



Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: *fit for purpose?*

Diletta Danieli*

SOMMARIO: 1. Introduzione: inquadramento del fenomeno e casistica. – 2. I nuovi orientamenti sull'applicazione dell'art. 22 del regolamento concentrazioni: le innovazioni sotto il profilo sostanziale. – 3. *Segue*: e sotto il profilo procedurale. – 4. Prime (e provvisorie) riflessioni sul metodo e gli obiettivi dell'intervento della Commissione europea.

1. Il fenomeno delle acquisizioni realizzate dalle grandi piattaforme del settore digitale¹ nei confronti di imprese innovatrici la cui

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona.

¹ È invalso, a questo proposito, l'utilizzo dell'espressione “Big Tech” o dell'acronimo “GAFAM” (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) per riferirsi alle più importanti imprese tecnologiche (nessuna delle quali, come è noto, con sede principale nell'Unione) la cui dominanza *across markets* si realizza attraverso la creazione di ecosistemi digitali nei quali l'offerta di prodotti e servizi è caratterizzata da significativi effetti di rete e si alimenta grazie a sistemi algoritmici che utilizzano *big data* costituiti dai dati dei propri utenti. Nella vasta letteratura che ha analizzato l'impatto delle attività delle grandi piattaforme digitali sulla disciplina del diritto della concorrenza, si segnalano, ad esempio, G. FERRARI, M. MAGGIOLINO, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, fascicolo speciale, pp. 463-488; F. JENNY, *Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges*

dimensione economica non è ancora consolidata al momento dell'operazione, ma che presentano forte potenziale competitivo, ha conosciuto una continua espansione nel corso degli ultimi anni, con il conseguente accrescimento del livello di diseguaglianza esistente tra i *market players*. Questa situazione si è peraltro aggravata a causa dell'emergenza pandemica, che ha imposto un adattamento dell'attuale quadro giuridico ed economico nel senso di una maggiore flessibilità. Come è agevole rilevare, la presenza di tali imprese, spesso nascenti o *start-ups*, gioca un ruolo particolarmente importante per l'innovazione e la competitività nei mercati digitali, per contrastare (o quantomeno ridurre la possibilità di) un ulteriore consolidamento della posizione dominante dei c.d. giganti del *web* per mezzo di concentrazioni talora unicamente finalizzate all'eliminazione di una fonte di concorrenza potenziale.

Alla tendenza illustrata, tuttavia, non ha fatto seguito, da parte della Commissione europea, un altrettanto effettivo controllo in applicazione della normativa vigente, in quanto le operazioni in questione, pur di valore elevato, difficilmente raggiungono la dimensione comunitaria prevista dal regolamento (CE) n. 139/2004² (in seguito, anche "regolamento concentrazioni"), fondata sulle soglie di fatturato delle

and Moving Forward, 1st June 2021, reperibile *online*; N. PETIT, *Big Tech & the Digital Economy: the Mologopoly Scenario*, Oxford, 2020; M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, March 2019, reperibile *online*; G. COLANGELO, Big data, *piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, pp. 425-460; cfr. anche lo studio di J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, commissionato dalla DG Concorrenza della Commissione europea. Con specifico riferimento alla materia del controllo delle concentrazioni, v. *amplius* P. AFFELDT, R. KESLER, *Big Tech Acquisitions – Towards Empirical Evidence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, pp. 471-478; G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Platform Mergers and Antitrust*, 9 July 2021, reperibile *online*; E. ARGENTESI, P. BUCCIROSSI, E. CALVANO, T. DUSO, A. MARRAZZO, S. NAVA, *Merger Policy in Digital Markets: an Ex Post Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, pp. 95-140; M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions – Competition and Innovation Effects and EU Merger Control*, *CERRE Issue Paper*, February 2020, reperibile *online*.

² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

imprese interessate³. Tali acquisizioni, infatti, sono generalmente concluse nelle fasi iniziali di sviluppo delle imprese target, durante le quali il relativo fatturato è modesto (o talvolta anche inesistente) e l'attività si concentra piuttosto sulla costruzione di una base di utenti significativa e di dati commercialmente validi, al fine di beneficiare degli effetti di rete che ne derivano. A ciò si aggiunge la circostanza che, pure nei limitati casi in cui la valutazione di compatibilità di queste operazioni con il mercato interno è stata effettivamente esercitata, nei termini di cui si dirà meglio a breve, esse sono state in linea di massima autorizzate senza condizioni.

In via preliminare, è inoltre utile precisare come il fenomeno in esame non sia legato unicamente alle condizioni concorrenziali esistenti nei mercati digitali, essendo stato inizialmente osservato con riferimento alle imprese del settore farmaceutico, per le quali, analogamente a quelle tecnologiche, l'innovazione risulta un parametro fondamentale sotto il profilo competitivo. A partire da uno studio pubblicato nel 2018 e concernente il mercato statunitense⁴, infatti, è stata identificata una tipologia di acquisizioni, denominate “killer acquisitions”, poste in essere da grandi operatori dell'industria farmaceutica con lo scopo di interrompere lo sviluppo del nuovo medicinale oggetto dell'operazione con l'impresa nascente, contrariamente a quanto solitamente accade, ed eliminare così una possibile fonte di concorrenza futura. La casistica, riscontrata anche in ambito europeo, si presenta a sua volta ulteriormente variegata, potendo riguardare anche prodotti (o servizi) dell'impresa *target* il cui potenziale competitivo è ancora incerto al momento della realizzazione dell'acquisizione (definita in questo caso “nascent acquisition”), con

³ Nello *Staff Working Document* pubblicato dalla Commissione europea il 26 marzo 2021, che riassume i risultati della valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo delle concentrazioni svolto a livello UE (SWD(2021) 66 final, su cui si tornerà anche *infra*), si dà atto di un'analisi statistica condotta da Bloomberg secondo cui, negli anni 2015-2019, concentrazioni di valore elevato sono state sottoposte al controllo della Commissione in percentuali stimate tra il 10% e il 13% del totale delle operazioni che superavano la soglia del miliardo di euro, e tra il 18% e il 29% del totale di quelle oltre i cinque miliardi di euro (par. 100).

