



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 27 aprile 2017¹

Causa C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
contro
Bundeskartellanwalt

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Concorrenza – Controllo delle concentrazioni tra imprese (“Controllo delle concentrazioni”) – Articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 (“regolamento sulle concentrazioni”) – Ambito di applicazione *ratione materiae* – Nozione di concentrazione – Passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto di un'impresa – Trasformazione di un'impresa preesistente priva di carattere di impresa a pieno titolo in un'impresa comune priva di carattere di impresa a pieno titolo – Delimitazione delle competenze tra la Commissione europea e gli enti nazionali competenti per il controllo delle concentrazioni»

I. Introduzione

1. Molti pensieri avranno accompagnato il *Minnesänger* Ulrich von Liechtenstein nel viaggio, immortalato nella sua opera letteraria, che nel 1227 lo condusse da Venezia in Boemia, attraverso la località Mürzzuschlag², nell'odierna Austria³. Chissà però se aveva già previsto allora che, un giorno, questa pittoresca cittadina, situata lungo le rive del fiume Mürz, sarebbe divenuta il teatro del primo procedimento pregiudiziale in materia di controllo europeo delle concentrazioni.

2. Il presente procedimento trae origine da un impianto per la produzione di miscele bituminose finora di proprietà esclusiva di un grande gruppo edile, ma che in futuro dovrebbe essere gestito dal suddetto gruppo unitamente a un altro gruppo. In altri termini, è prevista dunque la trasformazione dell'esistente impianto per la produzione di miscele bituminose in un'*impresa comune*. In proposito, sotto il profilo del controllo delle concentrazioni, presenta talune criticità il fatto che l'impianto di cui trattasi è *privo di carattere di impresa a pieno titolo*, poiché la sua attività si limita a rifornire la sua attuale società controllante e, in futuro, le sue due società controllanti, senza altrimenti costituire una presenza autonoma rilevante sul mercato.

¹ Lingua originale: il tedesco.

² [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk]

³ Il termine «Mürzslage», impiegato dal poeta – nato intorno al 1200 e deceduto nel 1275 – nel suo poema «Frauendienst» rappresenta anche la prima testimonianza documentale della città di Mürzzuschlag.

3. In tale contesto la Corte è chiamata a chiarire una questione fondamentale, vale a dire quali siano gli elementi caratterizzanti una concentrazione tra imprese ai sensi dell'articolo 3 del regolamento CE sulle concentrazioni (in prosieguo: il «regolamento sulle concentrazioni») ⁴. Nello specifico, si discute dell'articolo 3, paragrafi 1, lettera b), e 4, del regolamento citato, e occorre stabilire se, alla luce di tali disposizioni, un'impresa come quella di Mürzzuschlag che, non operando in maniera indipendente sul mercato non può essere considerata un'impresa a pieno titolo, sia comunque assoggettata al controllo europeo delle concentrazioni quando terzi ne acquisiscono la partecipazione.

4. La problematica sopraesposta, vertente sulla trasformazione di un'impresa preesistente priva di carattere di impresa a pieno titolo in un'impresa comune, può sembrare, prima facie, oltremodo tecnica ed è certamente più arida del *Minnesang* di un Ulrich von Liechtenstein. Tuttavia, essa riveste una rilevanza pratica non trascurabile relativamente al meccanismo previsto dal diritto dell'Unione per l'attuazione delle regole di concorrenza nel mercato interno europeo. L'interpretazione dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni permette, infatti, non soltanto di operare una distinzione, a livello orizzontale, tra controllo delle concentrazioni a norma del regolamento CE sulle concentrazioni e applicazione della normativa in materia di intese ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003 ⁵, ma anche di delimitare, a livello verticale, le competenze della Commissione europea, quale autorità competente per il controllo delle concentrazioni del mercato interno, rispetto a quelle degli enti nazionali competenti in materia, posto che il controllo europeo delle concentrazioni poggia su un sistema di precisa ripartizione delle competenze ⁶.

