



## Concentrazioni e controlli: la sentenza *Towercast* e i suoi effetti

DI ANDREA MANENTI\*

Sommario: 1. Il caso oggetto della sentenza. – 2. L’interpretazione della Corte di Giustizia. – 3.1. Il rapporto tra articolo 102 TFUE e Regolamento 139/2004. – 3.2. L’improbabilità di una applicazione pratica. – 4. Considerazioni finali.

### 1. Il caso oggetto della sentenza

La sentenza *Towercast*<sup>1</sup> ha origine dal procedimento instauratosi nel novembre 2017 presso l’*Autorité de la concurrence* (d’ora in poi *Autorité*) a seguito di una denuncia presentata dalla società *Towercast* nei confronti di *Télédiffusion de France* (d’ora in poi TDF). In particolare, la denunciante ha sottoposto all’attenzione dell’*Autorité* una operazione di acquisizione conclusasi appena un anno prima (ottobre 2016) tra la TDF e la società *Itas*, entrambe società fornitrici di servizi di diffusione della televisione digitale terrestre (DTT) in Francia. Secondo la *Towercast*, l’acquisizione, una volta perfezionatasi, avrebbe ostacolato la concorrenza dei mercati all’ingrosso, a monte e a valle, della diffusione DTT, rafforzando la posizione dominante di TDF.

A seguito delle successive indagini condotte da parte dell’*Autorité* ed all’invio da parte di quest’ultima di una notifica degli addebiti a TDF e alle ulteriori imprese facenti parte del gruppo TDF, nel gennaio 2020 la *Autorité* emetteva una decisione<sup>2</sup> con la quale stabiliva che la denuncia presentata da *Towercast* non fosse dimostrata e che pertanto non si dovesse dar seguito ad alcun procedimento di infrazione della normativa della concorrenza né europea né nazionale

---

\* Dottore in giurisprudenza, Università degli Studi dell’Insubria.

<sup>1</sup> Corte giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207.

<sup>2</sup> *Autorité de la concurrence*, decisione n° 20-D-01, 16 gennaio 2020 (consultabile, in lingua francese, sul sito: [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral\\_texts/2020-01/20d01.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2020-01/20d01.pdf) – ultima visita 2/8/2023).

nei confronti del gruppo TDF. L'autorità amministrativa francese affermava che, con l'adozione del primo regolamento n. 4064/1989<sup>3</sup> in merito al controllo sulle concentrazioni ed il successivo regolamento n. 139/2004<sup>4</sup>, fosse stata creata una netta differenziazione tra la disciplina delle concentrazioni, definita quale unica applicabile dall'art. 21, reg. 139/2004 a quelle descritte dall'art. 3 del medesimo regolamento, ed il resto della disciplina delle condotte *antitrust* di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, in assenza di condotte distinte da tali operazioni<sup>5</sup>.

A tale decisione si opponeva la società *Towercast* proponendo ricorso dinnanzi alla *Cour d'appel de Paris*<sup>6</sup>, sostenendo che la Corte di Giustizia, nella non più recentissima sentenza *Europemballage*<sup>7</sup>, aveva affermato che la Commissione poteva legittimamente applicare alle concentrazioni l'articolo 86 del Trattato CEE (oggi, 102 TFUE) e come tale giurisprudenza potesse trovare nuovamente applicazione nel caso concreto per il tramite dell'effetto diretto di tale ultimo articolo. Diversamente l'*Autorité* e il Ministero dell'Economia francese affermavano che avrebbe dovuto trovare applicazione il recente orientamento della Corte di Giustizia, espresso nella sentenza *Austria Asphalt*<sup>8</sup>, secondo cui gli articoli 101 e 102 TFUE rimangono inapplicabili rispetto a qualsiasi operazione riconducibile all'alveo di applicazione dell'art. 3, reg. 139/2004, indipendentemente dal superamento delle soglie. Oltre a tale rilievo, le parti hanno sottolineato come l'ammissione di una eventuale applicazione dell'art. 102 TFUE ad operazioni di ristrutturazione societaria fosse potenzialmente in grado di determinare l'insorgere di un problema di certezza del diritto da cui sarebbero potuti emergere gravi pregiudizi in capo agli operatori economici in ragione della conseguente possibilità da parte delle Autorità pubbliche di poter porre in discussione potenziali concentrazioni anche dopo un lungo arco temporale dal loro perfezionamento<sup>9</sup>.

Tenuto conto delle osservazioni in fatto e in diritto presentate dalle parti, la *Cour d'appel* ha sospeso il giudizio e sollevato una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE circa l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, del regolamento 139/2004 alla luce del principio di efficacia diretta dell'art. 102 TFUE e del considerando 7 del reg. 139/2004 che sottolinea la potenziale insufficienza degli articoli 101 e 102 TFUE a garantire il controllo di tutte le operazioni di concentrazione potenzialmente incompatibili con il diritto della concorrenza. Più specificatamente, il giudice ha domandato alla Corte di determinare se la citata disposizione osti a che un'operazione di concentrazione, priva di rilevanza a livello europeo ai sensi dell'art. 1 del medesimo regolamento, inferiore alle soglie di controllo *ex ante* obbligatorio previste a livello nazionale e che non abbia dato luogo ad un rinvio alla Commissione europea ai sensi dell'art. 22 del reg. 139/2004, possa essere considerata costitutiva di un abuso di posizione

---

<sup>3</sup> Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE L 395, 30/12/1989, p. 1-12.

<sup>4</sup> Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), in GUCE L 24, 29/1/2004, p. 1-22.

<sup>5</sup> V. *infra* paragrafo 3.1 del presente lavoro e la giurisprudenza amministrativa italiana citata.

<sup>6</sup> La Corte d'appello di Parigi è competente per i ricorsi di annullamento o revoca avverso le decisioni dell'*Autorité de la concurrence* ai sensi dell'articolo L.464-8 del *Code de Commerce*.

<sup>7</sup> Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, EU:C:1973:22.

<sup>8</sup> Corte giust., 7 settembre 2017, causa C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c. Bundeskartellamt*, EU:C:2017:643, par. 30-33.