⁴ C. CUNNINGHAM, F. EDERER, S. MA, *Killer Acquisitions*, successivamente pubblicato in versione aggiornata in *Journal of Political Economy*, 2021, pp. 649-702. Sempre con riferimento al settore farmaceutico, v. anche D.D. SOKOL, *Merger Law for Biotech and Killer Acquisitions*, in *Florida Law Review Forum*, 2020, pp. 1-9.

una conseguente diversa elaborazione delle rispettive teorie del danno⁵. Ciò che comunque interessa qui rilevare è come le fattispecie verificatesi nel settore farmaceutico forniscano ulteriore conferma del già menzionato *enforcement gap*, trattandosi anche in questo ambito di operazioni di concentrazione che solo raramente superano le soglie di fatturato previste dalla normativa europea e sono quindi sottoposte al vaglio della Commissione.

Rispetto alla problematica così inquadrata, risulta pertanto decisivo il ricorso ai meccanismi, disciplinati dal regolamento concentrazioni, di riattribuzione della competenza ad esaminare la concentrazione tra Commissione europea e Stati membri, che introducono, come è noto, dei correttivi alla rigidità del sistema basato su criteri predeterminati relativi al fatturato delle imprese coinvolte⁶. Molto schematicamente, due sono le ipotesi di rinvio del caso dagli Stati membri alla Commissione che possono avere luogo, rispettivamente, prima della notificazione su richiesta delle parti dell'operazione o dopo la notificazione su iniziativa di uno o più Stati membri. Nella prima fattispecie, prevista dall'art. 4, par. 5, del regolamento, è richiesto che l'operazione, rientrando nella definizione di concentrazione di cui all'art. 3 e non avente dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1 dello stesso, possa essere "esaminata a norma delle legislazioni nazionali sulla concorrenza di almeno tre Stati membri", apparendo quindi idonea ad assumere incidenza transfrontaliera che potrà essere meglio valutata dalla Commissione. Nella seconda casistica, secondo quanto stabilito dall'art. 22 del regolamento⁷, il rinvio alla Commissione può riguardare una qualsiasi concentrazione, ancora come definita dallo stesso e che non raggiunga la dimensione comunitaria, che sia tale da incidere sul

⁵ Per ulteriori approfondimenti, che esulano dal limitato ambito della presente analisi, si rinvia a Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*, 12 May 2020, DAF/COMP(2020)5, reperibile *online*, spec. pp. 6-8.

⁶ In argomento v. *amplius* la comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in *GUUE* C 56, del 5 marzo 2005, pp. 2-23.

⁷ Tale disposizione è nota anche come "clausola olandese" ("Dutch clause"), introdotta già nel regolamento (CE) n. 4064/89, poi sostituito dall'attuale n. 139/2004, in ragione dell'allora assenza in taluni Stati membri, tra cui i Paesi Bassi, di discipline nazionali in materia di controllo delle concentrazioni. Nel corso degli anni, tali normative sono state via via adottate in tutti i paesi UE, attualmente con la sola eccezione del Lussemburgo.

commercio tra gli Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello/degli Stato/i richiedente/i, assicurandosi così un nesso sufficiente con l'Unione e con i paesi da cui proviene il rinvio.

Proprio attraverso questi meccanismi la Commissione europea ha potuto esaminare alcune tra le acquisizioni realizzate dalle c.d. GAFAM, di valore molto elevato ma prive di dimensione comunitaria, attestandosi i fatturati delle imprese coinvolte al di sotto le soglie stabilite dal regolamento. Tra queste, è significativo richiamare la concentrazione *Facebook/WhatsApp*, oggetto di rinvio ai sensi dell'art. 4, par. 5, e autorizzata senza condizioni nel 2014⁸, non essendo stata ravvisata alcuna finalità anticoncorrenziale. In proposito, la Commissione non aveva infatti ritenuto condivisibili i rilievi, da più parti sollevati, secondo cui l'operazione avrebbe comportato un rafforzamento della posizione di Facebook nel mercato dei servizi pubblicitari *online* attraverso l'acquisizione dei dati degli utenti di WhatsApp, sottolineando a questo riguardo che, ai fini del controllo di compatibilità ai sensi del diritto della concorrenza, dovesse rimanere estranea ogni "privacy-related concern"⁹ derivante dalla concentrazione di tali dati sotto il controllo esclusivo dell'impresa acquirente. Ancora tramite un rinvio, in questo caso *ex art. 22* del regolamento su richiesta dell'autorità antitrust austriaca alla quale avevano aderito ulteriori autorità nazionali¹⁰, è stata attribuita alla Commissione la competenza a valutare la concentrazione *Apple/Shazam*, dichiarata compatibile con il mercato interno con decisione del 2018¹¹ solo a seguito di attivazione della c.d. fase II del procedimento e di un esame approfondito dell'operazione. In tale fattispecie, è interessante notare come, a distanza di qualche anno dal precedente *Facebook/WhatsApp*, l'*enforcer* europeo abbia assunto un approccio decisamente diverso con riferimento all'analisi degli effetti anticoncorrenziali derivanti dall'accesso a informazioni commerciali

⁸ Decisione della Commissione europea, del 3 ottobre 2014, caso M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, reperibile *online*.

⁹ *Ivi*, par. 164.

¹⁰ Si trattava, in particolare, delle autorità garanti della concorrenza di Spagna, Italia, Svezia, Francia, nonché della Norvegia e dell'Islanda.

¹¹ Decisione della Commissione, del 6 settembre 2018, caso M.8788 – *Apple/Shazam*, reperibile *online*.

sensibili, ritenuti infine non sussistenti ma tramite un esame delle limitazioni giuridiche e contrattuali rispetto all'uso di questi dati, anche alla luce del regolamento europeo sulla protezione dei dati¹², cui Apple era soggetta a seguito dell'acquisizione¹³.

