali sono inclini a cambiare i propri modelli di *business* a causa dell'innovazione prorompente. Sebbene il fenomeno delle *killer acquisitions* sia stato esaminato nei settori particolarmente innovativi (come il digitale, il farmaceutico, il biotecnologico o il settore dei dispositivi ed apparecchiature mediche) i successivi interventi legislativi, giurisprudenziali e amministrativi non sembrano essere limitati a tali mercati.

Inoltre, i nuovi interventi legislativi hanno operato un profondo processo di riconsiderazione delle concentrazioni qualificando i criteri di applicabilità in relazione alle caratteristiche dei mercati e non più alle quote di mercato o alle soglie formali di fatturato

A livello nazionale, l'ambito sostanziale di applicazione è stato oggetto di una rivoluzione di principio che mostra le difficoltà e l'atteggiamento delle autorità di tutto il mondo a fronte dell'esigenza di una previsione dell'evoluzione futura dei mercati in contesti dinamici e che rappresentano un tentativo di regolazione *ex ante* dei mercati dinamici.

Pertanto, la Legge n. 118/2022 e la relativa comunicazione interpretativa non hanno effettuato una delimitazione precisa delle operazioni a rischio. Non hanno neppure inserito valori numerici in grado di circoscrivere le operazioni idonee a produrre rischi concorrenziali né hanno indicato precisamente i settori interessati dalla riforma. Preso atto delle principali criticità economiche, sono state introdotte nuove variabili che potrebbero esser lette come “*nuove o ulteriori soglie*” aventi per oggetto elementi che spesso nulla hanno a che vedere con il grado di concentrazione del mercato. Si riferiscono, invece, alla natura dell’attività svolta dalle imprese, ai progetti che stanno sviluppando a livello di R&S ovvero alla rilevanza che svolgono per i consumatori. In tal modo, la prassi futura dell’Autorità potrebbe orientarsi verso la tutela di fenomeni concentrativi cambiando la lente di ingrandimento con cui apprezzare la pericolosità di talune operazioni senza alcuna esclusione a priori di determinati settori. Ciò è confermato anche dall’unico scenario di controllo su operazioni sottosoglia realizzatosi in Italia, attraverso lo strumento dell’abuso di posizione dominante nel Provvedimento TicketOne riferito al mercato della vendita di biglietti di musica leggera per eventi *live*.

Allo stesso modo, le nuove *Guidelines* emanate nel marzo 2021 sul rinvio ai sensi dell’art. 22 non hanno mostrato alcuna delimitazione settoriale e si sono fermate a fornire un elenco puramente illustrativo dei fattori che potrebbero essere presi in considerazione. Tra questi, ad esempio, la circostanza per cui l’impresa acquisita sia una *start-up* o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo senza limitare tale elenco a settori economici specifici.

Parallelamente, il percorso del controllo *ex post* ai sensi dell’abuso di posizione dominante su operazioni di concentrazione, alla luce delle Osservazioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott, non sembra essere limitato ad alcun settore industriale specifico. Tant’è che lo stesso Caso TowerCast non si inserisce in un settore particolarmente innovativo, ma in quello della radiodiffusione terrestre ed il primo scenario successivo aperto dall’Autorità belga in Edpnet/Proximus nel settore del mercato belga della fornitura di servizi di comunicazione a banda larga.

In generale, la prassi ha mostrato la volontà delle Autorità poste a tutela della concorrenza di non limitare i poteri di intervento ai settori innovativi, ma di dirigerli nei confronti di operazioni dei c.d. “*mercati locali polverizzati*”. Si tratta, di acquisizioni di concorrenti

emergenti in mercati altamente concentrati senza alcuna limitazione dal punto di vista del settore in cui le stesse vengono realizzate. Ciò è confermato dalle recenti vicende risalenti ad agosto 2023 che hanno testimoniato l'apertura da parte della Commissione europea di due nuove indagini ai sensi dell'art. 22 nel settore dei semi conduttori, del *trading* e della compensazione dell'energia elettrica. A tal proposito si segnala la necessità di monitorare le evoluzioni successive.