<sup>9</sup> Corte di Giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *cit.*, par. 54 ss.

dominante da parte di una Autorità nazionale garante della concorrenza, tenuto conto della struttura concorrenziale esistente sul mercato nazionale<sup>10</sup>.

## 2. L'interpretazione della Corte di Giustizia

Il 16 marzo 2023, la seconda sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione affermando anzitutto che, come stabilito dalla costante giurisprudenza della medesima Corte, al fine di comprendere quale sia la portata applicativa di una norma è necessario tenere conto non soltanto del dato letterale, ossia la sua formulazione semantica, ma è altresì indispensabile ed essenziale comprendere la sua funzione teleologica e la sua collocazione all'interno dell'insieme delle disposizioni del diritto europeo<sup>11</sup>.

Dal punto di vista letterale, l'art. 21 del reg. 139/2004 prevede che lo stesso sia «*il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3*», derivandone l'impossibilità, in linea di principio, di applicazione del regolamento n. 1/2003<sup>12</sup> e degli altri regolamenti richiamati dal par. 1 di tale articolo. Tuttavia, tale argomento non consente di comprendere se le norme del TFUE in materia di concorrenza, in particolare l'art. 102 TFUE, possano essere applicate anche ad operazioni di concentrazione sottosoglia sia europea sia nazionale, nonché tali da non aver determinato un rinvio alla Commissione da parte di alcuna Autorità garante della concorrenza nazionale (d'ora in poi ANC) ai sensi dell'art. 22, reg. 139/2004 e della recente interpretazione fornita dal Tribunale rispetto a tale norma<sup>13</sup>.

Neppure la genesi normativa dell'art. 21 consente di risolvere la questione pregiudiziale. Di fatto, il considerando 7 del reg. 139/2004 prevede espressamente che gli artt. 81 e 82 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE), «*pur potendo essere applicati*» a certe operazioni, risultano, come affermato dalla giurisprudenza precedente all'emanazione del regolamento n. 4064/89, insufficienti a consentire un controllo efficace rispetto a tutte le operazioni di ristrutturazione societaria che possano essere considerate incompatibili con il diritto della concorrenza.

Più indicativo pare l'argomento teleologico. La funzione della norma, esplicitata in particolare all'interno dei considerando 5 e 6 del regolamento 139/2004, è quella di introdurre una procedura di valutazione *ex ante* delle concentrazioni al fine di evitare il costituirsi di

---

<sup>10</sup> *Ivi*, par. 29.

<sup>11</sup> Corte di Giust., 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Andy Wightman e a. c. Secretary of State for Exiting the European Union*, ECLI:EU:C:2018:999, par. 47; 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, EU:C:2012:756, par. 135; 17 marzo 2016, causa C-286/14, *Parlamento c. Commissione*, EU:C:2016:183, par. 43; 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2013:625, par. 50 e giurisprudenza citata; Tribunale, 13 luglio 2022, T-227/21, *Illumina c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:447, par. 88.

<sup>12</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, in GU L 1, 4/1/2003, p. 1–25.

<sup>13</sup> V. Tribunale, 13 luglio 2022, T-227/21, *cit.*, con la quale è stato sancito che, alla luce del dato letterale, contestuale, teleologico e storico, l'art. 22, par. 1, comma 1, reg. 139/2004 ammette che un qualsiasi Stato membro, indipendentemente dalla portata della propria normativa vigente in materia di controllo delle concentrazioni, possa rinviare alla Commissione concentrazioni sottosoglia sia europea sia nazionale, ma comunque in grado di cagionare effetti transfrontalieri lesivi della concorrenza. Cfr. Comunicazione della Commissione, *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, 31/3/2021, p. 1-6. Per una analisi approfondita della sentenza si segnala in dottrina: P. CARROL, *Merger control beyond merger thresholds and the multiplication of ex ante merger notification obligations*, in *ECLR*, 2023, p. 117 ss.

pregiudizi durevoli per la concorrenza del mercato interno<sup>14</sup>. A tale scopo, è stato introdotto un sistema di controllo impostato sulla base del principio del c.d. “one stop shop” o principio dello sportello unico<sup>15</sup>, nel quale la Commissione è l’unico organo competente a decidere circa l’ammissibilità delle concentrazioni aventi rilevanza comunitaria, per evitare l’esame parallelo della stessa concentrazione da parte dell’autorità garante della concorrenza di diversi Stati membri<sup>16</sup>. Nondimeno, ai sensi dell’art. 22 del medesimo regolamento, è ammessa la possibilità in capo alle ANC di notificare alla Commissione eventuali ristrutturazioni non idonee a raggiungere le soglie di rilevanza europea, ma comunque potenzialmente in grado di pregiudicare il mercato tra Stati membri e, in modo particolare, il mercato dello Stato membro o degli Stati che presentino una richiesta di valutazione<sup>17</sup>.

Tenuto conto degli argomenti semantici, teleologici e di genesi della norma, la Corte ha riconosciuto, anche per il tramite del considerando 7, reg. 139/2004, che gli artt. 101 e 102 TFUE non possono essere considerati del tutto inapplicabili rispetto a concentrazioni che non rientrano né nelle soglie di rilevanza europea e nazionale, né oggetto di segnalazione da parte delle ANC alla Commissione.

### **3.1. Il rapporto tra articolo 102 TFUE e regolamento 139/2004**

La Corte di Giustizia ha rilevato come il regolamento 139/2004 si ponga all’interno di un quadro normativo europeo volto a dare attuazione alle regole della concorrenza<sup>18</sup>; conseguentemente, tale strumento è necessariamente subordinato agli artt. 101 e 102 TFUE. Si deve infatti tenere conto che i richiamati articoli del TFUE sono caratterizzati dall’efficacia diretta in ragione della loro collocazione normativa e della chiarezza e precisione che caratterizza la loro formulazione<sup>19</sup>. Pertanto, per effetto di tali caratteristiche non può essere considerata ammissibile l’eventuale limitazione di tale efficacia in virtù dell’adozione di un atto gerarchicamente inferiore, avente quale fine il perseguimento di una maggiore efficacia attuativa delle norme dei Trattati.

