



## Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

7 settembre 2017\*

«Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Concentrazione tra imprese – Regolamento (CE) n. 139/2004 – Articolo 3, paragrafo 1, lettera b), e paragrafo 4 – Ambito di applicazione – Nozione di “concentrazione” – Modifica della natura del controllo di un’impresa esistente, che da esclusivo diventa congiunto – Costituzione d’impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un’entità economica autonoma»

Nella causa C-248/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dall’Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), con decisione del 31 marzo 2016, pervenuta in cancelleria il 2 maggio 2016, nel procedimento

**Austria Asphalt GmbH & Co. OG**

contro

**Bundeskartellanwalt,**

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da J. L. da Cruz Vilaça, presidente di sezione, A. Tizzano (relatore), vicepresidente della Corte, A. Borg Barthet, E. Levits e F. Biltgen, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: X. Lopez Bancalari, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 22 marzo 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per l’Austria Asphalt GmbH & Co. OG, da B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer e H. Kristoferitsch, Rechtsanwälte;
- per il Bundeskartellanwalt, da A. Mair, H. L. Majer e G. Stifter, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da T. Christoforou, H. Leupold e M. Farley, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 27 aprile 2017,

ha pronunciato la seguente

\* Lingua processuale: il tedesco.

## Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («regolamento comunitario sulle concentrazioni») (GU 2004, L 24, pag. 1).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Austria Asphalt GmbH & Co. OG (in prosieguo: l'«Austria Asphalt») ed il Bundeskartellanwalt (Avvocato generale federale per le questioni in materia di concorrenza) relativamente ad una presunta operazione di concentrazione.

### Contesto normativo

- 3 I considerando 5, 6, 8 e 20 del regolamento n. 139/2004 così recitano:
  - «(5) Si dovrebbe (...) garantire che il processo di ristrutturazione non comporti un pregiudizio durevole per la concorrenza. Il diritto comunitario deve pertanto contenere disposizioni applicabili alle concentrazioni che possono ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo.
  - (6) Occorre quindi uno strumento giuridico specifico che consenta un controllo efficace di tutte le concentrazioni in funzione della loro incidenza sulla struttura della concorrenza nella Comunità e che sia il solo applicabile a tali concentrazioni. Il regolamento (CEE) n. 4064/89 ha consentito di sviluppare una politica comunitaria in questo campo. Oggi, tuttavia, alla luce dell'esperienza acquisita, è opportuno rifondere detto regolamento in un atto concepito per far fronte alle sfide di un mercato più integrato e del futuro allargamento dell'Unione europea. In base ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'articolo 5 del trattato, il presente regolamento si limita a quanto è necessario per garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.
  - (...)
  - (8) 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.
  - (...)
  - (20) 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. È inoltre opportuno trattare come un'unica concentrazione le operazioni che sono strettamente collegate tra loro con vincolo condizionale o assumono la forma di una serie di operazioni su valori mobiliari concluse in un periodo di tempo ragionevolmente breve».
- 4 L'articolo 2, paragrafi 1 e 4, del regolamento n. 139/2004 prevede quanto segue:
  - «1. Le concentrazioni di cui al presente regolamento sono valutate conformemente agli obiettivi del presente regolamento e alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

- a) della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce, segnatamente, della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza effettiva o potenziale di imprese situate all'interno o esterno della Comunità;

(...)

4. Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'articolo [101], paragrafi 1 e 3, [TFUE], al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune».

- 5 L'articolo 3 del suddetto regolamento, rubricato «Definizione di concentrazione», così dispone ai paragrafi 1 e 4:

«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)».

- 6 L'articolo 21 del regolamento n. 139/2004, rubricato «Applicazione del presente regolamento e competenza», dispone al paragrafo 1 quanto segue:

«Il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003 [del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1)], (CEE) n. 1017/68 [...], (CEE) n. 4056/86 [...] e (CEE) n. 3975/87 [...] 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».

