

# Controllo delle concentrazioni. L'AG Kokott si pronuncia sull'applicabilità esclusiva della normativa in materia e sul mancato raggiungimento delle soglie

📅 25/10/2022

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO, PROSPETTIVE

Marco Stillo

In data 13 ottobre 2022, l'Avvocato Generale Kokott ha reso note le sue Conclusioni nella Causa C-449/21, *Towercast contro Autorité de la concurrence, Ministère de l'Économie*, sul rapporto tra le norme europee relative al controllo *ex ante* delle concentrazioni e quelle concernenti il controllo *ex post* degli abusi ai sensi dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla società francese *Towercast S.A.S.U. (Towercast)* nei confronti della decisione con cui l'*Autorité de la concurrence francese* (Autorità francese garante della concorrenza») ne aveva respinto la denuncia avente ad oggetto un abuso di posizione dominante

da parte della società francese *TDF Infrastructure Holding S.A.S. ("TDF")*.

Questi i fatti.

In data 15 novembre 2017, la Towercast aveva depositato presso l'Autorità francese garante della concorrenza una denuncia in merito all'acquisizione della società *Itas S.A.S.* da parte della TDF, che non raggiungeva le soglie previste dall'articolo 1 del Regolamento europeo

sulle concentrazioni<sup>1</sup>, non essendo quindi soggetta ad un controllo *ex ante* da parte della Commissione Europea o dell'Autorità francese garante della concorrenza, né aveva dato luogo ad un rinvio alla ai sensi dell'articolo 22<sup>2</sup> di tale regolamento. Secondo la Towercast, tuttavia, tale operazione costituiva un abuso di posizione dominante, in quanto la TDF ostacolava la concorrenza sui mercati all'ingrosso, a monte e a valle, della trasmissione televisiva digitale terrestre (*Digital Video Broadcasting – Terrestrial*, DVB-T).

Poiché la sua denuncia era stata respinta, la Towercast si era rivolta alla *Cour d'appel de Paris* (Corte d'appello di Parigi; il "giudice del rinvio") che, alla luce della necessità di interpretare la

normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004<sup>3</sup> abbia per effetto di far sì che le concentrazioni siano esaminate unicamente sulla base della normativa in materia di controllo delle concentrazioni, con la conseguente esclusione di un'applicazione in parallelo o a posteriori dell'articolo 102 TFUE.

L'AG ha preliminarmente ricordato che dal principio della gerarchia delle norme<sup>4</sup> discende che una disposizione di diritto derivato, come l'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento sulle concentrazioni, non è in grado di limitare né l'ambito di applicazione né l'applicabilità diretta di una norma di diritto primario, come

---

<sup>1</sup> Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GUUE L 24 del 29.01.2004. L'articolo 1 del Regolamento, intitolato "Campo d'applicazione", ai paragrafi 1-3 dispone: "... Il presente regolamento si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria come definite dal presente articolo, fatti salvi l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 22.

*Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:*

a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e

b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR;

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

*Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando:*

a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR;

b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;

c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e

d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro..."

<sup>2</sup>L'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Rinvio alla Commissione", al paragrafo 1 dispone: "... Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 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. La richiesta va presentata al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato..."

<sup>3</sup>L'articolo 21 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Applicazione del presente regolamento e competenza", al paragrafo 1 dispone: "... Il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003(8), (CEE) n. 1017/68(9), (CEE) n. 4056/86(10) e (CEE) n. 3975/87 del Consiglio non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti..."

<sup>4</sup>CGUE 26.06.2012, Causa C-335/09 P, Polonia/Commissione, punto 127.

l'articolo 102 TFUE, e bensì deve osservarne le prescrizioni e dev'essere, a sua volta, interpretata in modo restrittivo alla luce della stessa, ove necessario<sup>5</sup>. Di conseguenza, sebbene l'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento sulle concentrazioni possa escludere l'applicazione alle concentrazioni del Regolamento n. 1/2003<sup>6</sup>, che mira, tra le altre cose, all'attuazione dell'articolo 102 TFUE, il divieto ivi stabilito rimane direttamente applicabile non essendone preclusa l'attuazione.

L'applicazione in via complementare dell'articolo 102 TFUE ad una concentrazione trova conferma anche nel funzionamento e nella sistematica della tutela prevista dal diritto dell'Unione contro le distorsioni della concorrenza nel mercato interno. Mentre, infatti, il regolamento sulle concentrazioni istituisce un regime di controllo preventivo obbligatorio *ex ante* relativo alle modifiche della struttura del mercato, il comportamento delle imprese sul mercato è soggetto al solo controllo repressivo *ex post* ai sensi del Regolamento n. 1/2003, una funzione rafforzata ulteriormente dal sistema di eccezione direttamente applicabile introdotto dal medesimo regolamento che, sulla base dell'applicabilità diretta degli articoli 101 e 102 TFUE, ha trasferito in larga misura i compiti di controllo e di attuazione alle autorità e ai giudici nazionali.