A maggior sostegno di tale tesi, la Corte ha evidenziato come il regolamento 139/2004 sia stato adottato sul fondamento dell’art. 83 TCE (oggi 103 TFUE), per il tramite del quale l’Unione può adottare regolamenti e direttive utili all’applicazione dei principi di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Ulteriore base giuridica del regolamento si rinviene nell’art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE), mediante cui all’Unione è riconosciuta la facoltà di dotarsi di poteri d’azione

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte di Giust., 13 luglio 2023, causa C-376/20P, *Commissione c. CK Telecoms UK Investments*, ECLI:EU:C:2023:561, par. 81 ss.

<sup>15</sup> V. CAROLLO, *Il controllo delle concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Econ. Trasp. Amb.*, Vol. VII, 2009, p. 1-30 (consultabile sul sito: <https://www.giureta.unipa.it/2009/carollo.pdf> - ultima visita: 10/8/2023) ed al quale si rinvia per una chiara ricostruzione della normativa europea circa il controllo delle concentrazioni.

<sup>16</sup> Tribunale, 13 luglio 2022, T-227/21, *cit.*, par. 101.

<sup>17</sup> V. *supra*, nota 12. In dottrina: V. CAROLLO, *Il controllo delle concentrazioni*, *cit.*, p. 1-30; P. MANZINI, *Diritto Antitrust dell’Unione europea*, Torino, 2023, p. 196 ss.

<sup>18</sup> Corte di Giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *cit.*, par. 39.

<sup>19</sup> Si richiamano a tal proposito le note conclusioni della Corte di Giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, par. 22-23. Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott del 13 ottobre 2022, ECLI:EU:C:2022:777, p. 29 ss.

aggiuntivi necessari al raggiungimento di determinati obiettivi, quale la realizzazione di un mercato comune basato su una concorrenza non falsata.

Si tenga altresì conto del fatto che il regolamento, per propria natura, soggiace all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 296, par. 2, TFUE, la cui *ratio* è costituita dalla garanzia attribuita agli Stati membri ed ai singoli di poter comprendere in quale modo le Istituzioni europee applicano i Trattati e perseguono gli obiettivi in essi previsti. Ne consegue che un atto di diritto derivato, destinato ad essere uno strumento di applicazione delle norme dei Trattati, la cui adozione è motivata da ragioni esplicitate attraverso i suoi considerando nella necessità di garantire una più ampia tutela della concorrenza che appare altrimenti non sufficientemente assicurata, non possa limitare in alcun modo l'applicazione generale delle norme dei Trattati nelle aree di diritto in cui il reg. 139/2004 e la normativa nazionale non trovano applicazione.

L'art. 102 TFUE costituisce, alla luce delle argomentazioni della Corte e dell'Avvocato generale Kokott<sup>20</sup>, uno strumento complementare al regolamento sulle concentrazioni. D'altronde quest'ultimo, come precedentemente richiamato, ha istituito un regime di controllo obbligatorio *ex ante* – unico nel suo genere di controllo preventivo nel diritto della concorrenza – in merito ai mutamenti di struttura societari. Conseguentemente è stata ammessa la possibilità di operare valutazioni *ex post* delle operazioni di concentrazione che altrimenti non sarebbero sottoposte a controlli in ragione della loro inferiorità rispetto alle soglie rilevanti per l'applicazione del reg. 139/2004 ovvero delle normative nazionali.

Circa l'applicazione dell'art. 102 TFUE mediante procedure di valutazione *ex post* delle concentrazioni, la Corte ha chiarito che tali operazioni di mercato possono rientrare tra le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>. A ciò consegue che un'operazione di concentrazione inferiore alle soglie europee e nazionali può essere oggetto di controllo ai sensi dell'art. 102 TFUE laddove ne ricorrano i presupposti per stabilire l'esistenza di una condotta di sfruttamento della posizione dominante<sup>22</sup>. A tal fine sarà necessario – in un eventuale procedimento – dapprima accertare l'esistenza di una effettiva dominanza in capo alla società a cui viene contestata l'infrazione<sup>23</sup>, e solo in seguito l'Autorità procedente avrà l'onere di provare il carattere abusivo delle condotte<sup>24</sup> poste

---

<sup>20</sup> V. anche Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 13 ottobre 2022, *cit.*, p. 39 ss.

<sup>21</sup> V. Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *cit.*, par. 26-27. In dottrina: O. PALLOTTA, *La Corte di Giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura*, in *aisdue.eu*, 26 aprile 2023, p. 34-49 (consultabile sul sito: <https://www.aisdue.eu/oreste-pallotta-la-corte-di-giustizia-rinviene-una-fattispecie-che-si-assumeva-perduta-labuso-di-struttura/> – ultima visita: 3/8/2023), il quale evidenzia (e critica) come l'orientamento della sentenza *Towercast* abbia portato in auge la (dimenticata) figura del c.d. "abuso di struttura", la quale sarebbe caratterizzata da artificiosità in quanto originatasi all'interno della giurisprudenza europea al fine di colmare il vuoto normativo esistente in materia di concentrazioni fino alla adozione del Reg. 4064/1989.

<sup>22</sup> Corte di Giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, *cit.*, parr. 52 ss.

<sup>23</sup> Per le modalità di accertamento della posizione di dominanza si rinvia a: P. MANZINI, *Diritto Antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 171 ss., A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea – Profili sostanziali*, Milano, 2018, II ed., p. 509 ss., L. DANIELE (a cura di) *et al.*, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2023, p. 301 ss. In giurisprudenza, *ex multis*: Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36; Trib., 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:22, par.108 ss. e giurisprudenza ivi citata.

<sup>24</sup> V. sul punto *ex multis* Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *cit.*, par. 91; 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, par. 24 ss.; 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*, ECLI:EU:C:2020:52, par. 154; 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a.*, ECLI:EU:C:2022:379, parr. 50 ss. e 68. In dottrina: P. MANZINI,



in essere dall'impresa dominante che si stia o, molto più probabilmente, abbia già effettuato una fusione societaria avente le caratteristiche di apparente irrilevanza europea e nazionale precedentemente richiamate.