Al di là del merito delle argomentazioni, più o meno convincenti, elaborate dalla Commissione negli esempi citati¹⁴, è in ogni caso emersa la necessità di una valutazione dell'effettività dei sistemi di riattribuzione della competenza nel permettere uno scrutinio delle concentrazioni nei mercati innovativi, anche, ma non solo, in quello digitale. Ciò è apparso ancor più opportuno tenendo conto della prassi nel tempo consolidatasi con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 22 del regolamento concentrazioni, in forza della quale la Commissione, nell'esercizio della discrezionalità ad essa conferita, ha tendenzialmente indicato alle autorità antitrust degli Stati membri di non procedere al rinvio del caso qualora non avessero competenza originaria rispetto alle operazioni in questione, giudicando improbabile, sulla base dell'esperienza applicativa, che esse potessero avere un significativo impatto sulla concorrenza nell'Unione. Conseguentemente, fattispecie di concentrazioni che non raggiungevano le soglie di competenza variamente previste dalle legislazioni nazionali sono state, di fatto, sottratte al controllo anche a livello europeo, benché la Commissione potesse, pure in questi casi, accettare il rinvio sulla base del dato letterale dell'art. 22.

L'occasione per un "ripensamento" è stata offerta nell'ambito della complessiva riforma della normativa europea sul controllo delle

¹² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (...) (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹³ Si vedano i paragrafi 221-259 della decisione *Apple/Shazam*, cit.

¹⁴ Su questi aspetti, cfr., tra gli altri, V. BAGNOLI, *Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, pp. 13-51; S. ESAYSAS, *Data Privacy in European Merger Control: Critical Analysis of Commission Decisions Regarding Privacy as a Non-Price Competition*, in *European Competition Law Review*, 2019, pp. 166-181; S. WHITFIELD, R.J. BROWN, I. ROGERS, *The impact of data on EU merger control*, in *Competition Law Journal*, 2019, pp. 151-161; G. OLIVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, fascicolo speciale, pp. 359-374.

concentrazioni proposta dalla Commissione alla luce della pubblicazione, lo scorso 26 marzo, dei risultati della valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali della disciplina¹⁵. Concentrandosi sui profili che qui interessano, è stato rilevato che le soglie di competenza fondate sul fatturato e integrate dagli illustrati meccanismi di riattribuzione siano risultate, in generale, efficaci al fine di garantire l'intervento della Commissione rispetto a concentrazioni aventi potenziale impatto significativo sul mercato interno dell'Unione¹⁶. Con riferimento specifico alle fattispecie di rinvio dei casi, l'attenzione si è focalizzata sulla prassi applicativa della Commissione relativa all'art. 22 del regolamento, rilevando come abbia effettivamente limitato la capacità correttiva di tale meccanismo, in particolare qualora il fatturato di una o più delle imprese coinvolte nell'operazione non rispecchiasse il suo potenziale competitivo¹⁷. A questo riguardo, tuttavia, è stato ritenuto opportuno intervenire non tanto mediante una modifica normativa, quanto piuttosto attraverso la previsione di orientamenti sul nuovo approccio della Commissione con riferimento a tale ipotesi di rinvio¹⁸, finalizzati ad integrare la comunicazione del 2005¹⁹ in determinate categorie di casi, *in primis* quelli nel settore digitale, seppur non costituendone, almeno dichiaratamente, l'ambito di applicazione esclusivo²⁰. Come segnalato nel documento, esso rappresenta comunque un significativo cambio di paradigma rispetto alla precedente prassi dell'*enforcer* europeo, che si propone ora di "incoraggiare e accettare i rinvii qualora lo Stato membro che chiede il rinvio non abbia competenza sul caso"²¹, sempre a condizione che

¹⁵ Sintetizzati nel citato documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD(2021) 66 final. Per un primo commento sugli obiettivi e contenuti della riforma, v. J. MODRALL, *EU Commission Launches Major Merger Control Reform*, 1st April 2021, reperibile *online*.

¹⁶ SWD(2021) 66 final, cit., par. 131.

¹⁷ *Ivi*, par. 155.

¹⁸ Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi, in *GUUE* C 113, del 31 marzo 2021, pp. 1-6 (in seguito, "orientamenti").

¹⁹ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, cit.

²⁰ Orientamenti, par. 7, ove si cita "un'ampia gamma di settori economici" elencando i mercati digitali unitamente al settore industriale, manifatturiero, farmaceutico, e par. 20, in cui si ribadisce che le operazioni idonee ad essere oggetto di rinvio secondo i nuovi orientamenti non sono limitate "a settori o settori economici specifici".

²¹ *Ivi*, par. 11.

sussistano i requisiti previsti dallo stesso art. 22. In questi termini, dunque, si cerca di affrontare la questione delle concentrazioni di valore elevato ma prive di dimensione comunitaria che possono sfuggire tra le maglie del sistema come attualmente previsto e applicato, senza al contempo appesantire i requisiti procedurali rispetto alle operazioni che non richiedono un esame da parte della Commissione.

Si procederà di seguito ad una breve ricostruzione dei contenuti dei nuovi orientamenti, sotto il profilo sostanziale e procedurale, per poi tentare di proporre una prima valutazione soffermandosi in particolare sulle modalità e gli obiettivi di questo intervento della Commissione europea nella materia del controllo delle concentrazioni.

2. Con riferimento agli aspetti sostanziali dei nuovi orientamenti sull'art. 22 del regolamento concentrazioni, la Commissione si preoccupa innanzitutto di fornire chiarimenti sulle categorie di casi idonei a costituire oggetto di rinvio nelle ipotesi in cui non siano soggetti a notifica sulla base della legislazione dello/degli Stato/i membro/i richiedente/i. Più precisamente, il criterio dell'incidenza sugli scambi intra-UE dovrebbe essere valutato alla luce di elementi quali, tra gli altri, "*l'ubicazione dei (potenziali) clienti, (...) la raccolta di dati in diversi Stati membri o lo sviluppo e l'attuazione di progetti di ricerca e sviluppo i cui risultati, compresi i diritti di proprietà intellettuale, in caso di successo, possono essere commercializzati in più di uno Stato membro*"²², citando quindi esempi particolarmente rilevanti nelle fattispecie che coinvolgono le grandi imprese del settore digitale. Allo stesso modo, l'ulteriore requisito del rischio che la concentrazione incida in misura significativa sulla concorrenza nel territorio degli Stati che chiedono il rinvio dovrebbe fondarsi su considerazioni tra cui, ad esempio, "la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante di una delle imprese interessate; l'eliminazione di un'importante forza concorrenziale, *compresa l'eliminazione di un nuovo o futuro operatore*; (...) la capacità e l'incentivo a sfruttare una posizione di mercato forte su un mercato per rafforzare la propria posizione su di un altro"²³, ancora una volta

²² *Ivi*, par. 14 (corsivo aggiunto).

