

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/12/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32828-le-operazioni-di-m-a-e-il-diritto-antitrust-e-delle-concentrazioni>

Autori: Marchetti Francesca , Pesce Gian Maria, Strangio Rossella, Taglienti Marialisa

Le operazioni di M&A e il diritto antitrust e delle concentrazioni

con il coordinamento di GianMaria Pesce, a cura di Giovanni Adamo.

Studio Legale Adamo

www.studiolegaleadamo.it
www.concentrazioni.it

Francesca Marchetti – GianMaria Pesce – Rosella Strangio – Marialisa Taglienti

con il coordinamento di

GianMaria Pesce

a cura di

Giovanni Adamo

**LE OPERAZIONI DI M&A
E IL DIRITTO ANTITRUST E DELLE
CONCENTRAZIONI**

Gli autori:

Avv. Giovanni Adamo

Laureato, in corso e con Lode, presso l'Università degli Studi di Bologna, e Cultore della Materia di Diritto Civile presso il medesimo Ateneo, Giovanni si occupa prevalentemente di marchi e concorrenza, antitrust, diritto d'autore, pubblicità e mass media, franchising e diritto dell'ambiente. Autore di talune monografie e di svariati saggi pubblicati su riviste specializzate di settore, è responsabile o tiene, a seconda dei casi, corsi di formazione per operatori professionali di svariati settori commerciali e/o industriali. Membro del Comitato di Presidenza della prestigiosa rivista giuridica "Diritto all'Ambiente", tiene altresì una rubrica fissa in materia di diritto del franchising sul portale www.franchise-net.it ed una periodica in materia di diritto ambientale e tutela degli animali sul portale www.animalieanimali.it.

Dott. Francesca Marchetti

Francesca sta svolgendo la propria pratica professionale all'interno dello Studio Legale Adamo nell'Ufficio di Bologna. Si è laureata presso l'Alma Mater Studiorum discutendo una Tesi in Diritto dell'Ambiente, del Governo del Territorio dal titolo "I piani di gestione dei rifiuti in Puglia" con il Prof. A. Lolli. Esercita la propria attività nell'area del diritto civile e d'impresa sia in campo giudiziale che stragiudiziale, occupandosi, principalmente di contrattualistica, franchising e concorrenza. E' iscritta dal 2010 all'albo dei praticanti avvocati di Bologna. E' amministratrice, per conto dello Studio, dei blog www.masstort.it e www.dirittoinquinamento.it. Nell'ambito del presente lavoro si è occupata, con la supervisione dell'Avv. Giovanni Adamo, del ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle operazioni di concentrazione e del procedimento davanti all'Autorità.

Dott. GianMaria Pesce

GianMaria, iscritto nel 2010 al registro dei praticanti avvocati di Bologna, sta svolgendo la pratica forense all'interno dello Studio Legale Adamo presso la sede del capoluogo emiliano. Ha conseguito la laurea magistrale in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum discutendo una tesi dal titolo: "Evoluzione ed armonizzazione del private antitrust enforcement nel diritto italiano ed europeo", relatore Prof. G. Di Federico. Esercita la propria attività operando nel campo del diritto civile, del diritto commerciale, transnazionale ed europeo con particolare propensione alle tematiche che riguardano il risarcimento danno da illecito antitrust e la materia della concorrenza, sia nazionale che comunitaria. E' amministratore, per conto dello Studio, dei blog www.concentrazioni.it e www.inteseabusi.it. Nell'ambito del presente lavoro si è occupato, con la supervisione dell'Avv. Giovanni Adamo, dell'analisi della prassi applicativa e della giurisprudenza rilevante in tema di concentrazioni. Ha, inoltre, curato il coordinamento del lavoro con gli altri professionisti.

Dott. Rosella Strangio

Rosella, iscritta nel 2010 all'albo dei praticanti avvocati, ha svolto parte del tirocinio all'interno dello Studio Legale Adamo, nella sede di Bologna. Laureatasi discutendo una tesi dal titolo "Il recesso del socio nelle società di capitali", Rosella ha svolto la propria attività all'interno dello Studio nel campo del diritto civile, del diritto commerciale e societario, nonché nell'ambito della disciplina della pubblicità. Nell'ambito del presente lavoro si è occupata, insieme al Dott. GianMaria Pesce e con la supervisione dell'Avv. Adamo, degli aspetti normativi delle operazioni di concentrazione, sia dal punto di vista interno che europeo.

Dott. Marialisa Taglienti

Marialisa sta svolgendo la pratica forense all'interno dello Studio nell'Ufficio di Bologna. Si è laureata presso l'Alma Mater Studiorum discutendo una Tesi in Diritto Commerciale dal titolo "Opa e tecniche di difesa successive" con il Prof. F. Vella. Iscritta dal 2010 all'albo dei praticanti avvocati, esercita la propria attività nell'area del diritto civile e d'impresa sia in campo giudiziale che stragiudiziale, occupandosi, principalmente di contrattualistica, franchising, concorrenza, proprietà industriale e intellettuale, marchi e brevetti. E' amministratrice, per conto dello Studio, dei blog www.dirittopubblicita.it e www.dirittoedenergia.it. Nell'ambito del presente lavoro si è occupata dell'analisi economica-giuridica delle operazioni di concentrazione sugli equilibri di mercato.

LE OPERAZIONI DI M&A E IL DIRITTO ANTITRUST E DELLE CONCENTRAZIONI

Introduzione

a cura di *Giovanni Adamo*.....pp.1

Capitolo I a cura di *Marialisa Taglienti e Giovanni Adamo*

Rilevanza delle operazioni di concentrazione sugli equilibri di mercato: analisi economico-giuridica

1. Le operazioni di concentrazione tra economia e diritto.....pp.2
2. Gli effetti distorsivi delle concentrazioni sul mercato concorrenziale.....pp.3
3. Effetti positivi delle operazioni di concentrazione: le efficienze.....pp.4
4. La tutela della concorrenza nelle operazioni di concentrazione.....pp.5

Capitolo II a cura di *Rosella Strangio, GianMaria Pesce e Giovanni Adamo*

Il quadro normativo delle concentrazioni: dalla legislazione europea alla disciplina nazionale

1. La concentrazione tra imprese nel sistema europeo della concorrenza.....pp.8
2. Le operazioni di concentrazione nel diritto comunitario: rapido *excursus* sull'evoluzione della disciplina.....pp.9
3. Aspetti essenziali della riforma del diritto comunitario: il test di dominanza.....pp.10
4. Aspetti innovativi della riforma: la procedura di controllo delle concentrazioni.....pp.12
5. La disciplina nazionale e la ripartizione delle competenze.....pp.14

Capitolo III a cura di *Francesca Marchetti e Giovanni Adamo*

Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle operazioni di concentrazione ed il procedimento davanti all'Autorità

1. Il contesto in cui opera il Garante.....pp.17
2. Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....pp.18
3. I criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione.....pp.18
4. Il procedimento avanti all'Autorità.....pp.21
 - 4.1. Soggetti obbligati e modalità di comunicazione.....pp.22
 - 4.2. Istruttoria.....pp.22

Capitolo IV a cura di *GianMaria Pesce e Giovanni Adamo*

Concentrazioni: prassi applicativa e giurisprudenza

1. La prassi della Commissione in materia di concentrazioni prima dell'entrata in vigore del reg. 4064/1989: dalla giurisprudenza *Continental Can* al caso *Philip Morris*.....pp.24 :
2. L'applicazione del reg. 4064/1989: dal caso *Kali* sino al *revirement* prodotto con le sentenze *Tetra Laval* e *General Electric*.....pp.27
3. Cenni sulla successiva evoluzione e sulla riforma del reg. 139/2004.....pp.34

Bibliografiapp.36

Appendice normativa e giurisprudenziale.....pp.37

Introduzione

La pratica economica degli ultimi lustri si è sempre più orientata verso un fenomeno (ultimamente in lieve flessione, ma comunque sempre presente): quello della cessione e/o acquisizione di imprese, aziende, o rami delle stesse, con le più svariate finalità. Dalla necessità di razionalizzare l'attività produttiva, all'opportunità di acquisire imprese che siano in grado di svolgere lavorazioni complementari o accessorie rispetto al "core business" di un'impresa, alla possibilità di rafforzare la propria posizione su un determinato mercato di riferimento.

Ovviamente tale prassi, soprattutto alla luce della sempre crescente attenzione degli Organismi comunitari (e di riflesso di quelli nazionali) al possibile impatto di tali pratiche sul mercato ed agli effetti delle stesse sulla concorrenza, circondata di cautele di natura giuridica (e giuridico - fiscale) al fine di superare il vaglio delle Autorità preposte.

Le quali sono dotate di assai penetranti poteri, che possono spingersi sino a condizionare l'effettuazione della singola operazione al compimento (o al non compimento) di determinati atti, ovvero - nei casi limite - sino a vietarla, in quanto ritenuta non conforme ai criteri indicati dalla legge.

Cio' sul presupposto che le operazioni di concentrazioni tra imprese, per quanto fisiologiche per le ragioni già esposte, e talora anche generatrici di effetti virtuosi anche sul piano dello sviluppo dei meccanismi concorrenziali, sono suscettibili altresì di provocare distorsioni di esso (si pensi, ad esempio, ad imposizioni di prezzi e di condizioni contrattuali, o alla possibile riduzione dell'offerta).

Lo scritto, pertanto (che avrà anche momenti di successivo approfondimento) si pone l'obiettivo di censire lo "stato dell'arte" delle concentrazioni tra imprese sul mercato italiano, non senza trascurare l'obbligatoria prospettiva sovranazionale della fattispecie, al fine di fornire talune linee guida (forse) utili per l'interprete e per l'operatore di settore.

Un doveroso ringraziamento va ai collaboratori di Studio che hanno fornito un prezioso supporto per la predisposizione dell'opera, ed uno particolare, infine, a Gian Maria Pesce, che ne ha coordinato i "lavori".

Giovanni Adamo

Rilevanza delle operazioni di concentrazione sugli equilibri di mercato: analisi economico-giuridica: 1. Le operazioni di concentrazione tra economia e diritto 2. Gli effetti distorsivi delle concentrazioni sul mercato concorrenziale 3. Effetti positivi delle operazioni di concentrazione: le efficienze 4. La tutela della concorrenza nelle operazioni di concentrazione

1. Le operazioni di concentrazione tra economia e diritto

La concentrazione tra imprese rappresenta un fenomeno economico di vaste proporzioni orientato, principalmente, all'accrescimento del potere di mercato di un'impresa. Talora, al precipuo scopo di presentarsi sul mercato in una veste maggiormente competitiva, le singole imprese coinvolte in una operazione di concentrazione perdono la propria autonomia per confluire in un unico soggetto giuridico. Le operazioni di concentrazione in base alla normativa di settore¹ si realizzano nelle seguenti ipotesi:

- fusione tra due o più imprese tra loro indipendenti²;
- acquisizione diretta o indiretta del controllo di un'impresa o un ramo d'impresa³;
- creazione, ad opera di due o più imprese, di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (c.d. *full function joint venture*)⁴.

La complessità di tali operazioni, nonché la crescente globalizzazione dei mercati⁵, richiedono il compimento di un'analisi sia da un punto di vista strutturale (con riguardo, cioè, alla concreta modalità dell'iniziativa economica) sia sotto un profilo funzionale (riservando, in altri termini, particolare attenzione al grado di condizionamento delle operazioni di concentrazioni sul mercato⁶). È proprio con riferimento a tale ultimo profilo che le suddette operazioni assumono particolare importanza, in quanto ciò che rileva ai fini concorrenziali è la possibilità (*rectius*: il rischio) che la concentrazione tra operatori in precedenza indipendenti riduca in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo sia la capacità dell'impresa di aumentare i prezzi, sia la inclinazione a praticare condizioni svantaggiose per i concorrenti mediante la esclusione di questi dal mercato.

Il diritto della concorrenza, al fine di tutelare il mantenimento del mercato concorrenziale, tende a reprimere il raggiungimento di tutte quelle posizioni di dominanza ottenute mediante operazioni di concentrazione che si rivelino

1 Cfr. art. 5, L. 10 ottobre 1990, n. 287 e art. 3, Reg. CEE n. 4064/ 1989.

2 È la forma più comune di concentrazione che si registra ogniqualvolta vi sia l'acquisto del controllo di un'impresa - o di parte di essa - attraverso l'acquisto dell'intero capitale di una società ovvero mediante l'acquisto di una quota che consenta di esercitare il controllo sull'impresa.

3 In tali casi anche l'acquisto di un marchio o di un brevetto può costituire una concentrazione.

4 L'impresa conseguente alla concentrazione è sottoposta a controllo congiunto delle due o più imprese che l'hanno generata. In linea generale si parla di controllo congiunto quando vi sono più soggetti detentori di azioni ma nessuno esercita il controllo in via esclusiva.

5 La globalizzazione è stata di recente definita come l'attuale stadio di evoluzione del mercato in cui tutte le classiche funzioni di mercato perdono una connotazione nazionale in quanto non solo tutte le merci circolano all'estero, ma anche la catena distributiva e l'organizzazione produttiva si dislocano oltre i confini nazionali. Così F.GALGANO – F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 1 e ss.

6 Cfr. G. GHIDINI, *Monopolio e Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto* XXVI, Giuffrè, Milano, p. 787; cfr. anche M. CARDARELLI, *Concentrazioni: spunti tra regole codicistiche e mercato*, Giuffrè, Milano, 1996.

anticoncorrenziali e che producano gli effetti sopra rappresentati. Per meglio comprendere la *ratio* della normativa - nazionale e comunitaria - sottesa alle operazioni di concentrazione, appare fondamentale compiere una breve analisi economica del fenomeno che rappresenta la base teorica sulla quale si è evoluta, e si evolve tuttora, la normativa in materia di tutela della concorrenza, con specifico riguardo alle procedure di controllo delle operazioni di concentrazione.

2. Gli effetti distorsivi delle concentrazioni sul mercato concorrenziale

Le operazioni di concentrazione si pongono come vere e proprie strategie di mercato volte a perseguire e realizzare molteplici obiettivi di crescita, quali l' aumento significativo delle dimensioni delle attività, la creazione di nuove risorse e competenze, la valorizzazione delle risorse di cui già si dispone nonché la conquista, la creazione ed il rafforzamento di un vantaggio competitivo⁷.

Tuttavia, accanto agli effetti positivi anzidetti, questo particolare fenomeno di integrazione tra imprese può portare anche ad una modificazione strutturale del mercato che è tale da produrre riflessi negativi tanto sui concorrenti attuali o potenziali dell'impresa quanto sui consumatori. Infatti, effetto immediato che potrebbe registrarsi a seguito di un'operazione di concentrazione è la diminuzione dei concorrenti nel mercato⁸ con l'alta probabilità che la concentrazione svischi la concorrenza e determini l'acquisto, in capo all'impresa "derivata", del potere di mercato di aumentare i prezzi e/o ridurre la quantità, la qualità offerta o l'innovazione. Si configurerebbero, così, effetti fortemente distorsivi del mercato concorrenziale, comunemente inteso come quella situazione in cui nessuno dei soggetti in esso presenti è nelle condizioni di influenzare il prezzo di ciascun prodotto. In un mercato tendenzialmente concorrenziale, infatti, vi è un'estrema facilità di ingresso e di uscita delle imprese, una diffusa omogeneità del prodotto, l'assenza di asimmetrie informative tra gli operatori ed una totale indipendenza delle imprese. Soltanto una simile situazione determina come conseguenza una allocazione perfetta delle risorse complessive e fa sì che le imprese siano spinte verso continui miglioramenti o innovazioni dei loro prodotti in modo da conquistare i consumatori che possono collocarsi su una curva della domanda estremamente elastica. Essendovi il pericolo di effetti distorsivi, la posizione sul mercato diviene il primo elemento valutativo della capacità dell'impresa nata dalla concentrazione di incidere negativamente sugli equilibri del mercato, cui deve seguire, poi, una verifica delle complessive condizioni di esso sia dal lato dell'offerta che della domanda, sulla cui base valutare la probabilità che la nuova impresa abbia il potere di aumentare i prezzi, ridurre l'offerta ovvero ostacolare l'innovazione, ottenendone un vantaggio.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, appare evidente che una valutazione

7 Vi è anche chi ritiene che le operazioni di concentrazione garantiscano una continuità maggiore di quella prevedibile per ogni singola società, si veda sul punto M. CUPIDO, *Concentrazione con apporto di attività tra due società esistenti*, in *Le Società*, Ipsoa, Milano, fasc. n. 12, 1991, p. 1633. Per un'analisi economica degli obiettivi perseguiti nelle operazioni di concentrazione, ed in generale nelle operazioni straordinarie, si rimanda, inoltre, a L. POTITO, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2009.

