

GIURETA

Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII
Anno 2009

Vincenzo Carollo

**Il controllo delle concentrazioni
tra imprese nel diritto comunitario**

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli studi di Palermo

© Vincenzo Carollo 2009

Data di pubblicazione: 28 giugno 2009

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)

Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506

giureta@unipa.it

www.giureta.unipa.it

IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI TRA IMPRESE NEL DIRITTO COMUNITARIO

Vincenzo Carollo *

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le motivazioni della riforma. - 3. Le novità introdotte dal Regolamento (CE) 139/2004. - 4. L'iter procedurale. - 5. I poteri investigativi e punitivi della Commissione. - 6. Il nuovo criterio sostanziale di valutazione delle concentrazioni. - 7. I poteri decisionali della Commissione. - 8. Le direttive orizzontali. - 9. La valorizzazione degli incrementi di efficienza in una concentrazione. - 10. Novità di carattere non legislativo. - 11. Conclusioni.

1. Introduzione

Con la realizzazione del mercato unico europeo il fenomeno delle concentrazioni tra le imprese è aumentato ed ha assunto un'importanza sempre maggiore. L'abbattimento degli ostacoli alla libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali, ha portato ad un'intensificazione tale della concorrenza che ha esposto le imprese di ciascun Stato membro alla concorrenza di quelle degli altri mettendo a rischio, in molti casi, l'assetto concorrenziale del mercato.

Si possono distinguere due diverse forme di crescita dell'impresa: una interna ed una esterna. La crescita interna si ha quando l'incremento delle dimensioni e della

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico interno e comunitario presso la Seconda Università di Napoli.

struttura dell'impresa è il frutto dell'investimento di risorse "interne", ossia di capitali che appartengono alla società.

A tale tipo di crescita si contrappone la crescita esterna che consiste nella possibilità per l'impresa di attingere alle economie di terzi. In questo caso l'incremento delle dimensioni dell'impresa, non deriva da una politica interna di espansione ma da un'operazione esterna, ossia dalla concentrazione con un'altra impresa concorrente o meno.

Col tempo, la moltiplicazione di operazioni di tipo concentrativo ha determinato strutture di mercato oligopolistiche, sviluppando, conseguentemente, una riduzione della concorrenza effettiva presente in quel determinato settore economico. Il risultato estremo di tale fenomeno può determinare la creazione o il consolidamento di una posizione dominante o anche la nascita di una posizione di monopolio. Va detto però che, oltre a produrre effetti anticompetitivi, le concentrazioni possono anche generare effetti benefici sia per la concorrenza che per i consumatori, a seconda dell'approccio che tali operazioni hanno nel contesto comunitario e, più in generale, in quello mondiale. Uno degli effetti dell'aumento della concorrenza a livello comunitario è rappresentato, per esempio, dall'aumento della produzione e dalla riduzione dei costi, oltre che dall'accrescimento delle dimensioni delle imprese.

2. Le motivazioni della riforma

In ambito comunitario, il 1° maggio 2004 è entrato in vigore il Regolamento (CE) 139/2004, che disciplina il

controllo delle concentrazioni tra imprese, sostituendo il precedente Regolamento (CE) 4064/89.

Tale riforma ha posto fine alla revisione del sistema comunitario del controllo delle concentrazioni che avviò la Commissione europea con la pubblicazione del suo Libro verde alla fine del 2001¹.

In seguito, contribuirono al perfezionamento di tale normativa anche l'adozione di diverse decisioni del Tribunale di primo grado della Comunità europea che annullarono alcune decisioni della Commissione in questo campo².

Il testo definitivo del regolamento 139/2004 si discosta in alcuni punti dalla proposta che la Commissione inizialmente aveva presentato al Consiglio in un chiaro riflesso della reticenza degli Stati membri a concedere più poteri alla Commissione in materia di controllo delle concentrazioni economiche.

Questo nuovo regolamento, rispetto a quello precedente, è caratterizzato da un pacchetto di riforme che incidono sia sulla sua applicazione ed interpretazione che sul processo d'adozione delle decisioni della Commissione.

Per quanto riguarda le prime, le modifiche comprendono l'adozione di Direttive per la valutazione delle cd. concentrazioni orizzontali³ tra imprese concorrenti - in cui vengono per la prima volta esplicitati e chiariti i criteri fondamentali utilizzati dalla Commissione ai fini dell'ana-

¹ Libro Verde sulla revisione del Reg. 89/4064 del Consiglio, adottato dalla Commissione nel dicembre 2001 (COM (2001) 745) in vista della revisione del Regolamento CE n. 4064/89.

² Trib. di primo grado del 6 giugno 2002, nella causa *Airtours c. Commissione* (T-342/99) del 25 Ottobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commissione* (T-5/02) e *Schneider Electric SA c. Commissione* (T-77/02).

³ G.U.C.E. C 31, del 5 febbraio del 2004.

lisi e della valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria - e l'introduzione di un codice di buone pratiche nelle procedure di controllo delle concentrazioni⁴.

La riforma è stata poi completata da un altro Regolamento di procedura (il Reg. CE 802/2004) per l'applicazione delle norme stabilite nel Reg. 139/2004⁵, che sostituisce il Reg. (CE) 447/98 della Commissione, relativo alle notificazioni ed ai termini ai sensi del Reg. (CE) 4064/89⁶.

Infine, la Commissione ha introdotto una serie di misure non legislative intese a migliorare la qualità del processo decisionale nei casi di concentrazione, di cui farà riferimento in seguito.

Lo scopo di tale articolo è quello di analizzare le novità più significative che il Regolamento (CE) 139/2004 e le Direttive cd. orizzontali hanno introdotto nel sistema comunitario del controllo delle concentrazioni, evidenziando specialmente le implicazioni pratiche che queste novità hanno portato nella valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria⁷.

