



Incertezza giuridica nel controllo delle concentrazioni europeo: le concentrazioni sotto-soglia e l'analisi delle conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou

CELESTE LODI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il caso delle concentrazioni sotto-soglia. – 2.1 Il quadro normativo del *merger control*. – 2.2 Il denunciato livello di *under-enforcement* nei mercati digitali. – 2.3 La percezione del *gap* di *enforcement*. – 2.4 Gli Orientamenti sull'articolo 22 RECC. – 3. Il caso *Illumina/Grail*. – 3.1 Le decisioni della Commissione europea. – 3.2 Il giudizio dinnanzi al Tribunale UE. – 3.3 L'appello pendente presso la Corte di Giustizia. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Numerosi sviluppi caratterizzano il panorama del controllo delle concentrazioni, sia a livello europeo che nazionale¹. Anzitutto, è importante evidenziare che il *trend* di

* Cultrice di diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Milano

¹ Il presente articolo si focalizzerà unicamente sulle evoluzioni europee. Si segnala, tuttavia, come anche il legislatore italiano sia intervenuto nel settore del controllo delle concentrazioni e, in particolare, in materia di operazioni sotto-soglia attraverso l'introduzione del comma 1-bis, dell'art. 16 della Legge Antitrust italiana (L. 10 ottobre 1990, n. 287) il quale conferisce all'AGCM il potere di richiedere la notifica di operazioni di operazioni che si collocano sotto le soglie nazionali ma che potrebbero avere dei «concreti rischi concorrenziali». Per una breve sintesi dei più recenti sviluppi nazionali, mi permetto di rinviare a C. LODI, *AGCM e concentrazioni sotto-soglia: i primi provvedimenti e la versione aggiornata della Comunicazione confermano l'ampiezza dei nuovi poteri in materia di controllo delle concentrazioni*, in *Eurojus.it*, 9 aprile 2024 (disponibile al: <https://rivista.eurojus.it/agcm-e-concentrazioni-sotto-soglia-i-primi-provvedimenti-e-la-versione-aggiornata-della-comunicazione-confermano-l-ampiezza-dei-nuovi-poteri-in-materia-di-controllo-delle-concentrazioni/>); vd. inoltre M. BERETTA, R. TREMOLADA e N. LATRONICO, *Concentrazioni sotto soglia: più con d'ombra che luce nei recenti sviluppi a livello europeo e nazionale*, in *Riv. Corp. Gov.*, 2023, p. 639 ss.

enforcement ha subito un significativo cambio di rotta. Con l'eradarsi del potere di mercato dei cd. *big tech*² – oggi anche più semplicemente identificabili come *gatekeepers* per il nuovo *Digital Markets Act* (DMA)³ – esperti, professionisti e autorità hanno iniziato a denunciare un preoccupante livello di *under-enforcement*, stimolando la Commissione europea (Commissione) a prendere svariate iniziative, non solo nell'ambito del *merger control*, ma in tutta l'area delle politiche della concorrenza, al fine di rendere gli strumenti applicativi «fit for the digital age»⁴.

Allo stato, l'arsenale di strumenti di controllo delle aggregazioni di potere di mercato che si dispiega dinnanzi alla Commissione pare essere capace di catturare un numero ampio (per molti, preoccupantemente illimitato) di casi. Il rin vigorito (ed in corso di definizione) strumento del rinvio di cui all'art. 22 del Regolamento europeo sul controllo delle concentrazioni (RECC)⁵ affiancato dall'art. 14 del *Digital Markets Act* (DMA)⁶, garantiscono un controllo preventivo capillare delle operazioni di crescita esterna delle imprese. La giurisprudenza di *Continental Can*⁷, così come riesumata dalla recente

² Il termine “big tech” è impiegato per la sua portata più ampia, includendo altre aziende digitali oltre a Google (Alphabet), Amazon, Facebook (Meta), Apple e Microsoft, indicate collettivamente come “GAFAM” o “Big Five”.

³ Reg. (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 o *digital markets act*, DMA), in GUUE L 265, 12/10/2022, p. 1 ss.

⁴ Commissione Europea, *Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules for digital platforms*, IP/20/2347, 15/12/2020, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347). Con il comunicato in commento, la Commissione annunciava l'ambiziosa riforma dello spazio digitale concretizzatasi con l'adozione del regolamento sui mercati digitali (Reg. (UE) 2022/1925, cit.) e del regolamento sui servizi digitali (Reg. (UE) 2022/2065 del parlamento europeo e del consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (legge sui servizi digitali o *digital services act*, DSA), in GUUE L 277, 27/10/2022, p. 1 ss).

⁵ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE L 24, 29/1/2004, p. 1 ss.

⁶ L'art. 14 DMA impone alle imprese designate come *gatekeepers* l'obbligo di informare la Commissione di qualsiasi progetto di concentrazione che coinvolga imprese che forniscono servizi di piattaforma di base, servizi digitali o consentono la raccolta di dati, a prescindere dal fatto che sia l'operazione superi le soglie europee o nazionali. Tale meccanismo è, inoltre, a norma dell'art. 14, par. 5, DMA, destinato a consentire alle ANC di rinviare tali concentrazioni alla Commissione ai sensi dell'art. 22 RECC. Dal combinato disposto dell'art. 14 DMA e 22 RECC risulta, pertanto, non un'ulteriore ampliamento di competenza della Commissione ma una speciale sinergia in grado di permettere alla CE di esaminare sia le operazioni messe in atto da *gatekeepers* sia di dimensioni europee che sotto-soglia, richiedendo alle ANC un rinvio. Quindi, in un mondo post-DMA, «a digital gatekeeper can therefore never be certain of whether or not its merger will be reviewed by the Commission, no matter how little turnover the acquired target generates. It is thus clear that gatekeepers need to treat any acquisition with caution as regards its possible anti-competitive effects», V. H.S.E. ROBERTSON, *The Future of Digital Mergers in a Post-DMA World*, in *ECLR*, 2023, p. 447 ss.

⁷ Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corp. and Continental Can c. Commissione* ECLI:EU:C:1973:22. Nella storica sentenza, la Corte aveva esteso per la prima volta l'ambito applicativo del divieto di abuso alle operazioni di acquisizione affermando come, poiché i Trattati contemplano «la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune, [i Trattati impongono], a maggior ragione, che la concorrenza non venga eliminata». Conseguentemente, l'art. 102 TFUE (già 86 CEE) non può ammettere che «determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza» (punti 24-25).

*Towercast*⁸, assicura il potere delle Autorità Nazionali della Concorrenza (ANC) di revisione *ex post*, nell'ambito del divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE, le concentrazioni che non fanno scattare le soglie nazionali di controllo delle concentrazioni e che non sono state rinviate alla Commissione⁹. Inoltre, secondo l'attuale interpretazione del perimetro applicativo dell'art. 22 RECC, la Commissione potrebbe anche procedere ad un controllo *ex post* di operazioni sotto-soglia già lecitamente completate ma idonee ad avere un impatto significativo sul gioco concorrenziale.

Dall'apertura di questo periodo di revisione del sistema di controllo delle concentrazioni sono state sollevate numerose preoccupazioni riguardanti la certezza giuridica delle procedure e la natura stessa del sistema di *merger control*. Preoccupazioni che, tuttavia, non erano mai entrate propriamente nel dibattito istituzionale, sino alla recente pubblicazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale (AG) Emiliou¹⁰ nell'ambito del giudizio incardinato presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nel caso *Illumina*; primo caso di applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 RECC come da ultimo interpretato dalla Commissione europea. Come si vedrà dettagliatamente di seguito, la saga *Illumina* (che conta oggi ben cinque procedimenti aperti dinnanzi alla Commissione, una pronuncia del Tribunale dell'Unione Europea¹¹ e un appello pendente avverso tale pronuncia) continua a sollevare un diffuso senso di confusione e incertezza giuridica per interpreti e imprese. L'AG Emiliou rassegna delle conclusioni fortemente critiche delle posizioni avanzate dalla Commissione e accolte dal Tribunale UE richiedendo, in via principale, l'annullamento di tale sentenza e delle decisioni impugnate. Come si avrà modo di vedere, le conclusioni «demoliscono»¹² l'interpretazione dell'art. 22, par. 1, 1° c., RECC, sostenuta della Commissione e dal

⁸ Corte giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast c. Autorité de la concurrence and Ministère de l'Économie*, ECLI:EU:C:2023:207. Per un'analisi della sentenza citata, vd., *inter alia*, A. MANENTI, *Concentrazioni e controlli: la sentenza Towercast e i suoi effetti*, in *Eurojus.it*, 2023, p. 121 ss; D. GERARD e E. MARESCAUX, *Non-notifiable Concentrations and Residual Merger Control under Article 102 TFEU: Case C-449/21 Towercast*, in *JECLAP*, 2023, p. 427 ss; J. MULDER e W. SAUTER, *A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/Grail and Towercast judgments*, cit.

⁹ A seguito dell'introduzione di un autonomo e separato sistema di controllo delle concentrazioni, avvenuto dapprima con il Regolamento del 1989 (Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE L 395, 30/12/1989, p. 1 ss) e successivamente con il Reg. (CE) n. 139/2004, le corti e le ANC avevano infatti ritenuto che l'art. 102 TFUE non potesse più ritenersi applicabile ad operazioni di concentrazione. Tale convinzione si era protratta sino alla richiesta di rinvio pregiudiziale azionata nel 2021 dalla Corte d'Appello di Parigi (*Court d'appel del Paris*) nel caso *Towercast*. In tale pronuncia, la Corte di Giustizia ha quindi evidenziato come l'introduzione di un sistema di controllo preventivo di controllo delle concentrazioni fu mosso dall'intento di espandere e non sostituire il quadro normativo preesistente. Cfr. Corte giust., causa C-449/21, *Towercast*, cit., punto 38.

¹⁰ Conclusioni AG Nicholas Emiliou, 21 marzo 2024, cause riunite C-611/22 P e C-625/22 P, *Illumina c. Commissione e Grail c. Illumina e Commissione*, ECLI:EU:C:2024:264.

¹¹ Trib. UE, 13 luglio 2022, T-227/21, *Illumina c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:447.

¹² A. RILEY, *The Illumina Opinion: Article 22, Antitrust and the Rule of Law. The Devastating Critique of Advocate General Emiliou in the Illumina/Grail case*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 12 aprile 2024 (disponibile al: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/04/12/the-illumina-opinion-article-22-antitrust-and-the-rule-of-law-the-devastating-critique-of-advocate-general-emiliou-in-the-illumina-grail-case/>).

Tribunale giungendo a dichiarare come l'attuale meccanismo di rinvio non consentirebbe alla Commissione di esaminare anche quelle operazioni di concentrazione che non hanno superato le soglie nazionali dello Stato membro che richiede il rinvio.

Con l'intento di rivedere il percorso che ha portato all'attuale prassi applicativa nell'ambito del controllo delle concentrazioni, il presente contributo discute le recenti innovazioni a livello europeo nel settore del controllo delle concentrazioni, partendo da alcuni principi fondamentali del quadro normativo del sistema di controllo delle concentrazioni (par. 2.1), per poi esplorare gli scenari più recenti, quali i mercati digitali, nei quali è stato osservato una deficienza del sistema di *enforcement* (par. 2.2 e 2.3) stimolando un adattamento del quadro del *merger control* (par. 2.4). Si conclude analizzando nel dettaglio l'intera saga Illumina (par. 3), tra cui l'accesa critica avanzata dall'Avvocato Generale con le proprie conclusioni (par. 3.3).

2. Il caso delle concentrazioni sotto-soglia

2.1 Il quadro normativo del *merger control*

L'evoluzione del controllo delle concentrazioni UE non ha seguito un percorso lineare. Nonostante l'assoluta rilevanza dello strumento per controllare la struttura dei mercati, la regolamentazione delle concentrazioni non è contenuta nei Trattati UE, essendo l'ultimo pezzo di legislazione antitrust ad essere stata promulgata dopo 16 anni di negoziazioni, tre differenti proposte di regolamento e 38 anni dopo il Trattato di Parigi¹³. Infatti, i primi passi del processo di integrazione europea sono stati principalmente finalizzati al raggiungimento di obiettivi economici condivisibili tra i paesi membri. L'obiettivo principale, volto a costruire un terreno comune per la ripresa economica di un continente fortemente indebolito dal secondo conflitto mondiale, era quello della creazione del mercato comune (poi mercato unico). Le altre politiche, tra cui la politica della concorrenza, furono asservite al «unification imperative»¹⁴. In questo quadro, l'implementazione di disposizioni volte alla repressione della cartellizzazione e all'abuso del potere di mercato rappresentavano, per molteplici ragioni, degli obiettivi politici più facilmente condivisibili rispetto ad un controllo preventivo (e centralizzato) di operazioni

¹³ Questa esperienza riflette anche lo sviluppo della legge antitrust statunitense, in quanto il controllo delle fusioni fu l'ultima componente introdotta dal legislatore federale con il *Clayton Act* del 1914. Successivamente, con il *Celler-Kefauver Act* del 1950, è stata istituita una regolamentazione più completa. Per un'analisi dell'evoluzione della regolamentazione del controllo delle concentrazioni, cfr. nella dottrina nazionale, A. TOFFOLETTO, *Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1990, p. 449 ss; M. LIBERTINI, *Il Controllo Antitrust Delle Concentrazioni e i 'Campioni' Nazionali Ed Europei*, in *Astrid*, 2019, p. 1; nella dottrina europea ed internazionale, G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, 2007, I ed., p. 246 ss; VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, 2020, VI ed., p. 664 ss; E. SCHWARTZ, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, in *Yale J. Int'l L.*, 1993, p. 607 ss; per una recente e dettagliata analisi storica focalizzata sul meccanismo del rinvio, vd. K. J. CSERES, *Re-Prioritising Referrals under Article 22 EUMR: Consequences for Third Parties and Mutual Trust between Competition Authorities*, in *JECLAP*, 2023, p. 410 ss.

