Concentrazioni sotto-soglia

Firenze,
9 giugno 2023

Avv. Pietro Merlino

orrick

Introduzione: il sistema *merger control* europeo

Fino a poco più di due anni fa il sistema europeo di controllo delle concentrazioni era, come noto, sostanzialmente basato su meccanismi rigidi, ma chiari e tali da garantire un elevato grado di certezza giuridica alle imprese.

Il Reg. Concentrazioni attribuisce alla Commissione la competenza esclusiva ad esaminare preventivamente le concentrazioni di *dimensione europea* – ovvero che superano il primo o il secondo set di soglie stabiliti ai parr. 2 e 3 dell'art. 1 del Reg. concentrazioni – in applicazione del principio del *one-stop-shop* e conformemente al principio di sussidiarietà (considerando 8 del Reg. Concentrazioni).

Il presupposto è evidentemente che:

- il superamento delle soglie di fatturato dell'art. 1 individua le operazioni che hanno un *impatto comunitario* – ovvero "*il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro*" – e rispetto alle quali quindi la Commissione è l'autorità *best placed* (considerando 8 del Reg. Concentrazioni e punto 124 della Comunicazione Consolidata).

Introduzione: il sistema *merger control* europeo

Il che è confermato:

- dalla regola dei due terzi che, ove soddisfatta, priva una concentrazione che supera uno dei due set di soglie di cui all'art. 1 della *dimensione europea* proprio al fine "*di escludere dalla competenza comunitaria le operazioni di rilevanza esclusivamente nazionale*" (punto 125 della Comunicazione Consolidata) e rispetto alle quali sono quindi invece le autorità nazionali di concorrenza dei diversi Stati membri (le "ANC") ad essere *best placed*.

Specularmente le operazioni di concentrazione prive di *dimensione europea* – che la Commissione non ha di regola competenza a esaminare preventivamente – sono soggette alla *review* preventiva di una o più ANC qualora soddisfino le soglie – prevalentemente di fatturato, ma non solo – previste dai diversi regimi *merger control* nazionali, il cui superamento fa quindi scattare la competenza *residuale* (rispetto a quella della Commissione) di tali autorità.

Anche nel caso dei regimi *merger control* nazionali, le soglie mirano ovviamente a intercettare le operazioni che, pur non avendo una *dimensione europea*, possono avere un impatto (almeno teorico) sul mercato nazionale di volta in volta interessato, sul presupposto:

- che le operazioni al di sotto di tali soglie fossero invece tipicamente prive di rilevanza antitrust.

Introduzione: il sistema di *merger control* europeo

L'unica, parziale eccezione alla suddivisione di competenze e quindi di poteri tra Commissione e ANC di cui sopra è rappresentato dal *meccanismo correttivo* dei rinvii verso l'alto e verso il basso previsti dal Reg. Concentrazioni:

- tali meccanismi mirano però comunque sempre a garantire che a esaminare una determinata operazione siano l'autorità di concorrenza *best placed*, anche se non inizialmente competente.

Le concentrazioni sotto-soglia – ossia le operazioni che non soddisfano né le soglie previste dal regime UE, né quelle fissate dai diversi regimi nazionali – erano quindi per definizione sottratte allo scrutinio preventivo delle autorità di concorrenza, coerentemente con l'assunto secondo cui non potevano generalmente avere alcun significativo impatto concorrenziale.

Tali concentrazioni erano anzi nella sostanza sottratte a qualsiasi tipo di scrutinio antitrust anche *ex post*:

- a seguito dell'introduzione di sistemi *merger control* nazionali nella quasi totalità degli SM, l'applicazione da parte di una ANC o di un giudice nazionale dell'art. 102 TFUE ad una concentrazione sotto-soglia – a valle della sua realizzazione – sulla scia di *Continental Can* veniva generalmente ritenuta una possibilità più teorica che concreta.

La genesi degli sviluppi degli ultimi due anni

È noto a tutti – e quindi non mi dilungo – il dibattito sviluppatosi nell'ultimo decennio a livello globale circa la percepita incapacità del tradizionale sistema *merger control* di contrastare il crescente fenomeno della c.d. *killer acquisitions*:

- acquisizioni da parte di operatori dominanti o comunque consolidati di *start-up* innovative o comunque di imprese emergenti, ma ancora a basso fatturato, che operano nello stesso mercato o in mercati contigui, al fine di eliminarle come concorrenti e consolidare ulteriormente la propria posizione di mercato (fenomeno diffuso in particolare nel settore digitale e in quello farmaceutico in cui l'innovazione è il parametro di concorrenza fondamentale).