II. Contesto normativo

5. Il contesto normativo dell'Unione rilevante per il presente caso è costituito dall'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni che reca il titolo «Definizione di concentrazione» e dispone, per estratto, quanto segue:

«1. Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito:

(...)

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.

(...)

4. La costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma, è considerata come una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b).

(...))».

⁴ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 24, pag. 1).

⁵ 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 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1); in prosieguo: il «regolamento n. 1/2003».

⁶ Sentenze del 25 settembre 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser e a./Commissione (C-170/02 P, EU:C:2003:501, punto 32), e del 22 giugno 2004, Portogallo/Commissione (C-42/01, EU:C:2004:379, punto 50); nello stesso senso, sentenza del 18 dicembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione (C-202/06 P, EU:C:2007:814, punto 37).

6. L'articolo 3, paragrafi 1 e 4, è illustrato nel considerando 20 regolamento CE sulle concentrazioni nei seguenti termini:

«Conviene definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella struttura del mercato. È pertanto opportuno includere nel campo d'applicazione del presente regolamento tutte le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma. (...)».

7. Degno di nota è inoltre il considerando 8 del regolamento di cui trattasi:

«Le disposizioni da adottare nel presente regolamento dovrebbero applicarsi alle modifiche strutturali importanti il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro. Tali concentrazioni dovrebbero, di norma, essere riesaminate esclusivamente a livello comunitario, applicando un sistema di sportello unico e conformemente al principio di sussidiarietà. Le concentrazioni che non sono previste dal presente regolamento rientrano in linea di massima nella competenza degli Stati membri».

8. Occorre da ultimo richiamare l'articolo 21 del regolamento sulle concentrazioni, recante il titolo «Applicazione del presente regolamento e competenza» il quale, per quanto rilevante nella specie, presenta il seguente contenuto⁷:

«1. Il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e [il regolamento n. 1/2003] non [è] applicabil[e], 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.

2. Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal presente regolamento.

3. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria.

(...)».

9. La comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale⁸ non rientra nel contesto normativo nel caso di specie, trattandosi soltanto di una comunicazione giuridicamente non vincolante con cui la Commissione, per ragioni di trasparenza, illustra la sua posizione giuridica e la sua prassi amministrativa in materia di criteri di competenza giurisdizionale nel controllo delle concentrazioni⁹.

III. Fatti e procedimento principale

10. La Austria Asphalt GmbH & Co OG (in prosieguo: la «AA») è una controllata indiretta della Strabag SE, mentre la Teerag Asdag AG (in prosieguo: la «TA») fa parte del gruppo Porr. Sia la Strabag che la Porr sono gruppi edili attivi a livello internazionale ed operanti, in particolare, nel settore della costruzione di strade.

⁷ I riferimenti a regolamenti diversi dal regolamento n. 1/2003, contenuti nella formulazione originale dell'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni sono superati; pertanto, nella citazione che segue, li ho tralasciati al fine di una più agevole lettura.

⁸ Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2008, C 95, pag. 1, versione tedesca ripubblicata in GU 2009, C 43, pag. 10).

⁹ V. al riguardo, segnatamente, il punto 3 della comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale.

11. L'impianto per la produzione di miscele bituminose di Mürzzuschlag è ubicato nel comune Mürzzuschlag nel Land austriaco della Stiria. L'impianto produce asfalto per la costruzione di strade destinato, in via pressoché esclusiva, alla TA da cui è attualmente detenuto per intero.

12. La AA e la TA intendono costituire una società di diritto austriaco sotto forma giuridica di società GmbH & Co KG [società in accomandita, a responsabilità limitata], in cui ciascuna deterrà il 50% della società accomandataria e il 50% delle quote di socio accomandante. Tutte le decisioni dell'assemblea della neo costituita società devono essere adottate all'unanimità.

