



Controllo delle concentrazioni tra imprese. La Corte di Giustizia si pronuncia sull'applicazione esclusiva del Regolamento 139/2004 alle operazioni rientranti nella nozione di “concentrazione”



23/03/2023



DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO, PROSPETTIVE

Marco Stillo

In data 16 marzo 2023, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nella Causa C-449/21, *Towercast SASU contro Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*, sull'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese¹. Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra la *Towercast SASU* (“Towercast”), da un lato, e l'*Autorité de*

la concurrence (Autorità garante della concorrenza francese) nonché il *Ministre chargé de l'économie* (Ministro dell'Economia francese), d'altro lato, in merito ad una decisione di rigetto di una denuncia della Towercast per abuso di posizione dominante.

Questi i fatti.

In data 15 novembre 2017, la Towercast aveva depositato presso l'Autorità garante della concorrenza francese una denuncia in merito all'acquisizione della società *Itas*

¹ GUUE L 24 del 29.01.2004.



S.A.S. da parte della *Télédiffusion de France* (TDF)², che fornisce in Francia servizi di diffusione della televisione digitale terrestre (DTT), sostenendo che essa costituiva un abuso di posizione dominante in quanto ostacolava la concorrenza sui mercati all'ingrosso, a monte e a valle, della diffusione della DTT, rafforzando significativamente la posizione dominante della TDF su tali mercati.

L'Autorità garante della concorrenza, tuttavia, aveva deciso che la censura notificata alle società del gruppo TDF non era dimostrata, non occorrendo pertanto dar seguito al procedimento in questione. Di conseguenza, la Towercast aveva proposto ricorso dinanzi 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 1³, del Regolamento n. 139/2004 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un'operazione di concentrazione tra imprese, priva di dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1⁴ del citato regolamento, che sia inferiore alle soglie di controllo *ex ante* obbligatorio previste dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo a un rinvio alla Commissione ai sensi dell'articolo 22⁵ di tale regolamento, sia considerata da un'autorità nazionale

² L'operazione non raggiungeva le soglie previste dall'articolo 1 del Regolamento n. 139/2004, non essendo quindi soggetta ad un controllo *ex ante* da parte della Commissione Europea o dell'Autorità garante della concorrenza francese, né aveva dato luogo ad un rinvio alla ai sensi dell'articolo 22 di tale regolamento.

³ L'articolo 21 del Regolamento 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..."

⁴ L'articolo 1 del Regolamento n. 139/2004, 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..."

⁵ L'articolo 22 del Regolamento 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..."

garante della concorrenza come costitutiva di un abuso di posizione dominante, vietato dall'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale.

La Corte ha preliminarmente ricordato che sebbene, in forza del sistema dello "sportello unico" istituito dal Regolamento n. 139/2004, quest'ultimo costituisce uno strumento procedurale specifico destinato ad applicarsi in via esclusiva alle concentrazioni di imprese che comportino modifiche strutturali importanti il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato Membro, non se ne può tuttavia desumere che il legislatore europeo abbia inteso privare di contenuto il controllo operato a livello nazionale di un'operazione di concentrazione alla luce dell'articolo 102 TFUE. Lungi dal privare le autorità competenti degli Stati Membri della possibilità di applicare le disposizioni del trattato in materia di concorrenza alle concentrazioni, come definite all'articolo 3⁶ del Regolamento n. 139/2004, pertanto, quest'ultimo fa parte di un quadro normativo inteso a dare attuazione agli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, nonché a creare un sistema di controllo che garantisca che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno dell'Unione⁷. Più particolarmente,

pur istituendo un controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, il Regolamento n. 139/2004 non esclude tuttavia un controllo *ex post* di quelle inferiori a tale soglia. Se è vero, infatti, che l'articolo 3 del Regolamento n. 139/2004 adotta una definizione sostanziale della concentrazione d'impresa, senza far riferimento alle soglie menzionate nell'ambito del medesimo, il regolamento stesso deve essere letto alla luce del suo contesto e, segnatamente, dell'articolo 1, di talché, da un lato, esso si applica solo alle concentrazioni di dimensione comunitaria e, dall'altro, è ammissibile che talune concentrazioni possano, nel contempo, sfuggire ad un controllo *ex ante* ed essere oggetto di un controllo *ex post*.

L'interpretazione sostenuta nel caso concreto dall'Autorità garante della concorrenza francese, pertanto, equivale ad escludere l'applicabilità diretta di una disposizione del diritto primario a causa dell'adozione di un atto di diritto derivato riguardante taluni comportamenti di imprese sul mercato. L'inapplicabilità del Regolamento n. 1/2003, e in particolare del suo articolo 5⁸, relativo alle competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE alle operazioni di concentrazione definite all'articolo 3 del Regolamento

⁶ L'articolo 3 del Regolamento n. 139/2004, intitolato "Definizione di concentrazione", al paragrafo 1 dispone: "... Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito:

a) della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure
b) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese...".

⁷ CGUE 31.05.2018, Causa C-633/16, *Ernst & Young*, punto 55; CGUE 07.09.2017, Causa C-248/16, *Austria Asphalt*, punto 31.

⁸ 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. L'articolo 5 del Regolamento, intitolato "Competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri", dispone: "... Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni:

- ordinare la cessazione di un'infrazione,
- disporre misure cautelari,
- accettare impegni,
- comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire...".

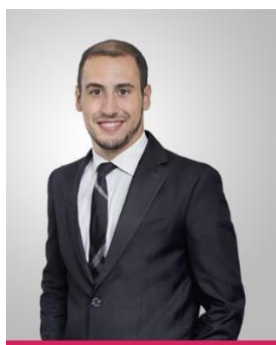
n. 139/2004, infatti, non può comportare il divieto per le autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare l'articolo 102 TFUE a talune concentrazioni. Nonostante il principio di applicazione esclusiva del Regolamento n. 139/2004 alle operazioni di concentrazione, enunciato all'articolo 21, paragrafo 1, di tale regolamento, invero, è proprio il diritto procedurale degli Stati Membri ad applicarsi alle concentrazioni di dimensione non comunitaria.

Di conseguenza, il Regolamento n. 139/2004 non può ostare a che un'operazione di concentrazione di dimensione non comunitaria, come quella del caso concreto, possa essere sottoposta ad un controllo ad opera delle autorità nazionali garanti della concorrenza e dei giudici nazionali sulla base dell'effetto diretto dell'articolo 102 TFUE, facendo ricorso alle proprie norme procedurali, e pertanto ad un'operazione di concentrazione inferiore alle soglie di controllo preventivo previste rispettivamente dal Regolamento n. 139/2004 e dal diritto nazionale in questione può essere applicato l'articolo 102 TFUE qualora ricorrano le condizioni

ivi previste per stabilire l'esistenza di un abuso di posizione dominante.

Tutto ciò premesso, la Corte ha statuito 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'operazione di concentrazione tra imprese, priva di dimensione comunitaria, ai sensi dell'articolo 1 del citato regolamento, che sia inferiore alle soglie di controllo ex ante obbligatorio previste dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo a un rinvio alla Commissione europea a norma dell'articolo 22 di detto regolamento, sia considerata da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro come costitutiva di un abuso di posizione dominante, vietato dall'articolo 102 TFUE, tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale”.



Marco Stillo

ASSOCIATE



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

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
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