### **Procedimento principale e questione pregiudiziale**

- 7 L'Austria Asphalt è una filiale della Strabag SE, che la controlla indirettamente. Il gruppo Strabag, al quale appartengono dette società, è un gruppo internazionale di imprese edili che opera principalmente nel settore viario.
- 8 La Porr AG, che fa parte anch'essa di un gruppo internazionale di imprese edili che realizza strade, detiene la totalità del capitale della Teerag Asdag AG. Quest'ultima ha la proprietà esclusiva dell'impianto per la produzione di miscele bituminose di Mürzzuschlag (in prosieguo: l'«impresa-obiettivo»), il quale produce l'asfalto necessario per la costruzione di strade. Emerge dalla decisione del rinvio che la maggior parte della produzione di tale impresa è destinata al gruppo Porr, di modo che essa non potrebbe essere qualificata come impresa a pieno titolo.

- 9 L'Austria Asphalt e la Teerag Asdag intendono costituire una società di diritto austriaco che acquisterà l'impresa-obiettivo. È previsto, fra l'altro, che l'Austria Asphalt detenga il 50% del capitale di tale società ed eserciti, congiuntamente alla Teerag Asdag, il controllo sull'impresa-obiettivo. Di conseguenza, a partire dalla data di tale operazione, la Teerag Asdag avrà un controllo dell'impresa-obiettivo non più esclusivo ma congiunto con l'Austria Asphalt. Secondo il giudice del rinvio, l'impresa comune risultante da suddetta operazione non potrebbe neppure essere qualificata come impresa comune a pieno titolo, dato che la maggior parte della sua produzione sarebbe destinata alle imprese dei due gruppi che la controllano.
- 10 L'Austria Asphalt ha notificato, il 3 agosto 2015, il progetto di concentrazione all'Autorità federale della concorrenza.
- 11 In base alle norme processuali nazionali, l'Avvocato generale federale per le questioni in materia di concorrenza ha chiesto al Kartellgericht (Tribunale della concorrenza, Austria) di esaminare il summenzionato progetto. Tale giudice ha ritenuto, in sostanza, che l'operazione prevista costituisca una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 139/2004 e che, essendo soddisfatte le altre condizioni previste dal medesimo regolamento, l'operazione in oggetto non potesse essere esaminata in base alla legislazione austriaca. Si è pertanto dichiarato incompetente e, con decisione del 6 ottobre 2015, ha respinto la domanda di esame.
- 12 L'Austria Asphalt ha impugnato tale decisione dinanzi all'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), affermando che, in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 4, di detto regolamento, dalla costituzione di un'impresa comune deriva un'operazione di concentrazione unicamente a condizione che tale impresa eserciti stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma e cioè rivesta carattere di impresa comune a pieno titolo. Orbene, tale fattispecie non ricorrerebbe nel caso in esame, di modo che il regolamento n. 139/2004 non troverebbe applicazione.
- 13 Il giudice del rinvio ha constatato, innanzitutto, che non esiste alcuna giurisprudenza che precisi la portata della nozione di «costituzione di un'impresa comune», di cui all'articolo 3, paragrafo 4, del regolamento n. 139/2004, o che chiarisca i rapporti tra tale disposizione e l'articolo 3, paragrafo 1, del medesimo regolamento, definendo, in termini generali, i criteri in presenza dei quali si possa considerare realizzata una concentrazione, al di fuori dell'ipotesi della fusione di due o più imprese o di parti di tale imprese. Inoltre, né la comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento n. 139/2004 (GU 2008, C 95, pag. 1) né la prassi decisionale della Commissione permetterebbero di fornire un'interpretazione chiara di tali disposizioni. Infine, la stessa dottrina risulterebbe divisa.
- 14 In tale contesto, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 3, paragrafi 1, lettera b), e 4, del [regolamento 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 [di cui viene modificato il controllo] esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità autonoma».