13. L'impianto per la produzione di miscele bituminose dovrebbe essere trasferito dalla TA alla neo costituita società. Come indicato nell'ordinanza di rinvio, sotto il profilo economico si può considerare la procedura descritta come un'acquisizione da parte dell'AA di una partecipazione del 50% nell'impianto suddetto quale impresa-obiettivo preesistente, mentre la TA figura come cedente che ha fino ad ora esercitato il controllo esclusivo sull'impresa-obiettivo e che mantiene la propria partecipazione e il controllo congiunto della stessa. L'asfalto prodotto nell'impianto dovrebbe essere fornito in maniera pressoché esclusiva alla AA e alla TA.

14. Il 3 agosto 2015 la AA ha notificato l'operazione in questione all'autorità federale competente in materia di concorrenza conformemente al Kartellgesetz 2005 (legge austriaca in materia di intese; in prosieguo: il «KartG»). Come risulta dagli atti, mediante una comunicazione amministrativa della Direzione generale Concorrenza della Commissione europea era stato precedentemente comunicato alla AA che il progetto non sembrava costituire una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni¹⁰. Tuttavia, stando a quanto ivi espressamente indicato, la comunicazione di cui trattasi costituiva soltanto il parere di un servizio della Commissione, non vincolante per quest'ultima nelle sue vesti di organo dell'Unione.

15. A seguito della notifica del 3 agosto 2015, il Bundeskartellanwalt (procuratore federale dello Stato per le questioni in materia di concorrenza) austriaco presentava tempestivamente dinanzi all'Oberlandesgericht Wien [Tribunale regionale superiore di Vienna], in veste di Kartellgericht [Tribunale per le cause in materia d'intese], una domanda di verifica ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, del KartG. Il Kartellgericht respingeva tuttavia tale domanda con ordinanza del 6 ottobre 2015 affermando che l'operazione notificata costituiva una concentrazione di dimensione europea, disciplinata in quanto tale non dalla normativa austriaca in materia di concorrenza, ma unicamente dal diritto dell'Unione sotto forma di regolamento CE sulle concentrazioni.

16. L'Oberster Gerichtshof [Corte Suprema di cassazione austriaca]¹¹, in qualità di Kartellobergericht [Tribunale superiore per le cause in materia d'intese], è ora chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla AA contro la suddetta decisione del Kartellgericht. Con il suo ricorso la AA chiede che la decisione di cui trattasi sia annullata e che la sua operazione sia trattata come un progetto di concentrazione soggetto ad obbligo di notifica ai sensi della normativa austriaca in materia di concorrenza (articoli 7 e 9 del KartG).

10 Lettera del 22 dicembre 2015 (consultazione C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), sottoscritta dal direttore competente per i settori industrie di base, settore manifatturiero e agricoltura nell'ambito della Direzione generale Concorrenza.

11 In prosieguo anche: il «giudice del rinvio».

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

17. Con decisione del 31 marzo 2016, pervenuta il 2 maggio 2016, l'Oberster Gerichtshof ha sollevato dinanzi a questa Corte la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

Se l'articolo 3, paragrafi 1, lettera b), e 4, del regolamento (CE) n. 139/2004 debba essere interpretato nel senso che, in caso di passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto su un'impresa preesistente, laddove l'impresa che in precedenza esercitava il controllo esclusivo mantiene una partecipazione esercitando il controllo congiunto, si ha una concentrazione solo quando tale impresa esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità autonoma.

18. L'Austria Asphalt, il Bundeskartellanwalt e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte nel corso del procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte, presenziando altresì all'udienza del 22 marzo 2017.

V. Analisi

19. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede essenzialmente se la modifica del controllo di un'impresa preesistente – nel caso di specie, il passaggio dal controllo esclusivo a un controllo comune dell'impianto per la produzione di miscele bituminose di Mürzzuschlag – debba essere considerato come una concentrazione di imprese ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni quando l'impresa comune che trae origine da detta operazione non presenta carattere di impresa a pieno titolo.

20. Il punto di partenza è pacifico: in base all'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni, si considera concentrazione ogni operazione che porta alla duratura acquisizione del controllo esclusivo o comune su un'impresa o su parte di essa. Tuttavia, l'interazione tra la suddetta disposizione e l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni determina alcuni problemi. Quest'ultima disposizione, infatti, introduce nella nozione di concentrazione anche la «costituzione di un'impresa comune» a condizione tuttavia che tale impresa eserciti «stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma», rivesta cioè carattere di impresa a pieno titolo.

