



Dipartimento di GIURISPRUDENZA

Cattedra di DIRITTO della CONCORRENZA e dell'INNOVAZIONE

**VALUTAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE  
IN BASE ALLA NORMATIVA EUROPEA**

RELATORE

Prof. GUSTAVO OLIVIERI

CANDIDATO

Francesco Ballardini

Matr . 115133

CORRELATORE

Prof. MEO GIORGIO

ANNO ACCADEMICO 2015 2016

**VALUTAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE  
IN BASE ALLA NOMATIVA EUROPEA**

**Indice**

<b>Introduzione</b> .....	<b>3</b>
<b>Capitolo I</b> .....	<b>5</b>
1. Il controllo delle operazioni di concentrazione .....	5
2. Evoluzione del controllo sulle concentrazioni .....	8
3. Nozione di concentrazione .....	18
3.1 Fusione .....	20
3.2 Acquisto del controllo .....	22
3.3 Imprese comuni o joint venture .....	25
3.4 Eccezioni .....	27
4. Le partecipazioni di minoranza non di controllo: nuova frontiera della disciplina antitrust?.....	28
4.1 La disciplina attuale .....	28
4.2 Effetti anti-competitivi .....	30
4.3 Analisi empirica .....	34
4.4 Strumenti giuridici per il controllo dell'acquisto di partecipazioni di minoranza .....	38
4.5 La proposta della Commissione .....	43
4.6 Considerazioni sulla proposta della Commissione .....	45
<b>Capitolo II</b> .....	<b>50</b>
<b>1. Valutazione sostanziale delle concentrazioni in base alla normativa europea</b> .....	<b>50</b>
1. Evoluzione normativa .....	50
2. Regolamento 4064/89 - Test di dominanza .....	51
2.1 La posizione dominante .....	51
2.2 Il test di dominanza nel regolamento n. 4064/89 .....	56
3. Evoluzione nell'applicazione del test di dominanza .....	59
4. Regolamento 139/2004 - SIEC test .....	62
4.1 Valutazione concentrazioni basata su effetti verso concorrenza .....	63

4.2 Eliminazione di una possibile lacuna nel test di dominanza .....	72
5. Effetti dell'introduzione del SIEC test .....	81
<b>2. Procedura di controllo delle concentrazioni.....</b>	<b>83</b>
<b>1. La giurisdizione .....</b>	<b>83</b>
1.1. La ripartizione della giurisdizione tra Commissione e Stati membri .....	83
1.2. Le soglie di fatturato dell'art. 1 del Regolamento 139/2004 .....	85
1.3. I meccanismi di rinvio .....	87
1.3.1 Le riallocazioni pre-notifica .....	87
1.3.2 Le riallocazioni post-notifica .....	89
1.3.3 Eccezioni .....	93
1.4. Conclusioni .....	96
<b>2. La procedura di controllo .....</b>	<b>98</b>
2.1 Notificazione .....	98
2.2 Sospensione della concentrazione .....	102
2.3 Fase 1 e fase 2 .....	104
2.4 Misure correttive .....	109
2.4.1 Aspetti procedurali .....	110
2.4.2 Tipologie di misure correttive .....	113
2.5 Stato di crisi dell'impresa o Failing Firm Defence .....	118
2.6 Controllo giudiziario .....	123
 <b>Capitolo III .....</b>	 <b>132</b>
1. Introduzione .....	132
2. Casi nel settore delle telecomunicazioni mobili .....	133
2.1 Caso No M.6497 – Hutchison 3G Austria / Orange Austria.....	133
2.2 Caso No COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland .....	136
2.3 Caso M.7018 – Telefónica Deutschland / E-Plus .....	139
2.4 Caso M.7419 – Teliasonera AB / Telenor ASA .....	143
2.5 Caso M.7612 – Hutchison 3G UK / Telefonica UK .....	145
2.6 Caso M.7758 – Hutchison 3G ITALY / WIND / JV .....	149
3. Conclusioni .....	151
 <b>Conclusioni .....</b>	 <b>156</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>171</b>

## Introduzione

Il presente elaborato esamina il funzionamento della disciplina europea sul controllo delle operazioni di concentrazione. Si compone di tre capitoli, il primo dei quali si occupa di definire la nozione di concentrazione e spiegare l'origine e l'evoluzione della normativa che regola questo tipo di operazioni a livello comunitario. Nel primo paragrafo si chiariscono le ragioni per cui è necessario prevedere un sistema di controllo delle concentrazioni al fine di tutelare la concorrenza e di come questo si distingua dalle altre norme che compongono il diritto antitrust quali il divieto di intese e l'abuso di posizione dominante. In seguito si ripercorrono le vicende politiche che hanno condotto all'adozione del primo regolamento europeo che disciplinava le concentrazioni. Nel paragrafo successivo si esamina la nozione di concentrazione su cui si basa la giurisdizione del regolamento europeo, analizzando anche le tre modalità attraverso cui la stessa può essere posta in essere: fusione, acquisto del controllo e costituzione di un'impresa comune. Infine ci si occupa della proposta della Commissione di estendere la disciplina del controllo delle concentrazioni anche all'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo, che attualmente non devono essere preventivamente autorizzate, sebbene possano anch'esse determinare degli effetti anticoncorrenziali.

Il secondo capitolo esamina le modalità attraverso cui si verifica il controllo delle concentrazioni, suddividendosi in due sezioni. Nella prima si affronta il tema della valutazione sostanziale delle concentrazioni, ossia dei criteri in base ai quali la Commissione decide se un'operazione deve essere autorizzata o proibita. In particolare ci si sofferma sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha portato alla sostituzione del test di dominanza con il SIEC test, al fine di rendere più efficace il controllo esercitato dalla Commissione.

Nella seconda sezione si analizza la procedura di controllo delle operazioni di concentrazione. Dapprima si prende in considerazione la ripartizione della giurisdizione tra la Commissione e gli Stati membri, che pone sotto la supervisione della Commissione solo quelle operazioni che, superando un sistema di soglie di fatturato, vengono considerate di "dimensione europea". In seguito si esaminano le fasi della procedura di controllo a cui è sottoposta una concentrazione che rientra nella giurisdizione della Commissione. In primo luogo,

la notificazione dell'operazione con il conseguente obbligo di sospendere la concentrazione fino a quando non verrà adottata l'eventuale decisione di autorizzazione. In secondo luogo la fase 1 e 2, in cui la Commissione compie le analisi necessarie per valutare se l'operazione soddisfa i criteri sostanziali e dunque se è compatibile con il mercato comune. Ci si sofferma poi sulla possibilità per le imprese parti della concentrazione di sciogliere i dubbi della Commissione relativi alla concorrenza proponendo delle misure correttive, che modificano l'operazione notificata, oppure sostenendo la *Failing Firm Defence*. Infine si prendono in considerazione le modalità attraverso cui si verifica l'eventuale controllo giudiziario delle decisioni di autorizzazione e proibizione adottate dalla Commissione.

Nel terzo capitolo si analizzano sei casi di operazioni di concentrazione riguardanti il mercato della telefonia mobile in sei diversi Paesi membri dell'Unione europea. Il confronto tra questi casi permette di osservare le modalità con cui la Commissione valuta concretamente se un'operazione sia compatibile col mercato comune.

# Capitolo I

*1. Il controllo delle operazioni di concentrazione 2. Evoluzione del controllo sulle concentrazioni 3. Nozione di concentrazione 3.1 Fusione 3.2 Acquisto del controllo 3.3 Imprese comuni o joint venture 3.4 Eccezioni 4. Le partecipazioni di minoranza non di controllo: nuova frontiera della disciplina antitrust? 4.1 La disciplina attuale 4.2 Effetti anti-competitivi 4.3 Analisi empirica 4.4 Strumenti giuridici per il controllo dell'acquisto di partecipazioni di minoranza 4.5 La proposta della Commissione 4.6 Considerazioni sulla proposta della Commissione*

## **1. Il controllo delle operazioni di concentrazione**

Il controllo delle operazioni di concentrazione è compreso all'interno del diritto della concorrenza, che si distingue per essere un diritto dell'economia, che affonda le proprie radici tanto nella disciplina giuridica quanto in quella economica. Così la nozione di concentrazione può essere valutata sotto entrambi gli aspetti, ottenendo da ognuno una prospettiva diversa di un medesimo fenomeno. Dal punto di vista economico, il termine concentrazione indica la maggiore o minore distribuzione delle vendite o dei beni tra le imprese di un settore industriale o di un mercato<sup>1</sup>. La concentrazione sarà tanto alta quanto maggiore sarà la quota di vendite o beni posseduta da un piccolo numero di imprese. Si tratta dunque di un dato stabile, una caratteristica del mercato. Dal punto di vista giuridico, invece, si tratta di un processo dinamico, in quanto con la nozione di concentrazione si intende una serie di comportamenti posti in essere dalle imprese per rafforzarsi sul mercato tramite un processo di crescita esterna. L'espansione dell'impresa infatti avviene non attraverso l'incremento progressivo delle risorse interne, ma attingendo da economie di terzi.

Ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento 139/2004 si ha una concentrazione qualora si verifichi una modifica duratura del controllo delle imprese interessate. Ciò può verificarsi attraverso diversi strumenti giuridici quali fusioni tra imprese indipendenti, acquisto del controllo di un'altra impresa o di parte di essa, oppure tramite la costituzione di un'impresa comune. Nonostante una modifica duratura del controllo possa essere raggiunta attraverso modalità giuridiche tra loro eterogenee, gli effetti economici da essa derivanti sono sostanzialmente analoghi. In ogni caso infatti si otterrà un'unione dei fattori

---

<sup>1</sup> Aurelio Pappalardo, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali VII, 2014, pagina 227.

produttivi con la conseguente riduzione del numero o della forza dei concorrenti<sup>2</sup>. È proprio la possibile riduzione della concorrenza che ha determinato l'adozione di una disciplina di controllo delle operazioni di concentrazione. Questa regolamentazione tuttavia differisce dalle altre norme antitrust in materia di intese e abuso di posizione dominante (art. 101 e 102 del TFUE) almeno per due caratteristiche fondamentali: in primo luogo invece che un divieto generalizzato vengono proibite solo le concentrazioni che possono danneggiare il regime concorrenziale e in secondo luogo viene effettuato un controllo *ex ante*. Infatti è previsto a carico delle imprese interessate l'obbligo di notificare all'Autorità antitrust la volontà di concludere un'operazione di concentrazione, prima che questa venga posta in essere. Questo è dovuto al fatto che tali operazioni determinano una modifica duratura della struttura del mercato; perciò impedire il verificarsi di una concentrazione risulta più efficace, oltre che meno dispendioso e complesso, rispetto all'ordinare il ripristino della situazione precedente (si pensi solo alle difficoltà giuridiche e alla perdita di valore economico in cui si incorrerebbe se si dovessero eliminare gli effetti di una fusione tra imprese, scindendole nuovamente). L'obbligo di notifica riguarda inoltre solo le concentrazioni che superano dei limiti dimensionali: ciò da una parte per non porre vincoli a quelle operazioni che per la loro dimensione ridotta sicuramente non influiscono sull'equilibrio concorrenziale complessivo; dall'altra parte al fine di focalizzare il controllo dell'Autorità antitrust su un numero ristretto di casi da cui possono derivare delle criticità. Solo raramente si giunge a vietare l'operazione, anche perché l'Autorità pubblica può anche concedere la propria autorizzazione subordinandola all'adozione di rimedi che eliminino i rischi per la concorrenza.

La disciplina di controllo delle concentrazioni dunque risulta meno rigida rispetto al divieto generale, valutato *ex post*, previsto per le intese e gli abusi di posizione dominante. Questo è dovuto al fatto che le concentrazioni, se da un lato possono ridurre la concorrenza (facendo calare il numero di concorrenti, creando barriere all'entrata del mercato, diminuendo gli incentivi ad innovare, ecc.), dall'altro possono determinare effetti positivi sul sistema economico. Per quanto riguarda i consumatori, le concentrazioni possono influire sull'andamento dei prezzi e sulla qualità e varietà della scelta. Deriveranno effetti negativi, quali un aumento dei

---

<sup>2</sup> F Ghezzi G Olivieri, "Diritto Antitrust", Giappichelli Editore, 2013, pagina 262 e seguenti.

prezzi o una diminuzione delle qualità e varietà dell'offerta, qualora l'ente risultante dall'operazione ottenga un eccessivo potere di mercato; si verificheranno invece effetti positivi per i consumatori, quali una diminuzione dei prezzi o una diversificazione della gamma di prodotti, qualora la concentrazione permetta a imprese di minori dimensioni di diventare più competitive nei confronti delle aziende leader.

Per quanto riguarda i produttori, l'unione di più imprese può incidere sull'efficienza dei processi produttivi e distributivi. Da una parte si può determinare un incremento dell'efficienza tramite lo sfruttamento delle economie di scala e varietà che riducono i costi unitari (sia di produzione che di amministrazione e ricerca); maggiori dimensioni inoltre agevolano il reperimento di capitali finanziari e permettono maggiori investimenti in innovazione e ricerca. Dall'altra parte possono sorgere anche effetti negativi quali un minore incentivo ad essere efficienti o ad innovare dovuto al maggiore potere di mercato. La valutazione delle concentrazioni tiene conto della pluralità di effetti che possono scaturire dalla stessa; particolarmente complesso è il caso in cui dal punto di vista dei consumatori si determini una diminuzione della pressione concorrenziale (e dunque l'acquisizione di potere di mercato da parte dell'ente risultante dall'operazione), mentre dal punto di vista dei produttori si ottenga una crescita dell'efficienza. L'art. 2, paragrafo 1(b), del regolamento 139/2004 afferma che nell'analisi complessiva si deve tenere conto anche "*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza*". I miglioramenti di efficienza dunque vengono valutati dalla Commissione e possono determinare l'approvazione della concentrazione qualora si provi che essi controbilanciano gli effetti negativi, incentivando il comportamento pro-concorrenziale dell'impresa a vantaggio dei consumatori<sup>3</sup>.

È dunque proprio grazie ai possibili effetti positivi, sia per i consumatori che per i produttori, che la disciplina sul controllo delle concentrazioni si distingue da

---

<sup>3</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 77. Gianluigi Alzona e Marco Sassatelli, *Il controllo delle concentrazioni nell'esperienza comunitaria e italiana*, L'industria (ISSN 0019-7416) Fascicolo 1, gennaio-marzo 2001, pagina 33 e 34. Bruce Lyons, *An Economic Assessment of EC Merger Control: 1958-2007*, Dept. of Economics and the ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Working Paper 08-17, pagina 3 e seguenti.

quella sulle intese o sull'abuso di posizione dominante. Senza tener conto di tale elemento non si comprenderebbe infatti come mai il legislatore regoli meno rigidamente le concentrazioni rispetto alle intese: infatti non solo in entrambi i casi si verificano effetti analoghi sul regime concorrenziale (comportamenti coordinati tra imprese prima rivali), ma le prime incidono in maniera duratura sulla struttura del mercato, mentre le seconde influenzano solo i comportamenti delle imprese (non producendo effetti irreversibili sull'assetto concorrenziale). Allo stesso modo, il bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore tra gli effetti positivi e i pericoli per la concorrenza che originano dalle concentrazioni rappresenta la chiave per capire le scelte del legislatore su come tutelare la concorrenza nei confronti delle imprese che raggiungono una posizione dominante, o perlomeno che godono di un certo potere di mercato. L'espansione e il rafforzamento delle imprese non è impedito, ma anzi talvolta incoraggiato, per permettere loro di competere più aggressivamente sui mercati nazionali e internazionali. A questo proposito si può notare come il raggiungimento di una posizione dominante non sia vietato in sé; inoltre nessuna normativa vieta alle imprese di raggiungere una posizione dominante tramite una crescita interna, mentre la disciplina sul controllo delle concentrazioni proibisce preventivamente solo le operazioni di crescita esterna da cui deriva un pericolo per la concorrenza. Qualora dunque emerga sul mercato un'impresa in posizione dominante, il legislatore ha previsto il divieto di abusare del proprio potere di mercato per ottenere vantaggi a scapito dei propri rivali, in modo da tutelare il grado di concorrenza effettiva sul mercato tramite un controllo *ex post*<sup>4</sup>.

## **2. Evoluzione del controllo sulle concentrazioni**

Il diritto comunitario ha disciplinato per la prima volta le operazioni di concentrazione solo col regolamento 4064 del 1989, molto dopo l'introduzione delle altre norme a tutela della concorrenza quali il divieto di intese e di abuso di posizione dominante<sup>5</sup>. Infatti, sebbene nel trattato CECA fossero state inserite delle norme sul controllo delle concentrazioni<sup>6</sup>, non vi era traccia di disposizioni

---

<sup>4</sup> F Ghezzi G Olivieri, "Diritto Antitrust", Giappichelli Editore, 2013, pagina 253 e seguenti.

<sup>5</sup> Art. 85 e 86 Trattato CEE, 25 marzo 1957. Traslati nel Trattato CE agli art. 81 e 82. Divenuti infine gli art. 101 e 102 del TFUE.

<sup>6</sup> Art. 65 e 66 del trattato CECA (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio). Il criterio di valutazione delle concentrazioni e le norme procedurali del trattato CECA differiscono in parte da quelle introdotte nel diritto comunitario con il regolamento 4064/89. Da ciò sono derivate due

analoghe nel successivo trattato CEE (1957). Questo è dovuto al diverso campo di applicazione dei due trattati. L'elevato grado di concentrazione del settore carbosiderurgico in Germania e Francia rendevano necessaria l'istituzione di un sistema di sorveglianza che prevenisse la ricostituzione dei gruppi oligopolistici che avevano caratterizzato l'industria tedesca prima della seconda guerra mondiale<sup>7</sup>. Al contrario, nel mercato comune europeo, la dimensione media delle imprese dei sei Paesi fondatori sembrava inadeguata per competere efficacemente con i concorrenti a livello internazionale e sembrava opportuno incentivarne un rafforzamento piuttosto che stabilire regole per limitarne la dimensione<sup>8</sup>. Un'altra spiegazione possibile è che gli Stati Membri preferissero mantenere un controllo nazionale sopra un settore del diritto della concorrenza che avrebbe potuto influenzare in maniera determinante la politica industriale dei singoli Paesi.

La Commissione tuttavia iniziò ad occuparsi delle conseguenze delle concentrazioni sul mercato comune già nel 1966, quando pubblicò un

---

diverse procedure per l'autorizzazione di operazioni di concentrazione, a seconda che rientrino nel campo di applicazione dell'una o dell'altra disciplina. Questa situazione è esemplificata dal caso T-374/00 *Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen-und Metallwerke Ferndorf GmbH and Rudolf Flender GmbH & Co. v. Commission* [2003] ECR II-2275. Si tratta infatti di una "concentrazione mista": cioè le imprese parte della concentrazione conducono attività che ricadono nella sfera di competenza di entrambi i trattati. In particolare le imprese erano attive non solo nella produzione di acciaio (regolata dal trattato CECA) ma anche in altri mercati a valle della catena di lavorazione dell'acciaio (che ricadono nell'ambito del diritto comunitario). La Corte ha stabilito che è necessario eseguire due valutazioni separate per gli aspetti che rientrano nell'una e nell'altra disciplina, basando ognuna sulla rispettiva fonte normativa competente (punto 68). Siccome entrambe le normative richiedono un'autorizzazione preventiva da parte della Commissione, le parti non potranno eseguire la concentrazione fino a quando non avranno ottenuto le due distinte autorizzazioni (punto 69). La Commissione a sua volta dovrà tenere conto delle differenze sostanziali e procedurali delle due discipline, come indicato ai punti 71 e 72: "*Under Article 66(2) CS, the Commission may authorise a concentration falling within the scope of the ECSC Treaty only if the operation does not give the persons or undertakings concerned the power 'to determine prices, to control or restrict production or distribution or to hinder effective competition in a substantial part of the market for those products' or 'to evade the rules of competition instituted under this Treaty, in particular by establishing an artificially privileged position involving a substantial advantage in access to supplies or markets'. On the other hand, under Article 2(2) of Regulation No 4064/89, the Commission may declare a concentration compatible with the common market only if it does not create or strengthen 'a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it'. Furthermore, there are many procedural differences. For example, unlike the rules for the appraisal of concentrations laid down in Article 66 CS, Regulation No 4064/89 provides for the publication of notification in the Official Journal (Article 4(3)), for strict time-limits for the adoption of decisions in connection with the control of concentrations (Article 10) and for a statement of objections as well as for access to the file before the Commission adopts a decision declaring a concentration incompatible with the common market or approving a concentration subject to certain conditions (Article 18(1) and (3))*".

<sup>7</sup> Markert (1969), *Antitrust Aspects of Mergers in the E.E.C.*, 5 TEXAS INT'L L.F. 32, 87-46 citato da Benz, Thomas J. (1974), "*The Emergence of a Common Market Merger Control Policy: The Aftermath of Continental Can— The Proposed EEC Merger Control Regulation*", Cornell International Law Journal: Vol. 7: Iss. 2, Article 3.

<sup>8</sup> Aurelio Pappalardo, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali VII, 2014, pagina 228.

memorandum<sup>9</sup> in cui si valutava come la progressiva abolizione delle barriere doganali avrebbe fatto sorgere la necessità per le imprese di adattarsi al più esteso mercato della Comunità Europea, inducendole ad aumentare le proprie dimensioni (tramite fusioni, acquisizioni o joint venture) per poter migliorare la produttività e sviluppare l'innovazione. Infatti si notava come spesso le imprese di maggiori dimensioni riescano a competere, all'interno del mercato comune e nei confronti dei grandi gruppi americani e giapponesi, più efficacemente rispetto alle imprese più piccole, che trovano più difficoltà soprattutto nella raccolta di capitali e nel finanziamento dei settori di ricerca e sviluppo. Tuttavia, le piccole e medie imprese, insieme con i consumatori, devono comunque essere tutelati dagli effetti negativi di una eccessiva concentrazione del mercato. Perciò la Commissione, mentre da un lato si impegnava a eliminare gli ostacoli (tributari o di diritto societario) che impedivano le concentrazioni tra imprese europee, dall'altro assicurava che avrebbe utilizzato i poteri a lei conferiti dal Trattato CEE per impedire la formazione di monopoli anti-concorrenziali. Sebbene il Trattato di Roma non prevedesse esplicitamente un controllo delle concentrazioni da parte della Commissione, quest'ultima, già nel memorandum, analizzava la possibilità di applicare a questo fine gli art. 85 (divieto di intese e pratiche concordate) e 86 (divieto di abuso di posizione dominante) del Trattato CEE. Per quanto riguarda l'art. 85, pur ammettendo che in teoria le concentrazioni sarebbero potute rientrare nel suo campo di applicazione, si giungeva alla conclusione che tale disposizione non avesse né lo scopo né la capacità di impedire efficacemente i casi di restrizione della concorrenza dovuta ad operazioni di concentrazione<sup>10</sup>. Nei confronti dell'art. 86, invece, la Commissione riteneva che se ne potesse fare uso per colpire le concentrazioni con effetti anti-concorrenziali. Infatti l'abuso di

---

<sup>9</sup> Documento di lavoro della Commissione, *Le probleme de la concentration dans le marche commun*, Studies: Competition Series 3, 1966, in particolare pagina 21 e seguenti, <http://aei.pitt.edu/40303/>; Comunicato stampa della Commissione, *Concentration of firms in the Common Market*, Information Memo P-1/66, January 1966. Includes French text, <http://aei.pitt.edu/15718/>.

<sup>10</sup> Il memorandum chiarisce che l'approccio generale alle intese e alle concentrazioni differisce poiché le prime sono in genere considerate contrarie all'interesse pubblico, mentre si ritiene che le seconde possano portare efficienze economiche. Dunque mentre le intese sono sottoposte a un generale divieto che può eccezionalmente essere superato se si dimostrano delle conseguenze positive (terzo paragrafo art. 85), al contrario le concentrazioni non dovrebbero essere proibite che in casi eccezionali, in cui siano provati gli effetti anti-concorrenziali. Una disciplina comune ad entrambe porterebbe alla proibizione o di troppe concentrazioni o di troppo poche intese. Inoltre il memorandum sottolineava che la sanzione della nullità, prevista dal secondo paragrafo dell'art. 85, mal si adattava alle concentrazioni, che comportavano una modifica definitiva della proprietà delle imprese parti. Un procedimento di separazione delle imprese, come previsto ad esempio dell'art. 66.V del trattato CECA, risulterebbe più opportuno.

posizione dominante può derivare non solo da comportamenti dell'impresa che influiscono sul mercato (come una limitazione della produzione a danno dei consumatori) ma anche attraverso una modifica della struttura stessa del mercato (come la creazione di un monopolio) da cui derivano simili effetti negativi per concorrenti e consumatori.

L'occasione per applicare l'art. 86 in materia di concentrazioni si presentò col caso *Continental Can*<sup>11</sup>, che aveva come oggetto l'acquisto da parte di Europemballage (affiliata europea di Continental Can) del controllo dell'azienda concorrente TDV (con sede nei Paesi Bassi). La Commissione sostenne che tale operazione consisteva in un abuso di posizione dominante in quanto da essa sarebbe derivata l'eliminazione della concorrenza in parte del mercato rilevante. La Corte di Giustizia, pur rigettando la decisione della Commissione per insufficienza di prove, stabilì il principio secondo cui un'operazione di concentrazione può costituire un abuso qualora *“un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante”*. Tuttavia l'utilizzo che la Commissione poteva fare dell'art. 86 in materia di concentrazioni era limitato. Infatti si poteva intervenire solo nei casi in cui una delle imprese parti dell'operazione detenesse già in precedenza una posizione dominante e che questa ne risultasse rafforzata. Inoltre si trattava di un controllo ex post, che da una parte non poteva prevenire concentrazioni dannose per la concorrenza e dall'altra imponeva onerosi obblighi alle imprese per ristabilire l'equilibrio concorrenziale compromesso.

Preso coscienza dell'inadeguatezza degli strumenti disponibili per controllare le concentrazioni, la Commissione presentò il 18 luglio 1973 la prima Proposta di

---

<sup>11</sup> Caso 6-72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, Sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 1973, documento 61972CJ0006, I Eur. Ct. Rep. pagina 215 e seguenti, in particolare pagina 245. Continental Can era una compagnia americana, prima al mondo per produzione di contenitori metallici. Nel 1969 aveva acquistato l'85,8% delle quote di capitale dell'impresa tedesca SLW, la più grande produttrice di contenitori metallici leggeri in Europa occidentale. Nel 1970 aveva costituito Europemballage Corporation come propria holding europea, e vi aveva trasferito le sue quote in SLW. Si veda anche Terence P. Stewart, Delphine A. Abellard, *Merger Control in the European Community: e EC Regulation "On the Control of Concentrations Between Undertakings" and Implementing Guidelines*, 11 Nw. J. Int'l L. & Bus. 293 (1990-1991), pagina 310 e seguenti.

Regolamento per disciplinare la materia<sup>12</sup>. Questa tuttavia si scontrò con l'opposizione degli Stati membri, che erano restii a rinunciare al controllo su una materia che poteva influenzare drasticamente la propria politica industriale. Infatti le concentrazioni possono da una parte agevolare un processo di ristrutturazione industriale o portare alla costituzione di "campioni nazionali", dall'altra possono comportare la chiusura di impianti con conseguenti ricadute occupazionali sui territori locali. La possibilità di tener conto dell'interesse pubblico, e dunque di criteri ulteriori rispetto alla mera tutela della concorrenza, era prevista in diverse legislazioni degli Stati Membri, che non intendevano privarsi di questo strumento di politica industriale<sup>13</sup>.

Negli anni successivi si cercò a lungo di raggiungere un compromesso<sup>14</sup>, che però venne conseguito solo alla fine degli anni '80 quando alle crescenti pressioni della Commissione<sup>15</sup> si sommarono una serie di fattori favorevoli all'accordo<sup>16</sup>.

In primo luogo, nel 1987 la Corte di Giustizia stabilì nel caso *Philips Morris*<sup>17</sup> che alcune concentrazioni potevano ricadere nel divieto di intese (art. 85 del Trattato

---

<sup>12</sup> Benz, Thomas J. (1974), *The Emergence of a Common Market Merger Control Policy: The Aftermath of Continental Can— The Proposed EEC Merger Control Regulation*, Cornell International Law Journal: Vol. 7: Iss. 2, Article 3.

<sup>13</sup> [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 3.

<sup>14</sup> Costituiscono testimonianza degli sforzi profusi per individuare un punto di equilibrio tra le posizioni dei diversi interlocutori le Proposte Emendate di Regolamento sulle concentrazioni tra imprese susseguitesi negli anni: OJ 1982, C 36/3 (11esima Relazione Annuale sulla Concorrenza (1981) 26); OJ 1984, C 51 (14esima Relazione Annuale sulla Concorrenza (1984) 46); OJ 1986, C 324 (16esima Relazione Annuale sulla Concorrenza (1986) 49). Diverse versioni del Regolamento vennero redatte nelle fasi decisive dei negoziati: OJ 1988, C 130/4; OJ 1988, C 309; OJ 1989, C 22/14.

<sup>15</sup> Ad esempio il commissario Sutherland utilizzò la facoltà di applicare gli art. 85 e 86 ai casi di concentrazione come leva per spingere gli Stati Membri a trovare un accordo per adottare un Regolamento. Si veda Patricia García-Durán Huet, *European Integration Theories: the case of EEC merger policy*, London School of Economics and Political Science, UMI number U615564, in particolare pagina 116.

<sup>16</sup> Bruce Lyons, *An Economic Assessment of EC Merger Control: 1958-2007*, Dept. of Economics and the ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Working Paper 08-17, pagina 8 e seguenti. Patricia García-Durán Huet, *European Integration Theories: the case of EEC merger policy*, London School of Economics and Political Science, UMI number U615564, in particolare pagine 112 e seguenti; [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 3.

<sup>17</sup> Casi riuniti 142/85 e 156/84 *British American Tobacco (BAT) e Reynolds v. Commission* [1987] ECR 4487. Il caso BAT riguarda un accordo del 1984 con cui Morris aveva acquistato il 30,8% delle quote di capitale di Rothmans International, un'impresa concorrente controllata dal Gruppo Rembrandt. Questa transazione sostituiva un precedente accordo del 1981 con cui le due imprese rivali avevano raggiunto una ancora maggiore interdipendenza, permettendo una collaborazione sia nei settori di ricerca e sviluppo che in quelli di produzione e distribuzione. La Commissione aveva contestato questo primo accordo in base agli art. 85 e 86, ma aveva poi ritirato il procedimento in seguito al secondo accordo del 1984, in cui le parti avevano preso provvedimenti per mantenere la propria indipendenza. Tuttavia alcune imprese concorrenti avevano sollevato la questione presso la Corte di Giustizia, per annullare la decisione della Commissione.

Si veda anche Terence P. Stewart, Delphine A. Abellard, *Merger Control in the European Community: e EC Regulation "On the Control of Concentrations Between Undertakings" and*

EEC, oggi art. 101 TFUE). In particolare stabilì che accordi sull'acquisto di quote di capitale in imprese concorrenti sono vietati in base all'art. 85 quando influenzano i comportamenti di mercato delle parti interessate in modo da diminuire la concorrenza. Non è necessario che l'intesa determini una cooperazione commerciale tra i concorrenti: è sufficiente che dall'operazione derivi un controllo, anche solo sostanziale, sulle politiche commerciali dell'impresa oggetto dell'acquisto. Tale pronuncia non chiarì se si potesse estendere l'applicazione del divieto di intese fino a ricomprendere anche la diretta acquisizione di un'impresa; tuttavia fornì alla Commissione la legittimazione a contestare un numero sempre maggiore di concentrazioni anche in assenza di un Regolamento. Infatti nell'agosto del 1988 la Commissione intervenne nuovamente per bloccare una acquisizione, addirittura ancora prima della sua conclusione, nel caso *Irish Distillers Group*<sup>18</sup>. Si contestava infatti che i tre principali produttori di liquori nel mercato europeo avessero concluso un accordo collusivo in violazione dell'art. 85, convenendo di acquistare un'impresa concorrente e di spartirsi il mercato, determinando una riduzione della concorrenza.

In secondo luogo, le associazioni di industriali europei si dichiararono favorevoli ad una regolamentazione organica in materia di concentrazioni. Infatti se in precedenza si erano opposte ad una normativa che limitasse la formazione di imprese di grandi dimensioni argomentando che solo queste potevano competere con i gruppi americani e giapponesi, ora erano insoddisfatte dell'incertezza giuridica derivante dall'intensificata applicazione degli art. 85 e 86 da parte della Commissione. Perciò fecero pressioni per l'adozione di un Regolamento che favorisse i processi di concentrazione, stabilendo dei criteri sostanziali oggettivi e trasparenti insieme con regole procedurali che permettessero un controllo preventivo entro limiti temporali certi.

---

*Implementing Guidelines*, 11 Nw. J. Int'l L. & Bus. 293 (1990-1991), pagina 310 e seguenti. *XVII Report on Competition Policy*, pubblicato insieme al *XXI General Report on the Activities of the European Communities* (1987), pagina 93 e seguenti.

<sup>18</sup> Terence P. Stewart, Delphine A. Abellard, *Merger Control in the European Community: e EC Regulation "On the Control of Concentrations Between Undertakings" and Implementing Guidelines*, 11 Nw. J. Int'l L. & Bus. 293 (1990-1991), pagina 311 in cui si cita *Irish Distillers Group v. Gc&C Brands Ltd.*, 4 Common Mkt. Rep. 840 (1988). Si vedano anche i comunicati stampa della Commissione sul caso Irish Distillers: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-88-512\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-512_en.htm) e [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-88-526\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-526_en.htm).

L'esigenza di una disciplina nel campo del controllo concentrazioni era resa ancor più manifesta a causa dell'incremento di fusioni, acquisizioni e joint venture verificatosi alla fine degli anni '80<sup>19</sup>.

Questo fenomeno era dovuto anche al completamento del mercato unico europeo che sarebbe dovuto avvenire entro il 1992. Infatti nel 1986 era stato adottato l'Atto Unico Europeo<sup>20</sup> con lo scopo di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Infatti dopo l'eliminazione delle barriere doganali avvenuta col Trattato CEE del 1957 rimanevano altri ostacoli al mercato comune quali regole tecniche, norme sulle salute e la sicurezza e le normative dei Paesi Membri per praticare alcune professioni. Questa apertura dei mercati nazionali incentivò un processo di ristrutturazione industriale che stimolò i processi di aggregazione tra imprese per far fronte alle esigenze di un mercato più ampio.

L'insieme di questi fattori permise, in seguito a difficili negoziazioni, il raggiungimento di un accordo che portò all'adozione del Regolamento 4064/89.

Le trattative ebbero come principale oggetto di dibattito se fosse opportuno prevedere un test di valutazione delle concentrazioni che fosse basato esclusivamente su criteri concorrenziali oppure se si dovesse tenere conto anche di valutazioni di politica industriale<sup>21</sup>.

Mentre la Commissione sosteneva la prima tesi, alcuni Stati nazionali difendevano le ragioni della seconda, al fine di permettere un bilanciamento qualora un'operazione di concentrazione vedesse contrapporsi da una parte l'interesse a tutelare la concorrenza e dall'altra istanze quali lo sviluppo industriale, la tutela di istanze sociali o la garanzia di posti di lavoro.

Infatti, alcuni Stati Membri, come la Germania, avevano adottato una legislazione sul controllo delle concentrazioni che permetteva in alcuni casi di dare rilevanza a considerazioni di pubblico interesse, come la creazione o la protezione di posto di lavoro. Infatti si prevedeva che nel caso in cui l'Autorità nazionale Garante della

---

<sup>19</sup> Nell'UE ci furono 115 concentrazioni nel 1982/83, 208 nel 1984/85 e 6,322 nel 1989/90. L. Tsoukalis, *The New European Economy* (2nd edn, Oxford University Press, 1993) 103. Dati tratti da [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 3.

<sup>20</sup> Atto Unico Europeo, firmato il 17 febbraio 1986, GUCE 29 giugno 87 N. L 169/1

<sup>21</sup> L. Brittan (Commissario alla concorrenza dal 6 gennaio 1989 al 6 gennaio 1993), *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market* (Cambridge, Grotius, 1991), 32: "[s]ome tended to see it as a tool of industrial, regional and social policies, a way of shaping industrial structure and location, an opportunity to create European champions to compete overseas with American and Japanese giants. Others saw it as a pure expression of competition principles".

Concorrenza vietasse un'operazione (basandosi su criteri meramente concorrenziali), le parti potevano richiedere l'approvazione da parte del Ministero per gli Affari Economici. Quest'ultimo poteva concedere il proprio consenso in presenza di un preponderante interesse pubblico, oppure qualora la concentrazione determinasse vantaggi per l'economia nel suo complesso superiori agli effetti negativi derivanti dalla riduzione della concorrenza. Tale procedimento è stato invocato in rare occasioni e ancora più di rado il ministero ha concesso la propria approvazione. Un caso esemplare può essere individuato in *E.ON/ Ruhrgas*, riguardante il mercato del gas e dell'elettricità in Germania. Infatti il Ministero ribaltò la decisione dell'Autorità Garante basandosi su motivazioni politiche quali tutelare la competitività di Ruhrgas a livello internazionale e garantire il rifornimento di gas in Germania in periodi di carenza o crisi. Tuttavia l'approvazione ministeriale venne subordinata all'implementazione di alcune condizioni che avrebbero ridotto gli effetti anti-concorrenziali della concentrazione<sup>22</sup>.

La normativa italiana, introdotta in seguito al regolamento 4064/89, prevede anch'essa l'utilizzo in casi eccezionali di criteri diversi da quelli meramente concorrenziali. Infatti l'art. 25 della legge n.287 del 1990 prevede che *“Il Consiglio dei Ministri ... determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato”*. Tuttavia il governo non ha mai esercitato tale prerogativa, intervenendo però in alcuni casi con provvedimenti *ad hoc* aventi lo scopo di autorizzare operazioni di interesse pubblico che avrebbero potuto ridurre la concorrenza (caso *Alitalia/AirOne*)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 222. In cui si cita la Decisione del Ministero del 5 luglio 2002 e del 18 settembre 2002, I B 1-22 08 40/129—*E.ON/Ruhrgas*.

<sup>23</sup> F Ghezzi G Olivieri, *“Diritto Antitrust”*, Giappichelli Editore, 2013, pagina 258; per quanto riguarda il caso *Alitalia/ AirOne* si fa riferimento alla Legge 27 ottobre 2008 n. 166, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 252 del 27 ottobre 2008. Con questo provvedimento il governo ha introdotto delle disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi. In particolare all'art. 10 si prevede che *“le operazioni di concentrazione connesse ... rispondono a*

In seguito a serrate negoziazioni, la Commissione riuscì a far prevalere la propria posizione, fondata su un approccio esclusivamente concorrenziale al controllo delle concentrazioni<sup>24</sup>. Infatti il criterio di valutazione adottato vietava “*le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso*”<sup>25</sup>.

Tuttavia nel Regolamento vennero comunque inseriti alcuni riferimenti a considerazioni di tipo sociale, lavorativo o di politica industriale. Il primo è all’art. 2(1)b, in cui si afferma che la Commissione debba tener conto, tra gli altri elementi, anche “*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico*”, precisando però subito dopo “*purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza*”. Il secondo riferimento si trova nelle Premesse, al punto 13, in cui si stabilisce che la valutazione fatta dalla Commissione deve prendere in considerazione la “*realizzazione degli obiettivi fondamentali di cui all'articolo 2 del trattato, compreso quello del rafforzamento della coesione economica e sociale*”. In pratica però la Commissione non permise che tali considerazioni potessero determinare l’approvazione di una concentrazione che, creando o rafforzando una posizione dominante, riducesse il grado di concorrenza<sup>26</sup>. Tale linea di condotta, basata esclusivamente su criteri concorrenziali, venne sostenuta

---

*preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*”; a parziale tutela della concorrenza si aggiunge poi che le parti devono proporre all’AGCM delle “*misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione*”.

<sup>24</sup> L. Brittan, “The Early Days of EC Merger Control” in *EC Merger Control: Ten Years On* (London, International Bar Association, 2000), 3: “*Most important of all, we had to resist the pressures that were bound to be applied, and which were applied, by those seeking to use the Merger Regulation as an instrument of industrial policy, notwithstanding the clear tenor of the Regulation itself. I was determined to resist this, not because I was against any form of industrial policy, but because I thought that the best industrial policy was to ensure that competition prevailed in the EU*”.

<sup>25</sup> Art. 2(3), Regolamento 4064/89.

<sup>26</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Stec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 221. Qui si cita L. Brittan, *Principles and Practice of the Merger Regulation*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 24 September 1990 (Comunicato stampa della Commissione IP/90/751: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-90-751\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-90-751_en.htm)) “*Let me stress that no words plucked from the Regulation can give rise to a defence against the finding that there is a dominant position as a result of which competition is significantly impeded. If that is the finding, then the merger may not proceed. If, on the other hand, no dominant position is found to exist as a result of which competition is impeded, then the merger may proceed without further ado. The Regulation amounts to no more than that. It could hardly be otherwise, because I do not see how a dominant position which impedes competition could give rise to technical or economic progress of the sort which competition policy could endorse*”.

con vigore dalla Commissione, sia tramite dichiarazioni<sup>27</sup> sia nell'esercizio concreto delle proprie prerogative, resistendo più volte alle pressioni politiche degli Stati Membri volte a far approvare operazioni per i loro effetti sociali o sulla politica industriale. Ne è un esempio il caso *Aerospatiale-Alenia/ De Havilland*<sup>28</sup>, che consisteva nella proposta di acquisizione di de Havilland, divisione canadese di Boeing Company, da parte di due imprese europee, la francese Aerospatiale SNI e l'italiana Alenia-Alitalia e Selenia SpA. Per la prima volta la Commissione proibì una concentrazione, in quanto ritenne che il potere di mercato acquisito dall'ente risultante dall'operazione (che avrebbe ottenuto una quota del 64% nel mercato globale dei velivoli regionali) gli avrebbe conferito una posizione dominante, permettendo di abbassare aggressivamente i prezzi per eliminare i concorrenti ed ottenere in seguito il monopolio in quel settore dell'aeronautica. Tale Decisione venne presa nonostante la forte opposizione dei governi francese e italiano che vedevano con favore tale operazione per i benefici tecnologici e di mercato da essa derivanti, che avrebbero potuto far emergere un campione europeo nei confronti dei concorrenti esteri. Questo caso dimostrò chiaramente che gli obiettivi di politica industriale non potevano consentire deroghe alla tutela della concorrenza in quanto la presenza di un regime concorrenziale viene considerata come condizione essenziale per garantire lo sviluppo dell'industria europea<sup>29</sup>. Risultò inoltre chiara l'indipendenza della Commissione nei confronti degli Stati Membri nell'adempiere al suo ruolo di tutela della concorrenza<sup>30</sup>. Dieci

---

<sup>27</sup> L Brittan, *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*, [1990] 15 European Law Review 352: "Let there be no doubt: the fundamental analysis to be carried out by the Commission is whether the merger impedes competition".

<sup>28</sup> Caso No IV/M.53, Decisione della Commissione del 2 ottobre 1991, [1991] OJ L 334/42; Nicholas Levy (Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton), *EU Merger Control: a Brief History*, 3 febbraio 2004: una versione precedente del testo consiste in *EU Merger Control: From Birth to Adolescence*, World Competition, Volume 26, Numero 2, giugno 2003, pagina 11 e 12; Gianluigi Alzona e Marco Sassatelli, *Il controllo delle concentrazioni nell'esperienza comunitaria e italiana*, L'industria (ISSN 0019-7416) Fascicolo 1, gennaio-marzo 2001, pagina 34 e 35;

<sup>29</sup> Tale prospettiva venne ulteriormente confermata all'art.130 del Trattato di Maastricht: in cui al primo comma si afferma che "La Comunità e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria della Comunità" e al terzo comma, ultimo periodo, si aggiunge che "Il presente Titolo non costituisce una base per l'introduzione da parte della Comunità di qualsivoglia misura che possa comportare distorsioni di concorrenza".

<sup>30</sup> L Brittan, *The Early Days of EC Merger Control, EC Merger Control: Ten Years On* (London International Bar Association, 2000), pagina 5 e 6: "What was important was not so much that the merger would in fact have been damaging, but rather that the Commission showed itself able to resist political pressure from whatever quarter it came, and determined to decide the issue on the merits as it saw them. That was the first merger that the Commission actually banned, and its ability to do so showed that it was a serious competition authority, which could operate both efficiently and with integrity".

anni più tardi il caso *General Electric/ Honeywell*<sup>31</sup>, riguardante il settore dei motori per l'industria aerospaziale, dimostrò come tale approccio non fosse mutato nel tempo, come appare chiaro dalle parole pronunciate dal Commissario alla Concorrenza Monti in merito a possibili ingerenze politiche volte a far approvare l'operazione: "*The nationality of the companies and political considerations have played and will play no role in the examination of mergers, in this case as in all others*"<sup>32</sup>. Tuttavia la possibilità di autorizzare un'operazione subordinandola a una serie di rimedi (strutturali o comportamentali) ha permesso alla Commissione di ricorrere al divieto solo come *extrema ratio*, eliminando gli effetti restrittivi per la concorrenza e allo stesso tempo permettendo la concentrazione<sup>33</sup>.

### 3. Nozione di concentrazione

La giurisdizione del regolamento 139/2004 sul controllo delle concentrazioni si estende a quelle operazioni tra due o più imprese che soddisfano i criteri stabiliti dall'art. 3 ("Definizione di concentrazione) e che rientrano nelle soglie dimensionali previste dall'art. 5.

Preliminarmente è opportuno ricordare che le imprese parti dell'operazione devono essere indipendenti, cioè non appartenere allo stesso gruppo e non essere sottoposte ad un comune controllo, sia *de iure* che *de facto*. Non è invece necessario che siano concorrenti attuali o potenziali tra di loro, infatti sono ricomprese anche le concentrazioni conglomerali (tra imprese che operano in mercati distinti ma collegati per elementi tecnici, economici o commerciali)<sup>34</sup>.

Ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, "*si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo*" delle imprese interessate, da cui derivi una

---

<sup>31</sup> Caso COMP/M.2220, Decisione della Commissione del 3 luglio 2001, [2004] OJ L48/1, in cui si proibisce l'operazione notificata; XXXlesimo Report on Competition Policy 2001-SEC(2002) 462 FINAL, pagina 96 e seguenti.

<sup>32</sup> Comunicato stampa della Commissione IP/01/855 del 18 giugno 2001: "*I deplore attempts to misinform the public and to trigger political intervention. This is entirely out of place in an antitrust case and has no impact on the Commission whatsoever. This is a matter of law and economics, not politics. The European Commission has been reviewing mergers and acquisitions for over 10 years and each time it has applied the same basic principles and the same "market dominance" test, i.e. whether or not the market would remain sufficiently competitive so that consumers would continue to have products to choose from at competitive prices. The nationality of the companies and political considerations have played and will play no role in the examination of mergers, in this case as in all others.*"

<sup>33</sup> Gianluigi Alzona e Marco Sassatelli, *Il controllo delle concentrazioni nell'esperienza comunitaria e italiana*, L'industria (ISSN 0019-7416) Fascicolo 1, gennaio-marzo 2001, pagina 55 e seguenti.