### **Sulla questione pregiudiziale**

- 15 Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), e paragrafo 4, del regolamento n. 139/2004 debba essere interpretato nel senso che si ha una concentrazione a seguito della modifica della natura del controllo esercitato su un'impresa esistente, il quale da esclusivo diventa congiunto, soltanto a condizione che l'impresa comune, risultante da tale operazione, eserciti stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

- 16 Per rispondere a tale questione, è opportuno rilevare che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di tale regolamento, si ha una concentrazione in particolare quando dall'acquisizione, da parte di una o più imprese, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più imprese risulti una modifica duratura del controllo.
- 17 Ciononostante, secondo l'articolo 3, paragrafo 4, di detto regolamento, la costituzione di un'impresa comune è considerata una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b), del medesimo articolo unicamente quando tale impresa esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.
- 18 Occorre constatare, pertanto, che, di per sé, il testo dell'articolo 3 del regolamento citato non consente di determinare se si abbia una concentrazione, ai sensi di quest'ultimo, in esito a un'operazione con la quale il controllo di un'impresa esistente da esclusivo diventa congiunto, quando l'impresa comune risultante da siffatta operazione non eserciti tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.
- 19 Detta operazione, infatti, da un lato, implica una modifica duratura del controllo dell'impresa che ne costituisce l'oggetto, soddisfacendo così uno dei criteri previsti dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di tale regolamento, e, dall'altro, può essere ritenuta come costitutiva di un'impresa comune e quindi soggetta al suddetto articolo 3, paragrafo 4, di modo che si potrebbe ritenere realizzata una concentrazione soltanto se tale impresa esercitasse stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.
- 20 Orbene, qualora l'interpretazione letterale di una disposizione di diritto dell'Unione non consenta di coglierne la portata esatta, la normativa in oggetto va interpretata sulla scorta della sua finalità e della sua economia generale (v., in tal senso, sentenze del 31 marzo 1998, Francia e a./Commissione, C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, punto 168, nonché del 7 aprile 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, punti 28 e 29).
- 21 Per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 139/2004, risulta dai suoi considerando 5, 6 e 8 che tale regolamento è volto a garantire che le ristrutturazioni delle imprese non comportino un pregiudizio durevole per la concorrenza. Secondo i considerando summenzionati, il diritto dell'Unione deve pertanto contenere disposizioni applicabili alle concentrazioni idonee a ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato interno o in una parte sostanziale di questo e che consentano un controllo efficace di tutte le concentrazioni in funzione della loro incidenza sulla struttura della concorrenza nell'Unione. Il presente regolamento dovrebbe, quindi, applicarsi alle modifiche strutturali importanti il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro.
- 22 Come risulta dal considerando 20 di detto regolamento, si deve quindi 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. Nel caso di imprese comuni, inoltre, queste ultime devono essere incluse nel campo d'applicazione del medesimo regolamento se esercitano stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.
- 23 A tal proposito, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 28 delle conclusioni, il regolamento n. 139/2004 non distingue, nel suo preambolo, l'ipotesi in cui l'impresa in oggetto sia stata creata ex novo a seguito dell'operazione in esame dall'ipotesi in cui l'impresa, preesistente e sottoposta fino ad allora al controllo esclusivo di un gruppo, sia passata sotto il controllo congiunto di più imprese.
- 24 Tale assenza di distinzione si giustifica pienamente in ragione del fatto che, sebbene la costituzione di un'impresa comune debba essere esaminata dalla Commissione quanto ai suoi effetti sulla struttura del mercato, il verificarsi di tali effetti dipende dall'effettiva apparizione sul mercato di siffatta impresa, cioè di un'impresa che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

