

NEWSLETTER

Gennaio 2023

Il Regolamento UE sulle sovvenzioni estere: i nuovi poteri della Commissione in relazione a operazioni di M&A e Appalti Pubblici

Legance

Indice

01. Introduzione.....	3
02. Strumenti a disposizione della CE e soglie	3
03. La nozione di sovvenzione estera	5
04. Distorsione sul mercato interno e <i>balancing test</i>	6
05. Misure di riparazione, impegni e ammende	6

01. Introduzione

Il 12 gennaio 2023 è entrato in vigore il Regolamento UE n. 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno ("**Regolamento**"). Il Regolamento rappresenta un nuovo strumento legislativo che combina diversi elementi della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato e sul controllo delle concentrazioni, nonché della normativa sugli appalti pubblici e delle regole in materia di difesa commerciale. Il Regolamento conferisce alla Commissione europea ("**CE**") il potere di condurre, con efficacia sospensiva, un esame *ex ante* di gare d'appalto pubbliche, nonché di operazioni di M&A e di costituzione di JV che coinvolgono società che abbiano beneficiato di sovvenzioni concesse dalle autorità pubbliche di Paesi non-UE ("**sovvenzioni estere**").

Più specificamente, il Regolamento affida alla CE il compito di esaminare, anche d'ufficio, le sovvenzioni estere e stabilisce:

- i. un obbligo di notifica preventiva – in capo alle partecipanti alla fusione, alla/e imprese acquirenti e agli operatori economici che partecipano a una procedura di gara¹ – in relazione a operazioni M&A e gare d'appalto pubbliche che coinvolgono imprese beneficiarie di contributi finanziari esteri che eccedano determinate soglie;
- ii. il divieto di aggiudicare un appalto pubblico o concludere operazioni soggette a notifica fino a quando la CE non ha adottato una decisione definitiva in merito (obbligo di *stand-still*).

La CE potrà avviare indagini a partire dal 12 luglio 2023, mentre gli obblighi di notifica e di *stand-still* si applicheranno dal 12 ottobre 2023. Pertanto, le imprese hanno a disposizione pochi mesi per:

- i. predisporre un sistema di monitoraggio e quantificazione dei contributi finanziari esteri a livello di gruppo;
- ii. verificare se soddisfano le soglie di notifica di cui al Regolamento, conducendo un *audit* dei contributi finanziari esteri di cui hanno beneficiato, a livello di gruppo, da luglio 2018, al fine di coprire il periodo di revisione della CE, nonché
- iii. valutare se i suddetti contributi finanziari si qualificano come sovvenzioni estere e possano generare effetti distorsivi e/o effetti positivi sul mercato interno, che possano essere invocati.

02. Strumenti a disposizione della CE e soglie

In seno al Regolamento, alla CE vengono attribuiti tre strumenti principali per il monitoraggio delle sovvenzioni estere. Il primo strumento si applica alle fusioni, alle acquisizioni e alla costituzione di imprese comuni, il secondo agli appalti pubblici, mentre il terzo copre entrambi gli ambiti, consentendo alla CE di agire di propria iniziativa, anche conducendo indagini di mercato.

¹ Tale obbligo si estende ai subappaltatori e ai fornitori principali. Gli operatori economici che partecipano alla procedura di appalto pubblico devono presentare la notifica all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore, che deve trasmetterla alla CE. Nell'ipotesi in cui le soglie di notifica non siano soddisfatte, le imprese interessate devono, in ogni caso, elencare, in una dichiarazione, tutti i contributi finanziari esteri ricevuti e confermare che non sono soggetti ad obbligo di notifica ai sensi del Regolamento.

Per quanto concerne lo strumento di notifica afferente le operazioni di M&A, esso consiste in un nuovo procedimento di revisione, obbligatorio e con efficacia sospensiva, che trova attuazione in caso di fusioni, acquisizioni o costituzione di JV a pieno titolo. Le concentrazioni che soddisfano entrambe le soglie di seguito riportate sono soggette agli obblighi di notifica e di *stand-still*:

- soglia di fatturato – a seconda dei casi, almeno una delle imprese partecipanti alla fusione, l'impresa acquisita o l'impresa comune deve essere stabilita e realizzare un fatturato aggregato di almeno 500 milioni di euro nell'UE; e
- soglia afferente il contributo finanziario – le imprese interessate (ad esempio, l'acquirente e la *target*, le imprese partecipanti alla fusione o l'impresa comune e le sue società madri) devono aver beneficiato di contributi finanziari esteri che eccedano, in termini aggregati, 50 milioni di euro nei tre anni antecedenti la conclusione dell'accordo o l'acquisizione di una partecipazione di controllo (articolo 20 del Regolamento).