Un secondo elemento emerso dall'analisi è il progressivo allineamento fra la disciplina specifica del controllo sulle operazioni di concentrazione *ex ante* e l'intervento *ex post* ai sensi della disciplina dell'abuso di posizione dominante

Per un verso, sullo stampo della normativa già presente in Svezia ed in Irlanda, si assiste all'introduzione della richiesta di notifica posticipata *indicativamente* entro 6 mesi dal perfezionamento dell'operazione prima attraverso le *Guidelines* sull'applicabilità dell'art. 22 e di riflesso, da parte del legislatore italiano, con la Legge n. 118 del 2022. Di conseguenza, l'intervento delle rispettive Autorità su operazioni di concentrazione ai sensi del *Merger Control* sta perdendo la caratteristica di un controllo puramente "preventivo" ed inizia ad acquisire la conformatione di un meccanismo correttivo su operazioni già realizzate.

Per altro verso, la prassi seguita dall'Autorità nazionale belga in Edpnet/Proximus, applicando l'esito del Caso TowerCast, ha mostrato un'applicazione dell'abuso di posizione dominante su operazioni sottosoglia non limitato ad una logica di applicazione successiva e complementare bensì come uno *strumento totalmente alternativo* rispetto al controllo preventivo sulle concentrazioni nazionale o comunitario e all'ipotesi di rinvio ai sensi dell'art. 22 reg. 139/2004. Edpnet/Proximus ha evidenziato un *modus operandi* dell'Autorità nazionale a tutela della concorrenza belga caratterizzato dall'utilizzo dell'art. 102 TFUE come strumento di controllo "*quasi ex ante*" ovvero *alternativo* all'art. 22 e non logicamente successivo ai meccanismi di controllo preventivo sulle concentrazioni. Anche in questo caso sta ferma la necessità di monitorare gli sviluppi successivi a tale indagine.

Infine, un'ulteriore novità descritta è rappresentata dal fatto che i due filoni del controllo *ex ante* della normativa sul controllo delle concentrazioni e del controllo *ex post*

dell'abuso di posizione dominante su operazioni sottosoglia sembrano convergere sul tipo di *soluzione giuridica* che si ritiene adeguata a ripristinare il problema empirico sollevato: le misure di separazione.

Seguendo tale impostazione, la Commissione in *Illumina/GRAIL* e l'Autorità della concorrenza belga in *Edpnet/Proximus* hanno favorito, nella scelta delle misure provvisorie, l'imposizione di obblighi di separazione delle entità acquisite sullo stampo del *Caso StandardOil*

A tal proposito a seguito dell'introduzione della L. n. 118/2022 e del relativo potere di richiesta di comunicazione di un'operazione posticipata rispetto alla realizzazione della stessa, molti esperti sono perplessi a fronte dello scenario in cui, all'esito dell'accertamento istruttorio, si ritenga di dover proibire un'operazione di concentrazione già realizzata. Ciò comporterebbe, infatti, l'imposizione, da parte dell'Autorità, di rimedi di *natura strutturale* assimilabili a delle vere e proprie misure di deconcentrazione.

Sullo stesso filo rosso si inserisce il *Digital Markets Act*, il quale specifica ai sensi dell'art. 18 che tra le misure correttive che la Commissione può adottare, in caso di inosservanza sistematica delle disposizioni del nuovo regolamento, la possibilità di vietare ad un *gatekeeper* di effettuare ulteriori acquisizioni per un certo numero di anni. Tale disposizione riflette la volontà del legislatore comunitario di imporre la separazione delle entità attraverso la sanzione del divieto di concentrazione.

Bisognerà quindi monitorare l'apertura di eventuali indagini ai sensi della nuova normativa al fine di comprendere l'orientamento che seguirà l'AGCM.