Secondo parte della dottrina<sup>25</sup> in merito all'applicazione esclusiva del regolamento 139/2004, alla previsione di cui all'art. 21 del regolamento corrisponde una necessità da parte del legislatore europeo di escludere interferenze di altre fonti nella disciplina dei controlli delle ristrutturazioni societarie per «*ragioni cogenti di certezza del diritto*»<sup>26</sup>.

La possibilità di applicazione complementare dell'art. 102 TFUE non costituisce una lesione del principio della certezza del diritto, come paventato nelle eccezioni avanzate dalle società convenute. Infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che l'interpretazione fornita nel caso concreto si inserisce all'interno di una consolidata giurisprudenza europea relativa all'effetto diretto della citata norma del TFUE. La certezza del diritto è infatti intesa come «*possibilità diffusa di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti*»<sup>27</sup>. È vero che la vigente disciplina sulle concentrazioni genera un affidamento nell'operatore economico nel senso che questi, conoscendo *a priori* le soglie di rilevanza per l'applicazione del reg. 139/2004 (o della normativa nazionale), sarà indotto a ritenere che tale disciplina possa trovare applicazione solo nei casi di operazioni che raggiungano o superino tali valori. Tuttavia, in ragione dell'efficacia diretta dell'art. 102 TFUE, non è ammissibile ipotizzare che un'impresa che detiene un potere commerciale in grado di influenzare e/o ostacolare una concorrenza effettiva<sup>28</sup> possa ritenersi autorizzata, in ragione dell'irrilevanza delle operazioni di concentrazione sottosoglia, a tenere condotte che tendano ad eliminare la concorrenza, anche mediante il rafforzamento della propria posizione dominante sul mercato, a tal punto da generarne la capacità di influenzare il comportamento dei concorrenti.

Rispetto a tale ultimo argomento, come già parte della dottrina ha evidenziato<sup>29</sup>, anche la stessa Corte ammette che non possa essere considerato sufficiente a dimostrare l'abuso il semplice rafforzamento di una posizione di una società, «*dovendosi dimostrare che il grado di dominio così raggiunto rappresenta un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciare sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante*»<sup>30</sup>.

La differente portata applicativa, specie dal punto di vista probatorio, del reg. 139/2004 e dell'art. 102 TFUE è stata recentemente affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *CK Telecoms*<sup>31</sup>. Il caso, incentrato su una decisione di incompatibilità emessa dalla Commissione in merito alla richiesta di autorizzazione alla fusione tra *CK Telecoms UK Investments Ltd* e la

---

*Le mobili frontiere dell'abuso di posizione dominante*, in C. FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, p. 50 ss., B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *Eurojus*, 2022.

<sup>25</sup> A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 716 ss.

<sup>26</sup> *Dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione*, relativa all'art. 22 (poi art. 21), 1989. Si rinvia a A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 717, nota 170.

<sup>27</sup> G. GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Q&G*, 2012, p. 311. Cfr. S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 1, 2021, p. 1-37 e dottrina ivi citata.

<sup>28</sup> V. Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, cit., par. 38.

<sup>29</sup> O. PALLOTTA, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 43 ss. e dottrina ivi citata.

<sup>30</sup> Corte di Giust., 16 marzo 2023, causa C-449/21, cit., par. 52 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>31</sup> Corte di Giust., 13 luglio 2023, causa C-376/20P, cit.

*Telefónica Europe plc* (d'ora in poi *CK Telecoms* e *O2*) e basata sulle stime effettuate dalla medesima Autorità rispetto agli effetti negativi per la concorrenza che si sarebbero verificati a seguito dell'operazione sul mercato oligopolistico dei servizi di telecomunicazioni mobile al dettaglio nel Regno Unito, si è concluso con l'emissione di una sentenza di annullamento della decisione del Tribunale ed il rinvio dinnanzi a quest'ultimo del procedimento. Al di là dell'esito del procedimento di impugnazione, ai fini della presente analisi la sentenza rileva i seguenti ordini di motivi.

In primo luogo, la Corte ha sottolineato come i criteri di giudizio di una concentrazione rispetto alla sua compatibilità (art. 2, par. 2, reg. 139/2004) o meno (art. 2, par. 3, reg. 139/2004) in rapporto con l'obiettivo di una concorrenza effettiva e non falsata non si differenzino in alcun modo, dovendosi piuttosto tener conto della rilevanza e congruenza delle deduzioni avanzate nel corso dell'istruttoria da parte dell'Autorità procedente<sup>32</sup>.

In secondo luogo, circa il rapporto tra reg. 139/2004 e art. 102 TFUE, la Corte ha sottolineato come «*tale controllo [sulle concentrazioni] si distingue di conseguenza dal controllo ex post [...] di cui all'articolo 101 TFUE, nonché [...] all'articolo 102 TFUE*»<sup>33</sup>. In particolare, è stata posta in luce la discrezionalità di cui dispone la Commissione nell'applicare le norme sul controllo delle concentrazioni ed in applicazione delle quali, sono effettuate necessariamente «*analisi economiche prospettive dirette a determinare la probabilità di talune evoluzioni del mercato rilevante in un lasso di tempo prevedibile. Orbene, tali analisi prospettive, il più delle volte complesse, sono necessariamente più incerte delle analisi ex post*»<sup>34</sup>. Tale discrezionalità determina il conseguente limite imposto al sindacato del giudice dell'Unione sulla decisione della Commissione, circoscritto alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti nella valutazione<sup>35</sup>.

Ciò premesso, è stato sottolineato come l'art. 2, par. 3 debba essere interpretato, alla luce del considerando 25, nel senso che, in mancanza di creazione o rafforzamento di una posizione dominante a seguito di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico, un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva possa essere constatato «*solo se la Commissione dimostri che sono soddisfatte due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitata dalle imprese partecipanti alla concentrazioni e, dall'altro, la riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti*».