Nella misura in cui il Regolamento non prevede una soglia di fatturato aggregato realizzato a livello mondiale, è ben possibile che operazioni che non comportino un obbligo di notifica ai fini del controllo delle concentrazioni ai sensi del Regolamento UE sulle concentrazioni siano comunque soggette a obbligo di notifica ai sensi del Regolamento.

In linea con il procedimento di controllo delle concentrazioni a livello europeo, la CE disporrà di 25 giorni lavorativi dalla ricezione di una notifica completa per esaminare la concentrazione in Fase 1 e 90 giorni lavorativi in caso di avvio di un'indagine approfondita in Fase 2. Questo periodo può essere esteso di ulteriori 15 giorni lavorativi nel caso in cui l'impresa interessata proponga impegni.

Ai sensi dell'articolo 28 del Regolamento, lo strumento di notifica degli appalti pubblici trova attuazione *vis-à-vis* imprese coinvolte in procedure di appalto pubbliche lanciate in Stati membri dell'UE e relativamente rilevanti (*i.e.*, concernenti contratti d'appalto di valore almeno pari a 250 milioni di euro), che abbiano ricevuto, in termini aggregati, contributi finanziari esteri di almeno 4 milioni di euro per paese terzo. Più specificamente, le imprese interessate includono l'offerente, le società del gruppo cui appartiene nonché i principali subappaltatori e fornitori coinvolti nella procedura di gara, che devono notificare alla CE tutti i contributi finanziari esteri ricevuti nei tre anni antecedenti. Laddove l'appalto sia suddiviso in lotti, sussiste un obbligo di notifica ogni qual volta il valore aggregato dei lotti per i quali l'impresa interessata presenta un'offerta ecceda 125 milioni di euro.

Le indagini afferenti procedure di gara pubbliche possono durare fino a 130 giorni lavorativi. Durante l'esame preliminare (20 giorni lavorativi dalla notifica, prorogabili di ulteriori 10 giorni lavorativi) e l'indagine approfondita (110 giorni lavorativi dalla notifica, con una potenziale proroga di 20 giorni lavorativi), l'appalto non può essere aggiudicato a nessuna impresa, ivi incluso, presumibilmente, alle imprese che non sono oggetto di indagine.

La CE può anche richiedere la notifica di concentrazioni e procedure d'appalto sotto-soglia, prima della loro attuazione/aggiudicazione, sulla base del semplice sospetto che le imprese interessate abbiano beneficiato di sovvenzioni estere.

Ai sensi del Regolamento, la CE può, inoltre (i) esaminare contributi finanziari di propria iniziativa al fine di verificare la potenziale sussistenza di sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, e (ii) imporre misure correttive (ad esempio, il recupero dell'aiuto, cessioni, obblighi di garanzia di accesso). Il potere di esame della CE si estende a sovvenzioni concesse fino a 10 anni prima dell'avvio dell'indagine e copre

retroattivamente i 5 anni antecedenti la data di entrata in vigore del Regolamento. Non è, invece, previsto un termine per il completamento dell'indagine da parte della CE (articolo 9 ss. del Regolamento).

Infine, il Regolamento consente alla CE di avviare, *ex officio*, indagini di mercato. Trattasi di uno strumento generale che l'Istituzione può utilizzare in un'ampia gamma di situazioni (articolo 36 del Regolamento). Più specificamente, la CE può condurre investigazioni in merito a regimi di sovvenzioni esteri ogni qual volta abbia il ragionevole sospetto che possano provocare distorsioni tali da influire negativamente sull'attività di imprese stabilite o attive nell'UE. Esempi in tal senso potrebbero includere investimenti sovvenzionati nel settore energetico o la concessione di prestiti agevolati a imprese attive nell'UE.

03. La nozione di sovvenzione estera

Il Regolamento fornisce una definizione molto ampia di sovvenzione estera. Affinché una misura possa qualificarsi come tale deve soddisfare quattro condizioni cumulative, in tutto assimilabili a quelle previste dalla disciplina degli aiuti di Stato ai fini della definizione di aiuto e di seguito indicate tra parentesi (articolo 3 e considerando da 11 a 15 del Regolamento).