<sup>34</sup> F Ghezzi G Olivieri, "*Diritto Antitrust*", Giappichelli Editore, 2013, pagina 264-265.

variazione della struttura del mercato<sup>35</sup>. Le modalità attraverso cui si può verificare tale modifica del controllo sono descritte nel proseguo dell'art. 3 e si suddividono in tre categorie: fusioni, acquisto del controllo e alcuni tipi di imprese comuni (joint venture).

Vi sono però degli elementi che accomunano queste diverse categorie di concentrazioni. Infatti, affinché possano realizzarsi le fattispecie delineate nell'art. 3, è necessario che le imprese parti della concentrazione siano indipendenti; perciò non si può avere concentrazione qualora l'impresa incorporante e l'impresa c.d. "bersaglio" (o *target*) dell'operazione, pur essendo dal punto di vista giuridico due enti autonomi, facciano parte dello stesso gruppo d'impres e siano di conseguenza soggette al controllo della medesima *holding*.

L'oggetto del controllo può essere, in base all'art. 3, una o più imprese o parti di esse. Ciò deve essere "*un'attività con una presenza sul mercato, alla quale può essere chiaramente attribuito un fatturato di mercato*"<sup>36</sup>. Perciò anche l'acquisto del controllo di licenze per marchi o brevetti o diritti d'autore può essere considerato come integrante una concentrazione, se tali attivi immateriali costituiscono un'attività che produce fatturato sul mercato. Per poter soddisfare tale requisito la Commissione aggiunge che le licenze cedute dovranno essere esclusive e il trasferimento dovrà essere duraturo, al fine di poter garantire un reddito.

La modifica del controllo determinata dalla concentrazione deve essere duratura, ciò significa che non sono soggette al regolamento quelle operazioni che producono una variazione solo temporanea. Tuttavia accordi a tempo determinato possono essere considerati come concentrazioni qualora siano rinnovabili oppure se hanno una durata sufficiente a provocare effetti duraturi sugli assetti di controllo. Questo non si verifica in genere in caso di fusioni, dove l'operazione ha effetti irreversibili, ma può avvenire in particolare nel caso di imprese comuni che estendono la loro attività per un numero considerevole di anni<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Punto 20 del Recital del Regolamento del Consiglio n. 139/2004 del 20 gennaio 2004.

<sup>36</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 24.

<sup>37</sup> La Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01 cita al punto 28 alcuni esempi quali: il caso COMP/M.2903, *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV* del 30 aprile 2003, nel quale un periodo di 12 anni è stato considerato sufficiente e il caso COMP/M.2632, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV* dell'11 febbraio 2002, con un contratto di durata di 8 anni. Nel caso COMP/ M.3858, *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien* del 20 luglio 2005 la Commissione ha considerato sufficiente un periodo minimo di 10-15 anni, ma non un periodo di tre anni

La Comunicazione della Commissione 2008/C 95/01<sup>38</sup> presenta alcuni casi che richiedono valutazioni specifiche, chiarendo come l'autorità interpreterà il concetto di "controllo duraturo" in presenza di tali situazioni. In una prima ipotesi vi sono una pluralità di operazioni in successione, di cui la prima ha carattere meramente transitorio. Ciò si può verificare qualora più imprese si accordino per acquistare insieme un'altra società al fine di procedere poi alla suddivisione degli attivi tra gli stessi acquirenti. La Commissione ritiene che, qualora l'accordo di suddivisione degli attivi sia giuridicamente vincolante e debba essere posto in essere entro un anno dall'acquisto in comune, allora la prima operazione di acquisto non determina una modifica duratura del controllo e perciò non rientra nella giurisdizione del regolamento 139/2004. Saranno considerate come concentrazioni solo ciascuna delle acquisizioni degli attivi da parte di ogni impresa partecipante all'acquisto. Un secondo caso prevede che un'operazione dia luogo ad un controllo congiunto che, in base ad accordi giuridicamente vincolanti, si trasformerà in controllo esclusivo di un solo azionista. Il problema da risolvere è se considerare la fase del controllo congiunto come una concentrazione a sé stante oppure se l'intera operazione possa essere valutata come un'unica concentrazione determinante l'acquisto del controllo esclusivo da parte di un azionista. La Commissione ritiene che, se la situazione di controllo congiunto ha una durata temporale relativamente breve (inferiore ad un anno) e una natura meramente transitoria, allora non determinerà una modifica duratura del controllo e perciò non verrà considerata come concentrazione a sé stante<sup>39</sup>. Infine un terzo caso prevede che l'acquisto di una impresa avvenga in due fasi: prima attraverso un intermediario, spesso una banca, che ne assume il controllo, rimanendo però vincolato ad un accordo di futura cessione all'acquirente finale. La Commissione considererà il primo acquisto come parte di un'unica operazione con cui l'acquirente finale assume il controllo duraturo dell'impresa *target*.

### 3.1 Fusione

---

<sup>38</sup> La Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 30 e seguenti.

<sup>39</sup> La Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01 cita al punto 34 alcuni esempi dove l'operazione è stata considerata come unica. Il caso M.2389, *Shell/DEA* del 20 dicembre 2001 in cui l'acquirente finale del controllo esclusivo ha avuto un notevole influsso sulla gestione operativa nel periodo di controllo congiunto; caso COMP/M.2854, *RAG/Degussa* del 18 novembre 2002 in cui il periodo di transizione era destinato a facilitare la ristrutturazione interna post-fusione.

In base all'art. 3, paragrafo 1(a), una prima categoria di concentrazioni si verifica tramite fusioni; queste possono consistere nella creazione di un nuovo soggetto giuridico in seguito all'unione di due o più imprese (o parti di esse) prima indipendenti, oppure nell'incorporazione di un'impresa in un'altra, che mantiene la propria personalità giuridica mentre la prima cessa di esistere come ente autonomo. Un esempio del primo caso è dato dall'operazione con cui *Glaxo Wellcome* e *Smith Kline Beecham* si sono fuse per dare vita alla società *Glaxo Smith Kline*<sup>40</sup>; un modello del secondo tipo di fusione è invece il caso *Chevron/Texaco*<sup>41</sup> che prevedeva da parte di *Chevron* la creazione di una società controllata (*Keeppep*) che si sarebbe fusa con *Texaco*, incorporandolo all'interno di *Chevron*. Il giorno stesso della fusione, *Chevron Corporation* sarebbe stata rinominata *ChevronTexaco Corporation*. In entrambi i casi l'ente risultante dalla concentrazione ottiene la diretta disponibilità dei fattori di produzione delle imprese interessate<sup>42</sup>. La Comunicazione 2008/C 95/01<sup>43</sup> fa rientrare in questa categoria di concentrazioni anche i casi in cui, pur in assenza di una fusione dal punto di vista giuridico, “*le attività di due imprese precedentemente indipendenti vengono combinate in modo tale da dar luogo ad un'unica entità economica*”. Tale combinazione, basata su accordi contrattuali (eventualmente rafforzati da partecipazioni incrociate), deve determinare una duratura gestione economica unitaria. La Commissione cita anche altri fattori che possono essere presenti quali: compensazione interna di profitti e perdite, assunzione di obbligazioni solidali e condivisione di rischi esterni. Un esempio di tale situazione è dato dal caso *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*<sup>44</sup>, in cui entrambe le parti erano organizzate sotto forma di reti internazionali di società nazionali autonome, coordinate tra loro attraverso un Accordo di Associazione. Tale vincolo contrattuale prevedeva la costituzione di un Consiglio che forniva orientamenti sulle attività di ogni società nazionale in modo da armonizzare gli interessi delle singole imprese con quelli collettivi. Si determinava perciò l'esistenza di un'unica entità economica. Il

---

<sup>40</sup> Caso COMP/M.1864 *Glaxo Wellcome/Smith Kline Beecham*, 8 maggio 2000. La compagine azionaria di *Glaxo Smith Kline* è stata suddivisa attribuendo il 58,78% agli azionisti di *Glaxo Wellcome* e il 41,25% agli azionisti di *Smith Kline Beecham*. Citazione tratta da [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 5.

<sup>41</sup> Caso COMP/M.2208 *Chevron/Texaco*, 26 gennaio 2001, CELEX No 301M2208, punto 4.

<sup>42</sup> F Ghezzi G Olivieri, “*Diritto Antitrust*”, Giappichelli Editore, 2013, pagina 266.

<sup>43</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 10.

<sup>44</sup> Caso IV/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*, 20 maggio 1998, in particolare punti 6-17.

progetto di concentrazione prevedeva di mantenere tale struttura, fondendo le singole società a livello nazionale.

### 3.2 Acquisto del controllo

L'art. 3, paragrafi 1(b) e 2, descrive una seconda categoria di concentrazioni, caratterizzata dall'acquisto del controllo di un'impresa. Per controllo si intende *“la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa”*. Innanzitutto si deve tenere conto del fatto che non è necessario dimostrare che l'influenza determinante verrà esercitata, basta che vi sia una effettiva possibilità di esercitare tale influenza<sup>45</sup>. La differenza rispetto alla prima categoria di concentrazioni è data dal fatto che qui non si ha una disponibilità diretta dei fattori produttivi dell'impresa controllata, come quella goduta dall'imprenditore sulla propria azienda; si ha invece una disponibilità indiretta, in quanto dovuta a strumenti giuridici quali diritti di proprietà o godimento o su base contrattuale o attraverso altri mezzi<sup>46</sup>. Ciò però non significa necessariamente che il controllo sia meno efficace o di minore intensità, ma che si attua con modalità diverse, anche perché le imprese interessate mantengono una distinta e autonoma soggettività giuridica.

Per *“influenza determinante”* sull'impresa acquisita si intende un controllo sulla gestione e sulle risorse, che può essere positivo o negativo: nel primo caso consiste nella capacità di stabilire decisioni aziendali strategiche, nel secondo caso si esplica nel potere di veto sulle decisioni strategiche dell'impresa, situazione che potrebbe portare ad uno stallo nella gestione dell'impresa<sup>47</sup>.

Il controllo inoltre può essere esclusivo o congiunto. Nel primo caso si può esercitare da soli un'influenza determinante sull'impresa, che in genere coincide con il potere di decidere la strategia dell'impresa, ma può anche essere circoscritto ad un mero controllo negativo: ossia ad essere gli unici soggetti ad avere un potere di veto sulle decisioni fondamentali della vita aziendale, senza dover necessariamente accordarsi con altri azionisti rilevanti. Nel caso di controllo congiunto, invece, l'influenza determinante sull'impresa viene esercitata da due o più soggetti, ognuno dei quali ha potere di veto sulle decisioni strategiche, che dovranno essere prese di comune accordo. Il diritto di veto goduto da chi detiene

---

<sup>45</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 16.

<sup>46</sup> F Ghezzi G Olivieri, *“Diritto Antitrust”*, Giappichelli Editore, 2013, pagina 268.

<sup>47</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punti 54 e 62.

il controllo congiunto è più ampio rispetto a quello detenuto dagli azionisti di minoranza per tutelarsi dalla maggioranza. Quest'ultimo infatti si limita a impedire modifiche dello statuto, aumenti o riduzioni del capitale, oppure la vendita o liquidazione dell'impresa. Invece il diritto di veto che comporta un controllo congiunto si deve estendere a decisioni riguardanti ad esempio il bilancio, il piano aziendale, gli investimenti rilevanti o la nomina di dirigenti di alto livello. Dunque non è necessario che l'influenza determinante si estenda alla gestione corrente dell'impresa, deve però essere esercitata sugli indirizzi strategici dell'impresa.

Le modalità tramite cui si può conseguire il controllo dell'impresa non sono definite tassativamente dall'art. 3 del regolamento, che fa genericamente riferimento a “*diritti, contratti o altri mezzi*”. Il metodo più comune è l'acquisto di quote in quantità sufficiente ad esercitare un'influenza determinante. Se si detiene la maggioranza assoluta dei diritti di voto si ottiene un controllo di diritto. Questa situazione conferisce infatti un controllo positivo sull'impresa, salvo qualora lo statuto richieda maggioranze qualificate per l'approvazione di decisioni strategiche; in tal caso infatti si otterrà un controllo negativo, avendo comunque il potere di porre il veto su tali questioni. Anche il possesso di una quota di minoranza può portare ad un controllo di diritto, qualora a tale partecipazione azionaria siano collegati speciali diritti che permettono di determinare le decisioni strategiche dell'impresa (ad esempio qualora consentano di nominare la maggioranza dell'organo amministrativo). Inoltre una quota di minoranza può originare anche un controllo di fatto qualora si verificino alcune circostanze che devono essere analizzate dalla Commissione per valutare la reale influenza che si può esercitare tramite tale partecipazione minoritaria. Alcuni elementi rilevanti sono il livello di partecipazione al voto da parte degli azionisti negli anni precedenti (minore è il livello, maggiore sarà l'influenza), il grado di frammentarietà della compagine azionaria, la natura e gli interessi degli altri azionisti (se abbiano un interesse strategico o meramente finanziario nell'impresa oppure se abbiano legami con l'acquirente di minoranza)<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 59. Si cita anche il caso COMP/M.4336, *MAN/Scania*, 20 dicembre 2006, sito internet EUR-Lex documento No 32006M4336, si veda in particolare punto 9. La Commissione giunge alla conclusione che Volkswagen non ha acquisito il controllo *de facto* di MAN, basandosi sull'analisi della partecipazione alle assemblee degli azionisti negli anni precedenti e delle previsioni future e della composizione dell'azionariato di MAN.

Un altro mezzo per conseguire il controllo sull'impresa è su base contrattuale, a condizione che il contratto pattuisca il trasferimento del controllo sulla gestione e sulle risorse e abbia durata molto lunga. Ad esempio è possibile raggiungere tale scopo con un contratto di affitto, che non trasferisce la proprietà ma il diritto a gestire e godere delle risorse. Nella Comunicazione 2008/C 95/01, facendo riferimento all'art. 3, paragrafo 2(a), si afferma che si può ottenere il controllo anche attraverso il mero diritto di godimento degli attivi, qualora sia il titolare del godimento che il titolare della gestione abbiano il diritto di veto su decisioni economiche strategiche<sup>49</sup>.

Infine, l'art. 3 del regolamento cita genericamente "altri mezzi" che possono determinare il controllo. La Comunicazione della Commissione individua a tal proposito alcune situazioni peculiari. Ad esempio un controllo di fatto può essere determinato da una situazione di subordinazione economica attuata tramite contratti di fornitura a lungo termine, qualora siano essenziali per l'attività produttiva, oppure crediti concessi da fornitori e clienti insieme con altri legami strutturali<sup>50</sup>. L'acquisizione del controllo può avvenire anche in assenza dell'intenzione dichiarata delle parti, oppure può essere determinata dall'azione di un terzo, mentre l'acquirente assume un ruolo meramente passivo. Infatti tra gli "altri mezzi" con cui si può ottenere il controllo la Commissione inserisce pure successioni ereditarie o l'uscita di un socio dalla società, con il conseguente passaggio da un controllo congiunto a un controllo esclusivo<sup>51</sup>. È un esempio di quest'ultima situazione il caso *RTL/M6*<sup>52</sup>, in cui *RTL* ha acquisito passivamente il controllo esclusivo della società televisiva *M6* come conseguenza della vendita di gran parte della propria quota azionaria da parte della società *Suez Lyonnaise des*

---

<sup>49</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 18. Come esempio di contratto di affitto che attribuisce controllo sull'impresa si cita il caso COMP/M.2632, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*, 11 febbraio 2002, riguardante il trasporto di container tra i porti di Amsterdam, Rotterdam e Antwerp. L'operazione prevedeva infatti che una delle due attività di trasporto concorrenti tra loro venisse ceduta in affitto all'altra; allo stesso tempo la società proprietaria dell'attività ceduta in affitto avrebbe acquisito una quota di capitale sufficiente a detenere un controllo congiunto nella società di trasporto affittuaria. Come esempio di controllo ottenuto tramite il godimento di attivi congiunto con il potere decisionale di veto si cita il caso COMP/M.3858, *Lehman Brothers/ SCG/ Starwood/ Le Meridien*, 20 luglio 2005, in particolare punti 7-11.

<sup>50</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 20. Come esempio si cita, tra gli altri, il caso IV/M.697, *Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation*, 27 marzo 1996, in particolare i punti 6-8, in cui si indicano i legami intercorrenti tra le due società da cui potrebbe derivare un controllo di fatto. Tra questi si citano: partecipazioni azionarie, garanzie di credito, assistenza tecnica e presenza degli stessi manager in entrambe le compagnie.

<sup>51</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 21.

<sup>52</sup> Caso COMP/M.3330, *RTL/M6*, 12 marzo 2004, CELEX database documento No 304M3330, in particolare punti 5-12.

*Eaux* (Suez). Infatti, prima della vendita, *RTL* e Suez detenevano il controllo congiunto di *M6*, rispettivamente con il 48,4% e il 37,6% delle quote azionarie. Tuttavia, in seguito alla cessione delle quote azionarie di Suez a una pluralità diffusa di investitori, *RTL* ha acquisito un controllo di fatto (pur godendo solo del 34% dei diritti di voto) in quanto unico azionista con una quota rilevante, seppur di minoranza, tenuto anche conto dei livelli di partecipazione alle assemblee degli azionisti negli anni precedenti. Un altro caso simile è *Avesta (II)*, in cui l'operazione di concentrazione era originata dalla cessione delle quote di capitale da parte di uno dei quattro principali azionisti di *Avesta Sheffield AB*, impresa attiva nella produzione di acciaio in Inghilterra. Il venir meno di un azionista di rilievo infatti modificava significativamente la posizione di un altro, che acquisiva un potere di veto sulle principali decisioni strategiche. Si era dunque determinata una modifica duratura del controllo, senza che questa fosse stata causata dalle imprese tenute poi a notificarla all'Autorità antitrust.

### **3.3 Imprese comuni o joint venture**

L'art. 3, paragrafo 4, del regolamento indica una terza categoria di concentrazioni formata dalla costituzione di un'impresa comune, qualora si soddisfino alcune condizioni. Una joint venture determina una modifica duratura del controllo in base all'art.3, paragrafo 1(b), in quanto si verifica quando due o più imprese fondatrici acquistano il controllo congiunto di un'altra impresa già esistente o di nuova costituzione. Un esempio è dato dal caso *Bertelsmann/ Mondadori*<sup>53</sup>, due editori che hanno ottenuto il controllo congiunto di *BOL Italia*, impresa attiva nel commercio elettronico di libri e che era posseduta interamente da Bertelsmann prima che il 50% delle quote venisse ceduto a Mondadori. In seguito, le due imprese fondatrici hanno trasferito le loro attività di vendita online presso *BOL*.

Al fine di poter ricadere nella giurisdizione del regolamento sul controllo delle concentrazioni, l'impresa comune deve soddisfare il criterio di impresa a pieno titolo (*full function*): deve cioè “*esercitare stabilmente le funzioni di un'entità economica autonoma*” ai sensi dell'art. 3, paragrafo 4. Ci sono alcuni requisiti necessari per ritenere tale criterio soddisfatto<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Caso COMP/JV.51, *Bertelsmann/Mondadori/BOL Italia SpA*, 1 settembre 2000. Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 10.

<sup>54</sup> Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01, punto 91 e seguenti. Si veda anche F Ghezzi G Olivieri, “*Diritto Antitrust*”, Giappichelli Editore, 2013, pagina 270 e seguenti.

Innanzitutto, dal punto di vista direzionale, la joint venture deve avere un'autonomia operativa per quanto riguarda la gestione corrente, mentre le decisioni strategiche spettano alle imprese fondatrici che detengono il controllo congiunto. Dunque, ad esempio, potrà svolgere la propria politica commerciale in maniera indipendente, anche se all'interno dell'ambito di attività stabilito dalle imprese madri.

In secondo luogo, deve operare sul mercato in maniera autonoma sia dal lato dell'offerta che della domanda. A questo scopo deve essere dotata di risorse (quali mezzi finanziari, personale e attivi materiali e immateriali) in quantità sufficiente ad esercitare la propria attività economica. Inoltre le relazioni di vendita o acquisto con le imprese madri non devono essere così predominanti da mettere in dubbio l'effettività dell'apertura al mercato da parte della joint venture. Ad esempio le imprese comuni che si occupano di attività di R&D o di produzione, esclusivamente per le imprese fondatrici, non potranno ricadere nella giurisdizione del regolamento sul controllo delle concentrazioni. La Comunicazione della Commissione spiega che qualora la joint venture produca più del 50% del proprio fatturato con imprese terze, sarà in genere un dato sufficiente per dimostrare la propria autonomia. In presenza di percentuali inferiori, invece, la Commissione dovrà analizzare se l'impresa comune intrattiene rapporti commerciali con le imprese madri alle stesse condizioni commerciali che con i terzi.

In terzo luogo la joint venture deve essere costituita con l'intenzione di mantenerla in attività durevolmente.

Tutte le imprese comuni che non rientrano nella giurisdizione del regolamento sul controllo delle concentrazioni saranno sottoposte alla disciplina dell'art. 101 TFUE, sul divieto di intese restrittive della concorrenza. Infatti le joint venture, dal punto di vista degli effetti concorrenziali, determinano uno stabile coordinamento tra imprese indipendenti, con il conseguente pericolo di ridurre il grado di concorrenza.

Il regolamento 139/2004<sup>55</sup> prevede invece che le imprese comuni siano sottoposte a una valutazione preventiva che escluda il sorgere dei due problemi concorrenziali che possono derivare da esse. Il primo accomuna tutte le concentrazioni e consiste nel pericolo che si ostacoli in modo significativo la

---

<sup>55</sup> Art. 2, paragrafi 3-4-5, del Regolamento del Consiglio UE n. 139 del 20 gennaio 2004.

concorrenza effettiva nel mercato comune; il secondo è specifico delle joint venture e risulta nel pericolo di coordinamento tra le imprese madri, che rimangono indipendenti tra di loro, a differenza che nelle concentrazioni costituite da fusioni o acquisto del controllo. In questo modo la Commissione è in grado di valutare simultaneamente entrambi i rischi, sia strutturali che comportamentali, derivanti dalla costituzione di imprese comuni; le imprese invece possono trarre vantaggio dalla certezza giuridica derivante da una decisione complessiva sulla legittimità dell'operazione, ottenuta nei tempi predefiniti dal regolamento. Ad esempio, nel caso *Fujitsu/ Siemens*<sup>56</sup> si voleva costituire una impresa comune attiva nello sviluppo, produzione e vendita di hardware per computer e beni correlati. Se da una parte non risultava alcun rischio di ostacoli alla concorrenza, dall'altra parte la Commissione temeva che le imprese madri avrebbero potuto coordinarsi nel mercato dei bancomat e prodotti simili, dove erano entrambe attive. L'operazione di concentrazione venne infine approvata in seguito all'impegno da parte di Siemens di vendere le attività in ambito bancario per escludere qualsiasi futuro coordinamento.

### 3.4 Eccezioni

Il regolamento 139/2004, all'art. 3, paragrafo 5, esclude che si verifichi un'operazione di concentrazione in alcune ipotesi in cui avviene un acquisto del controllo di un'altra impresa.

Un primo caso prevede che una banca, un'assicurazione o un altro intermediario finanziario acquisti partecipazioni di imprese allo scopo di rivenderle. Tale fine viene comprovato dal divieto di esercitare i diritti di voto, salvo che per preparare la vendita, e dall'obbligo che questa venga conclusa entro un anno dall'acquisizione.

Una seconda ipotesi prevede che una persona acquisti il controllo dell'impresa in base al mandato di una pubblica Autorità, all'interno di una procedura di liquidazione, fallimentare o altra procedura concorsuale.

Infine un'ultima categoria riguarda l'acquisto del controllo effettuato da società finanziarie che acquisiscono e gestiscono partecipazioni di altre imprese. L'utilizzo dei diritti di voto è consentito *“unicamente per salvaguardare il pieno valore di tali investimenti e non per determinare direttamente o indirettamente il*

---

<sup>56</sup> Caso IV/JV.22 *Fujitsu/Siemens*, 30 settembre 1999, punti 62–69. Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 11.

*comportamento concorrenziale di tali imprese”*

In questi casi le operazioni non sono soggette ad alcun obbligo di notifica e approvazione preventiva da parte della Commissione. La ragione di questo diverso trattamento è da rinvenire nel fatto tali operazioni perseguono fini diversi da quello di influenzare i comportamenti commerciali delle imprese interessate e gli obblighi ad esse imposti sono ritenuti sufficienti a salvaguardare il regime concorrenziale<sup>57</sup>.

#### **4. Le partecipazioni di minoranza non di controllo: nuova frontiera della disciplina antitrust?**

##### **4.1 La disciplina attuale**

Nel luglio del 2014 la Commissione ha reso pubblico il Libro Bianco<sup>58</sup>, un documento riguardante lo sviluppo della disciplina sul controllo delle concentrazioni, con cui proponeva di espandere la giurisdizione del Regolamento 139/2004 all’acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo. L’attuale normativa prevede infatti l’obbligo di notifica e una valutazione *ex ante* solo per quelle operazioni che determinano una modifica duratura del controllo, tra cui sono incluse anche le partecipazioni di minoranza che permettono di esercitare un’influenza determinante sull’impresa. Tuttavia la Commissione ritiene che anche l’acquisto di quote di capitale che non conferiscono il controllo possa avere degli effetti anti-concorrenziali, senza che sia possibile arginarli efficacemente né tramite la normativa sul controllo delle concentrazioni, né facendo ricorso alla disciplina sul divieto di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante.

La possibilità di includere le partecipazioni di minoranza nella giurisdizione del regolamento sul controllo delle concentrazioni era già stata valutata nel Libro Verde del 2001, in cui la Commissione riconosceva i possibili effetti anti-concorrenziali derivanti da tali operazioni ma riteneva sproporzionato sottoporle tutte al controllo *ex ante* previsto per le concentrazioni, dato che soltanto un numero limitato di quelle transazioni suscitava preoccupazioni per la concorrenza

---

<sup>57</sup> F Ghezzi G Olivieri, “*Diritto Antitrust*”, Giappichelli Editore, 2013, pagina 276.

<sup>58</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell’UE*, 9 luglio 2014.

che non potessero essere rimosse dagli articoli 101 e 102 TFUE<sup>59</sup>. Tuttavia tale posizione mutò negli anni successivi per via degli sviluppi dell'analisi economica sugli effetti concorrenziali dei legami strutturali tra imprese e dell'esperienza pratica accumulata dalla Commissione, specialmente in casi quali la vicenda *Ryanair/ Aer Lingus*<sup>60</sup>. Nel 2011 il Commissario Almunia espresse per la prima volta la volontà di includere anche l'acquisizione di partecipazioni di minoranza nell'ambito del regolamento 139/2004 al fine di eliminare una lacuna nel sistema di controllo delle concentrazioni<sup>61</sup>. A ciò seguirono studi sull'argomento che portarono alla pubblicazione, nel giugno del 2013, di un documento di lavoro dei servizi della Commissione che indicava due metodi alternativi di controllo di tali operazioni: il primo prevedeva un sistema di notifica preventiva, analogo a quello delle concentrazioni, che consisteva nell'obbligo di comunicare tutti i legami strutturali rilevanti e di non concludere alcuna transazione di acquisto prima dell'autorizzazione della Commissione. Il secondo metodo lasciava alla Commissione un certo grado di discrezionalità nella selezione dei casi da investigare. Ciò si può ottenere con un sistema di auto-valutazione, che non prevede un obbligo di comunicazione, ma riserva alla Commissione il diritto di investigare, lasciando dunque alle imprese la responsabilità e i rischi di valutare gli effetti anti-concorrenziali. Un'ulteriore alternativa di questo secondo tipo consiste in un sistema di trasparenza, che impone alle parti di compilare una notifica semplificata per le transazioni che presentano apparenti problematiche concorrenziali. In entrambi i casi si può prevedere anche la possibilità per le parti di notificare volontariamente un'operazione, così da ottenere con l'autorizzazione una maggiore certezza giuridica<sup>62</sup>. Tale documento venne sottoposto a un processo consultivo nei confronti di tutti gli interessati, i cui risultati furono in generale critici verso i costi amministrativi che ne sarebbero derivati, considerati

---

<sup>59</sup> Libro Verde sulla revisione del Reg. (CEE) n. 4064/89, 11 dicembre 2001 (COM/2001/0745 final), punti 106-110. Citato in: Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, pag. 93 e seguenti (nota 6); Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 7.

<sup>60</sup> Caso COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, Decisione della Commissione del 27 giugno 2007.

<sup>61</sup> J. Almunia, *Merger Regulation in the EU after 20 years*, IBA Antitrust Committee, Bruxelles, 10 marzo 2011, Commission Press Release SPEECH/11/166.

<sup>62</sup> SWD(2013) 239, Commission 2013 Staff Working Document, "Towards more effective EU merger control" (June 25, 2013), pagina 6-7; Gustavo Olivieri, *Minority Shareholdings e Controllo delle Concentrazioni: Nihil SubSole Novi?*, Rivista Italiana di Antitrust, n.1 (2014), pagina 67.

da molti eccessivi se confrontati all'esiguità dei casi di acquisto di partecipazioni di minoranza da cui derivano effetti anti-concorrenziali<sup>63</sup>. Infine, il 9 luglio 2014 la Commissione ha pubblicato il Libro Bianco, in cui, pur tenendo in conto delle osservazioni avanzate, ha promosso l'estensione della disciplina del controllo delle concentrazioni anche all'acquisto di partecipazioni di minoranza<sup>64</sup>.

Prima di analizzare la proposta della Commissione sembra opportuno valutare le ragioni che ne hanno causato la genesi.

#### **4.2 Effetti anti-competitivi**

Negli ultimi anni si sono sviluppate teorie economiche che studiano gli effetti sulla concorrenza derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza. Tuttavia l'influenza esercitata sul regime concorrenziale deve essere valutata caso per caso in quanto dipende da diversi fattori specifici quali i rapporti concorrenziali (verticali od orizzontali) tra le parti, il loro ruolo nel mercato (imprese di dimensioni minori difficilmente causano rischi per la concorrenza), la composizione e grado di concentrazione del mercato stesso e infine l'intensità e natura del legame strutturale creatosi<sup>65</sup>.

Sono state individuate tre principali categorie di effetti anti-competitivi: unilaterali, coordinati e verticali. Gli effetti negativi derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza sono meno incisivi rispetto alle conseguenze derivanti dall'acquisto duraturo del controllo, tuttavia sono meno giustificabili in quanto non producono quelle efficienze che invece si originano dalle concentrazioni. Così, una volta bilanciati gli incrementi di efficienza con gli effetti anti-competitivi, si potrebbe giungere alla conclusione che l'acquisto di una quota di minoranza determini una restrizione della concorrenza pari ad una concentrazione.

Gli effetti unilaterali consistono nel fatto che, dopo aver acquistato una quota di minoranza, un'impresa avrà meno incentivi a competere aggressivamente con l'impresa oggetto dell'acquisizione, in quanto ne condividerà in parte le perdite.

---

<sup>63</sup> SWD(2014) 217, Commission Staff Working Document, Impact Assessment "Towards more effective EU merger control" (July 9, 2014), punto 78. Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 9.

<sup>64</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, pagina 14 e seguenti.

<sup>65</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 2.

Inoltre l'impresa acquirente potrebbe essere più propensa ad aumentare i prezzi poiché la conseguente contrazione delle proprie vendite apporterebbe maggiori profitti alla concorrente, una parte dei quali sarebbe condivisa (fenomeno conosciuto come internalizzazione di una esternalità competitiva). Tuttavia è difficile per un'impresa stabilire se i profitti derivanti dalla condivisione dei dividendi della propria partecipata siano superiori a quelli che si sarebbe procurata concorrendo aggressivamente. Ad esempio dovrebbe essere in grado di prevedere sia l'andamento della domanda e dell'offerta, sia che ad avvantaggiarsi del calo delle proprie vendite sia l'impresa partecipata e non altri concorrenti; infine dovrebbe valutare se l'ammontare delle proprie perdite venga compensato dall'aumento dei profitti del concorrente. Solo in rari casi un'impresa possiede informazioni così affidabili su cui basare la propria strategia economica.

Un ulteriore effetto anti-concorrenziale originato dalla formazione di legami strutturali tra imprese consiste nel fatto che un azionista di minoranza potrebbe esercitare la propria influenza per limitare le strategie concorrenziali dell'impresa, al fine di indebolire la sua posizione commerciale. Prendendo ad esempio la disciplina italiana questo può avvenire sfruttando le disposizioni dello statuto che stabiliscono maggioranze qualificate per alcune decisioni strategiche dell'impresa, oppure attraverso l'utilizzo da parte della minoranza dei diritti procedurali e sostanziali di voce (previsti per le società quotate)<sup>66</sup>, o esperendo l'azione sociale di responsabilità prevista dall'art. 2393 c.c. o ancora con la denuncia al tribunale per gravi irregolarità degli amministratori in base art. 2409 c.c. o 152 TUF. Nel Libro Bianco<sup>67</sup> la Commissione individua alcuni casi in cui la riduzione della concorrenza sarebbe potuta derivare dall'influenza esercitata dall'azionista di minoranza sull'esito delle delibere straordinarie, che possono essere necessarie per adottare decisioni quali aumento di capitale, fusioni o acquisizioni, modifica dell'oggetto sociale o dell'ambito geografico dell'attività d'impresa oppure investimenti significativi. Ne è un esempio il caso *Toshiba/ Westinghouse*<sup>68</sup>, riguardante il mercato dell'assemblaggio del combustibile nucleare. In seguito alla concentrazione Toshiba avrebbe potuto utilizzare la propria partecipazione di minoranza in un concorrente di Westinghouse per impedirne l'espansione in

---

<sup>66</sup> Tra i diritti procedurali di voce troviamo ad esempio il diritto dei soci di minoranza di convocare l'assemblea, di integrare l'ordine del giorno e di porre domande agli amministratori.

<sup>67</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 32-34.

<sup>68</sup> COMP/M.4153, *Toshiba/Westinghouse*, decisione della Commissione del 19 settembre 2006.

mercati dove era presente l'ente risultante dalla concentrazione. Tuttavia alcuni commentatori<sup>69</sup> critici verso la proposta di espansione della giurisdizione contenuta nel Libro Bianco hanno sottolineato che l'azionista di minoranza, pur potendo esercitare un'influenza anche significativa sull'impresa, non potrà decidere gli indirizzi strategici, che verranno presi da quei soci che, per definizione, detengono il controllo esclusivo o congiunto.

Gli effetti coordinati consistono nel fatto che i legami strutturali facilitano la costituzione o il rafforzamento di equilibri collusivi qualora permettano all'acquirente di accedere a informazioni commerciali privilegiate (ad esempio tramite la nomina di membri dell'organo amministrativo). Infatti in questo modo si determinerebbe un aumento del grado di trasparenza del mercato, agevolando il monitoraggio delle imprese partecipate concorrenti e rendendo possibile dunque un meccanismo sanzionatorio tempestivo. Tuttavia il possesso di partecipazioni incrociate determina incentivi contrastanti. Da una parte infatti consolida il meccanismo collusivo: non solo permette di scoprire violazioni del piano comune, ma qualora un'impresa, deviando dalla politica collettiva, infligga perdite ai concorrenti, dovrà partecipare a tali perdite per via delle partecipazioni in essi detenute. Dall'altro lato però l'internalizzazione reciproca delle perdite rende anche meno efficace la sanzione comminata a chi devia dall'equilibrio collusivo. La valutazione *ex ante* di tali effetti può risultare complessa, in quanto bisogna tenere conto delle circostanze del caso specifico. Ad esempio tanto maggiori sono i vantaggi derivanti dalla collusione e tanto meno converrà deviare dall'accordo. Inoltre l'equilibrio collusivo sarà più solido se la creazione di legami strutturali con i concorrenti è portato a termine anche da un'impresa c.d. "maverick" (che avrebbe più incentivi di tutti a competere)<sup>70</sup>. Alla luce di ciò, potrebbe risultare difficile per la Commissione analizzare in via preventiva gli effetti coordinati derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza, soprattutto se si tiene conto dei rigorosi requisiti richiesti dalla Corte nel caso *Airtours*<sup>71</sup> per provare rapporti collusivi tra imprese. Tali pratiche potrebbero invece essere censurate tramite

---

<sup>69</sup> Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 5.

<sup>70</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 2.2.

<sup>71</sup> Caso T-342/99 *Airtours/First Choice* [2002], punto 62.

l'applicazione dell'art. 101 TFUE, basata sull'analisi *ex post* degli effettivi comportamenti delle imprese in seguito all'operazione<sup>72</sup>.

L'acquisto di partecipazioni di minoranza agevola la tacita collusione tra imprese concorrenti solo nel caso in cui permetta lo scambio di informazioni privilegiate, che potrebbe avvenire in seguito alla nomina di un membro dell'organo di amministrazione o di controllo. Tuttavia tale possibilità può risultare in contrasto non solo in base a norme antitrust quali il divieto di intese e pratiche concordate dell'art.101 TFUE ma anche con i singoli diritti societari nazionali che vietano agli amministratori di agire in conflitto di interessi e non garantiscono al socio di minoranza l'accesso a informazioni sensibili riguardanti la gestione, che spetta ai soli amministratori<sup>73</sup>.

Un terzo tipo di effetti derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo sono quelli "verticali", che si possono verificare qualora si creino legami strutturali con imprese attive a livelli diversi della catena produttiva e consistono nel discriminare i concorrenti della propria partecipata, operante nel mercato a valle o a monte, riservando un trattamento preferenziale con essa. Ad esempio la condivisione di parte dei profitti potrebbe indurre a rifornirsi dalla propria partecipata nonostante prezzi più alti rispetto ai concorrenti. Inoltre l'impresa partecipata potrebbe a condividere di informazioni sensibili sui concorrenti (clienti o fornitori) del proprio azionista, aumentando il grado di trasparenza sul mercato. Un rischio di preclusione dei fattori produttivi è stato individuato dalla Commissione nel caso *IPIC/ MAN Ferrostaal*<sup>74</sup>, dove IPIC

---

<sup>72</sup> Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 6.

<sup>73</sup> Gustavo Olivieri, *Minority Shareholdings e Controllo delle Concentrazioni: Nihil SubSole Novi?*, Rivista Italiana di Antitrust, n.1 (2014), pagina 70. J. P. Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013), pagina 210 e 211. In questo articolo si indicano alcune restrizioni allo scambio di informazioni sensibili poste dal diritto societario tedesco. Nel caso di società per azioni (*Aktiengesellschaft*) i membri del Consiglio di Gestione amministrano indipendentemente dalle dirette indicazioni sia degli azionisti che del Consiglio di Sorveglianza. Inoltre durante le assemblee degli azionisti gli amministratori hanno il diritto di rifiutare di dare informazioni oggettivamente capaci di danneggiare la società (Sezione 131(3) AktG). Nel caso delle società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) qualsiasi azionista ha un più ampio diritto ad essere informato in qualsiasi ambito dell'attività della società (Sezione 51a(1) GmbHG), compreso il diritto di accedere in qualsiasi momento ai documenti commerciali come la corrispondenza e le fatture. Tuttavia anche in questo caso gli amministratori, in forza di una decisione degli azionisti, possono rifiutare l'accesso alle informazioni qualora vi sia il rischio che l'azionista di minoranza possa utilizzare le informazioni impropriamente e causare danno alla società (Sezione 51a(2) GmbHG).

<sup>74</sup> COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal*, decisione della Commissione del 13 marzo 2009. Citata in COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 37.

(l'impresa acquirente) ha dovuto cedere la partecipazione di minoranza detenuta da MAN Ferrostaal in un'impresa concorrente di IPIC nel mercato della produzione di melanina. Tuttavia gli effetti verticali non determinano in genere problemi concorrenziali in quanto spesso controbilanciati da efficienze, quali ad esempio la riduzione del livello di doppia marginalizzazione.

Un ultimo effetto anti-concorrenziale consiste nel disincentivare l'entrata nel mercato di terzi. Acquistando una partecipazione di minoranza in un concorrente si potrebbe dissuadere altri dall'assumerne il controllo. Anche in questo caso risulta complesso verificare l'effettivo effetto deterrente esercitato da tali operazioni.

In conclusione, la dottrina economica ha individuato diverse ipotesi in cui l'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo potrebbe influire negativamente sul regime concorrenziale; tuttavia prima di estendere il controllo da parte delle Autorità antitrust anche su queste operazioni sarebbe opportuno valutare in quanti casi concreti tali effetti anti-concorrenziali si verifichino e se non esistano altri strumenti di controllo più efficienti o meno onerosi per imprese e Autorità pubbliche.

### **4.3 Analisi empirica**

L'esistenza e il grado di incidenza sulle dinamiche di mercato degli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza è dimostrata dai casi in cui tale impatto è stato analizzato, sia a livello europeo che in quegli Stati Membri dove la legislazione nazionale antitrust estende il controllo anche a quel tipo di operazioni.

La Commissione ha individuato, da quando è stato introdotto il regolamento sul controllo delle concentrazioni, 53 procedimenti in cui sono state valutate le implicazioni concorrenziali delle partecipazioni di minoranza detenute dalle imprese parti di un'operazione di concentrazione notificata. In 20 occasioni è stata richiesta la cessione delle quote a causa degli effetti negativi che si sarebbero potuti verificare. Se si confrontano tali cifre con il numero totale di concentrazioni notificate risulta chiaramente che rappresentano solo una minima frazione dei casi valutati. Tuttavia anche il numero di concentrazioni vietate è molto basso rispetto a quelle notificate; inoltre la Commissione può valutare la pericolosità delle partecipazioni di minoranza solo se queste sono già state acquisite dalle

imprese che notificano una concentrazione, sfuggono perciò al calcolo tutti i legami strutturali creati in seguito o in assenza di un'operazione di concentrazione.

Per stimare meglio il numero di casi che sarebbero stati interessati dalla norma sul controllo delle partecipazioni di minoranza, la Commissione ha analizzato le informazioni contenute nella banca dati Zephyr, che registra gli acquisti di partecipazioni in imprese quotate all'interno dell'UE tra il 2005 e il 2011<sup>75</sup>. Da tale studio sono risultati 91 acquisti di partecipazioni di minoranza tra imprese attive nello stesso settore, non controllati né dalle Autorità nazionali né dalla Commissione. Non sono stati presi in considerazione transazioni dove l'acquirente o l'impresa bersaglio erano investitori finanziari, né quelle riguardanti società parti dello stesso gruppo di imprese. Se tra i 91 casi individuati si selezionano quelli che superano le soglie previste per le concentrazioni di dimensione comunitaria, si ottengono 43 transazioni potenzialmente dannose che sarebbero state sottoposte al controllo della Commissione. Tale numero rappresenta il 5% di tutti i casi decisi dalla Commissione nello stesso periodo di tempo (2005-2011) in base alla normale procedura (escludendo dunque quelli valutati seguendo la procedura semplificata). Tra le transazioni prese in considerazione la Commissione cita l'aumento delle quote detenute dal gruppo LVMH in Hermès dal 14.2% al 22.28% (avvenuto tra il 2010 e il 2011) e l'acquisto del 29,83% di Impregilo Spa effettuato da Salini Costruttori nel 2011/2012. In entrambi i casi le parti erano concorrenti attuali o potenziali nei rispettivi settori di attività. La Commissione dunque li pone come esempi di situazioni dove un controllo preventivo permetterebbe di fugare dubbi su eventuali conseguenze negative sulla concorrenza.

Uno dei casi che più ha influito<sup>76</sup> sulla volontà della Commissione di espandere l'ambito del regolamento 139/2004 è stata la vicenda *Ryanair/ Aer Lingus*. Nel corso del 2006 Ryanair acquistò una partecipazione di minoranza in Aer Lingus

---

<sup>75</sup> Annex to the Commission Staff Working Document: Towards more effective EU merger control, Brussels, 25/6/2013 SWD(2013) 239 final, Parte 3/3, punto 91 e seguenti. Citato in Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 3.

<sup>76</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 1.1, nota 12. In esso si cita: A.J. Burnside, *Minority Shareholdings. An Overview of EU and National Case Law*, in e-Competition, n. 56676, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), 2 e N. Levy, *EU Merger Control and non controlling minority shareholdings: the case against change*, in 9 Eur. Comp. J., 2013, 1 ss.

giungendo progressivamente ad ottenere il 29% del capitale, quota che però non garantiva il controllo della compagnia aerea concorrente. Volendo lanciare un'offerta pubblica per acquisire la totalità della compagnia aerea concorrente, Ryanair notificò tale operazione di concentrazione alla Commissione, che però negò l'autorizzazione<sup>77</sup>. Tuttavia tale decisione riguardava solo il proposto acquisto del controllo di Aer Lingus e non implicava alcuna dismissione della partecipazione di minoranza detenuta da Ryanair. Aer Lingus riteneva invece che anche l'acquisto di tali quote di minoranza costituisse una concentrazione e richiese alla Commissione di avviare il procedimento previsto dall'art. 8(4) del regolamento 139/2004, così che si ripristinasse la situazione precedente all'operazione, ordinando a Ryanair di cedere tutte le proprie partecipazioni in Aer Lingus. La Commissione rigettò tale richiesta<sup>78</sup> e quando Aer Lingus impugnò la decisione, il Tribunale dell'UE confermò la correttezza della decisione della Commissione<sup>79</sup>. In particolare si rilevò che la nozione di concentrazione non può essere estesa ai casi in cui non avviene un cambiamento duraturo del controllo, cioè quando la partecipazione azionaria non garantisce l'esercizio di una influenza determinante sull'impresa *target* (punto 65). La normativa antitrust inglese permette di valutare anche gli effetti anti-competitivi derivanti dalle partecipazioni di minoranza; così l'Autorità inglese a tutela della concorrenza aprì nel 2011 un'indagine sul caso Ryanair/ Aer Lingus e nel 2013 concluse che la quota del 29,8% detenuta da Ryanair determinava una sostanziale riduzione della concorrenza, ordinando che venisse diminuita fino al 5%<sup>80</sup>. In particolare, tale decisione affermava che Ryanair aveva utilizzato la sua influenza per limitare il potenziale competitivo di Aer Lingus, impedendo operazioni quali l'emissione di nuove azioni, la conclusione di fusioni o joint venture con altre compagnie aeree e la vendita di slot presso l'aeroporto di Heathrow. Tale decisione è stata poi confermata anche in appello<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Caso M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, Decisione della Commissione, 27 giugno 2007.

<sup>78</sup> Decisione C(2007) 4600, 11 ottobre 2007.

<sup>79</sup> Caso T-411/07, *Aer Lingus Group plc v. Commission*, Sentenza del Tribunale, 6 luglio 2010, punti 62-76.

<sup>80</sup> Competition Commission, *Ryanair Holdings plc and Aer Lingus Group plc – A report on the completed acquisition by Ryanair Holdings plc of a minority shareholding in Aer Lingus plc*, 28 agosto 2013. Citata da Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 1.1, nota 17.