Procedendo in maniera cronologica, il precedente Regolamento 4064/89 ha introdotto, per la prima volta, nel si-

⁴ Questo testo non è stato pubblicato nella GUCE, però è disponibile nella pagina web della Commissione pagina *web*: <http://www.europa.eu.int/com>.

⁵ Reg. 04/802, del 7 aprile del 2004, per il quale si applica il Reg. 04/139 del Consiglio sul controllo delle concentrazioni delle imprese.

⁶ Reg. 98/447 della Commissione, del 1 marzo 1998, relativo alle notifiche ed ai termini contemplati nel Reg. 89/4064 sul controllo delle concentrazioni delle imprese (GUCE L 61, de 2 de marzo de 1998).

⁷ La natura di concentrazione di dimensione comunitaria è specificata negli artt. 1, 2 e 3 del Reg. 04/139, che stabiliscono alcune soglie di fatturato.

stema comunitario di tutela della concorrenza un insieme di norme specifiche per la valutazione della compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune⁸.

La distribuzione delle competenze tra la Commissione e le Autorità degli Stati membri è stata organizzata intorno al criterio del “one stop shop” o “principio dello sportello unico” che conferisce alla Commissione la giurisdizione esclusiva sulle concentrazioni di dimensione comunitaria, senza pregiudizio nei confronti di certi meccanismi di rimessione tra gli Stati membri e la Commissione⁹.

Inizialmente, il Regolamento (CE) 4064/89 è stato riformato dal Regolamento 1310/97, che modificò le soglie di notificazione (dell'operazione di concentrazione) con l'obiettivo di ridurre il numero di notificazioni multiple (presentate in vari Stati membri), ed ampliò il concetto di concentrazione alle imprese in partecipazione, come “l'impresa comune con piena funzione autonoma”¹⁰.

L'obiettivo della riforma del 1997 non è stato altro che conseguire che un maggior numero di concentrazioni rimanesse sotto il controllo della Commissione.

Tuttavia, l'esperienza ha dimostrato che i suoi effetti sono stati modesti ed è stata considerata necessaria un'ulteriore riforma.

Successivamente, la Commissione propose un sistema di rinvio automatico al suo controllo quando una concen-

⁸ Vedi W. Berg y P. Ostendorf, *The Reform of the EC Merger Control: Substance and Impact of the Proposed New Procedural Rules*, in *European Competition Law Review*, 2003, num. 11., 594.

⁹ Il Reg. 04/139 mantiene il principio dello sportello unico (art. 21.1) e meccanismi di rinvio (artt. 9 e 22), ma introduce la possibilità di ulteriore rinvio.

¹⁰ Art. 3.2 del Reg. 89/4064.

trazione di dimensione non comunitaria dovesse essere notificata almeno a tre Stati membri¹¹ ma il Consiglio non accettò questa proposta.

Sul fronte procedurale, la Commissione evidenziò anche la necessità di migliorare le garanzie di sicurezza, flessibilizzando i termini per il deposito documentale, le notifiche ed i requisiti per la presentazione e l'accesso alla documentazione (da parte delle parti notificanti) nella fase anteriore al rinvio degli addebiti della Commissione e nei casi in cui vi siano gravi dubbi di compatibilità con il mercato comune.

Questi miglioramenti, adottati nel testo definitivo, hanno portato all'adozione di una serie di misure volte ad aumentare i poteri sanzionatori e d'investigazione della Commissione.

Inoltre, la Commissione avviò un dibattito circa l'opportunità di sostituire il criterio per la valutazione delle concentrazioni stabilito dall'art. 2 del Regolamento (CE) 4064/89 (creazione o rafforzamento di una "posizione dominante"¹²), verso un approccio più dinamico basato sull'analisi degli effetti della concentrazione sui mercati interessati ("diminuzione sostanziale della concorrenza").

La Commissione prese in considerazione quelle limitazioni del cd. criterio della dominanza per controllare quelle

¹¹ Libro Verde sulla revisione del Reg. 89/4064 del Consiglio, dell'11 dicembre 2001.

¹² Art. 2 Reg. 89/4064: "Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune".

concentrazioni che producono una diminuzione significativa della concorrenza in un mercato oligopolistico dove non esiste un coordinamento tra le imprese (collusione), anche se non si crea o rafforza una posizione dominante¹³, individuale o collettiva.

Come si tratterà nei paragrafi successivi, il metodo successivamente adottato in base al Regolamento (CE) 139/2004 rappresenta un approccio ibrido a tale problema (“ostacolo significativo della concorrenza, in particolare attraverso la creazione di una posizione dominante”), in quanto amplia il criterio di valutazione del Regolamento 4064/89 sulle concentrazioni in mercati oligopolistici non collusivi, ma mantiene le situazioni di posizione dominante come principale modalità di concentrazione suscettibile di produrre un ostacolo significativo alla concorrenza¹⁴.

3. Le novità introdotte dal Regolamento (CE) 139/2004

Gli aspetti innovativi del Regolamento (CE) 139/2004 rispetto alla precedente normativa li troviamo in ambito procedurale. In particolare, si è optato per modificare il sistema di rinvio delle domande tra la Commissione e gli Stati membri, consentendo alla Commissione di esaminare quelle concentrazioni che, nonostante non superino le soglie di notifica previste dal Regolamento, abbiano rilevanza comunitaria. Tale cambiamento permette di inviare agli Stati membri quelle operazioni che, pur avendo una

¹³ Libro Verde, paragrafo da 159 a 169.