Tuttavia, ai sensi del Regolamento, le imprese sono tenute a notificare tutte le misure di sostegno che rientrino nella nozione di "*contributi finanziari esteri*" – ossia tutte le misure che soddisfino solo la prima condizione di seguito – indipendentemente dal fatto che integrino o meno le altre condizioni e, pertanto, costituiscano "sovvenzioni estere". Spetta, poi, alla CE stabilire se le misure in questione possano qualificarsi o meno come tali. Pertanto, i contributi finanziari esteri saranno soggetti a uno scrutinio *ex ante* più ampio di quello che investe le misure di sostegno nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato.

La nozione di sovvenzione estera copre:

1. "*Contribut[i] finanziari[i]*", una nozione molto ampia che comprende, *inter alia*, il trasferimento di fondi o passività², la rinuncia a entrate altrimenti dovute³ e la fornitura o l'acquisto di beni o servizi (*aiuti [...] in qualsiasi forma*);
2. "[C]oncess[i] direttamente o indirettamente da un Paese terzo" (imputabilità e risorse statali), che a sua volta include l'amministrazione centrale e altre autorità pubbliche, nonché soggetti pubblici e privati le cui azioni possono essere attribuite al Paese terzo;
3. Che "*conferisc[ono] un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno*" che "*non avrebbe potuto essere ottenuto in normali condizioni di mercato*", un requisito la cui sussistenza dovrebbe essere determinata, *inter alia*, sulla base di valori di riferimento comparativi, quali le prassi di investimento degli investitori privati (criterio dell'investitore in un'economia di mercato);
4. E che siano "*limitat[i], in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori*" (selettività), *i.e.*, si rivolgono a una o a un numero limitato di imprese o settori.

² Ad esempio, conferimenti di capitale, sovvenzioni, prestiti, garanzie sui prestiti, incentivi fiscali, compensazioni di perdite di esercizio, compensazioni di oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche, remissioni di debiti, capitalizzazioni del debito o ristrutturazioni del debito.

³ Ad esempio, esenzioni fiscali o la concessione di diritti speciali o esclusivi senza una remunerazione adeguata.

04. Distorsione sul mercato interno e *balancing test*

Una volta accertata la sussistenza di una sovvenzione estera, la CE dovrà valutare, caso per caso, se genera distorsioni sul mercato interno migliorando la posizione concorrenziale dell'impresa interessata. Ai fini di tale valutazione, gli articoli 4 e 5 del Regolamento forniscono una serie di presunzioni e un elenco non esaustivo di indicatori.

Questi ultimi includono l'importo e la natura della sovvenzione, le caratteristiche dell'impresa, dei mercati e dei settori interessati, il livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno, le finalità della sovvenzione e le condizioni cui è subordinata, nonché il suo utilizzo nel mercato interno.

L'elencazione indicativa delle categorie di sovvenzioni estere che maggiormente rischiano di provocare distorsioni sul mercato interno (presunzioni negative) comprende le sovvenzioni concesse a imprese in difficoltà, le sovvenzioni che facilitano direttamente una concentrazione o che consentono di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa, nonché le garanzie illimitate per debiti o passività e le misure di finanziamento delle esportazioni in violazione dell'accordo OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico.

Una presunzione assoluta di assenza di distorsione della concorrenza è, invece, prevista in relazione agli aiuti *de minimis*, i.e., le sovvenzioni estere a un'impresa il cui importo complessivo per paese terzo non ecceda 200.000 euro in tre esercizi finanziari.

È inoltre improbabile che provochino distorsioni sul mercato interno sovvenzioni estere il cui importo complessivo non superi 4 milioni di euro per impresa nell'arco di tre anni consecutivi o sovvenzioni estere destinate ad ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o eventi eccezionali.

Ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento, nel caso in cui venga accertata una distorsione sul mercato interno, alla stregua della valutazione di compatibilità nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato, la CE deve effettuare una valutazione comparata (*balancing test*) volta a soppesare gli effetti negativi e quelli potenzialmente positivi della sovvenzione estera, ivi inclusi quelli pertinenti gli obiettivi politici dell'Unione.

05. Misure di riparazione, impegni e ammende

Se gli effetti negativi superano quelli positivi, l'articolo 7 del Regolamento autorizza la CE a vietare l'operazione o l'aggiudicazione dell'appalto in questione, ovvero, in alternativa, a imporre misure correttive/accettare impegni che rimedino pienamente ed efficacemente alla distorsione effettivamente o potenzialmente causata dalla sovvenzione estera sul mercato interno.