<sup>81</sup> 1219/4/8/13, *Ryanair Holdings PLC v Competition and Markets Authority*, [2014] CAT 3.

Se da una parte il caso Ryanair/ Aer Lingus dimostra i limiti della giurisdizione europea, dall'altro mette in luce il diverso grado di tutela della concorrenza all'interno dell'Unione, dovuto alle differenti legislazioni nazionali. Infatti solo in alcuni Stati Membri come Germania, Regno Unito e Austria vige una legislazione antitrust che permette di valutare anche le distorsioni della concorrenza dovute alle partecipazioni di minoranza non di controllo. Ad esempio, la disciplina tedesca prevede che, se la partecipazione acquisita supera il 25%, l'Autorità antitrust possa intervenire in ogni caso, indipendentemente dall'acquisto del controllo, mentre se è inferiore a questa soglia devono essere presenti ulteriori elementi che dimostrino che la partecipazione di minoranza determina un'influenza "competitivamente significativa" sull'impresa<sup>82</sup>. Tra il 1990 e il 2010 il 10% di tutte le concentrazioni notificate ha riguardato acquisti di partecipazioni di minoranza non di controllo<sup>83</sup>. Tuttavia, mentre le transazioni riguardanti almeno il 25% del capitale o dei diritti di voto costituivano il 10% sia delle notificazioni che delle proibizioni, i casi in cui la quota acquisita era minore del 25% da una parte rappresentavano solo lo 0,6% delle operazioni notificate, ma dall'altra parte costituivano circa l'11% di tutte le transazioni proibite<sup>84</sup>. Da questi dati si deduce che gli acquisti di partecipazioni di minoranza fanno sorgere rischi per la concorrenza in un numero di casi sproporzionalmente superiore rispetto agli altri tipi di concentrazione<sup>85</sup>.

Dall'analisi degli elementi empirici raccolti dalla Commissione risulta pertanto che i legami strutturali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza determinano in alcuni casi degli effetti restrittivi della concorrenza e che non possono perciò essere ignorati dal diritto antitrust<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Section 37 (1) No 3 e 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, "GWB", legge sulla concorrenza della Repubblica Federale Tedesca.

<sup>83</sup> J. P. Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013), pagina 208 e 209.

<sup>84</sup> Annex to the Commission Staff Working Document: Towards more effective EU merger control, Brussels, 25/6/2013 SWD(2013) 239 final, Parte 3/3, punto 46. Citato da Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 3.

<sup>85</sup> J. P. Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013), pagina 209, punto 15.

<sup>86</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 3. In tale paragrafo gli autori aggiungono tuttavia che manca, da parte della Commissione, un'analisi degli effetti concreti sul regime concorrenziale derivanti dai legami strutturali derivanti dalle partecipazioni di minoranza. Infatti se non si riscontrassero conseguenze negative nel medio

#### **4.4 Strumenti giuridici per il controllo dell'acquisto di partecipazioni di minoranza**

Se dal punto di vista dell'analisi economica ed empirica ci sono valide ragioni a supporto di un controllo degli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza, bisogna valutare se esistano già degli strumenti giuridici che adempiono a tale funzione e se sia opportuno introdurne di più efficaci.

Il Regolamento 139/2004 sul controllo delle concentrazioni, come già affermato, permette di valutare gli effetti dell'acquisto di partecipazioni di minoranza solo in presenza di alcuni requisiti: i legami strutturali che non conferiscono il controllo devono riguardare le imprese parti di un'operazione di concentrazione e devono preesistere al momento della notifica. In questi casi la Commissione, nel valutare se la concentrazione ostacola significativamente la concorrenza effettiva, tiene conto anche degli eventuali effetti restrittivi derivanti dal presenza di partecipazioni tra società concorrenti, eseguendo un'analisi economica affine a quella compiuta per legami strutturali che modificano durevolmente il controllo. Qualora individui effetti anti-concorrenziali può richiedere la cessione o la riduzione delle partecipazioni di minoranza come rimedi necessari per approvare l'operazione. Tuttavia questo tipo di controllo non è né sistematico né pienamente efficace: da una parte non sottopone a scrutinio gli acquisti di partecipazioni effettuati in assenza o successivamente ad un'operazione di concentrazione, dall'altra parte si tratta di un controllo *ex post* che potrebbe verificarsi anche molto tempo dopo l'acquisto della quota di minoranza, risultando inefficace nell'impedire effetti anti-competitivi<sup>87</sup>.

Gli art. 101 e 102 del TFUE sono un altro strumento giuridico che può essere utilizzato per impedire che l'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo determini restrizioni della concorrenza. La Corte di Giustizia già nel 1987 con il caso *Philip Morris*<sup>88</sup> stabilì che vi è una violazione dell'art. 101

---

periodo, allora sarebbe inutile introdurre una nuova normativa, anche in presenza di una lacuna nel sistema di controllo delle concentrazioni.

<sup>87</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 4.1.

<sup>88</sup> Casi riuniti 142/85 e 156/84 *British American Tobacco Company Limited e R.J. Reynolds Industries Inc. v Commissione europea* [1987] ECR 4487 ("*Philip Morris*"), punti 36–38. Si veda anche la nota 17 del primo capitolo.

qualora i legami strutturali derivanti da accordi tra imprese costituiscano un mezzo idoneo ad influire sul comportamento commerciale di tali imprese, in modo da restringere o alterare il gioco della concorrenza. Ad esempio violano il divieto di intese e pratiche concordate quelle partecipazioni di minoranza che permettono di influenzare l'attività economica di un'altra impresa o di scambiare informazioni sensibili tra imprese concorrenti. Per quanto riguarda l'art. 102, nello stesso caso<sup>89</sup> la Corte affermò che un'impresa che si trovi già in posizione dominante possa abusare del proprio potere di mercato qualora acquisti una partecipazione che determini un effettivo controllo sull'impresa bersaglio o almeno una qualche influenza sulla sua politica commerciale. Negli anni successivi al caso *Philip Morris* la Commissione utilizzò i principi giuridici ivi stabiliti per estendere il proprio controllo sia sugli acquisti di partecipazioni che conferivano il controllo, sia su quelle di minoranza<sup>90</sup>. Tuttavia, in seguito all'approvazione del Regolamento sul controllo delle concentrazioni la Commissione diminuì progressivamente il ricorso agli art. 101 e 102 per contestare l'acquisto di partecipazioni, concentrandosi sui casi notificati in base alla nuova disciplina. Alcune delle ragioni che hanno portato all'abbandono di questo strumento di controllo sono inserite nel Libro Bianco<sup>91</sup>, dove la Commissione afferma come l'utilizzo di tali norme sia ostacolato da alcuni elementi. Per quanto riguarda l'art. 101 è difficile stabilire in alcuni casi se l'acquisto di una partecipazione di minoranza costituisca un "accordo" restrittivo della concorrenza. Ad esempio se l'acquisto non avviene in un'unica transazione pattuita con un solo venditore ma attraverso una serie di compravendite sul mercato azionario (si pensi al caso Ryanair), oppure se le quote vengono ottenute tramite una OPA ostile. Sorgono difficoltà anche qualora si tenti di qualificare come "restrittivo della concorrenza" lo Statuto della società (che è invece indubbiamente un accordo). Per quanto riguarda invece l'art. 102, questo si può applicare solo se l'acquisto di una partecipazione di minoranza viene concluso da

---

<sup>89</sup>Caso *Philip Morris*, si veda nota precedente, punto 65.

<sup>90</sup>Nel caso IV/33.440, *Warner Lambert v. Gillette*, 10 November 1992, la Commissione stabilì che Gillette aveva violato sia l'art.101 che l'art. 102 nelle complesse operazioni di acquisto di una partecipazione del proprio concorrente Wilkinson. Le indagini erano iniziate tre anni prima, quando ancora non era entrato in vigore il regolamento sul controllo delle concentrazioni, sulla base dei reclami di alcune imprese rivali. Per un'analisi approfondita si veda Barry E. Hawk Henry L. Huser "Controlling the Shifting Sands: Minority Shareholdings Under EEC Competition Law" *Fordham International Law Journal* Volume 17, Issue 2 1993 Article 2.

<sup>91</sup>COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 40 e seguenti.

un'impresa che gode già di una posizione dominante. Ulteriori dubbi sull'efficacia di tali rimedi sorgono se si considera la lunghezza di tali procedimenti e l'incertezza giuridica che ne deriva. Infatti le indagini durano in media diversi anni, in quanto non si possono basare sulle informazioni dettagliate fornite dalle imprese nella notificazione e non sono sottoposte alle scadenze temporali previste dal regolamento 139/2004. Inoltre i procedimenti della Commissione rimangono in genere riservati, così che, salvo i casi in cui vengano contestate delle violazioni, le imprese rimangono incerte sulla legalità delle loro operazioni, né possono ricorrere ad una notifica volontaria per ottenere un'autorizzazione legalmente vincolante da parte della Commissione, non essendo prevista tale opzione nel regolamento 1/2003. Quindi alcuni dei motivi per cui la Commissione non ha proceduto sistematicamente all'utilizzo degli art. 101 e 102 per controllare gli effetti anti-concorrenziali dell'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo possono essere individuati sia nel rischio di impiegare ingenti risorse senza garanzie di risultati soddisfacenti sia nel pericolo di creare maggiore incertezza giuridica in materia di acquisizioni di partecipazioni azionarie, situazione che avrebbe potuto causare conseguenze negative sugli investimenti e sull'economia in generale. Non a caso infatti, in occasione della consultazione pubblica che ha preceduto la pubblicazione del Libro Bianco, i rappresentanti degli interessi delle imprese hanno sottolineato che, qualora si decidesse di estendere i poteri di controllo della Commissione, sarebbe opportuno prevedere un meccanismo che permetta alle società di notificare volontariamente l'operazione in modo da ottenere un via libera (legalmente vincolante) da parte dell'Autorità pubblica, così da garantire maggiore certezza giuridica<sup>92</sup>.

Tuttavia, a fianco dei limiti di un controllo basato sugli art. 101 e 102, diversi autori individuano anche alcuni aspetti positivi. Tra di questi vi è il fatto che si tratti di un controllo *ex post*. Infatti questo tipo di vigilanza può risultare più efficace nell'individuare gli effetti anti-competitivi di una partecipazione di minoranza rispetto ad un controllo a priori come quello previsto dal regolamento 139/2004. Questo è dovuto al fatto che si tratta di effetti non tanto strutturali quanto invece comportamentali (come lo scambio di informazioni sensibili o

---

<sup>92</sup> Ulrich von Koppenfels, *A Fresh Look at the EU Merger Regulation? The European Commission's White Paper "Towards More Effective EU Merger Control"*, *Liverpool Law Rev* (2015) 36:7–31 DOI 10.1007/s10991-015-9163-x, pagina 15 e seguenti.

l'influenza sulle decisioni commerciali dell'impresa *target*)<sup>93</sup>. In aggiunta, qualora si individui una violazione, il conseguente obbligo di ripristinare la situazione precedente non provoca le onerose implicazioni giuridiche ed economiche dello scioglimento di una fusione o di una joint venture, basterà infatti cedere le quote azionarie acquisite.

Un ulteriore strumento per il controllo degli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza è dato, come già ricordato, dai diritti societari nazionali. Questi infatti possono limitare sia l'influenza esercitata dagli azionisti di minoranza sulle decisioni commerciali sia l'accesso a informazioni sensibili da parte degli stessi<sup>94</sup>.

In Italia, per quanto riguarda le società per azioni, l'art. 2380-bis c.c. stabilisce che la competenza gestoria spetta esclusivamente agli amministratori, limitando dunque l'influenza dei singoli azionisti sulle politiche commerciali dell'impresa. Questa norma di principio viene sostanziata all'art. 2364 n.5 c.c., che è stato modificato in modo da impedire che gli amministratori possano delegare l'approvazione di atti gestori di loro competenza all'assemblea ordinaria dei soci. La norma vigente dispone che lo statuto possa prevedere soltanto un'autorizzazione su specifici atti da parte dell'assemblea, mentre la competenza (e responsabilità) rimane in mano agli amministratori, che potranno anche non eseguire un atto gestorio già approvato. Vi sono poi norme come l'art. 2390 c.c., 2391 c.c. e 2475-ter c.c.<sup>95</sup> che pongono limiti o sanzionano comportamenti degli

---

<sup>93</sup> J. P. Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013), pagina 212, punto 34.

<sup>94</sup> Gustavo Olivieri, *Minority Shareholdings e Controllo delle Concentrazioni: Nihil SubSole Novi?*, Rivista Italiana di Antitrust, n.1 (2014), pagina 70.

<sup>95</sup> Art. 2390 “*Divieto di Concorrenza: Gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, né essere amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell'assemblea.*

*Per l'inosservanza di tale divieto l'amministratore può essere revocato dall'ufficio e risponde dei danni*”, si noti però che tale divieto può essere eluso con l'accordo dell'assemblea; art. 2391 “*Interessi degli amministratori: L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società...Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data... L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione. L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico*”; art.2475-ter “*Conflitto di interessi: i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto*

amministratori in conflitto di interessi, in modo da assicurarsi che questi operino nell'esclusivo interesse della società che rappresentano. Per le società quotate sono previsti norme più stringenti, ad esempio sui requisiti di indipendenza dei loro amministratori previsti dagli art. 147-ter e 148 del TUF, oltre che dalle norme del Codice di Autodisciplina. È stato introdotto anche il divieto di *interlocking*<sup>96</sup>, che pone un limite al cumulo di incarichi di amministrazione e controllo che i componenti degli organi di controllo delle società quotate possono assumere in altre società di capitali. L'art. 36 del decreto-legge "Salva Italia"<sup>97</sup> introduce una norma ancora più rigorosa per le imprese operanti in settori sensibili quali i mercati del credito, assicurativi e finanziari, dove è vietato ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di esercitare incarichi analoghi in imprese concorrenti.

Anche il diritto societario tedesco pone alcune restrizioni per impedire lo scambio di informazioni sensibili<sup>98</sup>. Nel caso di società per azioni (*Aktiengesellschaft*) i membri del Consiglio di Gestione amministrano indipendentemente dalle dirette indicazioni sia degli azionisti che del Consiglio di Sorveglianza. Inoltre durante le assemblee degli azionisti gli amministratori hanno il diritto di rifiutare di dare informazioni oggettivamente capaci di danneggiare la società (Sezione 131(3) AkG). Nel caso delle società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) qualsiasi azionista ha un più ampio diritto ad essere

---

*proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione".*

<sup>96</sup> Art. 147, 148 e 148-bis Testo Unico Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58. Tuttavia le norme citate sembrano avere come fine non tanto impedire effetti anti-concorrenziali quanto invece garantire il buon funzionamento della società. Ad esempio il divieto di interlocking dell'art.148-bis pone dei limiti quantitativi, per assicurarsi che gli incaricati abbiano il tempo e la possibilità di svolgere le loro funzioni in modo concreto e non solo formale. Non sarebbe infatti proibito che un amministratore, con ruoli in due imprese rivali, scelga tra più azioni compatibili con l'interesse sociale quella che determina il minor pregiudizio per il concorrente e non necessariamente l'atto di gestione migliore dal punto di vista competitivo. Si veda: Pietro Fulvo, *Il decreto Salva Italia e il nuovo divieto di Interlocking directorates*", Banche e banchieri, 2012 volume 39 fascicolo 1, pagina 113 e seguenti.

<sup>97</sup> Art. 36 del decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 251 alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 284 del 6 dicembre 2011. Convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante: «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.», pubblicata nel Supplemento ordinario n. 276 alla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 27 dicembre 2011.

<sup>98</sup> J. P. Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013), pagina 210 e 211.

informato in qualsiasi ambito dell'attività della società (Sezione 51a(1) GmbHG), compreso il diritto di accedere in qualsiasi momento ai documenti commerciali come la corrispondenza e le fatture. Tuttavia anche in questo caso gli amministratori, in forza di una decisione degli azionisti, possono rifiutare l'accesso alle informazioni qualora vi sia il rischio che l'azionista di minoranza possa utilizzare le informazioni impropriamente e causare danno alla società (Sezione 51a(2) GmbHG).

L'attuale sistema di controlli dunque non permette una sistematica valutazione degli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza. Infatti, a livello europeo, il Regolamento 139/2004 permette di sottoporre ad analisi solo i legami strutturali connessi alle imprese interessate dalla notifica e allo stesso modo anche gli art. 101 e 102 incontrano limiti alla loro applicazione. Inoltre troviamo differenti discipline a livello nazionale, sia per quanto riguarda l'esistenza di una specifica normativa antitrust sulle partecipazioni di minoranza (adottata solo in alcuni Stati Membri come Germania e Regno Unito) sia in relazione ai diritti societari di ogni Paese.

La Commissione ritiene dunque che per colmare la lacuna sia necessaria un'estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento sulle concentrazioni, ritenuto uno strumento migliore rispetto a una disciplina autonoma per le affinità nelle analisi economiche da effettuare e per l'efficacia delle modalità procedurali del controllo delle concentrazioni, oltre che per la possibilità di richiedere rimedi e le sanzioni previste (che risultano più flessibili dell'invalidità automatica dell'accordo prevista dall'art.101). Molti autori sono però critici nei confronti di questa proposta, in particolare temendo che tale intervento causi maggiori costi nei confronti delle imprese interessate, della Commissione e del sistema economico in generale rispetto ai benefici concorrenziali che si prefigge di raggiungere<sup>99</sup>.

#### **4.5 La proposta della Commissione**

Come già ricordato, la Commissione ha proposto nel Libro Bianco del 2014<sup>100</sup> di

---

<sup>99</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 4.3.

<sup>100</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014.

controllare, attraverso il Regolamento 139/2004, anche gli acquisti di partecipazioni di minoranza che non conferiscono il controllo dell'impresa bersaglio. Dal punto di vista sostanziale si indica un diverso criterio di valutazione rispetto a quello delle concentrazioni, che sono vietate se *“ostacolano in modo significativo la concorrenza nel mercato comune”*<sup>101</sup>; le partecipazioni di minoranza non di controllo sarebbero infatti proibite qualora determinino un *“legame significativo dal punto di vista della concorrenza”*. Tale nozione si verifica in presenza di due requisiti cumulativi: le imprese interessate devono essere concorrenti orizzontali o collegate verticalmente e la partecipazione acquisita deve essere *“1) pari al 20% circa; oppure 2) tra il 5% e il 20% circa, ma associata a fattori aggiuntivi, quali diritti che conferiscono all'acquirente una minoranza di blocco de facto, un seggio nel consiglio di amministrazione o l'accesso ad informazioni sensibili”*. Dal punto di vista procedurale invece si privilegia un sistema di trasparenza *“mirato”* in base al quale un'impresa deve presentare una notifica semplificata<sup>102</sup> nel caso in cui valuti che l'operazione crei *“un legame significativo dal punto di vista della concorrenza”*. In seguito la Commissione potrà decidere se avviare un'indagine, nel qual caso le parti dovranno inviare una notifica completa, analoga a quella prevista per le concentrazioni, a cui seguirebbe l'emissione di una decisione. Le parti avrebbero anche la possibilità di comunicare volontariamente una notifica completa, al fine di ottenere una decisione della Commissione sull'operazione e dunque una maggiore certezza del diritto. Si prevede inoltre l'eventuale divieto di concludere l'operazione per i 15 giorni lavorativi successivi alla notifica, in modo tale che la Commissione sia in grado di eseguire una valutazione prima della conclusione della transazione e gli Stati membri possano chiedere un rinvio del procedimento alle proprie Autorità antitrust, mantenendo così il grado di tutela garantito dalle normative nazionali. Infine il Libro Bianco concede alla Commissione la facoltà di indagare su un'operazione per un periodo di tempo tra i 4 e i 6 mesi successivi alla comunicazione della notifica semplificata, indipendentemente dalla sua realizzazione.

---

<sup>101</sup> Art. 2(3) del Regolamento 139/2004.

<sup>102</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 49: *“La comunicazione di informazione conterrebbe informazioni relative alle parti, al loro fatturato, una descrizione dell'operazione, la quota di partecipazione prima e dopo l'operazione, i diritti connessi alla partecipazione di minoranza e alcune limitate informazioni sulle quote di mercato”*.

#### 4.6 Considerazioni sulla proposta della Commissione

Il “sistema di trasparenza mirato”, delineato dalla Commissione nel Libro Bianco, ha sollevato una serie di osservazioni, spesso critiche, che possono essere utili al fine di percepire la complessità delle considerazioni necessarie per scegliere il miglior strumento di controllo possibile.

Dal punto di vista sostanziale, è stato notato<sup>103</sup> che l'utilizzo di un nuovo criterio di valutazione, per quanto affini possano essere le analisi economiche da effettuare, comporta nuovi dubbi interpretativi che richiederanno tempo prima di essere risolti da una giurisprudenza consolidata delle Corti europee. Viene infatti osservato che un sistema tanto complesso quanto quello delineato dalla Commissione potrebbe far sorgere un numero considerevole di problematiche. In particolare si teme che l'individuazione di un “*legame significativo dal punto di vista della concorrenza*” possa comportare difficoltà per le imprese nello stabilire l'estensione del mercato rilevante e il limite oltre il quale i legami strutturali creano conseguenze non tollerabili per il regime concorrenziale. Un altro punto controverso è dato dalle soglie minime che una partecipazione deve raggiungere per poter essere sottoposta a valutazione. Sorgono dubbi soprattutto nel caso dell'acquisto del 5% di capitale unito ad “*altri fattori aggiuntivi*”, come il conferimento di una minoranza di blocco de facto. Potrebbero infatti verificarsi casi, come in *Ryanair/ Aer Lingus*, dove si dovrebbe far ricorso a complesse indagini per prevedere quali decisioni rilevino in concreto per la politica commerciale dell'azienda e se l'acquirente la partecipazione di minoranza abbia il potere di influenzarle con il suo voto.

Si suggerisce dunque che la Commissione semplifichi il più possibile il criterio sostanziale da utilizzare e adotti delle linee guida che diminuiscano l'incertezza giuridica che si verrebbe a creare. In questo modo infatti si diminuirebbero gli oneri amministrativi incombenti sia sulle imprese (che devono decidere se notificare) sia sulla Commissione (che deve appurare la legittimità dell'operazione). Inoltre, una maggiore certezza del diritto favorisce gli investimenti e dunque l'economia in generale.

Dal punto di vista procedurale il sistema di trasparenza prevede una notifica obbligatoria (seppur semplificata) da parte delle imprese. Questo metodo dà alla

---

<sup>103</sup> Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 12.

Commissione maggiori garanzie di venire informata su tutti i casi con effetti potenzialmente anti-concorrenziali e inoltre assicura alle imprese maggiore certezza sulle tempistiche di un'eventuale controllo<sup>104</sup>. Tuttavia alcuni commentatori<sup>105</sup> hanno considerato tale sistema eccessivamente oneroso se confrontato con i pochi casi che andrebbe a verificare. I costi di questo sistema, infatti, dipendono da una parte dal numero di operazioni da comunicare, che derivano dall'ampiezza del criterio sostanziale e delle sue soglie, dall'altra parte dalla quantità di informazioni da trasmettere. La Commissione ha previsto una notifica semplificata, quindi meno onerosa rispetto a quella prevista per le concentrazioni; però un numero troppo esiguo di informazioni non permetterebbe di discernere quali operazioni sono pericolose per il regime concorrenziale, rendendo inutile la notifica<sup>106</sup>. Alcuni autori<sup>107</sup> dunque preferirebbero un sistema di autovalutazione, dove le imprese possono decidere di non notificare i casi che reputano non problematici dal punto di vista concorrenziale. Ciò eviterebbe i costi di informazione e notifica alla Commissione, pur mantenendo a carico dell'impresa gli oneri di valutazione iniziale sulla legittimità dell'operazione. Tuttavia, anche questo metodo presenta delle criticità, in particolare un ridotto grado di certezza giuridica, dal momento che, nel caso di mancata notifica, sarebbe probabilmente concesso alla Commissione di avviare un procedimento di controllo in base al momento in cui è venuta a conoscenza dell'operazione (ad esempio tramite la denuncia dei concorrenti) e perciò anche dopo molto tempo dalla sua conclusione<sup>108</sup>.

La possibilità, prevista dalla Commissione, di eseguire una notifica volontaria è stata accolta generalmente con favore in quanto garantisce maggiore certezza del

---

<sup>104</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 6.2.

<sup>105</sup> Si veda la "U.K. competition authorities' response to DG COMP's Consultation on Reform of the EUMR," del 20 settembre 2013, pagine 2-3, citato in Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 13.

<sup>106</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 6.2.

<sup>107</sup> J. Almunia, "Merger Review: Past Evolution and Future Prospects," del 2 novembre 2012 (Comunicato stampa della Commissione SPEECH/12/773). Citato in Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 13.

<sup>108</sup> Federico Ghezzi Gian Diego Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014, paragrafo 6.1.

diritto alla imprese, favorendo gli investimenti, soprattutto nei casi dove l'acquisto di partecipazioni comporta un considerevole impegno economico. Prima di adottare tale meccanismo sarebbe però opportuno accertarsi che non determini un carico di lavoro eccessivo per la Commissione, in quanto da ciò deriverebbe l'incapacità di controllare efficacemente i casi ritenuti più pericolosi per la concorrenza. In tal caso sarebbe infatti più idonea la disciplina prevista dal Regolamento 1/2003 per il divieto di intese, che sostituisce l'obbligo di notifica *ex ante* con un controllo successivo su iniziativa della Commissione<sup>109</sup>.

L'obbligo di *standstill* (cioè il divieto di concludere l'operazione per i 15 giorni lavorativi successivi alla notifica) assolve in genere a due funzioni: evita gli oneri derivanti dall'eventuale obbligo di ripristinare la situazione come se l'operazione non fosse stata posta in essere ed impedisce il verificarsi di effetti anti-concorrenziali nelle more del procedimento. Nel caso delle partecipazioni di minoranza, alcuni sostengono<sup>110</sup> che tale limitazione alla libera iniziativa delle imprese sia ingiustificata, dal momento che, rispetto alle concentrazioni, tali operazioni creano effetti più facilmente reversibili e meno pericolosi per la concorrenza.

Dal momento che molte parti interessate avevano espresso la preoccupazione che dalla proposta del Libro Bianco potessero derivare costi amministrativi eccessivi e comunque non proporzionati al rischio per la concorrenza, la Commissione ha elaborato uno studio approfondito sull'impatto del controllo delle partecipazioni di minoranza<sup>111</sup>. Questo rapporto mette a confronto le esperienze di alcuni Stati membri (quali Regno Unito, Germania e Austria) e altri paesi (USA, Giappone e Brasile), analizzando nel complesso sia le discipline sul controllo delle partecipazioni di minoranza, sia i diritti garantiti ai soci di minoranza dai vari diritti societari nazionali.

Tra le somiglianze rilevano ad esempio i requisiti che fanno sorgere la giurisdizione delle Autorità antitrust, che sono in genere caratterizzati da una soglia minima di quote di capitale unita ad un criterio sostanziale quale ad

---

<sup>109</sup> Si veda nota precedente, paragrafo 7.1.

<sup>110</sup> Nicholas Levy, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1), pagina 13.

<sup>111</sup> *Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings*, pubblicato il 14 ottobre 2016. Si veda anche *European Commission publishes a study on minority shareholdings for its review of EU merger control*, CMS Law-Now, 19 ottobre 2016.

esempio “l’influenza materiale” sulla società bersaglio richiesta dal diritto inglese. Tuttavia il superamento delle soglie minime di partecipazione determina effetti diversi a seconda della giurisdizione: ad esempio nel Regno Unito, se si eccede il 25% di quote azionarie sorge una presunzione relativa (e perciò confutabile) di influenza materiale, mentre in Germania e Austria, se si oltrepassa la stessa quota, si determina automaticamente la giurisdizione dell’Autorità antitrust. Per quanto riguarda le soglie delle quote di partecipazione, c’è un consenso generale sul fatto che una partecipazione superiore al 25% debba essere sottoposta a controllo, mentre si conviene che al di sotto del 10% solo raramente possono derivare degli effetti anti-competitivi. Inoltre le Autorità antitrust tendono a tenere in considerazione alcuni fattori quali la capacità dell’acquirente di porre il veto su decisioni strategiche o di nominare membri dell’organo amministrativo. Una differenza riguarda invece il sistema di notifica, che solo nel Regno Unito è volontario. In pratica ogni Paese trova un bilanciamento, percepito come ragionevole, tra gli oneri di notifica e la necessità di preservare la concorrenza.

Il numero di casi problematici di acquisto di partecipazioni di minoranza è molto basso in ogni Stato preso in considerazione, si pensi ad esempio che negli Stati Uniti non si interviene su tali acquisizioni dal 2007, nel Regno Unito ne sono state analizzate solo 5 negli ultimi 10 anni e in Giappone è stato sottoposto a scrutinio un solo caso dall’entrata in vigore della relativa normativa. Tuttavia lo studio sottolinea come, anche se sporadicamente, possano sorgere delle criticità da tale categoria di operazioni. Dunque, un controllo a livello europeo potrebbe essere positivo, soprattutto dal momento che alcuni Stati membri non hanno adottato normative di controllo verso l’acquisto di partecipazioni di minoranza e la Commissione potrebbe essere l’organismo più adatto a valutare operazioni transfrontaliere.

Qualora si decidesse di estendere la giurisdizione del sistema di controllo delle concentrazioni bisognerebbe però cercare di assicurare la certezza del diritto e imporre meno oneri possibili su imprese ed Autorità antitrust, soprattutto considerando il ridotto rischio per la concorrenza. Dunque lo studio raccomanda di prendere in considerazione alcuni elementi durante la stesura della nuova normativa. In primo luogo la previsione di una soglia di quote di capitale oltre la quale scatta il controllo dell’operazione (sia in via automatica che in via di presunzione relativa). Il 25% sembra una partecipazione adeguata a questo scopo.

In secondo luogo si può prevedere una soglia minima, corrispondente al 10 o 15% del capitale, sotto alla quale non le operazioni non possono essere sottoposte a verifica. In terzo luogo la Commissione potrebbe adottare delle linee guida, che insieme agli altri fattori citati garantirebbero una maggiore certezza del diritto. In fine, si giudica opportuno ridurre la durata del procedimento di controllo, pur mantenendo il periodo successivo all'operazione in cui la Commissione può comunque aprire una istruttoria sul caso. Questo obiettivo può essere conseguito eliminando o riducendo la durata dell'obbligo di *standstill*.

Il compito del legislatore europeo risulta dunque simile a quello di un equilibrista, che deve trovare il giusto bilanciamento tra la flessibilità normativa, necessaria per estendere il controllo su tutti i casi potenzialmente anti-concorrenziali, e la certezza del diritto, che rende possibili gli investimenti economici. Per ottenere tale risultato è necessario che gli acquisti di partecipazioni di minoranza non di controllo siano assoggettati a un controllo sistematico. A livello europeo può essere ottenuto tramite uno strumento giuridico unitario appositamente concepito, come quello proposto dalla Commissione nel Libro Bianco e nello Studio del 2016, oppure attraverso un efficace coordinamento dei mezzi di controllo già esistenti quali il Regolamento 139/2004 e gli art. 101 e 102. A livello nazionale sarebbe opportuno che si tendesse a raggiungere un analogo livello di tutela tramite nuove normative antitrust e riforme nei diritti societari dei Paesi Membri.

## Capitolo II

### I

#### **Valutazione sostanziale delle concentrazioni in base alla normativa europea**

*1. Evoluzione normativa 2. Regolamento 4064/89 - Test di dominanza 2.1 La posizione dominante 2.2 Il test di dominanza nel regolamento n. 4064/89 3. Evoluzione nell'applicazione del test di dominanza 4. Regolamento 139/2004 - SIEC test 4.1 Valutazione concentrazioni basata su effetti verso concorrenza 4.2 Eliminazione di una possibile lacuna nel test di dominanza 5. Effetti dell'introduzione del SIEC test*

#### **1. Evoluzione normativa**

Il regolamento del Consiglio CE n. 4064 del 21 dicembre 1989, con cui venne disciplinato per la prima volta il controllo delle operazioni di concentrazione a livello europeo, vietava le concentrazioni che:

*“creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso”<sup>112</sup>.*

Secondo tale norma la prevedibile presenza di una posizione dominante era un requisito necessario per poter vietare l'operazione di concentrazione proposta; perciò la Commissione basava le sue indagini sul Test di Dominanza.

Il regolamento del Consiglio UE n. 139 del 20 gennaio 2004 ha modificato i criteri di valutazione delle concentrazioni, vietando quelle che:

*“ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”<sup>113</sup>.*

La nuova norma introduce il cosiddetto SIEC test (*Significant Impediment of Effective Competition*), secondo cui la prevedibile presenza di una posizione dominante, pur rimanendo la principale condizione da cui scaturisce il divieto, non è più un requisito necessario per bloccare una concentrazione.

---

<sup>112</sup> Art. 2(3) Regolamento del Consiglio CE n. 4064/89.

<sup>113</sup> Art. 2(3) Regolamento del Consiglio UE n. 139/2004.

L'obiettivo perseguito dal legislatore europeo con tale modifica è quello di migliorare l'efficacia ed efficienza del sistema di controllo delle concentrazioni in due modi<sup>114</sup>.

In primo luogo viene modificato l'approccio all'analisi degli effetti di una concentrazione. Il test di dominanza valuta se l'ente risultante dalla concentrazione consegua un livello eccessivo di potere di mercato, concentrandosi soprattutto sull'analisi di elementi strutturali quali la definizione di mercato rilevante e le quote di mercato. Il SIEC test invece misura quanto le dinamiche concorrenziali del mercato siano influenzate dagli effetti della concentrazione e quindi quanto la concorrenza possa essere realmente ridotta, prendendo in considerazione elementi quali la creazione di efficienze e la sostituibilità dei prodotti delle imprese interessate. Una valutazione complessiva di tutti gli effetti derivanti da una concentrazione può prevenire la proibizione di concentrazioni che sembrano creare una posizione dominante in base ad elementi quali le quote di mercato ma che in realtà non diminuiscono la concorrenza effettiva (i cosiddetti "falsi positivi").

In secondo luogo si vuole colmare una possibile lacuna del test di dominanza: in teoria infatti, basandosi su tale criterio, non potrebbero essere vietate le concentrazioni da cui scaturiscono effetti anticoncorrenziali unilaterali dovuti a comportamenti non coordinati tra imprese non dominanti in un mercato oligopolistico. Questi casi costituirebbero dei "falsi negativi", cioè delle concentrazioni che risultano legittime in base alla normativa antitrust in quanto non creano o rafforzano delle posizioni dominanti ma che nella realtà producono degli effetti anti-concorrenziali.

## **2. Regolamento 4064/89 - Test di dominanza**

### **2.1 La posizione dominante**

La lunga elaborazione della normativa sul controllo delle concentrazioni inizia con la prima bozza di regolamento predisposta dalla Commissione nel 1973. In questo documento non si faceva riferimento al test di dominanza, ma si prevedeva il divieto di concentrazioni che permettessero alle imprese coinvolte di acquisire o

---

<sup>114</sup> Nicholas Levy (2010) The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?, *European Competition Journal*, 6:1, 211-254.

rafforzare il potere di ridurre la concorrenza effettiva nel mercato comune<sup>115</sup>. Tale impostazione non venne modificata nelle successive Proposte di Regolamento del 1981, 1984 e 1986. Il criterio di dominanza appare per la prima volta in una revisione della Proposta, inviata dalla Commissione nel marzo 1988, che prevedeva il divieto di concentrazioni “*quando creano o rafforzano una posizione dominante nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso*”<sup>116</sup>. Tuttavia nelle successive bozze susseguitesi durante i negoziati decisivi il criterio di dominanza viene dapprima ridimensionato come soltanto uno dei modi con cui una concentrazione può impedire la concorrenza<sup>117</sup> e in seguito espunto completamente<sup>118</sup>. Secondo N. Levy<sup>119</sup> le ragioni che hanno portato all’adozione nel testo definitivo del criterio di dominanza sono da individuare soprattutto nella familiarità che le istituzioni europee avevano con tale nozione. Questa era già prevista dall’art. 82 del Trattato CE (oggi art. 102 del TFUE) ed era già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia; circostanze per cui garantiva una maggiore certezza del diritto. Inoltre il diritto antitrust tedesco utilizzava un approccio basato sulla valutazione della struttura del mercato e sulla presenza di posizioni dominanti<sup>120</sup>.

Il concetto di posizione dominante è stato definito dalla Corte di Giustizia nel caso *United Brands v Commission*<sup>121</sup> come:

---

<sup>115</sup> Art. 1 (1) Proposta di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni (Presentata dalla Commissione al Consiglio il 20 luglio 1973): “[*sono vietate le concentrazioni in cui] le imprese stesse acquistino o rafforzino, nel mercato comune o in una parte sostanziale di quest’ultimo, il potere di ostacolare una concorrenza effettiva.*”

*Il potere di ostacolare una concorrenza effettiva deve essere valutato particolarmente in relazione alle possibilità di scelta dei fornitori e utilizzatori, del potere economico e finanziario delle imprese in oggetto, della struttura dei mercati di cui trattasi e dell’evoluzione dell’offerta e della domanda dei prodotti o servizi interessati.*”

<sup>116</sup> Proposta emendata di regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese, [1988] OJ C130/4.

<sup>117</sup> Proposta di giugno 1988 allegata alle Minutes of the Meeting of the Council Working Party on Economic Issues, 30 August 1988 (“*Le concentrazioni ... che ostacolano o rendono più difficile il mantenimento o lo sviluppo di una posizione dominante, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune*”);

<sup>118</sup> Proposta emendata di regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese, [1989] OJ C22/16 ( divieto di concentrazioni che “*creino o rafforzino una posizione per cui il mantenimento o lo sviluppo di una concorrenza effettiva sarebbe impedita nel mercato comune*”).

<sup>119</sup> Nicholas Levy (2010) The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?, *European Competition Journal*, 6:1, 211-254.

<sup>120</sup> Nicholas Levy (2010) The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?, *European Competition Journal*, 6:1, pagina 214.

<sup>121</sup> Caso 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, punto 65; vedi anche causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979, pag. 461, punto 38.

*“una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori.”*

Come già detto tale criterio era stato elaborato in riferimento all’applicazione dell’art. 82 (oggi art. 102 TFUE) ma venne in seguito adottato anche nell’interpretazione del Regolamento sul Controllo delle Concentrazioni sia dalle Corti europee<sup>122</sup> che dalla Commissione<sup>123</sup>. Dal punto di vista dell’analisi economica si potrebbe argomentare che il concetto di “agire indipendentemente da concorrenti e clienti” non è in grado di distinguere tra imprese dominanti e non, in quanto anche i monopolisti si confrontano con una curva della domanda che diminuisce all’aumentare del prezzo, sia perché i clienti si rivolgono ai concorrenti sia in quanto escono dal mercato<sup>124</sup>. Tuttavia, come sostenuto da L-H Roller e M de la Mano<sup>125</sup>, perché un’impresa goda di una posizione dominante non è necessaria un’indipendenza assoluta ma basta un grado apprezzabile di insensibilità ai comportamenti di concorrenti, clienti e consumatori finali. Dal punto di vista economico tale condizione viene in genere misurata basandosi sul criterio dell’elasticità della domanda al prezzo e alla quantità: quanto minore sarà la diminuzione della domanda all’aumentare del prezzo o al diminuire della quantità prodotta, tanto più l’impresa potrà agire senza tener conto delle reazioni dei consumatori o delle politiche di prezzo e di quantità dei concorrenti.

---

<sup>122</sup> Case T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753, punto 200: *“La posizione dominante così contemplata riguarda una situazione di forza economica detenuta da una o più imprese che conferirebbe loro il potere di ostacolare il mantenimento di un’effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi fornendo loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori.”*

<sup>123</sup> Glossary of terms used in EU competition policy, emanato dalla Commissione UE nel luglio 2002.

<sup>124</sup> Malcolm B Coate (2009) *Did the European Union's Market Dominance Policy Have a Gap? Evidence from Enforcement in the United States*, *European Competition Journal*, 5:3, 662: riporta il pensiero di M Walker, che propone di ignorare la proposizione finale della definizione di dominanza data dalla Corte di Giustizia nel caso *United Brands v Commission*, concentrandosi invece sulla caratteristica di “impedire una concorrenza effettiva”. L’analisi della posizione dominante si dovrebbe perciò fondare sugli effetti verso clienti e consumatori in base all’elasticità della domanda e sugli effetti verso i concorrenti. [M Walker, “An Economic Framework for Measuring Dominance” in W Collins, *Issues in Competition Law and Policy* (Chicago, IL, American Bar Association, 2008), vol 2, 1343].

<sup>125</sup> L-H Roller and M de la Mano, “The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control” (2006) 2 *European Competition Journal* 9, pagina 11.

Quindi la nozione di dominanza “non esclude una certa concorrenza, ma pone l’impresa favorita nella posizione di definire le condizioni nelle quali può svilupparsi tale concorrenza o per lo meno di influire in misura notevole su di esse, comunque senza dover prestare attenzione al suo comportamento e senza che ciò le procuri danni”<sup>126</sup>.

Questa definizione legale di posizione dominante si accosta perciò al concetto economico di potere di mercato: cioè la capacità di influenzare importanti parametri a base della concorrenza, ad esempio aumentando i prezzi, riducendo la quantità prodotta o ritardando le innovazioni<sup>127</sup>.

La stretta relazione tra il concetto di dominanza e di potere di mercato ha reso le modalità di applicazione del controllo delle concentrazioni in Unione Europea più simili a quelle previste negli Stati Uniti, dove è in vigore il SLC (*Significant Lessening of Competition*) test, che considera come centrale l’analisi del potere di mercato esercitato dalle imprese<sup>128</sup>.

La nozione di posizione dominante si estende anche ai casi di dominanza collettiva, come previsto esplicitamente dall’art. 102 TFUE, secondo cui la posizione dominante può essere detenuta da “una o più imprese”<sup>129</sup>. L’art. 2(3) del regolamento CE n. 4064/89 sembra invece indirizzarsi solo ai casi in cui la posizione dominante viene detenuta da un’unica impresa, leader del mercato; tuttavia la giurisprudenza europea ha esteso la normativa del controllo delle concentrazioni anche ai casi di posizione dominante collettiva. In un primo momento era stata la Commissione a prevedere l’applicazione del concetto di dominanza collettiva anche al regolamento sulle concentrazioni, sostenendo nella decisione *Nestlé/Perrier* (1992) che una restrizione della concorrenza effettiva deve essere proibita se deriva da una posizione dominante detenuta sia da una sola

---

<sup>126</sup> Caso COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz*, decisione della Commissione del 11 giugno 2003, [2004] OJ L92/91, punto 105.

<sup>127</sup> Il Glossario dei Termini sulla Competizione, emanato dalla Commissione nel Luglio 2002, appoggia questa interpretazione: “A firm is in a dominant position if it has the ability to behave independently of its competitors, customers and suppliers and, ultimately, the final consumer. A dominant firm holding such market power would have the ability to set prices above the competitive level, to sell products of an inferior quality or to reduce its rate of innovation below the level that would exist in a competitive market.”.

<sup>128</sup> Le US Horizontal Merger Guidelines, punto 0.1, affermano che: “*the Guidelines focus on the one potential source of gain that is of concern under the antitrust laws: market power. The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its exercise. Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time*”.

<sup>129</sup> È utile tenere presente che la Corte di Giustizia UE interpreta la nozione di “impresa” ai fini dell’applicazione delle regole sulla concorrenza come un’entità dotata di autonomia economica; casi riuniti C-395/96 P e 396/96 P *Compagnie Maritimes Belge* [1996], punto 35 e ss..

impresa che da più imprese insieme. In seguito il Tribunale dell'UE ha stabilito nel caso *Gencor* che “la scelta di una formulazione neutra quale quella figurante all'art. 2, n.3, del regolamento non esclude a priori dal suo campo di applicazione la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante collettiva”<sup>130</sup>.

Una posizione dominante collettiva si verifica quando più imprese, giuridicamente indipendenti l'una dall'altra, si presentano e agiscono, nei confronti dei concorrenti e dei consumatori, come un'entità economica unitaria<sup>131</sup>. Tale situazione si verifica in mercati oligopolistici, dove la presenza di poche imprese con quote di mercato elevate e tendenzialmente omogenee incentiva l'instaurazione di “condotte parallele”. Tali comportamenti non sono previamente concordati tra le imprese e quindi non possono essere ricondotti nell'ambito delle pratiche concordate (vietate dall'art. 101 TFUE). Formalmente sono decisioni autonome e razionali prese da imprese indipendenti che si adattano ai comportamenti dei concorrenti; tuttavia alterano l'equilibrio proprio di un regime concorrenziale producendo effetti economici simili a quelli riscontrabili in caso di intesa.

Per quanto riguarda la valutazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva la giurisprudenza europea ha nel tempo sviluppato alcuni parametri a cui fare riferimento. La sentenza *Compagnie Maritimes Belges*<sup>132</sup> stabilisce che bisogna esaminare “i legami o fattori di correlazione economici tra le imprese interessate” per verificare se esiste la possibilità che agiscano insieme, indipendentemente dai loro concorrenti, clienti o consumatori. Tali legami tra imprese possono derivare non solo dall'accertamento di un accordo, ma anche da una valutazione della struttura del mercato rilevante. Con questa pronuncia perciò è stata lasciata una certa flessibilità nella individuazione degli elementi da cui deriva una posizione dominante collettiva; ad esempio le imprese possono essere collegate sia da contratti che prevedono vincoli economici, sia da legami strutturali come partecipazioni societarie incrociate<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Decisione della Commissione *Nestlé/Perrier* [1992], in GUCE, L356/1, punto 110 e ss.; Caso T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753, punto 126; Caso *Kali&Saltz /M&K /Treuhand* [1994] OJ L 186/38.

<sup>131</sup> F Ghezzi G Olivieri, “*Diritto Antitrust*”, pagina 218 e 291.

<sup>132</sup> Casi riuniti C-395/96 P e 396/96 P *Compagnie Maritimes Belges* [1996], dal punto 41 al punto 45.

<sup>133</sup> F Ghezzi G Olivieri, “*Diritto Antitrust*”, pagina 220.

In seguito con la sentenza *Airtours First Choice*<sup>134</sup> la corte ha delineato tre elementi che la Commissione deve accertare per provare la sussistenza di una posizione dominante collettiva.

In primo luogo il mercato rilevante deve essere caratterizzato da un sufficiente grado di trasparenza che permetta a tutti i membri dell'oligopolio dominante di conoscere la condotta (prezzi e altre condizioni) degli altri concorrenti.

In secondo luogo la situazione di tacita coordinazione deve essere resa sostenibile nel tempo anche grazie alla presenza di meccanismi sanzionatori che colpiscano le imprese che deviano dalla condotta parallela; questo deterrente incentiva le imprese a mantenere comportamenti coordinati.