¹⁴ David Gerber ha sottolineato come le disposizioni comunitarie in materia di diritto della concorrenza siano state intese principalmente come parte di un programma volto a raggiungere gli obiettivi specifici di unificazione del mercato europeo, ossia, influenzate dall'"imperativo di unificazione". Cfr. D. J GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, pag. 97 ss.

strategiche per le imprese¹⁵. Non solo, infatti, la crescita delle imprese nazionali era in tale periodo auspicabile proprio per garantire la massima competitività del mercato comune, ma anche i paesi membri erano riluttanti a conferire alla Commissione un potere di così grande importanza strategica e politica. Si riteneva pertanto che le operazioni di concentrazione potessero essere efficacemente controllate con il rimedio successivo del divieto di abuso di posizione dominante (nonché mediante il divieto di intese)¹⁶. Tuttavia, l'inadeguatezza del mantenimento di un approccio *ex post* attraverso il divieto di abuso di intese divenne presto evidente. Entrambe le previsioni erano evidentemente limitate ad un approccio reattivo, destinato ad intervenire quando la fusione o acquisizione che aveva portato ad una modifica della struttura del mercato o che aveva agevolato la costituzione di una posizione dominante era già stata consumata.

Preso atto di tali inadeguatezze, il 21 settembre 1990 entrava in vigore il primo Regolamento sul controllo delle concentrazioni¹⁷ istituendo un sistema unificato di controllo *ex ante* fondato su un sistema di notifica preventiva obbligatoria alla Commissione e sospensione fino all'autorizzazione (obbligazione di *standstill*)¹⁸ di quelle operazioni che siano qualificabili come «concentrazioni»¹⁹ e che superino delle soglie di fatturato²⁰. Le operazioni che ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili e quindi vietate o sottoposte a rimedi (valutazione svolta sotto il cd. *SIEC test*)²¹. Le operazioni che supereranno tali soglie di fatturato avranno una «dimensione comunitaria» e, in forza del principio del *one-stop-shop* (principio dello sportello unico), saranno assoggettate alla giurisdizione esclusiva della Commissione²². Gli Stati Membri non potranno quindi analizzare l'operazione e applicare le proprie norme nazionali. Allo stesso modo, la Commissione non potrà esaminare quelle operazioni che non abbiano una dimensione UE ma che superino delle soglie nazionali. Le soglie di fatturato fungono pertanto da criterio di selezione e allocazione dei casi garantendo una chiara e precisa ripartizione di competenze. Tale criterio giurisdizionale è assoggettato a dei meccanismi correttivi dei rinvii (*referrals*) da, e verso, gli Stati membri ai sensi degli artt. 9, 4, par. 5 e 22 RECC. L'art. 9 RECC consente alla Commissione di rinviare una concentrazione che, pur soddisfacendo le soglie UE, incide in misura significativa su un mercato all'interno di un determinato Stato membro o incide sulla concorrenza in un mercato distinto che non

¹⁵ G. MONTI, *EC Competition Law, op. cit.*, p. 246 ss.

¹⁶ L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 102 TFUE (già 86 CEE) è avvenuto con la già citata sentenza *Continental Can* (Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can c. Commissione*, cit.). L'applicabilità alle concentrazioni dell'art. 101 TFUE (già 85 CEE) avvenne invece nel 1987 con la storica sentenza *BAT & Reynolds*, Corte giust., 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd and Reynolds Industries Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1987:490.

¹⁷ Reg. (CEE) n. 4064/89, cit.

¹⁸ RECC, art. 7.

¹⁹ *Ivi*, art. 3.

²⁰ *Ivi*, art. 1.

²¹ *Ivi*, art. 2.

²² *Ivi*, art. 21.

costituisce una parte sostanziale del mercato comune, all'autorità nazionale garante della concorrenza di quello Stato membro. Viceversa, il meccanismo del rinvio dell'art. 22 RECC (noto anche come *Dutch clause*) prevede un rinvio verso l'alto di qualsiasi concentrazione che si trova al di sotto delle soglie UE ma incide sul commercio fra Stati Membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati Membri che presentano la richiesta. Infine, l'art. 4, par. 5 RECC consente alle parti di una concentrazione di chiedere alla Commissione di esaminare una concentrazione priva di dimensione europea ma suscettibile di essere esaminata in base alle leggi nazionali sulla concorrenza di almeno tre Stati membri.

Su questi profili essenziali del sistema di *merger control* possiamo evidenziare quanto segue. In primo luogo, la politica di controllo delle concentrazioni, come molti altri settori normativi, richiede un delicato bilanciamento tra interessi pubblici e privati. Tuttavia, la natura preventiva di questo strumento ha importanti ripercussioni sulle modalità con cui tale bilanciamento viene effettuato. Infatti, a differenza di quanto accade nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, un primo momento significativo in cui viene effettuato questo bilanciamento è a livello del dettato normativo, nel momento in cui i legislatori definiscono i casi che richiederanno un intervento, e quindi, generalmente, una notifica preventiva dell'operazione. Nel sistema attuale, come visto, tale scelta è stata operata dal legislatore UE a favore di un criterio fondato sulla nozione stessa di concentrazione e sulle soglie di fatturato. In secondo luogo, la natura preventiva dello strumento obbliga inoltre l'autorità o il professionista incaricato a verificare la soddisfazione delle condizioni volte a sospendere e/o vietare l'operazione, di effettuare un giudizio, pur sempre di *performance*, ma di natura prognostica; con tutto ciò che ne deriva in termini di certezza della veridicità/affidabilità dell'esito della valutazione basata sull'analisi economica. Logicamente, il margine di incertezza e il rischio di commettere errori di tipo 1 (falsi positivi)²³ è direttamente proporzionale al grado di vischiosità e ambiguità del dettato legislativo e delle difficoltà per la tecnica econometrica di analizzare realtà di mercato complesse e in continua evoluzione. Nel contesto del controllo delle concentrazioni nell'UE, per garantire un elevato livello di certezza giuridica, il legislatore UE ha pertanto scelto di assoggettare ad un controllo preventivo e, successivamente, ad un'analisi sostanziale sotto il test SIEC unicamente a quelle operazioni che, proprio per la loro grandezza, sono capaci di incidere in maniera più significativa rispetto ad operazioni di minori dimensioni. L'obiettivo principale di un sistema di *merger control* efficiente è quindi quello di individuare il punto di deterrenza

²³ Il *framework error-cost* è stato spesso adottato da un approccio più conservatore dell'antitrust per sostenere modifiche nelle normative e nell'*enforcement*, basando le proprie supposizioni su una valutazione eccessiva dei costi sociali associati all'intervento dell'antitrust. Robert Bork, negli anni '70, fu tra i primi sostenitori di questo metodo, introducendolo nell'antitrust tradizionale. Come noto, questo quadro teorico valuta le regole antitrust, singolarmente o nel complesso, sulla base della loro capacità di minimizzare i costi sociali totali. Si considerano quindi i costi dei "falsi positivi" (sanzionare condotte che non ledono effettivamente la concorrenza), i costi dei "falsi negativi" (non intervenire su condotte che danneggiano la concorrenza) e costi transattivi (spese legali associate ai procedimenti giudiziari). Cfr. J. B. BAKER, *Taking the error out of error cost analysis: What's wrong with antitrust's right*, in *Antitrust Law J.*, 2015, p. 5 ss; H. HOVENKAMP, *Antitrust error cost*, in *U. Pa. J. Bus. L.*, 2022, p. 293 ss.

ottimale, che esprima un compromesso apprezzabile tra errori di tipo 1 (falsi positivi) e di tipo 2 (falsi negativi). Trovare il giusto equilibrio tra questi due tipi di errori è quindi fondamentale. Soglie di fatturato troppo basse potrebbero portare a un eccesso di interventi da parte delle autorità antitrust, con oneri inutili per le imprese e potenziali distorsioni del mercato. Al contrario, soglie troppo alte porterebbero ad autorizzare operazioni anticoncorrenziali a passare inosservate, con conseguenze negative per i consumatori. Nel sistema attuale, le soglie di fatturato rappresentano quindi una sintesi del *trade-off* tra i costi di *compliance* che i privati debbono sopportare nelle attività di *M&A* (che aumenta di pari passo al grado di incertezza giuridica)²⁴ e il costo che deve sopportare l'autorità pubblica nell'analisi dei casi notificati, contro i costi che emergono in caso di autorizzazione (errore tipo 2) ovvero di mancata analisi di operazioni che producono effetti pregiudizievoli per i consumatori e la concorrenza e che dovranno (se possibile) essere risolte con forme di intervento successivo, attraverso, ad esempio l'art. 102 TFUE²⁵.

In questo contesto, la previsione di sistemi «correttivi» delle soglie di fatturato si propone come sistema volto proprio a temperare la rigidità del sistema allocativo prescelto dal legislatore UE e consentire l'analisi di casi che sarebbero altrimenti sarebbero analizzati da un'autorità differente ovvero sfuggiti ad un controllo preventivo. Come si avrà modo di vedere, è proprio a fronte della percezione di un'inefficienza di tale sistema di selezione ed allocazione di alcuni casi di operazioni sotto-soglia ma idonee a produrre degli effetti sostanziali pregiudizievoli che la Commissione è intervenuta nel 2021 con l'intenzione di ripristinare l'utilizzo dell'antico strumento del rinvio di cui all'art. 22 RECC. È quindi proprio il tema della definizione di un nuovo *trade-off*, della certezza del diritto e errori tipo 1 c. tipo 2 a tornare al centro del dibattito all'interno della saga Illumina.

2.2 Il denunciato livello di *under-enforcement* nei mercati digitali

Il problema dell'*under-enforcement* nei mercati digitali è stato al centro di un dibattito tra attori istituzionali ed esperti. L'approccio più economico, applicato alle prime fasi dello sviluppo dell'economia delle piattaforme digitali, ha sofferto di una mancanza di comprensione e adattamento alla nuova realtà economica, con conseguente inazione dinnanzi a condotte aventi effetti anticoncorrenziali – quali la pratica delle *killer acquisitions*, ossia quelle acquisizioni strategiche in cui un grande *incumbent* acquisisce dei concorrenti potenziali o nascenti²⁶ con un progetto innovativo ancora in fase iniziale

²⁴ Per una recente analisi del tema dei costi di *compliance* e della certezza giuridica cfr. R. FADIGA, *Novel Merger Control Practices Expanded the Commission's Jurisdiction to Review Concentrations beyond EUMR Thresholds*, in *JECLAP*, 2023, p. 3 ss e la dottrina *ivi* citata.

²⁵ È quanto è stato riproposto dalla Corte di Giustizia con riferimento alle concentrazioni sotto-soglia con il caso *Towercast*. Corte giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*, cit.

²⁶ Come noto, un concorrente nascente rappresenta una distinta categoria analitica rispetto ai concorrenti potenziali. Quest'ultimi, invero, sono società già stabilite e attive in determinati mercati mentre le prime sono principalmente *start-up*. Per conoscere i criteri per individuare un concorrente nascente vd. C. S. HEMPHILL e T. WU, *Nascent Competitors*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2020, p. 1879 ss.

di sviluppo per, dopo l'acquisizione, abbandonare il progetto innovativo²⁷ – e un significativo aumento del livello di concentrazione del potere economico nelle mani di poche aziende digitali. Nelle prime fasi di sviluppo dei mercati digitali, si era diffusa la credenza che, alla luce della forza dirompente del fattore innovativo e, secondo il «mito del garage»²⁸ – ovvero il mito secondo il quale chiunque, anche una piccola *start-up* può diventare un'azienda di successo sviluppando un nuovo prodotto innovativo in un garage della Silicon Valley –, il potere guadagnato dalle nascenti piattaforme sarebbe stato facilmente contestabile da nuovi entranti nel mercato o dalla nascita di nuovi mercati. Tale mito è stato tuttavia velocemente sfatato una volta osservato come le economie di scala, i forti *network effects* e, soprattutto, l'acquisizione sistematica di piccole *start-up* innovative, avesse portato a dinamiche di *winner takes all*, e quindi all'eradicazione di posizioni difficilmente contestabili. Inoltre, ad un generale ottimismo circa la contestabilità dei mercati ed ai presunti benefici per i consumatori derivanti dall'accesso gratuito ai servizi digitali assicurato agli stessi, si affiancava una difficoltà fisiologica di intervenire tramite il *tool-kit* offerto dalla legislazione sul controllo delle concentrazioni e a tradurre il complesso utilizzo dei *big data* da parte delle imprese digitali all'interno degli schemi logici del diritto antitrust. Conseguentemente, la diffusione della percezione dell'inefficienza del quadro delle politiche della concorrenza ad adattarsi alle sfide dell'era digitale, ha aperto ad una stagione di riforme.