Un elenco non esaustivo di tali misure di riparazione e impegni, che copre sia rimedi strutturali che comportamentali, comprende la cessione di attività, la riduzione della capacità o della presenza sul mercato, la modifica della struttura di *governance*, lo scioglimento di una concentrazione già completata, il recupero della sovvenzione estera, l'offerta a terzi di accesso a infrastrutture, ecc.

La Commissione può inoltre infliggere ammende per (i) infrazioni procedurali quali la violazione degli obblighi di notifica preventiva e *stand-still* (fino al 10% del fatturato mondiale complessivo delle imprese interessate a livello di gruppo, oltre agli interessi di mora per ogni giorno lavorativo di ritardo), nonché (ii) informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti (fino all'1% del fatturato indicato innanzi), così come penalità di mora (cfr., articoli 17, 26 e 33).

Dipartimento UE, Antitrust e Regolamentazione

Il Dipartimento di UE, Antitrust e Regolamentazione di Legance è a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento, anche in relazione a fattispecie specifiche.

Per ulteriori informazioni:



Vito Auricchio
Partner

+39 06.93.18.271
+39 02.89.63.071

vauricchio@legance.it



Guendalina Catti De Gasperi
Counsel

+39 02.89.63.071

gcattidegasperi@legance.it

oppure il Vostro professionista di riferimento all'interno di Legance.

Contatti

Milano Via Broletto, 20 – 20121 – T +39 02 89 63 071

Roma Via di San Nicola da Tolentino, 67 – 00187 – T +39 06 93 18 271

Londra Aldermary House, 10 – 15 Queen Street – EC4N 1TX – T +44 (0)20 70742211

info@legance.it – www.legance.it

Lo studio

Legance è uno studio legale italiano con un team di professionisti esperti, dinamici e orientati al risultato, il cui affiatamento ha reso possibile un modello organizzativo flessibile ed incisivo che, attraverso dipartimenti attivi in tutti i settori della consulenza legale d'affari, esprime il giusto equilibrio tra specialista e avvocato come consulente globale. Legance conta oltre 300 avvocati, nelle sedi di Milano, Roma e Londra. Le aree di competenza sono: Alimentare; Ambientale; Amministrativo; Assicurazioni; Banking & Finance; Compliance; Contenzioso, Arbitrati e ADR; Corporate Finance; Data Protection; Debt Capital Markets; Energy, Project & Infrastructure; Equity Capital Markets; ESG e Impact; Financial Intermediaries Regulations; Fondi di Investimento; Lavoro e Relazioni Industriali; Life Sciences & Healthcare; Navigazione e Trasporti; Non Performing Loans; Penale d'Impresa; Proprietà Intellettuale; Real Estate; Ristrutturazioni e Procedure Concorsuali; Telecomunicazioni, Media e Tecnologia; Tributario; UE, Antitrust e Regolamentazione. Per maggiori informazioni, potete visitare il nostro sito web: www.legance.it.

Disclaimer

La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Questa newsletter viene inviata a persone che hanno fornito i loro dati personali nel corso di relazioni professionali, riunioni, seminari, workshop o eventi simili. Legance è stato autorizzato all'invio di questa newsletter. È possibile riceverla, infine, perché è stato dato mandato a Legance in passato. Se si desidera non ricevere più la newsletter, si prega di scrivere un'email a newsletter@legance.it e le informazioni saranno rimosse dalla lista dei destinatari. Finché non si effettua la cancellazione dalla lista dei destinatari i dati personali saranno trattati su supporto cartaceo o elettronico per finalità relative alla gestione dei rapporti professionali esistenti, o per motivi di informazione e divulgazione, ma non saranno comunicati a terzi, a meno che tale comunicazione non sia imposta dalla legge o strettamente necessaria per gestire la relazione professionale. Titolare del trattamento è **Legance - Avvocati Associati**. L'elenco dei responsabili del trattamento è disponibile scrivendo un'email a clienti_privacy@legance.it. È possibile in ogni caso esercitare i propri diritti come stabilito dall'attuale normativa sulla protezione dei dati personali. In tale ultimo caso le richieste devono essere inoltrate via mail a privacy@legance.it.

Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra in Aldermary House 10-15 Queen Street - EC4N1TX, oppure all'indirizzo <https://www.legance.it/professionisti/>.