Proprio perché fondato su un obbligo di notifica basato unicamente sulla dimensione delle imprese al momento della concentrazione, il sistema tradizionale rischia di non consentire il vaglio preventivo delle autorità di concorrenza proprio su questo tipo di operazioni.

Negli ultimi due anni il dibattito di cui sopra ha dato i suoi frutti, frutti che hanno profondamente modificato il sistema *merger control* europeo per come lo abbiamo conosciuto per oltre trent'anni.

La nuova vita dell'art. 22 del Reg. Concentrazioni

Per questioni di tempo, nel mio intervento mi concentrerò prevalentemente sui due sviluppi più recenti e sulle loro implicazioni:

i. la sentenza della CGUE nel caso *Towercast*;

ii. e l'istruttoria per presunto abuso di posizione dominante avviata dall'autorità di concorrenza belga in merito alla prospettata acquisizione da parte dell'operatore TLC belga Proximus del concorrente Edpnet.

Mi limiterò invece soltanto ad alcune rapide osservazioni a proposito dell'altro rilevante sviluppo intervenuto a livello UE, vale a dire quella che definirei la nuova vita del meccanismo di rinvio verso l'alto di cui all'art. 22 del Reg. Concentrazioni.

Al momento dell'adozione del Reg. Concentrazioni, numerosi SM non avevano un regime *merger control* nazionale. Il meccanismo dell'art. 22 consentiva quindi alla Commissione di esercitare, su richiesta di uno o più SM, i poteri di cui al Reg. Concentrazioni per esaminare operazioni che, pur non avendo *dimensione comunitaria*:

i. rischiavano di incidere significativamente sulla concorrenza nello/gli SM richiedente/i il rinvio, e

ii. avevano al contempo un impatto sul commercio tra SM.

La nuova vita dell'art. 22 del Reg. Concentrazioni

Negli anni immediatamente successivi all'adozione del Reg. Concentrazioni, il rinvio verso l'alto *ex* art. 22 è stato quindi utilizzato con riferimento ad operazioni che avevano impatto in un uno SM che non aveva ancora un proprio regime di controllo delle concentrazioni.

A seguito dell'introduzione in quasi tutti gli SM di regimi *merger control* nazionali, l'originaria ragion d'essere dell'art. 22 "*has been overtaken by events*":

- la Commissione ha tuttavia continuato a ritenere che tale meccasnismo di rinvio "*continues to serve an important purpose*" posto che consente agli SM di rinviarle concentrazioni complesse che altrimenti sarebbero state oggetto di *review* parallele da parte di diverse ANC (cfr. *Staff Working Paper*, 2009, § 146, e *Jurisdictional Report*, 2009, § 21).

Al contempo, la Commissione ha sviluppato una prassi che scoraggiava le ANC dall'avanzare richieste di rinvio *ex* art. 22 di operazioni che, oltre a non avere dimensione UE, non fossero neanche soggette alla competenza dell'autorità richiedente in base al regime nazionale perché sotto-soglia. E ciò:

- sulla base dell'"*esperienza che dimostrava che in genere tali operazioni non avevano un impatto significativo sul mercato interno*" (Comunicazione Art. 22, § 8).

La nuova vita dell'art. 22 del Reg. Concentrazioni

Con la comunicazione del marzo 2021, la Commissione ha manifestato invece l'intenzione di incoraggiare e accettare, in determinate circostanze, rinvii *ex* art. 22 di operazioni sotto-soglia anche ai sensi dei diversi regimi nazionali.

Il caso *Illumina/Grail* ha rappresentato il banco di prova del nuovo approccio:

- la Commissione ha deciso di accettare la richiesta di rinvio presentata dall'autorità di concorrenza francese che, in base al regime nazionale, non era competente a esaminare l'operazione (richiesta di rinvio alla quale hanno poi aderito le ANC di diversi altri SM UE e EFTA).