21. A fronte della suddetta formulazione dell'articolo 3, paragrafo 4, e nella sua posizione all'interno del regolamento sulle concentrazioni, non è pertanto chiaro se le imprese comuni soggiacciono in termini generali al controllo europeo delle concentrazioni solo quando costituiscono «entità economiche autonome» o – in altri termini – imprese a pieno titolo. Si potrebbe infatti anche interpretare l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento citato nel senso che il restrittivo rimando ivi contenuto al carattere di impresa con piene funzioni rilevi solo nel caso della *costituzione* di nuove imprese comuni e non invece nel caso di *trasformazione* di un'impresa preesistente in un'impresa comune controllata congiuntamente da due gruppi. Qualora si accolga quest'ultima interpretazione, il controllo delle concentrazioni si estenderebbe in definitiva *a tutte le operazioni* nell'ambito delle quali, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni, interviene una modifica duratura del controllo su un'impresa (comune) preesistente a prescindere dal fatto che si tratti di un'impresa a pieno titolo oppure – come nel caso dell'impianto per la produzione di miscele bituminose di Mürzzuschlag – di mere unità produttive che non operano in maniera indipendente sul mercato.

22. È interessante osservare che, nell'ambito del presente procedimento giudiziario, la Commissione europea si esprime a favore dell'ultima interpretazione citata, mentre in precedenza, *nello stesso caso*, il servizio della Commissione competente per il controllo delle concentrazioni ha sostenuto la posizione diametralmente opposta¹². È oltremodo spiacevole che, nell'ambito di una questione di

¹² V. supra il paragrafo 14 e la nota 10 delle presenti conclusioni.

competenza tanto fondamentale e ricorrente, la Commissione non elabori preventivamente una linea chiara e unitaria applicandola di conseguenza¹³. Solo in tal caso, infatti, gli operatori del mercato possono basarsi sui pareri e sulle raccomandazioni dei servizi della Commissione competenti per le concentrazioni tra imprese – quand'anche espressi sotto forma di comunicazioni amministrative non vincolanti – e valutare in modo utile i propri obblighi sotto il profilo del diritto dell'Unione.

23. Mi sembrerebbe poco utile discutere, in un'ottica puramente astratta, del fatto se l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni comporti per l'ambito dell'impresa comune un ampliamento, una restrizione o una mera precisazione della nozione di concentrazione di cui al paragrafo 1, lettera b), della disposizione di cui trattasi. Occorre invece individuare una soluzione praticabile per l'interpretazione e l'applicazione dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni. A tal fine, in linea con la giurisprudenza consolidata, occorre tener conto sia della lettera che del contesto e degli scopi della disposizione in questione¹⁴.

Tenore letterale

24. Il tenore letterale dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni non fornisce alcun chiarimento specifico sulla questione discussa nella specie. Il suo paragrafo 4 si limita a stabilire che la costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma è considerata come una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b), del suddetto articolo. Tale formulazione non chiarisce se il carattere di impresa a pieno titolo – vale a dire la circostanza che vengano esercitate stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma – debba ricorrere solo nel caso della costituzione di una *nuova* impresa comune o anche nell'ipotesi della trasformazione di un'impresa preesistente in un'impresa comune, cosicché anche quest'ultima sarebbe soggetta al controllo europeo delle concentrazioni solo quando l'impresa interessata presenta carattere di impresa a pieno titolo.