8 Si consideri, comunque ed in ogni caso, che l'impatto che l'operazione può avere sul livello della concorrenza dipende anche dalla struttura del mercato, cfr., fra l'altro, DE PRA, *La procedura di controllo delle concentrazioni tra imprese nel mercato globale*, Bonomo Editore, Bologna, 2010.

complessiva delle operazioni di concentrazione non possa prescindere da un'analisi di tutte le relazioni dinamiche instauratesi tra i soggetti presenti nel mercato per valutare se l'impresa nascente possa ottenere e sfruttare con profitto il potere di influenzare unilateralmente le condizioni di mercato incidendo negativamente sul peggioramento dell'equilibrio di esso a danno dei consumatori⁹.

3. Effetti positivi delle operazioni di concentrazione: le efficienze

Ai fini della valutazione della compatibilità delle operazioni di controllo con la concorrenza nel mercato rivestono un ruolo rilevante le efficienze generate dalle concentrazioni a favore dei consumatori¹⁰. La letteratura economica è solita individuare tre tipologie di efficienza, tutte meritevoli di attenzione in sede di valutazione delle operazioni di concentrazioni tra imprese: *le efficienze produttive, le efficienze allocative e le efficienze dinamiche*.

L'*efficienza produttiva* viene comunemente intesa come la capacità di una determinata impresa di utilizzare le proprie risorse il più efficacemente possibile dando luogo ad economie di scala ed incrementando la capacità di produrre la medesima quantità ad un prezzo inferiore ovvero la possibilità di aumentare il livello qualitativo del prodotto¹¹. Condizione necessaria per il raggiungimento dell'ottimo sociale è l'*efficienza allocativa* che presuppone una allocazione delle risorse volta a garantire l'ottimo nella produzione e nello scambio. Il primo si realizza nei casi in cui non è possibile aumentare la produzione di un bene con una diversa combinazione di fattori produttivi, senza ridurre quelli di qualcun altro; il secondo si verifica quando non è possibile aumentare il benessere dell'individuo senza, contemporaneamente, peggiorare la situazione di altri soggetti. In alcuni casi le operazioni di concentrazione danno luogo anche ai meccanismi di *efficienza dinamica* che determina un aumento dell'innovazione tecnologica attraverso l'attività di ricerca e sviluppo.

Diversi studi hanno dimostrato che alla diversità di realizzazione delle operazioni di concentrazione poste in essere, corrisponderà un distinto impatto di queste sulle efficienze¹². Nelle concentrazioni orizzontali¹³, ad esempio, l'aumento del potere di mercato della "nuova" impresa potrebbe generare un miglioramento dell'efficienza produttiva mediante la diminuzione dei costi affrontati dall'impresa per la produzione di un determinato bene. Nel lungo periodo, infatti, la concentrazione tra imprese operanti sullo stesso mercato può consentire lo sfruttamento di rendimenti crescenti di scala e, mediante l'utilizzo di tecnologie di produzione più efficienti,

9 Preme sottolineare, comunque, che la sola posizione dominante nel mercato ottenuta dalla impresa nata dalla concentrazione, non è di per sé sufficiente per poter considerare un'operazione di concentrazione nociva per il mercato e per i consumatori; occorre valutare la natura del mercato dei prodotti (se omogenei o meno) e la presenza di barriere all'entrata del mercato di riferimento.

10 Tale valutazione rappresenta una novità estremamente significativa introdotta con il Regolamento n. 139/2004, con il quale l'ordinamento comunitario ha reso ammissibile la *efficiency consideration*, ossia il bilanciamento tra gli effetti restrittivi della concorrenza e i benefici per i consumatori generati dall'operazione oggetto della valutazione.

11 Con evidente miglioramento del benessere complessivo (c.d. *total welfare*) in conseguenza della maggiore qualità dei beni o della loro produzione ad un costo inferiore.

12 S. SERAFINI, *Il Diritto Europeo della concorrenza e le risposte alla sfida della globalizzazione. Un caso esemplare: la valutazione delle concentrazioni nel Reg. CE n. 139/2004*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2008, p. 699 e ss.

13 Le concentrazioni orizzontali avvengono tra imprese che operano nello stesso mercato.

ottenere una riduzione del costo medio del prodotto. Il miglioramento delle efficienze produttive in sede di concentrazioni orizzontali potrebbe registrarsi anche sotto ulteriori, distinti profili. In via principale, occorre sottolineare che grazie alla combinazione delle reti distributive delle imprese interessate, l'operazione consente di ottimizzare l'utilizzazione dei canali distributivi, la riorganizzazione della produzione tra i diversi complessi aziendali interessati alla concentrazione¹⁴, nonché lo sfruttamento di economie di scala anche negli investimenti pubblicitari. Successivamente ed in alcuni casi, il miglioramento della efficienza produttiva si registra anche per via delle sinergie che derivano dalla combinazione di elementi patrimoniali complementari (ad es. due brevetti tra loro connessi) o dall'insieme delle conoscenze e dell'*expertise* acquisiti prima dell'operazione. La combinazione di questi fattori, dunque, permette di ottenere vantaggi nella produzione o nella distribuzione di un prodotto o un servizio che difficilmente potrebbero essere ottenuti mediante contratti tra imprese indipendenti. Lo stesso può dirsi per il miglioramento delle efficienze dinamiche dato che le concentrazioni orizzontali, in forza della combinazione di *know how* o brevetti detenuti dalle imprese interessate, sono suscettibili di determinare un aumento della qualità ovvero un potenziamento della ricerca e dello sviluppo ed accelerare, così, l'innovazione.

Nelle concentrazioni verticali, caratterizzate dall'unione di imprese che operano a livelli diversi della catena produttiva, un primo tipo di efficienza che potrebbe realizzarsi è la eliminazione della c.d. doppia marginalizzazione¹⁵ dei costi che si rifletterebbe, inevitabilmente, in una riduzione dei prezzi finali di vendita ed in un conseguenziale aumento del benessere dei consumatori. Importante è, inoltre, l'impatto dell'operazione sulle efficienze dinamiche in quanto, limitando la circolazione di informazioni all'esterno, l'impresa verticalmente integrata avrebbe la possibilità di applicare direttamente nel prodotto finale i risultati dell'innovazione, guadagnando un vantaggio tecnologico che, mediante un aumento delle vendite, consentirebbe il recupero degli investimenti effettuati. Particolare ipotesi è quella delle operazioni di concentrazione c.d. conglomerali. In tali operazioni è difficile *prima facie* individuare gli effetti sulle efficienze di operazioni tra imprese operanti in mercati differenti e non legate verticalmente nella medesima catena produttiva. Tuttavia, numerosi studi economici hanno dimostrato come, specie nelle imprese che producono beni complementari, le concentrazioni conglomerali siano idonee a determinare efficienze sia nella allocazione delle risorse, sia nella produzione dei beni medesimi che nell'incentivo all'innovazione.

Si è posto in evidenza, inoltre, come le concentrazioni conglomerali possano migliorare l'efficienza allocativa mediante la possibilità dell'impresa produttrice di due beni complementari di utilizzare il bene secondario come metro per misurare l'intensità di utilizzo del bene principale. In particolare l'impresa potrebbe diversificare il prezzo tra le diverse tipologie di utilizzatori,¹⁶ diminuendo il prezzo del bene principale e aumentando quello del bene secondario¹⁷. Un simile meccanismo consentirebbe, dunque, l'acquisto del bene anche da parte dei consumatori che non

14 Ad esempio destinando ogni complesso aziendale alla realizzazione di una fase specifica della produzione o alla fabbricazione di determinati componenti.

15 La doppia marginalizzazione consiste nella imposizione di un prezzo superiore al costo marginale del prodotto sia ad opera della impresa "a monte" sia dell'impresa "a valle".

16 C.d. *discriminazione dei prezzi*, pratica che permette di applicare per lo stesso bene o servizio prezzi differenti per i consumatori.

17 Esempio tipico è quello di una macchina fotocopiatrice e dei toner, cfr. S. SERAFINI, op. ult. cit., p. 751.

avrebbero acquistato il bene ad un prezzo superiore. Le concentrazioni conglomerali possono, altresì, determinare un significativo miglioramento dell'efficienza produttiva attraverso lo sfruttamento delle economie di scopo che derivano dalla combinazione della produzione di due beni diversi ma contigui. Ciò in quanto l'unificazione della produzione permette di ridurre la duplicazione dei costi necessari per la produzione di due beni diversi (prodotti, personale specializzato, macchinari particolari) e di dar luogo a delle sinergie derivanti dalla combinazione delle conoscenze, delle informazioni, dei beni materiali ed immateriali impiegati nella fabbricazione dei due prodotti. Il tutto senza voler considerare, inoltre, che nel caso in cui siano simili le fasi di produzione dei due beni diversi, l'operazione consentirebbe di ottenere un risparmio di costi attraverso il migliore sfruttamento delle economie di scala o mediante la specializzazione degli impianti di produzione. Infine, non meno importanti miglioramenti potrebbero registrarsi sulle efficienze dinamiche, viste le "sinergie tecnologiche" tipiche delle operazioni conglomerali.

Il bilanciamento tra i diversi effetti prodotti dalla concentrazione è questione assai delicata ed a lungo dibattuta. All'interno di tale dibattito, ruolo fondamentale è svolto dalle valutazioni sulle efficienze prodotte dall'operazione per meglio stabilire la compatibilità stessa delle concentrazioni con la concorrenza nel mercato e con il benessere dei consumatori. È proprio il legislatore che in sede di procedura di controllo delle operazioni di concentrazione dovrà compiere un'analisi prognostica degli effetti delle operazioni sulla concorrenza e sui consumatori, da un lato consentendo la prosecuzione dell'integrazione dei mercati alla quale le concentrazioni danno luogo, dall'altro impedendo la formazione di posizioni dominanti.

4. La tutela della concorrenza nelle operazioni di concentrazione

Dato tutto quanto esposto sinora, è possibile stabilire quali siano gli elementi che il giurista deve considerare in sede di valutazione delle operazioni di concentrazione. Partendo dal principio, ormai radicato, che lo scopo dichiarato della tutela della libertà di concorrenza è quello di impedire la formazione di poteri economici in grado di limitare l'altrui iniziativa economica, lo strumento utilizzato a questo fine è inevitabilmente costituito da divieti che reprimono determinate modalità di esercizio di questa libertà¹⁸. Non sarà, dunque, oggetto di controllo la concorrenza stessa, bensì gli atti dei soggetti privati che possano in qualche modo provocare effetti distorsivi del libero svolgimento della stessa. La concorrenza rappresenterà il limite da non travalicare mediante comportamenti che possano gravemente comprometterla attraverso il formarsi di situazioni di privilegio realizzate con singoli atti privati¹⁹. Il soggetto pubblico eserciterà un controllo che ha come obiettivo primario quello della tutela del corretto esercizio dell'autonomia imprenditoriale all'interno del più ampio esercizio della libertà di iniziativa economica rappresentato dalle operazioni di concentrazione in senso stretto. L'imprenditore avrà pieno esercizio della propria autonomia ma senza che ciò possa sfociare in un contegno sleale verso i concorrenti ed i consumatori. A tal fine il legislatore dovrà, in primo luogo, valutare se l'operazione sia in grado di rafforzare la posizione dell'impresa nata dalla concentrazione a tal punto da conferirle il potere di condizionare il prezzo di mercato

18 Cfr. N. LIPARI- I MUSU, *La concorrenza tra economia e diritto*, Cariplo-Laterza, Bari, 2000, p. 217 e ss.

19 A. CATRICALA'- E. GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Utet Giuridica, 2011, p. 331.

dei beni; in secondo luogo verificare che non vi sia una diminuzione della pressione concorrenziale valutando, ad esempio, la sussistenza o meno della possibilità degli acquirenti di rivolgersi a fornitori alternativi²⁰ ovvero il rischio che l'operazione possa ostacolare la crescita delle imprese più piccole e l'ingresso nel mercato di concorrenti potenziali²¹. Non si potrà prescindere, infine, da un'attenta valutazione dell'impatto delle operazioni di concentrazione sulle efficienze. Va da sé che per compiere una dichiarazione di compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato, è necessario che le efficienze siano a vantaggio dei consumatori, specificamente legate alle concentrazioni (c.d. nesso specifico con l'operazione) e facilmente verificabili²². La valutazione delle efficienze ha assunto un ruolo stringente nelle procedure di valutazione delle operazioni di concentrazione, modificando l'oggetto dell'indagine che ad oggi è rappresentato non più dal potere di mercato ottenuto dal soggetto nato dalla concentrazione inteso in senso statico, ma da una valutazione dinamica degli effetti sulle condizioni concorrenziali del mercato al fine di verificare se la nuova impresa sia in grado di incidere effettivamente sui prezzi e sulle altre condizioni del mercato. Conseguentemente anche nel metodo d'analisi assumeranno importanza accanto a fattori statici del potere di mercato (quali la quota di mercato, la quota dei concorrenti, l'esistenza di barriere all'entrata, il potere negoziale della domanda) anche altri fattori, indicatori della forte interrelazione dinamica tra le forze²³ del mercato (quali l'elasticità della domanda rispetto al prezzo, la sostituibilità dei prodotti delle imprese, la possibilità di espansione della produzione dei concorrenti). Le considerazioni esposte sinora conducono a ritenere che ai fini di una valutazione giuridica degli effetti della concentrazione sul mercato l'eliminazione dei concorrenti dal mercato non potrà più rappresentare un elemento determinante nella dichiarazione di incompatibilità, ma potrà assumere rilevanza soltanto se, mediante un saldo impianto probatorio, si dimostri che la riduzione dei concorrenti possa cagionare un danno ai consumatori mediante una forte diminuzione della produzione di efficienze allocative, produttive e dinamiche²⁴.

20 Tali valutazioni verranno compiute utilizzando come campo di indagine il c.d. *mercato rilevante*. Il mercato di prodotto rilevante contiene tutti quei prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili in base alle caratteristiche del prodotto, dei prezzi e dell'uso progettato.

21 Le probabilità di ingresso di nuovi concorrenti sul mercato dipendono dall'esistenza di barriere all'entrata costituite dalle caratteristiche del mercato che conferiscono alle imprese già insediate importanti vantaggi sui concorrenti potenziali

22 Cfr. Comunicazione della Commissione CE, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, 2004/ C 31/ 03, G.U.U.E., 5 febbraio 2004, par. 77 e ss.

23 Assume un ruolo fondamentale la valutazione dell'impatto della concentrazione sulle imprese concorrenti.

24 Una diminuzione, cioè, di qualità, quantità ed innovazione del prodotto, nonché un aumento dei prezzi a danno di tutti i consumatori.

Capitolo II

a cura di Rosella Strangio, GianMaria Pesce e Giovanni Adamo

Il quadro normativo delle concentrazioni: dalla legislazione europea alla disciplina nazionale 1. La concentrazione tra imprese nel sistema europeo della concorrenza 2. Le operazioni di concentrazione nel diritto comunitario: rapido *excursus* sull'evoluzione della disciplina 3. Aspetti essenziali della riforma del diritto comunitario: il test di dominanza 4. Aspetti innovativi della riforma: la procedura di controllo delle concentrazioni 5. La disciplina nazionale e la ripartizione delle competenze

1. La concentrazione tra imprese nel sistema europeo della concorrenza

L'esigenza di prevedere una normativa *ad hoc* in materia di concentrazioni sorgeva già nella seconda metà degli anni '50, in sede di redazione del Trattato di Roma²⁵, e tuttavia, nel vecchio Continente, il primo atto formale compiuto in questa direzione, può essere individuato in un *memorandum* che la Commissione emanò solo nel 1966²⁶. In tale documento si valutava la possibilità di regolare il fenomeno della concentrazione tra imprese attraverso l'uso di strumenti *antitrust*, in particolare tramite l'applicazione dell'art. 82 TCE.