¹⁴ Considerando 25 del Reg. 04/139, art. 1.2.

dimensione comunitaria, possono essere meglio analizzate a livello nazionale¹⁵.

Inoltre, il Regolamento (CE) 139/2004 mira a rendere più semplice e flessibile il sistema di rinvio delle pratiche ampliando i termini, con l'obiettivo di garantire, in conformità con il principio di sussidiarietà, che ciascun caso sia esaminato dall'Autorità garante della concorrenza nazionale dello Stato membro interessato.

Una particolarità di questo Regolamento risiede nella facoltà da parte delle parti notificanti (Art. 4), e non soltanto agli Stati membri, di notificare una concentrazione alla Commissione o ad uno Stato membro interamente o parzialmente. Tale richiesta di rinvio, però, deve essere effettuata preventivamente alla notificazione dell'operazione.

Le parti potranno chiedere il rinvio alla Commissione anche di quelle operazioni di concentrazione che, pur mancando di una dimensione comunitaria, devono essere notificate in almeno tre Stati membri conformemente alle legislazioni nazionali.

Tale norma consente, quindi, alle imprese interessate di conoscere, prima ancora di procedere alla notifica, quale sia l'autorità competente ad esaminare l'operazione.

Pur riprendendo lo schema dell'art. 9 del Regolamento 4064/89, l'art. 4 par. 4 del Reg. 139/2004 se ne differenzia, in quanto in questo caso il potere d'iniziativa ai fini dell'eventuale rinvio di un'operazione di dimensione comunitaria

¹⁵ Questa possibilità di rimessione su richiesta degli Stati membri sembrava già raccolta negli articoli 9 e 22.3 del Reg. 89/4064.

ria è affidato alle parti interessate anziché agli Stati membri.

Schematicamente, la procedura è la seguente: le imprese interessate comunicano alla Commissione, attraverso una richiesta motivata, che l'operazione può incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato distinto all'interno di uno Stato membro, segnalando, in sostanza, il dubbio che essa debba essere esaminata, in tutto o in parte dallo Stato membro in questione.

In seguito alla trasmissione immediata della richiesta a tutti gli Stati membri da parte della Commissione, lo Stato interessato dispone di 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta per esprimere il suo consenso in merito al rinvio della concentrazione.

Se lo Stato membro non prende posizione entro tale termine, si considera che abbia aderito alla richiesta. Costatato il consenso espresso o tacito dello Stato interessato, alla Commissione incombe comunque la verifica delle condizioni essenziali per il rinvio.

La decisione di rinviare o meno il caso è presa entro 25 giorni lavorativi a decorrere dal ricevimento della richiesta motivata da parte della Commissione. Se la Commissione omette di pronunciarsi, al silenzio si attribuisce valore di assenso, cioè di decisione favorevole al rinvio.

Nelle intenzioni del legislatore comunitario, l'iniziativa delle imprese dovrebbe servire a chiarire, in anticipo, se la Commissione abbia intenzione di rinviare l'esame di una concentrazione di dimensione comunitaria, scongiurando il rischio di una decisione di rinvio successiva alla notifica, che ritarda non poco l'ottenimento dell'autorizzazione.

Tuttavia, è assai probabile che lo strumento venga utilizzato dalle imprese in modo più ampio, anche allo scopo di chiarire ufficialmente, nei casi dubbi, se l'operazione abbia effettivamente dimensione comunitaria.

L'art. 4 del Reg. 139/2004 non prevede, inoltre, a differenza dell'art. 9 (che disciplina il rinvio successivo alla notificazione) un obbligo per la Commissione di rinviare il caso allo Stato membro interessato nel caso in cui il mercato distinto non costituisca una parte sostanziale del mercato comune.

Per concludere, occorre osservare come nella coesistenza di una procedura di rinvio preventivo su iniziativa di parte e di una procedura *ex officio* in una fase successiva, possano far sorgere problematiche nuove, quali la potenziale conflittualità fra un diniego di rinvio nella fase di pre-notifica a fronte della richiesta delle parti ed un rinvio *ex auctoritate* ottenuto successivamente dall'autorità nazionale. In quest'eventualità le parti notificanti avrebbero speso tempo inutilmente per procedere ad una richiesta motivata di rinvio ed alla successiva notificazione comunitaria, per poi vedere l'esame del caso di nuovo rallentato dal rinvio d'ufficio. Appare pertanto necessario che la Commissione, si adoperi, nella pratica, per evitare situazioni di questo genere.

4. L'iter procedurale

Il Regolamento 4064/89 stabiliva (art. 4.1) un termine per la notifica alla Commissione europea di una settimana

dalla data di conclusione dell'accordo, dalla pubblicazione dell'offerta di acquisto o di scambio o di acquisizione di una partecipazione di controllo. Tale termine aveva sollevato numerose critiche a causa della sua rigidità anche se, nella pratica, la Commissione lo ha interpretato in modo flessibile, senza ricorrere all'imposizione della multa per notificazione tardiva prevista nel vecchio art. 14.1.a, a meno che si fosse verificato il caso in cui si fosse proceduto all'esecuzione dell'operazione di concentrazione, prima della sua notifica.

La prima novità del Regolamento 139/2004 è l'eliminazione di questo termine, sebbene ancora si mantiene la necessità di comunicare in anticipo l'esecuzione dell'operazione e, pertanto, del rispetto del principio del controllo ex ante delle concentrazioni da parte della Commissione. Tale modifica introduce un elemento di flessibilità che è molto utile per parti, in quanto consente loro di decidere in che momento comunicare la concentrazione a seconda dei propri interessi e delle proprie esigenze aziendali.