²³ *Ivi*, par. 15 (corsivo aggiunto).

richiamando ipotesi chiaramente ispirate alla casistica delle acquisizioni realizzate dalle piattaforme digitali.

Prendendo poi in esame ulteriori fattori, diversi da quelli già contenuti nella comunicazione del 2005²⁴, che possono essere illustrativi ai fini dell'idoneità del caso ad essere rinviato alla Commissione, gli orientamenti richiamano espressamente "operazioni in cui il fatturato di almeno una delle imprese interessate non rispecchia il suo potenziale concorrenziale effettivo o futuro"²⁵, tra cui si annoverano fattispecie in cui una delle parti sia una *start-up* o un nuovo operatore con fatturato di entità ridotta, o un'impresa fortemente innovatrice o, ancora, che abbia accesso ad *assets* competitivi di particolare valore come ad esempio dati, o fornisca prodotti/servizi essenziali per altre produzioni.

La Commissione, inoltre, offre delle precisazioni con riferimento al proprio potere discrezionale nell'accoglimento o rigetto del rinvio ai sensi dell'art. 22 del regolamento concentrazioni, pur ribadendo che la valutazione rimane comunque legata alle specifiche circostanze del caso di specie. In primo luogo, fermi restando i termini previsti dalla disposizione in parola, si individua un limite temporale indicativo di sei mesi²⁶ dalla realizzazione della concentrazione²⁷ entro il quale lo Stato membro dovrebbe richiedere il rinvio. Se, infatti, l'avvenuta conclusione dell'operazione non impedisce ad uno Stato membro di sottoporre alla Commissione la richiesta di rinvio a norma dello stesso art. 22, precisamente dal par. 4 che limita l'applicabilità dell'obbligo di sospensione della concentrazione *ex art. 7* del regolamento ai casi in cui

²⁴ Nella citata comunicazione sul rinvio dei casi, il riferimento è, in particolare, a fattori economici da considerare per la richiesta di rinvio, individuando tra le fattispecie idonee a tal fine quelle in cui la concentrazione dia luogo a problemi sotto il profilo della concorrenza in mercati di portata geografica più ampia di un territorio nazionale, oppure in cui siano coinvolti più mercati nazionali e risulti opportuno un esame unitario (cfr. par. 45).

²⁵ Orientamenti, par. 19.

²⁶ Rimanendo comunque possibile anche un rinvio tardivo, in ragione "dell'entità dei potenziali problemi di concorrenza e del potenziale effetto negativo sui consumatori": così il par. 21 degli orientamenti.

²⁷ Nel caso in cui la realizzazione della concentrazione non sia dominio pubblico, tale termine decorre "dal momento in cui i fatti sostanziali relativi alla concentrazione sono stati resi pubblici nell'UE" (ancora il par. 21 degli orientamenti).

essa non è ancora stata realizzata²⁸, nondimeno tale ulteriore previsione potrebbe sollevare interrogativi non trascurabili in termini di certezza del diritto quanto al margine di apprezzamento della Commissione e al ruolo di monitoraggio delle autorità antitrust nazionali nelle ipotesi di operazioni già concluse e successivamente oggetto di rinvio. In secondo luogo, viene menzionata, quale circostanza che può portare la Commissione a non accettare il rinvio, la notifica della concentrazione in uno o più Stati membri che non hanno poi presentato una richiesta *ex art. 22* o aderito ad una richiesta già presentata²⁹. A questo proposito, va altresì ricordato che l'eventuale accoglimento del rinvio comporta l'attribuzione della competenza in capo alla Commissione limitatamente alle giurisdizioni degli Stati membri richiedenti (o aderenti)³⁰, con la conseguente possibilità di un esame dell'operazione in parallelo, tanto da parte dell'istituzione UE quanto delle autorità nazionali non coinvolte nel rinvio, in applicazione di regimi diversi dal punto di vista delle procedure e delle tempistiche.

3. Spostando l'attenzione ai profili procedurali degli orientamenti, emerge a più riprese la necessità di una stretta cooperazione tra la Commissione e le autorità della concorrenza degli Stati membri, così come tra queste ultime, per individuare le operazioni idonee ad essere oggetto di rinvio *ex art. 22*, sulla base dei requisiti sostanziali prima indicati. A tal fine, informazioni su una concentrazione possono essere presentate volontariamente dalle parti, prima di procedere nella sua realizzazione, ma anche da soggetti terzi (*in primis* imprese concorrenti, ma si può pensare pure a consumatori o clienti), in questo caso ulteriormente qualificate quali "informazioni sufficienti per valutare in via preliminare se i criteri per il rinvio siano soddisfatti"³¹. Stante la formulazione ampia della seconda ipotesi, rimane riconosciuta alla Commissione e alle autorità degli Stati membri piena discrezionalità nelle eventuali e successive azioni da intraprendere, la quale dovrebbe

²⁸ Al riguardo, gli orientamenti precisano ulteriormente che tale obbligo di sospensione cessa qualora la Commissione decida, in ultima analisi, di non procedere all'esame della concentrazione (par. 31).

²⁹ Orientamenti, par. 22.

³⁰ Cfr., sul punto, la comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, cit., par. 50 e nota 45.

³¹ Orientamenti, par. 25.

essere opportunamente utilizzata per evitare un ricorso eccessivo al canale di informazione attivato da soggetti comunque estranei all'operazione in questione. Ancora con riguardo ai rapporti informativi tra le parti coinvolte, appare interessante un altro passaggio procedurale descritto nei nuovi orientamenti: si auspica infatti che le imprese partecipanti all'operazione possano valutare di ritardarne l'esecuzione nel caso vengano informate dalla Commissione dell'esame di una richiesta di rinvio, pur non essendo formalmente tenute ad adottare alcuna misura in questo senso³², ma facilitando così quanto più possibile la valutazione.