Al fine di rimediare alla carenza di una normativa specifica, agli inizi degli anni settanta, la Commissione Europea aveva avvertito l'esigenza di creare una disciplina in materia in grado di consentire un intervento *ad hoc*, realizzato attraverso la predisposizione di un controllo "preventivo" sulle operazioni di concentrazione ed in grado di impedire così "*ab origine*" qualsiasi effetto distorsivo della concorrenza. La discussione tra i vari Stati membri si protrasse nel corso di tutti gli anni '70 (e poi ancora sino all'emanazione del primo regolamento nel 1989) e nelle more di questa procedura consultiva la Commissione iniziò a sottoporre a controllo le concentrazioni utilizzando come base giuridica gli artt. 81 e 82 TCE²⁷.

Tuttavia queste disposizioni si dimostrarono del tutto inadeguate all'obiettivo preposto:

- l'art. 81 - che vieta(va) le intese anticompetitive - presupponeva infatti che le parti coinvolte nell'operazione rimanessero economicamente e giuridicamente indipendenti e dunque tale fattispecie non trovava applicazione nelle ipotesi di concentrazione avvenuta in seguito a fusione;
- l'art. 82 - che vieta(va) l'abuso di posizione dominante - trovava applicazione solo nei casi in cui le imprese detenessero, già prima dell'operazione di concentrazione, una posizione dominante, sempre che la stessa fosse considerata abusiva.

25 Precisamente nel 1957, durante i lavori preparatori del Trattato di Roma. Si discusse in merito all'opportunità di prevedere un controllo sulle concentrazioni, disciplina poi non inclusa nella versione definitiva del Trattato. Da rilevare, tuttavia, che nel 1952 il Trattato CECA prevedeva già, ai sensi dell'art. 66, un controllo delle concentrazioni limitatamente al settore del carbone e dell'acciaio.

26 "Memorandum of the Commission to the Governements of the Member State", *Concentration of Enterprise in the Common Market, EEC Competition Series*, Study No. 3, Brussels, 1966

27 In assenza di una specifica disciplina, e nella consapevolezza del ruolo determinante spiegato nel mercato dal fenomeno delle concentrazioni, la Commissione avviò una prassi applicativa, dapprima sulla base dell'art. 82 TCE (*ex multis Europemballage Corporation e Continental Can c. Commissione*, causa 6/72, Racc. 1973, p. 215), e poi ai sensi dell'art. 81 TCE (ad es. Sentenza della Corte del 17 novembre 1987, caso 142 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd e R.J. Reylolds Industries, inc. c. Commissione*, cause riunite 142 e 156/84, Racc. 1987).

L'inadeguatezza di tali disposizioni, si evidenziava anche sotto un altro profilo. E' evidente oggi, come lo era allora, il carattere di controllo meramente "successivo" delle disposizioni in questione ed è parimenti evidente, invece, l'esigenza di assicurare la tutela della concorrenza nel mercato sin da un momento precedente al verificarsi degli effetti distorsivi su questo. Tale esigenza è ancora più evidente se si pensa che gli effetti di talune operazioni economiche non sempre sono del tutto "azzerabili" *ex post*. In breve, sorgevano delle rilevanti difficoltà nei casi in cui, accertato l'effetto anticoncorrenziale di una concentrazione, si tentava di ristabilire gli equilibri di mercato precedenti alla stessa.

2. Le operazioni di concentrazione nel diritto comunitario: rapido *exarsus* sull'evoluzione della disciplina

Nel 1989 il Consiglio approvava la prima disciplina comunitaria sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. La necessità di tale previsione si inseriva nel procedimento di modifica del Trattato di Roma che culminò poi con l'emanazione dell'Atto unico²⁸. La normativa in questione si concretizzò nel Regolamento n. 4064/1989 che entrò in vigore solo nel 1990. Il regolamento del 1989 poneva in essere alcuni meccanismi atti ad evitare le problematiche precedentemente sorte tramite l'impropria applicazione degli artt. 81 e 82 TCE ed a tal fine, in particolare, prevedeva:

- l'obbligo della notifica preventiva delle concentrazioni alla Commissione;
- la determinazione dell'individuazione delle concentrazioni da notificare con riferimento a precise soglie di fatturato (calcolate tramite la somma dei fatturati delle imprese interessate);
- il divieto di procedere ad una operazione di concentrazione quando questa realizzava la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato;
- un meccanismo di rinvio operante tra la Commissione e gli Stati membri nel caso in cui si fosse ritenuto che la prima sede di controllo non fosse la più adeguata (un rinvio biunivoco).

Tuttavia, i rapidi mutamenti di mercato che hanno caratterizzato gli anni '80 e '90, e l'ampliarsi dei confini e degli obiettivi della stessa Comunità Europea, imposero, nel giro di pochi anni, un'altra revisione alla giovane disciplina introdotta nel '89. Infatti, alcuni aspetti del reg. 4064 furono modificati tramite il successivo reg. 1310/1997²⁹ che, oltre a tenere in debito conto il generale aumento del volume d'affari delle imprese europee, introdusse financo una nuova ipotesi di fattispecie soggetta al controllo della Commissione. In particolare e tra l'altro, il reg. 1310/1997, prevedeva:

- la modifica delle soglie di fatturato per la determinazione dell'obbligo

²⁸ "Monopolkommission", 1989. Trattasi di quel processo che aveva come obiettivo la creazione, entro il 31 dicembre 1992, del "mercato interno" (art. 14 TCE).

²⁹ Regolamento n. 1310/1997 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/1989 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GU L 180 del 9 luglio 1997.

- di notifica della concentrazione con successivo ampliarsi del campo di applicazione del regolamento rispetto a quanto precedentemente statuito;
- la relativa modifica del procedimento di rinvio delle concentrazioni tra Commissione e Stati membri, peraltro già previsto anche dal regolamento precedente;
 - infine, l'introduzione di una nuova ipotesi soggetta a controllo, quella relativa alla costituzione di un'impresa comune³⁰.

In seguito, poi, anche dopo l'entrata in vigore della nota riforma del diritto della concorrenza europeo³¹, si è inteso ulteriormente mettere a mano alla disciplina in questione, questa volta operando un intervento più organico rispetto alle modifiche adottate nel 1997, e tuttavia tenendo altresì in conto gli interventi adottati con quell'ultima revisione. Nell'inverno del 2004 veniva così emanata la vigente disciplina, reg. 139/2004³² che ha previsto, tra l'altro, le seguenti, ulteriori, modifiche:

- la riorganizzazione dell'ormai superata struttura del reg. 4064/1989, in linea anche con le modifiche che erano state più recentemente introdotte;
- l'inserimento di alcune ulteriori modifiche al procedimento di controllo, in particolare:
 - il criterio di determinazione delle concentrazioni non compatibili con il mercato comune;
 - i procedimenti di rinvio delle concentrazioni tra Commissione e Autorità nazionali.

3. Aspetti essenziali della riforma del diritto comunitario: il test di dominanza.

Come facilmente intuibile dal rapido *excursus* che precede, il regolamento comunitario sulle concentrazioni, tra il 1989 e il 2004, si limitava a proibire le operazioni di concentrazione che avevano come effetto quello di:

- creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato;
- impedire il libero gioco della concorrenza.

Era, in realtà, la stessa struttura del test di valutazione impiegato in precedenza a non lasciare alcuna libertà di azione alla Commissione che si trovava costretta dalla esigenza di dimostrare, al fine di vietare una determinata concentrazione lesiva della concorrenza, l'esistenza di una posizione dominante.

30 Più precisamente “era prevista la valutazione delle concentrazioni ai sensi dell'art. 81 TCE per quelle imprese comuni le cui società madri rimanendo attive nel settore di attività dell'impresa comune, potevano coordinare il proprio comportamento in violazione dell'art. 81 TCE”, L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, 2007.

31 Attuata, in prima battuta, con l'emanazione del ben noto reg. 1/2003, ed in seguito con il cd. “pacchetto di modernizzazione” del diritto *antitrust* europeo - tra cui rientrano, a vario titolo, almeno sei comunicazioni emanate dalla Commissione allo scopo, da una parte, di fornire agli operatori di settore ed alle imprese interessate una serie di indicazioni indispensabili ad integrare le disposizioni precettive, e dall'altra a rappresentare un quadro di insieme degli orientamenti della Commissione in relazione alle questioni maggiormente dibattute -.

32 Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU L 24 del 29 gennaio 2004.

Il criterio della dominanza non si è rivelato sempre appropriato nella valutazione dei possibili effetti che da un'operazione di concentrazione potevano scaturire, e si è molto discusso sull'opportunità di sostituirlo con altri ritenuti più idonei come, ad esempio, quello adottato dall'ordinamento *antitrust* statunitense³³.

Al termine della fase di preparazione della nuova disciplina, caratterizzata da un lungo ed approfondito dibattito, sono emersi in seno alla stessa Commissione europea diverse scuole di pensiero che avevano individuato le carenze ed i limiti del test di rilevanza. È stato evidenziato, tra l'altro, che il test non si mostrava particolarmente adatto ad essere applicato a tutte le varie tipologie di concentrazione che producevano pregiudizio alla concorrenza³⁴; ed ancora, che il concetto di dominanza in materia di concentrazioni veniva applicato a situazioni e fattispecie anche molto lontane da quella di concentrazione così come era stata fino ad allora intesa. Tuttavia, nonostante i dubbi e le perplessità nella nuova normativa comunitaria in materia, il test di dominanza non è stato completamente abbandonato e ciò, soprattutto, al fine di garantire una maggiore certezza giuridica, nel senso di garantire un collegamento col vasto patrimonio giurisprudenziale prodottosi nella vigenza del precedente Regolamento, evitando un'estensione spropositata del potere discrezionale della Commissione che si appresterebbe a valutare le concentrazioni con l'utilizzo di un nuovo strumento non effettivamente "collaudato". A fronte delle perplessità e delle obiezioni sollevate dalla maggior parte degli Stati membri è sorta altresì l'esigenza dell'introduzione di un nuovo test che si basa sul criterio generale dell'impedimento significativo della concorrenza effettiva.

L'art. 2 del Regolamento definisce incompatibili con il mercato comune "le concentrazioni che ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva del mercato comune o in una parte sostanziale di esso". Fermo restando, come detto in precedenza, il mantenimento del test di dominanza, è stato introdotto il nuovo test denominato SIEC, *Substantial Impediment of Effective Competition*. Secondo il nuovo criterio, una concentrazione è vietata solo se impedisce *sostanzialmente* la concorrenza effettiva e *non* se comporta *anche* una posizione dominante sul mercato. Il nuovo test rappresenta una sorta di compromesso tra il test utilizzato nel sistema statunitense (SLC), imperniato sulla riduzione sostanziale della concorrenza, e il test di dominanza. La dominanza, in questo caso, non rappresenta più il fulcro dell'intero sistema ma diventa l'esempio più tipico della riduzione sostanziale della concorrenza, assumendo le caratteristiche di specie del più ampio genere del SLC. In pratica, la riduzione della concorrenza generata da una posizione dominante diventa l'ipotesi più tipica e più frequente del pregiudizio alla concorrenza ma non completa l'intero panorama di ipotesi anticompetitive che possono scaturire da una concentrazione. Pertanto, con l'impiego del nuovo test possono essere vietate, a differenza di ciò che succedeva precedentemente, tutte quelle operazioni suscettibili di produrre restrizioni significative della concorrenza ma che non danno luogo ad una situazione di

33 Il criterio utilizzato dal sistema statunitense è il "Substantial lessening of Competition test" (SLC). In base a tale criterio sono vietate quelle operazioni in cui vi è una riduzione *sostanziale* della concorrenza, a nulla valendo la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

34 Come, ad esempio, potevano essere quelle operazioni che davano luogo a situazioni di oligopolio non collusivo; in pratica in "quei mercati a struttura oligopolistica nei quali, in presenza di determinate circostanze (prima tra tutte la differenziazione dei prodotti), l'operazione di concentrazione può condurre all'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, in grado, a loro volta di tradursi in significativi ostacoli ad una concorrenza effettiva sul mercato anche in assenza di un coordinamento tra i membri dell'oligopolio precludendo ogni possibilità di ricorrere all'istituto della dominanza collettiva", così Stefano Bastianon, in "Diritto antitrust dell'Unione Europea".

dominanza. L'impiego di questo nuovo strumento, infine, consente ai paesi appartenenti all'Unione Europea di allinearsi maggiormente anche agli altri sistemi giuridici internazionali rendendo così più efficiente ed unitario lo studio e la trattazione di quelle operazioni di concentrazione che si realizzano in diversi contesti economico-giuridici, le concentrazioni internazionali appunto.

4. Aspetti innovativi della riforma: la procedura di controllo delle concentrazioni

La Commissione Europea ha istituito al suo interno una Direzione Generale della concorrenza (DG Concorrenza), competente in materia di attuazione della politica della concorrenza con particolare attenzione alle operazioni di concentrazione. La DG Concorrenza è, infatti, la destinataria della notifica preventiva dell'operazione di concentrazione e si occupa della raccolta della documentazione e delle informazioni ritenute utili ed effettuare la valutazione sull'operazione; spetta poi alla Commissione, nel *plenum* dei suoi componenti, emettere la decisione sulla concentrazione in questione.

Prima di passare ad analizzare il profilo procedurale relativo al controllo delle operazioni di concentrazione previsto dalla normativa europea è opportuno specificare quando un'operazione assume "dimensione comunitaria".

La dimensione comunitaria di un'operazione di concentrazione è determinata in base a criteri legati alle soglie di fatturato delle imprese che partecipano all'operazione (c.d. imprese interessate). Una concentrazione acquisisce quindi "dimensione comunitaria":

- a) quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro;
- b) quando il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, a meno che ciascuna di tali imprese realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico e medesimo Stato membro.

Tuttavia, anche nel caso in cui le soglie di cui ai punti a) e b) non siano raggiunte, un'operazione di concentrazione può assumere dimensione comunitaria se

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di euro;
- in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro;
- in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro;
- il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro, a meno che ciascuna delle imprese di cui sopra realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nella UE all'interno di un unico e medesimo Stato membro.

Il criterio del fatturato, sebbene rappresenti, al fine di poter classificare la portata di

un'operazione, uno strumento empiricamente plausibile non è l'unico criterio applicabile. Un suo omologo è rappresentato dal "3+", ossia un criterio che prevede l'insorgere di una competenza esclusiva della Commissione qualora una richiesta di rinvio le venga effettuata da tutti gli Stati membri o da almeno tre di questi.

Chiarita la dimensione comunitaria di un'operazione, occorre poi avere riguardo alla procedura di notifica. L'individuazione del momento in cui nasce, in capo alle imprese interessate, l'obbligo di notifica della concentrazione è di radicale importanza al fine di evitare le conseguenze che la notificazione tardiva di una concentrazione può comportare. Nel precedente Regolamento n. 4064/1989, l'obbligo di notifica doveva essere assolto entro la settimana successiva alla conclusione dell'accordo, dall'annuncio di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio o dall'acquisizione del controllo. Con il nuovo Regolamento è stato eliminato il termine di una settimana ed è stata introdotta una maggiore flessibilità che consente di rendere più agile il sistema, ma anche di facilitare il coordinamento delle inchieste in materia di concentrazioni con le altre giurisdizioni. Infatti, oggi la notifica può essere eseguita anche in presenza di una "*goof-faith intention to conclude an agreement or to make a public bid*"³⁵. Al fine di meglio coordinare l'attività con le autorità nazionali competenti, il nuovo regolamento introduce la possibilità per le imprese interessate di presentare alla Commissione, prima della presentazione della notifica, una richiesta motivata di rinvio alle autorità nazionali. Si tratta di una "prenotifica", che consente di dimostrare alla Commissione che la concentrazione proposta, anche se ha dimensione comunitaria, va ad incidere esclusivamente sulla concorrenza nel mercato di un singolo Stato membro. Se lo Stato membro in questione, entro un termine di quindici giorni successivi alla ricezione della richiesta motivata, non dichiara il proprio disappunto riguardo alla richiesta di rinvio, la Commissione ha venticinque giorni per rinviare la questione alle autorità competenti dello Stato membro in questione affinché queste applichino il diritto nazionale in materia di concorrenza.

Passando alla procedura vera e propria possiamo osservare come la Commissione, in seguito al ricevimento di una notifica, conduca le relative indagini, adottando i poteri necessari per dare eventualmente avvio al procedimento e imponendo le opportune sanzioni. In questo *iter* la Commissione deve in primo luogo verificare se:

- a) la concentrazione notificata rientra nel campo di applicazione del Regolamento;
- b) la concentrazione è compatibile con il mercato comune oppure suscita seri dubbi circa la sua compatibilità.