Una seconda novità risiede nella possibilità di notificare un'operazione prima di concludere un accordo vincolante, nei seguenti casi:

- (i) quando le imprese interessate dimostrino alla Commissione la loro buona fede nel concludere un accordo;
- (ii) nel caso di un'offerta pubblica di acquisto, quando le imprese interessate hanno pubblicamente annunciato l'intenzione di presentare tale offerta.

Il Regolamento 139/2004 stabilisce (v. considerando 34) che le imprese possano dimostrare la loro buona fede, per esempio, elaborando un *memorandum* di accordo o una lettera di intenti. Questo cambiamento è stato valutato positivamente dalla dottrina in quanto la possibilità di notificare una concentrazione in uno stadio più o meno anticipato della negoziazione eviterà i costi elevati che possono derivare da una sua non autorizzazione, quali i costi di negoziazione dell'accordo definitivo o le clausole penali per mancanza di attuazione.

Inoltre, consentirà di riorientare la negoziazione dell'accordo vincolante, alla luce delle indicazioni/aggiustamenti che può richiedere la Commissione per approvare l'operazione, senza dover sostenere costi ulteriori per la modifica di un accordo già sottoscritto. Ciò nonostante, la Commissione ha fatto presente che tale modifica procedurale comporta anche dei possibili rischi causati da notifiche puramente "speculative" che, all'atto pratico, sprecano le indicazioni e gli orientamenti della Commissione solo per l'ottenimento di tempi più dilatori.

La terza novità del regolamento 139/2004 consiste nella modifica dei termini di trasmissione della domanda. Al fine di accrescere il livello di trasparenza, si è preteso dare al procedimento ancora più flessibilità e trasparenza, consentendo alle parti e alla Commissione di contare su tempi supplementari¹⁶.

¹⁶ La rigidità dei tempi di elaborazione del procedimento, comprese le procedure per la seconda fase, sono state oggetto di aspre critiche, in quanto le imprese erano tenute a presentare la documentazione completa

Tali termini vengono calcolati per giorni lavorativi, non considerando quindi, il sabato, la domenica e giorni festivi¹⁷ che sono esclusi dal calcolo del periodo, col vantaggio di rendere i periodi di valutazione più uniformi (svincolandoli dalla durata dei mesi) e di escludere le complicazioni derivanti dal recupero degli eventuali giorni festivi.

A seguito della predetta conversione, il termine per la conclusione della “Fase I” passa da un mese a 25 giorni lavorativi¹⁸, mentre nella “Fase II” la Commissione dispone di 90 giorni lavorativi anziché di 4 mesi.

L’art. 10 contiene, inoltre, una serie di disposizioni volute a rendere più flessibili anche i termini per l’esame delle concentrazioni per quanto riguarda le ipotesi di proroga automatica (quando le parti presentino misure correttive) e l’estensione facoltativa in casi particolarmente complessi o di difficile soluzione.

In quest’ultimo caso, nella prima fase, l’estensione (supplementare) del termine passa a 35 giorni lavorativi e nella seconda fase a 15 giorni lavorativi quando siano proposti impegni¹⁹, consentendo così alla Commissione di me-

entro tre mesi dalla data di apertura del procedimento (art. 18 del reg. 98/477) senza poter ottenere una proroga del termine massimo per l’invio, al fine di discutere in maniera dettagliata con la Commissione per facilitare l’approvazione dell’operazione. Tenendo conto del fatto che questo termine di solito scadeva nel giro di pochi giorni dopo l’udienza, le parti erano costrette a fare un doppio sforzo: da un lato la difesa contro gli addebiti formulati dalla Commissione, e dall’altro, in parallelo, la presentazione di impegni al fine di far decadere tali obiezioni. Inoltre, la rigidità di questo termine creava problemi anche alla Commissione stessa nei casi in cui la valutazione dell’operazione o della richiesta fatte richiedevano un’analisi economica complessa dove erano necessari ulteriori studi e consultazioni con terzi.

¹⁷ Come invece avveniva nel Reg. 89/4064

¹⁸ Art. 10, comma 1, del reg. 04/139.

¹⁹ Art. 10, par. 3 del regolamento.

glio valutare le promesse presi delle parti ed agevolando una negoziazione più distesa degli stessi.

Occorre rilevare che la proroga automatica opera soltanto se le misure correttive sono proposte successivamente al cinquantesimo giorno lavorativo dall'apertura del procedimento²⁰, perché, in caso contrario, la Commissione e le parti già dispongono di tempo sufficiente per valutarle²¹.

Infine, sempre nella seconda fase, è prevista la possibilità di una proroga dei termini per un periodo non superiore a 20 giorni lavorativi quando il caso sia di particolare complessità²². Essa può essere disposta dalla Commissione, con il consenso delle parti, in qualsiasi momento della seconda fase.

L'iniziativa può anche provenire dalle imprese notificanti, ma solo entro 15 giorni lavorativi dall'avvio del procedimento ex art. 6, par.1, lett. c)²³.

Come alcuni autori hanno rilevato²⁴, sebbene la Commissione abbia dichiarato che l'estensione dei termini, in questi casi, viene concessa soprattutto nell'interesse delle imprese notificanti, che potranno utilizzare il tempo aggiuntivo per convincerla della infondatezza delle sue riserve²⁵, è facile prevedere che, per ottenere in tempi rapidi

²⁰ Art. 10, par. 3 del nuovo regolamento.

²¹ In tal modo, le imprese sono incentivate a formulare gli impegni ad uno stadio meno avanzato della procedura al fine di evitare la proroga automatica.

²² Art. 10, par. 3, secondo comma, del nuovo regolamento.

²³ Art. 10, par. 3, secondo comma, del nuovo regolamento.