### **3.2. L'improbabilità di una applicazione pratica**

A quanto finora illustrato, si collega la problematica circa l'effettiva applicazione complementare dell'art. 102 TFUE in materia di concentrazioni. Essa appare, a prima vista, estremamente improbabile a livello europeo in quanto, tendenzialmente, la Commissione sarà portata a concentrarsi sulle condotte in grado di danneggiare – potenzialmente o concretamente

---

<sup>32</sup> *Ivi*, parr. 70 ss. Cfr. Corte di Giust., 10 luglio 2008, C-413/06P, *Bertelsmann e a. c. Impala*, EU:C:2008:392, p. 49 ss.

<sup>33</sup> *Ivi*, par. 81

<sup>34</sup> *Ivi*, parr. 82-83.

<sup>35</sup> Corte di Giust., 10 luglio 2008, C-413/06P, *cit.*, par. 144 e giurisprudenza *ivi* citata.

– il mercato unico<sup>36</sup>. Una eventuale ipotesi di applicazione dell'orientamento in esame, inoltre, porterebbe irrimediabilmente ad inevitabili conseguenze rispetto all'utilizzo delle già scarse risorse di cui la DG COMP dispone<sup>37</sup>, richiedendo a quest'ultima di indagare su eventuali operazioni societarie di minor rilevanza secondo gli *standard* dell'attuale diritto *antitrust* europeo.

La problematica potrebbe differentemente sorgere a livello nazionale dove le soluzioni potrebbero mutare a seconda dell'Autorità adita<sup>38</sup>, ossia le ANC ovvero gli organi giurisdizionali.

Nel primo caso, anche a seguito di segnalazioni da parte di eventuali concorrenti danneggiati, le ANC difficilmente saranno indotte ad intervenire in assenza dei presupposti derivanti dalle soglie nazionali previste per l'applicazione delle normative di controllo sulle concentrazioni che ne determinano la competenza ed indirizzano l'attività<sup>39</sup>. Tuttavia, dato che ad una eventuale concentrazione sottosoglia europea e nazionale non sarebbe applicabile né il reg. 139/2004 ai sensi dell'art. 21, né la disciplina delle concentrazioni nazionali, ne deriva, alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia, la possibile applicazione del reg. 1/2003 e della

---

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GUCE C 45, 24/2/2009, p. 7-20, par. 5 secondo il quale «la Commissione si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori». Appare evidente la difficoltà di ipotizzare un intervento da parte della DG COMP rispetto ad una concentrazione che determini un eventuale rafforzamento o ostacolo alla concorrenza di un solo Stato membro e sia priva di rilevanza ai sensi delle soglie europee e nazionali.

<sup>37</sup> Si rinvia a proposito di tale problematica alla *Relazione speciale n. 24/2020* della Corte dei conti europea – *Il controllo delle concentrazioni nell'UE e i procedimenti antitrust esperiti dalla Commissione: occorre innalzare la sorveglianza del mercato* (consultabile sul sito: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/eu-competition-24-2020/it/> – ultima visita: 30/7/2023), secondo la quale, nonostante la rapidità di analisi delle concentrazioni notificate, «la Commissione ha avuto difficoltà a effettuare sistematicamente verifiche incrociate circa l'esattezza delle informazioni, date le scarse risorse disponibili e la quantità di informazioni da controllare» (punto 44).

<sup>38</sup> A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 716 ss., in particolare, nota 171; O. PALLOTTA, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 47 ss.

<sup>39</sup> Appare interessante evidenziare il caso della Norvegia, paese firmatario dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE – firmato a Oporto il 2/5/1992 ed il cui testo è consultabile al sito: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21994A0103(01)) – ultima visita: 7/8/2023). In tale paese, ai sensi della sezione 16.A della Legge sulla concorrenza (*Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger* del 1/5/2004, così come modificata dalla LOV-2023-06-20-80 del 1/7/2023, consultabile sul sito: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2004-03-05-12/KAPITTEL\\_4#KAPITTEL\\_4](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2004-03-05-12/KAPITTEL_4#KAPITTEL_4) – ultima visita: 9/8/2023), all'Autorità garante della concorrenza è attribuita la possibilità di vietare acquisizioni anche laddove queste non portino ad un controllo, ma ostacolano significativamente la concorrenza su un determinato mercato «in particolare a seguito della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante». Tale richiamo appare utile in ragione della sussistenza dei vincoli intercorrenti tra Unione europea e Regno di Norvegia ove vengono applicate politiche unificate allo scopo di garantire l'inserimento del citato paese all'interno del mercato comune europeo. Recentemente, anche in Italia si è assistito ad una estensione dei poteri di controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) con l'introduzione mediante l'art. 32 della L. 5 agosto 2022, n. 118 (in G.U., 12/08/2022, n.188) del co. 1bis all'art. 16, L. 287/1990. In applicazione di tale comma, l'AGCM è dotata della facoltà di chiedere alle imprese interessate a procedere ad una fusione di notificarle ogni documento utile ai fini della valutazione di compatibilità rispetto al mercato nazionale ed europeo della concentrazione. Tale potere è subordinato alla sussistenza o di almeno uno dei requisiti di fatturato indicati al co. 1 del medesimo articolo, ovvero al caso in cui il fatturato mondiale delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, e sempreché 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, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione».



più recente Direttiva 1/2019<sup>40</sup> in quanto strumenti volti ad attuare una applicazione efficace e uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE. In particolare, come sancito dall'art. 4, par. 5, della direttiva del 2019, le ANC sono titolari del potere di definire le priorità in materia *antitrust*. Inoltre, le stesse hanno il potere di respingere le eventuali denunce a motivo del fatto che non siano considerate delle priorità o per altri motivi previsti dai diritti nazionali<sup>41</sup>.

La difficoltà di una applicazione estensiva dell'art. 102 TFUE alla materia delle concentrazioni è stata già oggetto di esame da parte del TAR del Lazio nella sentenza n. 3334/2022<sup>42</sup>. Il procedimento aveva ad oggetto il ricorso avverso il provvedimento n. 28945 del 2020 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi AGCM) con il quale tale organo aveva accertato un abuso di posizione dominante e conseguentemente irrogato una sanzione pecuniaria di €10.868.472 in solido nei confronti *TicketOne S.p.A* e varie altre società, membri del c.d. "gruppo *Eventim-TicketOne*".