Le imprese hanno impugnato la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale UE e quest'ultimo con sentenza del 13 luglio 2022 (causa T-227/21) ha avallato la posizione della Commissione, fornendo importanti chiarimenti sulla configurazione del sistema europeo di controllo delle concentrazioni.

Il punto centrale della sentenza è relativo alla competenza della Commissione ad accettare una richiesta di rinvio verso l'alto *ex* art. 22 anche nel caso in cui lo SM richiedente disponga di un regime interno di *merger control,* ma non abbia competenza originaria sulla concentrazione perché sotto-soglia ai sensi di tale regime.

La nuova vita dell'art. 22 del Reg. Concentrazioni

Sul punto il Tribunale – applicando i diversi criteri di interpretazione delle norme (letterale, storico, sistematico e teleologico) al meccanismo di rinvio *ex* art. 22 – ha concluso che:

- anche alla luce dall'espressione "*qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3*", non risulta che ai fini del rinvio *ex* art. 22 la concentrazione debba ricadere nell'ambito di applicazione delle regole nazionali sul controllo delle concentrazioni dello SM richiedente, né che quest'ultimo debba essere dotato di un sistema di controllo delle concentrazioni;
- coerentemente con la generale *ratio* dei meccanismi di rinvio, l'articolo 22 consente alla Commissione di esaminare concentrazioni che possono ostacolare una concorrenza effettiva nel mercato interno, e che, a causa del mancato superamento delle soglie di fatturato, sarebbero altrimenti sottratte ad uno scrutinio ai sensi dei regimi *merger control* tanto UE quanto degli SM.
- l'intepretazione dell'art. 22 adottata dalla Commissione è conforme ai principi di attribuzione delle competenze, sussidiarietà e proporzionalità in quanto consente alla Commissione di esaminare una concentrazione ai sensi di tale disposizione "*solo in determinati casi specifici e a condizioni ben precise... che restringono sensibilmente il margine di manovra della Commissione*".

La nuova vita dell'art. 22 del Reg. Concentrazioni

Le implicazioni pratiche per le imprese del nuovo approccio relativo all'art. 22 sono notevoli.

Per avere una posizione defnitiva sul punto bisognerà comunque necessariamente attendere l'esito del giudizio di appello pendente dinanzi alla CGUE.

Le conclusioni cui è giunto il Tribunale UE riflettono però quella che oggettivamente è sempre stata l'interpretazione data dalla Commissione all'art. 22. Nel citato *Staff Working Paper* del 2009 si legge infatti:

- "*On the matter of* ***whether or not a Member State should be able to make a referral request without having jurisdiction in the case […] it is possible that a Member State may still have cause to refer a case which has a significant effect within its borders but which was not caught by its own jurisdictional thresholds. Under such circumstances, a request for referral would not be automatically excluded by the EC Merger Regulation***."

La sentenza della CGUE nel caso *Towercast*

A seguito dell'adozione dei sistemi *merger control* UE e nazionali si è da molti parti (incluse tutta una serie di ANC) ritenuto che la giurisprudenza *Continental Can* non fosse più *good law*:

- con la conseguenza che, nel nuovo mondo caratterizzato da un diffuso sistema di controllo preventivo delle concentrazioni, sostanzialmente l'art. 102 TFUE non potesse più essere utilizzato come strumento di controllo *ex post* di tali operazioni.

Come noto, l'art. 21(1) del Reg. Concentrazioni effettivamente stabilisce che quest'ultimo è il solo regolamento "*applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3*" ed esclude espressamente l'applicazione del Reg. 1/2003 alle stesse.

Con la sentenza *Towercast* del 16 marzo scorso, pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Parigi e confermando le conclusioni dell'AG Kokott, la GCUE ha invece chiarito che :

- l'art. 21(1) del Reg. Concentrazione non può essere interpretato nel senso di precludere l'applicazione *ex post* dell'art. 102 TFUE da parte di un'ANC o di un giudice nazionale a concentrazioni sotto-soglia tanto ai sensi del Reg. Concentrazioni quanto ai sensi dei diversi regimi nazionale e che non siano state altresì rinviate alla Commissione *ex* art. 22.