²⁴ Vedi Merola, Armati, cit., pag. 172.

²⁵ Cfr. Libro Verde, cit., pagg. 51 e ss. e relazione alla proposta di regolamento, cit., pag. 16.

l'approvazione della concentrazione, raramente l'iniziativa di richiedere la proroga giungerà dalle parti.

È quindi evidente che la Commissione manterrà un'influenza decisiva nel determinare se e quando “fermare l'orologio” (*stop-the-clock*). Tenendo conto che nella seconda fase le operazioni in esame sono quelle che rappresentano, *prima facie*, problemi di compatibilità con il mercato comune e che, nella maggior parte dei casi, richiedono la presentazione di impegni che devono essere accettati dalla Commissione, è difficile immaginare che le parti si oppongano alla richiesta della Commissione, perché ciò comporterebbe una pronuncia finale negativa.

Il risultato di questo iter, se la Commissione ricorre in modo sistematico alla necessità di estendere la sua indagine per ottenere un termine supplementare, è un notevole prolungamento della durata della procedura, che potrebbe estendersi fino a cento sessanta giorni lavorativi (approssimativamente 32 settimane) rispetto alle ventidue settimane che costituivano il limite massimo dell'iter procedurale previsto dal Regolamento 4064/89.

5. I poteri investigativi e punitivi della Commissione

In cambio di una maggiore flessibilità che il nuovo Regolamento apporta, si è prodotta invece un'importante estensione dei poteri d'investigazione della Commissione, che ora sono situati sullo stesso piano di quelli previsti dal Regolamento del Consiglio 1/2003, concernente l'applica-

zione delle norme sulla concorrenza in base agli articoli 81 e 82 del Trattato²⁶.

Tra i nuovi poteri conferiti alla Commissione meritano attenzione i seguenti:

- (i) richiedere informazioni alle imprese partecipanti, attraverso una richiesta semplice di informazioni o mediante decisione;
- (ii) interrogare, non solo i rappresentanti dell'impresa (come previsto dal regolamento 4064/89), ma anche qualsiasi persona fisica o giuridica che accetti di essere interrogata;
- (iii) apporre i sigilli ai locali delle imprese nel corso delle ispezioni²⁷, controllare i libri contabili o i documenti della società.

Quest'ultimo è un potere limitato a circostanze eccezionali e per il periodo di tempo strettamente necessario per procedere ad una ispezione, che normalmente non può superare le 48 ore.

Il regolamento 139/2004 non prevede, invece, il diritto della Commissione di ispezionare la casa privata dei rappresentanti dell'impresa, possibilità che contempla il Regolamento n. 1/2003 per quei controlli che si svolgono nell'ambito degli articoli 81 e 82 del trattato CE.

Tale estensione dei poteri della Commissione consente, senza dubbio, alla Commissione di intraprendere un esame

²⁶ Reg. 03/01 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativo all'applicazione delle norme sulla competenza previste negli artt. 81 e 82 del Trattato..

²⁷ Cfr. art. 13, par. 2, lett. b) del nuovo regolamento.

più approfondito e documentato delle operazioni di concentrazione, aumentando in misura significativa le multe che essa può imporre, tanto a carattere sanzionatorio come coercitivo, in linea col Regolamento n. 1/2003. Per esempio, il rifiuto di dare informazioni alla Commissione e la comunicazione di informazioni inesatte o ingannevoli, può essere penalizzato con multe fino all' 1% del fatturato totale dell'impresa trasgredente. La sanzione per questi reati può essere aumentata fino al 5% del volume giornaliero di attività della società inadempiente.

Il più frequente aumento di sanzione si è verificato con la multa per omissione di notifica, che può raggiungere un 10% del fatturato totale della società interessate (di fronte a cinquantamila euro che costituiscono il limite massimo per questa infrazione nel vecchio Regolamento).

6. Il nuovo criterio sostanziale di valutazione delle concentrazioni

Un'importante diatriba in dottrina si è avuta, senza dubbio, per il nuovo criterio di analisi delle concentrazioni di dimensione comunitaria.

Nel Regolamento 4064/89 esso era previsto dall'articolo 2 (cd. criterio della "posizione dominante") ed esaminava fondamentalmente la creazione o il rafforzamento di una posizione di dominanza (sul mercato o sui mercati interessati) a seguito di concentrazione, al fine di valutare la compatibilità con il mercato comune. L'analisi si concentrava, pertanto, nel pregiudizio che la concentrazione poteva causare alla struttura concorrenziale del mercato anche se l'in-

interpretazione dei giudici comunitari spesso risultava più flessibile rispetto ad una sua fedele applicazione²⁸.

La creazione o il rafforzamento di detta posizione non era di per sé sufficiente per far sì che una concentrazione fosse incompatibile con il mercato comune. Era necessario che si producesse, inoltre, una distorsione significativa della concorrenza nei mercati interessati. Tuttavia, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante costituiva un requisito essenziale, la cui assenza impediva alla Commissione di proibire una concentrazione.

Di fronte al criterio strutturale, rappresentato dal cd. “test di dominanza”, la Commissione ha proposto successivamente l'introduzione di un'analisi più aperta che ha permesso di concentrare l'attenzione sugli effetti che la concentrazione produce sulla concorrenza nei mercati interessati, avvicinandosi così allo schema di valutazione contemplato nella normativa nord-americana, ovvero quello della “diminuzione sostanziale della concorrenza (DSC)”.

Con questa modifica si è preteso controllare quelle operazioni che potrebbero produrre una diminuzione significativa la concorrenza sul mercato senza creare o rafforzare una posizione di dominio individuale o collettiva.