Anche il meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del Regolamento europeo sulle concentrazioni, inoltre, è irrilevante ai fini dell'interpretazione del rapporto tra l'articolo 21, paragrafo 1, del medesimo regolamento e l'articolo 102 TFUE<sup>7</sup>. L'articolo 22, infatti, in quanto norma di diritto derivato, non può costituire il fondamento dell'esclusione dell'applicabilità diretta dell'articolo 102 TFUE in un caso come quello concreto. L'applicazione in via complementare dell'articolo 102 TFUE, similmente a

quella dell'articolo 22 del Regolamento sulle concentrazioni, al contrario, è idonea ad contribuire all'effettiva tutela della concorrenza nel mercato interno, laddove le concentrazioni, che presentano aspetti problematici sotto il profilo del diritto della concorrenza, non raggiungano le soglie previste dalla normativa in materia di controllo delle concentrazioni e pertanto, in linea di principio, siano sottratte al controllo *ex ante*.

Tutto ciò premesso, per quanto riguarda le condizioni in cui è possibile un'applicazione in via complementare dell'articolo 102 TFUE nell'ambito di una concentrazione è necessario distinguere tra due situazioni, ossia, da un lato, quella in cui non si è proceduto ad un controllo *ex ante* della concentrazione ai sensi del Regolamento 139/2004, a causa del mancato raggiungimento delle soglie, e, dall'altro lato, un possibile doppio controllo contemporaneo o successivo di una concentrazione sulla base tanto dello stesso regolamento quanto dell'articolo 102 TFUE.

Mentre l'applicabilità diretta dell'articolo 102 TFUE alle concentrazioni non è giuridicamente esclusa in un caso come quello concreto, in cui non è stato effettuato alcun controllo *ex ante* della concentrazione, di talché non sussiste il rischio di un doppio controllo, la conclusione sarebbe diversa nell'ipotesi in cui tale controllo fosse stato effettivamente svolto o da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza sulla base della normativa nazionale in materia di controllo delle concentrazioni o da parte della Commissione in forza del regolamento sulle concentrazioni. A tale proposito, l'AG ha ricordato che il legislatore ha inteso escludere, in linea di principio, tale doppio esame, ciò che rende plausibile un'applicazione del principio "*lex specialis derogat legi generali*" nonostante il carattere di diritto primario

<sup>5</sup> CGUE 20.01.2021, C-301/19 P, *Commissione/Printeos*, punti 70-86.

<sup>6</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GUUE L 1 del 04.01.2003.

<sup>7</sup> Tribunale 13.07.2022, Causa T-227/21, *Illumina/Commissione*, punto 447.

e l'applicabilità diretta dell'articolo 102 TFUE.

Di conseguenza, un'autorizzazione della concentrazione e della conseguente modifica della struttura del mercato e delle condizioni di concorrenza, rilasciata ai sensi del Regolamento 139/2004, esclude necessariamente l'esistenza degli elementi costitutivi di un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE, di talché tale concentrazione non può essere oggetto di una successiva ingiunzione di scioglimento dell'impresa che ne costituisce il risultato. La possibilità di applicare in via complementare l'articolo 102 TFUE, pertanto, viene limitata ai casi che, in ragione del potere di mercato di tale impresa, richiedono fin dall'inizio un controllo alla luce del diritto della concorrenza, ma che sono sottratti ad un esame *ex ante* in forza della normativa in materia di controllo delle concentrazioni.

Alla luce di quanto visto finora, l'AG ha suggerito alla Corte di Giustizia di rispondere alla questione pregiudiziale del giudice del rinvio nel senso che:

*“L'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza sottoponga a controllo una concentrazione che non riveste dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 di detto regolamento, che è inferiore alle soglie previste dal diritto nazionale per un controllo ex ante e che non è neppure oggetto di un rinvio alla Commissione ai sensi dell'articolo 22 del medesimo regolamento, al fine di stabilire se tale concentrazione costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tenuto conto delle strutture della concorrenza su un mercato nazionale”.*



**Marco Stillo**

**ASSOCIATE**

 [m.stillo@dejalex.com](mailto:m.stillo@dejalex.com)

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187  
1170 - Bruxelles

**MILANO**

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia  
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400  
[milan@dejalex.com](mailto:milan@dejalex.com)

**ROMA**

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia  
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44  
[rome@dejalex.com](mailto:rome@dejalex.com)

**BRUXELLES**

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique  
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138  
[brussels@dejalex.com](mailto:brussels@dejalex.com)

**MOSCOW**

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia  
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93  
[moscow@dejalex.com](mailto:moscow@dejalex.com)