25. La controversia sottoposta alla Corte dimostra chiaramente che entrambe le interpretazioni sono plausibili. Si può infatti sostenere, in linea con l'AA, che l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni deve essere interpretato nel senso che, in generale, sono soggette al controllo europeo delle concentrazioni *soltanto* quelle imprese comuni aventi carattere di impresa a pieno titolo, indipendentemente dal fatto che la loro «costituzione» abbia comportato la creazione di un'impresa del tutto nuova o invece la trasformazione di un'impresa preesistente in un'impresa comune. Alla luce del tenore letterale dell'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento in esame, è però anche possibile aderire alla posizione sostenuta dalla Commissione e ritenere che il carattere di impresa a pieno titolo rappresenti una condizione per l'espletamento del controllo europeo delle concentrazioni solo in caso di costituzione di una nuova impresa comune, mentre la modifica del controllo di un'impresa preesistente – attraverso la sua trasformazione in un'impresa comune – sarebbe soggetta in ogni caso al controllo delle concentrazioni anche qualora non si tratti di un'impresa a pieno titolo; infatti, né il paragrafo 4, né il paragrafo 1, lettera b), dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni richiedono espressamente che le imprese *esistenti* esercitino stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

26. Quando la formulazione di una disposizione di diritto dell'Unione – come, nel caso di specie, l'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni – ammette molteplici interpretazioni, quella corretta deve essere individuata alla luce del suo obiettivo e dell'impianto sistematico in cui si colloca la disposizione di cui trattasi. A titolo complementare, è possibile tener conto della genesi della disposizione.

¹³ Il giudice del rinvio osserva che la Commissione, nella sua prassi decisionale – anche recente – in materia di passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto, talvolta esamina e talvolta ignora il criterio dell'impresa a pieno titolo.

¹⁴ V., ex multis, sentenza dell'8 settembre 2015, Spagna/Parlamento e Consiglio (C-44/14, EU:C:2015:554, punto 44), e, nello stesso senso, sentenza dell'8 novembre 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, punto 31).

Obiettivo

27. La disposizione controversa dell'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni è illustrata, in modo più dettagliato, nel considerando 20, secondo periodo, del regolamento CE sulle concentrazioni, in base al quale nel campo d'applicazione del regolamento di cui trattasi sono incluse anche tutte le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e quindi, in altri termini, tutte le imprese comuni aventi carattere di impresa a pieno titolo.

28. Il regolamento CE sulle concentrazioni *non* distingue pertanto, nel suo preambolo, tra imprese comuni di nuova costituzione e quelle che – come nella fattispecie – traggono origine dal passaggio di imprese già esistenti dal controllo esclusivo di un gruppo al controllo congiunto di due gruppi. In tale contesto occorre muovere dall'assunto che anche l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni non prevede una siffatta distinzione fissando invece, in termini generali e per *tutte le imprese comuni*, il requisito del carattere di impresa a pieno titolo, a prescindere dal fatto che l'impresa comune interessata sia costituita ex novo o che la sua «costituzione» debba essere ricondotta alla trasformazione di un'impresa preesistente in un'impresa comune.

29. Tale lettura trova peraltro conferma anche nell'obiettivo generale del controllo europeo delle concentrazioni. Come si evince dal considerando 8 del regolamento CE sulle concentrazioni, quest'ultimo dovrebbe applicarsi infatti alle *modifiche strutturali importanti* il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro. Nello stesso senso, il considerando 20, primo periodo, indica che conviene definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella *struttura del mercato*.

30. In considerazione del suddetto obiettivo, il controllo europeo delle concentrazioni deve essere dunque rivolto alle operazioni che producono una modifica nella struttura del mercato. Una siffatta modifica si verifica però soltanto qualora emergano variazioni rilevanti nel controllo di imprese realmente operanti sul mercato o che quantomeno prevedono seriamente di agire in tal senso.

31. Sottoporre la trasformazione di un'impresa preesistente priva di carattere di impresa a pieno titolo in un'impresa comune a un controllo preventivo obbligatorio della Commissione sulla base dei criteri fissati dal regolamento CE sulle concentrazioni contrasterebbe con la natura del controllo europeo delle concentrazioni. Infatti, se un ente non opera in maniera indipendente sul mercato, una modifica del controllo su di esso non può neppure produrre una modifica della struttura del mercato.