- 25 L'articolo 3 del summenzionato regolamento riguarda pertanto le imprese comuni soltanto nella misura in cui la loro costituzione produca un impatto duraturo sulla struttura del mercato.
- 26 Tale interpretazione è avvalorata dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del medesimo regolamento che indica come elemento costitutivo della nozione di concentrazione non la costituzione di un'impresa, bensì la modifica del controllo di un'impresa.
- 27 Optare per un'interpretazione in senso contrario dell'articolo 3 del regolamento 139/2004, alla stregua di quella sostenuta dalla Commissione, condurrebbe ad una disparità di trattamento ingiustificata tra, da un lato, le imprese create ex novo a seguito dell'operazione in oggetto, che rientrerebbero nella nozione di concentrazione soltanto se queste esercitassero stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma, e le imprese preesistenti a tale operazione, che rientrerebbero nella suddetta nozione indipendentemente dalla circostanza che, una volta conclusa l'operazione, esse esercitino stabilmente dette funzioni.
- 28 Ne consegue che, alla luce degli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 139/2004, l'articolo 3, paragrafo 4, di quest'ultimo deve essere interpretato nel senso che esso si riferisce alla costituzione di un'impresa comune, vale a dire ad un'operazione in esito alla quale un'impresa controllata congiuntamente da almeno altre due imprese appare sul mercato, senza che rilevi il fatto che tale impresa controllata ex novo congiuntamente esistesse prima dell'operazione in questione.
- 29 Tale interpretazione di detto articolo 3 s'inserisce anche nell'economia generale del regolamento n. 139/2004.
- 30 Se è vero che, in base al considerando 6 di detto regolamento, il controllo preventivo delle operazioni di concentrazione da esso introdotto riguarda le operazioni di concentrazione che hanno un'incidenza sulla struttura della concorrenza nell'Unione, da ciò non deriva affatto che qualsiasi comportamento delle imprese che sia privo di tali effetti sfugga al controllo della Commissione o delle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza.
- 31 Orbene, detto regolamento, così come, in particolare, il regolamento (CE) n. 1/2003, fa parte di un quadro normativo inteso a dare attuazione agli articoli 101 e 102 TFUE, nonché a creare un sistema di controllo che garantisca che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno dell'Unione.
- 32 Come emerge dall'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004, quest'ultimo è il solo applicabile alle concentrazioni come definite dall'articolo 3 del medesimo regolamento, alle quali non si applica, in linea di principio, il regolamento n. 1/2003.
- 33 Quest'ultimo regolamento resta invece applicabile ai comportamenti delle imprese che, senza costituire un'operazione di concentrazione ai sensi del regolamento n. 139/2004, possono cionondimeno dar luogo a un coordinamento tra dette imprese contrario all'articolo 101 TFUE e che, per questo motivo, sono soggetti al controllo della Commissione o delle autorità di concorrenza nazionali.
- 34 Non è pertanto conforme all'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004 l'interpretazione dell'articolo 3 del medesimo regolamento data dalla Commissione, secondo la quale la modifica del controllo di un'impresa che da esclusivo diventa congiunto rientra nella nozione di concentrazione anche qualora tale impresa comune non eserciti stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma. Accogliere tale interpretazione, infatti, porterebbe ad estendere il controllo preventivo previsto dal suddetto regolamento a operazioni non idonee ad avere un'incidenza sulla struttura del mercato interessato e a ridurre, in misura corrispondente, il campo di applicazione del regolamento n. 1/2003, il quale non sarebbe allora più applicabile ad operazioni di quel tipo, benché esse possano dar luogo a un coordinamento tra imprese ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

- 35 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 3 del regolamento n. 139/2004 deve essere interpretato nel senso che si ha una concentrazione in esito alla modifica della natura del controllo esercitato su un'impresa esistente, il quale da esclusivo diventa congiunto, soltanto a condizione che l'impresa comune risultante da tale operazione eserciti stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

### **Sulle spese**

- 36 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

**L'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («regolamento comunitario sulle concentrazioni»), deve essere interpretato nel senso che si ha una concentrazione in esito alla modifica della natura del controllo esercitato su un'impresa esistente, il quale da esclusivo diventa congiunto, soltanto a condizione che l'impresa comune risultante da tale operazione eserciti stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.**

Firme