Alcuni paesi (come il Regno Unito, la Francia o la Spagna) ritenevano che queste situazioni non rientravano nell'art. 2 del regolamento 4064/89. Nonostante ciò, altri paesi (soprattutto la Germania) pensavano che il presunto divario si poteva colmare attraverso un'interpretazione este-

²⁸ V. sentenza del TJCE del 31 marzo 1998 nella causa Francia / Commissione (C-68/94).

sa del criterio della dominanza. Sostenevano, in questo senso, un'equiparazione del concetto di posizione dominante del potere economico, così come sosteneva da tempo la giurisprudenza comunitaria²⁹.

In principio, la Commissione propose la modificazione del concetto di posizione dominante, incorporando all'art. 2 del Regolamento 4064/89 un secondo comma, che introducesse una definizione di posizione dominante nel quadro del controllo delle concentrazioni inteso come potere economico³⁰.

Dopo un lungo dibattito, quest'interpretazione è stata finalmente adottata nell'art. 2 del Regolamento 139/2004 e si può considerare come un risultato ibrido di valutazione (tra criterio di dominanza ed il criterio DSC), in quanto non elimina il criterio della posizione dominante del Regolamento 4064/89, ma lo amplia con l'obiettivo di poter analizzare le concentrazioni in mercati oligopolistici non collusivi³¹.

In linea generale, vengono ora vietate tutte quelle concentrazioni suscettibili di ostacolare la competenza in maniera significativa (non solo tramite la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante).

²⁹ Cfr. a questo riguardo, la sentenza del TJCE del 14 febbraio 1978 nella causa *United Brands* e la sentenza del TPI del 12 dicembre 2000 nella causa *Aéroports de Paris c. Commissione* (T-128/98), dove il concetto di posizione dominante è definito come: “una situazione di potere economico in cui si trova un'impresa...che le permette di impedire la concorrenza effettiva nel mercato interessato [...]”.

³⁰ Proposta di Regolamento del Consiglio sul controllo delle concentrazioni tra imprese, dell'11 dicembre 2002.

³¹ Così come segnalato nel considerando 25 del Reg. 04/139.

La questione centrale consiste, pertanto, nella necessità che si mantenga un grado di concorrenza sufficiente successivamente alla concentrazione.

Il riferimento espresso alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante rappresenta una base di riferimento - particolarmente adatta ma non esclusiva - affinché si produca un impedimento significativo della concorrenza.

Evidentemente, l'incidenza che possono avere le modificazioni introdotte dal Regolamento 139/2004 in merito ai criteri per la valutazione delle concentrazioni dipenderanno anche dalle interpretazioni presenti e future sia della Commissione che dei giudici comunitari. Non v'è dubbio che, allo stato attuale, la Commissione può vietare anche quelle concentrazioni che, nonostante non creino o rafforzino una posizione dominante, ostacolano la concorrenza in maniera significativa.

Quanto agli aspetti procedurali, invece, oltre che una maggiore trasparenza e brevità delle procedure, il nuovo regolamento assicura la risoluzione del problema delle notifiche multiple sulla base di una più stretta cooperazione tra Commissione ed Autorità nazionali della concorrenza. Affinchè i nuovi meccanismi di rinvio funzionino, sarà necessario però che lo scambio di informazioni tra le Autorità sia sempre effettivo e tempestivo e, soprattutto, che si instauri tra le stesse un dialogo costruttivo e privo di considerazioni di potere.

7. I poteri decisionali della Commissione

Il Regolamento 139/2004 introduce due novità in virtù dei nuovi poteri di decisione della Commissione, che vanno a colmare due lacune del Regolamento 4064/89.

In primo luogo, include un riferimento esplicito (art. 8.4) alla possibilità che la Commissione chieda all'impresa la totale dissoluzione della concentrazione o la vendita di tutte le azioni o delle attività acquisite, nel caso in cui l'attività sia dichiarata incompatibile con il mercato comune o eseguita in violazione delle condizioni imposte nella decisione di autorizzazione.

In secondo luogo, prevede (articolo 8.5) la possibilità per la Commissione di adottare misure precauzionali per ripristinare una concorrenza effettiva in quelle ipotesi in cui la concentrazione venga eseguita in violazione dell'obbligo di sospensione (che rimane fino a quando si autorizzi l'operazione³²) della decisione di proibizione della concentrazione o delle condizioni imposte nella decisione di autorizzazione.

Infine, il nuovo regolamento prevede un cambiamento concernente il trattamento delle restrizioni vincolate ad un'operazione di concentrazione che possano essere considerate come accessorie. Si mantiene il principio generale di valutazione secondo cui sono dichiarate "compatibili" con l'articolo 81 del trattato CE quelle restrizioni accettate dalle imprese che sono direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e necessarie per tale scopo.

³² Salvo dispensa dell'obbligo di sospensione (v. art. 7.4 del Reg. 04/139).

Conseguentemente, le parti dovranno analizzare in quale misura le clausole restrittive siano direttamente collegate alla realizzazione della concentrazione, alla luce delle precedenti pronunce e degli orientamenti della Commissione in materia³³.

Il nuovo regolamento prevede una deroga a tale principio generale per i casi dove si presentino questioni nuove o che danno luogo a situazioni di vera e propria incertezza.

In quest'ipotesi, la Commissione dovrà, su richiesta delle imprese interessate, valutare espressamente se una restrizione determinata, essendo accessoria alla concentrazione, è direttamente legata alla realizzazione della concentrazione.

8. Le direttive orizzontali

Il pacchetto di riforme avviate, a partire dal 2001, per migliorare il regime di controllo delle concentrazioni, comprende delle direttive per la valutazione di fusioni fra società concorrenti (le cosiddette "direttive orizzontali") basate sull'esperienza acquisita nel corso degli anni e sull'adozione delle sentenze della Corte di giustizia europea.