Questo percorso, che ha guidato la Commissione verso l'aggiornamento degli strumenti esistenti, è stato stimolato da numerose contribuzioni di economisti, giuristi ed istituzioni volte ad analizzare le sfide emergenti dallo sviluppo dell'economia digitale e a proporre soluzioni per garantire un *enforcement* antitrust capace di adattarsi alle nuove caratteristiche dei *market players*, della struttura del mercato e del gioco competitivo. A riprova della rilevanza globale del fenomeno, basti pensare che dal 2017 al 2020, sono stati pubblicati numerosi report provenienti dallo Stigler Center di Chicago, dall'Autorità Nazionale della Concorrenza italiana, francese e tedesca, britannica, australiana, giapponese e dalla Commissione europea²⁹. Da questi studi è emerso chiaramente come

²⁷ Le *killer acquisition* sono state dapprima osservate nei mercati farmaceutici e successivamente digitali; in quanto mercati fortemente innovativi. Per consultare il primo studio inerente alle *killer acquisition*, vd. C. CUNNINGHAM, F. EDERER, e S. MA, *Killer Acquisitions*, in *J. Political Econ.*, 2021, p. 649 ss.

²⁸ S. MANNONI e G. STAZI, *Is Competition a Click Away?: Sfida Al Monopolio Nell'era Digitale*, Napoli, 2018, p. 23.

²⁹F. SCOTT MORTON et al., *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee, Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business*, 2019, (disponibile al: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure---report-as-of-15-may-2019.pdf>); Commissione Europea, DG Concorrenza, Y. MONTJOYE, H. SCHWEITZER, J. CRÉMER, *Competition policy for the digital era*, 2019, (disponibile al: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1>); Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), and Garante per la Protezione dei Dati Personali (GPDP), *Indagine Conoscitiva Sui Big Data*, 2020, (disponibile al: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/9-20_all.pdf); J. FURMAN et al., *Unlocking Digital Competition*, 2019, (disponibile al: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf); Autorité de la Concurrence e Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*,

nell'economia digitale³⁰ la competizione giochi con delle speciali caratteristiche, o meglio, con una speciale combinazione di caratteristiche tradizionali³¹ le quali, congiuntamente allo sfruttamento strategico dei *big data*, agevolano un rapido sviluppo di servizi complementari al *core business* con creazione di ecosistemi³² capaci di intrappolare gli *user* (cd. *lock-in*³³). Tutti i report presentati dalle ANC, avevano dedicato particolare attenzione alla disciplina del controllo delle concentrazioni, proponendo di rafforzarne l'applicazione nello spazio digitale. Tali report avevano sottolineato come «finora non si sono verificati falsi positivi nelle fusioni che hanno coinvolto le principali piattaforme digitali, per il semplice motivo che tutte sono state autorizzate. [...] Questo suggerisce che ci sia stata una sotto-applicazione delle norme sulle fusioni digitali, sia negli Stati Uniti che a livello globale»³⁴.

In effetti, durante la loro prima fase di sviluppo, le GAFAM sono state notevolmente attive nelle loro attività di fusione e acquisizione, passando da 55 operazioni nel 2008 a quasi 164 nel 2012, a dimostrazione di una forte attenzione al consolidamento del settore³⁵. Più precisamente, questa ondata di fusioni ha riguardato prima alcune fusioni *flagship* – quali l'acquisizione di DoubleClick da parte di Google (Alphabet) per 3,1 miliardi di dollari nel 2008, l'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook (ora Meta) per 19 miliardi di dollari nel 2014, l'acquisizione di LinkedIn da parte di Microsoft per 26 miliardi di dollari nel 2016 e l'acquisto di Shazam da parte di Apple per 400 milioni di dollari nel 2018³⁶ – analizzate dalla Commissione ma, tuttavia, autorizzate, alle quali

2016, (disponibile al: https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2021-11/big_data_papier.pdf); Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), *Digital Platforms Inquiry*, 2019, (disponibile al: <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>); Japan Fair Trade Commission (JFTC) and Competition Policy Research Center (CPRC), *Report of Study Group on Data and Competition Policy*, 2017, (disponibile al: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606.html>). Inoltre, l'OCSE ha pubblicato numerosi report sul tema, in particolare si segnala OCSE, *Big Data: Bringing Competition Policy To The Digital Era, Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2016)14, 2016.

³⁰ OCSE, *The Digital Economy*, DAF/COMP(2012)22, 2013.

³¹ F. SCOTT MORTON et al., *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee*, cit., e J. FURMAN et al., *Unlocking Digital Competition*, cit.

³² Questo aspetto particolare è stato ampiamente discusso nel corso della conferenza organizzata dal OCSE, *Competition Economics of Digital Ecosystems*, febbraio 2021.

³³ Le piattaforme sono consapevoli del fatto che il loro potere di mercato è maggiore quando gli utenti fanno *single-homing*, quindi cercano di limitare il *multi-homing* impedendo l'interoperabilità. Inoltre, offrendo diversi servizi sulla loro piattaforma o ecosistema, possono bloccare gli utenti sfruttando le impostazioni predefinite (*defaults*), l'inerzia dell'utente e altri pregiudizi comportamentali.

³⁴ Traduzione mia («to date, there have been no false positives in mergers involving the major digital platforms, for the simple reason that all of them have been permitted. [...] This suggests that there has been underenforcement of digital mergers, both in the United States and globally»), cfr. F. SCOTT MORTON et al., *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee*, cit., p. 91.

³⁵ OCSE, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being*, 2015, p. 94.

³⁶ Le operazioni qui riportate sono state notificate ed analizzate dalla Commissione Europea ma, in ogni caso, autorizzate. Decisioni della Commissione europea nei casi *Google/DoubleClick* (COMP/M.4731), in GUUE C 184, 22/7/2008, p. 10 ss, *Facebook/Whatsapp* (COMP/M.7217) in GUUE C 417, 03/10/2014, p. 2; *Microsoft/LinkedIn* (COMP/M.8124) GUUE C 388, 21/10/2016, p. 4; *Apple/Shazam* (COMP/M.8788) in GUUE C 417, 16/11/2018, p. 4. Per un'indagine approfondita che comprenda anche casi ulteriori rispetto a quelli selezionati, vd. M. KADAR e M. BOGDAN, *Big Data and EU Merger Control—A Case Review*, in *JECLAP*, 2017, p. 479 ss.; E. ARGENTESI et al., *Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment*,

si è affiancata da una sistematica acquisizione di *start-up* e di nuovi operatori. Ad esempio, diversi autori hanno analizzato le attività di M&A condotte dalle GAFAM riportando come, nel periodo 2008-2018, Google ha acquisito 168 aziende, Amazon 60 aziende e Facebook 71 aziende³⁷, mentre, nel periodo 2015-2017, Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft hanno effettuato 175 acquisizioni³⁸, nonché come, una spesa totale di 31 miliardi di dollari nel solo 2017 per acquisti di piccole *start-up*³⁹. Lo Stigler Center evidenziava quindi come le grandi piattaforme, combinando le loro importanti risorse finanziarie con le risorse di dati, i significati effetti di rete e i costi marginali nulli, hanno sia l'incentivo che la facoltà di «modificare il corso dell'innovazione con le proprie strategie o comunque di controllarlo»⁴⁰ e quindi di innalzare elevate barriere all'ingresso e di stabilire delle *kill zone*. Alcuni autori analizzavano quindi l'impatto delle strategie di acquisizione delle *big tech* nel sui *trend* degli investimenti di capitale di rischio dimostrando come, dopo le acquisizioni di *Facebook* e *Google*, venisse registrata una riduzione, per la durata di tre anni dalle acquisizioni, del 46% e del 42% nel valore e nel numero degli investimenti all'interno della *kill zone* creata dalle piattaforme⁴¹. Sebbene possa sembrare interessante investire in un progetto che verrà acquisito da un'azienda di successo, gli investitori di capitale di rischio trovano meno conveniente finanziare un progetto che sarà destinato a competere testa a testa con una grande piattaforma, in quanto esiste un'elevata possibilità che la piattaforma ponga in essere un articolato menù di condotte escludenti, copi il progetto o se non addirittura lo uccida (*killer acquisition*). Di conseguenza, lo studio suggeriva come gli *incumbent*, creando una *kill zone*, producono un impatto diretto sullo sviluppo di nuovi prodotti innovativi, poiché nel loro mercato di prodotti e in quelli adiacenti non ci saranno incentivi a investire in R&S⁴².

in *J. Compet. Law Econ.*, 2021, p. 95 ss; E. ARGENTESI *et al.*, *Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment*, in *CESifo Working Paper No. 7985*, 2019; A. GAUTIER e J. LAMESCH, *Mergers in the Digital Economy*, in *IEP*, 2021; M. BOURREAU e A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions: Competition and Innovation Effects & EU Merger Control*, in *CERRE Centre on Regulation in Europe*, 2020.

³⁷ E. ARGENTESI *et al.*, *Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment*, cit.

³⁸ A. GAUTIER e J. LAMESCH, *Mergers in the Digital Economy*, cit. Anche questi AA. conducono un'analisi approfondita dei casi di fusione e acquisizione GAFAM classificando le operazioni in base ai gruppi di utenti. Gli AA. evidenziano come le operazioni fossero concentrate per lo più su segmenti di mercato vicini al proprio *core business* e come la maggior parte dei prodotti delle *target* acquisite siano stati dismessi. Interessante notare che gli AA. sostengono come la maggior parte delle acquisizioni non possano essere considerate *killer acquisition* poiché, nella maggior parte dei casi (60%), quando la *start-up* viene acquisita, il suo progetto finisce per essere interrotto unicamente per integrare la sua tecnologia all'interno dell'ecosistema dell'*incumbent*.

³⁹ M. BOURREAU e A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions: Competition and Innovation Effects & EU Merger Control*, cit., p. 5.

⁴⁰ Traduzione mia («align the path of innovation with their strategies or otherwise to control it»), cfr. F. SCOTT MORTON *et al.*, *Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee*, cit., p. 53-54.

⁴¹ Per un'analisi del concetto di *kill zone* e le relative implicazioni, vd. S. K. KAMEPALLI, R. G. RAJAN, e L. ZINGALES, *Kill Zone*, in *SSRN*, 2021 (disponibile al: <https://ssrn.com/abstract=3555915>) e A. MINUTO RIZZO, *Digital mergers: Evidence from the venture capital industry suggests that antitrust intervention might be needed*, in *JECLAP*, 2021, p. 4 ss.

⁴² *Ivi*.

Osservate tali strategie, è stato pertanto denunciata l'esistenza di un *gap* all'interno del sistema di controllo delle concentrazioni in quanto le acquisizioni sfuggivano, da un lato, dall'analisi antitrust fondata sulla definizione del mercato rilevante in quanto le acquisizioni delle piattaforme avevano come *target* società attive in mercati contigui e, dall'altro, dalle soglie di fatturato europee e nazionali, essendo le *target* concorrenti nascenti con bassi o inesistenti o anche concorrenti potenziali operanti, tuttavia, in *free-markets*.

2.3 La percezione del *gap* di enforcement

La Commissione, ben prima del 2023, aveva percepito la possibile presenza di un *gap* nel sistema di controllo delle concentrazioni, di cui la fusione *Facebook/WhatsApp* del 2014 fu conferma poiché il fatturato annuo di *WhatsApp* era, al tempo, di soli 10 milioni di dollari con conseguente mancato raggiungimento della dimensione europea. Soprattutto dopo questo caso, la Commissione ha iniziato a chiedersi se il Reg. (CE) n. 139/2004 dovesse ampliare il suo campo di applicazione adottando anche una soglia di valore della transazione, come avviene in altre giurisdizioni⁴³. A partire dal 2016, avviò quindi una consultazione pubblica sulla valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo delle concentrazioni nell'UE. In tale contesto, la Commissione riteneva che il criterio supplementare della soglia del valore della transazione potesse essere idoneo a colmare il *gap* non solo per l'industria digitale, ma anche per altri settori industriali, come quello farmaceutico⁴⁴, in cui un numero considerevole di acquisizioni viene effettuato strategicamente per uccidere potenziali concorrenti (cd. *killer acquisition*). Tuttavia, la maggior parte degli *stakeholder* pubblici e privati non avevano segnalato alcuna lacuna significativa nell'applicazione delle norme, ritenendo che le soglie basate sul fatturato e il meccanismo di rinvio rappresentassero una combinazione ottimale per garantire un'applicazione reattiva delle norme⁴⁵. Anche alla luce delle risposte del pubblico interessato, la consultazione pubblica non portò ad alcuna innovazione nella disciplina del controllo delle concentrazioni.

Successivamente, il *report* Crémer del 2019, esplorava le possibili soluzioni alla percepita lacuna del sistema di controllo delle concentrazioni nell'economia digitale⁴⁶. Il *report*

⁴³ Nel 2017, il Parlamento Austriaco ha emendato la propria legge antitrust (*Kartellgesetz* - KartG) affiancando alle soglie di fatturato delle soglie basate sul valore della transazione (Sezione 9 (4) KartG). Anche la Germania, con l'11° emendamento della legge tedesca sulla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB) del ha previsto delle soglie fondate sul fatturato (Sezione 35(1a) GWB). Il 23 dicembre 2021, le due ANC pubblicavano inoltre la versione inglese delle Linee Guida sulle soglie di valore delle transazioni (Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG).