32. Poco convincente appare a questo riguardo il riferimento della Commissione al termine «auch [anche]» nel secondo periodo del considerando 20 del regolamento CE sulle concentrazioni. Da un lato, infatti, tale termine si rinviene soltanto in alcune versioni linguistiche del regolamento, ad esempio in quella tedesca, mentre in numerose altre versioni – non da ultimo, quella inglese e quella francese – esso è del tutto assente. Dall'altro, l'argomentazione della Commissione non risulta particolarmente convincente neppure sotto il profilo contenutistico. Prima facie è certamente possibile che la formulazione impiegata - secondo cui è opportuno includere nel campo d'applicazione del regolamento CE sulle concentrazioni «[anche] tutte le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma»¹⁵ - non escluda l'assoggettamento al controllo europeo sulle concentrazioni anche di altre tipologie di imprese comuni, segnatamente, quelle *prive* di carattere di impresa a pieno titolo. Tuttavia, ad un esame più approfondito, ciò contrasterebbe con l'obiettivo generale perseguito dal regolamento summenzionato di assoggettare a controllo preventivo quelle operazioni che producono una modifica nella struttura del mercato.

¹⁵ Il corsivo è mio.

33. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, la trasformazione di un'impresa priva del carattere di impresa a pieno titolo in un'impresa comune non può essere assoggetta a un controllo europeo delle concentrazioni neppure sulla base dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni. La fattispecie della concentrazione prevista nella disposizione di cui trattasi presuppone, infatti, che si produca una modifica duratura del controllo di *un'impresa* o di una *parte di impresa*. In tale contesto, come peraltro in genere nel diritto europeo della concorrenza, la nozione di impresa è da intendersi in senso funzionale e comprende qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della medesima e dalle sue modalità di finanziamento¹⁶. Considerato che per attività economica si intende, a sua volta, ogni attività che consiste nell'offerta di beni o di servizi su un determinato mercato¹⁷, le imprese comuni che *non* operano in maniera indipendente sul mercato – vale a dire quelle prive di carattere di impresa a pieno titolo – non rientrano a priori nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni.

Contesto

34. Non si perviene a una conclusione diversa neppure prendendo in considerazione il contesto in cui si colloca l'articolo 3 regolamento sulle concentrazioni.

35. Sia il regolamento CE sulle concentrazioni che il regolamento n. 1/2003 ad esso collegato, mirano, in definitiva, a dare attuazione alle regole di concorrenza per il mercato interno di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, fermo restando che può trovare applicazione sempre uno soltanto dei due regolamenti (v. a tal proposito l'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni).

36. Mentre nell'ambito di applicazione del regolamento CE sulle concentrazioni è stato introdotto un meccanismo di controllo preventivo e obbligatorio ex ante delle modifiche della struttura del mercato, il comportamento delle imprese sul mercato – che si tratti di comportamenti collusivi o di abusi unilaterali di posizioni dominanti – è assoggettato quanto al resto, in base al regolamento n. 1/2003, unicamente a un controllo repressivo a posteriori, la cui esecuzione è inoltre rimessa alla discrezionalità delle autorità garanti della concorrenza.

37. Come si evince dall'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni, la nozione di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del medesimo regolamento rappresenta la linea di demarcazione tra i due ambiti del diritto europeo della concorrenza¹⁸. Una corretta lettura dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni sotto il profilo sistematico richiede dunque di interpretare la nozione di concentrazione nel senso che solo le modifiche reali della struttura del mercato sono assoggettate al controllo europeo delle concentrazioni e non invece la mera condotta delle imprese sul mercato.

38. Pertanto, l'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni dovrebbe essere interpretato nel senso che, anche nell'ipotesi di trasformazione di un'impresa esistente in un'impresa comune, si profila una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento succitato solo se si tratta di un'impresa a pieno titolo. Solo in un tal caso, infatti, si verifica una

16 Sentenze del 23 aprile 1991, Höfner ed Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punto 21); del 16 marzo 2004, AOK Bundesverband e a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, punto 46), e del 17 settembre 2015, Total/Commissione (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punto 33); in senso analogo già sentenza del 12 luglio 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, punto 11).