Le Direttive orizzontali furono adottate dalla Commissione nel febbraio 2004 e rappresentano una guida per le imprese e per la comunità giuridica sulle modalità con cui le fusioni possono essere contestate. La loro finalità, quindi, è quella di fornire ai soggetti coinvolti ed ai loro consu-

³³ Com. del 4 luglio 2001 sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (GU C 188 del 4 luglio 2001).

lenti gli orientamenti su fattori e criteri che la Commissione prende in considerazione in sede di esame pratico delle operazioni.

Esse si applicano alle concentrazioni cd. orizzontali (tra imprese concorrenti, effettive o potenziali), caratterizzate, principalmente, da una riduzione del numero dei concorrenti nel mercato interessato e dal conseguente aumento del grado di concentrazione dell'offerta.

Questo tipo di concentrazioni sono le più frequenti e sono quelle che, secondo la Commissione, suscitano maggiori rischi dal punto di vista della concorrenza nella struttura del mercato.

Alcuni di questi rischi possono essere l'aumento dei prezzi, una riduzione della qualità dei beni o dei servizi e/o una stagnazione tecnologica. Essi assumono due tipi di effetti anticoncorrenziali:

- (i) effetti "non coordinati" che comportano l'eliminazione della pressione concorrenziale su una o diverse società che disporranno di un maggior potere di mercato per loro stesse, senza la necessità di ricorrere a una strategia coordinata;
- (ii) effetto "coordinati" che comportano un cambiamento nella natura della concorrenza, incrementando la probabilità di collusione tra le imprese presenti nel mercato colpito dalla concentrazione.

Le concentrazioni che producano tali effetti, potranno comportare "un ostacolo significativo della concorrenza" ai sensi del nuovo Regolamento. Per la prima delle due ca-

tegorie predette, il campo di azione della Commissione si estende, in quanto vi è la possibilità di sanzionare non solo la posizione di dominio individuale risultante da una concentrazione, ma anche gli effetti anticompetitivi dovuti ad un aumento del potere di mercato di alcune imprese a seguito dell'eliminazione della pressione competitiva, anche se non vi è alcun rischio di comportamento coordinato tra loro (cd. oligopoli non collusivi)³⁴.

Questo tipo di effetti anticoncorrenziali permettono alla Commissione di godere di un ampio potere discrezionale e, di conseguenza, avrà produrranno una maggiore insicurezza per le imprese, in quanto si disconosce a priori quale sarà il loro risultato pratico e quali casi di concentrazione in mercati oligopolistici considererà la Commissione come incompatibili con il mercato comune.

Per quanto riguarda la seconda categoria, vale a dire gli effetti che hanno carattere coordinato (posizione dominante collettiva), la Commissione è giunta ad interpretare i parametri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria per determinare la loro esistenza, seguendo così i seguenti regole:

- (i) la possibilità di stabilire meccanismi di coordinamento nel mercato di riferimento;
- (ii) la possibilità di controllare le deviazioni di alcuni operatori di tale coordinamento;
- (iii) l'esistenza di meccanismi effettivi di dissuasione e penalizzazione per quelle imprese che si separano da una politica caratterizzata da un oligopolio;

³⁴. considerando 25 del reg. 04/139.

- (iv) che il risultato di tale coordinamento non sia facilmente neutralizzabile dalle imprese terze, dai potenziali concorrenti o dai clienti.

Le direttive orizzontali prevedono due tipi di indicatori per misurare il grado di concentrazione nel mercato di riferimento e l'importanza che hanno le parti della concentrazione e i loro competitori:

- (i) la quota di mercato;
- (ii) il cosiddetto indice "Herfindahl-Hirschman (IHH)".

La quota di mercato costituiva un parametro di riferimento basico per l'analisi pratica delle concentrazioni ai sensi del regolamento 4064/89.

La novità introdotta dalle direttive la troviamo nella fissazione di una percentuale massima (50%) ed una minima (25%), che è legata a una presunzione di esistenza o inesistenza di un ostacolo effettivo alla concorrenza.

Entrambi i criteri, erano stati ripetutamente menzionati dalla giurisprudenza in diverse sue pronunce e sono stati presi come riferimento dalla Commissione nelle sue decisioni³⁵.

³⁵ le sentenze della Ceg, *Akzo Chemie BV c. Commissione (C-62/86)* e *Gencor c. Commissione (T 102/96)* che stabiliscono una presunzione di esistenza di una posizione dominante quando la società detiene quote di mercato di oltre il 50%. Al contrario, le quote di mercato inferiori al 25% tendono a portare i tribunali comunitari e la Commissione a concludere verso l'assenza di posizione dominante, così come si può notare nella decisione *Metro SB-GROSSMAERKTE GmbH & Co. KG c. Commissione*.

L'indice IHH costituisce, al contrario, una novità: questo elemento, previsto anche nelle direttive nord-americane sulle concentrazioni orizzontali (“Mergen Horizontal Guidelines - 1992”), misura il grado di concentrazione esistente in un determinato mercato con anteriorità e posteriorità alla concentrazione. Così come succede con la quota di mercato, se il HHI è inferiore a certi livelli, la Commissione presume che non esistano problemi di competenza orizzontale.

9. La valorizzazione degli incrementi di efficienza in una concentrazione

Il regolamento 4064/89 non contiene alcun riferimento espresso sulle possibili “efficienze” derivanti da un'operazione di concentrazione.

Tuttavia, nella pratica, la Commissione svolge il suo compito prendendo anche in considerazione gli effetti benefici che una concentrazione può portare ai consumatori³⁶.