BIBLIOGRAFIA

Manuali, Testi e Monografie

- CATRICALÀ, C. CAZZATO E F. FIAMMANÒ, *Diritto Antitrust*, Giuffrè-Varese, 2020.
- CUNNINGHAM C., MA S., ERDERER F., *Killer Acquisitions*, *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, pp. 649–702, 2018.
- E. ARGENTESI, P. BUCCIROSSI, P. CALVANO, E. DUSO, T. MARAZZO, A. E S. NAVA, “*Merger policy in digital markets: an ex post assessment*”, CEPR Discussion Paper No. DP14166, 2020.
- E. MARASÀ, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, a cura di, *Diritto antitrust*, Milano, 2021.
- F. GHEZZI E M. MAGGIOLINO, *La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo*, *Rivista delle società*, 2023.
- FURMAN J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking digital competition, Report of the digital competition expert panel*, 2019.
- G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- GAUTIER E G. LAMESCH, “*Mergers in digital economy*”, CESifo Working Paper No. 8056, 2020.
- J. MULDER E P. SAUTER, *A new regime for below Thresholds mergers in EU competition Law? The Illumina/Grail and Towercast judgments*, *Journal of antitrust enforcement*, 2023. [OP-JEAN230031.1.11 \(silverchair.com\)](https://www.silverchair.com/OP-JEAN230031.1.11)
- J.A. SHUMPTER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Etas Kompass, Milano 1964.
- J.S. BAINS, *Barriers to new Competition*, Harvard Un. Press, Cambridge, Mass, 1956.
- M. BERETTA E M. D’ OSTUNI, *Il sistema del controllo delle concentrazioni*, G Giappichelli Editore, Torino, 2017.
- M. D’OSTUNI E M. BERETTA, *Il Diritto della concorrenza in Italia*, G. Giappichelli Editore, Torino 2021.
- M. MOTTA E M. POLO, *Antitrust Economia e Politica della concorrenza*, Il Mulino, 2004.
- M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004.
- M. MOTTA, M. PEITZ, *Big Tech Mergers*, in *Information Economics and Policy*, CEPR Discussion Paper No. DP14353, Available at SSRN, 2021.
- MARIO LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto-Annali III*, Giuffrè Milano, 2010.
- MARIO LIBERTINI, *Economia e Politica nel diritto Antitrust*, in *Politiche Antitrust: Ieri, Oggi e Domani: Atti del Convegno del 27 maggio 2016 – Università Cattolica del Sacro Cuore*, Milano.
- PEZZOLI, “*Market definition and market power evaluation in dynamic industries*”, *Network Law Review*, DCI Inaugural Conference 2023 *Dynamic Competition Applied*, 13-14 aprile, 2023.
- SHAPIRO, *Antitrust in a time of populism*, Available at SSRN, 2018.

V. MANGINI E G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli Editore- Torino 2009.

VICTORIA H.S.E. ROBERTSON, “*The future of Digital Mergers in post-DMA world*”, 17 marzo 2023. [Morning-4-5-Robertson.pdf \(europa.eu\)](#)

Normativa e Provvedimenti

AGCM, Segnalazione S4143, *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza*, anno 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei ministri in data 21 marzo 2021.

Caso A523-TicketOne/Condotte escludenti nella vendita di biglietti, [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](#).

Caso A528-FBA Amazon, Bollettino 49/2021.

Caso A552-Google-Ostacoli alla portabilità dei dati, Bollettino n.27/2022.

Caso C12404-EnelX-Volkswagen Finance Luxemburg/JVC, Bollettino n. 51/2021.

Caso C-611/22P Illumina v Commission, ECLI:EU:C:2023:205. Per maggiori informazioni [CURIA - Case information \(europa.eu\)](#)

Caso COMP/ M.7822-Dentsplay/Sirona, decisione della Commissione del 25 febbraio 2016.

Caso COMP/M.8665-Discovery/Scripps, decisione della Commissione del 6 febbraio 2018.

Caso M.8084-Bayer/Monsanto. [EUR-Lex - 52018M8084\(02\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

Competition act in the version published on 26 june 2013 (Federal law Gazete 1,2013, p. 1750, 3245) , as last amended by Article 2 of the Act of 19 july 2022 (Federal law Gazete 1, p. 1214), [Competition Act \(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB\) \(gesetze-im-internet.de\)](#)

Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza GUUE C 372 del 9/12/1997.

Comunicazione della Commissione UE del 5 febbraio 2004 e del 18 ottobre 2008, recanti gli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E 2004/C 031/5), per la prassi valutativa in tema di efficienze generate da una concentrazione.

Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance). [EUR-Lex - 32004R0139 - IT \(europa.eu\)](#)

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance). [EUR-Lex - 32004R0139 - IT \(europa.eu\)](#)

Delibera AGCM 14 marzo 2023, n.30507, [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](#).