La sentenza della CGUE nel caso *Towercast*

Più in particolare, la **CGUE** ha affermato che:

- l'art. 102 TFUE è una disposizione di diritto primario avente effetto diretto e il divieto da essa enunciato è sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato da non richiedere una norma di diritto derivato che ne disponga o ne permetta l'applicazione da parte delle ANC e dei giudici nazionali;
- la sua applicabilità non può quindi essere esclusa a causa dell'adozione di un atto di diritto derivato riguardante taluni comportamenti di imprese sul mercato, come il Reg. Concentrazioni.
- né l'inapplicabilità del Regolamento 1/2003, e in particolare del suo art. 5, può comportare il divieto per le ANC di applicare l'art.102 TFUE a talune concentrazioni:
  - nonostante il principio di applicazione esclusiva del Reg. Concentrazioni a tali operazioni, è proprio il diritto procedurale degli Stati membri ad applicarsi alle concentrazioni di dimensione non europea.

La sentenza della CGUE nel caso *Towercast*

- In conclusione il Reg. Concentrazioni, e in particolare l'art. 21(1), "*non può ostare a che un'operazione di concentrazione di dimensione non comunitaria* [sotto-soglia anche a livello nazionale e non rinviata alla Commissione ex art. 22] *... possa essere sottoposta ad un controllo ad opera delle* [ANC] *e dei giudici nazionali sulla base dell'effetto diretto dell'articolo 102 TFUE, facendo ricorso alle proprie norme procedurali*" (§ 50).

La CGUE non dà però carta bianca alle ANC. Citando sul punto *Continental Can,* la CGUE precisa che:

- perchè un'acquisizione possa costituire un abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE non è sufficiente la semplice constatazione che l'operazione rafforza la preesistente posizione dominante dell'acquirente, ma è necessario che "*il grado di dominio così raggiunto rappresent*[i] *un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante"* (§ 52).

L'acquisizione della *target* sembrerebbe quindi dover non soltanto determinare una sostanziale modifica del panorama concorrenziale preesistente, ma anche risultare in una (quasi?) completa eliminazione della concorrenza effettiva.

La sentenza *Towercast*: punti aperti

È quindi a questo punto indubitabile che le ANC e i giudici nazionali possono sottoporre a uno scrutinio *ex post* ai sensi dell'art. 102 TFUE concentrazioni sotto-soglia che non abbiano dato luogo ad un rinvio *ex* art. 22.

La sentenza *Towercast* tace invece sul se tale possibilità sussista anche per la Commissione:

- il silenzio della CGUE sul punto è presumibilmente dovuto al fatto che il quesito sottopostole dal giudice del rinvio verteva sulla possibilità di applicare l'art. 102 TFUE ad una concentrazione sotto-soglia (e non rinviata alla Commissione *ex* art. 22) **unicamente da parte di un'ANC**.

Il principio secondo cui un atto di diritto derivato come il Reg. Concentrazioni non può impedire l'applicabilità di una disposizione di diritto primario avente effetto diretto come l'art. 102 TFUE non può però evidentemente non valere anche per la Commissione.

D'altro canto, escludendo l'applicabilità del Reg. 1/2003 alle concentrazioni come definite dall'art. 3, l'art. 21(1) – che resta evidentemente in vigore – priva la Commissione dei "classici" strumenti procedurali per l'applicazione dell'art. 102 TFUE.

La sentenza *Towercast*: punti aperti

Da un lato, si potrebbe legittimamente ritenere che, anche in ragione del nuovo approccio della Commissione in merito al rinvio *ex* art. 22, il diritto della concorrenza UE garantirebbe comunque, nel suo complesso, un efficace controllo delle concentrazioni potenzialmente problematiche:

- anche laddove la possibile applicazione *ex post* dell'art. 102 TFUE a concentrazioni sotto-soglia fosse demandata esclusivamente alle ANC e ai giudici nazionali.

In realtà residua a mio avviso un possibile spazio per l'applicazione dell'art. 102 TFUE a concentrazioni sotto-soglia – e non rinviate *ex* art. 22 – anche da parte della Commissione:

- si tratta dei poteri attribuiti alla Commissione dall'**art. 105 TFUE**.