Tra le varie presunte infrazioni, erano state contestate al citato gruppo societario alcune acquisizioni di differenti *promoter* nazionali nell'ambito dei mercati dell'organizzazione e commercializzazione di eventi dal vivo e della vendita al dettaglio di biglietti per conto terzi. Il TAR del Lazio ha accertato che il provvedimento di condanna dell'AGCM in merito alla condotta di abuso mediante concentrazioni non fosse idoneamente corroborato da un adeguato approfondimento istruttorio e come contestualmente non fossero state tenute in debito conto le difese presentate delle indagate società<sup>43</sup>. Con particolare riferimento all'art. 102 TFUE, è stata esplicitamente affermata l'impossibilità di contestare un'operazione di concentrazione in termini di abuso di posizione dominante e di come l'AGCM avesse valutato la ristrutturazione societaria del gruppo come un «*tassello della strategia abusiva, continuata e complessa*»<sup>44</sup>. Inoltre, il TAR ha rilevato l'incompatibilità della decisione dell'AGCM con la disciplina europea in materia di concentrazioni, nello specifico l'art. 21, par. 1, reg. 139/2004 «*che espressamente esclude l'applicabilità alle concentrazioni degli art. 101 e 102 del TFUE*»<sup>45</sup> e come, conseguentemente, tenuto conto di una siffatta distinzione tra la disciplina di cui agli articoli 101 e 102 TFUE e quella sulle concentrazioni, non possa essere consentito alle ANC di intervenire attraverso l'applicazione dell'art. 102 TFUE soprassedendo ai meccanismi di controllo di cui al reg. 139/2004.

Ciononostante, sembrerebbe perseguibile la tesi di una applicazione complementare dell'art. 102 TFUE che tenga conto di alcuni correttivi: in caso di concentrazioni sottosoglia europea e nazionale, non si potrà procedere ad una contestazione della condotta delle società

---

<sup>40</sup> Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, in GUUE L 11, 14/1/2019, p. 3-33.

<sup>41</sup> In Italia, ai sensi dell'art. 12, L. 287/90 gli elementi sulla base dei quali può essere avviata una indagine possono derivare anche dalle eventuali denunce rese da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, comprese le associazioni rappresentative dei consumatori. In dottrina: S. BONI, *La tutela dei diritti di colore che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *DUE*, 2003, p. 73 ss.; P. FATTORI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 283 ss.

<sup>42</sup> TAR Lazio, 9 marzo 2022, n. 3334, *TicketOne c. AGCM*, confermata da Cons. Stato, 24 ottobre 2022, n. 9035, (entrambe consultabili sul sito: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr> – ultima visita: 12/9/2023).

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 25-26.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 27.

coinvolte in base all'esistenza della ristrutturazione societaria, ma sarà necessario accertare, caso per caso, mediante elementi probatori oggettivamente riscontrabili, la sussistenza di condotte volte ad eliminare e/o falsare la concorrenza sul mercato di riferimento e ad ingenerare nei concorrenti rimasti una dipendenza rispetto alle decisioni commerciali ed industriali effettuate dall'impresa dominante.

Si aggiunge inoltre la possibilità – estrema, per i motivi di cui si dirà – che l'eventuale interessato a far accertare la sussistenza di una infrazione dell'art. 102 TFUE possa adire l'Autorità giudiziaria, tenendo conto che in quest'ultimo caso troveranno applicazione principi e procedure differenti a seconda dello Stato membro in cui la concentrazione viene realizzata. Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, il giudice nazionale può applicare direttamente gli artt. 101 e 102 TFUE poiché «*atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*»<sup>46</sup>. Le eventuali azioni promosse possono considerarsi rientranti delle c.d. *stand alone actions*, ove il privato si rivolge all'autorità giudiziaria in assenza di una preventiva statuizione di tipo amministrativo.

Tuttavia, ci si chiede chi mai possa avere verosimilmente la capacità economica e temporale di convenire in giudizio eventuali concorrenti o imprese avanti ad una Autorità giudiziaria nazionale al fine di chiedere l'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE per mezzo di una concentrazione caratterizzata dall'assenza di rilevanza secondo la disciplina sulle concentrazioni europea e nazionale. A tale peculiarità, inoltre, si aggiungono le difficoltà determinate dalla vigenza di differenti norme in materia di procedura civile tra gli Stati membri e rispetto ai quali andranno adeguati i principi della giurisprudenza europea in tema di onere della prova *antitrust*.

Difatti, deve essere evidenziato come nel caso di un procedimento dinnanzi all'Autorità giudiziaria, l'attore ha l'onere di dimostrare non solo la sussistenza di una posizione di dominanza da parte dell'impresa convenuta, ma anche l'esistenza di un pregiudizio nei suoi confronti nonché di un nesso causale tra pratica illecita e danno ingiusto patito<sup>47</sup>. Oltretutto, la Corte di Giustizia ha sancito che, in riferimento ad eventuali pratiche di esclusione, figura alla quale può ricondursi una concentrazione volta a rafforzare una posizione di dominanza al fine di eliminare la concorrenza, non può essere giudicata *a priori* quale “abusiva” qualsiasi condotta in grado di rimuovere i concorrenti poiché la concorrenza basata sui meriti può portare per propria natura a tali effetti<sup>48</sup>. Pertanto, sarà necessario provare mediante precisi elementi probatori che la condotta posta in essere dall'impresa in posizione dominante sia idonea oggettivamente a determinare (o abbia determinato) una violazione dei doveri incombenti su tale società<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Corte di Giust., 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT c. Sabam*, ECLI:EU:C:1974:25, par. 15 ss. In dottrina: L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo – Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005, p. 439 ss.

<sup>47</sup> Cfr. L.F. PACE, *L'applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'“armonizzazione negativa” della Corte di giustizia e l'esperienza italiana*, in *Studi dell'integrazione europea*, 2011, p. 483 ss.;

<sup>48</sup> Corte di Giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 73. Cfr. O. PALLOTTA, *La Corte di Giustizia*, *cit.*, p. 43 ss.

