

20 gennaio 2025

FSR Watch #1: Elogio della trasparenza

Introduzione

Commentiamo alcuni sviluppi positivi in termini di trasparenza delle decisioni in materia di Regolamento (UE) 2022/2560 ("FSR").

Dall'estate 2024, la DG COMP pubblica il registro delle notifiche FSR ricevute in materia di concentrazioni: una innovazione che gli operatori salutano con favore. Auspichiamo anche che si possa andare oltre. In particolare, se fossero pubblicate le decisioni di c.d. fase 1 sarebbe più agevole orientarsi sull'interpretazione delle soglie. Ad esempio, questo aiuterebbe a capire perché un'operazione che coinvolge operatori di reti di trasporto energetiche concentrate in un solo Stato membro ha richiesto notifica FSR.

Commentiamo anche l'assenza fino ad ora di un simile registro per quanto riguarda la materia degli appalti, forse dovuto all'altissimo numero (circa 1.000) di notifiche e infine diamo un rapido sguardo alla decisione di fase 2 relativa al caso e&, con l'auspicio che oltre al comunicato stampa venga pubblicata la decisione nella sua interezza.

1. Qual è la base per la giurisdizione della Commissione?

Nelle scorse settimane, Italgas ha presentato notifica FSR per l'acquisto di 2i Rete Gas. Il caso è stato registrato al numero FS.100169, con deadline per la fase 1 in data 13 febbraio.

L'obbligo di notifica FSR poggia – oltre che sul fatturato della target – sul ricevimento di almeno 50 M di euro di contributi finanziari esteri nel triennio anteriore alla notifica. Tuttavia, né Italgas né 2i Rete Gas sembrano avere significative attività extra-UE.

Il requisito dei contributi finanziari esteri potrebbe conseguire all'acquisto di gas da enti pubblici/para pubblici non-UE. Oppure, la Commissione europea potrebbe considerare che basta la presenza di un azionista non-UE significativo, legato a uno Stato (in questo caso, sarebbe China State Grid con partecipazione significativa indiretta in Italgas) per integrare il requisito della messa a disposizione di contributi.

La pubblicazione di una eventuale decisione (anche di fase 1) potrebbe fornire utili indicazioni applicative.

2. L'applicazione della normativa FSR agli appalti: il grande sconosciuto

Dal mese di settembre 2024, il sito della DG COMP ha inaugurato un registro pubblicamente consultabile delle notifiche relative alle operazioni di M&A. Si tratta di una novità che aumenta la trasparenza ed equipara FSR e merger control. Non altrettanto accade nel campo dell'applicazione della normativa FSR agli appalti.

Da un lato, questa carenza si può spiegare con l'altissimo numero di notifiche: oltre 1.000 nel primo anno di applicazione dell'FSR. Rimane tuttavia il fatto che **gli operatori, ma anche le stazioni appaltanti, beneficerebbero di un maggior grado di informazione.**

È allora particolarmente apprezzato lo sforzo della Commissione in sede di pubblicazione di chiarimenti applicativi di dedicare spazio alla normativa appalti. In particolare, la Commissione ha fornito i seguenti chiarimenti:

- la qualifica di un'offerta come "indebitamente vantaggiosa" deve essere riscontrata tramite un confronto tra le offerte, nonché con la stima dell'ente appaltante. Ove ravvisata, la Commissione esaminerà se il vantaggio sia giustificato da fattori non legati al sussidio, basandosi anche su informazioni aggiuntive (come analisi di mercato);
- è necessario dimostrare un collegamento tra la sovvenzione e l'offerta, stabilendo con un elevato grado di probabilità che la sovvenzione ha permesso all'operatore economico di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa;
- nelle procedure di appalto pubblico, il test di bilanciamento tra i potenziali effetti positivi della sovvenzione e la distorsione cagionata nel mercato interno può coinvolgere anche la disponibilità di alternative di approvvigionamento per i beni e servizi coinvolti.

3. Primo caso di *remedies* nel contesto di una concentrazione

Il testo della decisione non è ancora pubblico (sebbene la decisione sia di settembre 2024). Anche solo sulla base del comunicato stampa, questa decisione rimane comunque un punto di riferimento per gli operatori anche per settori diversi dalle telecomunicazioni. In sostanza, per risolvere le preoccupazioni della Commissione, l'acquirente e& e l'Autorità di Investimento degli Emirati ("EIA") hanno preso impegni tra cui:

1. garantire che l'atto costitutivo di e& sia conforme alla legge fallimentare degli Emirati Arabi Uniti, eliminando la garanzia statale illimitata;
2. vietare finanziamenti da e& ed EIA alle attività di PPF nel mercato interno dell'UE (salvo alcune eccezioni) e garantire che le operazioni intragruppo avvengano a condizioni di mercato;
3. obbligare e& a notificare alla Commissione eventuali acquisizioni anche se al di sotto delle soglie FSR.

I *remedies* in questo caso si prestano ad applicazione analogica. Ad esempio, l'impegno a notificare operazioni sotto-soglia è replicabile anche in altri contesti. Anche l'impegno ad eliminare garanzie statali illimitate si può agevolmente copiare (peraltro si tratta di un noto elemento della prassi aiuti di Stato europea).

Conclusioni

Il controllo in materia di contributi esteri, specialmente nel campo degli appalti, sta diventando sempre più importante. Come per il controllo delle concentrazioni, una maggiore pubblicità delle decisioni contribuisce a un'efficace applicazione della normativa da parte di tutti gli interessati.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.
Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.
Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Piero Fattori
Partner
Responsabile Dipartimento
Concorrenza e Regolamentazione

Roma | +39 06 478751
pfattori@gop.it

Francesco Maria Salerno
Partner
Concorrenza e Regolamentazione

Bruxelles | +32 2 340 1550
fsalerno@gop.it

Marco Grantalio
Associate
Concorrenza e Regolamentazione

Bruxelles | +32 2 340 1550
mgrantalio@gop.it



INFORMATIVA EX ART. 13 del Reg. UE 2016/679 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni & Origoni (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: relazioniesterne@gop.it. Titolare del trattamento è lo studio Gianni & Origoni, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.