17 Sentenze del 18 giugno 1998, Commissione/Italia (C-35/96, EU:C:1998:303, punto 36); del 12 settembre 2000, Pavlov e a. (da C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, punto 75); del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e a. (C-222/04, EU:C:2006:8, punto 108); del 1° luglio 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punto 22), e del 23 febbraio 2016, Commissione/Ungheria (C-179/14, EU:C:2016:108, punto 149).

18 La pregressa prassi di sporadica applicazione dell'articolo 85 del Trattato CEE (divenuto l'articolo 101 TFUE) o dell'articolo 86 del Trattato CEE (attualmente articolo 102 TFUE) e delle disposizioni processuali emanate in materia (oggi il regolamento n. 1/2003) alle concentrazioni tra imprese (v. sentenze del 21 febbraio 1973, Europemballage e Continental Can/Commissione, 6/72, EU:C:1973:22, e del 17 novembre 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Commissione, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490) è divenuta obsoleta a seguito dell'entrata in vigore di disposizioni autonome sul controllo europeo delle concentrazioni come contenute oggi nel regolamento CE sulle concentrazioni.

modifica nella struttura del mercato tale da giustificare l'esecuzione di un controllo delle concentrazioni. Se invece l'operazione in questione determina la nascita di un'impresa comune *priva* del carattere di impresa a pieno titolo, si può tutt'al più temere un coordinamento del comportamento sul mercato di entrambe le controllanti nell'ambito della loro collaborazione all'interno dell'impresa comune. Un siffatto coordinamento del comportamento sul mercato, pur potendo certamente assumere rilievo ai fini degli articoli 101 e 102 TFUE, non costituisce un problema rientrante nel controllo europeo delle concentrazioni, bensì nel regolamento n. 1/2003.

39. Il Bundeskartellamt ritiene che, in caso di una rinuncia a un controllo preventivo nell'ambito di fattispecie come quella in esame, le autorità garanti della concorrenza non potrebbero più intervenire in maniera così rapida contro un'eventuale violazione della concorrenza su un mercato peraltro già molto concentrato. Questa è tuttavia la necessaria conseguenza del regime di applicazione della normativa in materia di intese introdotto con il regolamento n. 1/2003. Per il periodo successivo al 1° maggio 2004 il legislatore dell'Unione ha consapevolmente rinunciato a una dichiarazione preventiva obbligatoria degli accordi tra imprese, da un lato, al fine di attribuire maggiore responsabilità agli operatori del mercato e, dall'altro, per liberare risorse per le autorità garanti della concorrenza, il che implica, in definitiva, il riconoscimento a loro favore di una maggiore discrezionalità nella definizione delle priorità in sede di applicazione della normativa in materia di intese. Includere un maggior numero di fattispecie nell'ambito di applicazione del controllo europeo delle concentrazioni attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di concentrazione, equivarrebbe a disattendere il nuovo regime di applicazione delle regole europee di concorrenza introdotto a decorrere dal 1° maggio 2004 con il regolamento CE sulle concentrazioni e con il regolamento n. 1/2003. Nulla impedisce alle autorità nazionali garanti della concorrenza, nell'ambito delle priorità loro riconosciute in sede di attuazione della normativa in materia di intese (articoli 101 e 102 TFUE), di prestare particolare attenzione agli avvenimenti su mercati fortemente concentrati come quello di cui alla fattispecie.

Genesi normativa

40. Infine, neppure un esame della genesi dell'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni conduce a una conclusione diversa.

41. L'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni si ricollega al regolamento (CE) n. 1310/97¹⁹ che aveva introdotto una disposizione di tenore analogo già nella disciplina che ha preceduto l'attuale regolamento CE sulle concentrazioni.

42. Già all'epoca, poi, il legislatore dell'Unione intendeva assoggettare al controllo delle concentrazioni le modifiche durature della struttura delle imprese. Lo scopo dichiarato della disciplina, che all'epoca era nuova – e che, peraltro, rimane sino ad oggi vigente, essendo la sua formulazione rimasta immutata²⁰ – era quello di includere *tutte le imprese comuni a pieno titolo* nel campo d'applicazione del controllo europeo delle concentrazioni²¹.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio, del 30 giugno 1997, che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 1997, L 180, pag. 1).