<sup>49</sup> Corte giust., 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations c. AGCM*, ECLI:EU:C:2023:33, par. 44; 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 98;

#### 4. Considerazioni finali

Considerate le soglie di rilevanza europea e nazionali e tenuto conto della prassi amministrativa, rilevata la gravosità dell'*onus probandi* in capo al privato che agisca dinnanzi al giudice nazionale, sembra si possa concludere che appare assai difficilmente ipotizzabile che l'orientamento sancito dalla sentenza *Towercast* possa trovare un seguito nella sua applicazione<sup>50</sup>.

Nondimeno, l'orientamento sembra rispondere ad una esigenza di tutela della concorrenza di cui si avverte l'esigenza nell'Unione europea<sup>51</sup>. Come rilevato dalla Corte dei conti europea nella Relazione Speciale n. 24/2020<sup>52</sup>, tenuto conto che la Commissione interviene in caso di superamento delle soglie di rilevanza europea, pur trattandosi di un valido elemento identificativo delle dimensioni di una operazione e del suo potenziale impatto sui mercati, il sistema di soglie potrebbe non essere in grado di rilevare importanti operazioni di concentrazione all'interno del mercato comune europeo. Di fatto, «*le acquisizioni di valore elevato riguardanti imprese con un fatturato ancora modesto possono costituire un rischio per una concorrenza efficace nel mercato interno. In tali circostanze, l'acquisizione può consentire all'acquirente di conquistare rapidamente una posizione dominante in un mercato nuovo ma ancora di dimensioni modeste oppure l'acquirente può decidere di interrompere lo sviluppo di nuovi prodotti per proteggere il proprio portafoglio*»<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Tuttavia, si deve segnalare il fatto che, sulla base della giurisprudenza *Towercast*, nel marzo 2023 l'Autorità belga per la concorrenza ha aperto una indagine nei confronti della società *Proximus*, storico operatore belga delle telecomunicazioni, in ragione di una presunta violazione dell'art. 102 TFUE da parte della citata società connesso all'acquisizione nel corso di una procedura giudiziaria di *EDPnet*, società fornitrice di servizi di telefonia fissa e mobile nonché servizi di accesso ad internet sulla rete *Proximus* in rame/fibra. La causa si è conclusa il 21/6/2023 con l'emissione della *Décision n° ABC-2023-RPR-17* in applicazione dell'art. IV.73 CDE (*Code de droit économique*) e l'adozione per un periodo di 15 mesi di misure provvisorie nei confronti di *Proximus* (consultabile sul sito: <https://www.belgiancompetition.be/en/decisions/23-rpr-17-proximus-edpnet> – ultima visita: 15/9/2023) ordinando alla stessa di mantenere un comportamento idoneo a preservare il valore di mercato e la competitività di *EDPnet*, garantendone l'indipendenza sul mercato e la piena capacità di sviluppo e di ricerca (par. 197). La decisione fa esplicito riferimento alla sentenza *Towercast* ai par. 105 ss. affermandone la possibile applicazione al di là dell'atto di origine della concentrazione, compresa l'autorizzazione giudiziaria (par. 107). Il collegio ha riconosciuto altresì la possibilità di una analisi della fusione societaria in ragione della non esaustività dell'elenco di condotte richiamate e perseguite dall'art. 102 TFUE e che devono essere opportunamente vagliate dall'organo procedente alla luce della giurisprudenza *antitrust* europea (par. 109). Infine, richiamando le sentenze *Towercast* ed *Illumina*, il collegio ha ammesso la possibilità di una analisi della concentrazione ai sensi dell'art. 102 TFUE in ragione del potenziale impatto anticoncorrenziale transfrontaliero della concentrazione (par. 113 ss.).

<sup>51</sup> P. CARROL, *Merger control*, cit., p. 117 ss.; Y. BEAUDOUIN, S. GENEVAZ, S. MERNAGH, A. SLEZEVICIUTE, *Merger Enforcement in Digital and Tech Markets: an Overview of the European Commission's Practice*, in CPB, 2022, p. 1-18 (consultabile sul sito: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e3e58b6d-7b68-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-277442708> – ultima visita: 25/7/2023).

<sup>52</sup> *Relazione della Corte dei conti europea n. 24/2020*, cit.

<sup>53</sup> *Ivi*, punto 47. Cfr.

La Commissione ha iniziato a rispondere a tali esigenze<sup>54</sup>. I regolamenti n. 1925/2022, sui mercati digitali<sup>55</sup>, e n. 2560/2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato unico<sup>56</sup>, rientrano nell'alveo di una prima risposta alle lacune normative lamentate negli anni passati.

Il primo prevede una serie norme volte ad affrontare le pratiche distorsive della concorrenza che possono manifestarsi sui mercati digitali. In particolare, dato il grande potere di mercato detenuto da poche grandi imprese (c.d. *gatekeeper*<sup>57</sup> – controllori dell'accesso), sono stati introdotti obblighi in capo a tali società di informare la Commissione rispetto a qualsiasi progetto di concentrazione «qualora le entità partecipanti alla concentrazione o l'oggetto della concentrazione forniscano servizi di piattaforma di base o qualsiasi altro servizio nel settore digitale o consentano la raccolta di dati»<sup>58</sup>. Ne deriva pertanto che all'interno dell'alveo di applicazione di tale normativa saranno oggetto di verifica anche acquisizioni societarie c.d. *killer*, cioè in grado di determinare l'eliminazione dal mercato di società efficienti e in grado di determinare, potenzialmente e nel medio-lungo periodo, una erosione della posizione dell'impresa dominante, ma economicamente deboli per via della loro recente comparsa sul mercato (c.d. *startup*).