La Commissione, entro il termine di 90 giorni dalla data dell'inizio del procedimento di controllo (termine che può essere prorogato di ulteriori 20 giorni o che può essere interrotto, su richiesta delle imprese interessate, nel caso in cui queste si impegnino a trovare dei rimedi per eliminare eventuali aspetti anti-concorrenziali), sulla base delle valutazioni effettuate, può decidere di approvare la concentrazione, di vietarla o di acconsentire al suo perfezionamento previa modifica, da parte delle imprese interessate, della struttura originaria dell'operazione. Una concentrazione di dimensione comunitaria, in linea di principio, non può essere realizzata prima di essere notificata alla Commissione e neanche nelle tre settimane successive alla stessa. Qualora una concentrazione fosse stata realizzata nel mancato rispetto dei termini

³⁵ Così art. 4, Reg. 139/2004; sul punto cfr. Merola e Amati, "*La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti della procedura*", in *Dir. Unione europea*, 2004, che evidenziano l'utile innovazione a favore delle imprese.

previsti e sia successivamente dichiarata incompatibile con il mercato comune, la Commissione può ordinare il disfacimento dell'operazione e può adottare qualsiasi misura, anche provvisoria, ritenuta utile ed opportuna al fine di ristabilire la situazione precedente alla concentrazione, e cercare di attenuare così i possibili pregiudizi alla concorrenza.

Nel caso in cui un'operazione di concentrazione susciti dei seri dubbi di compatibilità con il mercato comune, la Commissione può invitare le imprese interessate a fornire informazioni aggiuntive e, nel caso lo ritenga opportuno, può effettuare anche ispezioni sul posto (accedere a tutti i locali, terreni, verificare libri contabili ed altri documenti attinenti all'attività dell'impresa, estrarre copia di documenti, apporre sigilli su locali, libri o documenti, chiedere spiegazioni su fatti etc). La Commissione può quindi chiedere anche alle imprese interessate che vengano apportate le modifiche necessarie per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune.

Al fine di assicurare il rispetto delle proprie decisioni, la Commissione ha il potere di infliggere due tipi di sanzioni:

a) le ammende, di un ammontare pari all'1% del fatturato totale di un'impresa quando questa fornisca indicazioni inesatte, fuorvianti, incomplete o oltre il termine prescritto, o quando siano stati infranti i sigilli apposti nel corso di un'ispezione;

a)*bis* oppure un'ammenda ammontare pari al 10% del fatturato totale quando un'impresa ometta di notificare una concentrazione prima della sua realizzazione, o quando realizzi una concentrazione violando le norme del regolamento o contravvenendo ad una decisione della Commissione;

b) le penalità di mora, in percentuale del 5% del fatturato totale giornaliero medio dell'impresa per giorno lavorativo di ritardo a decorrere dalla data fissata dalla Commissione nella sua decisione relativa alla richiesta di informazioni, ad un'ispezione o altro.

5. La disciplina nazionale e la ripartizione delle competenze

La logica economica che presiede al controllo delle concentrazioni è un'esigenza direttamente legata agli equilibri del mercato la quale mira ad evitare che, attraverso un modello di crescita "esterna", un'impresa sia in grado di acquisire un potere di mercato che le consenta di peggiorare le condizioni di offerta ai consumatori. La logica giuridico-economica è dunque la medesima logica che ha animato la disciplina delle concentrazioni comunitarie, e, nonostante nel nostro Paese si sia giunti relativamente tardi ad una compiuta disciplina in materia di concorrenza³⁶, la pregressa esperienza derivata dall'applicazione della disciplina comunitaria ha permesso di approntare sin dal suo esordio una disciplina, sebbene ancora perfettibile, sicuramente completa, e cioè che abbraccia *mutatis mutandis* tutte le fattispecie di concentrazione tra imprese che erano state individuate nel sistema comunitario. Passando poi al tema del coordinamento tra le attribuzioni comunitarie e quelle nazionali occorre rilevare come la competenza esclusiva della Commissione

³⁶ Legge 10 ottobre 1990, n. 287: Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 240 del 13 ottobre 1990)

per il controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria esclude radicalmente la possibilità di procedimenti paralleli sulla medesima fattispecie in applicazione della disciplina interna. I rapporti tra la legge *antitrust* nazionale e la disciplina comunitaria della concorrenza possono così dirsi improntati ad un modello definito di cd. “barriera unica”³⁷.

Per quanto riguarda il dato normativo della disciplina nazionale in materia di concentrazioni occorre avere riguardo alla l. 287/90. Neppure la nostra cd. legge antitrust, come d'altra parte anche il regolamento comunitario, specifica in maniera puntuale cosa si intenda per concentrazione e tuttavia descrive, all'art. 5 della legge in questione, un serie di ipotesi in cui si presumono realizzate le conseguenze di una concentrazione. Secondo la normativa nazionale tale ipotesi si realizza:

a) quando due o più imprese procedono a fusione;

b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;

c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.

Vengono invece espressamente escluse dal dettato normativo le operazioni di concentrazione che hanno per oggetto o per effetto principale il coordinamento di imprese indipendenti.

In breve, dall'analisi del dettato normativo si può facilmente evincere che per il diritto nazionale si ha una concentrazione quando un'operazione incide in maniera rilevante sulla struttura delle imprese partecipanti concedendo a queste la possibilità di operare sul mercato in maniera anticoncorrenziale e comunque in contrasto con gli interessi dei consumatori. Per quanto riguarda gli altri aspetti rilevanti della disciplina vengono altresì in evidenza gli artt. 6, 7, 16, 17, 18 e 19 del medesimo testo normativo. Fulcro dell'intera disciplina è l'art. 6, rubricato “*divieto di operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza*”. Tale disposizione va letta in un'ottica organica, ed in particolare, con specifico riferimento all'art. 16 che a sua volta prevede i casi in cui una concentrazione deve ritenersi soggetta a comunicazione. Si tratta sostanzialmente di un criterio quantitativo e basato sul fatturato³⁸ delle imprese interessate dall'operazione, criterio omologo a quello comunitario. Ancora, poi, interessante, anche in prospettiva comparatistica con la normativa comunitaria, deve ritenersi il successivo art. 7. Tale disposizione, rubricata “controllo”, estende in maniera sostanziale l'applicabilità della disciplina in discorso all'ipotesi, riconducibile, per espresso richiamo, a quella di cui all'art. 2359 c.c. e pur tuttavia più ampia. Si ha

³⁷ Vengono così definiti quei sistemi che, per imposizione dell'ordinamento comunitario o per scelta dell'ordinamento nazionale, si escludono a vicenda con una netta divisione delle sfere di competenza. Nella medesima classificazione troviamo poi, agli estremi, il sistema di cd. doppia barriera da una parte, e quello di barriera unica omogenea dell'altra.

³⁸ Qualora il fatturato congiunto delle imprese interessate dall'operazione sia superiore ad € 448 milioni; oppure qualora il fatturato dell'impresa acquisita sia superiore ad € 45 milioni; (e sempre che non siano raggiunte le soglie per la notifica all'UE). Da notare che le due soglie sono alternative, l'utilizzo dell'una esclude la possibilità di potersi avvalere dell'altre.

un'ipotesi di controllo al verificarsi di una circostanza di diritto o di fatto che dia la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa. Il controllo deve essere stabile e duraturo e può interessare qualsiasi impresa, parte di impresa o fattore di produzione a cui è possibile attribuire un fatturato. Pare che con tale disposizione il legislatore italiano, già memore e consapevole delle lacune incontrate con le prime formulazioni della disciplina comunitaria, abbia inteso porre una norma di "chiusura", capace di adattarsi alle mutevoli esigenze del mercato ed in grado di presiedere alla direzione anche di quelle condotte che pur non rientrando specificamente nel concetto di concentrazione in senso stretto producono comunque i medesimi effetti negativi sul mercato.

I successivi articoli 16, 17 e 18 presiedono poi al procedimento di comunicazione delle concentrazioni, all'eventuale sospensione temporanea dell'operazione di concentrazione ed alla conclusione dell'istruttoria sulle concentrazioni. L'analisi di tale procedimento, e dei suoi risvolti sia sui soggetti passivi direttamente interessati da questo, sia sugli equilibri di mercato che il procedimento stesso tende a proteggere, è questione la cui trattazione non può esaurirsi in poche righe. Sia sufficiente perciò un'osservazione che valga come spunto per eventuali riflessioni. Al di là del procedimento in senso stretto è, in generale, interessante analizzare la natura ed il ruolo del soggetto che le svolge: l'autorità indipendente che in Italia presiede all'applicazione della normativa *antitrust* fa parte del più ampio *network* ECN (*European Competition Network*) ed è un'autorità amministrativa indipendente, priva del carattere di terzietà proprio degli organi giurisdizionali, e dall'altra parte, tuttavia, pur sempre soggetta al controllo di questi, ma il cui operato è severamente scandito dalle disposizione di legge ed il *know-how* dei suoi componenti altamente specializzato. Dunque, in Italia, se da una parte il ruolo dell'AGCM può in un certo modo essere considerato "ingombrante" e per certi versi le sue attribuzioni troppo ampie, in considerazione degli evidenti limiti di difesa di un soggetto passivo chiamato a rispondere in un procedimento amministrativo comunque guidato dall'insindacabilità delle scelte dell'organo che lo governa, dall'altra parte l'alto carattere di specializzazione dell'Autorità consente un equo bilanciamento degli interessi di volta in volta valutati. Da un punto di vista meramente interno, l'auspicio per il futuro sarebbe quello, mantenendo il medesimo impianto strutturale, di uno sviluppo improntato ad una sempre maggior collaborazione dell'Autorità anche con gli organi giurisdizionali, onde garantire ai soggetti interessati le medesime tutele previste dal processo anche nel procedimento ed in modo tale da contribuire altresì alla creazione di una "coscienza comune di mercato" nella cui scala di valori i posti più in alto siano occupati dall'equilibrio del mercato stesso e dal benessere sia degli operatori del settore che dai consumatori che alimentano il sistema.

Capitolo III

a cura di *Francesca Marchetti e Giovanni Adamo*

Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle operazioni di concentrazione ed il procedimento davanti all'Autorità 1. Il contesto in cui opera il Garante 2. Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 3. I criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione 4. Il procedimento avanti all'Autorità 4.1. Soggetti obbligati e modalità di comunicazione 4.2. Istruttoria

1. Il contesto in cui opera il Garante

Le operazioni di concentrazione possono essere qualificate a buon diritto come strumento di crescita per le imprese. Le modifiche strutturali conseguenti ad un'operazione di concentrazione possono certamente risultare utili e/o vantaggiose per l'impresa che la pone in essere, basti pensare, a titolo esemplificativo, alla integrazione tra sistemi industriali o distributivi, con conseguente risparmio di costi. Dall'altra parte, tuttavia, le operazioni di concentrazione possono risultare fenomeni con un'incidenza negativa sugli equilibri di mercato. Per tale ragione l'ordinamento, presta particolare attenzione ad operazioni di questo genere (e le circonda di altrettanto particolari cautele), proprio in quanto operazioni potenzialmente idonee a ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nel mercato di riferimento.

E' evidente, infatti, che le imprese oggetto della concentrazione acquisiscono, per effetto dell'accrescimento della propria quota di mercato, una maggiore capacità di determinazione dei prezzi di vendita, o, anche, la possibilità di praticare condizioni particolarmente svantaggiose (si pensi alla possibile determinazione di prezzi di acquisto dalle imprese fornitrici) per altre entità economiche. Al fine di ovviare a tali possibili problematiche, il Legislatore ha inteso disciplinare il più compiutamente possibile le cautele ed i limiti entro i quali consentire la effettuazione delle suindicate operazioni.

La normativa di riferimento, dal punto di vista nazionale, è costituita dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287. L'art. 16 della disciplina ora citata, infatti, prevede che tutte le operazioni di concentrazione in cui il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie, debbano essere preventivamente notificate all'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato. In particolare, devono essere comunicate all'Autorità le operazioni di concentrazione fra imprese che realizzano una delle seguenti circostanze:

- *“il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate superiore a 472 milioni di euro;*
- *il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione superiore a 47 milioni di euro”³⁹.*

Ai sensi dell'art. 13, comma 1, della Legge 1 marzo 1994, n. 153⁴⁰, poi, devono preventivamente essere comunicate all'Autorità anche le operazioni di concentrazione a seguito delle quali *“si venga a detenere o controllare direttamente o indirettamente, anche in una sola delle dodici città capozona della distribuzione cinematografica (Roma, Milano, Torino, Genova, Padova, Bologna, Firenze, Napoli, Bari, Catania, Cagliari e Ancona), una quota di*

³⁹ Art. 16, comma 1, L. 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴⁰ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 55 dell'8 marzo 1994. Sostituito dall'art. 26, comma 1, del decreto legislativo 22 novembre 2004 n. 28, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 29 del 5 febbraio 2004.

mercato superiore al 25% del fatturato della distribuzione cinematografica e, contemporaneamente, del numero delle sale cinematografiche ivi in attività". La prassi registra, poi, la stipulazione, nelle more della realizzazione delle concentrazioni, di accordi bilaterali ed intese ulteriori rispetto alla concentrazione stessa. Questi ultimi vengono normalmente considerati quali strumenti accessori alla concentrazione medesima, e pertanto anch'essi sono soggetti all'obbligo di comunicazione all'Autorità, la quale si preoccupa di valutarne sia, preliminarmente, la natura effettivamente accessoria rispetto alla "operazione – madre" (a tal fine l'Autorità impiega i criteri stabiliti nella comunicazione della Commissione delle Comunità Europee 90/C 203/53⁴¹), sia di compiere approfondite valutazioni del merito degli stessi, finalizzate a confermarne, o meno, la compatibilità dell'operazione complessivamente intesa rispetto ai criteri fissati dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287.

2. Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Nel suindicato contesto, pertanto, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è affidato lo svolgimento di una funzione *lato sensu* "preventiva" rispetto al generarsi di talune situazioni di squilibri del mercato. In sostanza, e fermo restando il divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3, L. 10 ottobre 1990, n. 287, il Legislatore ha ritenuto opportuno svolgere un controllo preventivo, finalizzato ad evitare "a monte" la possibile realizzazione di una posizione dominante (di per sé non illecita), laddove quest'ultima, per dimensioni e modalità, risulti preventivamente "a rischio" per l'andamento complessivo del mercato.

È in questa ottica di prevenzione, dunque, che sono state identificate delle soglie di fatturato oltre le quali scatta il pericolo di abuso di posizione dominante e, conseguentemente, il necessario intervento dell'Autorità di controllo. Il controllo effettuato dall'Autorità tuttavia difficilmente sfocia in un divieto dell'operazione di concentrazione, anzi, ad onor del vero, il blocco preventivo delle stesse avviene solo in casi eccezionali. La stessa valutazione dell'Autorità, infatti, non si presenta come ostativa neanche di una eventuale riproposizione dell'operazione di concentrazione tra le stesse imprese. Essendo adoperato il criterio "*rebus sic stantibus*", è infatti possibile che venga rilasciata, in un secondo momento, un'autorizzazione prima negata, a condizione che siano apportate alla struttura dell'operazione modificazioni di un certo rilievo, o anche sulla sola base di differenti previsioni di situazioni di mercato⁴².

Sembrerebbe potersi affermare, pertanto, che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha via via assunto un ruolo quasi da "moderatore" delle operazioni di concentrazione: ed unicamente in presenza di macroscopiche situazioni di incompatibilità rispetto alla disciplina di settore, assumendo solo in casi eccezionali decisioni di natura penetrante ed "invasiva".

3. I criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione

Il fatturato, quale indice di riferimento per la necessaria comunicazione all'Autorità

41 Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee n. C 203 del 14 agosto 1990. Sostituita dalla comunicazione della Commissione 2001/C 188/03 (restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee n. C188 del 4 luglio 20014.

42 Tribunale I gr. CE, 30 settembre 2003 T-158/00.

Garante della Concorrenza e del Mercato, secondo la comunicazione della Commissione deve essere calcolato in base ai dati dell'esercizio precedente a quello in corso, con esclusione, peraltro, di eventuali rettifiche per acquisizioni o cessioni nel periodo intermedio tra quello in corso e quello precedente.