Questa pratica si nota esplicitamente nelle direttive orizzontali, dove vengono prese in considerazione le efficienze derivanti dall'operazione sempre e quando concorrono quattro condizioni cumulative:

- (i) che le efficienze generino benefici per i consumatori;

³⁶ La Commissione ha analizzato per la prima volta le efficienze come fattore di valutazione delle concentrazioni nelle seguenti decisioni: *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* del 2 ottobre 1991; *De Beers /LVMH* del 25 luglio 2001; *BOSKALIS / HBG* del 4 luglio 2000.

- (ii) che risultino inerenti all'operazione di concentrazione;
- (iii) che siano suscettibili di verifica;
- (iv) che si materializzino in un periodo di tempo breve dopo l'operazione.

La necessita che le efficienze si trasferiscano ai consumatori (il cosiddetto “*pass-on requirement*”), nello stesso mercato nel quale si producono gli effetti negativi, costituisce il criterio basico ed indispensabile al fine di apprezzare la loro esistenza³⁷.

Un esempio di efficienza che viene considerato importante nelle direttrici orizzontali è la riduzione dei prezzi. Anche in questo caso, nella valutazione dell'efficienza, la Commissione gode di una grande discrezionalità in quanto potrebbe dichiarare incompatibile una concentrazione che produca importanti effetti pro-concorrenziali, se la parti non hanno sufficientemente dimostrato che non vi è un modo meno restrittivo per raggiungere tale risultato.

Oltre a soddisfare le quattro condizioni predette, le direttrici orizzontali stabiliscono che l'intensità degli effetti

³⁷ L'inclusione di tale criterio come un punto di riferimento centrale per la valutazione degli incrementi di efficienza, suppone la considerazione del “modello del beneficio per il consumatore” di fronte al modello basato sui “benefici totali generati dall'operazione”. Questa opzione, scelta dagli Stati Uniti e dal Regno Unito, è stata criticata da una parte della dottrina, in quanto impedisce l'esame di quegli effetti che, nonostante siano vantaggiosi per l'economia in generale, non si trasferiscono direttamente ai consumatori (come il miglioramento o razionalizzazione della distribuzione di un prodotto in un mercato diverso da quello interessato negativamente dall'operazione). Vedi, al riguardo, “Efficiency considerations in European Merger Control-Just Another Battle Ground for the European Commission Economist and Competition lawyers?”, in *European Competition Law Review*, 2004, II, 72.

positivi prodotti dagli incrementi di efficienza deve essere proporzionata all'ostacolo alla concorrenza, nel senso che se gli effetti anticoncorrenziali sono significativi il beneficio che possa essere trasferito ai consumatori deve anche essere sostanziale.

L'*onus probandi* di eventuali efficienze poggia, quindi, sulle parti, che si occupano non solo della produzione dei documenti che servano come prova di tale efficienza, ma anche della giustificazione di conformità con i requisiti indicati nelle direttive orizzontali.

10. Novità di carattere non legislativo

Tra le misure di carattere non legislativo adottate in seguito al Reg. 139/2004 va considerata la riorganizzazione della Direzione Generale per la Concorrenza ("DG Comp"), eliminando così il sistema centralizzato di esame delle concentrazioni da parte di un'unità specializzata (la "Merger Task Force – "MTF") accusata di aver accumulato col tempo un eccessivo potere. Rimane solo una MTF che si occupa di coordinare il lavoro di controllo delle concentrazioni in all'interno della DG Comp.

Al fine di dare maggior peso all'analisi economica sulle concentrazioni, è stato nominato, sulla base del modello americano, un Capo Economist, che dipende direttamente dal Direttore Generale della Concorrenza. Egli viene supportato da un *team* composto da dieci economisti specializzati. Il suo mandato è di tre anni non rinnovabili, al fine di mantenere la necessaria indipendenza di giudizio. La sua

funzione è quella di fornire ai servizi della Commissione un'analisi economica indipendente, intervenendo nei processi di concentrazione per perseguire i seguenti obiettivi:

- (i) contribuire allo sviluppo della politica di concorrenza attraverso una consulenza economica, partecipando alla redazione di linee guida;
- (ii) fornire una consulenza puntuale mediante il rilascio di pareri durante il trattamento di casi concreti;
- (iii) partecipare a tutto il processo di analisi delle concentrazioni di particolare rilevanza (a seconda del loro impatto economico e dell'entità delle imprese partecipanti), che suscitano questioni economiche complesse.

Nei casi che lo richiedano, il Capo Economist emette una relazione riservata destinata direttamente alla Commissione responsabile della concorrenza, dove esprime un suo parere. In seguito, dipende da ogni Commissario decidere se la relazione sarà resa pubblica.

Infine, la Commissione ha istituito un gruppo di valutazione indipendente, composto da funzionari di riconosciuta esperienza, il cui incarico è quello di rivedere criticamente i risultati del *team* d'investigazione incaricato di valutare l'impatto di una concentrazione, in modo da ridurre al minimo la possibilità di errori di valutazione.

11. Conclusioni

Le modifiche introdotte dal nuovo regime di controllo delle concentrazioni comunitario (Regolamento 139/2004) risultano più importanti di quello che da un riesame a prima vista potrebbe sembrare.

In particolare, quelle riguardanti il criterio sostanziale di valutazione delle operazioni di dimensione comunitaria può implicare un considerevole ampliamento dei poteri d'intervento della Commissione. Tuttavia, per lo studio di tali concentrazioni, dato l'ampio margine di discrezionalità che le nuove norme concedono alla Commissione, bisognerà considerare di volta in volta l'interpretazione che essa darà ad ogni caso concreto.