Gli orientamenti richiamano, inoltre, il concetto di concentrazione che sia stata "resa nota" allo Stato membro interessato ai fini della presentazione della richiesta di rinvio entro il termine dei quindici giorni successivi, nel caso in cui non sia prevista la notifica dell'operazione. Più precisamente, si deve trattare, analogamente a quanto già indicato nella comunicazione del 2005 sul rinvio dei casi³³, di una "messa a disposizione di informazioni sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti"³⁴ previsti dall'art. 22. Sul punto, sarebbe forse risultata utile una maggiore chiarezza interpretativa da parte della Commissione su una nozione importante per il funzionamento dell'istituto nelle fattispecie in cui lo Stato membro non abbia competenza originaria sul caso, rispetto alle quali ora il rinvio è, come già detto, espressamente "incoraggiato".

Alla luce di questo sommario esame degli orientamenti sul rinvio *ex art. 22*, traspare il chiaro intento dell'*enforcer* europeo di fornire le linee di indirizzo del suo nuovo approccio in materia, che tuttavia sembrano lasciare aperte delicate questioni alle quali solo la successiva prassi applicativa sarà probabilmente in grado di rispondere. Alcune di queste hanno già trovato formulazione in un ricorso di annullamento proposto al Tribunale UE il 28 aprile 2021 dall'azienda farmaceutica statunitense Illumina³⁵, con il quale è stata impugnata la decisione della

³² *Ivi*, par. 27.

³³ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, cit., nota 43.

³⁴ Orientamenti, par. 28.

³⁵ Causa T-227/21, *Illumina c. Commissione*, attualmente pendente e con udienza fissata il 16 dicembre 2021.

Commissione di accettare un rinvio ai sensi dell'art. 22 del regolamento concentrazioni³⁶ per esaminare l'acquisizione, da parte di tale società, della concorrente GRAIL, anch'essa con sede negli USA. Tale operazione non raggiungeva le soglie della dimensione comunitaria, e nemmeno era stata notificata in alcuno Stato membro, ma è stata oggetto di una richiesta di rinvio proposta dall'autorità garante della concorrenza francese³⁷ e accolta dalla Commissione, sostenendo che l'entità risultante dalla concentrazione potesse produrre effetti preclusivi nei confronti delle imprese concorrenti di GRAIL attive nel settore dei test genomici per tumori e rilevando come il potenziale competitivo della società GRAIL non trovasse corrispondenza nel suo limitato fatturato³⁸. Non è un caso, come in precedenza illustrato, che la controversia sia originata da una concentrazione tra imprese dell'industria farmaceutica, già richiamata tra i contesti di mercato maggiormente inclini al fenomeno delle c.d. *killer acquisitions*.

Tra i motivi di impugnazione dedotti da Illumina, appare interessante quello relativo alla nozione di "concentrazione resa nota" allo Stato membro interessato, di cui all'art. 22, par. 1, del regolamento, rispetto alla quale decorre il termine dei quindici giorni per la presentazione della richiesta di rinvio, essendo stata nel caso di specie ritenuta tardiva la richiesta avanzata dall'autorità antitrust francese e, conseguentemente, invalida la decisione della Commissione di esaminare l'operazione. L'impresa ricorrente ha infatti contestato l'invio con ritardo, da parte della Commissione, della lettera di invito all'autorità nazionale ai sensi dell'art. 22, par. 5, nella misura in cui avesse permesso di rendere nota la concentrazione, e ciò in violazione dei principi della certezza del diritto e di buona amministrazione. Sul punto, sarà particolarmente utile l'interpretazione che potrà fornire il Tribunale, trattandosi di un profilo sul quale, come già rilevato, nemmeno i nuovi orientamenti forniscono ulteriori indicazioni

³⁶ Decisione della Commissione, del 19 aprile 2021, caso M.10188 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Si veda comunque la nota informativa della Commissione europea, *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, MEX/21/1846, reperibile *online*.

³⁷ A tale richiesta avevano poi aderito anche le autorità antitrust di Belgio, Paesi Bassi, Grecia, Islanda e Norvegia.

³⁸ Come si apprende dalla citata nota informativa *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*.

operative. Inoltre, viene invocata l'illegittimità dello stesso "cambio di politica" della Commissione in materia di rinvio dei casi, nuovamente in relazione al principio della certezza del diritto e al legittimo affidamento della società Illumina. Più precisamente, la menzionata lettera di invito sarebbe stata inviata dalla Commissione prima della pubblicazione degli orientamenti, pertanto quando l'approccio dell'istituzione UE era ancora indirizzato nel senso di scoraggiare le richieste di rinvio da parte degli Stati membri che non avevano competenza originaria ad esaminare la concentrazione.

La procedura di esame della concentrazione tra Illumina e GRAIL è peraltro tuttora in corso: all'apertura della c.d. fase II in ragione dei possibili effettivi anticoncorrenziali dell'operazione³⁹, ha fatto inaspettatamente seguito la sua realizzazione da parte delle imprese, in violazione dell'obbligo di sospensione previsto dall'art. 7 del regolamento concentrazioni, con conseguente adozione, da parte della Commissione, di misure provvisorie *ex art. 8, par. 5*⁴⁰, dello stesso al fine di ripristinare condizioni di concorrenza effettiva durante la pendenza del procedimento.

Un'altra acquisizione, questa volta nel settore digitale, che è stata oggetto di rinvio alla Commissione dopo l'adozione dei nuovi orientamenti⁴¹, ha visto coinvolte una delle c.d. GAFAM, Facebook (la cui denominazione è recentemente mutata in Meta), e Kustomer, società statunitense specializzata nei servizi di *customer relationship management* (CRM). Anche in tale caso, la Commissione ha avviato la fase II della procedura⁴² ritenendo, tra l'altro, che Facebook/Meta possa

³⁹ Decisione della Commissione, del 22 luglio 2021, caso M.10188 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato stampa *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, IP/21/3844, reperibile *online*.

⁴⁰ Decisione della Commissione, del 29 ottobre 2021, caso M.10493 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato stampa *Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*, IP/21/5661, reperibile *online*.