In terzo luogo la reazione di clienti, consumatori e futuri concorrenti non deve essere in grado, almeno nel breve periodo, di mettere a repentaglio i risultati conseguiti di comportamenti coordinati.

Perciò la situazione di tacita collusione deve potersi verificare ed essere sostenibile, sia internamente (tramite il comportamento delle imprese oligopoliste) sia esternamente (per le reazioni di clienti e altri concorrenti)<sup>135</sup>. Ci sono alcune condizioni di mercato che caratterizzano tale situazione: una prima è la presenza di poche imprese con quote di mercato elevate e simili tra di loro. Una seconda è un sufficiente grado di trasparenza del mercato che facendo facilmente conoscere le rispettive strategie commerciali da un lato agevola l'adozione di comportamenti paralleli (senza bisogno di accordi tra le imprese), dall'altro rende possibile l'azione di monitoraggio per evitare un discostamento dalla politica di comportamenti paralleli<sup>136</sup>.

## **2.2 Il test di dominanza nel regolamento n. 4064/89**

L'art. 2(3) Regolamento del Consiglio CE n. 4064/89 proibisce le concentrazioni che *“creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo”*. Questa disposizione può dare adito a due diverse interpretazioni. Secondo la prima una concentrazione può essere vietata solo qualora si verificano due distinte condizioni: la creazione

---

<sup>134</sup> Caso T-342/99 *Airtours/First Choice* [2002], punto 62. Il caso riguardava la concentrazione tra due agenzie di viaggi che avrebbe ridotto il numero dei principali operatori nel mercato dei viaggi a corto raggio da quattro a tre. La Commissione temeva che tale operazione avrebbe facilitato una collusione tacita con il conseguente aumento dei prezzi per i consumatori.

<sup>135</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Sief Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, *European Competition Journal*, 6:1, pagina 233.

<sup>136</sup> F Ghezzi G Olivieri, *“Diritto Antitrust”*, pagina 221.

o il rafforzamento di una posizione dominante (test di dominanza) e che da ciò derivi un significativo impedimento della concorrenza effettiva (SIEC test). Perciò la presenza di una posizione dominante non sarebbe condizione sufficiente da sola ad impedire una concentrazione, tuttavia sarebbe requisito necessario (in sua assenza una concentrazione non potrebbe essere vietata neppure se si provasse che ridurrebbe sensibilmente la concorrenza).

In base alla seconda interpretazione possibile dell'art. 2(3) la presenza di una posizione dominante determinerebbe automaticamente un ostacolo significativo alla concorrenza, che risulterebbe esserne il naturale effetto. Quindi la prova della posizione dominante sarebbe sia necessaria che sufficiente a vietare una concentrazione.

Tuttavia tale impostazione è difficilmente condivisibile dal punto di vista economico in quanto una concentrazione, pur determinando una posizione di dominanza, potrebbe allo stesso tempo produrre effetti concorrenziali positivi e a favore dei consumatori. In primo luogo infatti da una concentrazione potrebbero derivare efficienze (quali la riduzione del costo marginale di produzione tramite economie di scala o sinergie) che stimolano una diminuzione dei prezzi tale da controbilanciare l'opposto stimolo all'aumento dei prezzi dovuto all'incremento del potere di mercato. In secondo luogo all'interno di un mercato verticale una concentrazione tra fornitori potrebbe contrastare il potere di mercato di un acquirente in posizione dominante (e viceversa). In questo caso infatti l'acquirente non sarebbe più incentivato a ridurre gli acquisti per poter contrattare migliori condizioni dai propri fornitori e quindi ci sarebbe un generale interesse ad aumentare gli acquisti dai fornitori e la conseguente produzione<sup>137</sup>.

Questa seconda interpretazione è infatti stata respinta dalla giurisprudenza europea che, in *Air France v Commission*<sup>138</sup> ha sostenuto la necessità che entrambi i requisiti siano soddisfatti:

*“la Commissione è tenuta a dichiarare la compatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione ogniqualvolta ricorrano due presupposti, cioè che l'operazione considerata non crei né rafforzi una posizione dominante e che la concorrenza nel mercato comune non sia*

---

<sup>137</sup> L-H Roller e M de la Mano, “The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control” (2006) 2 *European Competition Journal* 9, pagina 12.

<sup>138</sup> Caso T-2/93 *Air France v Commission* [1994] ECR II-00323, punto 79.

*ostacolata in modo significativo dall'instaurazione o dal rafforzamento di una posizione siffatta.”*

Perciò nel caso in cui si accerti l'esistenza di una posizione dominante, la Commissione sarà tenuta a verificare anche la seconda condizione: cioè se l'operazione conduca ad una significativa riduzione della concorrenza effettiva. In caso affermativo scatterà il divieto; se invece non risulta alcun ostacolo significativo allora la concentrazione deve essere autorizzata<sup>139</sup>. Al contrario, qualora si accerti la mancanza di creazione o rafforzamento di una posizione dominante, l'operazione deve essere autorizzata senza che sia necessario esaminare gli effetti dell'operazione sulla concorrenza effettiva<sup>140</sup>.

Nel caso *Energias de Portugal SA v Commission* la Corte ha sostenuto che la Commissione può basare la prova del significativo ostacolo alla concorrenza sugli stessi elementi fattuali utilizzati per dimostrare la creazione o rafforzamento di una posizione dominante, tenendo però presente che si tratta di due valutazioni distinte<sup>141</sup>.

Sebbene infatti vi siano interrelazioni tra i due requisiti, la dimostrazione che dalla creazione o rafforzamento della posizione dominante derivi un significativo ostacolo alla concorrenza effettiva richiede specifiche valutazioni. Innanzitutto l'effetto prodotto dalla concentrazione deve essere duraturo. Infatti nel caso *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*<sup>142</sup> la Commissione ha stabilito la legittimità di una concentrazione qualora ci sia una solida prova che la posizione di dominanza creatasi è solo temporanea e si eroderebbe velocemente per l'alta probabilità che un forte concorrente entri nel mercato. In secondo luogo l'ostacolo alla concorrenza deve essere significativo: se una concentrazione rafforza una

---

<sup>139</sup> Caso T-158/00 *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) v Commission* [2003] ECR II-03825, punto 130: “when a concentration creates or strengthens a dominant position, the Commission must none the less authorize the operation if it does not lead to effective competition being significantly impeded”; si veda inoltre il caso T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4071, punti 321 e 380, dove si afferma che se anche si fosse creata una posizione dominante questa non determinerebbe necessariamente una riduzione significativa della concorrenza effettiva in quanto non verrebbe eliminato un concorrente “immediato” di una delle parti proponenti.

<sup>140</sup> Caso T-2/93 *Air France v Commission* [1994] ECR II-00323, punto 79, ultima proposizione.

<sup>141</sup> Caso T-87/05 *Energias de Portugal SA v Commission* [2005] ECR II-3745, punto 49: “It follows that proof of the creation or strengthening of a dominant position within the meaning of Article 2(3) of the Merger Regulation may in certain cases constitute proof of a significant impediment to effective competition. That observation does not in any way mean that the second criterion is the same in law as the first, but only that it may follow from one and the same factual analysis of a specific market that both criteria are satisfied”.

<sup>142</sup> Caso IV/M.53 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, decisione della Commissione del 2 Ottobre 1991, [1991] OJ L334/42, punto 53.

posizione dominante in maniera minimale, può essere autorizzata per il fatto che non determina effetti rilevanti sulla concorrenza<sup>143</sup>. Tuttavia la Commissione ha chiarito che quanto più alta è la quota di mercato che si va ad accrescere tanto minore sarà il rafforzamento necessario per far scattare il divieto<sup>144</sup>. In terzo luogo ci deve essere un nesso causale tra la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante e la riduzione della concorrenza effettiva: qualora si dimostri che la struttura competitiva del mercato si sarebbe ridotta in maniera simile anche senza la concentrazione, allora non si può ritenere soddisfatto il secondo requisito<sup>145</sup>.

In quarto luogo, qualora vi sia la prova che, in seguito alla concentrazione, la concorrenza effettiva si ridurrebbe sostanzialmente, ma allo stesso tempo non si creerebbe o rafforzerebbe alcuna posizione dominante, allora la concentrazione dovrebbe comunque essere autorizzata (non essendo soddisfatti entrambi i requisiti per il divieto).

Il test di dominanza, interpretato nel senso di richiedere entrambi i requisiti, mentre da un lato dovrebbe eliminare il rischio di “falsi positivi” (poiché per vietare una concentrazione non basta la presenza di una posizione dominante ma anche la prova di un effettivo impedimento della concorrenza effettiva), dall’altro non rimuove del tutto il pericolo di “falsi negativi” (in quanto nel caso in cui una concentrazione riduca significativamente la concorrenza ma non crei di una posizione dominante, manca la possibilità di bloccarla).

### **3. Evoluzione nell’applicazione del test di dominanza**

Nell’applicare il test di dominanza, l’approccio della commissione si è evoluto nel corso degli anni dando meno importanza a elementi strutturali quali le quote di mercato e valutando invece se la concentrazione elimina dei vincoli concorrenziali, prendendo in considerazione le caratteristiche del mercato (come il grado di sostituibilità dei prodotti, le barriere d’entrata, l’eliminazione di

---

<sup>143</sup> Caso IV/M.430 *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, decisione della Commissione del 21 giugno 1994, [1994] OJ L354/32, punto 153: autorizzazione di una concentrazione che aumentava di meno dell’1% la quota di mercato pre-esistente di Procter&Gamble che ammontava al 70-75% .

<sup>144</sup> XXIst Report on Competition Policy (1991), 363: “[i]n the case of a pre-existing dominant position based on a very high market share, even a very small increase in market power can have a disproportionately large negative effect on the competitive conditions on the market. Thus the higher the pre-existing market share, the quicker a strengthening of an existing dominant position can occur”.

<sup>145</sup> Casi unificati C-68/94 e C-30/95 *French Republic e Société commerciale des potasses et de l’azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission (Kali und Salz)* [1998] ECR I-1375, punto 115.

concorrenti effettivi o potenziali, ...), le dinamiche competitive tra le imprese parti della concentrazione e sugli effetti derivanti da essa sulla concorrenza<sup>146</sup>.

Fin dai primi anni dopo l'emanazione del regolamento n. 4064/89, la Commissione ha negato l'esistenza di presunzioni legali di dominanza basate sul raggiungimento di una quota di mercato da parte delle imprese parti della concentrazione<sup>147</sup>. Tuttavia, le quote di mercato e il grado di concentrazione hanno continuato a influenzare il metodo di valutazione delle concentrazioni, anche in seguito alla riforma del 2004. Infatti, secondo gli Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Orizzontali, essi "offrono una prima utile indicazione sulla struttura del mercato e sull'importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti"<sup>148</sup>. In accordo con la giurisprudenza europea, vi si afferma inoltre che le quote di mercato pari o superiori al 50% possono di per sé costituire prova dell'esistenza di una posizione dominante. Tuttavia questa può determinarsi anche con quote inferiori, qualora vi siano altri fattori quali "la forza e il numero dei concorrenti, la presenza di limiti di capacità o nel caso in cui i prodotti delle parti della concentrazione sono stretti sostituti"<sup>149</sup>. Simile influenza viene accordata alle quote di mercato pure negli Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, dove

---

<sup>146</sup> M Monti, "The Main Challenges for a New Decade of EC Merger Control", EC Merger Control—10th Anniversary Conference, Brussels, 14–15 September 2000 (the Commission Press Release SPEECH/00/311): "dominance test [was] ... a highly sophisticated tool that requires us to understand the dynamics of competition and to identify the key competitive factors in the markets concerned";

si veda anche Green Paper on the Review of Council Regulation 4064/89, COM(2001) 745/6 final (Green Paper), punto 163: "Since the adoption of the Merger Regulation in 1989, the application of the notion of dominance has evolved, allowing it to be adapted both to developments in economic theory and to refinements of the now available econometric tools to measure market power. This implies that merger assessment today can be less reliant on the rather blunt and imprecise market share test than it was 10 years ago. The fact that the dominance test has undergone such an evolution is natural, and Article 2 has so far proved sufficiently flexible to accommodate an effects analysis made on the basis of more sophisticated micro-economic tools, instruments and models developed by econometric and industrial organization research."

<sup>147</sup> Caso IV/M.165, *Alcatel/AEG Kabel*, Decisione della Commissione del 18 Dicembre 1991: la Commissione approva una concentrazione che avrebbe portato ad una quota di mercato combinata dell'83%, principalmente per controbilanciare il potere d'acquisto monopsonistico dei compratori. Al punto 22 afferma l'inesistenza di presunzioni legali, anche se solo relative: "Where three companies have a combined market share exceeding 50% there is a legal presumption under German law that no substantial competition exists between these companies and that consequently they form a dominant oligopoly. Under the Regulation such a presumption which amounts to a reversal of the burden of proof does not exist. On the contrary, the Commission would have to demonstrate in all cases that effective competition could not be expected on structural grounds between the leading companies in a highly concentrated market".

<sup>148</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 14.

<sup>149</sup> Horizontal Merger Guidelines, emanate il 5/2/2004, OJ C 31, punto 17.

si afferma che la Commissione difficilmente troverà irregolarità nei casi in cui la quota di mercato dell'ente risultante dalla concentrazione sia inferiore al 30%<sup>150</sup>.

A favore di un approccio meno strutturale e più rivolto agli effetti concorrenziali di una concentrazione si può aggiungere la considerazione che dall'interpretazione del concetto di dominanza come significativo potere di mercato deriva come conseguenza che la leadership di mercato (basata sulle quote detenute) non è condizione necessaria per acquisire una posizione dominante. Infatti esistono casi in cui un'impresa, pur essendo leader del mercato, non gode di una posizione dominante: se vi è un alto tasso di innovazione, se ci sono forti concorrenti o se l'assenza di barriere di entrata nel mercato rende facile l'affacciarsi di nuovi concorrenti. In altri casi, come in situazioni di oligopolio, sono presenti più imprese che detengono simultaneamente un potere di mercato, senza che nessuna sia leader. Questo è dovuto al grado di differenziazione dei prodotti che ne riduce la sostituibilità, diminuendo la concorrenza tra le diverse imprese. Nel caso di mercati regolamentati, all'impresa leader potrebbe essere impedito di aumentare i prezzi o diminuire la quantità prodotta dalla presenza di regole che non vincolano invece gli altri operatori con minori quote di mercato<sup>151</sup>. La Commissione si è progressivamente focalizzata sulla diretta sostituibilità dei prodotti delle imprese parte della concentrazione, valutando gli effetti unilaterali che potrebbero scaturire da una concentrazione. Infatti prima dell'operazione un'impresa si trattiene dall'aumentare il prezzo di un prodotto per la previsione che i propri consumatori potrebbero iniziare ad acquistare un bene diretto sostituto dai propri rivali. Invece in seguito alla concentrazione verrebbe meno questo vincolo competitivo in quanto all'aumentare del prezzo i consumatori trasferirebbero i loro acquisti su un altro bene ugualmente prodotto dall'ente scaturito dalla concentrazione. La Commissione dunque ha iniziato ad utilizzare analisi e strumenti economici per valutare se l'impresa nata dalla concentrazione avrà abbastanza potere di mercato per alzare unilateralmente i prezzi oltre il livello in regime di concorrenza senza che l'uscita dal mercato dei clienti marginali renda l'operazione non profittevole. Tale approccio può essere osservato in alcune decisioni della Commissione dove la valutazione degli effetti

---

<sup>150</sup> Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07, punto 25.

<sup>151</sup> L-H Roller e M de la Mano, "The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control" (2006) 2 *European Competition Journal* 9, pagina 15.

unilaterali è stata determinante per stabilire la presenza di una posizione dominante.

Nella decisione *Volvo/ Scania* la Commissione proibisce un'operazione notificata riguardante il mercato degli autocarri ritenendo rilevante il fatto che i prodotti delle due imprese erano i più vicini sostituti. Seguendo il medesimo criterio, nella decisione *Volvo/ Renault* la concentrazione viene approvata principalmente in quanto i prodotti non sono stretti sostituti e nonostante la quota di mercato prevista in seguito alla concentrazione (49%) fosse sufficiente per giustificare un'opposizione. La prova del legale di sostituibilità tra i prodotti è stata accertata tramite sondaggi sulle preferenze dei consumatori e altre analisi economiche (modelli econometrici sui prezzi, studi sulle variazioni delle quote di mercato)<sup>152</sup>. Nel caso *Philips/ Agilent Health Care Solutions*<sup>153</sup> le quote di mercato successive alla concentrazione sarebbe state elevate, tuttavia la Commissione ha approvato l'operazione ritenendo che il potere di mercato dell'ente risultante dalla concentrazione fosse limitato da diversi fattori quali il grado di innovazione nel mercato rilevante, l'assenza di limiti alla capacità produttiva, la possibilità per i clienti di cambiare fornitore senza subire elevati costi di transazione e la presenza di concorrenti potenziali in caso di aumento dei prezzi.

Per valutare gli effetti derivanti da una concentrazione la Commissione, oltre al grado di sostituibilità dei prodotti, valuta anche se le imprese parti dell'operazione avranno maggiori possibilità o interesse nel porre in essere condotte escludenti o ritorsive nei confronti dei propri rivali<sup>154</sup>.

#### **4. Regolamento 139/2004 - SIEC test**

In seguito ad un approfondito dibattito sull'opportunità di modificare i criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione la Commissione Europea ha sostituito il test di dominanza con il SIEC test, adottato tramite il regolamento del Consiglio UE n. 139 del 20 gennaio 2004. Infatti l'art 2(3), invertendo le due proposizioni rispetto alla disposizione precedente, vieta le concentrazioni che

---

<sup>152</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, 225-226. In esso si citano le seguenti decisioni: Caso IV/M.1672, Decisione della Commissione del 14 Marzo 2000, [2001] OJ L143/74; Caso COMP/M.1980 *Volvo/Renault VI*, Decisione della Commissione del 1 Settembre 2000, [2000] OJ L301/23.

<sup>153</sup> Tratto da *Standard for Merger Review 2009*, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 197. Caso No COMP/M.2256 *Philips/Agilent Health Care Solutions*, decisione del 2/03/2001.

<sup>154</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, 223.

*“ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato”*<sup>155</sup> senza più richiedere come ulteriore condizione la presenza di una posizione dominante, che diviene solo uno dei casi in cui può scattare il divieto.

I principali obiettivi perseguiti con l'introduzione del SIEC test erano in primo luogo di garantire un approccio alla valutazione delle concentrazioni rivolto all'analisi dei loro effetti sulle dinamiche concorrenziali ed in secondo luogo di eliminare una possibile lacuna nel test di dominanza nei casi in cui da una concentrazione derivassero effetti anti-competitivi unilaterali senza la creazione di una posizione dominante singola o collettiva.

#### **4.1 Valutazione concentrazioni basata su effetti verso concorrenza**

Il primo scopo mira ad ampliare l'oggetto della valutazione oltre al potere di mercato dell'ente risultante dalla concentrazione, prendendo in considerazione anche gli effetti sull'equilibrio concorrenziale complessivo del mercato. Mentre il test di dominanza si concentra sul quesito se l'ente risultante dalla concentrazione raggiunga un eccessivo potere di mercato, il SIEC test valuta se è probabile che il grado di concorrenza si riduca ad un livello tale da determinare un aumento dei prezzi o una diminuzione della quantità prodotta.

L'interpretazione del test di dominanza da parte della Commissione e delle Corti Europee si era progressivamente evoluta da un approccio meramente strutturale ad uno che prendesse in considerazione anche gli effetti sulla concorrenza; perciò l'introduzione del SIEC test non ha comportato una cesura col passato ma si è inserita all'interno di un graduale processo evolutivo della normativa in materia di concentrazioni. Se dunque dal punto di vista sostanziale anche con il precedente test (con doppio requisito) era possibile tener conto degli effetti sull'equilibrio concorrenziale, il SIEC test ha però introdotto maggior chiarezza, formalizzando la rilevanza delle dinamiche concorrenziali complessive nella valutazione della Commissione.

L'opportunità di tale modifica normativa deriva dal fatto che tale approccio può essere determinante nella valutazione di alcuni casi, in quanto permette di evitare la proibizione di operazioni con effetti complessivamente positivi per la concorrenza.

In alcune situazioni infatti la concentrazione, pur determinando un'elevata quota

---

<sup>155</sup> Art. 2(3) Regolamento del Consiglio UE n. 139/2004.

di mercato combinata delle imprese parti dell'operazione, non viene proibita in quanto, per le caratteristiche del mercato, non produrrebbe comunque una riduzione significativa della concorrenza. Un elemento rilevante è il grado di sostituibilità dei prodotti delle imprese: più i consumatori percepiscono i prodotti come differenti (e perciò meno sostituibili) e minore sarà il pericolo per la concorrenza<sup>156</sup>. Ne è un esempio il caso *Bayer Healthcare/Roche*<sup>157</sup>, in cui le parti avrebbero ottenuto collettivamente una quota tra il 55 e il 60% del mercato degli antiacidi semplici e degli H2 bloccanti; tuttavia la Commissione ha approvato l'operazione ritenendo che i prodotti delle due case farmaceutiche fossero dei sostituti relativamente distanti, unitamente al fatto che sarebbero rimasti sul mercato altri due prodotti altamente sostituibili con quelli sintetizzati da Bayer e ci fossero ulteriori potenziali partecipanti al mercato.

Al contrario in altri casi la presenza di prodotti stretti sostituti ha spinto la Commissione a proibire la concentrazione nonostante la quota di mercato combinata delle imprese fosse simile o inferiore a quella dei concorrenti, come nel caso *Novartis/Hexal*<sup>158</sup>.

Un altro fattore che può concorrere a far approvare una concentrazione è l'assenza di vincoli alla capacità produttiva da parte dei concorrenti, che può determinare una pressione competitiva sufficiente a limitare il potere di mercato dell'ente risultante dalla concentrazione. Ne è un esempio il caso *Norddeutsche*

---

<sup>156</sup> Ciò è dovuto al fatto che se i prodotti sono diretti sostituti allora in seguito alla concentrazione tra le due imprese che li producono vi sarà l'incentivo ad aumentare il prezzo almeno di uno in quanto la riduzione di vendite sul prodotto reso più caro sarà controbilanciata sia dalle maggiori vendite del prodotto diretto sostituto sia dai maggiori ricavi dovuti al prezzo più alto del primo prodotto.

<sup>157</sup> Tratto da Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 199.

Caso No COMP/M.3544 Bayer Healthcare/Roche, decisione del 19/11/2004.

Un altro caso rilevante è il caso No COMP/M.3765 Amer/Salomon, decisione del 12/10/2005, riguardante il mercato per gli sci alpini. La quota di mercato combinata delle imprese parti della concentrazione raggiungeva il 40-50% del mercato, distaccandole dai principali concorrenti. Tuttavia la Commissione ha approvato l'operazione rilevando che i prodotti di Amer e Salomon non erano diretti sostituti: Salomon è infatti percepito come un marchio "francese" non legato alle competizioni al contrario dei prodotti di Amer, che vedrebbero i propri diretti concorrenti in altri marchi "austriaci" connessi al mondo delle gare. La presenza inoltre di un numero congruo di operatori sul mercato (dai 5 ai 7) ha portato la Commissione a ritenere che l'ente risultante dalla concentrazione non avrebbe ottenuto un potere di mercato tale da incentivarlo ad aumentare i prezzi unilateralmente.

<sup>158</sup> Tratto da Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 200. Caso No COMP/M.3751 Novartis/Hexal, decisione del 27/05/2005, riguardante il mercato dei farmaci anti-reumatici topici da banco. La concentrazione avrebbe combinato il principale prodotto di marca "Voltaren" della Novartis con il primo farmaco generico "Diclac" della Hexal, considerati dai consumatori come diretti sostituti.

*Afinnerie/Cumerio*<sup>159</sup> in cui l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe ottenuto una quota di mercato tra il 50-60% nel mercato delle forme di rame. La Commissione ha tuttavia approvato l'operazione tenendo conto della capacità produttiva dei concorrenti rimanenti e dal potere di mercato esercitato dal mercato a valle dei prodotti in rame semilavorati.

Altri elementi rilevanti che evitano la proibizione di una concentrazione, controbilanciando gli effetti anticoncorrenziali, sono ad esempio le efficienze da essa derivanti. Un situazione rilevante è anche il caso in cui una concentrazione, creando una posizione dominante nel mercato a monte, permetta di equilibrare il potere di ridurre gli acquisti di un monopsonio od oligopsonio già presente nel mercato a valle. Anche il test di dominanza avrebbe potuto tener conto di tale effetto positivo sulla concorrenza, in quanto la formazione di una posizione dominante non era sufficiente per proibire un'operazione; tuttavia il SIEC test permette di condurre un'analisi in cui valutare distintamente da una parte gli effetti sui clienti del mercato a valle e dall'altra quelli sui consumatori finali.

Nel caso in cui una concentrazione determini la trasformazione di una posizione dominante da collettiva a singola, la Commissione potrà valutare gli eventuali effetti positivi derivanti dal fatto che i comportamenti non vengono più coordinati tacitamente tra tutte le imprese ma solo tra quelle oggetto dell'operazione.

L'importanza data dalla Commissione ad una analisi delle concentrazioni che includa l'insieme degli effetti sulle dinamiche concorrenziali del mercato risulta chiaro dalla lettura degli Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Orizzontali e Non orizzontali, emanati rispettivamente nel 2004 e 2008<sup>160</sup>.

Nel primo documento infatti si illustra come la Commissione valuti la concentrazione basandosi su una pluralità di elementi da cui possono scaturire

---

<sup>159</sup> Tratto da Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 200. Caso No COMP/M.4781 Norddeutsche Afinnerie/Cumerio, decisione del 23/01/2008. Altri casi rilevanti sono: Caso No COMP/M.3687 Johnson&Johnson/Guidant, decisione del 25/08/2005, Caso No COMP/M.3178 Bertelsmann/Springer/JV, decisione del 3/05/2005, Caso No COMP/M.4835 Hexion/Huntsman, decisione del 30/06/2008 e il Caso No COMP/M.5153 Arsenal/DSP, decisione del 9/01/2009. Quest'ultima decisione riguardava il mercato del benzoato di sodio dove l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe ottenuto una quota di mercato addirittura del 60-70%, rimanendo inoltre l'unico produttore nell'Area Economia Europea. Tuttavia la presenza di concorrenti cinesi e di ampie capacità produttive inutilizzate nel mercato rilevante hanno portato la Commissione ad approvare l'operazione.

<sup>160</sup> Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2004/C 31/03; Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07.

effetti anticoncorrenziali o da cui tali effetti possono essere controbilanciati. L'elenco (indicato al punto 11) indica: a) *il modo in cui la Commissione considera le quote di mercato e il grado di concentrazione*; b) *la probabilità che la concentrazione produca effetti anticoncorrenziali nei mercati rilevanti, in assenza di fattori compensativi<sup>161</sup>*; c) *la probabilità che il potere degli acquirenti agisca come contrappeso ad un aumento del potere di mercato derivante dalla concentrazione*; d) *la probabilità che l'ingresso di nuove imprese mantenga una concorrenza effettiva nei mercati rilevanti*; e) *la probabilità che il miglioramento dell'efficienza costituisca un fattore in grado di controbilanciare gli effetti negativi per la concorrenza che potrebbero altrimenti derivare dalla concentrazione*; f) *le condizioni per invocare l'eccezione dell'impresa in stato di crisi*.

L'analisi di ogni caso non deve necessariamente tenere conto di ogni elemento con lo stesso grado di approfondimento ma deve basarsi sui fattori pertinenti al caso specifico (punto 13).

Dunque il procedimento seguito dalla Commissione per valutare le concentrazioni orizzontali si apre in genere con la definizione dei mercati rilevanti, per verificare dove le parti competono tra di loro. In seguito vengono calcolate le quote di mercato, da cui si ottiene una prima indicazione sulla pericolosità della concentrazione. Se le quote sono alte, si valuta se dall'operazione possa derivare un potere di mercato: se i consumatori avranno la possibilità di orientarsi su altri prodotti (in base al grado di sostituibilità dei prodotti delle parti), se i competitori saranno in grado di aumentare la produzione per contrastare un aumento dei prezzi da parte dell'ente risultante dalla concentrazione e se quest'ultimo potrà porre in essere pratiche anti-concorrenziali contro i propri rivali. In seguito si valuta il potere di mercato dei clienti dell'ente risultante dalla concentrazione: se hanno potere contrattuale o se possono rifornirsi da altre imprese concorrenti. Infine si tiene conto delle barriere di ingresso, delle efficienze ed eventualmente della *failing firm defence* (punto f).

Anche negli Orientamenti relativi alle Concentrazioni Non Orizzontali si presta attenzione ai diversi elementi da cui possono derivare modifiche all'equilibrio

---

<sup>161</sup> Questi si suddividono in effetti anticoncorrenziali non coordinati, in quanto derivanti dalla eliminazione di un vincolo concorrenziale che incrementa il potere di mercato delle imprese, e in effetti anticoncorrenziali coordinati, dovuti al fatto che le imprese coordinano le loro politiche per ottenere vantaggi concorrenziali.

concorrenziale.

Le concentrazioni verticali o conglomerali non determinano una riduzione della concorrenza diretta tra le imprese che ne fanno parte, in quanto queste non operano nello stesso mercato rilevante (salvo il caso in cui siano concorrenti potenziali). Tuttavia, effetti anticoncorrenziali possono sorgere qualora le imprese detengano un certo potere di mercato in almeno un livello della catena produttiva. Per tale ragione la Commissione valuta pure le quote di mercato detenute e il livello di concentrazione del mercato. Il possesso di un potere di mercato però è condizione necessaria ma non sufficiente per determinare un danno alla concorrenza; infatti ad esso devono sommarsi altri elementi quali gli effetti unilaterali o coordinati derivanti dalle concentrazioni.

Tra gli effetti unilaterali da valutare la Commissione focalizza l'analisi principalmente sulla preclusione del mercato, che si verifica quando l'accesso ai fattori di produzione o alla clientela da parte di concorrenti attuali o potenziali è ostacolato o eliminato a causa della concentrazione<sup>162</sup>. Come conseguenza l'ente risultante dalla concentrazione, ed eventualmente alcuni altri suoi concorrenti, godranno di una ridotta pressione competitiva e potranno aumentare i prezzi. La probabilità di un tale effetto viene vagliata valutando se l'ente risultante dalla concentrazione avrà sia la capacità<sup>163</sup> che l'incentivo<sup>164</sup> per attuare tale politica;

---

<sup>162</sup> Una preclusione all'accesso ai fattori di produzione può assumere diverse forme: può consistere in un rifiuto di trattare con i concorrenti (attuali o potenziali) lungo la catena produttiva, o nell'aumento dei prezzi nei confronti delle imprese rivali, oppure nell'utilizzo di una tecnologia non compatibile con quelle dei concorrenti, o ancora nella diminuzione della qualità delle forniture cedute alle altre imprese. Un esempio di quest'ultima tipologia può essere individuato nel caso COMP/M.4314 Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare, points 127-130: in cui si afferma che J&J potrebbe danneggiare la sua controparte qualora diminuisse la qualità delle proprie forniture di nicotina in quanto, sebbene sia previsto il diritto di rifiutare conferimenti al di sotto degli standard previsti, l'impresa concorrente dovrebbe ricontrollarne la qualità prima di consegnarle ai clienti, invece di aspettare eventuali segnalazioni da parte dei clienti stessi.

In seguito a tale comportamento preclusivo i concorrenti non integrati nel mercato a valle saranno costretti ad aumentare i prezzi verso i loro clienti per i maggiori costi necessari a procurarsi i fattori di produzione.

Una preclusione dell'accesso alla clientela si verifica quando la divisione a valle dell'impresa risultante dalla concentrazione, potendosi rifornire dalla divisione a monte, riduce o elimina gli acquisti presso i fornitori a monte non integrati. Da ciò deriva un aumento dei prezzi da parte delle imprese fornitrici rivali (che devono supplire alle perdite dovute alla minore domanda); come conseguenza si verifica un aumento dei costi per i concorrenti nel mercato a valle che saranno incentivati ad aumentare i prezzi. Infine lo stesso ente risultante dalla fusione potrà aumentare il proprio margine di profitto nel mercato a valle.

<sup>163</sup> Per avere la capacità di precludere l'accesso ai fattori di produzione è necessario che l'impresa fornisca una componente essenziale per il processo produttivo a valle e che goda di un certo potere di mercato così da poter influenzare la disponibilità di tale fattore produttivo sul mercato a valle. Ad esempio nella causa causa T-210/01, General Electric/Commissione, Racc. 2005, pag. II-000, il motore di avviamento è stato considerato come una componente determinante di un motore. Per quanto riguarda il potere di mercato la Commissione deve valutare se vi sono alternative

infine sarà oggetto di studio se una tale strategia avrebbe un significativo effetto negativo sulla concorrenza<sup>165</sup>.

A questo proposito si deve infatti tener conto anche di elementi che possono controbilanciare gli effetti anticoncorrenziali: come la presenza di un forte potere in capo agli acquirenti o l'assenza di barriere di entrata nel mercato a monte. Un altro fattore da prendere in considerazione sono le possibili efficienze che si potrebbero produrre in seguito all'operazione. Esse possono derivare da minori costi di transazione oppure da una migliore coordinazione nella fase di sviluppo o in quella produttiva. Una caratteristica delle concentrazioni verticali o

---

concorrenziali sul mercato tali da poter controbilanciare una politica di preclusione dei fattori produttivi da parte dell'ente risultante dalla fusione.

La capacità di precludere l'accesso ai mercati a valle da parte dell'impresa risultante dalla concentrazione dipende dalla quantità di clienti alternativi a disposizione delle aziende non integrate nel mercato a monte; per questo motivo è importante valutare se l'impresa integrata a valle è un cliente importante, dotato di un potere di mercato tale per cui una riduzione delle sue commissioni può influenzare negativamente i rendimenti dei concorrenti. Al contrario, non sorgono effetti anticoncorrenziali se nel mercato a valle è presente un numero di imprese non integrate sufficiente a garantire una domanda per i concorrenti a monte. Si ha riscontro di tale fenomeno nel caso COMP/M.81 — VIAG/Continental Can (1991), punto 51, in cui non è stato individuato un pericolo per la concorrenza proprio perché si prevede che il 40% della domanda di alluminio continuerà a provenire da imprese non integrate verticalmente

<sup>164</sup> Un'impresa ha un incentivo nel porre in essere una politica di preclusione dei fattori di produzione o della clientela se prevede di ottenere un maggiore profitto nel breve o medio/lungo periodo.

La necessità di valutare la presenza di un incentivo deriva da alcune decisioni giurisprudenziali come il caso C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] ECR I-987, punti da 74 a 78, in cui si richiedeva alla Commissione di provare che la politica anti-concorrenziale sarebbe stata vantaggiosa dal punto di vista economico.

Nella preclusione di fattori di produzione si deve bilanciare la diminuzione dei profitti nel mercato a monte (dovuta alle minori vendite alle imprese non integrate nel mercato a valle) con un aumento delle vendite nel mercato a valle. Dirimente in tale analisi è la differenza tra i margini di profitto ai diversi livelli della catena produttiva: maggiori sono i margini a valle rispetto quelli a monte, maggiore sarà il profitto derivante dalla preclusione dei concorrenti.

Analogamente, nel decidere se precludere il mercato a valle alle imprese non integrate nel mercato a monte, si deve tenere conto da una parte dei maggiori costi derivanti dal non acquistare prodotti dai rivali (che possono essere più efficienti e dunque offrire un minor prezzo), dall'altra parte dai maggiori profitti derivanti dalla possibilità di aumentare i prezzi nel mercato a monte e a valle (grazie ai maggiori costi sostenuti dai rivali). In questo caso maggiore è la quota di mercato a valle rifornita dall'impresa parte della concentrazione e maggiore sarà la base di vendite da cui trarre maggiori margini di profitto.

<sup>165</sup> Un caso esemplificativo dell'uso dei criteri degli Orientamenti è il caso M.4854 *TomTom/Tele Atlas*, 14 May 2008 paras. 211–230, che tratta di una concentrazione verticale tra TomTom, produttore di strumenti di navigazione satellitare, e Atlas, fornitore di mappe digitali. Il pericolo era che l'ente risultante dalla concentrazione rifiutasse l'accesso alle mappe digitali ai diretti concorrenti di TomTom. Infatti vi sarebbe stata una certa capacità di preclusione del mercato, essendo Atlas in posizione dominante, anche se mitigata dall'esistenza di altri fornitori di mappe (NAVTEQ). Tuttavia un'analisi econometrica ha dimostrato che non vi sarebbe stato l'incentivo ad attuare una politica di preclusione, ottenendo maggiori profitti continuando a vendere mappe digitali anche ai concorrenti del mercato a valle.

Altri casi esemplificativi indicati dagli orientamenti sono: caso COMP/M.4300 — Philips/Intermagetics, caso COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare, il caso COMP/M.4389 — WLR/BST, il caso COMP/M.4403 — Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space e Telespazio, il caso COMP/M.4494 — Evraz/Highveld e il caso COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace.

conglomerati da cui possono derivare efficienze è la complementarità rispettivamente delle attività o dei prodotti delle imprese. Nelle concentrazioni verticali, ad esempio, l'integrazione delle attività lungo la catena produttiva permette il fenomeno della "internalizzazione dei doppi margini". Questo consiste nel fatto che l'impresa integrata sarà incentivata a diminuire i prezzi verso i clienti nel mercato a valle, in modo da ottenere un aumento della domanda che si rifletterà anche sulla produzione a monte. Infatti un aumento delle vendite ad un certo livello della catena produttiva permette all'impresa integrata di ottenere vantaggi (maggiore produzione) in tutti i livelli integrati precedenti. Tale incremento delle vendite può essere ricercato tramite un minor prezzo, ma anche attraverso un miglior servizio o investimenti nelle innovazioni.

Oltre alla preclusione del mercato o di forniture si possono determinare ulteriori effetti unilaterali: ad esempio l'ente risultante dalla concentrazione potrebbe sfruttare la posizione di fornitore di concorrenti nel mercato a valle per ottenere informazioni commerciali sensibili (costi di produzione, margini di profitto, ...) su cui basare le proprie politiche di prezzo<sup>166</sup>.

Una riduzione sostanziale della concorrenza può essere determinata anche da effetti coordinati, che si verificano quando una concentrazione modifica gli assetti concorrenziali in modo tale da rendere significativamente più probabile che le imprese coordinino i loro comportamenti in modo da ridurre la concorrenza. Infatti le imprese si asterebbero da politiche di breve termine aggressive, come la diminuzione dei prezzi per sottrarre clienti ai concorrenti, in quanto valuterebbero più conveniente nel lungo termine che i prezzi venissero congiuntamente mantenuti alti.

In entrambi gli Orientamenti<sup>167</sup> la Commissione individua alcuni elementi che devono essere riscontrati nel caso concreto per poter provare la sostenibilità della

---

<sup>166</sup> Gli Orientamenti citano alcuni casi esemplari. Il caso COMP/M.2822 — ENBW/ENI/GVS (2002), punto 56. Il progetto di concentrazione prevede che le imprese Energie BadenWürttemberg AG ("EnBW") ed ENI SpA acquisiscano congiuntamente il controllo dell'impresa tedesca Gasversorgung Süddeutschland GmbH mediante acquisto di quote o azioni. EnBW, oltre a produrre e distribuire gas, possiede anche partecipazioni di minoranza in varie aziende pubbliche che erogano gas agli utenti (rappresentanti il suo mercato a valle). Al punto 56 si afferma che EnBW, grazie alla presenza di propri rappresentanti nei consigli di amministrazione di tali aziende municipalizzate, può ottenere informazioni sulle offerte dei concorrenti, garantendosi una posizione di vantaggio al momento di elaborare la propria proposta commerciale. Altri casi rilevanti sono: il caso COMP/M.2822 — EDP/ENI/GDP (2004), punti 368-379, e il caso COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech (2005), punti 159-164.

<sup>167</sup> Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2004/C 31/03, punto 41; Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07.

coordinazione tra imprese in seguito alla concentrazione. Tali requisiti sono tratti dalla sentenza del caso *Airtours* e corrispondono alle condizioni richieste dalla Corte per dimostrare la presenza di una posizione dominante collettiva<sup>168</sup>.

Per decidere sulla liceità della concentrazione la Commissione valuta le caratteristiche complessive dei mercati interessati, tenendo in considerazione quali conseguenze potrebbero determinarsi in seguito all'operazione. La coordinazione tra imprese è tanto più raggiungibile quanto meno complesso e più stabile è il contesto economico: un minor numero di operatori e la presenza di un unico prodotto omogeneo invece che diversi prodotti differenziati facilitano l'individuazione di una condotta comune. Allo stesso risultato contribuisce anche la stabilità del mercato, dovuta all'assenza di una domanda volatile, alla presenza di barriere di ingresso, alla bassa crescita oppure al basso grado di innovazione tecnologica. Ad esempio nel caso *SCA/ Metsä Tissue*<sup>169</sup> la Commissione ha individuato un maggior rischio di coordinazione nel mercato dei prodotti tessuto-carta (tovaglioli, carta igienica, ...) basandosi su elementi quali una domanda inelastica, le basse prospettive di crescita e il limitato impatto dell'innovazione tecnologica dovuto alla lunga vita produttiva dei macchinari.

Un altro elemento considerato è un'eventuale struttura simmetrica delle imprese presenti sul mercato. Già nel caso *Gencor*<sup>170</sup> (1999) la Commissione aveva concluso che caratteristiche simili nelle quote di mercato, nelle strutture dei costi e nelle quote di riserve mondiali avrebbe determinato una maggiore convergenza di interessi tra le imprese operanti nel mercato.

Il grado di trasparenza nel mercato, che agevola la coordinazione, dipende da alcuni fattori quali il numero di operatori sul mercato e le modalità con cui avvengono le transazioni. Se infatti il prezzo e le altre variabili vengono stipulati in maniera riservata tra rivenditori e acquirenti allora sarà più complesso per i concorrenti adeguare i propri comportamenti e monitorare che i termini del

---

<sup>168</sup> Caso T-342/99, *Airtours/Commissione*, Racc.2002, pag. II-2585, punto 62. I tre requisiti richiesti consistono in: *“Primo, le imprese che si coordinano devono essere in grado di verificare in misura sufficiente se i termini del coordinamento sono rispettati. Secondo, la disciplina richiede che vi siano dei meccanismi deterrenti che possano essere attivati in caso di scoperta di deviazioni. Terzo, le reazioni degli estranei, quali i concorrenti attuali e futuri che non aderiscono al coordinamento, come pure i clienti, non devono essere in grado di pregiudicare i risultati attesi dal coordinamento”* (Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07).

<sup>169</sup> Decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, GU L 57 del 27.2.2002, pag. 1, punto 148.

<sup>170</sup> Causa T-102/96, *Gencor contro Commissione*, Racc. [1999] II-753, punto 222.

coordinamento vengano rispettati<sup>171</sup>. Al contrario se le transazioni avvengono tramite aste pubbliche allora i partecipanti possono trarre informazioni sensibili quali l'identità del cliente e la quantità richiesta, il vincitore della gara ed eventualmente pure il prezzo di vendita<sup>172</sup>.

Anche qualora vi sia un basso grado di trasparenza, la Commissione deve verificare che le imprese non pongano in essere delle pratiche che possano agevolare un coordinamento, pur non essendo necessariamente attuate a tal scopo e perciò non assoggettabili alla disciplina del divieto di intesa e pratiche concordate (art. 101 TFUE). Tali pratiche possono consistere in clausole relative all'adeguamento alle condizioni offerte dal concorrente o del cliente più favorito, la pubblicazione volontaria di informazioni, annunci, oppure scambi di informazioni tramite associazioni di categoria. A queste si aggiungono intrecci azionari e la presenza di amministratori di un'impresa negli organi amministrativi di imprese concorrenti<sup>173</sup>.

Bisogna inoltre valutare la credibilità del meccanismo deterrente: cioè se le imprese saranno in grado di porre in essere ritorsioni verso chi non si attiene ai termini del coordinamento. Se il mercato è caratterizzato da ordini poco frequenti per grandi quantitativi, la minaccia di ritorsioni si affievolisce in quanto ad un vantaggio immediato e grande si contrappone una minaccia futura e incerta. La ritorsione può prendere diverse forme (da una guerra di prezzi al ritiro da forme di cooperazione) e può interessare anche mercati diversi da quello dove la concentrazione potrebbe incentivare la coordinazione.

L'analisi degli effetti coordinati della concentrazione deve infine tenere conto anche delle reazioni dei soggetti che non prendono parte alla coordinazione. Gli acquirenti potrebbero infatti reagire concentrando le vendite su altri fornitori o cercando di rendere instabile il coordinamento cercando accordi di lungo periodo solamente con alcune imprese. Per quanto riguarda gli altri concorrenti, bisogna valutare se hanno la capacità di neutralizzare gli effetti anticoncorrenziali (aumento dei prezzi, minori investimenti, ...) tramite la loro reazione (ad esempio aumentando la quantità prodotta per intercettare i clienti disincentivati

---

<sup>171</sup> Nella decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — Enso/Stora, GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9, punti 67-68, la Commissione rileva che *“l'applicazione segreta di sconti è indice della scarsa trasparenza del mercato”*.

<sup>172</sup> Case No COMP/M.1939 - Rexam/AmericanNationalCan, 19/07/2000, CELEX database Document No 300M1939.

<sup>173</sup> Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07, punto 51.

dall'aumento dei prezzi).

Il SIEC test dunque prevede un approccio alla valutazione delle concentrazioni rivolto all'analisi dell'intera gamma di effetti che queste possono determinare sulle dinamiche concorrenziali. In questa maniera si vuole ridurre il numero di casi "falsi positivi", si vuole cioè evitare la proibizione di concentrazioni che pur presentando ad una prima analisi alcuni aspetti critici (come elevate quote di mercato), portano complessivamente a rafforzare la concorrenza.

Tali conclusioni avrebbero potuto essere raggiunte anche attraverso un'interpretazione estensiva del test di dominanza (che non ritiene sufficiente per proibire una concentrazione la sola presenza di una posizione dominante); tuttavia il SIEC test chiarisce a tutte le imprese interessate la portata dell'analisi posta in essere dalla Commissione, garantendo maggiore prevedibilità dell'attività di controllo, trasparenza e certezza del diritto.