Nell'intenzione degli autori del TCEE, l'art. 105 TFUE (all'epoca art. 89 TCEE) conferiva alla Commissione il potere di rendere immediatamente applicabili gli attuali art. 101 e 102 TFUE, vale a dire anche prima (e in mancanza) dell'emanazione della normativa di attuazione cui si riferisce l'attuale art. 103 TFUE (*in primis* il Reg. 17/62).

Tale disposizione attribuisce infatti alla Commissione il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di concorrenza quale espressione specifica del più generale compito di vigilanza sull'applicazione del Trattato affidatole dall'art. 211 TCE (oggi, nella sostanza, sostituito dall'art. 17, par. 1 TUE).

La sentenza *Towercast*: punti aperti

Art. 105 TFUE:

> *1. Senza pregiudizio dell'articolo 104, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 101 e 102. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.*
>
> *2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione. [...]*

Nonostante la sua natura transitoria, l'art. 105 TFUE non è stato né modificato né tantomeno abrogato e continua dunque ad esplicare i suoi effetti, seppur limitati.

Del resto, al momento dell'adozione del primo Reg. Concentrazioni, la Commissione affermava che:

- "*it* ***reserves the right to take right in accordance with the procedures laid down in Article*** **[105]** ***of the Treaty, for concentrations as defined in Article 3, but which do not have a Community dimension within the meaning of Article 1, in cases not provided for by Article 22***", almeno a quelle concentrazioni che superassero delle soglie di fatturato *de minimis,* all'epoca identificate in € 2 miliardi di fatturato mondiale and € 100 milioni di fatturato UE (*Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89*).

La sentenza *Towercast*: punti aperti

E la ragione per cui la Commissione riteneva di poter dar corso a questa applicazione è esattamente la stessa affermata dalla CGUE in *Towercast*:

- ovvero che una disposizione di diritto derivato come l'art. 22(1) e (2) del primo Reg. Concentrazioni – di contenuto identico all'attuale art. 21(1) – non può precludere l'esercizio da parte della Commissione dei poteri (ancorché limitati) ad essa attribuiti da una disposizione di diritto primario come l'art. 105 TFUE.

È solo quindi a livello di *policy* che la Commissione affermava che "*it does not normally intend to apply Article* [102 TFEU] *to concentrations as defined in Article 3* "(*Notes on Council Regulation 4064/89)*.

Ovvero, come affermato dall'allora Commissario alla Concorrenza Sir Leon Brittan,

- "*A final point on jurisdiction is the vexed question of Articles [101] and [102].* […] *My position is clear.* ***The Regulation cannot alter the meaning of the [TFEU] as laid down by the European Court. However, the Council has in the Merger Regulation repealed Regulation [1/2003] and other procedural regulations in respect of concentrations.*** *This has several consequences. […] As for* ***the Commission****, it* ***will find it very difficult to apply Articles [101] and [102] without the powers and procedures of Regulation [1/2003]*** *and its sister regulations in other fields.* ***Nevertheless, the Commission does have residual, if cumbersome, powers under Article [105]. As a matter of policy, I do not intend to seek the application of the [TFEU] rules in Articles [101] and [102] by any means***."

La sentenza *Towercast*: punti aperti

Coerentemente con tale *policy*, la Commissione non ha sin qui mai utilizzato l'art. 105 per applicare l'art. 102 ad una concentrazione sotto-soglia.

- in anni relativamente recenti la Commissione ha utilizzato i poteri di cui all'art. 105 esclusivamente in settori – come quelli del trasporto marittimo e del trasporto marittimo – che sino ad un dato momento erano esclusi dal campo di applicazione dei vari regolamenti adottati ai sensi dell'art. 103 TFUE.

Tuttavia, come dimostra la modifica dell'orientamento sul rinvio *ex* art. 22, le *policy* possono cambiare.

Nell'attuale architettura del sistema *merger control* europeo, la possibilità che la Commissione utilizzi i propri poteri ai sensi dell'art. 105 per applicare l'art. 102 a concentrazioni sotto-soglia resta comunque un'ipotesi del tutto residuale. E ciò

- non soltanto perché, come sancito nella sentenza *Towercast*, ciò potrebbe avvenire solo con riferimento a concentrazioni che non siano state sottoposte ad uno scrutinio ai sensi dei regimi *merger control* UE e nazionali (incluso attraverso un rinvio *ex* art. 22 o, aggiungerei, per effetto dell'esercizio di eventuali poteri nazionali di *call-in* di concentrazioni sotto-soglia),
- ma anche per i significativi limiti "pratici" dell'art. 105.