⁴⁴ Commissione Europea, *Evaluation Roadmap, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, 03/08/2016, (disponibile al: https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2017_comp_003_evaluation.pdf).

⁴⁵ È quanto evidenziato da P. WERNER, S. CLERCKX, H. DE LA BARRE, *Commission Expansionism in EU Merger Control – Fact and Fiction*, in *JECLAP*, 2018, p. 138, e criticato, più recentemente, da R. FADIGA, *Novel Merger Control Practices Expanded the Commission's Jurisdiction to Review Concentrations beyond EUMR Thresholds*, cit., p. 5.

⁴⁶ Cfr. Y. MONTJOYE, H. SCHWEITZER, J. CRÉMER, *Competition policy for the digital era*, cit. p. 110-116.

riconosceva come il mantenimento di una soglia basata sul valore dei fatturati fosse inefficace con riferimento al diffuso fenomeno delle *killer acquisitions* e, più in generale, dell'acquisizione di *target* con specifiche risorse di dati che tuttavia hanno bassi fatturati. Riconosceva quindi come, in questi casi, un criterio fondato sul valore della transazione potesse indurre a esaminare operazioni coinvolgenti *target* molto apprezzati dall'acquirente, che tuttavia presentano un basso fatturato annuo. Tuttavia, il rapporto Crémer osservava come la contropartita di qualsiasi soglia non basata sul fatturato fosse una crescente incertezza giuridica per le imprese, con conseguenze negative per l'efficienza. Infatti, «c'è una linea sottile tra l'introduzione di una soglia di valore della transazione troppo bassa, che cattura troppe transazioni, e una troppo alta, che non ne cattura abbastanza»⁴⁷. Di fronte a queste difficoltà, il *report* Crémer concludeva suggerendo alla Commissione di valutare, da un lato, l'introduzione delle soglie basate sul fatturato ma non prima di aver monitorato l'efficacia delle stesse in Germania e Austria e, dall'altro, l'opportunità di ampliare l'utilizzo del meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 RECC.

Va notato che, in ogni caso, in tale periodo era stato segnalato come l'applicazione di una soglia di valore della transazione potesse non essere risolutiva del problema delle *killer acquisitions* laddove le *target* siano particolarmente economiche⁴⁸. Anche per questo motivo, la *Furman review* proponeva di obbligare le grandi imprese tecnologiche dotate di un potere di mercato duraturo su un mercato *bottleneck* con uno «status di mercato strategico» («strategic market status», SMS)⁴⁹ di notificare qualsiasi acquisizione. In questo modo, le autorità competenti (in questo caso la CMA del Regno Unito) si concentrerebbero sull'acquisizione di piccole imprese innovative valutando l'impatto negativo sui flussi di innovazione senza intervenire sulle soglie di fatturato⁵⁰.

2.4 Gli Orientamenti sull'articolo 22 RECC

Recepite le indicazioni degli esperti, a marzo 2021, la Commissione decise di far fronte alle problematiche sollevate riformando il sistema di rinvio attraverso gli Orientamenti sull'applicazione dell'art. 22 RECC (Orientamenti)⁵¹. L'emissione di tale strumento di

⁴⁷ *Ivi*, p. 114. Traduzione mia («there is a fine line between introducing a transaction value threshold which is too low and captures too many transactions and one which is too high and does not capture enough»).

⁴⁸ M. MOTTA e M. PEITZ, *Big Tech Mergers*, in *IEP*, 2021, p. 13.

⁴⁹ Tale suggerimento è stato successivamente accolto dalla ANC (la CMA, *Consumer and Markets Authority*) e dal legislatore del Regno Unito con la *Digital Markets, Competition and Consumers Bill*, proposta di legge che mira a regolare la concorrenza nei mercati digitali, modificando il *Competition Act* del 1998 e l'*Enterprise Act* del 2002, e imponendo alle imprese aventi SMS di presentare una relazione alla CMA prima di completare alcune fusioni che potrebbero creare rischi per la concorrenza e i consumatori del Regno Unito.

⁵⁰ J. FURMAN *et al.*, *Unlocking Digital Competition*, cit., p. 81-82.

⁵¹ Comunicazione della Commissione Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi, (di seguito Orientamenti) in GUUE C 1, 31/03/2021, p. 1. Il pacchetto è stato annunciato nel comunicato stampa del 26 marzo 2021, vd. Commissione Europea, *Concentrazioni, aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo UE: la Commissione annuncia i risultati della valutazione e le misure di follow-up*, IP/21/1384, 26/03/2021, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_1384).

soft-law fu quindi preceduta unicamente dalla consultazione pubblica del 2016. Infatti, congiuntamente agli Orientamenti, la Commissione pubblicava un documento di lavoro dei servizi sugli aspetti procedurali e giurisdizionali avente ad oggetto i risultati della consultazione del 2016⁵² e una valutazione d'impatto, sulle cui risultanze, è stato recentemente adottato il pacchetto semplificazioni⁵³.

Le riforme, annunciate già a settembre 2020 durante il discorso della vicepresidente Vestager «The future of EU merger control»⁵⁴, sono state ribadite come essenziali per affrontare gli avvenimenti del secolo, come la globalizzazione, la digitalizzazione e la recessione economica provocata dalla pandemia globale da Covid-19. La base fondamentale del progetto di riforma è quella di implementare un sistema sempre più flessibile e diversificato volto, da un lato, ad affrontare con misure o strumenti specifici comportamenti o settori particolari (digitale, farmaceutico⁵⁵ e mercati innovativi) e, dall'altro, a semplificare le procedure per i casi meno preoccupanti. Nell'ambito di tale discorso, prendendo in considerazione la possibilità di introdurre una nuova soglia basata sul valore dell'operazione, la vicepresidente Vestager aveva evidenziato la difficoltà nel fissarla in modo appropriato senza perdere casi rilevanti o essere sommersi da casi irrilevanti. Pertanto, evidenziava come lo strumento del rinvio fosse «un ottimo modo per vedere le fusioni che contano a livello europeo, ma senza catturare molti casi irrilevanti»⁵⁶.

Gli Orientamenti 2021 vengono quindi adottati dalla Commissione per agevolare l'uso del meccanismo di rinvio quale «meccanismo correttivo» del funzionamento delle soglie

⁵² Staff Working Document on the Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26/03/2021. Da questo documento è comunque emersa la divisione tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e gli esperti che denunciano un vuoto nell'applicazione delle norme, e gli *stakeholder* privati che considerano sufficiente la combinazione delle disposizioni nazionali ed europee sul controllo delle concentrazioni.

⁵³ Il *Merger Simplification Package 2023* si compone di (i) Regolamento di esecuzione (UE) 2023/914 della Commissione del 20 aprile 2023 recante esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese e che abroga il regolamento (CE) n. 802/2004, in GUUE L 119, 05/05/2023, p. 22; (ii) Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 160, 05/05/2023, p. 1; (iii) Comunicazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, dell'articolo 13, paragrafo 3, e degli articoli 20 e 22 del regolamento di esecuzione (UE) n. 2023/914 della Commissione, recante esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese e che abroga il regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, in GUUE C 160, 05/05/2023, p. 11.

⁵⁴ Commissione europea, Margrethe Vestager, *The future of EU merger control*, *International Bar Association 24th Annual Competition Conference*, SPEECH/20/2884, 10/09/2020, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2884).

⁵⁵ Il *focus* specifico sull'industria trasparente anche dal gruppo di lavoro multilaterale costituito (composto dalla Commissione, dall'Autorità della concorrenza del Regno Unito (CMA), dal Bureau della Concorrenza del Canada, dalla FTC e dal DOJ degli Stati Uniti e da tre uffici degli avvocati generali degli Stati Uniti) per analizzare gli effetti delle concentrazioni nel settore farmaceutico e armonizzare il loro approccio. Commissione europea, *Competition: The European Commission forms a Multilateral Working Group with leading competition authorities to exchange best practices on pharmaceutical mergers*, IP/21/1203, 16/03/2021, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1203).

⁵⁶ Traduzione mia («excellent way to see the mergers that matter at a European scale, but without bringing a lot of irrelevant cases into the net»), cfr. Commissione europea, Margrethe Vestager, *The future of EU merger control*, *International Bar Association 24th Annual Competition Conference*.

di fatturato, mirando a garantire che il caso sia esaminato dall'autorità o le autorità più competenti per lo svolgimento di una determinata indagine, anche se non inizialmente competenti⁵⁷. Come anticipato, l'art. 22 RECC disciplina il meccanismo di rinvio alla Commissione operabile alla presenza quattro condizioni cumulative: (i) il rinvio è effettuato da uno o più Stati membri, (ii) l'operazione rientra nella nozione di concentrazione di cui all'art. 3 RECC, senza superare le soglie di fatturato dell'art. 1 RECC, (iii) incide sugli scambi tra Stati membri e (iv) rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro o degli Stati membri che presentano la richiesta⁵⁸. L'art. 22 RECC è quindi è «applicabile a tutte le concentrazioni e non solo a quelle che soddisfano i criteri di competenza relativi agli Stati membri che chiedono il rinvio»⁵⁹. Ciò, spiegano gli Orientamenti, emergerebbe chiaramente dalla formulazione, dal percorso legislativo che ha portato alla sua adozione e dalla finalità del meccanismo del *referral*. Infatti, la *Dutch clause*, fu storicamente inclusa nel regolamento sul controllo delle concentrazioni per ovviare all'assenza di regimi nazionali di controllo delle concentrazioni, come nel caso dei Paesi Bassi. Successivamente, con l'implementazione progressiva dei sistemi nazionali di controllo delle concentrazioni (di tutti eccetto il Lussemburgo), la Commissione aveva iniziato a scoraggiare le richieste di rinvio da parte degli Stati membri privi di competenza originaria nell'esaminare l'operazione⁶⁰. Tuttavia, dichiarano gli Orientamenti, alla luce del graduale aumento delle «concentrazioni che coinvolgono imprese con un ruolo concorrenziale significativo, anche se il loro fatturato è modesto o inesistente al momento della concentrazione», in particolare, nel settore digitale, nella farmaceutica e altri settori dove l'innovazione è cruciale, la Commissione intende rivalutare ed incoraggiare i rinvii da parte degli Stati membri, anche se non hanno competenza originaria sul caso⁶¹. Gli Orientamenti specificano quindi «determinate categorie di casi» in cui sarà normalmente opportuno un rinvio fornendo un elenco non esaustivo che mira specificamente ad affrontare le attuali questioni relative alle *killer acquisitions* e, più in generale, all'acquisizione di un concorrente potenziale⁶². Nel medesimo paragrafo, la Commissione specifica che, tra gli indici rivelatori del possibile impatto concorrenziale e strategico dell'operazione, la Commissione potrà tenere conto del valore del corrispettivo ricevuto dal venditore. Pertanto, seppure non introducendo una soglia di valore della transazione, dal paragrafo di evince la volontà della Commissione di voler integrare tale utile criterio, seppur in forma numericamente non qualificata, tra gli altri indici.

In conclusione, la scelta della Commissione di ripristinare e mutare le vesti dell'antico strumento della cd. *Dutch clause*, si colloca all'interno di una stagione di riforme volta a

⁵⁷ Orientamenti, par. 5.

⁵⁸ Prima degli Orientamenti del 2021, la Commissione aveva pubblicato una Comunicazione sul rinvio, nella quale chiariva, ai parr. 42 ss, i requisiti formali da soddisfare per l'operabilità del rinvio ex art. 22 RECC e fattori ulteriori da considerare. Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in GUUE C 56, 05/03/2005, p. 2 ss.

⁵⁹ *Ivi*, par. 6.

⁶⁰ *Ivi*, par. 8.

⁶¹ *Ivi*, parr. 9-11.

⁶² *Ivi*, par. 19.

rinvigorire l'*enforcement* per affrontare le nuove sfide poste dall'era digitale affiancando a cambiamenti e aggiustamenti del quadro giuridico antitrust esistente, il nuovo quadro regolatorio formato dal DMA (a cui andrà ad affiancarsi il sistema di controllo disposto dall'*AI Act*⁶³), il tutto nell'ottica di garantire la massima flessibilità del sistema (con conseguente aumento dell'incertezza giuridica) per consentire l'analisi dei casi che potrebbero avere un reale impatto sul mercato⁶⁴. In questo scenario diviene quindi compito dell'interprete dover compiere, in tempi ristretti, un'analisi completa della transazione utilizzando prima i criteri più certi e classici delle soglie e successivamente, se insoddisfacenti, vagliare la soddisfazione dei numerosi indici e criteri per poter comprendere il grado di rischio dell'operazione. Si comprende quindi come questa elasticità sembra portare ad un sistema quasi bipolare dove i casi più "semplici" proseguono con accelerazione e i casi più complessi sono destinati a cadere in una più ampie incertezze e margini di discrezionalità.