#### **4.2 Eliminazione di una possibile lacuna nel test di dominanza**

Il secondo obiettivo che la riforma del 2004 si proponeva di perseguire consiste nell'eliminare una possibile lacuna nel test di dominanza. Infatti questo criterio (basato sul doppio requisito) non permette di vietare quelle concentrazioni da cui derivi una significativa diminuzione della concorrenza senza però che si crei una posizione dominante. Ad esempio in presenza di mercati oligopolistici una concentrazione potrebbe determinare un significativo aumento generale dei prezzi, pur non incrementando il potere di mercato delle imprese parti dell'operazione fino al livello di posizione dominante. Questo fenomeno è dovuto al fatto che, essendoci nei mercati oligopolistici un ridotto numero di attori, ognuno di essi fissa il prezzo o la quantità non solo in base a variabili interne (come i costi di produzione) ma anche a seconda dei prezzi praticati dai concorrenti. Così al variare dei prezzi di un rivale ogni impresa adeguerà il proprio prezzo (o altra variabile competitiva) in modo da massimizzare il profitto<sup>174</sup>. In seguito ad una concentrazione di tipo orizzontale (tra imprese nello stesso livello della filiera produttiva) l'ente risultante dall'operazione troverà conveniente aumentare i propri prezzi, in quanto i suoi clienti potranno rivolgersi

---

<sup>174</sup> L'ampiezza dell'aumento del prezzo dipende da una serie di fattori quali il numero delle imprese presenti sul mercato rilevante, il grado di efficienza di ciascuna, l'elasticità della domanda e il grado di sostituibilità dei prodotti.

ad un numero inferiore di imprese concorrenti e perciò le perdite dovute alla minore domanda saranno assorbite grazie alla maggiore quota di mercato e alla più ampia varietà di beni prodotti. La reazione degli altri rivali sarà di innalzare a loro volta i prezzi, così che gli effetti complessivi di una concentrazione supereranno le azioni poste in essere dalle sole imprese parti della concentrazione. In questi casi dunque, ai fini della decisione, non basta valutare solamente l'incremento del potere di mercato da parte dell'ente risultante dall'operazione, ma è necessario considerare anche l'impatto sulla concorrenza dovuto alle prevedibili reazioni dei rivali.

Vi sono altri casi in cui l'impatto della concentrazione sulle dinamiche concorrenziali potrebbe essere significativo pur non determinando la creazione di una posizione dominante. Se tramite la concentrazione si elimina un concorrente potenziale è opportuno tener conto delle reazioni delle altre imprese. Infatti un concorrente potenziale esercita una pressione concorrenziale, pur non essendo ancora entrato nel mercato rilevante, e in seguito all'operazione le altre imprese rivali saranno incentivate ad alzare il prezzo o diminuire la quantità prodotta.

Altri possibili scenari dove la riduzione della concorrenza deriva da modifiche nell'equilibrio concorrenziale complessivo riguardano concentrazioni che riducono il potere di mercato dei clienti, permettendo ad esempio una migliore segmentazione del mercato, oppure concentrazioni che permettono il controllo di una infrastruttura essenziale. Per quanto riguarda le concentrazioni verticali (riguardanti imprese che operano a livelli diversi della catena produttiva) è opportuno valutare non solo gli effetti sulle politiche delle imprese parti dell'operazione ma anche quelli sulle loro rivali. Infatti potrebbero determinarsi effetti negativi per i consumatori anche se nessuna delle imprese parti della concentrazione è dominante al proprio livello produttivo. Ciò è dovuto al fatto che l'impresa integrata a monte, anche se non avrà abbastanza potere di mercato per aumentare i prezzi verso le imprese a valle non integrate, comunque avrà minori incentivi a intraprendere politiche di riduzione dei prezzi per sottrarre clienti ai propri concorrenti, dal momento che potrà godere di una quota di mercato "garantita" costituita dall'impresa a valle a cui si è legata. Tale minore pressione competitiva incentiva i concorrenti nel mercato a monte ad aumentare i prezzi. Da ciò derivano maggiori costi per le imprese a valle non integrate, che sono spinte ad aumentare i prezzi per i propri clienti. Come risultato finale anche l'impresa

integrata a valle potrà aumentare i propri prezzi per ottenere un maggior margine di profitto<sup>175</sup>.

Al fine di proibire tutte le concentrazioni che, pur non creando una posizione dominante singola, diminuivano significativamente la concorrenza, la Commissione e la giurisprudenza europea avevano interpretato ed applicato il test di dominanza in maniera estensiva: ampliando la nozione di dominanza ai casi in cui viene detenuta collettivamente da un insieme di imprese che colludono tacitamente<sup>176</sup> e utilizzando progressivamente un metodo basato sugli effetti complessivi derivanti dalla concentrazione sulle dinamiche concorrenziali.

Tuttavia permanevano dubbi sull'eventuale esistenza di una lacuna nell'applicazione del regolamento: il Green Paper, pubblicato dalla Commissione nel 2001<sup>177</sup>, già apriva il dibattito e le sconfitte subite dalla Commissione di fronte al Tribunale (Court of First Instance) tra giugno e ottobre del 2002<sup>178</sup> acuirono la

---

<sup>175</sup> L-H Roller e M de la Mano, "The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control" (2006) 2 *European Competition Journal* 9.

<sup>176</sup> Caso T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753, punto 126; Caso *Kali&Saltz /MdK /Treuhand* [1994] OJ L 186/38.

<sup>177</sup> Green Paper COM(2001) 745, 11/12/2001 punti 166 e 167. "166. *Una delle questioni ipotetiche più specifiche che è stata occasionalmente sollevata relativamente all'adeguatezza del criterio della posizione dominante del regolamento sulle concentrazioni è la misura in cui esso consentirebbe un efficace controllo in alcune situazioni specifiche in cui le imprese possono essere in grado di aumentare unilateralmente i prezzi e di esercitare così un potere di mercato. Viene citato l'esempio di una concentrazione tra il secondo e il terzo maggiore operatore in un mercato in cui tali imprese rappresentano i sostituti più prossimi. In una tale ipotesi le imprese oggetto della concentrazione possono rimanere più piccole dell'impresa leader del mercato. Si può sostenere che il criterio SLC sarebbe più adatto a valutare una tale situazione, in particolare se le caratteristiche del mercato non consentono di individuare una posizione dominante collettiva. Per quanto la questione sia interessante sul piano ipotetico, la Commissione non ha finora mai incontrato una situazione di tale genere.*

167. *In conclusione, l'esperienza d'applicazione del criterio della posizione dominante non ha rivelato considerevoli lacune nell'efficacia del criterio e non ha neppure portato con frequenza a risultati differenti da quelli ottenuti con il criterio SLC in altre giurisdizioni. Tuttavia, data la dimensione sempre più internazionale delle operazioni di concentrazione, la Commissione ritiene che sia giunto il momento di avviare un dibattito approfondito sui rispettivi meriti dei due criteri per la valutazione delle concentrazioni.*

<sup>178</sup> Caso T-342/99 *Airtoursplc v. Commission* [2002] ECR II-2585, Caso T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4381 e successivo Caso C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] ECR I-987, Caso T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4071. In questi casi la corte ha richiesto più alti standard probatori per poter proibire alcune concentrazioni. Nel caso *Airtours* ha infatti richiesto tre requisiti per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva (punto 62): I) trasparenza nel mercato tale da permettere a ogni membro dell'oligopolio di conoscere sufficientemente la condotta degli altri concorrenti, II) efficace meccanismo sanzionatorio per chi non rispetta la politica collusiva, III) la reazione di clienti, consumatori e futuri concorrenti non deve essere in grado, almeno nel breve periodo, di mettere a repentaglio i risultati conseguiti di comportamenti coordinati.

Nel caso *Tetra Laval* la Commissione temeva che l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe potuto aumentare il proprio potere di mercato tramite pratiche anticoncorrenziali quali tying e bundling. La corte (sentenza del 2005) non ha contestato la valutazione della Commissione ma ai punti 44 e 74-77 ha spiegato come sia necessario provare la probabilità che tali condotte anticoncorrenziali vengano poste in essere, per quanto possa talvolta risultare difficile.

percezione della necessità di affrontare tale questione.

In particolare, il caso *Airtours*, imponendo una dimostrazione più rigorosa dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, sembrava aumentare la lacuna, riducendo gli strumenti a cui la Commissione poteva ricorrere per tentare di bloccare le Concentrazioni che diminuivano la competizione in un mercato oligopolistico.

Il caso *Heinz/ Beech-Nut*<sup>179</sup> ha rappresentato l'occasione per approfondire tale dibattito in quanto riguardava una concentrazione che era stata proibita dall'autorità antitrust americana, che aveva riconosciuto il pericolo di creazione di una posizione dominante collettiva, mentre in base al test di dominanza in vigore nell'UE non era chiaro se tale operazione potesse essere vietata. Il caso interessava il mercato degli alimenti per neonati in cui operano tre imprese. L'operazione si sarebbe verificata tra il secondo e terzo operatore (con rispettivamente il 17.4% e 15.4% di quote di mercato), mentre l'unica altra impresa operativa rimaneva quella leader nel settore con il 65% di quota di mercato. La Federal Trade Commission ha rilevato che Heinz e Beech-Nut competevano direttamente l'uno contro l'altro, abbassando i prezzi nelle aree in cui erano entrambi presenti, in quanto i rivenditori acquistavano in genere i prodotti dell'azienda leader e di solo uno tra i due rimanenti concorrenti. La concentrazione avrebbe perciò eliminato questa competizione e portato ad un aumento dei prezzi. Negli USA l'operazione è perciò stata vietata in base al SLC test, per cui basta provare una probabile diminuzione significativa della concorrenza. Gli studiosi hanno perciò dibattuto se tale risultato fosse possibile anche in base al test di dominanza.

Secondo Nicholas Levy<sup>180</sup> la Commissione avrebbe potuto contestare l'operazione basandosi su tre diverse linee di ragionamento. Nella prima si argomenta che la concentrazione dà luogo ad una posizione dominante collettiva, sottoponendosi però alla gravosa prova richiesta dal caso *Airtours*. Nella seconda si può restringere il mercato rilevante ai soli marchi secondari di alimenti per neonati, permettendo così di individuare una posizione dominante individuale

---

Nel caso *Schneider Electric* la corte ha contestato la fondatezza delle analisi effettuate dalla Commissione. Al punto 155 afferma infatti che gli errori e omissioni nell'analisi della Commissione erano talmente gravi da inficiare il valore probatorio della valutazione sull'impatto dell'operazione sulla concorrenza.

<sup>179</sup> *Federal Trade Commission v. Heinz* 246 F.3d 708 (2001).

<sup>180</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 234-236.

nell'ente risultante dalla concentrazione. Si potrebbe infatti sostenere che lo scopo della definizione del mercato rilevante dovrebbe essere quello di chiarire le dinamiche del potere di mercato. Dunque, se il concetto di dominanza consiste nel possesso di un significativo potere di mercato, allora se l'ente risultante da una concentrazione avrà la facoltà di aumentare i prezzi si potrà considerarlo impresa dominante nel suo mercato rilevante e la concentrazione potrà essere proibita anche con il test di dominanza. Tuttavia tale argomento non è mai stato testato di fronte alle corti europee. Infine la terza linea di ragionamento sostiene che la concentrazione aumenta la posizione dominante dell'impresa leader del mercato, riducendo la concorrenza che affronta.

L'OECD<sup>181</sup> ha indicato alcune soluzioni che possono essere applicate per rendere il test di dominanza più flessibile, rendendo così possibile vietare tutte le concentrazioni con effetti anti-concorrenziali senza dover modificare il criterio di valutazione. Ad esempio adottando diverse soglie per definire la posizione dominante singola o collettiva; oppure diminuendo la quantità di potere di mercato necessaria per individuare la posizione dominante individuale; o ancora prevedendo che nella posizione dominante collettiva siano ricompresi anche quei casi dove in un oligopolio si creano effetti anti-concorrenziali pur in assenza di coordinazione tra le imprese. Un altro metodo si basa sulla restrizione dei mercati rilevanti, per poter sostenere il sorgere di una posizione dominante. Tuttavia l'OECD pone anche in guardia dagli effetti negativi che potrebbero scaturire da tali scelte (come una maggiore incertezza ed arbitrarietà nell'applicazione del test di dominanza) e prevede che difficilmente tali soluzioni potrebbero essere confermate dalle corti.

Diversi studiosi<sup>182</sup> sono giunti alla conclusione che il test di dominanza non sia idoneo a valutare quelle concentrazioni in mercati oligopolistici non collusivi da cui derivano degli effetti anti-competitivi (unilaterali) che non scaturiscono solo dalle parti oggetto dell'operazione. Infatti il test di dominanza per sua natura si concentra sulla condotta di una singola impresa o di un gruppo di imprese che agiscono collettivamente in modo da imitare la condotta di un monopolista.

---

<sup>181</sup> Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 19.

<sup>182</sup> John Fingleton e Dermot Nolan (Competition Authority of Ireland) *Mind the Gap: reforming the EU Merger Regulation* (2003), pagina 9; Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 236; da Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 8.

Il SIEC test, invece, richiedendo solo la dimostrazione di una significativa riduzione della concorrenza effettiva, permette alla Commissione di contestare anche le operazioni che determinano effetti anti-concorrenziali unilaterali. In particolare le concentrazioni che riducono il numero dei concorrenti da quattro a tre o da tre a due sono particolarmente soggette al controllo basato sul nuovo test, anche se l'ente risultante dalla concentrazione non risulta essere l'impresa leader del mercato<sup>183</sup>.

Tuttavia, dal punto di vista dell'applicazione pratica, l'introduzione del nuovo test non ha determinato un aumento delle concentrazioni proibite dalla Commissione e, anzi, nei primi cinque anni dopo la riforma<sup>184</sup> sembra difficile riuscire a individuare degli specifici casi che con certezza non avrebbero potuto essere vietati in base al test di dominanza, pur creando effetti anti-concorrenziali. Infatti non c'è stato un radicale cambiamento nelle modalità di controllo successivamente alla modifica normativa. Nella maggior parte dei casi (soprattutto nella prima fase) la creazione o rafforzamento di una posizione dominante rimane il principale motivo per contestare una concentrazione. Tuttavia per dimostrare tale effetto non si ricorre più solo ad un'analisi strutturale delle quote di mercato, bensì vi è un uso sempre più ricorrente e pervasivo di un approccio basato sulle conseguenze per l'equilibrio delle dinamiche concorrenziali.

Per quanto riguarda le concentrazioni orizzontali, la Commissione ha in alcuni casi analizzato l'operazione di concentrazione non tenendo conto della presenza (effettiva o potenziale) di una posizione dominante ma degli effetti anti-competitivi che sarebbero potuti scaturire.

Il caso *Oracle/ People Soft*<sup>185</sup> è un esempio della progressività con cui è avvenuto il passaggio tra le due discipline normative in quanto, sebbene l'operazione fosse stata notificata prima della riforma e dunque venisse giudicata in base al test di dominanza, la Commissione ha effettuato anche un'analisi degli effetti unilaterali

---

<sup>183</sup> Case COMP/M.3512, *VNU/WPP/JV*, Commission decision of 15 September 2004, para 29; Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 240.

<sup>184</sup> Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 246 e seguenti; L-H Roller and M de la Mano, "The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control" (2006) 2 *European Competition Journal* 9, pagina 13 e seguenti.

<sup>185</sup> Caso COMP/M.3216, Decisione della Commissione del 26 ottobre 2004 (2005] OJ L218/6). Riguarda la concentrazione tra due imprese attive nel mercato dei software per imprese, nel quale erano attive anche SAP, azienda leader, e altri fornitori di minori dimensioni.

derivanti dalla concentrazione. Infatti prima ha eliminato la possibilità di una tacita collusione tra le imprese, poi ha verificato la plausibilità di una posizione dominante singola e infine ha valutato gli effetti anti-concorrenziali sull'equilibrio di mercato in seguito alla riduzione dei principali operatori da tre a due. L'assenza di criticità ha dunque portato all'approvazione dell'operazione.

Il caso *Siemens/ VA Tech*<sup>186</sup> riguardava il mercato della metallurgia meccanica e della costruzione di impianti, dove operavano principalmente tre imprese: SMS (30-40% di quote di mercato), VA Tech (15-20%) e Danieli (10-15%). Siemens non era attivo su tale mercato ma aveva una quota di minoranza in SMS. La concentrazione tra Siemens e VA Tech avrebbe perciò portato a una diminuzione della pressione competitiva tra SMS e l'ente risultante dall'operazione a causa degli interessi di Siemens in SMS. A supporto di tale analisi concorrevano anche il fatto che SMS e VA Tech sono stati ritenuti diretti concorrenti e la minore importanza data alle quote di mercato a causa della struttura del mercato che prevede competizione su singole gare d'appalto. Tuttavia la Commissione non si è limitata ad un'analisi degli effetti sulla concorrenza, ma ha anche aggiunto che se il mercato rilevante fosse stato ri-definito in base al tipo di impianto costruito (riducendolo), allora l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe goduto di una posizione dominante. In questo modo non si può escludere che questo caso sarebbe stato contestato anche in base al test di dominanza.

Il caso *T-Mobile Austria/Tele.ring*<sup>187</sup> riguardava una concentrazione tra il secondo (T-Mobile, 20-30% di quote di mercato) e il quarto operatore (Tele.ring, 10-20%) nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile. La Commissione si è concentrata sugli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisizione di Tele.ring. Quest'ultima infatti esercitava una pressione competitiva sulle altre imprese superiore a quanto le sue quote di mercato potessero indicare, a causa della sua politica commerciale aggressiva che l'aveva portata ad una crescita sostenuta a scapito dei concorrenti che avevano dovuto diminuire i prezzi. Inoltre la concentrazione avrebbe portato alla formazione di due operatori dalle caratteristiche simmetriche come leader del mercato. La Commissione tuttavia non ha proibito l'operazione in seguito ai rimedi proposti dalle parti, che facilitavano l'espansione di un terzo operatore (H3G), in modo che potesse

---

<sup>186</sup> Caso COMP/M.3653, Decisione della Commissione del 13 luglio 2005, punti da 334 a 339.

<sup>187</sup> Caso COMP/M.3916, Decisione della Commissione del 26 aprile 2004, in particolare punti 125 e 126.

acquisire il ruolo di “*maverick*” al posto di Tele.ring. Sebbene le quote di mercato dell’ente risultante dalla concentrazione suggeriscano che difficilmente si sarebbe potuto sostenere la tesi della creazione di una posizione dominante individuale, un caso simile aveva portato a risultati analoghi anche utilizzando il test di dominanza<sup>188</sup>.

Il caso *BASF/ CIBA*<sup>189</sup> rappresenta forse l’esempio di concentrazione orizzontale dove l’utilizzo del SIEC test ha permesso di richiedere rimedi in un’operazione che il test di dominanza non avrebbe potuto bloccare. L’operazione riguardava il mercato del dimetilaminoetil acrilato (DMA3) nell’Area Economica Europea. L’impresa leader del mercato era Arkema (60-70% di quote di mercato), mentre la concentrazione riguardava il secondo e terzo fornitore, rispettivamente BASF (20-30%) e CIBA (1-5%). L’analisi del mercato indicava che non vi erano altri potenziali produttori di DMA3 sul mercato e dunque l’ente risultante dalla concentrazione avrebbe avuto interesse ad alzare i prezzi, mentre Arkema non avrebbe avuto incentivi a contrastare tale aumento, pur avendone la possibilità. Il SIEC test ha perciò permesso di richiedere dei rimedi alle imprese notificanti. Utilizzando il test di dominanza, invece, non si sarebbe potuto provare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, né con riguardo all’ente risultante dalla concentrazione né con riguardo ad Arkema (che era già leader del mercato). Teoricamente si sarebbe potuto argomentare adducendo la creazione di una posizione dominante collettiva, dovendo però tenere conto della rigorosa prova richiesta nel caso *Airtours*.

Per quanto riguarda le concentrazioni verticali, la Commissione si è spesso avvalsa del SIEC test per contestare delle operazioni indipendentemente dal pericolo che si creasse una posizione dominante ma concentrandosi invece sugli effetti per l’equilibrio concorrenziale.

Nei casi *TomTom/Tele Atlas*<sup>190</sup> e *Nokia/NAVTEQ*<sup>191</sup> troviamo un produttore di dispositivi di navigazione portabili (rispettivamente TomTom e Nokia) che notifica la volontà di acquistare un fornitore di mappe digitali (rispettivamente Tele Atlas e NAVTEQ). Queste due ultime imprese godevano entrambe di quote di mercato elevate; tuttavia la Commissione non ha individuato alcuna posizione

---

<sup>188</sup> Caso COMP/M.2016, *France Telecom/Orange*, Decisione della Commissione del 11 agosto 2000.

<sup>189</sup> Caso COMP/M.5355, Decisione della Commissione del 12 Marzo 2009.

<sup>190</sup> Caso COMP/M.4854, Decisione della Commissione del 14 maggio 2008.

<sup>191</sup> Caso COMP/M.4942, Decisione della Commissione del 2 Luglio 2008.

dominante in quanto nessuna delle due godeva di un vantaggio nei confronti dell'altra, essendo entrambe simili per estensione e qualità dei servizi. Si è dunque valutato il pericolo di preclusione dei fattori di produzione: cioè se le imprese risultanti dalle concentrazioni avrebbero avuto la capacità e l'incentivo per alzare i prezzi nei confronti dei concorrenti nel mercato a valle. Dall'analisi è risultato che se anche c'era la capacità non vi sarebbe stato in nessuno dei due casi l'incentivo a precludere il mercato e quindi le operazioni sono state approvate.

Nel caso *Honeywell/ Novar*<sup>192</sup> la Commissione ha analizzato una possibile preclusione all'accesso ai fattori di produzione nel mercato degli allarmi anti-incendio in Scandinavia. Honeywell infatti riforniva ESMI, una sussidiaria di Schneider, che competeva con Novar nel mercato a valle. Si è quindi valutato se Honeywell sarebbe stata incentivata ad aumentare nei confronti di ESMI. La Commissione ha infine approvato la l'operazione basandosi sul fatto che una politica preclusiva non avrebbe portato profitti in quanto ESMI avrebbe potuto trovare dei fornitori alternativi e Novar ed ESMI non erano stretti concorrenti.

Il caso *E.ON/MOL*<sup>193</sup> riguardava l'acquisizione di MOL, principale fornitore di gas in Ungheria, da parte di E.ON, che possedeva due compagnie di distribuzione di gas ed elettricità nel mercato a valle, pur non godendo di una posizione dominante. La Commissione voleva accertare se l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe avuto la capacità e l'incentivo per aumentare i prezzi del gas ai suoi concorrenti nel mercato a valle. Dalle prove risultava che le perdite dovute alle minori vendite nel mercato a monte sarebbero state più che compensate dai maggiori prezzi nel mercato a valle.

Utilizzando il test di dominanza sarebbe stato difficile poter contestare questa operazione; invece attraverso il SIEC test la Commissione ha potuto identificare delle criticità e richiedere l'assunzione di rimedi da parte delle parti per riuscire ad ottenere l'approvazione dell'operazione.

In conclusione si può dunque affermare che il SIEC test rappresenta uno

---

<sup>192</sup> Caso COMP/M.3686, Decisione della Commissione del 30 marzo 2005.

<sup>193</sup> Caso COMP/M.3696, Decisione della Commissione del 21 dicembre 2005 (2006] OJ L253/20), in particolare punti 401-419. L'operazione è stata approvata subordinandola a una serie di rimedi. Al punto 413 la Commissione prende in considerazione una quota di minoranza detenuta da E.ON presso un proprio concorrente nel mercato a valle. Se si fossero aggiunte le quote di mercato di quest'ultimo concorrente a quelle delle imprese controllate da E.ON si sarebbe raggiunta una quota del 35-45% che avrebbe potuto supportare la contestazione di creazione di posizione dominante nel mercato a valle. Tuttavia sia Nicholas Levy che Lars-Hendrik Röller e Miguel De La Mano (vedi nota 73) citano questo caso come uno degli esempi più plausibili di gap case.

strumento più flessibile con cui è possibile proibire tutti i casi che comportino una complessiva riduzione della concorrenza effettiva, senza dover tener conto della presenza o meno di posizioni dominanti. Perciò si può affermare che porti alla riduzione dei “falsi negativi”, cioè delle concentrazioni con effetti anti-competitivi che non sarebbero state proibite col test precedente. Tuttavia, nell’applicazione pratica, i casi che non avrebbero potuto essere contestati tramite il test di dominanza sono residuali e il principale apporto dato dalla modifica normativa è stato l’adozione formale di un approccio basato sulla valutazione degli effetti sulle dinamiche concorrenziali complessive.

### **5. Effetti dell’introduzione del SIEC test**

L’introduzione del SIEC test non ha determinato un cambiamento radicale nel modo in cui la Commissione valuta le operazioni di concentrazione; la riforma, infatti, si è inserita all’interno di un processo evolutivo già in corso, garantendo continuità all’attività di controllo delle concentrazioni. Questo è dimostrato sia dall’approccio rivolto agli effetti derivanti dalla concentrazione che la Commissione aveva già applicato in alcuni casi prima della riforma<sup>194</sup>, sia dal tasso di intervento sulle operazioni di concentrazione che è rimasto stabile<sup>195</sup>. Tuttavia il nuovo test ha inequivocabilmente spostato il focus della valutazione dagli elementi strutturali (come quote di mercato o grado di concentrazione) verso l’insieme degli effetti sull’equilibrio concorrenziale; ha ampliato l’analisi oltre le parti dell’operazione, tenendo conto anche delle reazioni degli altri operatori sul mercato. In questo modo ha permesso di evitare la proibizione di operazioni che, pur presentando elementi di criticità, rafforzano nel complesso la concorrenza (i “falsi positivi”). Inoltre, non essendo più necessaria la creazione di una posizione dominante per poter proibire una concentrazione, ma dovendosi basare esclusivamente sulle conseguenze per l’equilibrio concorrenziale, il SIEC test ha chiarito come il divieto si estenda a tutte le operazioni da cui derivino significativi effetti anti-competitivi (riducendo così i casi “falsi negativi”).

La Commissione ha inoltre associato all’introduzione del SIEC altre iniziative

---

<sup>194</sup> Ad esempio: *Volvo/Renault* (2000), *Philips/Agilent Health Care Solutions* (2001), *GE/Instrumentarium* (2003), *EDP/ENI/GDP* (2004) and *Oracle/PeopleSoft* (2004). Tratto da Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 197.

<sup>195</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, pagina 250 e seguenti; Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 205.

tese a garantire un'analisi chiara, solida e approfondita degli effetti sul mercato e una maggiore prevedibilità dell'attività di controllo, da cui derivi maggiore trasparenza e certezza del diritto. Tra queste misure, della massima importanza sono gli Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni, emanati nel 2004 e 2008, che hanno lo scopo di spiegare più chiaramente le norme di applicazione del Regolamento sul Controllo delle Concentrazioni e di fornire “*un solido quadro economico di riferimento per la loro valutazione*”<sup>196</sup>.

Inoltre, nel Luglio del 2003 la Commissione ha istituzionalizzato lo stretto rapporto tra diritto ed analisi economica istituendo il ruolo di Chief Economist, con lo scopo di fornire guida e supporto nella valutazione di casi complessi che richiedono l'impiego di analisi economiche. In questo modo si vuole garantire la solidità dell'impianto probatorio, sempre più basato su studi e analisi economiche. Al fine di adeguarsi agli alti standard probatori richiesti dalle corti con i casi *Airtours*, *Schneider* e *Tetra Laval*, la Commissione ha anche istituito un sistema di controlli interni per rendere più rigoroso e accurato il processo decisionale. In particolare ha costituito dei gruppi con la funzione di “avvocato del diavolo”: cioè con il compito di revisionare il lavoro svolto dalla squadra di funzionari designati ad occuparsi di un caso nelle fasi cruciali dell'indagine.

Durante il dibattito che ha preceduto l'approvazione della riforma era sorto il quesito se l'introduzione del SIEC test avrebbe giovato o nociuto alla cooperazione internazionale tra le agenzie anti-trust. Gli studi successivi<sup>197</sup> sono in genere concordi nel ritenere che avere lo stesso criterio di valutazione può aiutare la convergenza internazionale in quanto permette di basare l'analisi sugli stessi elementi, di usare gli stessi termini tecnici e perciò di potersi concentrare sulle analogie piuttosto che sulle differenze. Tuttavia, si evidenzia anche che la condivisione di un approccio basato sull'analisi economica assume maggior rilievo di un medesimo testo normativo, come dimostra la stretta collaborazione già sorta tra la Commissione europea e le autorità anti-trust degli Stati Uniti<sup>198</sup> e dai diversi casi dove pur utilizzando test diversi le agenzie hanno raggiunto le

---

<sup>196</sup> Punto 28 delle Premesse al Regolamento del Consiglio UE n. 139/2004.

<sup>197</sup> Nicholas Levy (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, *European Competition Journal*, 6:1, pagina 228 e seguenti; *Standard for Merger Review 2009*, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 9.

<sup>198</sup> Nel 2002 erano già state adottate delle pratiche comuni alle agenzie: *International Cooperation Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*, the Commission Press Release IP/02/1591 of 30 October 2002. Si tenga anche conto della creazione nell'ottobre del 2001 dell'*International Competition Network (ICN)*, con lo scopo di promuovere la cooperazione nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

medesime posizioni<sup>199</sup>.

## II

### Procedura di controllo delle concentrazioni

#### 1

#### La giurisdizione

*1.1 La ripartizione della giurisdizione tra Commissione e Stati membri 1.2 Le soglie di fatturato dell'art. 1 del Regolamento 139/2004 1.3 I meccanismi di rinvio 1.3.1 Le riallocazioni pre-notifica 1.3.2 Le riallocazioni post-notifica 1.3.3 Eccezioni 1.4 Conclusioni*

#### **1.1 La ripartizione della giurisdizione tra Commissione e Stati membri**

Il diritto antitrust europeo prevede due livelli di controllo delle concentrazioni: le operazioni di “dimensione comunitaria” sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva della Commissione in base al Regolamento 139/2004, mentre le Autorità antitrust nazionali vigilano su quelle transazioni che non raggiungono le soglie previste per il controllo a livello europeo ma che ricadono nell’ambito di applicazione delle normative antitrust nazionali.

Il principio cardine a cui si ispira tale sistema consiste nell’affidare alla sola Commissione il controllo su quelle concentrazioni che coinvolgono il commercio tra almeno due Stati membri. In questo modo le parti sarebbero soggette ad un’unica disciplina e dovrebbero sottoporsi perciò ad un unico procedimento a livello europeo invece che richiedere l’autorizzazione alle Autorità antitrust di ogni Paese interessato (principio *one-stop shop*). Ciò comporta minori costi amministrativi sia per le imprese che per gli Stati membri e inoltre elimina problemi di coordinamento sia sulla tempistica delle procedure che soprattutto sugli esiti delle stesse, che qualora differissero l’uno dall’altro metterebbero a repentaglio il corretto funzionamento del mercato unico. La giurisdizione esclusiva della Commissione dovrebbe poi mettere le concentrazioni al riparo

---

<sup>199</sup> Standard for Merger Review 2009, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21, pagina 9 e 255.

dalle interferenze politiche dei singoli Stati membri, determinando un omogeneo standard di valutazione per operazioni i cui effetti travalicano i confini nazionali.

Il principio dello sportello unico (*one-stop shop*) viene però bilanciato da quello di sussidiarietà, che limita la giurisdizione del regolamento europeo ai soli casi dove la Commissione sia in grado di agire in modo più efficace rispetto alle Autorità nazionali<sup>200</sup>.

Il punto di equilibrio tra questi due principi contrastanti è stato oggetto di delicate trattative tra Commissione e Stati membri e consiste in un complesso sistema di ripartizione della giurisdizione fondato sulla dimensione economica dell'operazione, calcolata in base al fatturato<sup>201</sup> delle imprese interessate<sup>202</sup> (art. 1.2 e 1.3). A questo criterio generale si aggiungono poi dei meccanismi di rinvio attraverso cui la Commissione e gli Stati membri possono occuparsi di casi che non rientrano nella loro giurisdizione.

---

<sup>200</sup> Recital 8 del Regolamento del Consiglio UE n. 139/2004. Art. 5 del Trattato sull'Unione Europea, OJ C 326, 26/10/2012.

<sup>201</sup> La nozione di fatturato è stabilita all'art. 5 del Regolamento 139/2004 e meglio delineata nella Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

(2008/C 95/01), punti 157-205. In generale, per fatturato si intendono gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi. Nel caso di intermediari si valuta la commissione applicata e non l'importo dell'intero servizio. Nel fatturato si calcolano perciò le rendite derivanti dalle "attività ordinarie dell'impresa", escludendo in genere i redditi finanziari o straordinari dell'impresa. L'art 5(1) prevede la detrazione di alcuni elementi quali "gli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato". Si vuole infatti ottenere un indicatore più attendibile possibile del reale peso economico dell'impresa. Per quanto riguarda il calcolo del fatturato di società parti di gruppi di imprese, da una parte non bisogna comprendere le transazioni effettuate tra i soggetti all'interno del gruppo (art.5.1), dall'altra parte bisogna tenere conto del fatturato aggregato, cioè includere quello di tutte le imprese parti del gruppo (art. 5.4). Nel caso in cui l'impresa interessata sia controllata congiuntamente da più imprese, nel senso che è necessario l'accordo di ciascuna di esse per gestire i suoi affari, bisogna includere i fatturati di tutte le imprese in questione (punto 182 della Comunicazione). Un altro elemento da valutare riguarda il criterio di ripartizione geografica del fatturato. Come regola generale l'art.5(1) prevede che il fatturato sia realizzato nella Comunità o nello Stato membro in base al luogo dove sono venduti i prodotti o forniti i servizi, quindi dove è situato il cliente. Il principio seguito infatti consiste nel fatto che il fatturato sia imputato al luogo in cui si svolge la concorrenza con i fornitori alternativi.

<sup>202</sup> Le imprese interessate variano in base allo strumento giuridico utilizzato per porre in essere l'operazione di concentrazione, inoltre non sempre coincidono con le parti di tale negozio giuridico. Ad esempio nel caso di acquisto di una partecipazione di controllo le parti del contratto di compravendita sono l'acquirente e l'alienante, ma le parti interessate al fine del diritto antitrust sono le imprese dell'acquirente e quelle della società le cui partecipazioni sono oggetto del contratto. Un'altra situazione particolare si verifica quando due soggetti che vogliono acquisire il controllo congiunto di un'impresa bersaglio, non ne acquistano direttamente quote di capitale ma creano una società ("scatola vuota") all'unico fine di effettuare l'acquisto. In questo caso come acquirente risulterà solo la società appositamente creata, mentre nel novero delle imprese interessate bisognerà comprendere anche i due soggetti che controllano il formale acquirente. Si veda Comunicazione consolidata 2008/C 95/01 punto 145, citata in F. Ghezzi G. Olivieri, "Diritto Antitrust", Giappichelli Editore, 2013, pagg. 276 e seguenti.

La riallocazione dei casi può avvenire sia prima della formale notifica all'Autorità competente (art. 4.4 per il passaggio dalla giurisdizione della Commissione a quella degli Stati Membri e art. 4.5 per il processo opposto) sia dopo la notifica, durante la prima fase del procedimento di controllo (art. 9 per il trasferimento dalla Commissione alle Autorità nazionali e art. 22 per il passaggio inverso).

## **1.2 Le soglie di fatturato dell'art. 1 del Regolamento 139/2004**

L'art 1(2) e (3) del Regolamento 139/2004 stabilisce come criterio per identificare le operazioni di concentrazione di "dimensione comunitaria" il superamento di alcune soglie di fatturato.

Più precisamente, *"Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:*

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e*
- b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR;*  
*salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.*

*Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando:*

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR;*
- b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;*
- c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e*
- d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;*  
*salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro".*

Il criterio delle soglie di fatturato è stato scelto per garantire certezza giuridica nel meccanismo di ripartizione della giurisdizione, evitando parametri troppo discrezionali.

L'equilibrio politico raggiunto nel primo regolamento 4064/89 prevedeva come ambito di applicazione quello definito dai requisiti molto restrittivi previsti dall'art. 1(2): il fatturato non solo doveva raggiungere delle soglie minime molto alte ma era pure necessario che fosse realizzato in almeno due diversi Stati membri, così da interessare il commercio intra-comunitario<sup>203</sup>. Ponendo criteri tanto selettivi, gli Stati membri perseguivano il fine di limitare al massimo le ingerenze comunitarie sulla propria politica industriale. La Commissione, tuttavia, ritenne che il proprio ambito di competenza risultasse eccessivamente circoscritto e così esercitò pressioni perché esso venisse ampliato, cosa che le riuscì solo in parte nella prima revisione del Regolamento<sup>204</sup>, in quanto non vennero abbassate le soglie previste dall'art. 1(2) ma venne introdotto il terzo paragrafo che delinea un criterio alternativo per raggiungere la dimensione comunitaria, caratterizzato da soglie di fatturato più basse, ma realizzate in almeno tre Stati membri.

Tuttavia, questa modifica normativa non ha condotto ad un considerevole ampliamento dei casi valutati dalla Commissione. La causa principale di ciò è stata individuata nel requisito che si raggiungano dei fatturati significativi almeno in tre, anziché in solo due, Stati membri. Si era infatti ritenuto che se l'operazione avesse interessato solo due mercati nazionali allora sarebbe stato possibile un accordo bilaterale tra le Autorità nazionali interessate, senza che gli oneri di due procedimenti giustificassero il ricorso alla Commissione. Tale valutazione si è però rivelata errata, traducendosi in un eccessivo numero di notifiche multiple a livello nazionale. Un'altra ragione dell'inefficacia di questa disposizione è stato individuata nell'eccessiva complessità dei criteri delineati, in particolare per quanto riguarda il calcolo del fatturato negli Stati membri, che aumenta gli oneri gravanti sulle imprese<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> A questa ripartizione territoriale fa riferimento il requisito che almeno un terzo del fatturato di ciascuna impresa interessata sia prodotto in un altro Stato membro, così da assicurarsi che si tratti di operazioni che influenzano il mercato unico europeo (regola dei due terzi).

<sup>204</sup> Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, OJ L 180, 9/7/1997.

<sup>205</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, punto 20, 58 e seguenti. Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 13.

La Commissione ha perciò esercitato la sua influenza per estendere l'ambito della propria giurisdizione anche in occasione della revisione della disciplina sul controllo delle concentrazioni che ha portato alla promulgazione del Regolamento 139/2004. In questo atto il legislatore europeo non ha ridotto le soglie di fatturato dell'art. 1(2) e (3) ma ha adottato un sistema di rinvii dei casi tra Commissione e Autorità nazionali che permette di sottoporre allo scrutinio esclusivo della Commissione quelle operazioni che darebbero vita al fenomeno delle notifiche multiple.

### **1.3 I meccanismi di rinvio**

#### **1.3.1 Le riallocazioni pre-notifica**

Le disposizioni contenute nell'art. 4(4) e 4(5) del regolamento 139/2004 permettono ai soggetti interessati di chiedere la riallocazione di un caso ancor prima che la procedura di valutazione dell'operazione abbia inizio, così da poter effettuare la notifica direttamente all'Autorità che compirà effettivamente il controllo.

L'art. 4(5) prevede che qualora una concentrazione non abbia dimensione comunitaria ma possa essere esaminata dalle autorità di almeno tre Stati membri, allora le imprese parti dell'operazione possono inviare una richiesta motivata alla Commissione, per sottoporre il caso al suo esclusivo controllo (principio dello sportello unico o *one-stop shop*). In seguito, la Commissione deve informare senza ritardo tutti gli Stati membri; quei Paesi che avrebbero competenza a controllare l'operazione possono esprimere il proprio dissenso entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta. Se vi è l'opposizione anche di un solo Stato membro, il caso non viene rinviato e la Commissione informa senza ritardo tutti gli interessati. Qualora invece vi sia l'accordo di tutti (anche espresso tacitamente non dando risposta entro i termini stabiliti) si può procedere alla riallocazione del caso come se l'operazione avesse una dimensione comunitaria.

L'efficacia di questo meccanismo risiede nel fatto che permette a coloro che sono più interessati ad evitare gli oneri di notifiche multiple, cioè le stesse parti delle operazioni di concentrazione, di prendere l'iniziativa per sottoporre il caso al solo scrutinio della Commissione. Infatti, è stato stimato a tal proposito che tra il 2004 e il 2008 siano stati rinviati attraverso l'art. 4(5) circa 150 casi, che hanno costituito approssimativamente il 10% del carico di lavoro totale della

Commissione e che, allo stesso tempo, hanno evitato l'avvio di quasi un migliaio di procedimenti paralleli presso le Autorità nazionali<sup>206</sup>.

Come compromesso tra Commissione e Stati membri, è stata prevista dall'art. 4(4) l'eventualità inversa: cioè che i soggetti interessati ad un'operazione di concentrazione che rientra nei parametri delle dimensioni comunitarie possano richiedere alla Commissione di rinviare il caso, in tutto o in parte, all'esame dell'Autorità di uno Stato membro. Le condizioni perché tale richiesta possa essere approvata consistono nel fatto che le parti dichiarino che *“la concentrazione può incidere in misura significativa sulla concorrenza”* e che tali effetti riguardino un mercato distinto da quello europeo e all'interno di un solo Stato membro. La procedura risulta analoga a quella dell'art. 4(5)<sup>207</sup>.

Sebbene queste disposizioni in materia di rinvio abbiano aumentato l'efficacia ed efficienza del sistema di ripartizione della giurisdizione, la relazione della Commissione al Consiglio del 2009 ha individuato ulteriori margini di miglioramento, dal momento che un significativo numero di operazioni viene ancora sottoposta al controllo da parte di tre o più Autorità nazionali (240 casi nel 2007)<sup>208</sup>. Nel Libro Bianco del 2014 sono state individuate alcune modifiche che permetterebbero di facilitare i rinvii, aumentando l'efficienza del sistema senza apportare modifiche radicali. Per quanto riguarda l'art. 4(5), è stato proposto di consentire alle parti di effettuare la notifica direttamente alla Commissione, eliminando la fase preliminare della richiesta motivata. Tale semplificazione renderebbe la procedura meno onerosa e più rapida ed è giustificata dal fatto che dal 2004 solo 6 richieste di rinvio su 261 sono state bloccate dal veto di uno Stato membro. Inoltre, le prerogative degli Stati membri non verrebbero lese in modo sostanziale dal momento che la Commissione dovrebbe informarli immediatamente quando riceve una notificazione ex art. 4(5) e, qualora anche un

---

<sup>206</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, SEC(2009) 808 final/2 punto 104 . Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 14.

<sup>207</sup> Le parti interessate devono inviare una richiesta motivata alla Commissione, in cui richiedono che la competenza venga trasferita a uno solo Stato membro. La Commissione informa senza ritardo tutti gli Stati membri, e quello che otterrebbe la competenza può esprimere entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta il proprio consenso o dissenso. Qualora non vi sia un esplicito dissenso, la Commissione valuta se sussistono i requisiti e decide se rinviare il caso, in parte o interamente. Tale decisione deve intervenire entro 25 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta motivata da parte della Commissione, in caso contrario si presuppone il suo assenso alla richiesta di rinvio.

<sup>208</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 60 e seguenti.

solo Stato membro competente si opponesse alla richiesta di rinvio entro 15 giorni, la Commissione sarebbe automaticamente tenuta a dichiarare la sua incompetenza tramite decisione. Le parti dell'operazione dovrebbero quindi decidere a quali Stati membri presentare la notifica.

Per quanto riguarda invece l'art. 4(4), è stato proposto di eliminare il requisito sostanziale secondo cui le parti devono "autodenunciare" che l'operazione può incidere sulla concorrenza, dovendo invece solo dimostrare che gli effetti della concentrazione sono circoscritti ad un mercato distinto all'interno di uno Stato membro.

### **1.3.2 Le riallocazioni post-notifica**

La riallocazione dei casi tra Commissione ed Autorità antitrust nazionali può verificarsi anche in seguito all'avvenuta notificazione delle parti interessate, in base all'art. 22 e 9 del regolamento 139/2004.

L'art. 22 prevede che gli Stati membri, dopo aver ricevuto notifica di una operazione, possano chiedere che sia la Commissione ad esaminare il caso in quanto, pur non avendo dimensione comunitaria, si tratta di una concentrazione che incide sul commercio tra gli Stati membri e rischia di ridurre significativamente la concorrenza nel territorio del Paese o dei Paesi che presentano la richiesta. Queste due condizioni sono i requisiti sostanziali che devono concorrere affinché la competenza spetti alla Commissione. A differenza dell'art. 4(5), dunque, non è necessario che il caso possa essere esaminato in base alle normative di almeno tre Stati membri. Infatti, la maggior parte delle 14 operazioni rinviate ex art. 22 tra il 2004 e il 2008 coinvolge meno di tre Stati membri, dato che conforta la tesi sulla complementarità dell'art. 4(5) e 22<sup>209</sup>.

La procedura adottata stabilisce che la richiesta di rinvio venga formulata entro 15 giorni dal momento in cui lo Stato membro ha ricevuto la notifica, oppure, in caso la normativa antitrust nazionale non la preveda, da quando è venuta a conoscenza dell'operazione. Una volta ricevuta tale domanda, la Commissione deve informare senza ritardo sia le imprese interessate all'operazione che le Autorità degli Stati membri, così che queste ultime abbiano la possibilità di decidere entro 15 giorni

---

<sup>209</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo), SEC(2009) 808 final/2 punto 134 e 136.*

lavorativi<sup>210</sup> se aderire a tale richiesta di rinvio, qualora anch'esse risultino competenti per quel caso. Infatti, gli altri Stati membri competenti a esaminare la concentrazione possono anche scegliere di non rinviare il caso alla Commissione ma aprire una procedura di controllo parallela basata sulla legge antitrust nazionale; questa decisione dovrà essere comunicata alla Commissione e alle imprese interessate. La Commissione, a partire dal decorrere della scadenza di 15 giorni data agli altri Stati membri per aderire alla richiesta di rinvio, ha 10 giorni lavorativi per stabilire se accettare di esaminare il caso. La decisione della Commissione deve essere infine comunicata a tutti gli Stati membri e alle imprese interessate; in caso di silenzio, allo scadere del termine stabilito si presuppone un'accettazione della competenza da parte della Commissione.

L'art. 22 permette dunque di espandere l'ambito di applicazione della normativa europea su richiesta non delle parti interessate (come all'art. 4.4 e 4.5) ma degli stessi Stati membri, che rinunciano così ad una loro prerogativa. Una simile disciplina era già prevista dal Regolamento 4064/89 ed era conosciuta anche come "clausola Olandese". La sua adozione era stata, infatti, sostenuta da Paesi Bassi, Belgio e Italia che al momento dell'entrata in vigore della disciplina europea non avevano ancora implementato normative nazionali sul controllo delle concentrazioni e consideravano dunque utile poter sottoporre all'esame della Commissione quei casi potenzialmente pericolosi per il regime concorrenziale interno. Tale disciplina è stata mantenuta anche nel regolamento 139/2004, sebbene ormai gran parte degli Stati membri avesse già adottato normative nazionali, in quanto incentiva la coordinazione tra Autorità antitrust nazionali che possono presentare richieste di rinvio congiunte. In questo modo si riducono le procedure parallele, in quanto gli Stati che aderiscono al rinvio perdono la giurisdizione su tale operazione. Il principio dello sportello unico risulterà però indebolito nel caso in cui all'esame della Commissione si aggiungano in parallelo le verifiche degli Stati che non hanno ceduto la propria competenza.