In particolare, secondo l'art. 1, Reg. 139/2004, il fatturato rilevante è quello "delle imprese interessate", definite nella comunicazione della Commissione 98/C 66/03 del 2 marzo 1998⁴³. Ai fini della valutazione delle concentrazioni, la giurisprudenza comunitaria ha chiaramente affermato che la valutazione non può essere compiuta sulla base di elementi meramente "ipotetici"⁴⁴, ma effettuando un apprezzamento *ex ante* sulle prevedibili evoluzioni del mercato a seguito del compimento delle operazioni di concentrazione⁴⁵, con incidenza, dunque, anche di elementi previsionali di vario genere, come ad esempio i piani strategici delle imprese⁴⁶, che possono avere (ed in taluni casi hanno) effetti immediati sul mercato. Al contrario, non vengono presi in considerazione gli elementi con effetti indiretti⁴⁷.

In tale contesto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è vista attribuire il potere di vietare una concentrazione quando questa viene programmata in maniera tale da porre in essere o da identificarsi come ostacolo significativo alla concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte di esso, si concretizza cioè come causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. Il criterio utilizzato è quindi quello dell'*ostacolo significativo alla concorrenza effettiva* nel mercato. In particolare i criteri per la valutazione delle operazioni di concentrazione sono indicati nell'art. 2, comma 1, del Regolamento 139/2004, il quale detta gli aspetti dai quali la Commissione, quindi anche le Autorità nazionali, desumono la compatibilità delle operazioni con il mercato comune. Pertanto, nella valutazione, le Autorità nazionali devono tenere conto:

- *“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”;*
- *“della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purchè essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza”.*

Criteri, questi, che sono stati precisati con un'ulteriore comunicazione da parte della Commissione, nella quale l'Organismo europeo afferma come principio fondamentale quello di eseguire il confronto tra le condizioni di concorrenza che si sarebbero prodotte a seguito dell'operazione di concentrazione notificata e le condizioni che invece si sarebbero realizzate in assenza della concentrazione in

43 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:066:0014:0024:IT:PDF>

44 Trib. I gr. CE 19 maggio 1994 T-2/93, Trib. I gr. CE 8 luglio 2003 T-347/00.

45 Trib. I gr. CE 13 luglio 2006 T-464/04.

46 Esempio italiano è il caso *Enel c. Infostrada*, in cui l'Autorità ha modificato la propria valutazione sull'operazione di concentrazione in sospeso, stante la modifica e cambiamento della strategia di Enel, la quale aveva debitamente abbandonato il progetto di espansione in settori ulteriori oltre quello dell'elettricità (Prov. AGCM n. 11437 del 5 dicembre 2002).

47 Trib. I gr. CE 21 settembre 2005 T-87/05.

oggetto⁴⁸.

Le operazioni di concentrazione che necessitano di tali valutazioni sono, ai sensi dell'art. 5 della Legge 287/90:

- a) la fusione di due o più imprese⁴⁹ (si riferisce sia alla fusione in senso stretto tra due o più imprese, che alla fusione per incorporazione nella quale un'impresa incorpora una o più imprese);
- b) l'acquisizione del controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese⁵⁰;
- c) la costituzione di un'impresa comune attraverso una nuova società⁵¹ (la raccomandazione si riferisce alla costituzione, da parte di una o più imprese, di una nuova impresa controllata congiuntamente dalle società fondatrici, qualora non abbia carattere cooperativo).

Non sono invece considerate operazioni di concentrazione: a) l'acquisizione di partecipazioni ai fini meramente finanziari⁵², b) la sussistenza di una rete di imprese comuni cooperative⁵³, c) la eventuale conversione della comunicazione (ci si riferisce al caso in cui viene effettuata una notificazione di un'impresa comune all'Autorità e le parti chiedono, espressamente, che questa, nel caso in cui l'Autorità non ritenga essere una operazione di concentrazione, venga valutata ai sensi dell'Art. 13 della Legge 287/90⁵⁴); d) le operazioni infragruppo⁵⁵; e) il caso di società o enti che non

48 Comunicazione della Commissione "Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali", 2004/C 31/03.

49 Art. 5, comma 1, lettera a, Legge 287/90.

50 Art. 5, comma 1, lettera b, Legge 287/90. "L'Autorità ritiene che si ha un'acquisizione del controllo in presenza di ogni operazione che determini una situazione in cui uno o più soggetti hanno la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'insieme o parti di una o più imprese. L'acquisizione del controllo non è legata a parametri formali e ricomprende tutte le fattispecie attraverso cui si realizza, in virtù di diritti, contratti o altri mezzi, la possibilità di esercitare tale influenza determinante sulla politica commerciale di un'impresa. Nella sua prassi l'Autorità ha riscontrato come la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa possa conseguire ad atti di diversa portata (ad esempio, la stipulazione di un contratto di affitto, la sottoscrizione di un patto di sindacato, altri patti parasociali). Le relazioni di controllo rilevano tanto nell'ipotesi in cui il controllo è diretto, quanto nei casi in cui il controllo è indiretto, quando cioè la relazione non collega immediatamente i due soggetti, ma realizza per il tramite di rapporti intercorrenti fra più soggetti. Il controllo può essere esclusivo o congiunto. Questo secondo caso di verifica quando, in base alle partecipazioni detenute o ad altri accordi, due o più imprese hanno ciascuna la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa. In particolare, il controllo esercitato da ciascun soggetto può manifestarsi anche nella semplice possibilità di impedire l'adozione di decisioni che influiscano in maniera determinante sull'attività commerciale dell'impresa controllata, anche attraverso l'esercizio di un diritto di veto. L'Autorità ritiene che si abbia un'operazione di concentrazione in presenza di modifiche sostanziali dei rapporti di controllo, quali, ad esempio, il passaggio da controllo congiunto a controllo esclusivo" (Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996).

51 Art. 5, comma 1, lettera c, Legge 287/90.

52 Art. 5, comma 2, Legge 287/90.

53 Art. 5, comma 3, Legge 287/90. "Le operazioni che danno luogo ad un'impresa comune (articolo 5, comma 1, lettera b) e c) possono presentare una finalità o un effetto di coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese fondatrici. Ove, in particolare, tale coordinamento abbia carattere prevalente rispetto agli effetti sulla struttura delle imprese, l'operazione dovrà essere valutata nel quadro dell'articolo 2 della legge. In considerazione della natura dell'attività svolta dall'impresa comune, non si considera concentrazione l'operazione che dia luogo ad un'impresa comune che non svolga le funzioni di un'entità economica autonoma. L'Autorità, al fine di valutare la natura cooperativa e concentrativa dell'operazione, utilizza, in generale, i criteri contenuti nella comunicazione della Commissione delle Comunità Europee 94/C 385/01". (Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996).

54 Art. 13, Legge 287/90: "Le imprese possono comunicare all'Autorità le intese intercorse. Se l'Autorità non avvia l'istruttoria di cui all'articolo 14 entro centoventi giorni dalla comunicazione non può più procedere a detta istruttoria, fatto salvo il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere"

55 "Sono considerate infragruppo le operazioni che intercorrono tra imprese non indipendenti:

esercitino attività economica⁵⁶.

Infine, le operazioni che non devono essere comunicate sono state identificate nelle “Operazioni prive di effetti economici sui mercati italiani”. In sostanza, l’Autorità ha riferito che non devono essere comunicate quelle operazioni di fusione, di incorporazione, di acquisizione di imprese di nazionalità estera che risultano comunque prive di fatturato in Italia al momento dell’operazione e nei tre anni precedenti. Al contrario, se a seguito delle operazioni di concentrazione queste iniziano a realizzare un fatturato, allora le operazioni devono essere comunicate all’Autorità⁵⁷.

4. Il procedimento avanti all’Autorità

4.1. Soggetti obbligati e modalità di comunicazione

L’obbligo di comunicazione preventiva all’Autorità grava sui soggetti che procedono all’operazione di concentrazione in misura variabile in funzione della tipologia di operazione da realizzare. In particolare, in caso di acquisizione del controllo da parte di più imprese o in caso di costituzione di un’impresa comune, l’obbligo cade su quell’impresa che acquisisce il controllo delle imprese partecipanti. Stesso principio viene applicato alle operazioni di fusione tra più imprese, per le quali l’onere della comunicazione grava su tutte le società che procedono alla fusione. Oneri differenti, invece, sono previsti per i casi in cui l’operazione di concentrazione viene realizzata tramite un’offerta pubblica di acquisto, per la quale, ai sensi dell’art. 16 della Legge 287/90, i soggetti obbligati alla comunicazione preventiva sono coloro che presentano l’offerta sul mercato.

I soggetti così identificati devono comunicare l’operazione di concentrazione prima

-
- *tra un soggetto e una o più società da esso partecipate, direttamente o indirettamente, in misura pari alla maggioranza assoluta del capitale sociale, ovvero corrispondente alla maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria;*
 - *tra società che sono partecipate, direttamente o indirettamente, da un medesimo soggetto, in misura pari alla maggioranza assoluta del capitale sociale, ovvero corrispondente alla maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria;*

Tali operazioni realizzano comunque una concentrazione e devono essere comunicate qualora, in ragione di disposizioni normative o statutarie, di deliberazioni societarie, ovvero per il carattere esclusivamente finanziario della partecipazione, non sussista, con riguardo alle ipotesi sub 1) e 2), un rapporto di dipendenza tra i soggetti interessati”. (Modalità per la comunicazione di un’operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996).

56 *“Non configurano una concentrazione le operazioni di acquisizione e di fusione per incorporazione di società che non esercitano attività economica né detengono il controllo diretto o indiretto di altra impresa - come nel caso in cui il patrimonio sia costituito solo da proprietà immobiliari ed esse non svolgono alcuna attività economica diversa dalla semplice gestione della proprietà, purché l’acquisizione non venga effettuata da imprese che operano nel mercato immobiliare. Non rientrano, comunque, nell’ipotesi di cui al capoverso precedente le operazioni di acquisizione e di fusione per incorporazione che riguardano imprese titolari di licenze, autorizzazioni, concessioni o altri titoli legittimanti che consentano l’esercizio di attività economiche, o imprese che detengono il controllo diretto o indiretto di altra impresa titolare di tali titoli legittimanti. Non si realizza una concentrazione nel caso in cui l’operazione consista nell’acquisizione della sola licenza commerciale, laddove non sia impedita al cedente la continuazione dell’attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta, neppure in base a disposizioni di natura pattizia o disposizioni adottate da enti locali”.* (Modalità per la comunicazione di un’operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996).

57 Modalità per la comunicazione di un’operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996

che questa sia realizzata, in un momento antecedente, dunque, all'acquisizione, da parte della società, della capacità di influire in modo sostanziale e durevole sul comportamento economico dell'impresa oggetto dell'operazione. Dal punto di vista prettamente pratico, quindi, la comunicazione deve essere notificata subito dopo il raggiungimento dell'accordo sull'operazione, in modo da permettere all'Autorità una valutazione complessiva in ordine a tutti gli elementi sostanziali dell'operazione. A titolo esemplificativo, in caso di fusione fra imprese, la comunicazione dell'operazione deve avvenire prima della redazione dell'atto di fusione⁵⁸. L'Autorità ha la facoltà, in tema di completezza delle informazioni fornite con la comunicazione, di richiedere una integrazione della stessa informando le imprese interessate.

4.2 Istruttoria

Quando l'Autorità riceve una denuncia o raccoglie informazioni su un probabile pregiudizio della concorrenza, viene attivata la Direzione competente dell'Autorità, la quale avvia le indagini preliminari per poi riferire all'Autorità stessa sull'opportunità di aprire l'istruttoria. Primo adempimento dell'Autorità, ai sensi dell'art. 16, comma 3, Legge 287/90, è la comunicazione, entro 5 giorni dalla ricezione della notifica dell'operazione di concentrazione, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Successivamente, una volta eseguita la valutazione di una operazione ritualmente comunicata, qualora l'Autorità ritenga che per l'operazione esaminata non sia necessaria l'apertura di un'istruttoria, dà prontamente avviso sia alle imprese interessate sia al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sempre entro 30 giorni dal ricevimento della notifica. Al contrario, qualora ritenga che l'operazione comunicata sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6 della Legge 287/90, entro 30 giorni dalla notifica della stessa, avvierà l'istruttoria ai sensi dell'art. 14. In tal caso, qualora sussistano le condizioni per l'ipotetica realizzazione di una delle situazioni previste dall'art. 2 e 3 della Legge 287/90⁵⁹, l'Autorità, entro 30 giorni, provvederà a notificare l'avvenuta apertura

⁵⁸“In caso di acquisizione del controllo di un'impresa di cui all'art. 5, lettera b), qualora l'acquisizione si realizzi attraverso l'acquisto di azioni o quote di una società, un'operazione si intende comunque comunicata preventivamente quando l'efficacia degli atti che determinano l'acquisizione del controllo sia sospensivamente condizionata all'esito della valutazione dell'Autorità; Nel caso di costituzione di un'impresa comune mediante nuova società, l'operazione deve essere comunicata prima dell'iscrizione dell'atto costitutivo di quest'ultima nel registro delle imprese.”(Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione fra imprese - 1 luglio 1996 – Supplemento ordinario n. 2 al Bollettino n. 19/1996).

⁵⁹ Art. 2: Intese restrittive della libertà di concorrenza: 1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili; 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.

dell'istruttoria alle imprese interessate, oltre che agli enti interessati. Nelle more dell'istruttoria, l'Autorità ha la facoltà di chiedere informazioni o documenti a chiunque sia in possesso degli stessi, o ancora, qualora lo ritenga necessario ai fini della valutazione, può disporre anche ispezioni dei documenti contabili aziendali, oltre a perizie, analisi statistiche ed economiche, anche con l'ausilio di altri organi dello Stato (ad. esempio la Guardia di Finanza) o esperti del settore per ottenere una relazione utile ai fini dell'istruttoria. Nel contempo è stata data la possibilità ai legali rappresentanti delle società o ai loro titolari, di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nei termini fissati dall'Autorità procedente, o ancora, qualora lo ritengano utile, possono depositare deduzioni o pareri in ogni stadio dell'istruttoria, oltre ad poter essere nuovamente sentiti prima della chiusura dell'istruttoria. Questo rappresenta per i soggetti interessati, un'importante strumento di "difesa" e, d'altra parte, uno strumento utile per l'Autorità per acquisire ulteriori informazioni in merito. Qualora dall'istruttoria risulti una violazione degli art. 2 o 3 della Legge 287/90, l'Autorità con provvedimento fissa un termine entro il quale le imprese interessate sono obbligate a porre in essere le azioni utili all'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di urgenza, dovuti al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può adottare d'ufficio misure cautelari per un determinato periodo, oltre ad avere la possibilità di infliggere sanzioni amministrative pecuniarie che colpiscono il fatturato in caso di inadempimento da parte delle imprese. In caso di reiterato inadempimento, l'Autorità può disporre una ulteriore "sanzione" e, cioè può sospendere, fino a 30 giorni, l'attività dell'impresa inadempiente.

Pertanto l'istruttoria si chiuderà necessariamente o, con il divieto dell'operazione di concentrazione, o come con la semplice comunicazione positiva in merito all'operazione, o ancora, qualora l'operazione di concentrazione sia già stata realizzata, l'Autorità può prescrivere tutte le misure necessarie al reintegro e ripristino delle condizioni di concorrenza effettiva, con contestuale eliminazione degli effetti distorsivi⁶⁰. L'art. 26, Legge 287/90, prevede, infine, che le decisioni dell'Autorità debbano essere debitamente pubblicate su apposito Bollettino, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Contro le decisioni dell'Autorità è prevista inoltre la possibilità di presentare ricorso presso il Tribunale Amministrativo del Lazio, in primo grado e, presso il Consiglio di Stato, in secondo grado, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale.

Art. 3. Abuso di posizione dominante: 1. è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

⁶⁰ Art. 18, comma 3, Legge 287/90.