Differentemente, il reg. 2560/2022 interviene al fine di evitare che sovvenzioni estere possano provare distorsioni sul mercato interno<sup>59</sup>. In particolare, nel considerando 4 si evidenzia come «Ciò potrebbe avvenire in particolare nel contesto delle concentrazioni che comportano un cambiamento nel controllo delle imprese dell'Unione, qualora tali concentrazioni siano finanziate in tutto o in parte mediante sovvenzioni estere oppure qualora gli operatori economici che beneficiano di sovvenzioni estere riescano ad aggiudicarsi appalti nell'Unione». L'ambito applicativo di tale normativa si estende a quelle imprese che siano beneficiarie di sovvenzioni estere come definite dall'art. 3, reg. 2560/2022. Laddove sia ravvisata la potenziale distorsione derivante da una concentrazione<sup>60</sup> in cui una delle imprese coinvolte ricada nell'alveo di applicazione del regolamento, la Commissione potrà accogliere eventuali impegni dalle imprese o imporre misure di riparazione volte a sciogliere la concentrazione<sup>61</sup>. Il regolamento 2560/2022 obbliga le imprese a notificare il progetto di concentrazione solo laddove vengano raggiunte le soglie previste dall'art. 20, par. 3. A tali disposizioni si aggiunge l'esplicita previsione all'art. 44, reg. 2560/2022 in virtù del quale il regolamento non pregiudica l'applicazione degli artt. 101, 102, 106, 107 e 108 TFUE, nonché i reg. 1/2003 e 139/2004.

---

<sup>54</sup> V. Relazione della Commissione, *Relazione sulla politica della concorrenza 2022*, Bruxelles, COM(2023) 184 final, 4/4/2023 (consultabile sul sito: [https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/annual-reports\\_it](https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/annual-reports_it) – ultima visita: 8/8/2023); Risoluzione del Parlamento europeo del 13 giugno 2023 sulla politica della concorrenza – *Relazione annuale 2022*, (2022/2060(INI)) (consultabile sul sito: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0227\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0227_IT.pdf) – ultima visita: 8/8/2023)

<sup>55</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in GUUE L 265, 12/10/2022, p. 1 ss.

<sup>56</sup> Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, in GUUE L 330, 23/12/2022, p. 1 ss.

<sup>57</sup> All'interno di tale categoria rientrano le imprese che rientrino nelle caratteristiche definite dall'art. 3, Reg. 1925/2022.

<sup>58</sup> Art. 14, par. 1, Reg. 1925/2022.

<sup>59</sup> Art. 1, par. 1, Reg. 2560/2022.

<sup>60</sup> Artt. 19 ss., Reg. 2560/2022.

<sup>61</sup> Art. 7, par. 4, lett. g), Reg. 2560/2022.

Per quanto interessa ai fini della presente riflessione, tali regolamenti tendono, ognuno nel proprio ambito applicativo, a porre un rimedio alle aree di mercato in cui vengono poste in essere concentrazioni in grado di modificare il mercato a favore di una particolare impresa o di rafforzarne l'influenza e pur tuttavia non capaci di raggiungere, per differenti motivazioni, le soglie di rilevanza europee o nazionali. È un primo approccio al problema che, tuttavia, seppur riducendo l'area di possibili lacune, non determina una completa tutela del mercato da ogni possibile e potenziale concentrazione potenzialmente in grado di limitare la concorrenza o determinare un rafforzamento di una posizione dominante. È evidente che tale presunzione ed obiettivo possa essere difficilmente raggiunto senza pretendere un controllo generico su ogni progetto di fusione, il che è empiricamente impossibile da effettuare.

Le difficoltà derivanti dall'orientamento enunciato nella sentenza *Towercast* pone non solo gli operatori del mercato in una situazione di incertezza circa le eventuali ripercussioni che una ristrutturazione societaria, apparentemente irrilevante, potrebbe determinare<sup>62</sup>, ma rischia di ripercuotersi sulle stesse pubbliche autorità determinando un maggior carico di lavoro in una situazione di già scarse risorse. Inoltre, una applicazione estesa dell'art. 102 TFUE potrebbe non garantire una efficace soluzione al problema, posto che, come evidenziato dalla Relazione della Corte dei conti europea<sup>63</sup>, la Commissione e le ANC, pur irrogando sanzioni per violazione delle norme *antitrust* tra le più alte al mondo, non hanno alcuna certezza circa la loro efficacia in ragione del fatto che le stesse Autorità trovano numerose difficoltà «*nel quantificare gli effetti sui prezzi nei singoli casi e le considerevoli risorse che tale quantificazione richiederebbe*»<sup>64</sup>.

Tuttavia, la soluzione potrebbe essere ricercata, anziché in un ampliamento dell'alveo di applicazione dell'art. 102 TFUE da cui deriverebbero effetti difficilmente presumibili, oltre che nella possibilità di prevedere discipline *ad hoc*, come nel caso dei mercati digitali, anche nel cambiamento della base di rilievo della concentrazione da “*soglie di fatturato*” in soglie relative a “*quote di mercato*” o “*quote di offerta*”<sup>65</sup>. La Commissione europea ha iniziato ad apportare alcune modifiche al sistema *antitrust*, aggiornandolo rispetto ad un mercato maggiormente digitale e conseguentemente più rapido nelle sue dinamiche. La sfida, tenendo conto della vicinanza della scadenza del mandato dell'attuale Commissione<sup>66</sup>, è che l'Unione europea mantenga tale linea di aggiornamento, ma si auspica un diverso approccio o un intervento del legislatore al fine di rimodulare gli ambiti di applicazione della materia *antitrust* rispetto alle concentrazioni suscettibili di determinare distorsioni del mercato, ma non caratterizzate dal raggiungimento delle soglie richieste per l'applicazione della normativa sulle concentrazioni rispetto alla norme generali di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Il rischio rimane il medesimo del passato: che tali disposizioni, pur potendo essere applicati a talune concentrazioni, non siano sufficienti a controllare tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal Trattato.

---

<sup>62</sup> O. PALLOTTA, *La Corte di Giustizia, cit.*, p. 43 ss.

<sup>63</sup> Relazione speciale della Corte dei conti europea n. 24/2020, *cit.*, punto 64 ss.

<sup>64</sup> *Ivi*, punto 70.

<sup>65</sup> P. CARROL, *Merger control, cit.*, p. 123, il quale oltre a considerare tale opzione, mette in evidenza come simili politiche siano già in uso nel diritto della concorrenza nazionale di Spagna e Regno Unito.

<sup>66</sup> La scadenza del mandato è prevista il 31/10/2024.