⁴¹ La concentrazione era stata notificata da Facebook/Meta in Austria, in quanto l'operazione superava le soglie previste dalla normativa nazionale applicabile, e da tale Stato membro è stata presentata la richiesta di rinvio *ex art. 22* del regolamento concentrazioni, cui hanno successivamente aderito Belgio, Francia, Bulgaria, Italia, Irlanda, Paesi Bassi e Islanda.

⁴² Decisione della Commissione, del 2 agosto 2021, caso M.10262, *Meta (formerly Facebook)/Kustomer* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato

ricavare un vantaggio anticompetitivo nel mercato della pubblicità *online* derivante dai dati raccolti attraverso i *softwares* sviluppati da Kustomer. Prima della chiusura del procedimento, Facebook/Meta ha proposto l'assunzione di impegni⁴³ di cui sarà interessante verificare i contenuti, una volta resi noti, per valutare più in generale se tale opzione possa, e in quale misura, acquisire una rinnovata centralità ai fini del controllo di compatibilità di questa casistica di concentrazioni.

4. Se quindi sono da attendersi prossimi sviluppi nella prassi e nella giurisprudenza relative all'istituto del rinvio *ex art. 22* del regolamento concentrazioni come interpretato negli orientamenti, risulta in ogni caso opportuno svolgere una riflessione complessiva, seppure necessariamente provvisoria, in merito al nuovo indirizzo che la Commissione europea si propone di seguire.

In primo luogo, quanto alle modalità con cui essa ha ritenuto di affrontare la problematica delle operazioni prive di dimensione comunitaria nei mercati innovativi⁴⁴, si può notare come la scelta di adottare un atto interpretativo ad integrazione della normativa vigente si pone in linea di continuità con il proprio approccio consolidato nella politica della concorrenza, fondato su molteplici atti di *soft law* che, nel tempo, hanno contribuito a plasmare l'applicazione concreta del diritto primario e derivato rilevante in materia. Ciò, tuttavia, non vale a sminuire la portata di tale intervento che, come si è detto, segna un radicale mutamento volto a favorire la presentazione e l'accoglimento delle richieste di rinvio da parte degli Stati membri laddove questi non abbiano competenza originaria sul caso, al fine di far fronte alle evidenziate lacune nell'attività di *enforcement*.

Stante l'entità del cambiamento, è lecito chiedersi se l'opzione scelta dalla Commissione sia da ritenersi la più efficace: appare evidente,

stampa *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kustomer by Facebook*, IP/21/4021, reperibile *online*.

⁴³ La proposta è stata presentata il 24 novembre 2021, come risulta dall'aggiornamento del caso M.10262, *Meta (formerly Facebook)/Kustomer*, cit., pubblicato sul sito della Commissione europea.

⁴⁴ Per una esaustiva comparazione delle possibilità di intervento che la Commissione avrebbe potuto considerare, cfr. J.-U. FRANCK, G. MONTI, A. DE STREEL, *Options to Strengthen the Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers in EU Law*, in *TILEC Discussion Papers*, 11 October 2021, reperibile *online*.

infatti, che il maggiore limite di questa iniziativa risieda nel “notevole margine discrezionale” che gli Stati membri e l’istituzione UE conservano, rispettivamente, nell’attivazione del meccanismo di rinvio e nella decisione se accettare o meno di esaminare il caso, come viene sottolineato, sin dall’inizio, negli stessi orientamenti⁴⁵. Sotto questo profilo, come già osservato, se l’intenzione della Commissione di fare ricorso (in positivo) a tale discrezionalità è palese, l’effettivo funzionamento dell’istituto richiede al contempo una corrispondente volontà di cooperazione da parte delle autorità antitrust nazionali, non solo attraverso i canali informativi previsti dal medesimo art. 22 del regolamento e specificati negli orientamenti, ma anche di propria iniziativa per monitorare la realizzazione di operazioni di concentrazione che potrebbero soddisfare i requisiti per il rinvio⁴⁶. Certamente, la necessità di instaurare una collaborazione tra autorità a livello nazionale e dell’Unione non può ritenersi ipotesi estranea all’applicazione del diritto europeo della concorrenza, potendo contare su un sistema ormai collaudato e arricchitosi, nel corso degli anni, nei metodi e negli obiettivi⁴⁷, ma non deve essere sottovalutato il ruolo

⁴⁵ Orientamenti, cit., par. 3.

⁴⁶ Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, appare interessante considerare una norma di cui si propone l’introduzione con il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (approvato a novembre 2021 dal Consiglio dei Ministri e presentato alle Camere nel mese di dicembre, il cui testo è reperibile *online*), per rafforzare i poteri di controllo dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) rispetto alle concentrazioni che non raggiungano le soglie di fatturato previste dall’art. 16, c. 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Più precisamente, all’AGCM sarebbe conferita la facoltà di richiedere alle imprese interessate la notifica di tali operazioni, realizzate al massimo negli ultimi sei mesi, “qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative” (art. 28 del disegno di legge, che introduce un nuovo c. 1-*bis* all’art. 16 della legge 287/1990). Ciò potrebbe, pertanto, avere effetti anche ai fini del funzionamento del meccanismo di rinvio *ex* art. 22 del regolamento concentrazioni, permettendo all’AGCM di venire a conoscenza di operazioni al di sotto delle soglie nazionali, ma potenzialmente problematiche, di cui potrebbe essere poi valutata una richiesta di attribuzione della competenza giurisdizionale alla Commissione nel caso siano soddisfatti i relativi requisiti.

⁴⁷ Con riferimento al processo di decentramento dell’applicazione della normativa UE in materia di concorrenza, attuato con il regolamento (CE) n. 1/2003 che ha introdotto lo *European Competition Network* e ulteriormente sviluppato con la direttiva (UE) 2019/1 (c.d. ECN+), sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, si segnalano,

decisivo che tale collaborazione assumerà per garantire effettività al nuovo approccio della Commissione in materia di concentrazioni. In aggiunta, anche laddove la discrezionalità fosse pienamente esercitata, per garantire che la concentrazione in questione sia esaminata con effetti a livello dell'intera Unione, sarebbe in ogni caso necessario che, una volta presentata una richiesta di rinvio *ex art. 22*, tutte le altre autorità garanti degli Stati membri vi aderiscano, in quanto la Commissione acquisisce competenza giurisdizionale soltanto con riferimento ai territori degli Stati membri coinvolti nel rinvio.