La sentenza *Towercast*: punti aperti

In forza dell'art. 105 la Commissione potrebbe infatti sì condurre un'istruttoria per accertare l'eventuale violazione dell'art. 102, ma avrebbe comunque bisogno dell'assistenza delle ANC, non disponendo, ai sensi di tale disposizione, di poteri investigativi.

Analogamente, potrebbe accertare l'infrazione con decisione motivata (e quindi di carattere vincolante) e pubblicarla, ma avrebbe comunque bisogno della collaborazione delle ANC per la sua esecuzione, non attribuendole l'art. 105 poteri coercitivi.

E quindi ragionevole ritenere che la Commissione potrebbe utilizzare l'art. 105 per applicare l'art. 102 a concentrazioni sotto-soglia solo ove *ex post facto* venisse a conoscenza di una concentrazione problematica:

- non sottoposta *one way or the other* a scrutinio ai sensi dei regimi *merger control;*
- che ha un impatto sul commercio tra SM;
- in caso di inerzia/riluttanza da parte di una o più ANC ad applicare esse l'art. 102 a tale concentrazione alla luce della sentenza *Towercast,* utilizzando le assai più efficaci norme procedurali di cui dispongono.

Il tempo ci dirà se si tratta di un'ipotesi che può effettivamente verificarsi nella realtà.

Post-*Towercast*: il caso belga *Proximus/Edpnet*

Un'altra questione di assoluto interesse è a mio avviso la seguente:

- l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad una concentrazione sotto-soglia è effettivamente ed esclusivamente uno strumento di controllo complementare *ex post* – come sembrerebbe emergere dalla sentenza *Towercast* – o invece, in determinate circostanze, può trasformarsi nei fatti in uno scrutinio *ex ante*, in qualche modo sostitutivo del *merger control*?

Indicazioni molto interessanti arrivano dall'istruttoria per possible abuso di posizione dominante avviata di recente dall'autorità di concorrenza belga ("BCA") in relazione alla prospettata acquisizione da parte di Proximus – operatore *incumbent* nel settore delle TLC in Belgio – di Edpnet, operatore alternativo attivo nella fornitura di servizi di comunicazione a banda larga, sottoposto ad una procedura giudiziale di amministrazione controllata.

Nell'ambito di tale procedura sono state presentate diverse offerte per l'acquisto delle attività di Edpnet.

Visto il fatturato di Edpnet, independentemente dall'identità dell'acquirente, l'acquisizione non sarebbe stata comunque soggetta a uno scrutinio da parte della BCA ai sensi del regime *merger control* nazionale perché in ogni caso sotto-soglia.

Post-*Towercast*: il caso belga *Proximus/Edpnet*

Con sentenza del 21 marzo scorso, il Tribunale delle imprese di Ghent ha appunto ordinato il trasferimento delle attività di Edpnet a Proximus.

Il giorno successivo – e quindi soli sei giorni dopo la pubblicazione della sentenza *Towercast* – la BCA ha avviato l'istruttoria per presunto abuso di posizione dominante in dichiarata applicazione proprio della sentenza *Towercast*.

Il procuratore generale della BCA ha altresì chiesto al Collegio della stessa l'adozione di misure cautelari finalizzate ad assicurare la continuità delle attività di Edpnet e al contempo il mantenimento dell'autonomia operativa e commerciale di quest'ultima nelle more dell'istruttoria relativa al presunto abuso di posizione dominante. La decisione in merito alle misure cautelari dovrebbe essere presa entro la prima metà del corrente mese di giugno.

La vicenda belga presenta molti punti interessanti:

- ad esempio, per quanto è dato sapere, proprio in ragione del fatto che l'acquisizione di Edpnet sarebbe stata in ogni caso sottratta ad uno scrutinio *merger control*, il regolatore TLC belga era intervenuto nella procedura giudiziale segnalando al giudice l'opportunità di tener conto anche delle conseguenze concorrenziali derivanti dall'"assegnazione" delle attività di Edpnet ad un *bidder* piuttosto che ad un altro. Valutazione che il giudice non ha apparentemente svolto, limitandosi a tener conto unicamente dell'entità economica delle varie offerte presentate e inducendo così la BCA ad intervenire.