Un fattore che riduce il ricorso all'art. 22 consiste nella difficoltà di coordinare le diverse tempistiche previste dalle normative antitrust nazionali, elemento che ostacola la presentazione di richieste congiunte. Tale problema viene affrontato dalla stessa normativa europea che dispone la sospensione di tutti i termini nazionali fino alla definitiva assegnazione della giurisdizione. Un altro elemento

---

<sup>210</sup> A partire dalla data in cui la Commissione li ha informati della richiesta iniziale.

controverso di questa disciplina, criticato soprattutto dalle imprese interessate, consiste nell'eccessiva durata della procedura dovuta al sommarsi dei termini ordinari con quelli specificamente previsti per dirimere a chi spetta la giurisdizione<sup>211</sup>.

Sebbene dunque il numero dei casi di rinvio ex art. 22 sia abbastanza esiguo (solo 14 tra il 2004 e il 2008), 6 di questi hanno richiesto una verifica approfondita, mentre in media solo il 5% delle operazioni notificate direttamente alla Commissione giungono alla seconda fase del procedimento; questo indica che la riallocazione venga richiesta dagli Stati membri solo per operazioni particolarmente complesse con effetti trans-nazionali<sup>212</sup>.

Il libro bianco del 2014<sup>213</sup> ha, inoltre, proposto di modificare alcuni elementi della procedura dell'art. 22. Il rinvio potrebbe essere richiesto non da tutti gli Stati membri ma solo da quelli che sono competenti ad esaminare l'operazione. Inoltre, laddove nessuno Stato Membro competente si opponesse, la Commissione avrebbe la competenza esclusiva del caso; mentre qualora anche un solo Stato membro competente ponesse il veto sul rinvio, allora la Commissione non avrebbe alcuna competenza e spetterà alle Autorità degli Stati membri esaminare il caso in parallelo.

Tale proposta fa sorgere due tipi di problemi: in primo luogo, le diverse tempistiche dei procedimenti nazionali possono portare alla situazione in cui quando la domanda di rinvio viene presentata alla Commissione, un altro Stato membro può aver già autorizzato la stessa operazione, così che non potrebbe essere soddisfatto il principio dello sportello unico. In secondo luogo, nel momento in cui la Commissione comunica la richiesta di notifica, gli altri Stati membri potrebbero non disporre di abbastanza informazioni per sapere se siano competenti o se sia opportuno aderire al rinvio (in quanto ad esempio potrebbero non aver ancora ricevuto alcuna notifica). La Commissione prospetta di risolvere tali criticità istituendo un sistema di costanti comunicazioni tra le Autorità

---

<sup>211</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, SEC(2009) 808 final/2 punto 142.

<sup>212</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, SEC(2009) 808 final/2 punto 135, 136.

<sup>213</sup> COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014, punto 69 e seguenti;

antitrust nazionali così da condividere le informazioni su procedimenti di comune interesse.

L'art. 9 prevede la possibilità per la Commissione di rinviare una concentrazione ad essa notificata all'esame di uno Stato membro. A differenza dell'art. 4(4) però la richiesta di riallocazione viene effettuata non dalle parti interessate ma direttamente dallo Stato membro, entro 15 giorni da quando ha ricevuto copia della notificazione.

I requisiti sostanziali che giustificano tale eccezione all'ordinaria ripartizione della giurisdizione consistono in due situazioni distinte e alternative. Nel primo caso l'operazione deve *“rischiare di incidere in maniera significativa sulla concorrenza in un mercato”* e tale mercato deve trovarsi all'interno dello Stato membro che ha fatto richiesta e deve *“presentare tutte le caratteristiche di un mercato distinto”*. Nel secondo caso la concentrazione deve *“incidere sulla concorrenza in un mercato”* e tale mercato deve trovarsi all'interno dello Stato membro richiedente, deve *“presentare tutte le caratteristiche di un mercato distinto”* e non deve costituire parte sostanziale di quello comune.

Una volta effettuata la richiesta, la prima fase del procedimento presso la Commissione si estende da 25 a 35 giorni lavorativi. La Commissione deve dunque decidere se accettare o rifiutare la richiesta di rinvio: nel primo caso spetterà all'Autorità antitrust nazionale esaminare il caso senza indebito ritardo. In base al paragrafo 8 dell'art. 9 *“lo Stato membro interessato può prendere soltanto le misure strettamente necessarie per preservare o ripristinare una concorrenza effettiva nel mercato interessato”*.

L'art. 9 è stato introdotto in forza dell'influenza esercitata soprattutto dal governo tedesco che temeva una riduzione del grado di tutela garantito dalla propria normativa antitrust, che era una delle discipline più sviluppate al momento dell'introduzione del controllo europeo sulle concentrazioni<sup>214</sup>. Tuttavia l'esiguo numero di casi verificatosi tra il 2004 e il 2008 (appena 25 di cui 7 ritirati e solo una richiesta rigettata)<sup>215</sup> sottolinea la natura eccezionale di questa tipologia di rinvio. Rimane però chiara la *ratio* giuridica alla base di questa procedura, cioè

---

<sup>214</sup> [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 16.

<sup>215</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, SEC(2009) 808 final/2 punto 148.

quella di riallocare i casi presso l’Autorità più adeguata a garantire la tutela del regime concorrenziale (principio di sussidiarietà).

Dalle indagini svolte dalla Commissione sul funzionamento del Regolamento 139/2004<sup>216</sup> risulta che molte parti interessate hanno espresso critiche riguardo alla lunghezza della procedura e alle incertezze derivanti dal cambio di giurisdizione, che aumentano gli oneri a carico delle imprese. In particolare, esse suggeriscono di rendere il sistema più trasparente, permettendo alle parti di essere ascoltate in caso di richiesta di rinvio e garantendo l’accesso ai dati della Commissione. Per diminuire i costi si propone inoltre che le parti possano utilizzare la notifica inviata alla Commissione anche nel nuovo procedimento presso l’Autorità nazionale, per evitare di dover raccogliere nuovi dati e informazioni.

### **1.3.3 Eccezioni**

I sistemi di rinvio appena descritti riallocano la giurisdizione di un caso in base a criteri inerenti la tutela della concorrenza, individuando l’Autorità più adeguata per effettuare il controllo degli effetti anti-concorrenziali derivanti dalle concentrazioni. Tuttavia, al diverso fine di tutelare alcuni interessi nazionali di ordine pubblico, il diritto europeo prevede delle eccezioni ai criteri di ripartizione della giurisdizione tra Commissione e Stati membri stabiliti dalla disciplina sul controllo delle concentrazioni.

L’art. 21(4) del Regolamento 139/2004 prevede che gli Stati Membri possano “adottare opportuni provvedimenti” per tutelare dei propri interessi legittimi (diversi dalla tutela della concorrenza), se compatibili con i principi generali e le disposizioni del diritto comunitario. La norma inoltre chiarisce come individuare quegli interessi che giustificano interferenze degli Stati membri negli ambiti di giurisdizione della Commissione.

In primo luogo vengono citati tre interessi legittimi auto-evidenti. Il primo è la sicurezza pubblica, che può interferire con le operazioni di concentrazione qualora queste abbiano per oggetto imprese attive nel settore della difesa. Infatti l’acquisto di imprese strategiche da parte di società straniere (o addirittura controllate da altri Stati) potrebbe mettere a repentaglio la fornitura di materiale bellico, determinare

---

<sup>216</sup> Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo), SEC(2009) 808 final/2 punto 152 – 154.*

la condivisione di tecnologie segrete o all'avanguardia oppure la vendita di armi a Paesi non alleati. Il secondo interesse legittimo è il mantenimento della pluralità di mezzi di informazione, che tutela il regime democratico garantendo libertà di parola e informazione. Il terzo interesse citato è costituito dalle norme prudenziali in materia di servizi finanziari, per garantire il funzionamento di un sistema strategico per l'economia nazionale quale quello del credito. Di norma infatti gli Stati membri hanno adottato normative specifiche (che possono limitare la concorrenza) per tutelare questi interessi. Ad esempio non richieste speciali autorizzazioni da parte delle autorità pubbliche per l'acquisto del controllo di istituti finanziari, al fine di valutare l'adeguatezza dei soggetti acquirenti.

In secondo luogo l'art. 21(4) prevede che, per poter tutelare altri interessi legittimi (non espressamente citati), gli Stati membri debbano comunicarli alla Commissione. Quest'ultima deve decidere entro 25 giorni lavorativi se tale interesse è compatibile con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Durante questo periodo lo Stato membro non può adottare alcun provvedimento che interferisca con concentrazioni di dimensione comunitaria (ad esempio bloccando un'operazione approvata dalla Commissione o autorizzando un'operazione vietata).

Qualora uno Stato membro violi le disposizioni contenute nell'art. 21(4), la Commissione potrà emettere una decisione per negare l'applicabilità delle normative nazionali alle concentrazioni che rientrano nella propria giurisdizione esclusiva. Secondo l'art. 21(3) infatti *“Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria”*. Inoltre, qualora vengano implementate delle misure che ostacolano la libera circolazione dei capitali o la libertà di stabilimento (rispettivamente art. 56 e 43 TUE), allora la Commissione potrà avviare una procedura di infrazione (in base art. 258 TFUE) nei confronti dello Stato che ha adottato misure protezionistiche. Tuttavia, questi strumenti in molti casi non si sono dimostrati sufficienti per contrastare le misure protezionistiche degli Stati: spesso la Commissione ha trovato un compromesso con le posizioni dei Paesi membri oppure ha agito in maniera troppo lenta e troppo poco incisiva, così che infine le parti hanno abbandonato operazioni di concentrazione, anche dopo aver ottenuto l'approvazione a livello europeo. Un caso particolarmente significativo riguarda la

tentata acquisizione del controllo di ENDESA da parte di E.ON AG<sup>217</sup>. Entrambe le imprese sono attive nel mercato dell'energia elettrica e del gas naturale, rispettivamente in Spagna e Germania. Il 25 aprile 2006 la concentrazione venne autorizzata dalla Commissione, competente in quanto l'operazione superava le soglie comunitarie in base all'art. 1(2) del Regolamento 139/2004<sup>218</sup>. Tuttavia il governo spagnolo avrebbe preferito creare un campione nazionale dell'energia, favorendo una fusione con un altro operatore iberico (Gas Natural), ed implementò misure per ostacolare la concentrazione già approvata, trovando una costante quanto inefficace opposizione da parte della Commissione. Infatti, dapprima il Consiglio dei Ministri adottò una misura legislativa urgente (Royal Decree-Law 4/2006) con cui ampliava i poteri di sorveglianza dell'Autorità pubblica regolatrice dell'energia (CNE); la Commissione rispose aprendo una procedura di infrazione per violazione della libertà di circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento. Sulla base di tale decreto, il CNE sottopose l'operazione E.ON/ ENDESA a un certo numero di condizioni, tra cui la cessione di importanti asset, senza richiedere l'autorizzazione alla Commissione. Quest'ultima di conseguenza adottò il 26 settembre 2006 una decisione in cui dichiarava che le misure prese dal CNE violavano l'art. 21(4) del regolamento europeo. In seguito il Ministero dell'Industria spagnolo apportò alle condizioni imposte delle parziali modifiche, che vennero tuttavia considerate insufficienti dalla Commissione. Questa emise una nuova decisione di condanna, dando un'ulteriore scadenza al governo spagnolo affinché ritirasse tali misure e minacciando in caso contrario di aprire una nuova procedura di infrazione. Come conseguenza di questa lunga contrapposizione, la concentrazione tra E.ON ed ENDESA non venne implementata e infine, un'impresa terza, l'italiana Enel, riuscì ad acquistare la stessa ENDESA, acquisendo il controllo congiunto insieme con un altro operatore spagnolo Acciona, al fine di ottenere il favore delle Autorità iberiche. Tuttavia, per poter concludere l'operazione, Enel, che possedeva il 67% del capitale di ENDESA, aveva comunque dovuto lasciare il controllo al socio di minoranza Acciona. Questo compromesso rivelò i suoi limiti negli anni successivi, quando a causa dei contrasti tra principali azionisti,

---

<sup>217</sup> [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 18 e 19. In esso si cita: "Power Games", *The Economist*, 26 febbraio 2009. Si vedano anche i comunicati stampa della Commissione: IP/06/1265 Brussels (26 settembre 2006) e IP/06/1853 Brussels (20 dicembre 2006).

<sup>218</sup> Caso No COMP/M.4110 - E.ON / ENDESA, decisione della Commissione del 25/04/2006, punto 8 per quanto concerne la dimensione comunitaria.

l'impresa soffrì per una mancanza di direzione manageriale. Infine nel 2009 Enel acquisì il controllo esclusivo di ENDESA, ponendo fine alla saga. Da questa vicenda si può desumere che un'applicazione più efficace della normativa europea potrebbe evitare che gli Stati membri, intromettendosi con obiettivi protezionistici, creino situazioni di incertezza economica.

Un'ulteriore eccezione al principio di ripartizione della giurisdizione in materia di controllo delle concentrazioni è sancita dall'art. 346 TFUE. Questa disposizione permette agli Stati membri di derogare alla normativa europea per tutelare i propri interessi alla sicurezza. Il paragrafo 1(a) afferma che *“nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza”*; inoltre il paragrafo 1(b) permette agli Stati membri di porre in essere le misure necessarie per la protezione degli interessi essenziali della loro sicurezza. Per essenziali si intende che devono essere vitali per le funzioni militari del Paese, non per interessi economici. Oltre a questo, le misure devono soddisfare altri requisiti: è necessario che si riferiscano alla produzione o commercio di armi, munizioni e materiale bellico; inoltre non devono alterare la concorrenza nel mercato interno per prodotti non destinati a fini specificamente militari. Quindi, rispettando tali requisiti, è possibile far derogare i contratti della difesa dalle regole del mercato interno.

Lo scopo di questa disciplina è di bilanciare gli interessi alla sicurezza degli Stati membri con i principi e gli obiettivi dell'Unione europea. Tuttavia la Corte di Giustizia ha più volte ribadito come tali norme abbiano natura eccezionale<sup>219</sup>.

#### **1.4 Conclusioni**

Il sistema di ripartizione della giurisdizione sembra nel complesso riuscire a coniugare efficacemente l'esigenza di controllare quelle concentrazioni che potrebbero incidere sulla concorrenza e l'aspirazione a limitare al massimo la libertà di impresa. Le modifiche presentate nel Libro Bianco del 2014 si limitano infatti a perfezionare l'efficienza del sistema, diminuendo la durata della

---

<sup>219</sup> COM(2006) 779 final, *Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement*, Brussels, 7/12/2006. Si veda inoltre: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/defence/more\\_on\\_defence\\_procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/more_on_defence_procurement_en.pdf).

procedura e gli oneri amministrativi sulle imprese senza ridurre l'efficacia dei controlli. In un discorso pronunciato nel marzo 2016<sup>220</sup>, la Commissaria per la concorrenza Margrethe Vestager ha affermato come in tema di soglie di notificazione non si prevedano al momento modifiche normative. Tuttavia ha anche sottolineato come il criterio delle soglie di fatturato non riesca a sottoporre a controllo alcune operazioni di concentrazione che possono invece incidere sulle dinamiche di mercato. Infatti, è recentemente divenuto oggetto di studio il fatto che il rischio di diminuire la concorrenza non sia sempre collegato alla dimensione economica delle imprese interessate, ma talvolta possa anche derivare dal tipo di asset da esse detenuto. Viene citata ad esempio l'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook per 19 miliardi di euro, avvenuta nel 2014, dove non sono state raggiunte le soglie di fatturato di dimensione comunitaria nonostante l'alto importo della transazione, che teneva conto infatti del valore della base di clienti di WhatsApp (600 milioni di utenti nel mondo, di cui una considerevole porzione si trovava in Europa).

Altri elementi rilevanti, oltre alla base di clienti, possono essere l'insieme di dati e informazioni posseduto da una società, o la sua capacità di innovare. Si pensi al settore farmaceutico, dove un nuovo medicinale può essere già stato sviluppato sebbene non sia stato ancora immesso sul mercato, e quindi non abbia ancora influito sul fatturato.

Si possono perciò verificare delle concentrazioni in cui le imprese bersaglio, pur non generando ancora un fatturato considerevole, hanno un alto valore di mercato e costituiscono una rilevante forza competitiva nel mercato di riferimento. Queste operazioni, non superando le soglie di fatturato del Regolamento 139/2004, non potrebbero essere sottoposte a un controllo comunitario, sebbene sussista la concreta possibilità che incidano sulla concorrenza nel mercato comune.

La Commissione dunque sta valutando come assicurare un controllo della concorrenza effettivo e privo di lacune in settori strategici per lo sviluppo economico quali l'economia digitale e il settore farmaceutico. Nel discorso citato, la Commissaria evidenziava come sia necessario sviluppare un dibattito che approfondisca la questione, ribadendo però che qualsiasi criterio venga identificato dovrà permettere di individuare chiaramente quali concentrazioni sono soggette a notificazione, così da garantire la certezza del diritto.

---

<sup>220</sup> Cfr. Margrethe Vestager, *Refining the EU merger control system*, Studienvereinigung Kartellrecht, Brussels, 10 marzo 2016.

Il 7 ottobre 2016 la Commissione ha aperto una consultazione pubblica<sup>221</sup> per ottenere dei riscontri su alcune questioni giurisdizionali e procedurali, tra cui, oltre alle semplificazioni e modifiche indicate dal Libro Bianco, anche il tema dell'efficacia del sistema attuale delle soglie di fatturato. A questo proposito si raccolgono informazioni sull'esistenza di una lacuna nel sistema di controllo e sulle modalità con cui colmarla. Ad esempio si chiede se l'attuale sistema di rinvii sia sufficiente per reindirizzare alla Commissione tutti i casi problematici per il mercato comune. Inoltre si sonda anche la possibilità di estendere l'obbligo di notifica in base ad un criterio complementare alle soglie di fatturato, quale ad esempio il valore della transazione.

La Commissione ha intenzione di analizzare le risposte ottenute per valutare se e quali nuove modifiche proporre.

## 2

### La procedura di controllo

*2.1 Notificazione 2.2 Sospensione della concentrazione 2.3 Fase 1 e fase 2 2.4 Misure correttive 2.4.1 Aspetti procedurali 2.4.2 Tipologie di misure correttive 2.5 Stato di crisi dell'impresa o Failing Firm Defence 2.6 Controllo giudiziario*

#### 2.1 Notificazione

L'art. 4(1) del Regolamento 139/2004 stabilisce l'obbligo di notificazione preventiva per le concentrazioni di dimensione comunitaria, che perciò devono essere notificate alla Commissione prima della loro realizzazione, salvo le operazioni in cui le parti interessate richiedano un rinvio del caso agli Stati membri in base all'art. 4(4).

Le operazioni di concentrazione possono in genere essere notificate solo “*dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo*”<sup>222</sup>. Tuttavia la notifica può

---

<sup>221</sup> *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/consultation\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/consultation_document_en.pdf). Si veda in particolare pagina 18 e seguenti e i quesiti 14-21.

<sup>222</sup> Art. 4(1) Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, GU L24 del 29/1/2004.

essere realizzata anche prima se le imprese interessate dimostrano di essere in buona fede nel volere concludere l'accordo oppure quando abbiano pubblicamente dichiarato di voler effettuare una offerta pubblica. Dunque è necessario che vi sia un serio impegno a concludere l'operazione di concentrazione.

I soggetti su cui ricade l'obbligo di notificazione sono, in caso di fusione o costituzione di un'impresa comune, tutte le parti che intervengono nell'operazione; invece, in caso di acquisto di controllo spetterà all'impresa acquirente l'onere di presentare notifica.

In base all'art. 4(3) la Commissione deve mantenere il riserbo su quei dati confidenziali comunicati dalle imprese durante il procedimento di controllo dell'operazione.

Qualora si violi l'obbligo di notificazione, l'art. 14(2) prevede una sanzione nei confronti delle imprese interessate che può arrivare fino al 10% del loro fatturato totale.

In genere, prima dell'invio della notifica formale, le parti e la Commissione intavolano dei contatti informali in cui vengono presentate le caratteristiche principali dell'operazione e si discutono gli aspetti procedurali e sostanziali più critici. Questa fase è definita di "prenotificazione" e non è disciplinata dal Regolamento 139/2004 ma viene presa in considerazione dalle Best Practices emanate dal Dipartimento Generale sulla concorrenza<sup>223</sup>. Questa collaborazione è infatti fortemente consigliata dalla Commissione in quanto permette vantaggi reciproci: sia per l'Autorità europea, che potrà selezionare un'adeguata squadra di funzionari e avrà più tempo per istruire la futura fase di analisi e controllo, sia per le parti interessate, che si potranno assicurare della completezza delle informazioni da notificare, così da evitare che la Commissione richieda l'invio di ulteriori dati, posticipando la data di efficacia della notificazione fino al momento della ricezione delle informazioni nella loro interezza<sup>224</sup>. Infatti i termini che la

---

<sup>223</sup> DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, 20/01/2004. Inoltre si consiglia l'instaurazione di contatti prima della notifica formale anche in caso di procedura semplificata, come indicato nella "Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio", (2013/C 366/04), 14/12/2013, punto 22 e seguenti.

<sup>224</sup> Art. 5 Regolamento (CE) no. 802/2004, 21/04/2004, OJ L 133. Questa norma prevede che qualora le informazioni contenute nella notificazione risultino incomplete in qualsiasi aspetto sostanziale, la Commissione lo comunicherà alle parti notificanti senza ritardo. In questi casi la notificazione diventa efficace alla data in cui le informazioni sono ricevute dalla Commissione nella loro interezza.

Commissione deve osservare per concludere il procedimento di controllo decorrono solo da quando la notificazione viene regolarmente ricevuta. La fase di prenotificazione dura in genere almeno due settimane e nei casi più complessi anche diversi mesi.

Inizialmente le parti dovrebbero inviare una comunicazione in cui si descrive l'operazione, i mercati rilevanti e l'impatto sulla concorrenza che potrebbe derivarne; nei casi più semplici può essere già inviata una bozza del modulo di notificazione formale. In seguito vi sono dei primi contatti tra le parti interessate e i funzionari europei. Poi, a seconda della complessità dell'operazione, la Commissione può ritenere sufficiente rispondere in forma scritta od orale, oppure organizzare uno o più incontri tra le parti. Le questioni sostanziali su cui è opportuno inviare informazioni riguardano: i mercati rilevanti su cui potrebbe incidere la concentrazione, il contesto concorrenziale in cui si inserisce l'operazione e le ragioni economiche su cui si basa, con tutti i dati che eventualmente dimostrino la creazione di efficienze. In questa fase, le parti possono anche richiedere di essere esentate dall'inserire nel modulo di notificazione alcune informazioni che non risultano necessarie per l'analisi di quello specifico caso. La Commissione dovrà infatti approvare tale deroga prima della notificazione. Le parti potranno anche chiedere assistenza su questioni procedurali, come ad esempio sul riparto di giurisdizione. In questo ambito potrebbero infatti essere richiesti chiarimenti sui rinvii dalla Commissione agli Stati membri o viceversa e inoltre potrebbe essere utile informare la Commissione di eventuali procedimenti paralleli in Paesi extra-UE, così da discutere la tempistica dei procedimenti, riducendo gli oneri e rendendo le investigazioni più efficienti possibile.

La notificazione viene eseguita tramite la compilazione di un modulo molto dettagliato, allegato al Regolamento della Commissione 802/2004<sup>225</sup>. In particolare, dovranno essere comunicate informazioni sulle parti interessate, l'operazione di concentrazione, i mercati rilevanti e i dati per contattare clienti, concorrenti, associazioni di categoria e potenziali fornitori (che verranno consultati dalla Commissione nel corso delle investigazioni). Tuttavia è possibile inviare anche un modulo più breve nel caso si possa ricorrere alla procedura

---

<sup>225</sup> Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

semplificata. Questa è oggetto di una Comunicazione della Commissione<sup>226</sup> ed è stata introdotta per valutare le concentrazioni che non suscitano gravi perplessità dal punto di vista della concorrenza, in modo da aumentare l'efficienza complessiva del sistema di controllo. Infatti, in questo modo sarà possibile rendere meno onerosi quei procedimenti che non sollevano pericoli per la concorrenza e concentrare le risorse della Commissione sui casi più complessi che potrebbero incidere sul regime concorrenziale.

I punti 5 e 6 della Comunicazione delineano per quali concentrazioni è possibile ricorrere alla procedura semplificata: le operazioni che hanno come oggetto imprese comuni il cui fatturato e attivi non superano i 100 milioni di euro nello Spazio Economico Europeo (SEE); le concentrazioni le cui parti non operano né nello stesso mercato del prodotto e geografico, né in mercati a monte o a valle; le operazioni le cui parti hanno relazioni orizzontali ma in mercati dove detengono congiuntamente non più del 20% delle quote di mercato, oppure dove ci sono relazioni verticali ma le quote di mercato individuali o congiunte dei partecipanti non supera il 30% del mercato; le concentrazioni dove il soggetto che detiene già il controllo congiunto di un'impresa agisce per acquisirne il controllo esclusivo; le operazioni dove si combinano due fattori: da una parte i partecipanti che sono in relazione orizzontale (competono sullo stesso mercato geografico e del prodotto) devono avere una quota di mercato congiunta inferiore al 50% e dall'altra parte l'incremento della quota di mercato dovuto alla concentrazione è trascurabile (il delta dell'indice Herfindahl-Hirschman o HHI è minore di 150).

In seguito la Comunicazione precisa una serie di elementi che la Commissione prende in considerazione per applicare la procedura semplificata. In primo luogo viene consigliato alle parti interessate di comunicare già in fase di prenotificazione le informazioni relative al mercato rilevante, comprese le possibili definizioni alternative a quella prospettata. Infatti qualora la definizione del mercato rilevante o delle quote di mercato risulti complessa, la Commissione non applicherà la procedura semplificata. Allo stesso modo, se l'operazione presenta dei problemi giuridici nuovi e di interesse generale, allora sarà ritenuto opportuno utilizzare la normale procedura. Infine, anche le concentrazioni che rientrano nelle categorie stabilite dagli art. 5 e 6 possono eccezionalmente far

---

<sup>226</sup> Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, (2013/C 366/04), 14/12/2013.

sorgere dei dubbi la tutela del regime concorrenziale e in tal caso non si ricorrerà alla procedura semplificata. Ad esempio qualora una delle società interessate sia un'impresa "maverick" e dunque vi sia il rischio di diminuire gli incentivi ad innovare e concorrere all'interno del mercato rilevante. Un altro caso riguarda la possibilità che in seguito all'operazione si verifichino comportamenti collusivi tra i concorrenti rimasti (un problema di coordinamento ai sensi dell'art. 2, paragrafo 4, del Regolamento 139/2004). Si ricorre alla normale procedura anche se uno Stato membro o un terzo interessato esprimono riserve sull'operazione, oppure qualora vi sia un rinvio del caso in base agli art. 9 o 22 del Regolamento 139/2004.

In seguito alla notificazione in forma abbreviata, la Commissione, se ritiene che l'operazione soddisfi i requisiti necessari, "si adopererà per adottare una decisione in forma abbreviata il più rapidamente possibile"<sup>227</sup>. Questa dovrà essere presa dopo la scadenza del termine di 15 giorni lavorativi entro il quale gli Stati membri possono chiedere un rinvio in base all'art. 9, ma entro 25 giorni lavorativi dalla notifica (art. 10, paragrafi 1 e 6).

## **2.2 Sospensione della concentrazione**

L'art. 7 dispone che una concentrazione che ricade nella giurisdizione del Regolamento 139/2004 non può essere realizzata né prima di essere notificata, né prima di essere stata autorizzata dalla Commissione<sup>228</sup>. A questo principio vengono previste due eccezioni. La prima esime dall'obbligo di *standstill* le operazioni in cui si acquisisce il controllo tramite un'offerta pubblica o una serie di transazioni su valori mobiliari scambiati in un mercato regolamentato. Devono però essere soddisfatte anche due condizioni: la concentrazione deve essere notificata alla Commissione senza ritardo e l'acquirente non deve utilizzare i diritti di voto inerenti alle quote acquisite salvo che per mantenere il valore dei propri investimenti (dunque senza incidere sulle strategie commerciali dell'impresa e di conseguenza sull'equilibrio concorrenziale). La seconda

---

<sup>227</sup> Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, (2013/C 366/04), 14/12/2013, punto 26.

<sup>228</sup> L'art. 7 del Regolamento 139/2004 cita le diverse modalità di approvazione previste dalla normativa europea: l'autorizzazione durante la Fase 1 in base all'art. 6, paragrafo 1 lettera b, oppure la dichiarazione di compatibilità con il mercato comune a conclusione della Fase 2, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 1 e 2. Infine si tiene conto anche dell'art. 10, paragrafo 6, che stabilisce l'automatica approvazione delle concentrazioni notificate qualora la Commissione non adotti alcuna decisione entro i termini stabiliti.

eccezione è dovuta alla facoltà della Commissione di concedere una deroga all'obbligo di *standstill*. Le parti interessate devono inviare una domanda di deroga motivandola, anche prima della notifica. La Commissione accorda solo raramente tale esenzione e fonda la sua decisione sul pericolo per la concorrenza e sugli effetti che la sospensione può determinare nei confronti delle parti richiedenti e dei terzi interessati. La deroga può anche essere subordinata a requisiti che tutelino il regime concorrenziale.

La *ratio* dell'obbligo di *standstill* trova fondamento nella necessità di impedire che le concentrazioni vengano effettuate durante lo svolgimento della procedura di controllo avviata dalla notificazione, vanificando la funzione del controllo preventivo. Questo infatti è stato adottato per le concentrazioni in quanto tali operazioni determinano degli effetti duraturi sulla struttura del mercato, perciò risulta meno oneroso per il sistema economico impedire che vengano poste in essere, piuttosto che imporre uno scorporo successivo.

Per rendere effettivo tale obbligo, la normativa europea prevede delle conseguenze in caso di sua violazione. L'art. 14(2) stabilisce infatti che in tali casi la Commissione possa comminare una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato totale delle imprese interessate. Inoltre la validità di una concentrazione effettuata in violazione dell'obbligo di sospensione dipende dalla decisione della Commissione sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune. Dunque, nel caso in cui sia violato l'obbligo di *standstill* e la concentrazione non venga poi autorizzata, l'art. 8(4) del Regolamento 139/2004 accorda alla Commissione il potere di dissolvere la concentrazione (ad esempio sciogliendo l'ente nato dalla fusione) e di porre in essere tutte le misure necessarie a ripristinare, per quanto possibile, la situazione precedente. Tuttavia l'art. 7(4) esclude che possano venire invalidati le operazioni su valori mobiliari compiute da acquirenti e venditori in buona fede.

L'obbligo di sospendere la concentrazione è un elemento che può differenziare la disciplina europea da quelle nazionali. Ad esempio la normativa italiana non pone in maniera altrettanto rigorosa il divieto di realizzare l'operazione prima dell'autorizzazione da parte dell'Autorità pubblica. Infatti, sebbene l'art. 16 della legge sul controllo delle concentrazioni<sup>229</sup> preveda che le operazioni di dimensione nazionale debbano essere “*preventivamente comunicate all'autorità*”,

---

<sup>229</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240.

tuttavia si stabilisce anche all'art. 17 che *“l'Autorità ... può ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione fino alla conclusione dell'istruttoria”*. Dunque, dal combinato disposto dei due articoli si deduce che le imprese, dopo aver compiuto la notificazione, possano procedere con l'operazione di concentrazione anche prima che l'Autorità emetta una decisione, salvo il caso in cui non venga adottato un provvedimento specifico che ordini di sospendere l'operazione. Viene perciò posto in capo alle imprese la decisione se rischiare di dover dissolvere la concentrazione in seguito alla mancata autorizzazione da parte dell'AGCM.

### **2.3 Fase 1 e fase 2**

Una volta ricevuta la notificazione si apre la Fase 1 del procedimento di controllo, in cui la Commissione procede all'esame della concentrazione, che si può concludere con tre diversi esiti in base all'art. 6 del Regolamento 139/2004.

In una prima ipotesi, che si verifica però raramente, la Commissione accerta che l'operazione non rientra nella giurisdizione del Regolamento. Le ragioni sono in genere da attribuire all'assenza di dimensione europea o di acquisto di un controllo duraturo<sup>230</sup>.

Nella maggior parte dei casi, invece, la Commissione *“constata che la concentrazione notificata ... non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di non opporvisi e la dichiara compatibile con il mercato comune”*<sup>231</sup>. All'interno di questa categoria, insieme ai casi non problematici, sono comprese anche quelle operazioni che sollevano alcuni dubbi che possono però essere fugati tramite l'adozione da parte delle imprese interessate di “rimedi”, concordati con la Commissione. In questo modo si ottiene una approvazione definitiva, senza dover ricorrere alla Fase 2, che comporta tempistiche più lunghe e maggiori oneri.

Qualora dall'esame della Commissione sorgano *“seri dubbi per quanto riguarda la ... compatibilità con il mercato comune”*<sup>232</sup>, allora si aprirà la Fase 2 del procedimento, che prevede una verifica più approfondita dell'operazione e si può concludere in tre modi, regolati dall'art. 8 del Regolamento 139/2004.

---

<sup>230</sup> Aurelio Pappalardo, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali VII, 2014, pagina 231, nota 17.

<sup>231</sup> Art. 6, paragrafo 1 lettera b del Regolamento 139/2004.

<sup>232</sup> Art. 6, paragrafo 1 lettera c del Regolamento 139/2004.

Se si accerta che i problemi individuati in precedenza erano infondati, allora la concentrazione viene approvata con decisione.

Se le imprese interessate adottano “misure correttive” che soddisfano la Commissione, allora anche in questo caso la concentrazione viene autorizzata in quanto compatibile con il mercato comune.

Infine, nel caso in cui si stabilisca che l’operazione ostacola in modo significativo la concorrenza e i rimedi prospettati dalle parti risultino insufficienti, la Commissione non approva l’operazione.

In base all’art. 10(6), se la Commissione non riesce a prendere una decisione entro i termini stabiliti dallo stesso articolo, allora la concentrazione si considera automaticamente approvata.

È opportuno ricordare che le decisioni vengono prese dalla Commissione in modo collegiale, basandosi sulle proposte formulate dal Dipartimento Generale sulla Concorrenza<sup>233</sup>.

La Fase 1 del procedimento di controllo inizia il giorno successivo alla ricezione della notifica<sup>234</sup> ed ha in genere una durata di 25 giorni lavorativi; tuttavia può essere estesa a 35 giorni lavorativi qualora uno Stato membro chieda il rinvio del caso in base all’art. 9, oppure se le imprese parti dell’operazione propongano rimedi per ottenere l’approvazione senza ricorrere alla seconda Fase.

Tanto nella prima quanto (più approfonditamente) nella seconda Fase, la Commissione procede all’esame della concentrazione inviando delle richieste di informazioni alle parti dell’operazione e a terze parti che potrebbero essere interessate alla concentrazione, quali clienti e imprese concorrenti. In questo modo si cerca di chiarire le condizioni competitive del mercato rilevante e il ruolo che ricoprirebbe l’ente risultante dall’operazione. Tali richieste vengono effettuate ai sensi dell’art. 11 in forma di semplice domanda o di decisione, e nel caso in cui vengano fornite informazioni false o fuorvianti si può incorrere nelle sanzioni previste dagli art. 14 e 15 del Regolamento 139/2004<sup>235</sup>. Le risposte vengono in

---

<sup>233</sup> Art. 17 del TUE e art. 1 del Regolamento Interno della Commissione *C(2000) 3614*. Per un’analisi approfondita del procedimento decisionale della Commissione può essere utile anche consultare il Manuale di Procedure Antitrust, documento di lavoro interno del DG Comp per l’applicazione degli art. 101 e 102 TFUE, pubblicato nel marzo 2012.

<sup>234</sup> Art. 10, paragrafo 1 del Regolamento 139/2004. Qualora la notifica venga giudicata incompleta dalla Commissione, allora diventerà efficace solo nel momento in cui le parti integreranno le informazioni sostanziali mancanti, dietro pronta richiesta della Commissione. Si veda anche Art. 5 Regolamento CE no. 802/2004, 21/04/2004, OJ L 133.

<sup>235</sup> L’art. 14(1) prevede che per tale tipo di infrazione possano essere comminate pene pecuniarie fino all’1% del fatturato totale dell’impresa interessata. L’art. 15 prevede invece una penalità di

genere raccolte in forma scritta, ma possono avvenire anche in forma orale. La Commissione può richiedere informazioni anche ai governi o alle autorità antitrust degli Stati membri. Inoltre può sentire qualsiasi persona che acconsenta a fornire notizie inerenti l'oggetto di indagine.

In base all'art. 12 e 13 la Commissione ha anche la possibilità di procedere a ispezioni, direttamente o delegandole alle autorità competenti degli Stati membri. L'oggetto di tali controlli include tutti i beni mobili o immobili delle imprese interessate, comprendendo sia qualsiasi documento inerente l'attività di impresa sia la richiesta di informazioni al personale della società. Sono tuttavia escluse le ispezioni all'interno delle proprietà private dei dipendenti delle imprese. Questi controlli sono disposti con decisione, contro cui è possibile ricorrere presso la Corte di Giustizia.

Qualora, per circostanze da attribuirsi alla responsabilità di una parte dell'operazione, la Commissione abbia dovuto emettere una decisione per chiedere un'informazione o eseguire un'ispezione in base agli art. 11 o 13, allora i termini per concludere la procedura sono eccezionalmente sospesi ai sensi dell'art. 10(4). Questo può allungare le tempistiche previste per la conclusione delle indagini.

Se i primi accertamenti rendono probabile il sorgere di seri dubbi e dunque il ricorso ad una seconda fase di indagini, la Commissione in genere offre alle parti notificanti la possibilità di organizzare un incontro entro la terza settimana della Fase 1. Lo scopo di queste riunioni sullo stato di avanzamento ("*State of play meetings*") è di informare le parti sull'andamento dell'indagine e fornire supporto per formulare dei rimedi che evitino l'apertura della Fase 2.

Qualora le parti interessate non riescano a fugare i seri dubbi sorti durante le indagini, la Commissione avvia la Fase 2, che consiste in un esame più approfondito dell'operazione che deve concludersi entro il termine massimo di 90 giorni lavorativi dall'inizio del procedimento. Tuttavia la durata può essere estesa a 105 giorni lavorativi qualora le imprese notificanti offrano di assumere impegni per rendere la concentrazione compatibile col mercato comune, salvo il caso in cui tali rimedi vengano proposti entro 55 giorni dall'avvio del procedimento<sup>236</sup>. Inoltre è possibile prorogare i termini previsti per la Fase 2 fino ad un massimo di

---

mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero dell'impresa interessata, per ogni giorno di ritardo dalla data di scadenza per inviare le informazioni.

<sup>236</sup> Art. 10(3) del Regolamento 139/2004.

20 giorni lavorativi. Ciò può verificarsi se le parti notificanti lo richiedono entro 15 giorni dall'avvio della seconda fase, oppure in qualsiasi momento se proposto dalla Commissione con l'assenso delle imprese interessate.

Durante questa fase vengono effettuate indagini più approfondite, basandosi sui poteri conferiti alla Commissione dagli articoli 11, 12 e 13 del Regolamento.

Se persistono dei seri dubbi sull'operazione, la Commissione emana uno "*Statement of objections*", in cui esplicita le criticità che impediscono la compatibilità dell'operazione con il mercato unico. Le parti in genere producono una risposta scritta con le relative controdeduzioni. A tal fine, la Commissione deve garantire alle imprese interessate la facoltà di accesso ai documenti raccolti durante le indagini. Ad esempio, alle parti deve essere consentito di ottenere le informazioni inviate dai terzi, quali clienti e concorrenti, nel rispetto dei contenuti secretati per motivi commerciali. Tale diritto di accesso non si estende però alle informazioni riservate e ai documenti interni della Commissione e delle autorità degli Stati membri, né alla corrispondenza tra di esse<sup>237</sup>.

In seguito le parti possono richiedere un'audizione formale ("*Oral Hearing*") presso la Commissione. Questo incontro è presieduto da un *Hearing officer* indipendente<sup>238</sup>, incaricato di sovrintendere alle procedure, e vi partecipano sia la squadra di funzionari che si è occupata del caso sia alcuni rappresentanti dell'ufficio legale e del *Chief economist*. Inoltre può essere consentita la presenza di terze parti e di rappresentanti delle Autorità nazionali antitrust. L'audizione non ha una funzione assimilabile ad un processo, bensì permette ai partecipanti di esprimere i loro pareri e di confrontare le proprie posizioni in merito ai vari aspetti dell'operazione. In questo modo si vogliono testare i fatti, esaminare le prove e saggiare la consistenza delle argomentazioni legali, al fine di agevolare il raggiungimento di una decisione ponderata sul caso.

Prima di assumere una decisione ai sensi dell'art. 8, la Commissione deve interpellare il comitato consultivo ("*Advisory Committee*"), composto da rappresentanti delle Autorità antitrust nazionali, che emetterà un parere, di cui la Commissione deve tener conto, sebbene non sia vincolante, e che verrà pubblicato insieme con la successiva decisione della Commissione.

---

<sup>237</sup> Art. 17 Regolamento CE no. 802/2004, 21/04/2004, OJ L 133. Si veda anche Slaughter e May, *The EU Merger Regulation An overview of the European merger control rules*, giugno 2016, pagina 14 e 15. [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 19 e 20.

<sup>238</sup> Michael Albers & Karen Williams, *Oral Hearings - Neither a Trial Nor a State of Play Meeting*, [http://ec.europa.eu/competition/hearing\\_officers/albers\\_williams\\_article.pdf](http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/albers_williams_article.pdf).

Durante la Fase 2 si possono svolgere degli “*State of play meetings*” che hanno lo scopo di agevolare e rendere più efficace il procedimento di controllo. Un primo incontro avviene in genere entro due settimane dall’adozione della decisione di approfondire l’esame dell’operazione, al fine di rendere noto alle parti le principali criticità che si frappongono all’approvazione e per individuare le più opportune modalità di indagine per fugare tali dubbi. Si può concordare di incontrarsi una seconda volta prima dell’emanazione dello “*Statement of objections*”, così che le parti possano essere informate dell’opinione preliminare della Commissione sull’esito della Fase 2. Un terzo incontro può avere luogo in seguito alla risposta delle parti allo “*Statement of objections*” e all’audizione formale. In questo modo le imprese interessate vengono a conoscenza di come le loro argomentazioni abbiano influito sulla posizione della Commissione, così che, qualora rimanessero dei dubbi sulla compatibilità dell’operazione, si potrebbe già iniziare a prospettare dei rimedi. Infine, l’ultima riunione può avvenire prima dell’esame del comitato consultivo, al fine di discutere l’effettività dei rimedi proposti.

Durante la Fase 2 del procedimento di controllo è prevista la costituzione di un *Peer Review Panel*<sup>239</sup>, viene cioè formata una squadra di funzionari esperti, distinta e indipendente rispetto ai colleghi che si sono occupati del caso in questione, al fine di sottoporre l’operazione ad un ulteriore scrutinio, così da assicurare una maggiore accuratezza dell’esito del controllo. Tale intervento si verifica in punti nevralgici della seconda fase, in particolare prima dell’emissione dello “*Statement of objections*”. Lo scopo di questa pratica è di rafforzare il sistema dei controlli interni alla Commissione, in modo da definire un procedimento decisionale più rigoroso in quanto le risultanze dell’indagine vengono valutate da persone distinte rispetto alla squadra che ha condotto l’esame dell’operazione (con la funzione di “avvocato del diavolo”). Il *Peer Review Panel* è stato introdotto in seguito alle sentenze emesse dal Tribunale nei casi *Airtours*, *Schneider* e *Tetra Laval* (2001 e 2002), in cui si stabiliva che la Commissione non avesse provato con sufficiente accuratezza le tesi sostenute nelle sue decisioni,

---

<sup>239</sup> Slaughter e May, *The EU Merger Regulation An overview of the European merger control rules*, giugno 2016, pagina 15. Stephen A. Ryan (Directorate-General Competition, Directorate B), *Reform of the EU Merger Control System — a comprehensive package of proposals*, Competition Policy Newsletter, 2003 Number 1 Spring, reperibile a <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/>. Mario Monti, *Competition enforcement reforms in the EU: some comments by the Reformer*, Georgetown University Washington, 4 aprile 2003, dichiarazione stampa della Commissione SPEECH/03/200.

che venivano di conseguenza invalidate. La necessità di rendere più rigoroso il procedimento decisionale interno alla Commissione deriva dalla struttura stessa del sistema europeo di controllo delle concentrazioni, in cui allo stesso organo vengono attribuite sia la funzione inquirente (effettuare le indagini sulla compatibilità dell'operazione al mercato interno) sia la funzione giudicante (autorizzare la concentrazione), prevedendo solo successivamente il controllo giudiziario da parte di un organo terzo, la Corte di Giustizia. Negli Stati Uniti, invece, si distingue tra le Autorità pubbliche che hanno competenza a valutare le operazioni di concentrazione (*Federal Trade Commission* e *Department Of Justice*) e l'Autorità giudiziaria, che è l'unica a poter proibire una di queste operazioni, dopo aver valutato le argomentazioni tanto delle Autorità antitrust quanto delle parti interessate. La normativa europea ha utilizzato il *Peer Review Panel*, insieme con l'*Oral Hearing* e l'*Advisory Committee*, come strumenti di bilanciamento, per garantire maggiore terzietà ai procedimenti amministrativi interni alla Commissione, in modo da rendere più rari i casi in cui la Corte di Giustizia corregge le decisioni dell'Autorità antitrust.

#### **2.4 Misure correttive**

Le misure correttive sono modifiche al progetto di concentrazione, già notificato, che le parti presentano al fine di eliminare le riserve poste dalla Commissione sulla compatibilità dell'operazione con il regime concorrenziale. Sono dunque uno strumento che rende più elastico il processo di controllo delle operazioni di concentrazione, in quanto permette di risolvere i dubbi della Commissione senza dover abbandonare l'operazione e ricorrere ad una nuova notifica. Il regolamento 139/2004<sup>240</sup> prevede che, qualora la Commissione esprima la preoccupazione che la concentrazione possa ostacolare la concorrenza effettiva, le parti hanno la facoltà di proporre delle misure correttive, al fine di ottenere l'autorizzazione. La Commissione dunque non può imporre alle parti specifici impegni, tuttavia ha il compito di valutare se le modifiche proposte sono sufficienti a garantire le strutture competitive del mercato. A tal fine dovrà analizzare sia la fattibilità dei rimedi, se cioè possono essere eseguiti in tempo utile e perdurare per un periodo sufficiente, sia il loro grado di efficacia nell'impedire che dalla concentrazione scaturiscano ostacoli significativi alla concorrenza effettiva.

---

<sup>240</sup>Considerando 30 e Art. 6(2) e 8(2) del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, GU L24 del 29/1/2004.

Ad esempio, per valutare se l'impegno a cedere un'attività sia fattibile, bisogna analizzare i rischi inerenti il trasferimento di un bene ad un nuovo proprietario, l'incertezza relativa all'individuazione dell'acquirente adatto o la perdita di redditività derivante dalla cessione. Per quanto riguarda invece l'efficacia della misura correttiva si deve fare riferimento alla struttura e alle caratteristiche del mercato rilevante e dei concorrenti<sup>241</sup>. La Commissione potrà accettare solo quelle misure correttive che consideri con certezza idonee a rendere l'operazione notificata compatibile con il regime concorrenziale<sup>242</sup>.