3. Il caso *Illumina/Grail*

Come anticipato, le conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou aggiungono un ulteriore tassello alla saga Illumina – sorta nel dicembre 2020 con una segnalazione sull'operazione indirizzata alla Commissione europea. Prima di giungere dinnanzi al Tribunale UE e alla Corte di Giustizia, il caso ha occupato le società interessate e la Commissione per quattro anni, in cinque differenti procedimenti. Un primo procedimento (M.10188), aperto con l'accettazione dei rinvii operati da diverse ANC, si è concluso con la decisione di proibire l'acquisizione della *target* Grail alla luce dell'impatto significativo sulla concorrenza risultante dalla fusione con Illumina⁶⁵. In parallelo a tale procedimento, la Commissione avviava un procedimento *ex art. 14 RECC* per *gun jumping* (M.10483)⁶⁶, concluso con l'imposizione di una sanzione sia ad Illumina che a

⁶³ Il cd. *AI Act* è stato approvato dal Consiglio il 21 maggio 2024 e entrerà in vigore a breve. Tra le molteplici novità che verranno introdotte da questo innovativo regolamento ci sarà anche la creazione di un AI Office, destinato a lavorare a stretto contatto con DG Comp e l'*High-Level Group* (HLG) per il *Digital Markets Act*. La governance di questi strumenti regolatori sarà quindi sempre più condivisa e sinergica. Cfr. Commissione europea, *High-Level Group for the Digital Markets Act Public Statement on Artificial Intelligence*, 22/05/2024; Consiglio dell'Unione europea, *Artificial intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*, Press release 409/24, 21/05/2024, (disponibile al: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/pdf/>).

⁶⁴ Per un'analisi degli altri casi applicativi dell'art. 22 RECC come da ultimo interpretato si veda N. LEVY, A. M. OLIVER e C. OPDEBEECK-WILSON, *Survey – EU Merger Control Developments*, in *JECLAP*, 2024, p. 1 ss.

⁶⁵ Decisione della Commissione europea nel caso *Illumina/Grail* (COMP/M.10188) C(2021) 5624 del 6 settembre 2022. Commissione europea, *Mergers: Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina*, IP/22/5364, 06/09/2022, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5364).

⁶⁶ Commissione europea, *Mergers: Commission starts investigation for possible breach of the standstill obligation in Illumina / GRAIL transaction*, 20.8.2021, IP/21/4322, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4322).

Grail⁶⁷. Si aprivano quindi altri tre procedimenti per l'imposizione di misure cautelari (M.10493, M.1093), per il disinvestimento di Grail da parte di Illumina e per l'imposizione di misure ristorative (M.10939).

La saga Illumina, oltre a rivestire un'importanza cruciale per valutare la legittimità del nuovo approccio allo strumento del rinvio, ma è anche emblematica per le sue "prime volte". Nel caso Illumina, la Commissione ha fatto per la prima volta uso dello strumento del rinvio *ex art. 22 RECC* per analizzare le concentrazioni sotto le soglie sia europee che nazionali ma ha anche, per la prima volta, sanzionato per *gun jumping* la *target* dell'operazione (seppur per un valore simbolico di 1.000 Euro) avendo la Grail preso parte attivamente alla violazione dell'obbligo di *standstill*. Allo stesso modo, la pronuncia della Corte di Giustizia avrà per la prima volta ad oggetto lo strumento del rinvio di cui all'art. 22 RECC, sulla cui interpretazione nessun giudice UE si era mai pronunciato.

3.1 Le decisioni della Commissione europea

La saga Illumina inizia con l'apertura del procedimento di controllo della concentrazione *Illumina/Grail*, avente ad oggetto l'acquisizione della *start-up* statunitense Grail Inc (ora Grail LLC) da parte della società multinazionale statunitense Illumina Inc per il valore di 7,1 miliardi di dollari. In particolare, Grail è attiva nello sviluppo di innovativi test di rivelamento del cancro attraverso sistemi di sequenziamento di nuova generazione (*next generation sequencing*, NGS), mentre, Illumina, è operativa nell'analisi genomica e fornitrice *leader* di sistemi di sequenziamento di nuova generazione per l'analisi genetica e genomica tra cui NGS. L'accordo e il piano di fusione diretto all'acquisizione del controllo esclusivo di Grail si perfezionavano ormai quattro anni fa, il 20 settembre 2020⁶⁸. L'operazione veniva quindi resa pubblica attraverso un comunicato stampa di Illumina del 21 settembre⁶⁹.

Nel dicembre 2020, dopo aver ricevuto una segnalazione sull'operazione, la Commissione contattava il segnalante, alcune ANC e l'Autorità della concorrenza del Regno Unito (CMA) per poi procedere, il 19 febbraio 2021, a trasmettere alle ANC una lettera di invito ai sensi dell'art. 22, par. 5, RECC. Nella lettera di invito, la CE illustrava le ragioni per cui la concentrazione sembrava soddisfare le condizioni di cui all'art. 22 RECC e degli Orientamenti sull'art. 22 RECC. Il 9 marzo 2021, l'ANC francese procedeva quindi ad operare il rinvio dell'operazione alla Commissione per consentirle di valutare l'operazione nonostante non presentasse una dimensione europea e non rientrasse nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di alcuno Stato Membro. Il 10 marzo, ai sensi dell'art. 22, par. 2, RECC, la Commissione procedeva ad informare le altre ANC del rinvio ricevuto dalla ANC francese. L'11 marzo, la Commissione

⁶⁷ Commissione europea, *Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL for implementing their acquisition without prior merger control approval*, IP/23/3773, 12/07/2023, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3773).

⁶⁸ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit., punto 7, conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punto 10.

⁶⁹ Illumina Inc., *Illumina to Acquire GRAIL to Launch New Era of Cancer Detection*, 21/09/2020, (disponibile al: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2020/Illumina-to-Acquire-GRAIL-to-Launch-New-Era-of-Cancer-Detection/default.aspx>).

procedeva inoltre ad informare le parti dell'operazione della richiesta ricevuta, dichiarando che l'operazione dovesse essere sospesa in osservanza dell'obbligo di *standstill*⁷⁰. Con lettere del 21, 24, e 26 marzo aderivano alla richiesta di rinvio francese altre cinque ANC asserendo che l'operazione minacciasse di incidere in modo significativo sulla concorrenza nel proprio territorio⁷¹. A quest'ultima data, la Commissione aveva appena pubblicato (il 31 marzo) gli Orientamenti sull'art. 22 RECC. Il 19 aprile 2021, le richieste di *referral* venivano accolte dalla Commissione in quanto ritenute *prima facie* soddisfare i criteri per il rinvio⁷². Da un lato, la Commissione sottolineava come l'entità combinata potesse avere un impatto significativo sulla concorrenza in un mercato particolarmente innovativo e rivoluzionario per la lotta contro il cancro. Dall'altro, specificava come il «rinvio di questa transazione [fosse] appropriato poiché l'impatto competitivo di Grail non [era] riflesso nel suo fatturato, come evidenziato in modo significativo dal valore del *deal* di 7,1 miliardi di dollari»⁷³. Questi sospetti furono poi confermati quando, nel luglio 2021, la Commissione annunciava la sua decisione di condurre un'analisi dettagliata di fase II, poi conclusa il 6 settembre 2022 con la decisione di vietare l'operazione. Nella decisione del 6 settembre 2022, la Commissione riteneva che l'operazione avrebbe conferito ad Illumina la capacità e l'incentivo a intraprendere strategie di preclusione nei confronti dei concorrenti di Grail, quali il rifiutarsi di fornire i suoi sistemi NGS, aumentare i prezzi, o peggiorare la qualità e ritardare le forniture. Secondo la Commissione, tali strategie di preclusive, avrebbero potuto ostacolare l'innovazione, riducendo la scelta, le caratteristiche innovative e le prestazioni dei prodotti disponibili per i pazienti, i medici e i sistemi sanitari e aumentando le barriere all'ingresso nel settore dei test di diagnosi del cancro basati su NGS⁷⁴.

Tuttavia, il 18 agosto 2021, Illumina annunciava pubblicamente la sua volontà di completare l'operazione sotto indagine, mentre la revisione della Commissione era ancora in corso⁷⁵. Pertanto, il 20 agosto 2021, la CE apriva una procedura parallela per indagare se il comportamento di Illumina costituisse una violazione dell'obbligo di

⁷⁰ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit., punti 11-15, conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punti 12-16.

⁷¹ *Ivi*, punti 16 e 17.

⁷² Decisioni della Commissione europea nel caso *Illumina/Grail* (COMP/M.10188) C(2021) 2847 final del 10 aprile 2021 e decisioni C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final e C(2021) 2855 final del 19 aprile 2021 che accolgono le richieste delle Autorità Garanti della Concorrenza greca, belga, norvegese, islandese e dei Paesi Bassi di aderire a tale richiesta di rinvio in conformità all'art. 22, par. 2, RECC.

⁷³ Traduzione mia («referral of this transaction is appropriate because GRAIL's competitive significance is not reflected in its turnover, as notably evidenced by the USD 7.1 billion dollar deal value»), così afferma la Commissione nella sua prima nota informativa del 20 aprile 2021; v. Commissione, *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, MEX/21/1846, (disponibile al: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_1846).

⁷⁴ Commissione europea, *Mergers: Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina*, cit.

⁷⁵ Illumina Inc., *Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test*, 18/08/2021, (disponibile al: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>)

standstill previsto dall'art. 7 RECC, che impone alle parti coinvolte in un'operazione di concentrazione di astenersi da qualsiasi atto che possa ostacolare o pregiudicare l'esame da parte della Commissione o l'attuazione della sua decisione⁷⁶. Con la decisione del 12 luglio 2022, Commissione trovava le parti dell'operazioni responsabili della violazione dell'obbligo imposto dalla procedura di controllo delle concentrazioni e imponeva una sanzione di 432 milioni di Euro a Illumina e 1.000 a Grail per l'implementazione della fusione in deliberata violazione dell'obbligo di *standstill*⁷⁷. Inoltre, il 29 ottobre 2021, la Commissione adottava dei provvedimenti cautelari in risposta alla presunta violazione dell'obbligo di *standstill*⁷⁸.

3.2 Il giudizio dinnanzi al Tribunale UE

Nelle more dei procedimenti aperti dalla Commissione, il 28 aprile 2021⁷⁹, Illumina adiva il Tribunale dell'Unione europea richiedendo l'annullamento delle decisioni della Commissione. In particolare, Illumina ricorreva avverso la decisione C(2021) 2847 final del 19 aprile 2021, con la quale la Commissione accettava il rinvio proposto dall'ANC francese, le decisioni con le quali replicava e accoglieva le adesioni al rinvio francese da parte delle altre cinque ANC e la lettera di invito *ex art. 22*, par. 5, RECC con la quale la Commissione avvertiva le ANC dell'operazione richiedendo un rinvio dell'operazione. I motivi addotti da Illumina a sostegno dell'annullamento e sostenuti dall'interveniente Grail⁸⁰ riguardavano (I) l'incompetenza della Commissione ad analizzare un'operazione di concentrazione che lo Stato membro operante il rinvio non avrebbe competenza ad

⁷⁶ Commissione europea, *Mergers: Commission starts investigation for possible breach of the standstill obligation in Illumina / GRAIL transaction*, cit.

⁷⁷ Commissione europea, *Mergers: Commission fines Illumina and GRAIL for implementing their acquisition without prior merger control approval*, cit.

⁷⁸ La Commissione imponeva (i) ad Illumina l'obbligo di finanziare i fondi aggiuntivi necessari per il funzionamento e lo sviluppo di Grail; (ii) di mantenere le interazioni commerciali tra le parti a condizioni di mercato senza alcun favoreggiamento indebito di Grail a scapito dei suoi concorrenti; (iii) a Grail di lavorare attivamente su opzioni alternative alla transazione per prepararsi al possibile scenario di annullamento dell'operazione. Commissione europea, *Illumina/Grail* (caso COMP/M.10493).

⁷⁹ Il ricorso è stato presentato al Tribunale UE dopo due prime sconfitte per Illumina e Grail dinnanzi a Tribunali nazionali. Infatti, il 20 aprile 2021, il Consiglio di Stato (*Conseil d'Etat*) francese ha respinto la richiesta di Illumina di sospendere il rinvio effettuato dalla FCA. Illumina ha sostenuto che la FCA ha commesso un errore di diritto e non ha rispettato il principio di certezza del diritto avendo richiesto l'analisi della transazione sulla base del fatto che fosse «probabile» che la stessa producesse effetti anticoncorrenziali, quando il rinvio della transazione dovrebbe essere riservato ai casi in cui gli effetti anticoncorrenziali siano «evidenti» e «particolarmente gravi». Parallelamente, Illumina e Grail hanno cercato di impedire all'ANC dei Paesi Bassi (ACM) di aderire alla richiesta di rinvio avviata dalla ANC francese facendo valere le proprie ragioni dinnanzi alla Corte dell'Aia. Anche in questo caso, la Corte dell'Aia ha respinto le argomentazioni sollevate da Illumina e Grail. Cfr. J. MARTHAN et al., *Latest developments on the Article 22 RECC referral mechanism: the only thing that's certain is the uncertainty*, in *White & Case*, (disponibile al: <https://www.whitecase.com/publications/alert/latest-developments-article-22-RECC-referral-mechanism-only-thing-thats-certain>).