Post-*Towercast*: il caso belga *Proximus/Edpnet*

Il punto che mi preme qui sottolineare è però un altro:

- ovvero il fatto che i tempi e i modi dell'intervento della BCA mostrano che, nel caso di specie, l'art. 102 – seppur in dichiarata applicazione della sentenza *Towercast* – viene appunto utilizzato come strumento di scrutinio sostanzialmente *ex ante* e quindi in via supplente anziché complementare al *merger control*.

La BCA ha avviato l'istruttoria sulla base tanto dell'art. 102 TFUE quanto dell'equivalente disposizione nazionale, sul presupposto quindi che via sia nel caso di specie un impatto sul commercio tra SM.

La BCA deve quindi essersi necessariamente interrogata sulla possibilità di utilizzare il rinvio alla Commissione *ex* art. 22 piuttosto che applicare essa direttamente il divieto di abuso di posizione dominante alla concentrazione in questione.

È quindi plausibile ritenere che la BCA abbia paradossalmente optato per l'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante per ragioni collegate alla tempestività dell'intervento:

- nel caso di specie, la preparazione della richiesta di rinvio *ex* art. 22 e i vari termini previsti da tale disposizione non avrebbero infatti presumibilmente consentito di impedire la realizzazione dell'operazione nelle more della decisione sulla richiesta di rinvio.

Post-*Towercast*: il caso belga *Proximus/Edpnet*

Per avere un quadro più definito sarà ovviamente necessario attendere l'esito dell'istruttoria, nonché dei ricorsi che saranno presumibilmente presentati da Proximus.

Si può però già dire che il caso belga segnala chiaramente la possibilità che, in presenza di specifiche circostanze, l'applicazione dell'art. 102 TFUE a concentrazioni sotto-soglia in applicazione della giurisprudenza *Towercast* divenga (al di là delle presumibili intenzioni della CGUE) uno strumento di controllo *ex ante* o comunque alternativo – e non logicamente e temporalmente successivo – al rinvio *ex* art. 22, nell'ambito dell'inerente discrezionalità di cui godono le ANC sul punto.

Ciò almeno nel caso delle ANC che non dispongono di poteri di *call-in* di concentrazioni sotto-soglia:

- ragioni di ordine logico-sistematico militano infatti nel senso che, se un'ANC – come la nostra AGCM – dispone di tali poteri, essa, prima di poter applicare l'art. 102 TFUE, debba quantomeno verificare che non ricorrano le condizioni per l'esercizio di tali poteri.

E ciò fermo restando che lo stesso meccanismo di rinvio *ex* art. 22 è in realtà uno strumento di controllo ibrido a cavallo tra *ex ante* ed *ex post* posto che può avere ad oggetto anche operazioni già realizzate, per quanto tendenzialmente da non più di sei mesi.

Conclusioni

Rispetto al sistema *merger control* europeo per come lo abbiamo conosciuto per tre decenni, gli sviluppi degli ultimi due anni hanno evidentemente complicato la vita delle imprese che oggi devono necessariamente porsi la questione dell'analisi dell'impatto concorrenziale di operazioni sotto-soglia e non soggette quindi ad obblighi di notifica, questione della quale fino a ieri potevano sostanzialmente disinteressarsi.

Tali sviluppi segnano al contempo, a mio avviso, la completa maturità del sistema *merger control* europeo, fornendo alla Commissione e alle ANC uno strumentario completo per poter esercitare un controllo su tutte le operazioni di concentrazioni che rischiano di "*ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo*".

Ciò che colpisce è che, almeno a livello UE, tale completa maturità è stata raggiunta "a legislazione inviariata", vuoi attraverso un semplice "*cambiamento di approccio*" rispetto all'applicazione di una determinata disposizione (è il caso, come si è visto, dell'art. 22), vuoi infondendo nuova vita ad una giurisprudenza esistente (è il caso dell'applicazione dell'art. 102 ad operazioni di concentrazione sotto-soglia).

Il che testimonia oggettivamente la lungimiranza degli autori dei trattati, del legislatore europeo e delle Corti UE.