Federal Cartel Act 2005, as amended on 21 September 2017 (complete version) [2-Federal Cartel Act final.pdf \(bwb.gv.at\)](#)

Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG), [Guidance Transaction Value Thresholds January 2022 final.pdf \(bwb.gv.at\)](#).

IC53- *Indagine conoscitiva congiunta dell'AGCM, AGCOM e Garante della privacy sui Big Data*, provv. 28051 del 20.12.19.

Judgment of 21 February 1973, Europemballage Corporation and Continental Can Company v Commission, 6/72, EU:C:1973:22.

Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90. [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](#)

Memorandum of the Commission to the Governments of the Member State, Concentration of Enterprise in the Common Market, ECC Competition Series, Study No. 3, Brussels, 1966.

Notes of Council Regulation (EEC) 4064/1989, art. 22. [notes_reg4064_89_en.pdf \(europa.eu\)](#)

Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi (2021/C 113/01).

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001](#)

REGOLAMENTO (UE) 2022/1925 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

REGOLAMENTO (UE) 2022/1925 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

Sentenza del Consiglio di Stato N. 09035/2022REG.PROV.COLL, 24 ottobre 2023. [giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203494&nomeFile=202209035_11.html&subDir=Provvedimenti](#)

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea nella Causa T-227/2021, Illumina/Grail c. Commissione europea, ECLI:EU:T:2022:447. [CURIA - Documenti \(europa.eu\)](#)

Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea nel Caso C-449/2021, TowerCast SASU c. Autorité de la concurrence e Ministre chargé de l'économie, ECLI:EU:C:2023:207.

Swedish Competition Act (2008/579). [Swedish Competition Act | Swedish Competition Authority \(konkurrensverket.se\)](#)

Towercast/Autorité de la concurrence (causa C-449/21), Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, ECLI:EU:C:2022. [Towercast \(europa.eu\)](#)

Sitografia

A. PEZZOLI, *Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana*, 8-9 giugno 2023, Firenze.

[Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana, 8 e 9 giugno, Firenze. Contributi | VII Convegno Nazionale | AAI \(aaiantitrustconference.it\)](#)

CHARLES DASDWELL, *General Counsel Illumina Press release, Illumina intends to appeal European Commission's Decision in GRAIL deal*, 6 settembre 2022. [Press Release \(illumina.com\)](#)

Comunicato Stampa, A523- Sanzione di 10 milioni di euro a TicketOne per Abuso di posizione dominante. [AGCM - Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato](#)

CRISTINA CAFFARRA, *"How tech rolls": Potential competition and "reverse" killer acquisitions*, OECD-On the level, 24 febbraio 2021. ["How tech rolls": Potential competition and "reverse" killer acquisitions – On the level \(oecdonthellevel.com\)](#)

E. IOSSA, *Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana*, 8 e 9 giugno 2023, Firenze.

F. ANGLANI, *Conferenza dell'associazione antitrust italiana*, 10 marzo 2023, Roma.

Final report [Final report \(publishing.service.gov.uk\)](#)

Financial Times, Big Tech faces its Standard Oil moment, 11 dicembre 2020. [Big Tech faces its Standard Oil moment | Financial Times \(ft.com\)](#)

GIOVANNI ANGELO CANIGGIA, *Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge del 5 agosto 2022 n.118*, in *Il Caso.it*, 29 marzo 2023. [Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge 5 agosto 2022 n. 118 - Blog ilCaso.it](#)

GIOVANNI ANGELO CANIGGIA, *Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge del 5 agosto 2022 n.118*, in *Il Caso.it*, 29 marzo 2023. [Novità in materia di controllo delle concentrazioni alla luce della legge 5 agosto 2022 n. 118 - Blog ilCaso.it](#)

GIULIANO GARAVINI, *I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil*, *Energia*, 15 febbraio 2021. [I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil - Energia \(rivistaenergia.it\)](#)

GIULIANO GARAVINI, *I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil*, *Energia*, 15 febbraio 2021. [I dati sono il nuovo petrolio: similitudini e differenze tra Big Tech e Big Oil - Energia \(rivistaenergia.it\)](#)

History and Society, StandardOil American Corporation, Britannica, [Standard Oil | History, Monopoly, & Breakup | Britannica](#)

ICLG, *Merger control, Sweden*, punto 2.7., [Merger Control Laws and Regulations Report 2023 Sweden \(iclg.com\)](#).