Concentrazioni: prassi applicativa e giurisprudenza 1. La prassi della Commissione in materia di concentrazioni prima dell'entrata in vigore del reg. 4064/1989: dalla giurisprudenza *Continental Can* al caso *Philip Morris* 2. L'applicazione del reg. 4064/1989: dal caso *Kali* sino al *revirement* prodotto con le sentenze *Tetra Laval* e *Genral Electric* 4. Cenni sulla successiva evoluzione e sulla riforma del reg. 139/2004

1. La prassi della Commissione in materia di concentrazione prima dell'entrata in vigore del reg. 4064/1989: dalla giurisprudenza *Continental Can* al caso *Philip Morris*

La disciplina delle concentrazioni tra imprese ha avuto in Europa un'evoluzione che potremmo definire discontinua e *sui generis*⁶¹. Già nell'ambito della C.E.C.A., infatti, era prevista una disposizione relativa a tale fattispecie, e limitata tuttavia al settore del carbone e dell'acciaio⁶². In seguito, invece, in sede di redazione del Trattato di Roma, nonostante la questione fosse stata oggetto di discussione, non si era potuti giungere alla predisposizione di una disposizione *ad hoc*. La circostanza pare essere stata, invero, il risultato anche di un'attenta valutazione dei mercati sui quali la disciplina sarebbe andata ad incidere. Infatti, in virtù dell'elevata frammentazione, e dunque del basso livello di concentrazione tra imprese presente nel mercato europeo all'epoca, si era volutamente evitato di regolamentare con una specifica disciplina tali operazioni⁶³. Tuttavia, anche in assenza di una specifica disciplina, trascorso un primo periodo di “modernizzazione” del mercato europeo nel senso sopra esposto, le istituzioni comunitarie, consapevoli dell'elevato rischio prodotto dall'eccessiva concentrazione di imprese che si stava via via realizzando, iniziarono a sottoporre a controllo le concentrazioni adottando quale base giuridica, prima l'art. 82 TCE, ed in un secondo tempo ai sensi dell'art. 81 TCE.

In merito al controllo effettuato *ex art.* 82 TCE, occorre avere riguardo ad una sentenza “storica”, trattasi della Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973,

61 Questo se il parametro di riferimento è individuato, ad esempio, nella disciplina statunitense. Basti pensare alla lungimiranza e coerenza insiti nello *Sherman Act*, emanato nel 1890 e consistente in una disciplina applicabile ad ogni fattispecie restrittiva della concorrenza, omnicomprensiva, e comunque strutturata in maniera tale da potersi adattare ai rapidi cambiamenti del mercato dettati dall'andamento dell'economia. L'idea che ha guidato la stesura di tale disciplina era quella di proteggere il mercato da qualsiasi illegittima restrizione della concorrenza. Con questo intento venivano redatte le sez. I e II dello *Sherman Act* le quali prevedono che “ogni contratto, combinazione nella forma di trust o altrimenti, o cospirazione che limita gli scambi o il commercio tra i vari Stati, o con nazioni straniere, è per mezzo della presente legge dichiarato illegale”, e ancora che “ogni persona che monopolizzerà o tenterà di monopolizzare o entrerà a far parte di combinazioni o cospirazioni con altra persona o persone, tendenti a monopolizzare qualsiasi parte degli scambi o del commercio fra i vari Stati o con nazioni straniere sarà ritenuta colpevole di reato”. (Traduzione tratta da BERNINI, “Un secolo di filosofia antitrust”, Clueb, Bologna, 1993).

62 Cfr. art. 66 Trattato C.E.C.A., la *ratio* di tale disposizione è da rinvenirsi nella circostanza che il mercato del carbone e dell'acciaio era già allora caratterizzata da un elevato grado di concentrazione tra imprese.

63 Le ragioni di tale scelta possono essere ricondotte anche a considerazioni economiche. Un elevato grado di concentrazione è sicuramente un fattore che incide negativamente sull'equilibrio concorrenziale del mercato, e tuttavia, in un'ottica macroeconomica – che tenga cioè conto dell'andamento dei mercati in senso non solo transnazionale ma anche transcontinentale – anche una troppo elevata frammentazione del mercato può produrre un effetto antieconomico. Dunque al fine di facilitare i rapporti con le grandi imprese americane ed asiatiche si era attivata, in un primo momento, una politica tesa se non a favorire, quantomeno a tollerare le operazioni di concentrazione tra imprese. Cfr., tra l'altro, *Memorandum of the Commission to the Governments of the Member State, Concentration of Enterprises in the Common Market, EEC Competition Series, Study No. 3*, Bruxelles, 1966.

*Europemballage Corporation e Continental Can c. Commissione*⁶⁴, decisione nella quale si rinviene altresì una prima applicazione dei principi stabiliti con il *Memorandum* della Commissione sulle concentrazioni del '66 (cfr. nota 3). Con riferimento all'acquisizione da parte della Soc. americana Continental Can di cospicue quote di mercato nel settore degli imballaggi, la Commissione aveva affermato che la presa di controllo, da parte di una società già in posizione dominante all'interno di uno specifico mercato, su un'altra impresa del settore, avrebbe costituito di per sé un abuso di posizione dominante nella misura in cui avrebbe eliminato o ridotto drasticamente la concorrenza, attuale o potenziale, in quel determinato settore⁶⁵. La Commissione richiamava l'attenzione delle imprese interessate sulla compatibilità dell'operazione con l'allora art. 86 TCE ed avviava d'ufficio un procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 3 del regolamento 17/1962 in base al quale accertava poi, l'abuso di una posizione dominante in capo alle società coinvolte nell'operazione. La decisione era, in seguito, oggetto di ricorso innanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee che la annullava per carenza di adeguata analisi economica sull'accertamento della posizione dominante. Tale sentenza, se da una parte produceva l'effetto pratico di annullare la precedente decisione della Commissione, accogliendo, fra l'altro gli orientamenti già espressi dalla stessa Commissione con il già citato *Memorandum* del '66, dall'altra parte confermava, tramite talune affermazioni, le ragioni poste alla base della precedente decisione assunta dall'organo esecutivo. Particolare significato può essere attribuito alle affermazioni della Corte secondo cui *“il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'articolo 86 del Trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine [...]. Si può infatti considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del Trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato. In questa ipotesi rientra necessariamente la pratica eliminazione di qualsiasi tipo di concorrenza”*⁶⁶. E ancora, confermando in linea di principio le precedenti affermazioni della Commissione, la Corte affermava che: *“gli artt. 81 e 82 mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'efficace concorrenza nel mercato comune. L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 81, non può diventare lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in un'unione fra imprese. In mancanza di espresse disposizioni non si può ritenere che il Trattato, il quale vieta all'art. 81 talune decisioni di semplici associazioni di imprese che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 82 come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza. Una tale diversità di trattamento aprirebbe nel complesso delle norme sulla concorrenza una breccia atta a compromettere il corretto funzionamento del mercato comune”* (grassetto aggiunto).

In breve tempo la giurisprudenza *Continental Can* divenne un punto di riferimento per la disciplina comunitaria della concorrenza. In particolare, dall'analisi della sentenza, i cui passaggi più rilevanti possono ritenersi quelli appena sopra riportati, sono derivati alcuni punti fermi ripresi dalla successiva giurisprudenza :

- un'impresa in posizione dominante sul mercato pone in essere una condotta abusiva nel momento in cui rafforza ulteriormente la propria posizione

64 Causa 6/72, Racc. 1973, pp. 215 e ss..

65 Decisione *Continental Can*, in GUCE n. L 7 dell'8 gennaio 1972, pagg. 25 e ss..

66 Per una più approfondita analisi della cd. giurisprudenza *Continental*, cfr. B. NASCIBENE, M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Giuffrè editore, 2007, pp. 986 e ss..

mediante operazioni di concentrazione e producendo in tal modo una limitazione della concorrenza tale da rendere le residue imprese concorrenti dipendenti dalla stessa o comunque non sufficientemente autonome;

- per rientrare all'interno del campo di applicazione dell'art. 82 TCE non è necessaria l'eliminazione totale della concorrenza, essendo sufficiente una sostanziale riduzione di questa, tale da produrre un effetto per cui le restanti imprese concorrenti non siano più in grado di contrastare il potere di mercato della prima;
- non ha importanza il mezzo o il procedimento attraverso il quale viene realizzata la concentrazione⁶⁷ né occorre procedere alla identificazione di un nesso di causalità in senso stretto tra l'operazione di concentrazione e la posizione dominante, essendo sufficiente accertare l'effettiva produzione degli effetti vietati.

Tuttavia, i limiti più rilevanti della giurisprudenza *Continental Can* non tardarono a manifestarsi. Intanto era evidente sin da allora il ridotto campo di applicazione di una disciplina che, sostanzialmente, prevedeva quale pre-requisito per l'applicabilità la collocazione dell'impresa interessata già in posizione di mercato dominante. Ciò valeva ad escludere tutte quelle operazioni di concentrazione che producevano esse stesse l'effetto di far acquisire all'impresa interessata una posizione dominante sul mercato⁶⁸. Ancora, poi, altra grave lacuna strutturale dell'applicazione dell'art. 82 TCE in luogo di una disciplina *ad hoc* in materia di concentrazioni, era il carattere successivo dell'intervento. In sostanza, la base giuridica e la normativa vigente, rispettivamente art. 82 TCE⁶⁹ e reg. 17/62, non permettevano di realizzare un controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione. E' evidente che l'intervento operato *ex post* riduceva considerevolmente la stessa efficacia dell'azione di controllo, peraltro aumentandone il "costo sociale" e non garantendo la certezza dei rapporti giuridici che nel frattempo potevano costituirsi e consolidarsi.

Diversi fattori portarono dunque la Commissione a raggiungere la consapevolezza della necessità di dettare una specifica disciplina per regolamentare le operazioni di concentrazione: le lacune che l'applicazione della giurisprudenza *Continental Can* aveva evidenziato, unitamente al sempre crescente numero ed al maggior volume delle concentrazioni che si realizzavano, ed alla tendenza della Corte di Giustizia a cercare autonomamente una base giuridica per pronunciarsi su tali fattispecie, produssero l'effetto di far cooperare le istituzioni comunitarie e gli Stati membri per il raggiungimento dell'obiettivo comune. Già nel 1973, infatti, fu presentato un primo progetto di regolamento in materia di concentrazioni, e tuttavia bisognerà attendere il 1989 per vedere realizzata tale disciplina.

67 Cfr. in particolare su quest'ultimo punto, A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, UTET, 1996.

68 Tale circostanza, oltre a qualificarsi come uno dei limiti più evidenti di tale disciplina, era tra l'altro stata ampiamente criticata già all'epoca. Cfr. in particolare risposta alla questione scritta n. 385/75 di M. Scholten, in GUCE n. L 285 del 13 dicembre 1975.

69 Numerose altre concentrazioni furono valutate in quegli anni sulla base dell'art. 82 TCE, tra queste possiamo ricordarne alcune: *Mannesmag/Demag*, III relazione sulla politica di concorrenza (1973), No. 73; *Fiat/Kloekner-Humboldt-Deutz*, V relazione sulla politica di concorrenza (1975), No. 83; *Michelin / Actor*, VIII Relazione sulla politica di concorrenza (1978), No. 146; *Kaiser/Estel*, IX Relazione sulla politica di concorrenza (1979), No. 131; *Amicon/Fortia e Wright Scientific*, XI Relazione sulla politica di concorrenza, (1981) No. 112. Per un catalogo completo di questa prassi cfr. documenti ufficiali delle Relazioni sulla politica di concorrenza e L.F. PAGE, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, Padova, 2007 (Parte X, Cap. 41, pp. 379 e ss.).

Nel frattempo, tuttavia, non solo la Corte di Giustizia reiterò spesso la prassi applicativa basata sull'art. 82 TCE, ma nella prima metà degli anni '80 si pronunciò altresì in una serie di decisioni di carattere negativo nelle quali, fra l'altro, fece trasparire la possibilità di applicare alle operazioni di concentrazioni la disposizione di cui all'art. 81 TCE.

Un altro caso degno di nota e che segnò un'importante passo nell'evoluzione della disciplina comunitaria sulle concentrazioni è certamente il cd. caso *Philip Morris*⁷⁰, su cui vale la pena soffermarsi. Innanzi alla Commissione prima, ed in seguito in sede giurisdizionale innanzi alla Corte di Giustizia, si pose il problema di valutare se e in quale misura l'acquisto di partecipazioni nel capitale di un'impresa concorrente potesse influire sull'equilibrio concorrenziale del mercato. I fatti sono relativamente semplici e si possono riassumere nell'acquisto da parte dell'americana *Philip Morris Inc.* del 50% della *holding* sudafricana *Rembrandt Group Ltd.* A seguito di tale cessione, alcune imprese concorrenti operanti nel settore del tabacco proposero reclamo alla Commissione affermando che una tale operazione avrebbe prodotto effetti negativi sulla concorrenza nel settore. La Commissione, condividendo almeno in parte le rimostranze manifestate dai concorrenti, notificò una serie di addebiti alla *Philip Morris* che, al fine di adeguarsi a quanto evidenziato dalla Commissione, modificò gli accordi sino a renderli compatibili con le esigenze del mercato regolamentato. In seguito, poi, i nuovi accordi furono approvati dalla Commissione stessa ed a nulla valse per le imprese concorrenti il successivo intervento della Corte di Giustizia che sancì definitivamente la liceità degli accordi intercorsi con l'esclusione del verificarsi di condotte anticoncorrenziali.

Seppur con la realizzazione di un risultato negativo per i concorrenti/ricorrenti che avevano portato il caso all'attenzione della Corte, anche tale sentenza deve ritenersi un importante punto fermo nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di concentrazioni. La Corte, infatti, nonostante abbia in concreto escluso la produzione di effetti anticoncorrenziali, non mancò di precisare che una tale fattispecie sarebbe stata comunque idonea in astratto, ed in presenza di particolari circostanze, a produrre effetti distorsivi nel sistema della concorrenza⁷¹.

Dalle due decisioni sopra riportate traspare l'orientamento che la Commissione ha adottato, in un primo momento, nei confronti delle concentrazioni tra imprese, che era dunque tollerata, ed in una certa misura, anche vista con favore⁷² nell'evoluzione del mercato comunitario.

2. L'applicazione del reg. 4064/1989: dal caso *Kali* sino al *revirement* prodotto con le sentenze *Tetra Laval* e *General Electric*

Con il regolamento emanato alla fine degli anni '80 le istituzioni comunitarie colmavano una lacuna che era ormai diventata motivo di preoccupazione nell'ambito della politica di concorrenza. L'aumentare del numero e delle dimensioni delle concentrazioni che avevano luogo tra imprese comunitarie suggerivano la necessità di

70 Cause riunite 142 e 156/84, Sentenza della Corte del 17 novembre 1987.

71 Più precisamente, ai Punti 37, 38 e 39 della Sentenza in discorso la Corte precisava che tali effetti avrebbero ben potuto prodursi nel caso i) di acquisizione del controllo; ii) in cui l'accordo avesse contemplato la collaborazione commerciale tra le imprese interessate o avesse creato strutture idonee ad agevolare tale collaborazione; iii) in cui l'accordo avesse previsto la possibilità che l'acquirente potesse ottenere successivamente il controllo dell'impresa partecipata.

72 Sulle ragioni, prettamente economiche, di tale orientamento ci si è già soffermati *supra*, cfr. nota 3.

una precisa regolamentazione di queste onde evitare che gli effetti positivi delle concentrazioni svolte in un primo momento nel panorama europeo mutassero patologicamente in operazioni aventi carattere distorsivo del regime di libera concorrenza.

Nel giro di pochi anni la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia contribuirono a delineare la portata ed i confini del regolamento 4064/89, precisando, di volta in volta, ed anche in relazione alle fattispecie atipiche e meno frequenti, l'incidenza della normativa nell'economia della concorrenza europea.