²⁰ Con l'emanazione del regolamento CE sulle concentrazioni attualmente in vigore è cambiata soltanto la numerazione delle disposizioni applicabili dell'articolo 3 del regolamento CE sulle concentrazioni.

²¹ V., sul punto, il considerando 5 del regolamento n. 1310/97, che recita, per estratto, quanto segue: «considerando che è opportuno definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che producono una modifica duratura della struttura delle imprese interessate; che, nel caso specifico delle imprese comuni, è opportuno includere nel campo d'applicazione e assoggettare alle procedure del regolamento (CEE) n. 4064/89 tutte le imprese comuni a pieno titolo; (...)».

43. Le mere collaborazioni tra imprese che sfociano sì nella creazione di un'impresa comune, ma non in una sua presenza autonoma sul mercato, non sono invece mai state oggetto del controllo europeo delle concentrazioni, né in base al regolamento CE sulle concentrazioni, né in base alla disciplina pregressa²².

Osservazioni conclusive

44. In definitiva, la nozione di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni deve essere intesa nel senso che la costituzione di imprese comuni – sia attraverso la creazione di imprese del tutto nuove, sia attraverso la trasformazione di imprese esistenti in imprese comuni – è assoggettata al controllo europeo delle concentrazioni solo qualora si tratti di un'impresa a pieno titolo.

45. Infatti, ciò che vale per la costituzione ex novo di un'impresa comune dovrebbe tanto più valere per la trasformazione di un'impresa esistente in un'impresa comune. Ciò a maggior ragione in un caso come quello in esame, in cui l'operazione controversa, in considerazione della prevista costituzione di una nuova società commerciale²³, è comunque fortemente analoga a una costituzione ex novo.

46. Non comprendo il timore manifestato in udienza dalla Commissione, secondo cui l'applicazione continuativa del criterio dell'impresa a pieno titolo potrebbe rivelarsi un punto di debolezza nell'efficace applicazione del controllo europeo delle concentrazioni (in inglese: «*enforcement gap*»). Al contrario, mi sembra che la rinuncia al criterio dell'impresa a pieno titolo nel caso della trasformazione di imprese preesistenti in imprese comuni, privilegiata dalla Commissione, potrebbe implicare un annacquamento della nozione di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni, oltre a distogliere l'attenzione della Commissione dalle operazioni effettivamente rilevanti per la struttura del mercato.

47. Diversamente dalla Commissione, non ritengo per il resto necessario pronunciarmi, nel presente procedimento, su quali siano le condizioni in cui l'eventuale scomparsa di un'impresa comune dal mercato debba essere assoggettata al controllo europeo delle concentrazioni. Il caso in esame non riguarda infatti la scomparsa bensì, al contrario, l'insorgenza di un'impresa comune. Se dovesse accadere che un'impresa, *dopo* la sua trasformazione in un'impresa comune, – e quindi *dopo* la modifica del controllo su di essa – è ritirata dal mercato dalle sue controllanti, si tratterebbe piuttosto di una questione attinente al comportamento sul mercato delle controllanti (articoli 101 o 102 TFUE) che di una questione sulla modifica delle strutture di mercato.

VI. Conclusione

48. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dall'Oberster Gerichtshof austriaco nei seguenti termini:

Il passaggio di un'impresa preesistente o di una parte di impresa dal controllo esclusivo di un gruppo al controllo congiunto di tale gruppo e di un altro gruppo, da esso indipendente, integra una concentrazione tra imprese ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 solo quando l'impresa comune che trae origine da tale operazione esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

²² Secondo la disciplina originaria di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CEE) n. 4064/89, le imprese comuni aventi natura di *cooperazione non* erano assoggettate al controllo europeo delle concentrazioni, a differenza delle imprese comuni aventi natura di *concentrazione*.

²³ V., al riguardo, il paragrafo 13 delle presenti conclusioni.