⁸⁰ Con atto presentato il 7 giugno 2021, Grail chiedeva di intervenire a sostegno delle ragioni della ricorrente. Il Tribunale, ritenuto sussistente l'interesse ad intervenire ammetteva tale intervento. Tuttavia, avendo le parti della transazione compiuto *gun jumping* perfezionando l'operazione in pendenza del procedimento di analisi dell'operazione dinnanzi alla Commissione nonché nelle more del giudizio pendente dinnanzi al Tribunale, il Tribunale EU, accogliendo le doglianze della Commissione, ha successivamente ritenuto non sussistente l'interesse ad agire.

esaminare; (2) la tardività della Commissione ad inviare la lettera di rinvio e, in subordine, come tale tardività avesse violato il principio di certezza del diritto e buona amministrazione; (3) la violazione dei principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento alla luce dell'indicazione da parte di un membro della Commissione del fatto che la politica della concorrenza non sarebbe cambiata prima dell'adozione degli Orientamenti sul rinvio.

Il 13 luglio 2022, il Tribunale UE respingeva il ricorso⁸¹, condannando Illumina a sopportare le proprie spese e quelle sostenute dalla Commissione e condannando la Repubblica ellenica, la Repubblica francese, il Regno dei Paesi Bassi, l'ESA e la Grail a sopportare le proprie spese.

In primo luogo, in merito alla asserita incompetenza della Commissione, il Tribunale, era giunto alla conclusione che un'interpretazione «letterale, storica, contestuale e teleologica» dell'art. 22 RECC confermi che gli Stati membri possano chiedere alla Commissione di esaminare una concentrazione che non ha dimensione comunitaria, anche se non sono competenti a esaminare tale concentrazione ai sensi del diritto nazionale⁸². In particolare, secondo il Tribunale, la lettera dell'art. 22, par. 1, 1° c., enuncia in maniera esaustiva «condizioni di applicazione chiare e precise che restringono sensibilmente il margine di manovra della Commissione»⁸³ tra cui non figura né esplicitamente né implicitamente alcuna specificazione circa la necessaria competenza dello Stato membro ad analizzare l'operazione⁸⁴. Tali condizioni sono infatti coerenti con uno degli obiettivi dell'art. 22 RECC, ossia quello di «consentire, in quanto “meccanismo correttivo”, un controllo efficace di tutte le concentrazioni che possono ostacolare in maniera significativa una concorrenza effettiva nel mercato interno e che si sottraggono, a causa del superamento delle soglie di fatturato, alle normative in materia di controllo delle concentrazioni dell'Unione e degli Stati membri»⁸⁵. L'utilizzo dello strumento del rinvio in presenza delle quattro condizioni cumulative darebbe quindi conferma della propria natura eccezionale, quale meccanismo giurisdizionale sussidiario alle soglie di cui all'art. 1 RECC, destinato a trovare applicazione in un numero limitato di casi⁸⁶. Tale interpretazione sarebbe quindi conforme al principio di attribuzione delle competenze, di sussidiarietà e proporzionalità nonché garantirebbe sufficiente certezza giuridica⁸⁷. Le decisioni impugnate avrebbero pertanto applicato correttamente l'art. 22 RECC.

In secondo luogo, quanto alla tardività della Commissione nell'invio della richiesta di rinvio, il Tribunale ricordava che, l'art. 22, par. 1, 2° c., RECC, fa dipendere l'inizio del termine di quindici giorni lavorativi da due condizioni alternative: la prima sarebbe la notificazione della concentrazione, qualora fossero state superate delle soglie nazionali, la seconda sarebbe il momento in cui l'operazione è stata «resa nota» allo Stato membro

⁸¹ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit.

⁸² *Ivi*, punto 183.

⁸³ *Ivi*, punto 171.

⁸⁴ Si tratta delle quattro condizioni cumulative ricordate *supra* al par. 2.4. *Ivi*, punti 89-90.

⁸⁵ *Ivi*, punto 177.

⁸⁶ *Ivi*, punto 182.

⁸⁷ *Ivi*, punti 156, 165, 172, 173

interessato⁸⁸. Quanto alla corretta interpretazione del termine «resa nota», il Tribunale concludeva sostenendo che debba essere inteso come una trasmissione attiva (generalmente da parte delle parti dell'operazione stesse) di informazioni allo Stato membro interessato, tali da consentirgli di valutare, in via preliminare, se le condizioni richieste ai fini di una richiesta di rinvio siano soddisfatte⁸⁹. Nel caso di specie, pertanto, tale termine di quindici giorni sarebbe stato rispettato – nonostante le parti dell'operazione non abbiano trasmesso alcuna notizia alle ANC – dal momento in cui la Commissione ha trasmesso alle ANC la prima lettera di invito a disporre il rinvio (19 febbraio 2021)⁹⁰. Il secondo motivo merita quindi il rigetto.

In terzo e ultimo luogo, il Tribunale respinge anche il motivo relativo alla violazione dei principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, ritenendo che le parti dell'operazione non abbiano fornito sufficiente prova delle circostanze necessarie ad avvalersi di tale principio. In particolare, le ricorrenti avevano sostenuto come, secondo la politica e prassi applicativa della Commissione presente al momento dell'operazione (20 settembre 2020), la Commissione non avrebbe accettato un rinvio da parte di ANC prive di competenza. Le ricorrenti avevano inoltre fatto affidamento sul sopracitato discorso della vicepresidente Vestager dell'11 settembre 2020⁹¹ nel quale la Commissione annunciava la propria volontà di modificare la propria politica in materia di controllo delle concentrazioni tramite la futura pubblicazione degli Orientamenti sull'art. 22 RECC (avvenuta il 31 marzo 2021)⁹². In ogni caso, il Tribunale ricorda che per potersi utilmente avvalere del principio del legittimo affidamento, spetta all'interessato dimostrare di aver ottenuto dalle autorità competenti dell'Unione rassicurazioni «precise, incondizionate e concordanti», provenienti da «fonti autorizzate ed affidabili», idonee ad ingenerare in lui aspettative fondate⁹³. Dal momento che nessuna di tali condizioni è realizzata nel caso di specie, anche il terzo motivo merita il rigetto.

3.3 L'appello pendente presso la Corte di Giustizia

Disattese in toto le doglianze delle parti dell'operazione, il 22 e il 30 settembre 2022, Illumina (causa C-611/22 P) e Grail (causa C-625/22 P) impugnavano la sentenza del Tribunale UE dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁹⁴. Come anticipato, l'esito del giudizio di appello sarà determinante per chiarire la portata dell'art. 22 RECC e la legittimità del nuovo *trend* di *enforcement* in materia di controllo delle concentrazioni. Frattanto, il 21 marzo 2024, l'AG Emiliou ha pubblicato le sue

⁸⁸ *Ivi*, punto 191.

⁸⁹ *Ivi*, punti 204-211.

⁹⁰ *Ivi*, punto 214.

⁹¹ Si tratta del discorso «The future of EU merger control» citato *supra* al par. 2.4.

⁹² *Ivi*, punto 251.

⁹³ *Ivi*, punto 254.

⁹⁴ Impugnazione proposta il 22 settembre 2022 dalla Illumina, Inc. avverso la sentenza del Tribunale (Terza Sezione ampliata) del 13 luglio 2022, causa T-227/21, *Illumina/Commissione*, causa C-611/22 P, GUUE C 432, 14/11/2022, p. 13 ss; e Impugnazione proposta il 30 settembre 2022 dalla Grail LLC avverso la sentenza del Tribunale (Terza Sezione ampliata) del 13 luglio 2022, causa T-227/21, *Illumina/Commissione*, causa C-625/22 P, in GUUE C 451, 28/11/2022, p. 13 ss.

conclusioni⁹⁵. La forza dirompente e la capacità dell'oratoria forense dimostrata dall'AG, sollevano dubbi sul possibile esito dell'impugnativa. Infatti, le conclusioni portano all'interno del dibattito istituzionale argomentazioni, dubbi, perplessità circa la legittimità dell'utilizzo dello strumento dei *referral* promosso dalla Commissione già sollevate in altre sedi da esperti e autorità garanti.

Come si vedrà in dettaglio di seguito, nelle proprie conclusioni, l'AG propone alla Corte di Giustizia di accogliere il primo motivo di ricorso riguardante la portata effettiva dell'art. 22, par. 1, Reg. (CE) n. 139/2004, con conseguente annullamento della sentenza impugnata e della decisione della Commissione di accettazione del rinvio operato dalle autorità nazionali della concorrenza. Di converso, secondo l'AG, non meritano di essere accolte le doglianze di Illumina e Grail riguardanti la presunta tardività della richiesta di rinvio e la violazione del principio di certezza del diritto e tutela del principio di legittimo affidamento⁹⁶.

Le conclusioni dell'AG Emiliou, giungono a tale risultato procedendo a destituire di fondamento ogni tesi ed affermazione del Tribunale. Seguendo il percorso adottato dai Giudici nella sentenza impugnata, le conclusioni vagliano la bontà dell'applicazione delle tecniche interpretative impiegate partendo da un'indagine inerente al senso letterale (punti 52-69), per poi passare all'interpretazione storica (punti 70-110), contestuale (punti 111-170) e teleologica (punti 171-214) dell'art. 22, par. 1, RECC. Successivamente, l'AG effettua un'analisi del secondo motivo, inerente ai termini per la richiesta di rinvio e obbligo della Commissione di agire entro un termine ragionevole (punti 236-249), per poi concludere con il terzo motivo, riguardante i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto (punti 250-263).

I. I limiti dell'interpretazione letterale del Tribunale: un'analisi svolta in «isolamento clinico»

L'AG evidenzia come la questione centrale nel caso in analisi ruota attorno alla portata effettiva dell'art. 22, par. 1, 1° c., RECC che, per chiarezza espositiva, si riporta di seguito: «1. Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'art. 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta».

⁹⁵ Conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit.

⁹⁶ Le parti dell'operazione hanno chiesto alla Corte di Giustizia di annullare la sentenza del Tribunale sulla base dei seguenti motivi: il Tribunale avrebbe (I) errato in diritto nell'interpretare il significato e la portata dell'art. 22, par. 1, RECC in modo da autorizzare uno Stato Membro avente una normativa nazionale sul controllo delle concentrazioni a chiedere un rinvio alla Commissione in ordine ad una concentrazione che non soddisfa le condizioni per essere esaminata ai sensi della sua stessa normativa nazionale sul controllo delle concentrazioni, (II) errato in diritto nel rigettare le argomentazioni di Illumina sulla tardività della richiesta di rinvio, interpretando erroneamente il termine «resa nota» dell'art. 22 RECC, (III) errato in diritto nel rigettare l'allegazione di Illumina secondo la quale la stessa avrebbe riposto un legittimo affidamento nel fatto che nessun cambiamento nella politica della Commissione sarebbe stato applicato prima dell'emanazione di Orientamenti e/o che l'attivo incoraggiamento della Commissione nei confronti degli Stati membri a richiedere un rinvio era contrario al principio della certezza del diritto.

Secondo il Tribunale, la Commissione interpreta correttamente tale disposizione ritenendo che la stessa legittimi la CE a chiedere il rinvio e quindi esaminare anche quelle operazioni di concentrazione che non abbiano superato le soglie nazionali dello Stato membro che richiede il rinvio. Tuttavia, diversamente rispetto alla Commissione, il Tribunale così come l'AG ritengono necessario procedere ad ulteriori e più approfondite analisi. L'AG critica aspramente l'approccio semplicistico della Commissione, avvallato in parte dal Tribunale: secondo le conclusioni, il diritto dell'Unione non consentirebbe all'interprete di arrestarsi nei propri sforzi interpretativi esaminando un singolo comma del regolamento dell'Unione sulle concentrazioni in «isolamento clinico» rispetto al resto della disposizione nonché rispetto al resto del regolamento, né di inferire quanto non incluso espressamente. È infatti errato, precisa l'AG, ritenere che, poiché qualcosa non sia espressamente escluso (che gli Stati membri dotati di un sistema nazionale di controllo delle concentrazioni possano rinviare anche casi che non rientrano nei loro sistemi) possa, alla luce dell'ampiezza della disposizione, essere automaticamente incluso⁹⁷. In altre parole, secondo l'AG, per poter affermare che l'art. 22 copra anche casi di rinvio operati da ANC sfornite di competenza ad analizzare l'operazione, il testo normativo dovrebbe recare una formulazione esplicita e non ambigua.

Inoltre, non solo non sarebbe possibile inferire quanto sostenuto dalla Commissione da una disposizione ampia e generica come quella in questione, ma ulteriori elementi testuali contraddirebbero l'interpretazione della Commissione e del Tribunale⁹⁸.

(i) Il primo di questi elementi sarebbe rinvenibile nella rubrica stessa della disposizione, ossia «[r]eferral to the Commission». Il termine «rinvio» implicherebbe, per la maggior parte delle versioni linguistiche della disposizione, casi che sarebbero attualmente o potenzialmente pendenti presso le autorità nazionali e successivamente rinviati alla Commissione, coerentemente al principio generale di *nemo dat quod non habet*⁹⁹.