Un caso particolarmente interessante all'interno della vasta giurisprudenza così formata, è certamente il cd. caso Kali. Occorre qui svolgere una breve premessa onde contestualizzare meglio la portata della decisione. Nell'applicazione del regolamento 4064/1989, l'accento è stato posto, in un primo momento, sulla valorizzazione degli aspetti strutturali: la creazione o il rafforzamento della posizione dominante. Gli effetti negativi sulla disciplina della concorrenza erano, tipicamente, presunti⁷³. Ed inoltre, la nozione di posizione dominante è stata progressivamente ampliata. Nei primissimi anni di applicazione del regolamento, attenendosi a un'interpretazione letterale della norma, la nozione veniva riferita solo all'operatore principale nel mercato. In seguito, la Commissione ha iniziato a sostenere che l'articolo 2 del regolamento consentisse di colpire anche la posizione dominante detenuta collettivamente da più imprese. Questo è proprio il *core issue* del caso Kali che ha concretizzato l'ipotesi di un oligopolio collusivo. Le società tedesche *Kali und Salz AG* e *Mitteldutsche Kali AG* notificavano alla Commissione un progetto di concentrazione ai sensi dell'allora vigente regolamento. Tali società operavano nel settore del potassio e del salgemma, settore, peraltro, in cui si rilevava un basso livello di concorrenza tra operatori. L'analisi della Commissione portò questa a ritenere che l'operazione avrebbe determinato una posizione dominante collettiva nel mercato comunitario dei prodotti a base di potassio⁷⁴. Tuttavia, in seguito, nel dicembre del 1993, la Commissione consentiva ed autorizzava l'operazione subordinandola a determinate condizioni. La Francia, unitamente alla SCPA e all'AMC⁷⁵ si rivolgeva alla Corte di Giustizia sollevando talune questioni che certamente meritavano un approfondimento. L'interesse e la portata del caso emergono evidenti dalle stesse considerazioni con cui gli attori introducevano la causa innanzi alla Corte. Con particolare riferimento alla questione centrale dell'applicabilità del regolamento 4064/1989 alle posizioni dominanti collettive la Corte⁷⁶ aveva modo di osservare che “l'argomento delle ricorrenti secondo cui la scelta del fondamento giuridico di per sé stessa suggerirebbe che il regolamento non si applichi alle posizioni dominanti collettive non può essere accolto”, a sostegno di tale orientamento la Corte portava almeno tre argomenti:

73 Gli effetti negativi per i consumatori sono stati a lungo tempo ignorati o comunque non sufficientemente considerati in un'ottica generale di salvaguardia degli interessi del mercato in senso stretto (dunque con particolare riguardo *in primis* ai concorrenti delle imprese che ponevano in essere concentrazioni rilevanti per il diritto comunitario).

74 Più precisamente, come osservato in B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI, op. cit., “l'analisi della Commissione si fondava, da un lato, sulla considerazione che l'offerta al di fuori del gruppo Kali und Salz/Mitteldutsche Kali e SCPA (consociata francese) era atomizzata e faceva capo ad operatori non in grado di intaccare la quota di mercato complessiva di circa il 60% detenuta dal duopolio e, dall'altro, sulla presunzione secondo cui tra Kali und Salz/Mitteldutsche Kali e SCPA non si sarebbe instaurata alcuna concorrenza effettiva, sia per le caratteristiche del mercato dei sali di potassio, sia per il comportamento tenuto in passato da Kali und Salz/Mitteldutsche Kali e SCPA, sia, infine, per l'intreccio di rapporti esistenti da molto tempo tra di esse”.

75 Si tratta delle due imprese francesi coinvolte nell'operazione: SCPA *Société commerciale des potasses et de l'azote* e EMC *Entreprise minière et chimique*.

76 Francia e a. contro Commissione, cause riunite C-68/94 e C-30/95, 31 marzo 1998, Racc. I-1375.

- in primo luogo, come anche osservato dall'Avv. Generale nelle proprie conclusioni, gli artt. 87 e 235 del Trattato avrebbero potuto, teoricamente, essere utilizzati come base giuridica di una disciplina che consentisse di intervenire anche in via preventiva nei confronti di operazioni di concentrazione che creano o che rafforzano in modo significativo il gioco della concorrenza;
- in relazione all'art. 2 del reg. 4064/1989 la Corte osservava come non fosse sostenibile la tesi secondo cui tale articolo fosse preposto unicamente all'intervento in caso posizione dominate individuale, e, seppur non espressamente previsto, doveva ritenersi la sua applicabilità anche in caso di posizione dominante a carattere collettivo (questa interpretazione estensiva della norma deve ritenersi lecita laddove l'art. 2 non esclude espressamente la possibilità di applicare il regolamento a casi in cui le operazioni di concentrazione conducano alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante di carattere collettivo, cioè e nel caso di specie particolarmente-detenuta dai partecipanti alla concentrazione unitamente ad un soggetto terzo);
- da ultimo, neppure il riferimento operato dalle ricorrenti ai lavori preparatori consentiva di ritenere che nella portata della locuzione “posizione dominante” fosse ricompresa la posizione dominante collettiva⁷⁷.

Esclusa l'accogliibilità dell'eccezione così sollevata dalle ricorrenti, la Corte operava dunque un'interpretazione della norma, l'art. 2 del reg. 4064/1989, “*sulla scorta della sua finalità e disciplina generale [della disciplina] (v., in questo senso, sentenza 7 febbraio 1979, causa 11/76, Paesi Bassi/ Commissione, Racc. pag. 245, punto 6)*”. A questo proposito si rilevava che il regolamento, a differenza degli artt. 85 e 86 del Trattato, sarebbe stato destinato ad essere applicato a tutte le operazioni di concentrazione aventi carattere comunitario qualora queste risultassero incompatibili con il regime di concorrenza instaurato dal Trattato. Conseguentemente, al punto 171 della sentenza veniva affermato che “un'operazione di concentrazione che crei o rafforzi una posizione dominante delle parti interessate con un'entità terza all'operazione è atta a risultare incompatibile con il regime di concorrenza non falsato voluto dal Trattato”. Con un'interpretazione *a contrariis*, infatti, si sarebbe giunti all'irragionevole risultato di privare il regolamento di una parte del suo effetto utile senza che ciò sia realmente necessario all'economia generale del regime comunitario di controllo delle concentrazioni. Da ultimo, poi, dall'ulteriore analisi delle motivazioni della sentenza è altresì possibile trovare una soluzione ad un altro non irrilevante problema sollevato dalle ricorrenti: in un procedimento di tal guisa, i diritti di difesa dell'impresa terza comunque interessata dall'operazione, si troverebbero irrimediabilmente compromessi. Su questo punto la Corte ha rilevato che: “*né l'argomento relativo alla mancanza di garanzie procedurali né quello riguardante il 'quindicesimo'*⁷⁸ *considerando del*

77 Punto 167 della Sentenza: “*Pertanto, i lavori preparatori non sono in grado di fornire indicazioni utili per l'interpretazione della nozione controversa (v., in questo senso, sentenza 1° giugno 1961, causa 15/60, Simone/Corte di Giustizia, Racc. pag. 213)*”.

78 Il 'quindicesimo' considerando del reg. 4064/1989 dispone che: “*La Commissione dovrebbe poter rinviare ad uno Stato membro le concentrazioni notificate di dimensione comunitaria che rischiano di incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato, all'interno del suddetto Stato membro, che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto. [...]*” cfr. quindicesimo 'considerando' reg. 4064/1989, sulla possibilità di rinvio agli Stati membri del controllo su determinati tipi di concentrazione.

regolamentato sono tali da rimettere in discussione l'applicabilità del regolamento ai casi di posizione dominante collettiva derivanti da operazioni di concentrazione”, infatti, proseguendo la Corte statuiva che “riguardo al primo di tali argomenti si deve osservare che il regolamento non prevede espressamente l'obbligo di dare, alle imprese terze all'operazione di concentrazioni considerate come il polo esterno dell'oligopolio dominante, la possibilità di esprimere utilmente il loro punto di vista” ed ancora, concludendo, “pur assumendo [...] che la progettata operazione di concentrazione instaura o rafforza una posizione dominante collettiva tra le imprese interessate e un'impresa terza, possa di per sé essere lesivo per quest'ultima, si deve ricordare che il rispetto dei diritti di difesa in qualunque procedimento costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che deve essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma di procedura a riguardo⁷⁹”. L'orientamento estensivo che la Commissione e la Corte avevano abbracciato con tale decisione, in un certo senso anche in antitesi al punto di vista adottato nel periodo precedente all'entrata in vigore del regolamento stesso, emerge con forza, da ultimo, con riferimento alla considerazioni conclusive svolte dai Giudici: “[...] tenuto conto dello scopo del regolamento [...], il fatto che nel suo ambito non sia stata espressamente prevista, da parte del legislatore comunitario, una procedura in grado di garantire il diritto di difesa delle imprese terze ritenute detentrici di una posizione dominante collettiva con le imprese partecipanti alla concentrazione non può essere considerato come una prova decisiva dell'inapplicabilità di detto regolamento alle posizioni dominanti collettive”. Dall'analisi di questa giurisprudenza traspare in maniera evidente il *revirement* applicativo, della Commissione, e giurisprudenziale, della Corte, in relazione al mutato atteggiamento nei confronti delle operazioni di concentrazione. A circa metà degli anni '90, l'ormai compiuta evoluzione del mercato comunitario aveva evidenziato tutti gli aspetti negativi di un eccessivo livello di concentrazione tra imprese, e le istituzioni comunitarie dopo averne preso atto “correvano ai ripari”, estendendo, talvolta, le proprie competenze anche al di là del dato letterale previsto dalla normativa e dal regolamento.

Procedendo a tappe rilevanti nell'evoluzione dell'orientamento finora descritto, viene in evidenza il caso *Airtours-First Choice*⁸⁰, nel quale la Commissione è andata ancora oltre rispetto all'interpretazione estensiva adottata nel caso *Kali*, applicando la nozione di posizione dominante collettiva anche a situazioni di oligopolio non collusivo. Secondo questa prospettiva, viene qualificato comportamento anticoncorrenziale anche il solo aumento di potere di mercato che deriva dalla semplice riduzione del numero degli operatori, a prescindere dall'esistenza di un coordinamento tacito. Tuttavia, la decisione a cui la Commissione era approdata per il tramite dell'anzidetta interpretazione estensiva, fu, in questo caso, disattesa dal Tribunale di primo grado. Nel 1999 la società britannica *Airtours plc* rendeva pubblica l'intenzione di acquistare l'intero capitale di una società concorrente e notificava alla Commissione tale progetto. L'esame poi svolto in seno alla Commissione si concludeva con una decisione che dichiarava l'operazione come incompatibile con il mercato comune poiché avrebbe creato una posizione dominante collettiva nel mercato britannico (la nozione di mercato rilevante in questione era individuata nel mercato britannico dei pacchetti di vacanza all'estero con destinazioni a corto raggio). La società *Airtours* presentava dunque ricorso per annullamento, fondato sostanzialmente su due motivi: il primo concernente l'errata individuazione del mercato rilevante, ed il secondo basato sul presupposto che la Commissione avesse applicato un'inedita nozione, ed errata, di posizione dominante collettiva. Dunque,

79 “n., in questo senso, sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-LaRoche/Commissione*, Rac. pag. 461, e 24 ottobre 1996, causa C-32/95, *Commissione/Lisrestal e a.*, Racc. pag. I-5373, punto 21”.

80 *Airtours plc. c. Commissione*, causa T-342/99, 6 giugno 2002, Racc. II-2585.

come già anticipato, si trattava della prima applicazione della normativa in materia di concentrazioni, ad un caso di oligopolio non collusivo.

Per quanto riguarda l'errata individuazione del mercato rilevante, la questione è tutta incentrata sulla differenza (leggi “sostuibilità”), tra pacchetti vacanze “a corto raggio” e “a lungo raggio”. I secondi sono individuati con quelle mete che prevedono uno spostamento aereo maggiore di tre ore. Il Tribunale, dopo aver effettuato un'attenta analisi degli argomenti portati sul punto da entrambe le parti, conclude ritenendo che la Commissione ha effettuato una corretta individuazione del mercato rilevante nel caso di specie, e ciò senza andare oltre i limiti del proprio potere discrezionale⁸¹. Pertanto il primo motivo di annullamento veniva respinto in quanto infondato. Passando poi all'esame del secondo, e ben più rilevante, motivo avanzato dalle ricorrenti, il Tribunale, nel riformare la decisione della Commissione, ha avuto modo di individuare in astratto alcune condizioni necessarie a comprovare l'esistenza di una posizione dominante collettiva di tal genere (ricordiamo trattavasi di oligopolio non collusivo) :

- ogni impresa ritenuta coinvolta deve essere in grado di conoscere il comportamento delle altre, così da poter verificare se esse seguono effettivamente i comportamenti concordati (*monitoring*);
- devono sussistere adeguati meccanismi di punizione nel caso di deviazione dall'equilibrio di uno dei partecipanti all'intesa (*retaliation*), cosicché eventuali terzi concorrenti presenti e futuri non siano in grado di turbare l'equilibrio;
- la prevedibile reazione dei concorrenti, effettivi e potenziali, nonché dei consumatori, non deve essere in grado di inficiare i risultati attesi dalla comune linea d'azione.

Alla luce anche di tali requisiti, ed a seguito di un'attenta analisi del ragionamento svolto dalla Commissione, il Tribunale accertava che “ [...] la Decisione, lungi dall'aver basato la sua analisi prospettica su elementi di prova solidi, è viziata da un insieme di errori di valutazione che riguardano elementi importanti per la valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva. Ne consegue che la Commissione ha vietato l'operazione [...] senza dimostrare un ostacolo significativo ad un'effettiva concorrenza nel mercato di cui trattasi”

Il caso *Airtours-First Choice* ha dunque posto un freno alla linea interpretativa estensiva della nozione di dominanza (almeno per quanto riguarda l'oligopolio non collusivo). Ad un primo periodo di applicazione prudente, è seguito un secondo periodo di applicazione più aggressiva dei divieti e delle misure correttive⁸² ed il caso *Airtours* è espressione dell'arrestarsi, in un certo senso, di questa seconda fase.

Proseguendo nell'analisi della giurisprudenza, necessario riflesso degli orientamenti di volta in volta adottati dalle istituzioni comunitarie, non possono non venire in evidenza alcuni particolari casi di concentrazioni cosiddette “conglomerati”, poste in essere cioè da imprese operanti in diversi mercati. A riguardo la politica della Commissione pare essere stata alquanto controversa, e disattesa poi dai relativi

81 Cfr., in particolare, i passaggi della sentenza da n. 17 a n. 48. Particolarmente interessante anche l'operato riferimento alla giurisprudenza precedente: “19. Occorre osservare innanzitutto che, per quanto riguarda l'applicazione del regolamento 4064/89, [...], l'adeguata definizione del mercato rilevante è una condizione necessaria e previa alla valutazione degli effetti sulla concorrenza della concentrazione tra imprese notificata (v. in tal senso, la sentenza della Corte 31 marzo 1998 cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, detta *Kali&Salz*)”

82 Per una sintesi efficace rinvio a un recente articolo di Nicholas Levy su “*EU Merger Control: from Birth to Adolescence*” (World Competition, 2003).

controlli giurisdizionali del Tribunale e della Corte di Giustizia. Nel cd. caso *Laval*⁸³, ad esempio, la decisione assunta in prima battuta dalla Commissione, che dichiarava l'operazione di concentrazione notificata come incompatibile con il mercato comune, fu immediatamente impugnata dalla società, la *Tetra Laval BV*, innanzi al Tribunale di I grado, che, accogliendo le doglianze della ricorrente, annullò la decisione dell'organo esecutivo⁸⁴. In particolare, e fra l'altro, il Tribunale aveva ritenuto che la Commissione avesse commesso dei rilevanti errori di valutazione con riferimento al cd. effetto leva⁸⁵ ed all'effettivo rafforzamento della posizione dominante della *Tetra* nel settore di riferimento⁸⁶. Senza scendere nel dettaglio dell'analisi della pronuncia del Tribunale, basti qui rilevare che dal dato letterale della sentenza traspare nitidamente l'idea che le concentrazioni cd. conglomerali siano generalmente "neutre" per l'equilibrio della concorrenza, e anzi, che talvolta possano addirittura produrre effetti positivi su questa (anche qui, ovviamente, si tratta sempre di considerazioni a carattere maggiormente economico che giuridico). In estrema sintesi e buona sostanza, il Tribunale ritenne che alla fattispecie in esame, ed in generale alle cd. concentrazioni conglomerali, potesse essere applicata una presunzione di compatibilità con il diritto della concorrenza comunitario particolarmente forte. Tuttavia, da parte sua la Commissione impugnò a sua volta la sentenza del Tribunale innanzi alla Corte di Giustizia per ottenerne l'annullamento. La Commissione invocava a sostegno della propria tesi diversi motivi di ricorso (cinque formalmente, riconducibile sostanzialmente a quattro argomenti/obiezioni). Ripercorrendo le ragioni della Commissione dal punto di vista della Corte di Giustizia, è possibile apprezzare, da una parte, il merito e la fondatezza delle ragioni stesse, e dall'altra, delineare i contorni dell'approccio utilizzato dalla Corte nell'affrontare tali, complesse, questioni⁸⁷. Analizziamo dunque i motivi di ricorso e la relativa analisi svolta dalla Corte:

con il primo motivo di ricorso la Commissione contestava la richiesta operata dal Tribunale in relazione al livello probatorio ed alla qualità degli elementi di prova presentati a sostegno della propria argomentazione, ritenendo tale richiesta incompatibile con l'ampio potere discrezionale di cui la Commissione dispone quando occorre effettuare considerazioni di ordine economico.