J. BERTI, *Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, 2023 Firenze.

La Repubblica, *"Il mondo prova ad arginare Big Tech"* 27 dicembre 2021. [Il mondo prova ad arginare Big Tech - la Repubblica](#)

La Repubblica, *"Il mondo prova ad arginare Big Tech"* 27 dicembre 2021. [Il mondo prova ad arginare Big Tech - la Repubblica](#)

LEWIS CROFT, ANDREW BOYCE, NATALIE MCNELIS, *Mlex Newsletter, Comment: EU Commission signals "Article 22" resolve with two new merger referrals*, 22 agosto 2023. [MLex | Comment: EU Commission signals "Article 22" resolve with two new merger referrals](#)

LEWIS CROFT, *Mlex Newsletter*, *EEX's Nasdaq Power deal becomes third below thresholds transaction referral to EU regulator*, 21 agosto 2023. [MLex | EEX's Nasdaq Power deal becomes third below-threshold transaction referred to EU regulator](#)

LEWIS CROFTS, NATALIE MCNELIS, NICHOLAS HIRST, *Mlex Newsletter*, *Qualcomm's Autotalks takeover is on the radar of EU Merger regulator for Article 22 referral*, 6 luglio 2023. [MLex | Qualcomm's Autotalks takeover is on radar of EU merger regulator for 'Article 22' referral](#)

Luis Perez, *Les GAFAM: vers une regulation ou un démantèlement?*, 12 ottobre 2021. [Les GAFAM : vers une régulation ou un démantèlement ? par Louis Perez | vie-publique.fr](#)

Luis Perez, *Les GAFAM: vers une regulation ou un démantèlement?*, 12 ottobre 2021. [Les GAFAM : vers une régulation ou un démantèlement ? par Louis Perez | vie-publique.fr](#)

Newsletter ClearyGottlieb, *European Commission Asserts Merger Control jurisdiction over non-reportable deals for first time after Illumina/GRAIL*, 22 agosto 2023. [European Commission Asserts Merger Control Jurisdiction Over Non-Reportable Deals for First Time After Illumina/Grail | Cleary Gottlieb](#)

Newsletter ClearyGottlieb, *Illumina Grail: EC blocks transaction below EU and referring member state merger control thresholds*, settembre 2022. [Illumina/GRAIL: EC Blocks Transaction Below EU and Referring Member State Merger Control Thresholds for the First Time | Cleary Gottlieb](#)

Newsletter ClearyGottlieb, *TowerCast, Eu Court of Justice endorses Post-Closing review of Concentrations*, 11 aprile 2023. [eu-court-of-justice-endorses-post-closing-review-of-concentrations.pdf \(clearygottlieb.com\)](#)

Newsletter Dentons, *CJEU Decisions in the TowerCast case – Ex post Review of deals by the back door?*, 24 marzo 2023. [Dentons - CJEU Decision in the Towercast case – Ex-post review of deals by the back door?](#)

Newsletter Freshfields, *Illumina/Grail: Court upholds extension of EU merger review powers*, 15 luglio 2022. [Illumina/Grail: Court upholds extension of EU merger review powers, Alastair Chapman, Thomas Lübbig, Bertrand Guerin, Amaryllis Müller, Joanna Goyder \(freshfields.com\)](#)

Newsletter Freshfields, *Italia/Abuso di posizione dominante e settore del ticketing-II Consiglio di Stato conferma l'annullamento della sanzione di circa 10 milioni di euro irrogata dall'AGCM a Eventim-TicketOne*, 2 novembre 2022. [Newsletter giuridica di concorrenza e regolamentazione | Freshfields Bruckhaus Deringer](#)

Newsletter Legance, *Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza: novità in materia di antitrust*, agosto 2022.

Newsletter LexisNexis, *"Innovation in Merger Analysis-How the EU Commission Evaluated the Case of Bayer Monsanto"*, 9 aprile 2019.