Tali rimedi possono essere attuati anche prima dell'autorizzazione, ma in genere vengono posti in essere successivamente all'approvazione dell'operazione, che viene però subordinata al compimento di tali impegni. La tempestività nella realizzazione degli impegni viene valutata con grande attenzione dalla Commissione per evitare che si verifichi un deterioramento della concorrenza prima che le misure correttive vengano poste in essere.

#### **2.4.1 Aspetti procedurali**

I rimedi possono essere accettati sia nella Fase 1 che nella Fase 2 del procedimento di controllo, sebbene il criterio di valutazione utilizzato dalla Commissione si differenzi tra l'una e l'altra. Infatti, dal momento che nella prima fase non può essere condotta una indagine approfondita, le misure correttive potranno essere accolte solo nei casi in cui il problema per la concorrenza è prontamente identificabile e facilmente risolvibile, in modo tale che i rimedi proposti escludano definitivamente i seri dubbi prospettati dalla Commissione in base all'art. 6, paragrafo 1(c). Durante la seconda fase del procedimento, invece, la Commissione ha la possibilità di analizzare più esaurientemente le conseguenze

---

<sup>241</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 9 e seguenti.

<sup>242</sup> La Corte di Giustizia ha indicato i requisiti per valutare l'idoneità delle misure correttive nel caso T-342/07, *Ryanair Holdings plc v. Commission* [2010] ECR II-03457, punti 452 e 453: "It must also be noted that, in the context of merger control, the Commission has power to accept only such commitments as are capable of rendering the notified transaction compatible with the common market.

It must be held in that regard that commitments proposed by one of the parties to a merger will meet that condition only in so far as the Commission is able to conclude, with certainty, that it will be possible to implement them and that the remedies resulting from them will be sufficiently workable and lasting to ensure that the creation or strengthening of a dominant position, or the impairment of effective competition, which the commitments are intended to prevent, will not be likely to materialise in the relatively near future". Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 40.

dell'operazione sulla concorrenza e perciò le concentrazioni vengono autorizzate ogni volta che i rimedi proposti siano in grado di eliminare gli ostacoli significativi alla concorrenza effettiva, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2. In questo caso gli impegni potranno essere congegnati appositamente per risolvere le problematiche specifiche che la singola operazione fa sorgere nei confronti del regime concorrenziale.

Al fine di poter valutare la fattibilità e l'efficacia di tali misure correttive, la Commissione necessita che le parti, insieme alla proposta di rimedi, forniscano anche le informazioni necessarie per compiere le opportune analisi. Ad esempio, nel caso ci si impegni a cedere una attività per evitare l'accumulo di un eccessivo potere di mercato, le parti devono comunicare una dettagliata descrizione della sua gestione attuale, così che la Commissione possa valutare se l'attività da cedere sarà in grado di competere efficacemente con l'ente risultante dalla concentrazione. Nel compiere tale analisi la Commissione deve consultare le autorità degli Stati membri e può condurre un test di mercato, chiedendo il parere dei terzi interessati (come i concorrenti, le associazioni dei consumatori e i rappresentanti dei lavoratori)<sup>243</sup>.

La presentazione di misure correttive determina una estensione dei termini entro cui la Commissione deve decidere<sup>244</sup>; rimane comunque opportuno che le parti presentino eventuali rimedi il prima possibile, al fine di permettere l'espletamento delle indagini necessarie. In via ufficiosa, possono essere proposti degli impegni pure prima della stessa notificazione formale. Per quanto riguarda la Fase 1, il regolamento di esecuzione<sup>245</sup> prevede che le parti presentino le misure correttive entro 20 giorni lavorativi dalla data della notificazione, in quanto oltre quel termine la Commissione potrebbe non essere in grado di concludere le indagini per stabilire se tali rimedi eliminino i seri dubbi sulla tutela della concorrenza<sup>246</sup>. La Commissione perciò comunica eventuali criticità alle parti in tempo utile

---

<sup>243</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 80. La Commissione condurrà il test di mercato attenendosi al principio generale di riservatezza, non diffondendo informazioni riservate sulle parti notificanti.

<sup>244</sup> Art. 10 del Regolamento 139/2004: i termini della Fase 1 passano da 25 a 35 giorni lavorativi dal giorno in cui si riceve una notifica completa (paragrafo 1); mentre la durata del procedimento passa da 90 a 105 giorni se le misure correttive vengono presentate nella Fase 2 (paragrafo 3).

<sup>245</sup> Art. 19 del Regolamento della Commissione (CE) No 802/2004, 21 aprile 2004, OJ L 133 30/4/2004.

<sup>246</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 82.

prima di tale scadenza, in genere organizzando uno “*State of play meeting*”. Se, una volta effettuata la valutazione, risulta che gli impegni proposti non sono sufficienti a garantire il regime concorrenziale, la Commissione informa le parti, così che possano apportare limitate modifiche per garantire la fattibilità ed efficacia dei rimedi. Qualora anche in questo caso persistano seri dubbi, allora la Commissione emanerà una decisione ai sensi dell’art. 6, paragrafo 1(c), avviando la seconda fase.

Le misure correttive possono essere proposte per la prima volta, o modificate, anche durante la Fase 2. Se gli impegni vengono presentati entro 55 giorni dall’avvio del procedimento, allora dovrà essere presa una decisione entro il termine ordinario di 90 giorni, mentre la proposizione o modifica di rimedi oltre tale data determina una estensione dei termini per concludere il procedimento a 105 giorni lavorativi. Le misure correttive devono comunque essere presentate entro 65 giorni lavorativi dalla data di notificazione, per permettere alla Commissione di condurre le indagini e consultazioni necessarie, come previsto nella prima fase. Proroghe eccezionali a tali limiti possono essere previste ai sensi dell’art. 10, paragrafo 3. Se vengono proposte delle misure correttive dopo la scadenza dei termini previsti dal regolamento, la Commissione potrà volontariamente decidere, in base alle circostanze specifiche, se valutare tali impegni. In ogni caso dovrà essere in grado di accertare chiaramente che i rimedi proposti eliminano gli ostacoli alla concorrenza effettiva, basandosi sulle informazioni trasmesse durante le indagini e i dati ottenuti tramite il precedente test di mercato, che non potrà essere ripetuto<sup>247</sup>.

La Commissione dunque può autorizzare una concentrazione subordinando tale decisione all’adempimento degli impegni presentati dalle parti. A tal proposito bisogna distinguere tra le condizioni e tra gli obblighi (od oneri) derivanti dall’assunzione di rimedi: le prime sono costituite dalle modifiche del mercato che eliminano gli ostacoli alla concorrenza derivanti dalla concentrazione (come ad esempio la cessione di un’attività), mentre i secondi sono gli adempimenti di cui le parti devono farsi carico per ottenere tali modifiche di mercato (per esempio la nomina di un fiduciario per la cessione dell’attività).

---

<sup>247</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 94.

L'effettivo rispetto di tali obblighi viene monitorato da un fiduciario, che vigila al posto della Commissione sul corretto svolgimento della fase di transizione.

Qualora le parti non rispettino le condizioni previste dagli impegni assunti (ad esempio non si ceda l'attività entro il termine previsto), allora la decisione di autorizzazione della concentrazione non è più applicabile. La Commissione avrà il potere di adottare tutte le misure idonee a mantenere o ripristinare la concorrenza effettiva (art. 8, paragrafo 5(b)), inoltre potrà ordinare alle parti di dissolvere la concentrazione o comunque attuare tutte le misure necessarie per ripristinare la situazione precedente l'operazione (art. 8, paragrafo 4(b)) e avrà anche la facoltà di adottare una nuova decisione di approvazione o divieto (art. 8, paragrafo 7(a)). Sarà infine possibile imporre alle parti un'ammenda fino al 10% del fatturato totale dell'impresa interessata, ai sensi dell'art. 14, paragrafo 2(d).

Qualora invece venga disatteso un onere, la Commissione ha il potere di revocare la decisione di autorizzazione (art. 6, paragrafo 3, o art. 8, paragrafo 2) e inoltre può comminare delle ammende e penalità di mora in base rispettivamente agli art. 14, paragrafo 2(d) e 15, paragrafo 1(c)<sup>248</sup>.

#### **2.4.2 Tipologie di misure correttive**

Le misure correttive possono essere distinte in due categorie generali: quelle strutturali e quelle comportamentali. Le prime modificano in modo duraturo la struttura competitiva del mercato; la tipologia principale di questa categoria è costituita dalla cessione di una attività, ma vi rientrano anche altri tipi di rimedi strutturali quali la rescissione dei legami tra le parti notificanti e i concorrenti (attraverso ad esempio la cessione di una quota di minoranza). Gli impegni comportamentali invece incidono sul comportamento futuro dell'ente risultante dalla concentrazione; ad esempio le misure relative all'accesso al mercato: queste possono prevedere l'obbligo di garantire l'approvvigionamento di forniture ai concorrenti o di vendere a prezzi e condizioni di mercato<sup>249</sup>. In base alla giurisprudenza delle Corti europee e alle linee guida indicate dalla Commissione<sup>250</sup> gli impegni di natura strutturale, e in particolare la cessione di

---

<sup>248</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 19 e 20.

<sup>249</sup>F Ghezzi G Olivieri, *"Diritto Antitrust"*, Giappichelli Editore, 2013, pagina 300 e seguenti

<sup>250</sup> Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della

attività, sono preferibili a quelli comportamentali in quanto eliminano le riserve sotto il profilo concorrenziale in maniera permanente e senza richiedere misure di controllo a medio o lungo termine. Dunque misure correttive alternative alla cessione di attività possono essere accettate dalla Commissione solo se hanno un effetto equivalente in termini di efficacia ed efficienza<sup>251</sup>.

La Comunicazione della Commissione sulle misure correttive esamina le diverse tipologie di impegni che possono essere proposti alla Commissione<sup>252</sup>.

Dapprima si analizzano le caratteristiche della cessione di un'attività, che risulta essere il parametro di riferimento nella valutazione delle altre misure correttive. Affinché tale rimedio sia fattibile ed efficace è necessario che l'attività ceduta sia redditizia e possa competere in maniera effettiva con l'ente risultante dalla concentrazione. Devono perciò essere oggetto di cessione anche tutti gli attivi (materiali e immateriali) e il personale necessario a garantire la redditività e la competitività di tale ramo d'azienda. Dal momento che l'attività ceduta deve essere redditizia in sé, ne deriva che in genere si tratta di un ramo d'azienda in grado di operare autonomamente rispetto alle imprese parti della operazione. Ad esempio si deve poter prevedere con sufficiente certezza che tale attività riesca ad acquisire fattori produttivi e vendere prodotti senza cooperare necessariamente con l'ente risultante dalla concentrazione. Tuttavia la Commissione, nel valutare se accettare le misure correttive proposte, applica il principio di proporzionalità, in modo tale da tener conto delle circostanze specifiche del caso.

Infatti, qualora già durante il procedimento si concluda un accordo di compravendita con il futuro acquirente, allora la Commissione può tenere conto delle risorse di quest'ultimo nel valutare la redditività dell'attività ceduta. Infatti è accettabile anche la mera cessione di attivi o licenze, riguardanti ad esempio marchi o altre proprietà intellettuali, qualora l'acquirente individuato possa renderli immediatamente redditizi inserendoli nella propria struttura produttiva. Alla cessione di una licenza si preferisce quella di un attivo, in quanto nel primo caso sussistono maggiori incertezze dovute all'influenza che chi concede la

---

Commissione, 2008/C 267/01, punto 15. Remedies in Merger Cases, OECD Roundtables, DAF/COMP(2011)13, pagina 234.

<sup>251</sup>Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 61.

<sup>252</sup>Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01, punto 22 e seguenti.

licenza può esercitare sul licenziatario o alle dispute che possono sorgere sull'utilizzo della licenza stessa. In casi eccezionali si può preferire la concessione di una licenza se la cessione di un attivo impedisce una ricerca in corso; in genere tali licenze saranno esclusive e senza limitazioni geografiche o di utilizzo, al fine di permettere al licenziatario di competere come se fosse avvenuta una cessione.

Qualora la forma di cessione proposta dalle parti presenti delle incertezze nella fase applicativa, ad esempio per quanto riguarda il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale o l'individuazione dell'acquirente, la Commissione potrà accettare la misura correttiva solo se verrà presentata anche una cessione alternativa da realizzare in caso non si riesca a concludere la prima entro i termini previsti. Questo secondo impegno, che viene in genere detto "gioiello della corona", non deve presentare quelle incertezze che caratterizzavano il primo rimedio proposto e deve poter essere realizzato in breve tempo, in modo da non allungare eccessivamente i tempi di esecuzione. Tale secondo impegno può avere per oggetto un'attività completamente diversa o può invece aggiungere ulteriori attivi a quelli della prima proposta, in modo da rendere più semplice la cessione.

Affinché la cessione di un'attività venga realizzata efficacemente è fondamentale che si individui un acquirente adatto. Per essere tale è necessario che abbia i mezzi e la capacità per mantenere l'attività redditizia e sia indipendente rispetto alle parti dell'operazione così da conservare il grado di concorrenza del mercato.

La Commissione si può assicurare che tali caratteristiche vengano soddisfatte imponendo alle parti l'onere di individuare un acquirente idoneo già durante il procedimento di approvazione. Nei casi che presentano minori incertezze si richiede che la cessione venga effettuata entro un termine fisso dall'approvazione dell'operazione e ad un acquirente approvato dalla Commissione. Se sussistono maggiori difficoltà nell'individuazione dell'acquirente, allora si può prevedere che le parti non possano concludere la concentrazione prima di aver sottoscritto un accordo di cessione vincolante con "l'acquirente designato", che deve essere stato approvato dalla Commissione in base ai requisiti di idoneità. Nei casi che sollevano maggiori dubbi, si applica la cosiddetta "misura correttiva preventiva", che consiste nell'obbligo per le parti di individuare l'acquirente e concludere un accordo vincolante già durante il procedimento di valutazione. In questo modo la Commissione viene a conoscenza dell'identità dell'acquirente prima di decidere se approvare l'operazione notificata.

Un'altra misura correttiva strutturale consiste nel rescindere i legami tra parti dell'operazione e concorrenti. Questo avviene in genere tramite la cessione di quote di minoranza; tuttavia, in casi eccezionali, la Commissione può accettare anche la rinuncia ai diritti amministrativi derivanti dalla partecipazione di minoranza, quali la partecipazione all'organo di controllo dell'impresa o i diritti di informazione. Questa rinuncia deve essere definitiva e completa; inoltre può essere accettata solo qualora la Commissione valuti che dai meri profitti finanziari derivanti dalla quota di capitale non derivi alcuna riserva sotto il profilo della concorrenza.

Tra gli impegni comportamentali che possono essere assunti dalle parti ci sono le misure correttive relative all'accesso. Queste consistono nel fatto che le parti si impegnano a garantire a terzi l'accesso a fattori di produzione, infrastrutture o tecnologie essenziali per poter competere sul mercato. L'accesso deve essere concesso in modo trasparente e non discriminatorio, ad esempio prevedendo l'obbligo di concedere l'utilizzo di una infrastruttura essenziale a prezzi di mercato anche ai propri concorrenti. In questa maniera si limitano le barriere di accesso al mercato e si impediscono fenomeni di preclusione del mercato o dei fattori produttivi.

L'approvazione di operazioni di concentrazione subordinata all'attuazione di rimedi comportamentali avviene in casi eccezionali. Questo è dovuto al fatto che vengono considerati meno affidabili rispetto alle misure correttive strutturali, in quanto devono essere sottoposti ad un controllo duraturo per verificare la loro effettiva applicazione. Di norma tale sorveglianza viene effettuata dagli stessi operatori di mercato tramite la previsione di rapidi meccanismi di risoluzione delle controversie come i procedimenti arbitrali, oppure tramite il controllo delle autorità nazionali competenti per i mercati interessati. La Commissione approva misure correttive comportamentali qualora ritenga che siano sufficienti ad eliminare efficacemente gli ostacoli alla concorrenza derivanti dall'operazione. Ne è un esempio il caso *INTEL/ McAfee*<sup>253</sup>, dalla cui fusione si riteneva che potessero sorgere effetti anti-concorrenziali di preclusione del mercato per i concorrenti. Si trattava di una concentrazione conglomerale riguardante due mercati complementari nel campo dell'informatica: infatti INTEL produce CPU

---

<sup>253</sup> Caso No COMP/M.5984, *INTEL/ MCAFEE*, Decisione della Commissione del 26/01/2011. Citato in Remedies in Merger Cases, OECD Roundtables, DAF/COMP(2011)13, pagina 237 e seguenti.

ed altri elementi hardware mentre McAfee produce software per la sicurezza di internet. Uno degli ostacoli alla concorrenza che si sarebbero potuti determinare riguardava la facoltà per l'ente risultante dalla concentrazione di impedire l'operatività dei software dei concorrenti di McAfee sui prodotti di INTEL. I rimedi proposti dalle parti prevedevano l'impegno a fornire ai terzi concorrenti tutte le informazioni necessarie a sviluppare software compatibili con i prodotti INTEL, in condizioni di parità con McAfee. La Commissione valutò tali misure correttive idonee ad eliminare gli ostacoli alla concorrenza, senza eliminare le efficienze derivanti da una concentrazione conglomerale. Inoltre la chiarezza delle obbligazioni rendeva più semplice ed affidabile il meccanismo di controllo, che prevedeva la nomina di un fiduciario.

L'approvazione di misure correttive meramente comportamentali rimane però eccezionale. Nel caso *Cisco/Tandberg*<sup>254</sup>, che presentava un simile problema di compatibilità tra prodotti informatici per i servizi di teleconferenza, la Commissione richiese infatti dei rimedi strutturali. Le riserve sotto il profilo della concorrenza consistevano nel fatto che l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe ottenuto una quota di mercato tale da poter imporre i propri modelli tecnologici sul mercato, avendo poi la facoltà di impedire che i prodotti dei concorrenti potessero operare con i propri. Per evitare il rischio di preclusione del mercato, venne previsto un insieme di impegni che prevedevano la cessione del proprio *Telepresence Interoperability Protocol* (TIP) ad un organismo di settore indipendente, garantendo così che i concorrenti attuali o potenziali avrebbero potuto accedere liberamente a tali proprietà intellettuali, in modo da permettere ai loro prodotti di interagire con i prodotti delle parti dell'operazione. La Commissione rifiutò una prima proposta in cui Cisco si impegnava ad affidare la gestione del TIP ad un organo indipendente, preferendo invece la cessione dei diritti di proprietà intellettuale al fine di impedire che l'ente risultante dalla concentrazione potesse in futuro avere un'influenza determinante nello sviluppo del TIP.

Un'altra tipologia di rimedi è costituita dalla modifica di contratti di esclusiva a lungo termine: questi sono utilizzati qualora l'impresa risultante dalla concentrazione abbia la facoltà e gli incentivi per precludere i concorrenti da mercati o fattori di produzione, e prevedono che i concorrenti possano rescindere

---

<sup>254</sup> Caso COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg*, Decisione della Commissione del 29/03/2010. Citato in Remedies in Merger Cases, OECD Roundtables, DAF/COMP(2011)13, pagina 237 e seguenti.

o modificare contratti di esclusiva con le parti dell'operazione già esistenti. Questa misura correttiva raramente può eliminare da sola le riserve sotto il profilo della concorrenza e viene di norma aggiunta ad un pacchetto di impegni assunti dalle parti. Infatti le peculiarità dei casi specifici possono portare all'adozione di una pluralità di rimedi, unendo anche aspetti strutturali ad obblighi comportamentali.

### **2.5 Stato di crisi dell'impresa o Failing Firm Defence**

La teoria della *failing firm* si applica quando una concentrazione, che sarebbe in condizioni normali proibita, viene invece considerata compatibile con il mercato comune se una delle imprese parti dell'operazione versa in stato di crisi.

Questa teoria non è esplicitamente prevista dal Regolamento 139/2004 sul controllo delle concentrazioni ma si fonda sull'art. 2, secondo cui vi deve essere un nesso causale tra l'operazione di concentrazione da proibire e il deterioramento della struttura concorrenziale del mercato che si verificherebbe dopo la sua conclusione.

Perciò, un'operazione di concentrazione a cui segua una diminuzione della concorrenza può essere autorizzata se si prevede che, in assenza della concentrazione, la struttura concorrenziale del mercato si deteriorerebbe almeno della stessa misura.

Infatti, per valutare gli effetti sulla concorrenza di una concentrazione, è necessario comparare le condizioni di concorrenza che si determinerebbero a seguito della concentrazione notificata e quelle che si produrrebbero senza di essa<sup>255</sup>. Qualora la struttura concorrenziale del mercato si deteriorasse anche in assenza della concentrazione, allora non sussisterebbe un rapporto di causalità tra i due eventi e perciò l'operazione non potrebbe essere considerata come un ostacolo alla concorrenza.

Questo si potrebbe verificare nel caso in cui, in assenza della concentrazione, l'impresa oggetto di acquisizione sarebbe destinata a fallire e il suo acquirente otterrebbe comunque una posizione dominante sul mercato, aumentando le proprie quote di mercato.

---

<sup>255</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 9.

L'ammissibilità della *failing firm defence* è prevista dagli Orientamenti sulle Concentrazioni Orizzontali<sup>256</sup> emanati dalla Commissione ed è stata confermata dalla giurisprudenza delle corti europee<sup>257</sup>, sebbene il suo utilizzo risulti eccezionale e raro.

Infatti, al fine di poter applicare questa teoria, è necessario che siano soddisfatti tre criteri cumulativi<sup>258</sup>.

Il primo requisito consiste nel fatto che l'impresa che si presume in fallimento si trovi in difficoltà finanziarie tali da costringerla in breve tempo ad uscire dal mercato, qualora non venga acquisita da un'altra impresa. È necessario provare che l'impresa non sarà verosimilmente in grado di far fronte ai propri obblighi finanziari nel breve termine. Non è necessario che siano state avviate delle formali procedure concorsuali, ma è sufficiente che il ricorso ad esse sia probabile a causa del dissesto finanziario. Questo viene valutato in base alla redditività, liquidità e solvibilità dell'impresa, tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto.

Il secondo requisito prevede che non ci sia un'acquisizione alternativa da cui derivino effetti anticoncorrenziali meno gravi di quelli causati dalla concentrazione notificata. Bisogna perciò considerare se vi siano degli altri acquirenti disposti a rilevare l'impresa in fallimento, se tali acquisizioni possano avere un impatto meno negativo sulla concorrenza e se siano stati compiuti tutti gli sforzi necessari per giungere ad un accordo con essi. A tal proposito, si ritiene sufficiente che l'impresa in stato di crisi abbia dato la possibilità di negoziare l'acquisizione anche alle altre imprese interessate. Per valutare ciò, la Commissione tiene anche conto dei limiti temporali alle trattative dettati dalla serietà della situazione finanziaria dell'impresa. L'acquisizione dell'impresa in fallimento da parte di un concorrente non ancora entrato nel mercato o di piccole dimensioni dovrebbe produrre in genere minori effetti anticoncorrenziali rispetto all'incorporazione nell'impresa leader del mercato. Tuttavia, per un'analisi accurata, bisogna tener conto anche delle efficienze create dalla concentrazione, che potrebbero essere maggiori nel secondo caso.

---

<sup>256</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 89 e seguenti.

<sup>257</sup> Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453, punto 110. Caso COMP/M.2314 BASF/Pantochim/Eurodiol OJ 2002, L 132/45, punto 140 e seguenti.

<sup>258</sup> OECD, Directorate for Financial and enterprise Affairs Competition Committee, 10 agosto 2010, DAF/COMP(2009)38, pagina 183 e seguenti.

Infine, il terzo requisito da soddisfare prevede che, in assenza della concentrazione, i beni produttivi dell'impresa in stato di crisi uscirebbero inevitabilmente dal mercato. Questa condizione prende in considerazione la possibilità che, durante le procedure concorsuali, i concorrenti dell'impresa fallita acquistino i suoi beni produttivi per ri-utilizzarli nello stesso mercato. In questo caso gli effetti sulla concorrenza sarebbero simili (o meno negativi) rispetto all'acquisto dell'intera impresa da parte di un solo acquirente. Laddove, invece, in assenza di una concentrazione l'impresa in stato di crisi fallisse e i suoi asset venissero ri-allocati in altri mercati, allora si potrebbero determinare condizioni concorrenziali peggiori rispetto all'esecuzione dell'operazione: l'acquirente potrebbe raggiungere la medesima posizione dominante subentrando nelle quote di mercato dell'impresa fallita, oppure, laddove la capacità produttiva perduta non potesse essere recuperata nel breve termine, la diminuita produzione potrebbe determinare un innalzamento dei prezzi a discapito dei consumatori.

L'onere di provare i tre requisiti - e cioè che il deterioramento della struttura concorrenziale del mercato non è causato dalla concentrazione - ricade sulle parti. Il primo caso in cui una concentrazione venne approvata applicando la teoria della *failing firm* risale al 1993 ed è il caso *Kali & Salz*<sup>259</sup>. L'operazione prevedeva l'acquisizione di MdK, azienda pubblica posseduta dalla ex Repubblica Democratica Tedesca (DDR), da parte di Kali & Salz. Entrambe le imprese operavano nella produzione di potassio e la concentrazione avrebbe determinato la formazione di un monopolio nel mercato tedesco, dove erano anche presenti significative barriere d'entrata. La Commissione tuttavia autorizzò l'operazione basandosi sulla teoria della *failing firm*. Infatti, in primo luogo, essa osservò che MdK sarebbe comunque uscita dal mercato a causa del dissesto finanziario in cui versava e dell'indisponibilità da parte dell'ente pubblico proprietario di iniettare ulteriori capitali. In secondo luogo, non era stato possibile individuare nessun acquirente alternativo. Infine, era possibile prevedere con un sufficiente grado di sicurezza che Kali & Salz, unico altro produttore tedesco di potassio, avrebbe comunque acquisito le quote di mercato di MdK, qualora fosse uscita dal mercato. Per individuare una seconda concentrazione in cui sono state soddisfatte le condizioni della teoria della *failing firm* bisogna attendere il 2001, con il caso

---

<sup>259</sup> Caso n. IV/M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, Decisione della Commissione, 14 dicembre 1993.

*BASF/Eurodiol/Pantochim*<sup>260</sup>. L'operazione di concentrazione consisteva nell'acquisto da parte di BASF di due società belghe attive nella produzione di alcuni composti chimici. L'operazione avrebbe determinato la creazione di una posizione dominante in diversi mercati riguardanti solventi chimici, con quote di mercato superiori al 40% e alte barriere d'entrata. La Commissione valutò poi se sussistessero le condizioni per applicare la teoria della *failing firm*. In primo luogo risultò evidente che le imprese oggetto di acquisizione si trovavano in difficoltà finanziarie: entrambe erano soggette a procedure concorsuali in base alla legge belga e non era stato possibile elaborare nessun piano di ristrutturazione a causa dell'ammontare dei debiti e della mancanza di liquidità. In secondo luogo, non fu possibile individuare degli acquirenti alternativi disposti a rilevare le imprese in stato di crisi. Le ricerche vennero effettuate sia dal tribunale fallimentare belga che dalla stessa Commissione, in entrambi i casi con esiti negativi. Infine la Commissione introdusse il terzo criterio, secondo cui i beni produttivi dell'impresa in stato di crisi devono uscire dal mercato in assenza di concentrazione<sup>261</sup>. Nel caso *Kali & Salz*, questo terzo requisito non si era reso necessario in quanto erano presenti sul mercato solo due imprese, quella acquirente e quella in stato di crisi; era perciò risultato chiaro che l'acquirente avrebbe assorbito tutte le quote di mercato anche in assenza di una concentrazione. Invece, nel caso *BASF/Eurodiol/Pantochim* erano presenti più di due concorrenti nei mercati rilevanti e perciò era possibile che, in fase di liquidazione, gli asset delle imprese fallite venissero spartiti tra i concorrenti, venendo poi ri-utilizzati nello stesso mercato. Questo avrebbe determinato una spartizione delle quote di mercato dell'impresa fallita e dunque un deterioramento della struttura concorrenziale del mercato minore rispetto all'ipotesi di concentrazione. La Commissione esaminò le condizioni economiche particolari dei mercati interessati e giunse alla conclusione che i beni produttivi delle imprese in stato di crisi sarebbero usciti definitivamente dal mercato in assenza di concentrazione. Si valutò infatti che difficilmente le attività delle due imprese avrebbero potuto essere acquistate da un terzo in seguito al fallimento, per gli

---

<sup>260</sup> Caso COMP/M.2314, *BASF/Pantochim/Eurodiol*, Decisione della Commissione, 11 luglio 2001, OJ 2002, L 132/45. Citato in Prosperetti – Merini, *Appunti e casi di economia antitrust – seconda bozza*, capitolo 2 pagina 12; [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 46; OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 10 agosto 2010, DAF/COMP(2009)38, pagina 185.

<sup>261</sup> Caso COMP/M.2314, *BASF/Pantochim/Eurodiol*, Decisione della Commissione, 11 luglio 2001, OJ 2002, L 132/45 punto 140, 141 e seguenti.

elevati costi di esercizio degli impianti e per i rischi ambientali dei processi produttivi coinvolti. Inoltre la legge fallimentare belga prevedeva che qualora si acquisti l'impresa entro 6 mesi dalla dichiarazione di fallimento si ha l'obbligo giuridico di rilevare anche l'intero organico. Infine la vendita di singoli beni produttivi era ostacolata dall'alto grado di integrazione del processo di produzione, che risulta economicamente autosufficiente solo se si utilizzano tutti gli impianti nel loro complesso.

La Commissione valutò che, in assenza di concentrazione, l'uscita dal mercato delle attività delle imprese in stato di crisi avrebbe determinato una diminuzione della capacità di produzione nel medio termine che non sarebbe stata compensata dagli altri operatori rimasti sul mercato a causa dei lunghi tempi necessari a costruire nuovi impianti. La riduzione di capacità produttiva, unita ad una domanda anelastica, avrebbe determinato un massiccio e generalizzato aumento dei prezzi.

Al contrario, in caso di concentrazione, da una parte non si sarebbe determinata una riduzione della capacità produttiva e dall'altra BASF avrebbe potuto utilizzare i propri impianti a piena capacità, sfruttando le efficienze create per aumentare la propria redditività. La Commissione concluse perciò che i consumatori si sarebbero potuti aspettare prezzi inferiori rispetto al caso di fallimento e che perciò le restrizioni della concorrenza derivanti dalla concentrazione sarebbero state inferiori che in mancanza di essa.

In alcuni casi quali *Bertelmann/Kirch/Premiere*<sup>262</sup>, *Rewe/Meinl*<sup>263</sup>, e *NewsCorp/Telepiu*<sup>264</sup> la Commissione ha valutato la possibilità di applicare la teoria della *failing firm* anche a concentrazioni in cui l'oggetto di acquisizione non è un'intera impresa in fallimento ma solo un ramo d'azienda (in crisi) di un'impresa che nelle sue altre parti è invece sana. L'onere di provare l'assenza del nesso di causalità tra il deterioramento delle condizioni di concorrenza e la concentrazione è particolarmente intenso; infatti deve essere stabilito che l'imminente uscita dal mercato del ramo d'azienda è dovuta ad un reale fallimento di mercato e non ad una decisione degli amministratori celata da artifici contabili nei bilanci. La Commissione, sebbene non abbia mai escluso la possibilità di una "*failing division defence*", non ha finora mai approvato l'applicazione di tale

---

<sup>262</sup> Caso IV/M.993, *Bertelmann/Kirch/Premiere*, Decisione della Commissione, 27 maggio 1998.

<sup>263</sup> Caso IV/M.1221 *Rewe/Meinl*, Decisione della Commissione, 3 febbraio 1999.

<sup>264</sup> Caso COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiu*, Decisione della Commissione, 2 aprile 2003.

teoria a casi concreti.

La crisi economica che ha colpito l'economia negli ultimi anni ha aperto un dibattito riguardo all'opportunità di rendere meno stringenti i requisiti della *failing firm defence*, al fine di permettere una maggiore razionalizzazione del sistema economico in seguito alla diminuzione della domanda dovuta alle circostanze economiche avverse. La Commissione ha respinto tali ipotesi, sostenendo che i criteri utilizzati sono stati appositamente elaborati per individuare gli specifici casi in cui l'uscita dal mercato di alcuni fattori produttivi può essere impedita solo attraverso la concentrazione proposta. Quindi, come in caso di crescita economica non si ritiene opportuno rendere tali criteri più rigorosi, così in periodo di crisi economica non risulta necessario modificarli in senso meno rigido. Tuttavia si è chiarito come durante l'analisi effettuata dalla Commissione si terrà conto delle particolari circostanze dovute alla crisi economica. Ad esempio, la generale difficoltà di reperire finanziamenti sul mercato renderà più semplice provare che non ci sono altri acquirenti disposti a compiere l'acquisto. Perciò un'eventuale maggiore incidenza di casi in cui si fa ricorso alla *failing firm defence* non deve essere imputata ad una politica di minore rigore nell'applicazione di tale teoria, ma ad un uso flessibile di essa in base ai fatti del caso concreto: le peggiori condizioni economiche rendono più semplice provare i requisiti richiesti<sup>265</sup>.

## 2.6 Controllo giudiziario

Il controllo giudiziario è affidato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), che ha sede a Lussemburgo e si compone di tre distinte corti: la Corte Europea di Giustizia, il Tribunale (in precedenza denominato Corte di Prima Istanza) e il Tribunale per la Funzione Pubblica. Il controllo di legittimità delle decisioni della Commissione in materia di concentrazioni è affidato in primo grado al Tribunale dell'Unione europea, che è competente a conoscere i ricorsi su tutti gli atti della Commissione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, tra cui rientrano anche le decisioni ai sensi del Regolamento sul controllo delle concentrazioni 139/2004<sup>266</sup>. Può ricorrere al Tribunale chiunque sia direttamente e individualmente riguardato dall'atto impugnato, perciò sono

---

<sup>265</sup> OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 10 agosto 2010, DAF/COMP(2009)38, pagina 187 e seguenti.

<sup>266</sup> Art. 256 e 263 del TFUE.

legittimati ad agire sia le parti dell'operazione che eventuali terzi possessori di un interesse legittimo, come ad esempio i concorrenti o i consumatori.

Le decisioni del Tribunale possono essere impugnate presso la Corte di Giustizia, ma solo per questioni di diritto quali mancanza di competenza del Tribunale, violazioni procedurali che hanno recato danno al ricorrente o violazioni del diritto dell'Unione europea<sup>267</sup>. Nonostante questi limiti formali, i precedenti giurisprudenziali dimostrano come il controllo giudiziale esercitato dalla Corte di Giustizia sul Tribunale sia particolarmente accurato. Nel caso *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*<sup>268</sup> la Corte ha riconosciuto di non essere competente “*ad accertare i fatti né, in linea di principio, ad esaminare le prove sulle quali il Tribunale ha basato il proprio accertamento dei fatti*” ma di doversi limitare “*ad effettuare il controllo sulla qualificazione giuridica di tali fatti e sulle conseguenze di diritto che il Tribunale ne ha tratto*”. Se dunque il valore dato dal Tribunale alle prove regolarmente acquisite non è considerato una questione di diritto, la Corte ha in seguito specificato come possa invece essere oggetto di appello la questione relativa alla “*correttezza, o meno, della norma giuridica applicata dal Tribunale nell'esaminare elementi probatori*”. Tuttavia, la distinzione tra errori di fatto (di esclusiva competenza del Tribunale) ed errori di diritto (su cui la Corte può esercitare il proprio sindacato) può risultare meno netta quando applicata ai casi concreti. Ad esempio, se il Tribunale, invece di limitarsi a verificare la valutazione dei fatti compiuta dalla Commissione, la sostituisce con una propria analisi, allora la questione di fatto si tramuta in una questione di diritto in cui la Corte dovrà valutare se il Tribunale ha ecceduto la propria giurisdizione. Il controllo di eventuali errori di fatto compiuti dal Tribunale risulta così tanto necessario quanto quello effettuato sugli errori della Commissione<sup>269</sup>. Dunque, indipendentemente da quanto sia formalmente limitato l'ambito di controllo della Corte di giustizia, le sue decisioni hanno esercitato una profonda

---

<sup>267</sup> Art. 256(1) del TFUE: “Le decisioni emesse dal Tribunale ai sensi del presente paragrafo possono essere oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia per i soli motivi di diritto e alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo statuto”.

<sup>268</sup> Caso C-413/03 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* [2008] ECR I-4951, punto 29 e 117. Citato in Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 279.

<sup>269</sup> Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 265. Quest'ultimo cita T. Reeves e N. Dodoo, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal Volume 29, Issue 5 2005 Article 5, pagina 1059 e 1060.

influenza sulla valutazione delle concentrazioni, chiarendo questioni controverse e indicando criteri per analizzare le operazioni<sup>270</sup>.

L'esperimento di un ricorso presso il Tribunale non determina l'automatica sospensione della decisione impugnata; tuttavia i ricorrenti possono richiedere alla corte di stabilire delle misure cautelari, tra cui anche la sospensione dell'atto impugnato<sup>271</sup>.

In passato le decisioni della Commissione venivano impuginate solo raramente, mentre si assiste negli ultimi anni ad un crescente coinvolgimento delle Corti, dovuto sia al maggior numero di proibizioni deciso dalla Commissione sia alla facoltà per le parti impugnanti di ricorrere alla procedura accelerata prevista dall'art. 76a del Regolamento di procedura del Tribunale<sup>272</sup>. Infatti in precedenza le parti delle operazioni non autorizzate erano disincentivate ad impugnare la decisione in quanto, anche se il loro ricorso fosse stato accolto in sede giudiziaria, a causa dei lunghi tempi procedurali sarebbero nel frattempo venute meno le condizioni per portare a termine la concentrazione<sup>273</sup>.

Le corti europee effettuano un controllo di legittimità che accerta la legalità delle decisioni della Commissione in materia di concentrazioni<sup>274</sup>. Due elementi che influenzano tale funzione sono i requisiti di prova richiesti alla Commissione e lo standard di revisione a cui si devono conformare le corti.

I requisiti di prova consistono nel criterio in base al quale un giudice determina se un fatto o un'allegazione è stato sufficientemente corroborato affinché la corte possa considerarlo come formalmente dimostrato. In pratica individua quando le prove sono sufficienti a convalidare la tesi presentata<sup>275</sup>. La giurisprudenza europea ha stabilito che la Commissione, nello stabilire se autorizzare o proibire

---

<sup>270</sup> Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 287.

<sup>271</sup> Slaughter e May, *The EU Merger Regulation An overview of the European merger control rules*, giugno 2016, pagina 24. Si veda anche [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/it/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/it/).

<sup>272</sup> Article 76a Consolidated Version of the Rules of Procedure of the General Court, OJ 2010, C 177/37.

<sup>273</sup> [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 23. In esso si citano anche alcuni esempi di casi decisi in tempi sensibilmente più brevi rispetto agli usuali 20 mesi. Nel caso T-310/01 *Schneider Electric SA v. Commission* [2002] ECR II-4071 la corte è giunta a decisione in 10 mesi; mentre ne ha impiegati 7 nel caso T-5/02 *Tetra Laval BV v. Commission* [2002] ECR II-4381.

<sup>274</sup> Art. 256 e 263 del TFUE, in particolare art. 263: “la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere”.

<sup>275</sup> C.-D. Ehlermann e M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, pubblicato da Hart Publishing nel 2011, introduction pagina XXIII.

una concentrazione, deve eseguire una valutazione di probabilità. Nel caso *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*<sup>276</sup> si chiarisce che “la Commissione è obbligata, in linea di principio, a esprimersi nel senso di autorizzare l’operazione di concentrazione sulla quale è chiamata a pronunciarsi o di vietarla, in base alla sua valutazione delle conseguenze economiche attribuibili all’operazione di cui trattasi che appaiano maggiormente probabili”. La Corte ha condiviso il parere espresso nel medesimo caso dall’Avvocato Generale Kokott<sup>277</sup>, secondo cui nello stabilire i requisiti di prova bisogna tener conto delle caratteristiche proprie della disciplina sul controllo delle concentrazioni. La Commissione infatti deve compiere una prognosi delle conseguenze economiche derivanti dall’operazione di concentrazione, individuando un plausibile sviluppo del mercato. Questa analisi risulta perciò più complessa in quanto non si può basare né su eventi del passato, su cui spesso si dispone di elementi che ne indicano le cause, né su eventi presenti, ma si devono prevedere quelli che si verificheranno in futuro, con maggiore o minore probabilità<sup>278</sup>. La valutazione deve inoltre essere portata a termine entro ben definiti limiti temporali, che bilanciano da una parte l’esigenza della Commissione di compiere un’analisi approfondita per evitare l’insorgere di effetti anti-concorrenziali e dall’altra la necessità per le imprese parti di concludere l’operazione prima che mutino le condizioni del mercato. Un ulteriore elemento da considerare è la natura della decisione della Commissione, che in materia di concentrazioni non impone sanzioni né limita la libertà personale di una persona fisica, ma concede un’autorizzazione di natura amministrativa ad un’attività economica proposta dalle parti. L’Avvocato Generale Kokott ritiene perciò che

---

<sup>276</sup> Caso T-79/12 *Cisco Systems Inc and Messagenet SpA v. Commission*, sentenza del 11 dicembre 2013, punto 47. In questo passaggio si cita il caso C-413/03 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* [2008] ECR I-4951, punto 47 e da 50 a 53: “(47) Thus, as the Court has, in substance, already held, the prospective analysis called for in relation to the control of concentrations, which consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give rise to a significant impediment to effective competition, makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them is the most likely (see, to that effect, Case C-12/03 P *Commission v Tetra Laval* [2005] ECR I-987, paragraph 43) ... (52) It follows that, where it has been notified of a proposed concentration pursuant to the Regulation, the Commission is, in principle, required to adopt a position, either in the sense of approving or of prohibiting the concentration, in accordance with its assessment of the economic outcome attributable to the concentration which is most likely to ensue”.

<sup>277</sup> Caso C-413/03 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* [2008] ECR I-4951, Opinione dell’Avvocato Generale Kokott, punti 205-210. Citato in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 24.

<sup>278</sup> Caso C-12/03 P *Commission v Tetra Laval* [2005] ECR I-987, punto 42. Citato in C-413/03 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* [2008] ECR I-4951, punto 47.

sarebbe inopportuno elevare i requisiti di prova, richiedendo alla Commissione di basare le sue decisioni solo su analisi prospettiche degli sviluppi del mercato “molto probabili”. Tale criterio infatti limiterebbe eccessivamente il margine di discrezionalità accordato alla Commissione nella valutazione di situazioni economiche complesse e diminuirebbe la sua capacità di intervento quale autorità pubblica a tutela della concorrenza. Questo indirizzo giurisprudenziale è stato confermato anche nel caso *Cisco Systems Inc and Messagenet SpA v. Commission*<sup>279</sup>, in cui la corte ha sostenuto che la Commissione deve eseguire una valutazione di probabilità e non è gravata dall’obbligo di “*dimostrare senza ragionevoli dubbi che una concentrazione non solleva dubbi per la concorrenza*”. Infatti il Regolamento 139/2004 non si fonda su una presunzione di incompatibilità delle concentrazioni con il mercato interno e dunque la Commissione deve attenersi agli stessi requisiti di prova tanto in caso di autorizzazione che di proibizione di una concentrazione<sup>280</sup>. Nel medesimo caso si è inoltre stabilito che la Commissione debba utilizzare gli stessi requisiti di prova qualora assuma una decisione sia in base all’art. 6 che in base all’art. 8 del Regolamento 139/2004. Infatti le parti ricorrenti avevano sostenuto che, siccome l’art. 8 prevede come criterio che la concentrazione “non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune” mentre nell’art. 6 la Commissione deve valutare se l’operazione suscita “seri dubbi sulla compatibilità con il mercato comune”, allora in questo secondo caso sarebbe necessaria una prova più onerosa, che superi ogni ragionevole dubbio. La corte ha invece ribadito che la decisione della Commissione si basa sempre sullo stesso criterio, individuato dall’art. 2 del Regolamento, tanto nella prima fase del procedimento quanto nella seconda. La differenza perciò non risiede nello standard di prova richiesto quanto invece nella disponibilità delle prove nel tempo.

Lo standard di revisione consiste nell’intensità con cui le corti esaminano le decisioni della Commissione per stabilire se sono stati soddisfatti i requisiti di prova richiesti<sup>281</sup>; esso prende in considerazione sia il controllo giudiziale

---

<sup>279</sup> Caso T-79/12 *Cisco Systems Inc and Messagenet SpA v. Commission*, sentenza del 11 dicembre 2013, punto 47 e 48.

<sup>280</sup> C.-D. Ehlermann e M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, pubblicato da Hart Publishing nel 2011, introduction pagina XLII.

<sup>281</sup> T. Reeves e N. Dodoo, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal Volume 29, Issue 5 2005 Article 5, pagina 1037 e 1055

effettuato dal Tribunale sulle decisioni della Commissione che la successiva revisione a cui la Corte di Giustizia sottopone le sentenze del Tribunale<sup>282</sup>.

L'ambito del controllo giudiziale di competenza delle corti europee è determinato dall'art. 263 del TFUE, secondo cui si ha facoltà di ricorrere per "*incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere*". In casi riguardanti il diritto della concorrenza, la giurisprudenza europea ha nel tempo circoscritto i motivi di ricorso, a causa della necessità di compiere complesse valutazioni economiche, e li ha suddivisi in tre categorie: gli errori di diritto, che consistono nel valutare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, gli errori di fatto, se cioè i fatti sono stati presentati con precisione, e gli errori di valutazione, che derivano dal trarre erronee conclusioni dall'interpretazione dei fatti<sup>283</sup>.

Gli errori di diritto sono soggetti ad un pieno controllo giurisdizionale da parte delle corti. In questi casi viene applicato il più alto standard di revisione in quanto l'interpretazione della legge è di esclusiva competenza delle corti. Ne è un esempio il caso *Airtours*<sup>284</sup>, dove la Corte ha stabilito che per valutare l'esistenza di una posizione dominante collettiva è necessario aggiungere ai requisiti legali già previsti anche l'analisi di alcuni elementi economici. La prova della tacita collusione infatti deve essere supportata anche da elementi quali la mancanza di un'effettiva concorrenza tra gli operatori membri dell'asserito oligopolio o la debolezza della pressione concorrenziale esercitata dai concorrenti. Questo caso dimostra che l'intensità della revisione giudiziale sull'interpretazione della legge è tale che la corte può anche stabilire nuovi principi legali e valutare in base ad essi la decisione della Commissione.

Per quanto riguarda gli errori di fatto, le corti controllano l'accuratezza e correttezza dell'accertamento dei fatti compiuto dalla Commissione. Questo

---

<sup>282</sup> Jan Szcudowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 265.