La soluzione di tale prima questione è relativamente semplice. Il Tribunale, infatti, aveva correttamente parametrato le richieste avanzate alla Commissione agli stessi

83 Commissione c. *Tetra Laval BV*, causa C-12/03 P, 15 febbraio 2005, Racc. I-1113.

84 *Tetra Laval BV* c. Commissione I, causa T-5/02, 25 ottobre 2002, Racc. pag. II-4318.

85 L'effetto leva è un concetto sostanzialmente economico che in estrema sintesi, ed ai soli fini che qui interessano, può essere descritto come quello effetto derivante dallo sfruttamento del potere detenuto in un mercato al fine di provocare od indurre l'uscita dei concorrenti da un altro e diverso mercato.

86 I fatti alla base di tale pronuncia sono, invero, piuttosto noti. La Commissione, in applicazione del reg. 4064/89 avviava un procedimento relativo all'acquisizione da parte della *Tetra Laval BV*, società finanziaria del gruppo Tetra, che include al suo interno anche la società *Tetra Pak*, impresa leader a livello mondiale nell'imballaggio in cartone e ritenuta occupare una posizione dominante, in particolare, nel campo dell'imballaggio asettico, della Società *Sidel SA* (a sua volta impresa produttrice di macchine atte all'imballaggio ed ai trattamenti cd. a barriera).

87 In particolare occorre osservare che l'impianto giuridico-teorico utilizzato dalla Corte nel decidere tale caso, è sostanzialmente il medesimo adottato poi nel successivo caso cd. *General Electric Company*.

criteri del sindacato giurisdizionale cristallizzati nella pronuncia *Kali & Salz*⁸⁸. Sebbene la Corte riconosca pacificamente alla Commissione l'ampio potere discrezionale di cui questa dispone in tali casi, “*ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica*” ((punto 39 della relativa sentenza). Al termine della disamina di questo ed altri profili connessi, la Corte riteneva che il Tribunale aveva rispettato i criteri del sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice comunitario – aveva rispettato dunque l'art. 230 CE – e dichiarava il primo motivo di ricorso infondato;

con il secondo motivo la Commissione lamentava la violazione da parte del Tribunale degli artt. 2 e 8 del regolamento in quanto questi aveva imposto di tener conto dell'incidenza del carattere illegale di determinati comportamenti sugli incentivi esercitati sulla nuova entità a far uso di un effetto leva, e ancora di valutare, quale eventuale misura correttiva, l'impegno di non adottare comportamenti abusivi.

Sulla questione avanzata con il secondo motivo di ricorso occorre evidenziare che, se anche il Tribunale avesse commesso un errore di diritto respingendo le conclusioni della Commissione inerenti all'adozione, da parte della nuova impresa, di comportamenti idonei a produrre il cd. effetto leva, esso ha comunque correttamente statuito in ordine al fatto che la Commissione avrebbe dovuto tenere in maggiore considerazione gli impegni sottoscritti dalla Tetra in merito al futuro comportamento della nuova impresa;

con il terzo motivo di annullamento la Commissione sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto ricorrendo ad un errato criterio di sindacato giurisdizionale e una violazione dell'art. 2 del regolamento nei limiti in cui ha stabilito che la “*decisione non fornisce sufficienti elementi per giustificare la definizione di sottomercati distinti delle macchine SBM, secondo la loro utilizzazione finale*” e che “*pertanto, gli unici sottomercati da prendere in considerazione sono quelli delle macchine a bassa capacità*”.

I primi due argomenti del terzo motivo vengono qualificati, rispettivamente, come ininfluenti ed incoferenti⁸⁹. Per quanto attiene all'altro argomento, che sostanzialmente mira a contestare la valutazione del Tribunale relativa al carattere generico delle macchine SBM, alla possibilità di definire a quale gruppo appartenga un dato cliente ed all'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi in relazione a tali macchine, la Corte rileva come tali circostanze debbano essere dichiarate irricevibili, in quanto pongono in discussione la valutazione di elementi di prova effettuata dal Tribunale⁹⁰. Per tali ragioni anche il terzo motivo addotto dalla Commissione deve ritenersi in parte irricevibile, ed in parte infondato;

88 Cfr. supra *Kali*

89 Punto 103 della sentenza: “*Infatti, dalla lettura dei punti 259, ultima frase, e 268 della sentenza impugnata emerge che, nell'ambito dell'individuazione di mercati distinti, il Tribunale non si è pronunciato relativamente alla prova diretta di una discriminazione [...], ossia la possibilità di determinare con precisione a quale gruppo appartenga un dato cliente e l'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi*”.

90 Valutazione che, evidentemente, non può essere assoggettata al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

infine, poi, con il quarto motivo di ricorso la Commissione ha sostenuto la violazione da parte del Tribunale dell'art. 2 del regolamento, avendo omesso di rilevare alcuni argomenti portati dalla Commissione stessa a sostegno della fondatezza della sua ipotesi – quella cioè secondo cui la *Tetra* con l'operazione in discorso avrebbe rafforzato al sua posizione dominante - .

L'analisi di tale motivo deve prendere avvio dal panorama dei concorrenti dell'impresa intressata⁹¹. Precedentemente il Tribunale aveva ritenuto che la sola circostanza che la *Tetra* già prima dell'operazione di concentrazione detenesse una posizione dominante all'interno del mercato di riferimento, non di per sé elemento che possa autonomamente provare la diminuzione della concorrenza. Anzi, l'impresa stessa contestava tale punto affermando che la mancanza di innovazione (che sarebbe invece stata prodotta dalla concentrazione in questione) avrebbe avvantaggiato gli allora concorrenti della *Tetra* producendo effetti negativi sul mercato. Il Tribunale, infine, si è fondato sulle potenziali reazioni dei concorrenti della *Tetra* per confutare l'affermazione della Commissione secondo cui una volta portata a termine la concentrazione l'impresa avrebbe aumentato i prezzi senza che la nuova entità apportasse elementi innovativi nel settore. Pertanto non si può ritenere fondata la doglianza espressa dalla Commissione secondo cui la concorrenza potenziale sarebbe del tutto slagata dalla relazione di concorrenza esistente tra l'impresa considerata dominante e le altre imprese operanti nel mercato di riferimento.

3. Cenni sulla successiva evoluzione e sulla riforma del reg. 139/2004

Come già accennato *supra* occorre rilevare che le sentenze *Tetra Laval* e la successiva *General Electric*⁹², oltre ad avere in comune lo stesso impianto sostanziale, con riferimento alle decisioni assunte dal Tribunale e dalla Corte, segnano altresì il passaggio della Commissione ad una nuova prospettiva in materia di controllo delle concentrazioni. In estrema sintesi e buona sostanza, le due sentenze, oltre ad aver sottolineato in concreto le carenze probatorie delle decisioni della Commissione, hanno messo in luce importanti aspetti sostanziali riguardo alla portata del divieto ed hanno imposto una più attenta valutazione economica dei casi sottoposti all'attenzione della Commissione. L'effetto dell'arresto operato con tale ultima giurisprudenza è stato tale per cui la Commissione stessa si è trovata necessariamente a dover rivedere le proprie prospettive in materia di controllo delle concentrazioni. In primo luogo essa ha sciolto la *Merger task force* fino ad allora preposta al controllo delle concentrazioni, ed in seguito, ha avanzato diverse proposte per migliorare la disciplina del controllo sulle concentrazioni. Tali proposte possono afferirano sostanzialmente a tre macroaree: le procedure interne ed il successivo controllo giurisdizionale, il ruolo dell'analisi economica e gli aspetti sostanziali della disciplina. Sintenticamente possiamo osservare che con riguardo al primo punto l'intento è stato quello di rendere maggiormente garantista per le imprese interessate il controllo effettuato sulle operazioni di concentrazione, in particolare il *punctum dolens* è da

91 Come l'art. 2 del reg. 4064/1989 impone, al fine di valutare la compatibilità di una determinata operazione con l'equilibrio della concorrenza nel mercato comune, la Commissione deve tenere conto di diversi elementi che spaziano dalla struttura del mercato rilevante al grado di concorrenza effettiva e potenziale posto in essere dagli altri operatori del settore.

92 *General Electric Company c. Commissione*, causa T-210/01, 14 dicembre 2005, Racc. II-5575

rinvenire nella circostanza secondo cui chi presiede allo svolgimento dell'istruttoria è il medesimo soggetto che poi assume la decisione⁹³. Con riferimento, invece, all'analisi economica, occorre rilevare che questa, pur rivestendo un'importanza sempre maggiore nella valutazione delle decisioni assunte dalla Commissione, non può da sola giustificare l'adozione, o meno, di determinate misure. In pratica il ruolo dell'analisi economica dovrebbe essere al contempo, da una parte valorizzato, e dall'altra prudentemente valutato quale parte, fondamentale, di un “*pattern*” complesso e multidisciplinare.

Nel gennaio del 2004, poco più di una dozzina di anni dopo l'entrata in vigore della prima normativa organica in materia di controllo sulle concentrazioni, La Commissione europea ha adottato il cd. “*reform package*” varando una riforma anche sostanziale del *merger control* a livello europeo⁹⁴.

La rapida ricognizione che precede della giurisprudenza comunitaria in materia di controllo delle concentrazioni, seppur non esaustiva e senza pretese di completezza, permette di apprezzare, sia da un punto di vista prettamente giuridico che da un punto di vista più generale di politica economica, il rapido evolversi della disciplina in questione. Seppur è vero che la Comunità Europea è giunta relativamente tardi ad elaborare una normativa organica su tale materia, è altrettanto vero che questo ha permesso al legislatore europeo di evitare gli errori commessi da altre discipline nazionali. La natura stessa della materia trattata ha poi imposto una revisione per così dire “a breve termine” e l'osservazione del rapidissimo evolversi della disciplina comunitaria in questa materia, oltre ad essere espressione dinamica di un “nuovo modo di fare diritto”, consente di apprezzare altresì la portata del controllo giurisdizionale svolto in seno alla Comunità Europea. In estrema sintesi e buona sostanza, è possibile interpretare parte dell'evoluzione *supra* ripercorsa⁹⁵ come un processo dialettico in cui la crescita e l'adattamento della normativa è il risultato di una dialettica conflittuale tra la Commissione e le istituzioni giurisdizionali dell'Unione, il Tribunale di I grado o la Corte di Giustizia. Un procedimento che potrebbe quasi definito quasi maieutico, di consapevole crescita e adattamento di una disciplina al sostrato fattuale su cui la stessa dovrà operare.

93 “Un ruolo di vero garante può essere svolto solo dal Tribunale. Da questo punto di vista è positivo che, a partire dal 2001, siano stati introdotti vari accorgimenti per accelerare le sentenze in materia di concentrazioni. Ma i poteri del Tribunale dovrebbero essere estesi alla sospensione cautelare delle decisioni della Commissione, senza la quale la capacità delle imprese di resistere alle richieste di misure correttive, pur se infondate, è pressoché nulla. In generale, le decisioni del Tribunale dovrebbero giungere con la massima tempestività, dato gli effetti altrimenti irreversibili di una decisione di divieto”, S.MICOSI, “Il ruolo dell'analisi economica nella nuova disciplina del controllo delle concentrazioni”.

94 Per quanto riguarda le sostanziali novità e la portata della riforma si fa riferimento all'articolo recentemente pubblicato sul portale *web* Diritto&Diritti “Il quadro normativo delle concentrazioni: dalla legislazione europea a quella nazionale” cura di G. ADAMO, R. STRANGIO, G. PESCE.

95 Ci si riferisce in particolare all'ultima parte della presente trattazione, quella cioè inerente in particolare alle pronunce *Tetra Laval BV* e *General Eletric Company c. Commissione* in cui la conflittualità tra le decisioni assunte dalla Commissione e la riforma di queste operata dal Tribunale è particolarmente evidente.

Bibliografia:

- BASTIANON S., *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Giuffrè editore, 2011.
- BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Clueb, Bologna, 1993.
- M. CARDARELLI, *Concentrazioni: spunti tra regole codicistiche e mercato*, Giuffrè, Milano, 1996.
- A. CATRICALÀ – E. GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Utet Giuridica, 2011.
- M. CUPIDO, *Concentrazione con apporto di attività tra due società esistenti*, in *Le Società*, Ipsoa, Milano, fasc. n. 12, 1991.
- DE PRA, *La procedura di controllo delle concentrazioni tra imprese nel mercato globale*, Bonomo Editore, Bologna, 2010.
- A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, UTET, 1996.
- F. GALGANO – F. MARELLA, *Diritto del Commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2007.
- G. GHIDINI, *Monopolio e Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto XXVI*, Giuffrè, Milano.
- N. LEVY, *EU Merger Control: from Birth to Adolescence*, in *World Competition*, 2003.
- N. LIPARI – I. MUSU, *La concorrenza tra economia e diritto*, Cariplo – La terza, Bari, 2000.
- MEROLA – AMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti della procedura*, in *Diritto Unione Europea*, 2004.
- S. MICOSSÌ, *Il ruolo dell'analisi economica nella nuova disciplina del controllo delle concentrazioni*, reperibile all'indirizzo www.learlab.it/Relazioni/Micossi.pdf
- B. NASCIMBENE - M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Giuffrè Editore, 2007.
- L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, Padova, 2007.
- L. POTITO, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2009.
- S. SERAFINI, *Il diritto europeo della concorrenza e le risposte alla sfida della globalizzazione. Un caso esemplare: la valutazione delle concentrazioni nel Reg. CE n. 139/2004*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2008.

Appendice normativa e giurisprudenziale

Riferimenti normativi nazionali:

Legge 10 ottobre 1990, n. 287, “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”;

Legge 1 marzo 1994, n. 153, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 gennaio 1994, n. 26”;

D.lgs. 22 novembre 2004, n. 28, "Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche, a norma dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".

Riferimenti normativi comunitari:

Il Trattato costitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), Parigi, 1952;

Regolamento n. 4064/1989 del Consiglio, del 21 dicembre 1989;

Regolamento n. 1310/1997 del Consiglio, del 30 giugno 1997;

Regolamento n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002;

Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004;

Comunicazione della Commissione CE, 90/C 203/53;

Comunicazione della Commissione CE, 94/C 385/01;

Comunicazione della Commissione CE, 2001/C 188/03;

Comunicazione della Commissione CE, 2004/ C 31/ 03;

Giurisprudenza rilevante:

Procedimento C-15/60, Gabriel Simon c. Corte di Giustizia, 1 giugno 1961;

Procedimento C 6-72 R, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione;

Procedimento cause riunite 19 e 20/74, Kali und Salz Ag e Kalichemie ag c. Commissione, 14 maggio 1975;

Procedimento C- 85/76, Hoffman-LaRoche c. Commissione, 13 febbraio 1979;

Procedimento cause riunite 142 e 156/84. *British American Tobacco Company Ltd e R.J. Rebolds Industries inc. c. Commissione*; 21 febbraio 1984;

Procedimento cause riunite 142 e 156/84, 17 novembre 1987;

Procedimento C-32/95, *Lisrestal e altri c. Commissione*, 24 ottobre 1996;

Procedimento cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e altri c. Commissione*, 31 marzo 1998;

Procedimento T-342/99, *Airtours plc. c. Commissione*, 6 giugno 2002;

Procedimento causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione I*, 25 ottobre 2002;

Procedimento causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, 15 febbraio 2005;

Procedimento causa T-210/01, *General Electric Company c. Commissione*, 14 dicembre 2005;

Procedimento T-2/93, *Tribunale I gr. CE*, 19 maggio 1994;

Procedimento T-347/00, *Tribunale I gr. CE*, 8 luglio 2003;

Procedimento T-158/00, *Tribunale I gr. CE*, 30 settembre 2003;

Procedimento T-87/05, *Trib. I gr. CE*, 21 settembre 2005;

Procedimento T-464/04, *Tribunale I gr. CE*, 13 luglio 2006;