In proposito, va altresì ricordato che la possibile previsione, nel regolamento concentrazioni, di criteri giurisdizionali complementari basati sul valore dell'operazione è stata presa in considerazione dalla Commissione, ma espressamente esclusa, all'esito della già citata valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali della disciplina. L'assenza di soglie di questo tipo nel sistema del regolamento non è stata ritenuta, di per sé, problematica, non risultando un'opzione legislativa praticabile a fini di riforma. In particolare, la scelta dell'istituzione UE si è fondata sui risultati, sebbene preliminari, dell'esperienza di taluni Stati membri (in particolare, Germania e Austria)⁴⁸ che avevano introdotto tali clausole nelle rispettive discipline

nell'ampia bibliografia in argomento: R. PEREA MOLLEDA, *The Ecn+ Directive and the Next Steps for Independence in Competition Law Enforcement*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, pp. 167-180; C. POTOCNIK-MANZOURI, *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*, in *European Papers*, 2021, pp. 987-1013; A.M. ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network: dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN*, Bari, 2020; G. MONTI, *Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network*, in *EUI Working Papers*, 2014, n. 1, reperibile *online*; F. CENGIZ, *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *European Law Review*, 2010, pp. 660-677; sul recepimento della direttiva ECN+ nell'ordinamento italiano, P. DE PASQUALE, *L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva ECN+*, in *DPCE online*, 2021, n. 2, pp. 2163-2175, reperibile *online*.

⁴⁸ Tali normative sono entrate in vigore, rispettivamente, il 9 giugno 2017 e il 1° novembre 2017, rispetto alle quali le due autorità garanti nazionali hanno pubblicato a giugno 2018 un documento congiunto di indirizzo interpretativo e applicativo al quale si rinvia per ulteriori dettagli: *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*, reperibile *online*. Va peraltro menzionato che la disciplina tedesca in materia di concentrazioni è stata nuovamente modificata anche più di recente (a gennaio 2021), con lo specifico intento di affrontare l'impatto della digitalizzazione nell'*enforcement*

nazionali in materia di concentrazioni⁴⁹. Si è evidenziato, infatti, che le concentrazioni esaminate in quegli ordinamenti sulla base delle nuove soglie siano state autorizzate senza condizioni e, con specifico riferimento al settore digitale, ulteriori operazioni non siano, per il momento, state sottoposte al controllo. Sotto questo profilo, si pongono peraltro diversi aspetti problematici, a livello pratico, nell'individuazione dei criteri per determinare il valore della concentrazione: tra questi si possono menzionare, come è stato sottolineato⁵⁰, il fatto che tali soglie dovrebbero trovare un adeguato bilanciamento tra le esigenze di permettere la valutazione di operazioni quali le c.d. *killer o nascent acquisitions* e, al contempo, di evitare un rischio di *over-enforcement*⁵¹, così come la necessità di prevedere un certo margine di flessibilità nella modifica delle stesse.

Alla luce di queste considerazioni, sembra possibile ritenere che la Commissione abbia scelto l'opzione forse meno rischiosa, ma senz'altro coerente con i propri precedenti, quanto ai metodi di intervento. Affrontando però il profilo più ampio degli obiettivi di politica della concorrenza sottesi ai nuovi orientamenti in materia di rinvio dei casi, appare emergere un mutamento di prospettiva, a livello sostanziale, verso il perseguimento di finalità di interesse generale⁵² le

del diritto della concorrenza. Tra le altre previsioni, è stato introdotto un obbligo di notifica di future operazioni che soddisfino determinate condizioni, applicabile indistintamente a taluni settori economici individuati dal *Bundeskartellamt* (così il nuovo § 39a GWB).

⁴⁹ SWD(2021) 66 final, cit., paragrafi 122-125, 134-136. Con riferimento alla possibilità di introduzione di soglie legate al valore della concentrazione, si veda anche OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, cit., paragrafi 169-180.

⁵⁰ Cfr. i rilievi critici mossi da N. LEVY, H. MOSTYN, B. BUZATU, *Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions' – the case for caution*, in *Competition Law Journal*, 2020, pp. 51-67, spec. pp. 58-59.

⁵¹ Sul punto, tuttavia, si veda la posizione di M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions*, cit., p. 15, secondo cui, nella maggior parte dei casi, ciò non avverrebbe in quanto il valore della concentrazione è tendenzialmente allineato al fatturato delle imprese coinvolte.

⁵² Ciò rappresenta peraltro un tema classico del diritto della concorrenza, che impone di una riflessione sui suoi obiettivi ultimi per valutare se, e in quale misura, possano esservi ricompresi anche interessi non concorrenziali (c.d. *non-competition goals*). Su questi profili, con riferimento al settore delle concentrazioni ma non solo, si vedano, tra i contributi più recenti, I. LIANOS, *Competition Law as a Form of Social Regulation*, in *The Antitrust Bulletin*, 2020, pp. 3-86; V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, pp. 439-

quali, nella casistica delle concentrazioni qui in esame, si declinano nel senso di riequilibrare l'assetto concorrenziale dei mercati digitali favorendo la permanenza di imprese concorrenti, di piccole e medie dimensioni, o di nuovi entranti, che possano effettivamente sviluppare il proprio potenziale competitivo⁵³. Nelle sue finalità, pertanto, il nuovo approccio della Commissione può dirsi ben più audace e ricollegarsi, in prospettiva generale, alla realizzazione della sovranità digitale dell'Unione, tra le priorità dell'agenda politica della Commissione von der Leyen, tenendo conto che le c.d. GAFAM, ma anche molte altre piattaforme operanti nel settore, hanno sede in Stati terzi, come già ricordato.