(ii) In secondo luogo, a scontrarsi con l'interpretazione proposta della Commissione sarebbe anche una delle condizioni per il *referral* previste dal 1° c., ossia che l'operazione «rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta». Secondo l'AG, tale formulazione sarebbe evidentemente coerente allo scopo originario della *Dutch clause*, ossia quella di permettere l'esame di concentrazioni suscettibili di falsare la concorrenza in uno Stato membro privo di un sistema nazionale di controllo delle concentrazioni, sia con lo scopo successivo del meccanismo del rinvio, mutato dal legislatore (e non dall'interpretazione della Commissione) con le successive modifiche del 1997 e del 2004, dirette a rafforzare il carattere di sportello unico del sistema di *merger control* ed evitare le notifiche multiple a livello nazionale. Di converso, l'interpretazione proposta dal Tribunale, tradirebbe il significato originario e successivo della disposizione, non essendo coerente ai predetti obiettivi la visione del meccanismo del *referral* come «correttivo» adoperato per

⁹⁷ Conclusioni AG Nicholas Emiliou, *Illumina c. Commissione e Grail c. Illumina e Commissione*, cit., punti 53-59.

⁹⁸ *Ivi*, punto 64.

⁹⁹ *Ivi*, punto 65.

consentire l'esame delle concentrazioni che inciderebbero «nel mercato interno» seppur non rientranti né nei criteri UE né in quelli nazionali. Se ciò fosse vero, afferma l'AG, il legislatore UE avrebbe fatto riferimento al mercato interno e non unicamente alle restrizioni della concorrenza che si verificano «nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta»¹⁰⁰.

Alla luce di questi due primi rilievi, idonei a sollevare almeno qualche dubbio circa la linearità e semplicità dell'approccio interpretativo della Commissione, l'AG ritiene che per determinare il significato e la portata esatti dell'art. 22, par. 1, RECC sia necessario ricorrere agli altri metodi di interpretazione, storici, contestuali e teleologici adottati dalla Corte di Giustizia.

II. L'interpretazione storica, le verità “lapalassiane” e la questione ignorata

Nella sentenza impugnata, il Tribunale aveva sostenuto che l'interpretazione storica conferma che l'art. 22, par. 1, 1° c., RECC consente ad uno Stato membro di rinviare alla Commissione concentrazioni che non raggiungono le soglie di fatturato ma che rischiano di avere effetti transfrontalieri significativi indipendentemente dalla portata della sua normativa nazionale¹⁰¹. Per contraddire tale tesi, l'AG solleva quattro punti.

(i) In primo luogo, i documenti presi in considerazione dalla sentenza impugnata presentano due limiti intrinseci, tali da renderli inadatti a sostenere le conclusioni desiderate dalla Commissione: essi sono tutti redatti dalla Commissione stessa (e nessuno dal Consiglio UE) e tutti successivi all'adozione del sistema europeo di controllo delle concentrazioni. Piuttosto, evidenzia l'AG, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare i documenti preparatori alla prima promulgazione del Regolamento concentrazioni del 1989, quando il meccanismo del rinvio fu ideato, e non quelli successivi¹⁰².

(ii) In secondo luogo, anche i passaggi dei documenti selezionati dal Tribunale e citati per corroborare le proprie tesi non sarebbero affidabili. Infatti, se per l'AG riconosce è una verità «lapalassiana» che il meccanismo di rinvio si applica alle concentrazioni con effetti transfrontalieri che non soddisfano le soglie di cui all'art. 1 RECC, possa essere utilizzato sia dagli Stati membri che non dispongono di un sistema di controllo delle concentrazioni sia da quelli non ne dispongono, nonché che sia stato modificato nel corso del tempo al fine di ampliarne gli obiettivi e renderne possibile un uso più frequente. Ciononostante, sostiene l'AG, queste verità – sulle quali il Tribunale fonda la propria decisione – ignorano la questione fondamentale: se l'art. 22, par. 1, 1° c., RECC consenta o meno agli Stati membri che dispongono di un sistema nazionale di controllo delle concentrazioni di rinviare casi anche se non rientranti nella loro competenza¹⁰³.

(iii) In terzo luogo, volendo dimostrare come il Tribunale abbia errato in diritto nell'analizzare tali documenti in maniera parziale, senza darvi una lettura complessiva, l'AG trae conseguenze differenti dai medesimi documenti. Ad esempio, con riferimento al Libro Verde del 2001, l'AG evidenzia come il documento indicasse che gli obiettivi del

¹⁰⁰ *Ivi*, punti 66-67.

¹⁰¹ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit., punto 116.

¹⁰² Conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punto 72.

¹⁰³ *Ivi*, punti 80-83.

documento («rafforzare l'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza alle operazioni che presentano effetti transfrontalieri, nonché il funzionamento dello "sportello unico", e risolvere il problema delle notificazioni multiple») dovessero essere raggiunti garantendo che i casi che portano a notifiche multiple a livello nazionale potessero essere trattati dalla Commissione. Logicamente, se gli obiettivi perseguiti sono volti a rendere efficiente il sistema di allocazione giurisdizionale, lo Stato membro che si serve del rinvio dovrà essere competente secondo il proprio regime nazionale, altrimenti non si porrebbe nemmeno un problema di ripartizione delle competenze. Lo stesso, sostiene l'AG, si può desumere dal *proposal* della Commissione del 2003, il quale riconosceva che al di fuori del Lussemburgo – unico stato a non essersi dotato di un sistema di controllo delle concentrazioni – l'uso dello strumento non fosse escluso ma fosse decisamente limitato¹⁰⁴.

(iv) In quarto luogo, l'AG evidenzia come gli errori compiuti dal Tribunale diventino ancora più evidenti se si considerano i *travaux préparatoires* di cui è parte anche il Consiglio e non unicamente la Commissione. Egli osserva che, tra la grande quantità dei documenti dei lavori preparatori relativi alla versione originale del Regolamento sul controllo delle concentrazioni, nessuno indicherebbe che il meccanismo di rinvio contenuto nell'art. 22 RECC abbia un obiettivo «correttivo», come sostenuto dalla Commissione e supportato dal Tribunale¹⁰⁵.

III. Il contesto mancato

Nell'analisi dell'interpretazione contestuale del Tribunale, l'AG procede in modo capillare, dimostrando come la maggior parte dei fattori contestuali esaminati dalla sentenza impugnata supportino un'interpretazione restrittiva della disposizione.

(i) In primo luogo, le conclusioni prendono in considerazione le disposizioni del Reg. (CE) n. 139/2004 diverse dall'art. 22 RECC richiamate nella sentenza impugnata. Secondo l'AG, da una lettura contestuale di nessuna di queste disposizioni (né della base giuridica del Reg. (CE) n. 139/2004¹⁰⁶, né l'art. 1 RECC, che definisce l'ambito di applicazione del regolamento, né l'art. 4, par. 5, RECC, che prevede un altro meccanismo di rinvio) è possibile ricevere risposta alla questione realmente controversa: ossia quali concentrazioni sotto-soglia possano essere esaminate dalla Commissione ai sensi dell'art. 22 di tale regolamento¹⁰⁷.

(ii) In secondo luogo, l'AG Emiliou procede a confutare, disposizione per disposizione, l'interpretazione contestuale dei paragrafi e commi che compongono l'art. 22 RECC. Tra queste, colpisce l'analisi considerando n. 15 RECC che specifica come «[g]li altri Stati membri altresì competenti per esaminare la concentrazione dovrebbero avere la facoltà di aderire alla richiesta [di rinvio]». Dal considerando si desumerebbe quindi che lo Stato

¹⁰⁴ *Ivi*, punti 85-93.

¹⁰⁵ *Ivi*, punti 97-93.

¹⁰⁶ Ossia gli artt. 103 e 352 TFUE. Nel giudizio pendente dinanzi al Tribunale, la Commissione aveva sostenuto che l'uso dell'art. 352 TFUE da parte del legislatore dell'Unione fosse volto a conferire dei poteri d'azione aggiuntivi, *ivi* (indirettamente) compreso quello di chiedere alla Commissione di riesaminare una determinata concentrazione, anche se la legislazione nazionale non prevede tale facoltà. *Ivi*, punto 116.

¹⁰⁷ *Ivi*, punti 114-118.

membro che effettua il rinvio debba essere competente, in forza del diritto nazionale, a controllare la concentrazione di cui trattasi¹⁰⁸. Sempre il considerando n. 15 RECC, infatti, stabilisce inoltre che, ai sensi dell'art. 22 RECC, la Commissione acquisisce «il potere di esaminare e trattare un caso di concentrazione per conto di uno o più Stati membri richiedenti». La formulazione di questo considerando risulta difficile da conciliare con una disposizione che, secondo la Commissione e il Tribunale, attribuirebbe alla Commissione il potere di controllare alcune concentrazioni che influenzano la concorrenza nel mercato interno. Se il problema riguarda unicamente il mercato interno, perché la Commissione dovrebbe agire «nell'interesse», «in vece» «in nome»¹⁰⁹ di un'Autorità nazionale, specialmente se questa non è competente a controllare la concentrazione in questione? Chiede l'AG¹¹⁰.

In conclusione, secondo l'AG, su 12 elementi di contesto esaminati nella sentenza impugnata¹¹¹, sette sono stati considerati irrilevanti ai fini dell'interpretazione dell'art. 22, par. 1, 1° c., RECC, uno è stato menzionato al fine di corroborare un punto non controverso e, di conseguenza, unicamente quattro sembrano supportare la tesi del Tribunale ma, tuttavia, tre di essi sono stati valutati erroneamente¹¹².

IV. L'interpretazione teleologica e il *sandwich* di competenze

(i) Le conclusioni proseguono quindi con un'interpretazione teleologica dell'art. 22, par. 1, 1° c., RECC evidenziando come, nella sentenza impugnata, il Tribunale abbia errato nell'interpretare i considerando del Reg. (CE) n. 139/2004 e, in particolare, del considerando n. 11. Nella sentenza impugnata, il Tribunale aveva sostenuto come i meccanismi di rinvio fossero delineati come un «meccanismo correttivo» – come recita il considerando 11¹¹³ – ossia come uno «strumento inteso a colmare le lacune nel controllo inerenti ad un sistema fondato principalmente su soglie di fatturato, il quale, a causa del suo carattere rigido, non è idoneo a coprire tutte le operazioni di concentrazione che meritano un esame a livello europeo»¹¹⁴. Secondo l'AG, anche in questo caso il Tribunale avrebbe errato nell'interpretare la disposizione estrapolandola dal suo contesto: gli altri considerando (nn. 8, 9-10 e 12) definiscono i principi di base in tema di ripartizioni di competenze tra Commissione e ANC (n. 8), trattano delle soglie di fatturato quali criterio principale di attribuzione della competenza della Commissione (nn. 9-10), per poi trattare le concentrazioni che si collocano al di sotto di tali soglie ma che potrebbero essere soggette a notifiche multiple dalle ANC competenti (n. 12). L'insieme di queste

¹⁰⁸ *Ivi*, punto 131.

¹⁰⁹ Le altre espressioni utilizzate sono, ad esempio, in inglese «*on behalf of*», tedesco «*für*», greco «*για λογαριασμό*», spagnolo «*en nombre de*», francese «*au nom d[e]*», riporta l'AG.

¹¹⁰ *Ivi*, punto 165.

¹¹¹ Compendenti la base giuridica, l'art. 1, parr. 1 e 2, l'art. 4, par. 5, RECC analizzati dall'AG dai punti 114 al 122 e nove commi dell'art. 22 RECC analizzati dai punti 130 al 138.

¹¹² *Ivi*, punti 149-150.

¹¹³ RECC, considerando n. 11 «Le regole che disciplinano il rinvio dell'esame delle concentrazioni dalla Commissione agli Stati membri e dagli Stati membri alla Commissione dovrebbero costituire un efficace meccanismo correttivo alla luce del principio di sussidiarietà; dette regole tutelano opportunamente gli interessi degli Stati membri in materia di concorrenza e tengono conto della necessità della certezza del diritto e del principio dello sportello unico».

¹¹⁴ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit., punto 142.

disposizioni suggerirebbe una funzione correttiva differente da quella descritta dal Tribunale, che è correttiva non delle soglie di fatturato ma bensì della ripartizione delle competenze tra la Commissione e le ANC. Tant'è che il testo del considerando n. 11 specifica come il rinvio rappresenti uno strumento volto a «costituire un efficace meccanismo correttivo alla luce del principio di sussidiarietà» nonché a tutelare «gli interessi degli Stati membri in materia di concorrenza» il tutto tenendo conto della «necessità della certezza del diritto e del principio dello sportello unico»: da tali elementi, evidenzia l'AG, emerge chiaramente come l'obiettivo di tale strumento sia quello di garantire una corretta allocazione dei casi, assicurando un'unica procedura centralizzata, in situazioni in cui la concorrenza è pregiudicata a livello locale e non a livello del mercato interno¹¹⁵.