Newsletter mLex, NATALIE MCLEAN, *Comment: TowerCast's won could preshadow Illumina's loss*, 21 marzo 2023.

Newsletter Studio legale Adamo, *Le operazioni di M&A e il diritto antitrust delle concentrazioni, Le operazioni di M A e il diritto an.pdf (paolonesta.it)*

Newsletter White&Case, *"The Digital Markets Act goes live"*, 12 ottobre 2022.

OECD (2020), *Start ups, killer acquisitions and merger control*. [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control \(oecd.org\)](#).

P. MERLINO, *Atti del convegno dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno 2023, Firenze.

PEDRO GONZAGA, Divisione concorrenza dell'OECD, Direzione Affari finanziari delle imprese, Open-day 26 gennaio 2020. [Merger Enforcement in Dynamic and Innovative Markets – On the level \(oecdonthellevel.com\)](#)

Press release Autorità belga n. 10/2023 [20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf \(belgiancompetition.be\)](#)
Questo caso è indicato come CONC-RPR-23/0001.

Press release EU Commission, *Commission fines Illumina and Grail for implementing their acquisition without prior merger control approval*, 12 luglio 2023. [Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL \(europa.eu\)](#)

Press release EU Commission, *Commissione adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*, 29 ottobre 2021. [Mergers: Commission adopts interim measures \(europa.eu\)](#)

Press release EU Commission, *Mergers: Commissione prohibits acquisition of GRAIL by Illumina*, 6 settembre 2022. [Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina \(europa.eu\)](#)

Press release EU Commission, *Mergers: EU Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, 22 luglio 2021. [Mergers: in-depth investigation \(europa.eu\)](#)

Press release EU Commission, *Mergers: The Commission adopts Statement of Objections outlining measures to unwind Illumina's blocked acquisition of GRAIL*, 5 dicembre 2022. [Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections \(europa.eu\)](#)

Press release EU Commission, *Remarks by Executive Vice-President Vestager on the decision of the Commission to prohibit the acquisition of GRAIL by Illumina*, 6 settembre 2022. [Remarks by Executive Vice-President Vestager \(europa.eu\)](#)

Press release European Commission “*Mergers Commission Announces evaluation results and follow-up measures on jurisdictional and procedural aspects of EU merger control*”, 26 Marzo 2021. [Mergers Commission announces evaluation results and follow-up measures on jurisdictional and procedural aspects of EU merger control.pdf](#)

Press release European Commission, *Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook*, 3 ottobre 2014. [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088](#)

Press Release European Commission, *Mergers: Commission prohibits acquisition of Grail by Illumina*, 6 settembre 2022. [La Commissione vieta l'acquisizione di GRAIL da parte di Illumina \(europa.eu\)](#).

Press release European Commission, *Mergers: Commission to assess the acquisition of Shazam by Apple*, 6 febbraio 2018. [Mergers: Commission to assess acquisition of Shazam by Apple \(europa.eu\)](#)

Press release <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2017/07/ftc-approves-sublicense-synacthen-depot-submitted-mal>

Press release n. 123/2022, *Judgment of the General Court in the Case T-227/2021, Illumina v Commission*. [2022-07-13_U4MWLN793Q416CCP/CP220123EN.pdf \(mlex.com\)](#)

Press release n. 123/2022, *Judgment of the General Court in the Case T-227/2021, Illumina v Commission*. [2022-07-13_U4MWLN793Q416CCP/CP220123EN.pdf \(mlex.com\)](#)

Press release n. 26/2023, 22 June 2023. [20230622_Press_release_26_BCA.pdf \(belgiancompetition.be\)](#)

Rapporto di Lear commissionato dalla CMA del Regno Unito sulla valutazione delle decisioni passate in materia di concentrazioni nei mercati digitali britannici “*Ex post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*”. [Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets \(learlab.com\)](#)

The Economist, “*The Americans tech giants are making life tough for start ups*”, 2018.

V. AURICCHIO, *Atti del convegno dell'Associazione Antitrust italiana*, 8 e 9 giugno, 2023 Firenze.

V. FINAZZO, *Atti del convegno dell'associazione antitrust italiana*, 8 e 9 giugno 2023, Firenze.