Infine, in questa valutazione complessiva merita un cenno anche la possibile combinata operatività dei nuovi orientamenti in materia di rinvio dei casi con una previsione contenuta nella proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (nella versione inglese, *Digital Markets Act – DMA*)⁵⁴, in particolare il

470; J. MELLIOTT, R. CIRIC, *Public Interest in Merger Control: The Lay of the Land*, in *The Antitrust Bulletin*, 2020, pp. 208-226; D.I. WAKED, *Antitrust and Public Interest Law: Redistribution, Equity and Social Justice*, *ibid.*, pp. 87-101; per considerazioni prospettive sull'attuale tendenza verso il perseguimento di interessi generali nel diritto della concorrenza e della regolazione negli ordinamenti europeo e statunitense, v. J. KEYTE, F. JENNY, E. FOX, *Buckle Up: The Global future of Antitrust Enforcement and Regulation*, in *Antitrust*, Spring 2021, pp. 32-40.

⁵³ A conferma di ciò, è significativo richiamare una delle numerose dichiarazioni rese dal Commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager, in merito alle prospettive di adattamento del diritto antitrust UE al settore digitale, che ammoniva: “promising ideas from small innovators can disappear, not because they are not worth it, not because they couldn't be successful with customers, but because bigger businesses buy them in order to kill them” (*Opening Remarks at “Shaping competition policy in the era of digitization” Conference*, Brussels, 17 January 2019, video reperibile *online*).

⁵⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 final del 15 dicembre 2020, reperibile *online*. Tra i molteplici contributi apparsi sulla proposta, si rinvia a A. DE STREEL, P. LAROCHE, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, 2021, n. 2, pp. 46-63; P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE, Focus “Servizi e piattaforme digitali”*, 2021, reperibile *online*; ID., *Unraveling the proposal of Digital Market Act*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, fascicolo speciale, pp. 435-462; H. SCHWEITZER, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2021, pp. 503-542; nonché gli articoli contenuti nel fascicolo 2021, n. 7,

suo art. 12, par. 3. In capo alle imprese qualificate come *gatekeepers*⁵⁵, si introduce infatti un obbligo di informare la Commissione di qualsiasi progetto di concentrazione, ai sensi del regolamento n. 139/2004, “che coinvolge un altro fornitore di servizi di piattaforma di base o di qualsiasi altro servizio fornito nel settore digitale”, e ciò a prescindere dal fatto che l'operazione possa essere notificata a livello europeo o degli Stati membri. Tale norma, per come è costruita, non impone alcun successivo obbligo di esaminare la concentrazione di cui la Commissione è stata informata, come risulta dal considerando 31 dello stesso DMA, secondo cui tale adempimento è finalizzato a mantenere aggiornate le informazioni, in possesso dell'istituzione UE, per il riesame dello status di *gatekeeper* e per adeguare l'elenco dei servizi di piattaforma di base da questi forniti. Se, tuttavia, si considera questo canale di comunicazione tra *gatekeeper* e Commissione nel contesto degli orientamenti, ne deriva che, sulla base delle informazioni acquisite, laddove l'operazione non raggiunga la dimensione comunitaria, l'*enforcer* europeo sia comunque in grado di fare uso della sua discrezionalità nel sollecitare un rinvio del caso e, di conseguenza, attrarre la concentrazione in questione nella sua competenza giurisdizionale. In questo senso, pare possibile che l'assenza, nella proposta di DMA, di norme prescrittive in materia di concentrazioni realizzate dai *gatekeepers*, in ragione della sua natura di strumento di regolazione *ex ante*, trovi comunque un parziale temperamento alla luce del ruolo “proattivo” che la Commissione si propone di adottare quanto al rinvio dei casi *ex art. 22* del regolamento concentrazioni che, come già osservato, si ritiene poter rappresentare un significativo indice di

della rivista *Journal of European Competition Law & Practice* dedicato a “The Digital Markets Act and beyond” (F. CHIRICO, *Digital Markets Act: a Regulatory Perspective*, pp. 439-499; M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, pp. 500-512; N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, pp. 529-541; P. LAROCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, pp. 542-560; P. IBAÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, pp. 561-575; A. LAMADRID DE PABLO, N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, pp. 576-589).

⁵⁵ Si tratta, secondo la nozione fornita dallo stesso DMA, di fornitori di servizi di piattaforma di base, come definiti dall'art. 2, punto 2, della proposta, che soddisfano i requisiti dimensionali sanciti dall'art. 3, par. 1, della proposta.

una nuova fase, orientata ad obiettivi di interesse generale, dell'applicazione del diritto della concorrenza al settore digitale.

ABSTRACT

Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: fit for purpose?

Il contributo esamina il recente intervento della Commissione europea in materia di controllo delle concentrazioni, attuato con gli orientamenti del marzo 2021 sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 del regolamento (CE) n. 139/2004, in relazione al fenomeno, in crescente espansione, delle acquisizioni realizzate dalle grandi piattaforme del settore digitale nei confronti di imprese innovatrici dal forte potenziale competitivo, ma che non presentano una dimensione economica consolidata al momento dell'operazione, spesso unicamente finalizzate all'eliminazione di una futura fonte di concorrenza (note come *killer acquisitions*, o *nascent acquisitions*). Da una prima valutazione, emerge una tendenziale continuità nei metodi attraverso cui il nuovo approccio è stato adottato, ma, allo stesso tempo, un sostanziale mutamento di prospettiva verso il perseguimento di obiettivi di interesse generale di cui è rilevante seguire gli sviluppi alla luce della successiva prassi e giurisprudenza applicativa.

Merger Control in the Digital Sector and the New Approach of the European Commission: Fit for Purpose?

The paper analyses the recent initiative of the European Commission in the field of merger control, undertaken by means of the guidance published in March 2021 on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Regulation (EC) No. 139/2004, in relation to the increasing phenomenon of acquisitions, by large digital platforms, of innovative firms having significant competitive potential but generating little or no turnover at the moment of the transaction, often for the sole purpose of eliminating a potential threat (known as *killer acquisitions*, or *nascent acquisitions*). From a preliminary assessment, it appears that the new approach of the European Commission is in line with its consolidated method of intervention in competition law but, at the same time, it shows a

significant shift in perspective towards the inclusion of public interests in this policy area, which will be worth monitoring in the light of the subsequent practice and case law.