(ii) Giungendo alla parte più dirompente delle critiche dell'AG Emiliou, le conclusioni evidenziano come il Tribunale, facendo significativo affidamento al preambolo del Reg. (CE) n. 139/2004, fosse giunto a sostenere come l'obiettivo del rinvio quale meccanismo correttivo fosse coerente con l'obiettivo del regolamento di «consentire un controllo efficace di tutte le concentrazioni aventi effetti significativi sulla struttura della concorrenza nell'Unione»¹¹⁶. Sul punto, l'AG evidenzia anzitutto come, nonostante sia indubbio che tale obiettivo sia la *raison d'être* del regolamento, sia errato ritenere che lo stesso abbia un unico obiettivo essendo, tra l'altro, espressamente dichiarato all'art. 2 RECC che le concentrazioni debbano essere valutate conformemente con «gli obiettivi» del regolamento¹¹⁷. Le conclusioni ritengono pertanto che, all'obiettivo individuato dal Tribunale, debba affiancarsi l'obiettivo di (a) istituire un sistema in cui la competenza in materia di concentrazioni sia condivisa tra Commissione e ANC secondo un principio di sussidiarietà, (b) assicurare un sistema di sportello unico, ma soprattutto, (c) realizzare un sistema efficiente e prevedibile al fine di garantire certezza del diritto per le imprese coinvolte¹¹⁸.

Ritornando sull'obiettivo individuato al preambolo del regolamento, le conclusioni specificano come, seppur tale obiettivo sia condiviso a livello globale e non sia una peculiarità del sistema europeo, all'interno dell'UE la necessità di certezza giuridica e prevedibilità assume un'importanza ancora più cruciale non solo alla luce della complessità aggiuntiva data dalla coesistenza di diverse autorità di controllo e di singoli sistemi per ciascuno Stato membro, ma soprattutto per il divieto globale di portare a termine l'operazione¹¹⁹. Pertanto, in un sistema siffatto, l'interpretazione proposta dal Tribunale dell'art. 22 RECC, ancorché coerente all'obiettivo primario di assicurare un sistema di controllo efficace, ossia capace di «includer[e] le concentrazioni potenzialmente pregiudizievoli», contrasta con gli altri obiettivi del regolamento e altera «l'equilibrio tra di essi che il legislatore dell'Unione ha inteso stabilire»¹²⁰.

¹¹⁵ Conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punti 177-182.

¹¹⁶ Trib. UE, *Illumina c. Commissione*, cit., punto 140.

¹¹⁷ Conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punto 192

¹¹⁸ *Ivi*, punti 189-193.

¹¹⁹ *Ivi*, punto 195.

¹²⁰ *Ivi*, punti 197-198.

In particolare, tale obiettivo contrasterebbe:

(a) con il principio di precisa ripartizione delle competenze. L'AG evidenzia come il «sandwich» di competenze – formato da Commissione (grandi concentrazioni) / ANC (concentrazioni al di sotto delle soglie UE ma al di sopra delle soglie nazionali) / Commissione (concentrazioni al di sotto delle soglie nazionali) – derivante dall'art. 22 RECC così come interpretato dal Tribunale, risulta evidentemente in contrasto con un sistema di *merger control* fondato su un principio di precisa ripartizione delle competenze¹²¹.

(b) Con il principio dello sportello unico. Focalizzandosi sulle implicazioni pratiche dell'attuale interpretazione, l'AG mette in luce come, sottolinea che seguendo le direttive della Commissione, anche le transazioni che non raggiungono la soglia di notifica dovrebbero essere sospese dalle parti coinvolte. Questo comporterebbe un processo di notifica a potenzialmente tutte le 30 autorità dei diversi Stati membri dell'Unione del SEE/AELS, al fine di rispettare il periodo di 15 giorni lavorativi previsto dal 2° comma per valutare se le condizioni di cui al 1° comma siano soddisfatte (se la concentrazione incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro in questione). Inoltre, a gravare sul corretto funzionamento del meccanismo del *one-stop-shop* sarebbe l'eventualità in cui una ANC non competente decidesse di azionare il rinvio mentre altre ANC competenti decidono di aprire una procedura nazionale con conseguente pendenza di diversi procedimenti per la medesima operazione¹²². Questo scenario – tra l'altro, già verificatosi nel secondo caso applicativo dell'art. 22 RECC *Meta/Kustomer* (M. 10262)¹²³ – potrebbe portare a un rallentamento del processo decisionale e a una maggiore complessità amministrativa per le parti coinvolte.

(c) Con l'obiettivo di realizzare un sistema efficiente e prevedibile al fine di garantire certezza del diritto per le imprese coinvolte. L'AG dubita della efficienza di un sistema che richiede alle imprese di inviare numerose notifiche informali, ma dettagliate, a ogni autorità competente, al fine di ottenere certezza sul fatto che il meccanismo di rinvio non verrà utilizzato. Inoltre, a pesare ulteriormente sull'inadeguatezza di tale procedura è la totale assenza di disposizioni procedurali volte a regolare con certezza coloro che possono attivare la procedura (unicamente le imprese coinvolte o terzi?), i termini (da quando decorrono i 15 giorni lavorativi per adottare una decisione?), quali informazioni debbano essere trasmesse, in che forma (debbono essere utilizzati come modelli i formulari ufficiali di notifica dell'Unione), che lingua debba essere utilizzata (tutte le ANC accettano l'utilizzo dell'inglese anche se le informazioni devono essere dettagliate?)¹²⁴.

¹²¹ *Ivi*, punto 199.

¹²² *Ivi*, punti 201-205.

¹²³ Nel caso citato, l'ANC austriaca ha rinviato alla Commissione l'acquisizione da parte di Meta della società di software Kustomer, mentre la il Bundeskartellamt tedesco ha aperto una procedura nazionale. Di conseguenza, la Commissione e il Bundeskartellamt tedesco hanno esaminato la concentrazione in parallelo, poiché il rinvio dell'Austria non ha conferito alla Commissione una competenza esclusiva. Commissione europea, decisione nel caso *Meta/Kustomer* (COMP/M.10262) [2022] C(2022) 409 final del 27 gennaio 2022; Bundeskartellamt, *Meta/Kustomer* (B6-37/21) del 9 dicembre 2021.

¹²⁴ Conclusioni AG Emiliou, *Illumina e Grail c. Commissione*, cit., punti 206-214.

V. Ulteriori problemi sistematici derivanti da un'interpretazione ampia dell'art. 22, par. 1, 1° c.

In conclusione, l'AG mette in evidenza alcuni ulteriori problemi sistematici che vengono sollevati dall'ampliamento dell'ambito applicativo dello strumento del *referral*. Anzitutto, a preoccupare l'AG Emiliou è l'eccessivo ampliamento della competenza della Commissione. Attraverso l'art. 22 RECC, così come interpretato, la Commissione ha il potere di esaminare praticamente tutte le concentrazioni globali, indipendentemente dal fatturato, dalla presenza nell'Unione e dal valore dell'operazione, anche a distanza di tempo dalla loro realizzazione¹²⁵. Un problema fondamentale sollevato da tale ampliamento dei poteri della Commissione è quello di equilibrio istituzionale. L'ampliamento significativo delle competenze della Commissione sotto i nuovi poteri assicurati da tale interpretazione «originale»¹²⁶ relativizza –per non dire vanifica – l'operatività delle soglie di fatturato di cui all'art. 1 RECC e, indirettamente, le soglie previste nei singoli sistemi nazionali¹²⁷. Le quali, secondo l'AG andrebbero piuttosto modificate dal legislatore dell'Unione, e non unicamente dalla Commissione¹²⁸, magari introducendo una soglia basata sul valore della transazione.

Questa interpretazione estensiva sembra anche sollevare il potenziale di conflitto con il principio di territorialità del diritto dell'Unione e il principio della cortesia internazionale, che impone, prima di rivendicare la competenza in casi che presentano un'importante componente estera e un legame nazionale alquanto debole, di valutare se l'applicazione delle loro normative possa produrre l'effetto di compromettere l'efficace applicazione delle normative di Stati terzi che hanno un legame territoriale più forte con tali casi¹²⁹.

Andrebbero inoltre accolte le argomentazioni delle ricorrenti riguardanti il conflitto con i principi di uguaglianza e di proporzionalità. Invero, evidenzia l'AG, lo strumento del *referral* potrebbe deteriorare significativamente la condizione delle imprese con vendite limitate o inesistenti nell'Unione le quali si troverebbero, di fatto, a non poter beneficiare del sistema dello sportello unico, della prevedibilità e certezza del regime di notifiche obbligatorie a cui sono invece assoggettate le imprese di dimensioni superiori¹³⁰.

Inoltre, la portata estremamente ampia attribuita dal Tribunale a una disposizione che, senza dubbio, costituisce un'eccezione alla regola generale su cui si fonda il regolamento prevista all'art. 1 RECC (*i.e.* le soglie di fatturato), si pone in contrasto frontale con il consolidato principio interpretativo secondo cui le eccezioni o le deroghe alle norme generali di uno strumento giuridico devono essere interpretate restrittivamente, al fine di evitare che dette norme vengano depotenziate¹³¹.

Sulla base delle argomentazioni esposte, l'AG conclude che il Tribunale ha commesso un errore di diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dell'art. 22, par. 1, 1° c., RECC.

¹²⁵ *Ivi*, punto 216.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ivi*, punti 218-219.

¹²⁸ *Ivi*, punto 220.

¹²⁹ *Ivi*, punto 223.

¹³⁰ *Ivi*, punti 224-225.

¹³¹ *Ivi*, punto 233.

Di conseguenza, ritiene che la sentenza impugnata debba essere annullata. Tuttavia, nel caso in cui la Corte non condivida tale valutazione del primo motivo di impugnazione, l'AG suggerisce di respingere le impugnazioni alla luce dell'infondatezza del secondo e terzo motivo.

VI. Sul secondo e terzo motivo

Come anticipato, il secondo motivo di impugnazione, vertente sul secondo motivo dedotto da Illumina in primo grado in punto di tardività della richiesta di rinvio e, in subordine, sulla violazione dei principi di certezza del diritto e di buona amministrazione, non merita di essere accolto.

In punto di tardività della richiesta di rinvio, l'AG argomenta che la questione principale non è se i diritti di difesa delle ricorrenti sono stati violati a causa del ritardo, ma se il risultato della procedura sarebbe stato diverso senza questa irregolarità. Conclude quindi sostenendo che le ricorrenti non hanno fornito prove sufficienti a sostegno della loro posizione e che il secondo motivo di impugnazione dovrebbe essere respinto. Allo stesso modo, con riferimento al terzo motivo, l'AG ritiene che il Tribunale non abbia commesso errori nel rigettare il motivo, poiché le argomentazioni delle ricorrenti non supportavano l'esistenza di una politica della Commissione su cui basare il legittimo affidamento¹³². Anche in questo caso, l'AG ritiene che le ricorrenti non abbiano presentato argomentazioni sufficienti e, pertanto, conclude ritenendo che il terzo motivo di impugnazione dovrebbe essere respinto¹³³.

4. Conclusioni

Come si ha avuto modo di vedere, le conclusioni dell'Avvocato Generale Emiliou sollevano numerose questioni di assoluta rilevanza che dovranno essere risolte dalla Corte di Giustizia nell'autunno 2024. Dalla pronuncia della Corte si potrà comprendere se la rivitalizzazione dello strumento del rinvio di cui all'art. 22 RECC possa considerarsi una scelta di *policy* rispettosa dello stato di diritto, degli obiettivi, dei principi e della coerenza del sistema UE di controllo delle concentrazioni.

Tra i vari scenari possibili, la Corte potrà ritenere corretta l'interpretazione dell'art. 22 RECC proposta dalla Commissione e accolta dal Tribunale, che vede il rinvio quale «meccanismo correttivo» della rigidità dello strumento allocativo di competenza delle soglie di fatturato (siano esse nazionali o europee) e sussidiario alle stesse. La scelta della Commissione di incoraggiare l'utilizzo dell'antico strumento del *referral*, sarebbe dunque una scelta di prassi applicativa legittima, che si colloca coerentemente all'interno di un più ampio quadro di riforme del sistema di controllo preventivo della struttura dei mercati. Una riforma incentrata sulla flessibilità e sulla capacità di adattamento a circostanze e casi specifici. Capace di essere semplificata nei casi che, seppur catturati dal sistema di controllo preventivo attraverso le soglie di fatturato, non sollevano rilevanti preoccupazioni, essendo al contempo reattiva in tutti quei casi che, superate o meno le soglie di fatturato, siano idonei a sollevare preoccupazioni per i propri effetti sostanziali.

¹³² *Ivi*, punti 240-249.

¹³³ *Ivi*, punti 254-263.

Una riforma, quindi, nella quale nel *trade-off* tra i costi privati derivanti dall'imprevedibilità di un possibile intervento dell'autorità e i costi pubblici di autorizzare o non esaminare un'operazione che sia capace di produrre degli effetti pregiudizievoli, prevalgono i secondi.

Oppure, la Corte potrà aderire all'accesa critica dell'AG Emiliou e ritenere che la Commissione abbia, senza alcuna legittimazione democratica e, anzi, contrariamente a quanto evidenziato dagli *stakeholders* coinvolti, espanso la propria giurisdizione verso operazioni che non sarebbero state analizzate né a livello europeo che nazionale. L'interpretazione proposta dalla Commissione e dal Tribunale, sarebbe quindi contraria all'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della disposizione e le decisioni prese dalla Commissione dovranno essere annullate. Per poter dare soluzione alla problematica delle concentrazioni sotto-soglia e le *killer acquisitions*, il legislatore dell'UE dovrebbe intervenire modificando il RECC e, eventualmente, introdurre una soglia basata sul valore dell'operazione o altri criteri idonei ad assicurare la massima efficienza e certezza giuridica.