<sup>283</sup> Casi C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P *Aalborg Portland and Others v Commission*, ECR [2004] I-123, punto 279: "*il controllo che i giudici comunitari esercitano sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione si limita necessariamente alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, nonché dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere*".

<sup>284</sup> Caso T-342/99, *Airtours v Commission*, 6 giugno 2002 II-02585, punti 56 e seguenti, in particolare punto 62. Citato da Jan Szcudowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 266.

consiste nell'assicurarsi che gli elementi di prova adottati siano esatti, attendibili e coerenti. Se la Commissione ha basato la sua decisione su fatti erronei e ciò ha portato a conclusioni scorrette per quanto riguarda gli effetti economici della concentrazione, allora la decisione può essere annullata<sup>285</sup>.

Gli errori di valutazione sono sottoposti ad uno standard di revisione meno intenso: infatti le corti si limitano a controllare che la Commissione non compia manifesti errori di valutazione nell'interpretare i fatti<sup>286</sup>. La ragione di questa maggiore cautela è dovuta al principio di separazione dei poteri, secondo cui spetta all'autorità amministrativa prendere le decisioni, mentre è compito dell'autorità giudiziaria controllare che esse siano conformi ai limiti stabiliti dalla legge. La giurisprudenza europea ha più volte ribadito che nelle valutazioni di natura economica, inerenti l'analisi di operazioni di concentrazione, la Commissione gode di un certo margine di discrezionalità. Questo principio è stato per la prima volta stabilito nel caso *Kali & Salz*, in cui si spiega che *“le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico. Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni”*<sup>287</sup>. Tuttavia non è semplice stabilire l'ampiezza del margine di discrezionalità concretamente concesso alla Commissione, in quanto le corti hanno comunque mantenuto un rigoroso standard di revisione nel valutare l'attendibilità e correttezza delle analisi economiche della Commissione. Nel caso *Tetra Laval* si affronta tale questione, spiegando l'estensione del controllo che deve essere effettuato dalle corti nel caso degli errori di valutazione: *“Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di*

---

<sup>285</sup> T. Reeves e N. Dodoo, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal Volume 29, Issue 5 2005 Article 5, pagina 1059.

<sup>286</sup> Casi C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P *Aalborg Portland and Others v Commission*, ECR [2004] I-123, punto 279. Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 266.

<sup>287</sup> Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453, punti 223 e 224.

*dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*<sup>288</sup>. Infatti, nello stesso caso *Kali & Salz*, la Corte, se da una parte riconosce alla Commissione un certo margine di discrezionalità nella valutazione economica di una concentrazione, dall'altra parte non si astiene dal condurre una revisione degli elementi che hanno determinato tale decisione. Ad esempio, determina che le quote di mercato combinate delle imprese parti della concentrazione (37% e 23%) non costituiscono in sé un indizio decisivo dell'esistenza di una posizione dominante collettiva di tali imprese<sup>289</sup>. La Corte inoltre riduce l'importanza dei vincoli strutturali tra le imprese parti dell'operazione, che costituivano invece un elemento essenziale della valutazione della Commissione<sup>290</sup>. Infine si afferma che la Commissione non è riuscita a dimostrare che i concorrenti sarebbero incapaci di esercitare una sufficiente pressione concorrenziale nei confronti dell'ente risultante dalla concentrazione. Infatti la Commissione ha basato il suo ragionamento sul fatto che un concorrente spagnolo, in seguito alla chiusura di una miniera, avrebbe ridotto la propria capacità produttiva e dunque non sarebbe stato in grado di mantenere la propria quota di mercato, neppure in caso di aumento di prezzi. Tuttavia non si è tenuto conto delle osservazioni del governo francese secondo cui lo stesso concorrente avrebbe una sovraccapacità produttiva del 70%. Perciò le conclusioni della Commissione non sarebbero sufficientemente comprovate dagli elementi di fatto<sup>291</sup>.

Le corti europee perciò non si limitano solo a valutare scrupolosamente gli elementi di prova ma qualora rilevino che le conclusioni raggiunte non sono ragionevolmente sostenute dalle prove addotte, allora devono stabilire che la Commissione è incorsa in un manifesto errore di valutazione<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> C-12/03 P *Commission v Tetra Laval BV*, ECR [2005] I-987, punto 39. Citato in Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 267.

<sup>289</sup> Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453, punto 226.

<sup>290</sup> Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453, punto 227 e seguenti.

<sup>291</sup> Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453, punto 247 e 248.

<sup>292</sup> Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 271.

Sebbene i requisiti di prova siano teoricamente distinti dagli standard di revisione, in quanto i primi riguardano la quantità e qualità delle prove adottate dalla Commissione mentre i secondi concernono l'intensità del controllo giudiziale delle corti, essi risultano in concreto strettamente interconnessi. Infatti se le corti applicano un intenso standard di revisione, allora la Commissione dovrà essere ancora più rigorosa tanto nella raccolta di elementi di fatto quanto nell'elaborazione di analisi economiche, affinché le sue decisioni non vengano annullate in sede giudiziale<sup>293</sup>. In seguito all'innalzamento del controllo delle corti, manifestatosi con i casi *Airtours* e *Tetra Laval*, la Commissione ha adottato alcune misure per rendere più rigorosa la valutazione delle operazioni di concentrazione. Ad esempio ha nominato un Capo Economista, al fine di rendere più accurata e coerente l'analisi economica, che risulta essere oggetto di sempre più intenso scrutinio da parte delle corti. Inoltre è stato creato un sistema di controlli interni, in modo tale che, prima di raggiungere una decisione definitiva, il caso venga analizzato anche da funzionari che non se n'erano occupati precedentemente, per testarne la solidità. Infine le scadenze temporali della prima e seconda fase sono state rese più flessibili, al fine di permettere alle parti di analizzare meglio i dati e le prove raccolte o di presentare misure correttive. Qualora l'intensità del controllo giudiziario inducesse la Commissione ad essere eccessivamente cauta nell'opporsi a concentrazioni che possono ridurre la concorrenza nel mercato comune, alcuni studiosi osservano come la soluzione potrebbe essere individuata adottando un sistema di controllo giudiziale simile a quello degli Stati Uniti, dove è previsto che solo una corte possa proibire un'operazione di concentrazione e che quindi l'Autorità antitrust debba necessariamente presentare la causa di fronte a un tribunale<sup>294</sup>. Tuttavia il sistema di controllo giudiziale previsto dagli attuali trattati sembra riuscire a garantire un'efficace verifica delle decisioni della Commissione, senza però paralizzarne l'attività.

---

<sup>293</sup> T. Reeves e N. Dodoo, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal Volume 29, Issue 5 2005 Article 5, pagine 1037 e 1038. Jan Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6), pagina 268.

<sup>294</sup> [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/), pagina 26.

## Capitolo III

*1. Introduzione 2. Casi nel settore delle telecomunicazioni mobili 2.1 Caso No M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA 2.2 Caso No COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND 2.3 Caso M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND / E-PLUS 2.4 Caso M.7419 – TELIASONERA AB / TELENOR ASA 2. 5 Caso M.7612 - HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK 2.6 Caso M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV 3. Conclusioni*

### **1. Introduzione**

L'analisi di una serie di recenti casi riguardanti operazioni di concentrazione può essere utile per osservare le modalità con cui la Commissione valuta concretamente se un'operazione sia compatibile o meno col mercato comune.

Verranno presentati complessivamente sei casi in cui la Commissione ha analizzato delle concentrazioni riguardanti il mercato delle telecomunicazioni mobili. Questo settore è caratterizzato da mercati di dimensione nazionale<sup>295</sup> in quanto la rispettiva regolamentazione è affidata alle Autorità competenti di ogni Stato membro e le licenze per l'utilizzo dello spettro di frequenze vengono concesse su base nazionale. Infatti, dal punto di vista del consumatore finale, è necessario cambiare operatore di rete quando si varca il confine del proprio Paese e le comunicazioni transfrontaliere sono soggette a tariffe di roaming (fino al 1 luglio 2017). Per queste ragioni le imprese attive in questo settore competono su mercati di dimensione nazionale, anche se sono spesso controllate da gruppi multinazionali di telecomunicazioni attivi in diversi Stati membri. Proprio per via di questa peculiare conformazione del settore della telefonia, le concentrazioni che lo riguardano raggiungono quasi sempre le soglie di dimensione comunitaria e dunque la Commissione risulta competente a valutare operazioni che non influiscono tanto sul commercio tra gli Stati membri quanto invece riguardano mercati di dimensione nazionale. La Commissione è attualmente impegnata nell'attuazione di un'ambiziosa Agenda Digitale Europea<sup>296</sup> che si propone di creare un mercato digitale unico, in funzione del quale è stata prevista l'abolizione delle tariffe di roaming entro il 1 luglio 2017. Qualora in futuro si giunga alla

---

<sup>295</sup> Discorso del vicepresidente della Commissione responsabile per le politiche sulla concorrenza Joaquín Almunia, 12/12/2012, SPEECH/12/946. Comunicato stampa della Commissione IP/14/607. Memo della Commissione MEMO/14/387 e MEMO/14/460.

<sup>296</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Un'agenda digitale europea /\* COM/2010/0245 def.

creazione di un mercato unico europeo delle telecomunicazioni (con eliminazione delle barriere nazionali ed allocazione dello spettro di frequenza a livello europeo), allora la Commissione potrà valutare gli effetti concorrenziali delle concentrazioni sull'intera Unione. I casi di cui invece si occupa al momento la Commissione e che verranno in seguito presi in considerazione non concernono consolidamenti transnazionali ma operazioni tra imprese attive nello stesso Paese. Si distingue soltanto il caso Italiano, in cui però la cessione di asset ad un operatore francese è funzionale a consentirgli l'ingresso nello stesso mercato italiano.

## **2. Casi nel settore delle telecomunicazioni mobili**

### **2.1 Caso No M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA<sup>297</sup>**

Il 12 dicembre 2012 la Commissione ha approvato l'operazione di concentrazione tra Hutchison 3G (H3G) Austria e Orange Austria. L'autorizzazione è stata tuttavia subordinata all'adozione di alcune misure correttive per agevolare l'entrata di nuovi operatori nel mercato austriaco delle telecomunicazioni mobili.

L'operazione consisteva nell'acquisizione di Orange da parte di H3G Austria, che è un operatore di rete mobile (MNO<sup>298</sup>) attivo in Austria e interamente controllato da HWL, gruppo multinazionale con sede ad Hong Kong e con attività in diversi settori, tra cui quello delle comunicazioni, dove opera in più Paesi europei tramite distinte società controllate. A questa operazione di concentrazione di dimensione europea erano collegate due ulteriori transazioni. La prima consisteva in una distinta e subordinata operazione di concentrazione in cui H3G si impegnava a cedere Yesss!, società controllata da Orange, a Telekom Austria, *incumbent* del mercato delle comunicazioni proprietario dell'impresa leader A1. Yesss! è un operatore mobile virtuale (MVNO) dipendente dalla rete di Orange, che lo

---

<sup>297</sup> Caso No M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA, Decisione della Commissione, 12/12/2012. Comunicato stampa della Commissione IP/12/1361. Discorso del vicepresidente della Commissione responsabile per le politiche sulla concorrenza Joaquín Almunia, 12/12/2012, SPEECH/12/946.

<sup>298</sup> Nei servizi di telefonia gli operatori si distinguono in due principali categorie: gli operatori di rete mobile (MNO) e gli operatori virtuali di rete mobile (MVNO). Un MNO (sigla ricavata dall'inglese Mobile Network Operator) è un operatore che possiede una propria infrastruttura di rete ed ha acquisito una licenza per lo spettro radio dall'ente pubblico regolatore. Un MVNO (Mobile Virtual Network Operator) è un operatore che fornisce servizi di telefonia mobile senza possedere né una propria infrastruttura né le licenze per lo spettro radio necessarie, ma utilizzando le risorse di un MNO, che ricava profitti dalla cessione a terzi delle proprie capacità inutilizzate.

utilizzava come marchio più economico. Questa cessione doveva avvenire subito dopo la conclusione dell'acquisto di Orange da parte di H3G, che ne costituiva la condizione preliminare. Entrambe le operazioni determinavano una modifica duratura del controllo ed erano perciò concentrazioni soggette ad obbligo di notifica: la prima alla Commissione e la seconda all'Autorità antitrust austriaca. Nel valutare gli effetti sulla concorrenza derivanti dall'acquisto di Orange da parte di H3G la Commissione ha escluso Yesss!, il cui controllo sarebbe stato immediatamente trasferito a Telekom Austria. La seconda transazione collegata consisteva nel fatto che H3G avrebbe ceduto a Telekom Austria alcuni *asset* di Orange, tra cui alcuni siti (torri con antenne e sistemi di radiofrequenza), frequenze dello spettro radio e diritti di proprietà intellettuale. Il trasferimento di frequenze avrebbe dovuto essere approvato dalle Autorità pubbliche austriache competenti.

La notifica dell'acquisto di Orange da parte di H3G è avvenuta il 7 maggio 2012. In seguito alle criticità evidenziate da una iniziale analisi del mercato, la Commissione ha deciso di compiere una verifica più approfondita, aprendo la Fase 2 del procedimento il 29 giugno 2012. Non essendo soddisfatta dei rimedi inizialmente proposti da H3G, la Commissione ha adottato uno *Statement of Objections*, il 20 settembre 2012.

I dubbi sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune erano sorti in quanto si riteneva che l'eliminazione di uno dei quattro operatori attivi sul mercato austriaco delle telecomunicazioni mobili, pur non creando una singola posizione dominante, avrebbe determinato una significativa riduzione della concorrenza e un aumento dei prezzi a sfavore dei consumatori finali.

Il mercato del prodotto rilevante individuato dalla Commissione comprende un insieme di attività rientranti nei servizi di telecomunicazioni mobili: la vendita al dettaglio dei servizi di telefonia ai consumatori finali, l'accesso all'ingrosso e la raccolta delle chiamate sulle reti telefoniche e il mercato all'ingrosso del roaming internazionale e della terminazione delle chiamate.

Concentrandosi sul mercato per i servizi ai consumatori finali, la Commissione ha espresso preoccupazione per gli effetti anticoncorrenziali derivanti da una riduzione del numero di concorrenti da quattro a tre, in un mercato già altamente concentrato. H3G e Orange infatti erano rispettivamente il quarto e terzo MNO attivo sul mercato e la Commissione riteneva che tale concentrazione avrebbe

ridotto la concorrenza in modo significativo, anche se le loro quote di mercato erano inferiori rispetto a quelle dei due altri concorrenti (Telekom Austria e T-Mobile). Infatti le parti dell'operazione erano particolarmente forti nei segmenti di mercato dei clienti privati e dei dati, che erano in crescita costante, così che il loro reale potere di mercato sarebbe stato maggiore di quanto si sarebbe potuto desumere dalla loro quota di mercato combinata.

Inoltre, l'aumento della base di clienti derivante dall'unione con Orange avrebbe incentivato H3G ad abbandonare la propria politica aggressiva sui prezzi. Questa, infatti, risulta efficace solo quando si ha un numero di clienti relativamente piccolo, così che le entrate derivanti dall'aumento degli utenti superano le perdite dovute alla diminuzione delle tariffe, che devono essere applicate anche ai clienti già esistenti. Con l'aumentare della base di clienti risulta sempre meno conveniente attuare una riduzione dei prezzi, al fine di mantenere i margini di profitto su ogni cliente i più alti possibile. Perciò, una riduzione della pressione competitiva potrebbe determinare degli effetti non coordinati, in quanto i concorrenti sarebbero incentivati a seguire l'aumento dei prezzi da parte dell'ente risultante dall'operazione.

Altri elementi che indicavano una possibile riduzione della concorrenza consistevano nel fatto che il mercato dei servizi di comunicazione mobile è caratterizzato da alte barriere d'entrata e dall'assenza di un effettivo potere d'acquisto dei consumatori finali.

Le parti dell'operazione hanno perciò proposto un insieme di misure correttive per superare i dubbi espressi dalla Commissione.

In primo luogo H3G si impegnava a cedere alcune frequenze dello spettro radio con le relative licenze ad un eventuale nuovo entrante nel mercato austriaco delle telecomunicazioni mobili. Questo MNO potenziale avrebbe avuto inoltre il diritto di acquistare frequenze non solo da H3G ma anche alla successiva asta indetta dall'Autorità regolatrice austriaca. Al fine di permettergli di costruire una propria infrastruttura, gli sarebbero state garantite anche delle condizioni privilegiate nell'acquisto dei siti necessari.

Tuttavia, qualora non si fosse presentato alcun nuovo entrante, H3G non avrebbe avuto alcun obbligo di dismissione delle proprie frequenze.

In secondo luogo, H3G si impegnava a garantire l'accesso all'ingrosso alla propria rete, fino al 30% della sua capacità e ad un numero di MVNO non

superiore a 16, per i seguenti 10 anni. Questa misura correttiva avrebbe abbassato le barriere d'entrata del mercato, permettendo agli MVNO di offrire dei servizi a prezzi competitivi.

In terzo luogo, H3G si impegnava a non completare l'acquisizione di Orange prima di aver concluso l'accordo che garantisse l'accesso alla rete da parte degli MVNO. Tale accordo avrebbe dovuto conseguire l'approvazione da parte della Commissione, al fine di assicurarsi che fossero stipulate delle condizioni d'accesso che permettessero poi agli MVNO di essere competitivi.

Queste misure correttive erano volte a permettere l'ingresso nel mercato a due gruppi di potenziali concorrenti: sia quelli che vogliono fornire fin da subito servizi ai consumatori finali senza costruire una propria rete (MVNO) sia quelli che vogliono invece creare un'infrastruttura capace nel lungo periodo di competere con i tre MNO che sarebbero rimasti dopo la concentrazione.

La Commissione ha ritenuto che la combinazione dei rimedi strutturali di cessione delle frequenze con quelli comportamentali che assicurano l'accesso alla rete garantissero la tutela del regime concorrenziale ed ha perciò autorizzato l'operazione.

Tuttavia le misure correttive che prevedevano la cessione di frequenze da parte H3G non sono state poste in essere in quanto non si è presentato nessun potenziale MNO: né mettendosi in contatto con H3G, né partecipando all'asta dell'Autorità regolatrice austriaca RTR. Perciò, a discapito delle previsioni della Commissione, H3G ha conservato la titolarità del proprio patrimonio frequenziale nella sua interezza.

## **2.2 Caso No COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND<sup>299</sup>**

Il 28 maggio 2014 la Commissione ha approvato l'operazione di concentrazione che consisteva nell'acquisto di Telefónica Ireland (O2) da parte di Hutchison 3G (H3G). L'autorizzazione è stata subordinata all'adozione di un insieme di rimedi proposti da H3G al fine di rimuovere i seri dubbi sollevati dalla Commissione, permettendo l'entrata di nuovi concorrenti nel mercato delle telecomunicazioni mobili.

---

<sup>299</sup> Caso No COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND, Decisione della Commissione, 28/05/2014. Comunicato stampa della Commissione IP/14/607. Memo della Commissione MEMO/14/387

H3G era l'ultima impresa ad essere entrata nel mercato irlandese delle telecomunicazioni mobili come MNO ed era caratterizzata da un alto tasso di crescita grazie ad una politica di prezzi aggressiva. È controllata da un gruppo multinazionale con sede ad Hong Kong che operava nel settore delle comunicazioni in diversi altri paesi europei. O2, invece, era il secondo più grande MNO attivo in Irlanda ed era interamente controllato da Telefónica S.A., il più grande fornitore di reti mobili al mondo.

L'operazione soddisfaceva i parametri previsti dall'art. 1(2) del regolamento 139/2004 per essere considerata di dimensione europea. H3G ha infatti notificato l'operazione alla Commissione il 1 Ottobre 2013. In seguito alle prime valutazioni, da cui erano sorti seri dubbi sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune, la Commissione ha deciso il 6 Novembre 2013 di approfondire le indagini sull'operazione, avviando la Fase II ai sensi dell'art. 6(1)(c). Il 30 gennaio 2014 è stato inviato alle parti uno *Statement of Objections*, a cui è seguita la proposizione di un primo insieme di rimedi, poi modificati e sottoposti all'analisi da parte del mercato. Infine, le misure correttive definitive sono state proposte il 6 maggio 2014.

I dubbi riguardanti la compatibilità della concentrazione concernevano essenzialmente due mercati: la vendita al dettaglio dei servizi di telefonia ai consumatori finali e l'accesso all'ingrosso insieme con la raccolta delle chiamate sulle reti telefoniche. H3G e O2 erano due dei quattro MNO presenti su questi mercati in Irlanda. La concentrazione avrebbe perciò ridotto il numero degli operatori da quattro a tre, di cui Vodafone e H3G/O2 avrebbero goduto di una quota di mercato del 40% ciascuno, mentre Eircom sarebbe stato distanziato, detenendo il rimanente 20%. Analizzando i mercati rilevanti, la Commissione aveva concluso che, sebbene nessuna impresa potesse ottenere una posizione dominante sugli altri concorrenti, la concentrazione avrebbe comunque determinato un significativo ostacolo alla concorrenza effettiva. Infatti si tratta di mercati non solo con un alto tasso di concentrazione già prima dell'operazione proposta, ma caratterizzati anche da alte barriere d'entrata e dall'assenza di un effettivo potere d'acquisto dei consumatori finali. Inoltre bisogna tener conto che l'Irlanda, con i suoi 5.5 milioni di utenti, rappresenta un mercato relativamente piccolo per lo sviluppo di servizi di telefonia e si distingue inoltre per la presenza di diverse aree rurali dove risulta anti-economico estendere delle reti di

telecomunicazione. Questo aveva già spinto gli operatori a stipulare degli accordi per condividere la rete in alcune aree, al fine di diminuire i costi fissi.

Per quanto riguarda il mercato dei servizi ai consumatori finali, la Commissione riteneva che la concentrazione avrebbe fatto perdere ad H3G la funzione di importante forza competitiva e dunque avrebbe ridotto il grado di concorrenza tra le tre imprese rimaste attive in seguito all'operazione. Infatti H3G, essendo di piccole dimensioni, era incentivata ad attrarre nuovi clienti con politiche aggressive, distinguendosi soprattutto per le offerte di utilizzo illimitato dei dati a prezzi vantaggiosi. L'aumento della base di clienti dovuta alla concentrazione avrebbe ridotto gli incentivi a diminuire i prezzi, al fine di mantenere i margini di profitto più alti possibile. Ciò avrebbe comportato un allineamento alle politiche commerciali degli altri operatori e quindi una diminuzione della concorrenza, con il conseguente aumento dei prezzi per i consumatori finali.

Inoltre si temeva che in seguito alla concentrazione H3G non avrebbe più avuto interesse a rinnovare il contratto di condivisione della rete intercorrente tra O2 e Eircom, che non avrebbe quindi più potuto portare a termine il suo piano di sviluppo della rete. Quest'ultimo aspetto avrebbe avuto un impatto anche per quanto riguarda il mercato dell'accesso all'ingrosso alla rete. Infatti, in seguito all'operazione, solo Vodafone e H3G/O2 avrebbero avuto una rete con copertura nazionale e quindi Eircom, senza l'accordo di condivisione, difficilmente avrebbe potuto attrarre MVNO, non risultando più competitivo.

La Commissione ha inoltre analizzato gli effetti che l'operazione avrebbe comportato sulla qualità della rete e la capacità di fare investimenti da parte degli operatori. In particolare è stato analizzato se le efficienze derivanti dalla concentrazione avrebbero portato benefici in termini di qualità, velocità e copertura della rete rispetto ad una situazione senza tale operazione. La Commissione è giunta alla conclusione che, pur potendosi creare delle limitate efficienze (ad esempio nell'estensione della rete in aree rurali), queste non avrebbero compensato la complessiva riduzione di concorrenza del mercato.

Al fine di rimuovere gli ostacoli alla concorrenza che sarebbero derivati dalla concentrazione, H3G ha proposto una serie di misure correttive.

Un primo obiettivo di tali rimedi era quello di permettere l'entrata immediata nel mercato di due MVNO, con l'opzione per uno dei due di diventare un MNO, acquisendo in un momento successivo alcune frequenze. A tal fine H3G si

impegnava a cedere ai due MVNO fino al 30% della capacità della propria rete, in cambio di pagamenti fissi. Questo sistema risulta più efficace rispetto al metodo di pagamento tradizionale, con cui i MVNO pagano per l'accesso alla rete in base al reale utilizzo fatto dagli utenti. Infatti in questo modo i MVNO sono incentivati a sfruttare per intero la capacità a disposizione, offrendo servizi innovativi e prezzi competitivi. I due MVNO dovevano acquistare una quota sostanziale di capacità per un minimo di 5 anni, estendibili a 10. H3G doveva concludere almeno uno dei due accordi prima di poter completare la concentrazione e si doveva inoltre incaricare di offrire assistenza e servizi accessori durante la durata del contratto. In questo modo i due nuovi MVNO entranti sarebbero stati fin da subito in grado di sostituire H3G come forze competitive del mercato e mantenere perciò alto il grado di pressione competitiva.

Si lasciava inoltre aperta la possibilità per uno dei due MVNO di diventare in seguito un MNO; infatti H3G si impegnava a cedere parte delle proprie frequenze per i successivi 10 anni. Questo rimedio strutturale si sarebbe attivato solo su eventuale richiesta di uno dei due MVNO.

Un secondo obiettivo delle misure correttive proposte consisteva nell'assicurarsi che Eircom rimanesse attivo sul mercato come MNO. Infatti H3G si impegnava a offrire il rinnovamento del contratto di condivisione della rete ad Eircom.

La Commissione ha valutato che questi rimedi eliminavano gli ostacoli alla concorrenza derivanti dalla concentrazione, che è stata perciò approvata.

Analogamente a quanto avvenuto nel caso austriaco, gli sforzi della Commissione tesi a permettere l'ingresso nel mercato di un quarto MNO sono stati frustrati. Infatti, non essendosi presentato nessun nuovo operatore, H3G ha conservato il proprio patrimonio frequenziale.

### **2.3 Caso M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND / E-PLUS<sup>300</sup>**

Il 2 luglio 2014 la Commissione ha approvato l'operazione di concentrazione che prevedeva l'acquisto di E-Plus da parte di Telefónica Deutschland. L'autorizzazione è stata tuttavia subordinata all'adozione da parte di Telefónica di

---

<sup>300</sup> Caso M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND/ E-PLUS, Decisione della Commissione, 2/7/2014. Comunicato stampa della Commissione IP/14/771. Memo della Commissione MEMO/14/460.

un insieme di misure correttive che hanno rimosso gli iniziali dubbi della Commissione riguardo la compatibilità dell'operazione con il mercato comune.

Entrambe le parti dell'operazione erano MNO attivi in Germania: offrivano servizi di telefonia senza cavo quali chiamate, SMS, MMS e utilizzo di dati (come la navigazione su internet). Concedevano anche l'accesso alla propria rete ad altri MVNO o terzi rivenditori. Telefónica, a differenza di E-Plus, forniva anche servizi di telefonia fissa. Entrambe le società facevano parte di due distinti gruppi multinazionali operanti nel settore delle telecomunicazioni. Telefónica era una controllata di Telefónica S.A., gruppo con sede in Spagna ed attivo in diversi paesi europei e del Sud America. E-Plus, invece, faceva capo a Koninklijke KPN N.V., operatore olandese attivo anche in Belgio e Germania.

L'operazione soddisfaceva i parametri previsti dall'art. 1(2) del regolamento 139/2004 per essere considerata di dimensione europea ed è stata perciò notificata alla Commissione il 31 ottobre 2013. Dal momento che le prime indagini avevano fatto sorgere seri dubbi sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune, la Commissione ha deciso il 20 dicembre 2013 di procedere alle analisi più approfondite condotte durante la fase II. I motivi di preoccupazione sono stati esposti nello *Statement of Objections* indirizzato alle parti il 26 febbraio 2014. Queste ultime hanno presentato un insieme di misure correttive, poi modificate e proposte in via definitiva il 29 maggio 2014.

I dubbi riguardanti la compatibilità della concentrazione riguardavano due mercati: la vendita al dettaglio dei servizi di telefonia ai consumatori finali e l'accesso all'ingrosso insieme con la raccolta delle chiamate sulle reti telefoniche. La concentrazione avrebbe ridotto il numero degli operatori su tali mercati da quattro a tre: Deutsche Telekom e Vodafone avrebbero conservato una quota di mercato di circa il 25% ciascuno, mentre l'ente risultante dalla concentrazione avrebbe raggiunto il 30% del mercato. La Commissione era giunta alla conclusione che questa operazione, pur non creando una singola impresa con una posizione dominante, avrebbe comunque determinato un significativo ostacolo alla concorrenza effettiva. Tale valutazione era supportata dal fatto che entrambi i mercati rilevanti avevano un elevato tasso di concentrazione già prima dell'operazione ed erano inoltre caratterizzati da alte barriere all'entrata e dall'assenza di un effettivo potere d'acquisto dei consumatori finali. Per quanto riguarda il mercato della vendita di servizi ai consumatori finali, la concentrazione

avrebbe non solo eliminato la competizione tra le imprese parti dell'operazione ma avrebbe ridotto anche la loro aggressività nei confronti degli altri concorrenti, caratteristica che le aveva rese delle importanti forze competitive. Infatti sia E-Plus, che era il più piccolo dei quattro operatori, sia Telefónica, sebbene in misura minore, si erano distinte per offerte innovative e fortemente competitive, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo di dati da dispositivi mobili. Le analisi della Commissione hanno evidenziato che, dopo essere confluite in un'unica impresa di più grandi dimensioni, gli incentivi a competere sarebbero mutati, determinando un allineamento con le politiche commerciali degli altri concorrenti. Infatti con l'aumentare della base di clienti sarebbe risultato progressivamente più vantaggioso mantenere i margini di profitto per ogni cliente i più alti possibile, mentre la quota di ricavi derivante dall'arrivo di nuovi clienti sarebbe diventata sempre meno rilevante. La diminuzione del numero di MNO avrebbe inoltre avuto un impatto negativo anche sulla competitività degli altri operatori privi di una propria infrastruttura (MVNO e altri rivenditori). Per questi infatti sarebbe sempre più difficile far passare i propri clienti da un operatore di rete ad un altro e dunque la loro capacità di esercitare una pressione concorrenziale sugli MNO risulterebbe ulteriormente indebolita. Effetti analoghi si verificherebbero pure nel mercato di accesso all'ingrosso alla rete. Queste dinamiche concorrenziali avrebbero portato perciò ad una riduzione del grado complessivo di concorrenza del mercato ed al conseguente aumento dei prezzi per i consumatori finali.

Nel valutare l'insieme delle conseguenze che sarebbero derivate dalla concentrazione, la Commissione ha anche valutato l'impatto che questa operazione avrebbe avuto sulla capacità ed incentivi a compiere i necessari investimenti da parte degli operatori sul mercato. Le parti proponenti sostenevano infatti che le efficienze derivanti dall'operazione avrebbero finanziato gli onerosi investimenti indispensabili per mantenere e sviluppare la rete di telefonia. L'analisi della Commissione aveva invece evidenziato che i previsti miglioramenti alla copertura, velocità e qualità della rete sarebbero stati limitati e non sarebbero derivati necessariamente dalla concentrazione in quanto avrebbero potuto essere ottenuti anche attraverso accordi di condivisione delle reti. Inoltre la Commissione affermava di non essere in possesso di alcun elemento che indicasse che Telefónica ed E-Plus non sarebbero stati in grado di porre in essere i necessari investimenti anche come imprese indipendenti. In particolare E-Plus, pur avendo

affrontato una difficile situazione finanziaria per un breve periodo nel 2013, ha continuato ad investire nello sviluppo delle proprie infrastrutture, prima migliorando la qualità della rete 3G e poi lanciando la rete 4G nel 2014. La Commissione riteneva pertanto che, qualora E-Plus fosse rimasto indipendente, avrebbe avuto gli incentivi e la capacità finanziaria di continuare la propria politica commerciale aggressiva, supportandola con i necessari investimenti, come lo sviluppo della rete 4G.

Le misure correttive proposte da Telefónica miravano dunque a rimuovere le preoccupazioni della Commissione sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune.

In primo luogo, i rimedi si prefissavano di garantire nel breve termine l'entrata o l'espansione di uno o più MVNO, in modo tale che sostituissero le parti dell'operazione nel ruolo di forze competitive del mercato in grado di esercitare una determinante pressione concorrenziale sul mercato rilevante. Infatti Telefónica si impegnava a cedere a uno o più (fino a tre) MVNO l'utilizzo fino al 30% della capacità della propria rete, in cambio del pagamento di una quota fissa. Questo accordo doveva essere concluso prima del completamento della concentrazione. In particolare, gli MVNO si sarebbero impegnati ad acquistare dei quantitativi minimi piuttosto elevati di capacità per un minimo di 5 anni estendibili a 10. Telefónica avrebbe inoltre offerto assistenza e servizi accessori agli MVNO. Questa tipologia di contratti, basati sulla vendita di quote fisse di capacità, vengono preferiti dalla Commissione rispetto agli accordi tradizionali, in cui gli MVNO pagano per l'accesso alla rete in base al reale utilizzo fatto dagli utenti. In questo modo infatti gli MVNO sono incentivati a sfruttare per intero le significative quote di capacità acquistate, offrendo servizi innovativi e prezzi competitivi.

Oltre ad aumentare gli incentivi a competere, questi rimedi avrebbero anche eliminato quegli elementi che limitavano la capacità di competere degli MVNO nei confronti degli MNO. Infatti questi accordi avrebbero consentito agli MVNO di accedere a tutte le attuali e future tecnologie e classi di velocità della rete offerte da Telefónica. Inoltre avrebbero avuto piena indipendenza nelle politiche di prezzo ai consumatori finali.

Dunque queste misure correttive avrebbero permesso agli MVNO di competere fin da subito sul mercato dei servizi ai consumatori finali, avendo a disposizione

una quota di mercato dell'11% (che corrispondeva al 30% della capacità complessiva dell'ente risultante dalla concentrazione).

In secondo luogo, l'ente risultante dalla concentrazione si impegnava a rinnovare gli accordi di accesso all'ingrosso alla rete per gli MVNO che utilizzavano le infrastrutture di Telefónica ed E-Plus. In futuro, avrebbe anche offerto i servizi 4G a chiunque fosse interessato. Inoltre Telefónica avrebbe eliminato le clausole contrattuali e gli altri impedimenti che limitavano la capacità degli MVNO con cui collaborava di trasferire i loro clienti da un MNO ad un altro. In questo modo si migliorava la posizione concorrenziale degli MVNO, non solo garantendo loro l'accesso ai servizi 2G e 3G, ma, promettendo loro il futuro utilizzo di tecnologia 4G, li pone in una migliore posizione negoziale nei confronti degli altri MNO.

In terzo luogo, Telefónica si impegna a cedere alcuni *asset* al fine di permettere l'entrata sul mercato di un nuovo MNO, così che gli operatori sul mercato tedesco della telefonia mobile tornino ad essere quattro. In particolare sarebbero oggetto di cessione alcuni spettri di frequenze, dei siti necessari a costruire l'infrastruttura fisica della rete e dei negozi per i servizi ai clienti. Sarebbero inoltre stati offerti sia l'accesso passivo alla rete radiofonica che la possibilità di avere un roaming su tutto il territorio nazionale, per dare tempo al nuovo entrante di sviluppare una propria rete. Queste misure correttive, insieme con un'asta di frequenze programmata dall'Autorità regolatrice tedesca, avrebbero facilitato l'ingresso di un potenziale nuovo MNO.

L'insieme di questi rimedi ha eliminato le preoccupazioni della Commissione, che ha approvato l'operazione.

Tuttavia anche in questo caso non si è materializzato nessun potenziale MNO, così che Telefónica ha potuto mantenere i propri asset e il proprio patrimonio di frequenze, mentre come conseguenza della concentrazione il numero degli operatori sul mercato è sceso permanentemente da quattro a tre.

#### **2.4 Caso M.7419 – TELIASONERA AB / TELENOR ASA<sup>301</sup>**

L'11 settembre 2015 la Commissione ha preso nota dell'abbandono del progetto di concentrazione che era stato notificato da TeliaSoneraAB e Telenor ASA il 27 febbraio 2015. La Commissione aveva infatti aperto la seconda fase di indagini

---

<sup>301</sup> Comunicato stampa della Commissione europea, 8 aprile 2015, IP/15/4749. Dichiarazione del commissario responsabile per le politiche sulla concorrenza Margrethe Vestager, 11 settembre 2015, STATEMENT/15/5627.

l'8 aprile 2015, dopo che erano sorti seri dubbi sulla compatibilità dell'operazione col mercato comune.

L'operazione consisteva in una joint venture tra le attività delle due parti proponenti nei mercati danesi della telefonia sia mobile che fissa, insieme con quello dei servizi internet a banda larga.

Sia TeliaSonera che Telenor sono imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni, con sede rispettivamente in Svezia e Norvegia, mentre le loro attività si estendono in diversi Paesi dentro e fuori lo Spazio Economico Europeo. Esse stavano già collaborando in Danimarca tramite un accordo di condivisione della rete, che era stato approvato dall'Autorità antitrust danese nel 2012.

Le ragioni che avevano spinto la Commissione ad approfondire l'indagine si basavano sul fatto che la concentrazione avrebbe ridotto il numero degli MNO da quattro a tre, in un mercato già altamente concentrato e caratterizzato da alte barriere d'ingresso e dall'assenza di un effettivo potere negoziale da parte dei consumatori finali. Infatti l'operazione avrebbe riunito il secondo e terzo operatore nel mercato dei servizi ai consumatori finali, creando l'impresa leader del mercato sia in termini di reddito che di base clienti, seguita da un concorrente di dimensione simile (TDC) e da un altro più piccolo (H3G). Perciò si sarebbe creata una struttura di mercato altamente concentrata e caratterizzata dalla presenza simmetrica di due operatori di grandi dimensioni (titolari, congiuntamente, di circa l'80% del mercato mobile danese) tanto nel mercato dei servizi ai consumatori finali, quanto in quello dell'accesso all'ingrosso alla rete. Tale situazione avrebbe agevolato l'instaurarsi di un equilibrio collusivo tra i due operatori operatori. Inoltre la Commissione temeva che tale operazione avrebbe ridotto la pressione competitiva sul mercato, eliminando non solo la concorrenza tra le parti dell'operazione ma riducendo anche gli incentivi a competere tra gli operatori rimasti dopo la concentrazione. Questo avrebbe portato ad un aumento dei prezzi, una diminuzione delle offerte competitive ed una riduzione degli investimenti nel settore dei servizi ai consumatori finali. Invece, nel mercato dell'accesso all'ingrosso alla rete, l'eliminazione di un MNO avrebbe indebolito la posizione negoziale degli operatori privi di una propria infrastruttura, in quanto avrebbero avuto meno possibilità di trasferire i propri clienti ad un altro MNO.

Durante le indagini della seconda fase, la Commissione, guidata dal nuovo commissario Margrethe Vestager, ha ritenuto che i significativi ostacoli alla

concorrenza riscontrati avrebbero richiesto un altrettanto significativo rimedio, consistente nell'entrata effettiva nel mercato di un quarto MNO, così da evitare che la concentrazione indebolisse la struttura competitiva del mercato. Nei casi precedentemente analizzati la Commissione, pur individuando l'opportunità che un nuovo MNO entrasse nel mercato, non aveva mai imposto delle misure correttive che assicurassero con un certo grado di certezza la concreta creazione di tale nuovo operatore. Infatti ci si era limitati ad accettare rimedi che facilitassero tale risultato, come l'obbligo di offrire frequenze ed altri *asset* ad un eventuale futuro richiedente (che, come visto, non si è mai materializzato). In questo caso invece la Commissione ha richiesto la precisa individuazione di un nuovo entrante come condizione preliminare e necessaria per autorizzare l'operazione.

Le parti, non ritenendo di poter soddisfare i requisiti della Commissione, hanno deciso di abbandonare il progetto di joint venture e di continuare ad operare nel mercato di riferimento in maniera disgiunta.

## **2. 5 Caso M.7612 - HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK<sup>302</sup>**

L'11 maggio 2016 la Commissione ha bloccato l'operazione di concentrazione che prevedeva l'acquisto di O2 da parte di H3G UK, ritenendo che avrebbe determinato un peggioramento delle condizioni concorrenziali nel mercato delle telecomunicazioni mobili del Regno Unito, in quanto avrebbe comportato un aumento dei prezzi e una riduzione dell'offerta per i consumatori finali, insieme con il sorgere di ostacoli allo sviluppo della rete di telecomunicazioni.

Le parti dell'operazione erano entrambe società controllate da gruppi multinazionali attivi nel settore delle telecomunicazioni di diversi Paesi europei. H3G era interamente posseduta da CK Hutchison Holding Limited, con sede ad Hong Kong; O2 era la sussidiaria britannica di Telefónica S.A., con sede in Spagna. Entrambe le parti dell'operazione operavano nel settore della telefonia mobile, offrendo servizi quali chiamate, SMS, MMS, accesso a internet da dispositivo mobile e servizi di roaming e terminazione delle chiamate.

La notifica dell'operazione è stata inviata alla Commissione l'11 settembre 2015. Dall'analisi preliminare dell'operazione erano sorti seri dubbi sulla sua compatibilità con il mercato unico, perciò il 30 ottobre 2015 era stato deciso di

---

<sup>302</sup> Caso M.7612 - HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK, Decisione della Commissione, 11 maggio 2016. Comunicato stampa della Commissione, 11 maggio 2016, IP/16/1704

avviare un'indagine approfondita, procedendo con la Fase II. Il 10 dicembre 2015 la Commissione adottò una decisione ai sensi dell'art. 11(3) del regolamento 139/2004, secondo cui se le parti notificanti non avessero inviato tutte le informazioni richieste dalla Commissione entro i termini stabiliti, allora si sarebbe verificata la sospensione delle scadenze temporali entro cui la Commissione avrebbe dovuto assumere la decisione. In seguito all'invio di chiarimenti da parte delle imprese interessate la sospensione è decaduta il 15 dicembre 2015. Il 4 febbraio 2016 la Commissione ha emanato lo *Statement of Objections*, in cui concludeva che in base alle indagini eseguite la concentrazione avrebbe significativamente ostacolato la concorrenza. Le parti hanno in seguito cercato di rimuovere le preoccupazioni della Commissione proponendo più volte delle misure correttive, che però non hanno mai soddisfatto i requisiti richiesti dalla Commissione. Il 27 aprile 2016 il comitato consultivo (*Advisory Committee*, composto dai rappresentanti delle Autorità antitrust nazionali) ha espresso all'unanimità un parere favorevole nei confronti della bozza di decisione presentata dalla Commissione. Infine l'11 maggio 2016 la Commissione ha adottato la decisione con cui non ha concesso l'autorizzazione a concludere l'operazione di concentrazione.

I dubbi sulla compatibilità dell'operazione riguardavano in particolare il mercato dei servizi ai consumatori finali e quello dell'accesso all'ingrosso alla rete.

Il settore delle telecomunicazioni nel Regno Unito era caratterizzato da un mercato competitivo: ne erano indicatori il fatto che i prezzi medi si attestassero tra i più bassi in Europa e che lo sviluppo tecnologico della rete mobile fosse tra i più avanzati, con l'utilizzo diffuso di tecnologia 4G. Fino alla notifica della concentrazione erano attivi sul mercato quattro MNO: oltre alle parti dell'operazione erano operativi anche EE, controllata di British Telecom, e Vodafone. Al fine di condividere i costi di sviluppo della rete, i quattro operatori avevano raggiunto degli accordi per combinare le proprie reti: H3G condivideva la rete insieme con EE ed avevano formato la Mobile Broadband Network Limited (MBNL); invece, O2 e Vodafone avevano unito le loro reti dando vita a Beacon. In questo modo era stato possibile compiere maggiori investimenti infrastrutturali senza però ridurre il grado di concorrenza nei confronti dei consumatori finali. Il mercato britannico era caratterizzato anche dalla presenza di

MVNO, quali ad esempio Virgin Media o Talk Talk, i quali avevano stipulato accordi con gli MNO per accedere alla rete con tariffe all'ingrosso.

La prima preoccupazione della Commissione consisteva nel fatto che la concentrazione avrebbe ridotto la pressione concorrenziale tra gli MNO rimasti attivi. Infatti H3G costituiva un'importante forza competitiva in quanto era stato l'ultimo operatore ad essere entrato sul mercato e dunque la base di clienti relativamente piccola incentivava una politica di prezzi aggressiva per estendere la propria clientela. Invece O2 rappresentava il primo operatore per numero di clienti e il secondo per reddito, godendo di una consolidata reputazione. La concentrazione avrebbe creato un'impresa leader, con una quota di mercato del 40%. Perciò non solo si sarebbe eliminata la concorrenza tra le imprese parti dell'operazione, ma si sarebbero anche ridotti gli incentivi a competere nei confronti degli altri concorrenti. Questo avrebbe comportato un aumento dei prezzi per i consumatori finali, insieme con una diminuzione della qualità e varietà dell'offerta.

In secondo luogo, la Commissione riteneva che l'operazione avrebbe rappresentato un ostacolo per lo sviluppo futuro della rete di telecomunicazioni. Infatti l'ente risultante dalla concentrazione sarebbe stato parte di entrambi gli accordi di condivisione della rete, facendo parte tanto di MBNL quanto di Beacon. In questo modo sarebbe stato in grado di sorvegliare e influenzare i piani di sviluppo di entrambi i concorrenti, riducendo la loro capacità di competere e limitando la concorrenza basata sull'innovazione tecnologica.

In terzo luogo, la concentrazione avrebbe indebolito la capacità di competere degli MVNO. Infatti, la riduzione del numero di MNO avrebbe ridotto la possibilità per un MVNO di trasferire i propri clienti sulla rete di un altro operatore e ciò avrebbe compromesso la loro posizione negoziale.

Le parti dell'operazione avevano cercato di rimuovere i seri dubbi sollevati dalla Commissione tramite la proposizione di una serie di misure correttive.

Per quanto riguarda la preoccupazione che la concentrazione riducesse la pressione concorrenziale nel mercato dei servizi ai consumatori finali, H3G aveva proposto una serie di rimedi al fine di agevolare il rafforzamento della posizione competitiva di alcuni MVNO già presenti sul mercato oppure per permettere l'entrata di nuovi MVNO. Ad esempio, si impegnava a cedere una certa quota della capacità di rete dell'ente risultante dalla concentrazione a uno o due MVNO.

Avrebbe inoltre sostituito la joint venture di O2 con Tesco Mobile (altro operatore virtuale) con un accordo di condivisione della rete che lo avrebbe reso un MVNO concorrente. Infine avrebbe concordato con Virgin Media un ulteriore contratto di condivisione della rete. Tuttavia tali misure correttive avrebbero comunque mantenuto gli MVNO dipendenti dall'ente risultante dalla concentrazione, sia per gli aspetti tecnici sia per quelli commerciali, così che sarebbero risultati meno incentivati e capaci di differenziare la propria offerta o di attuare politiche di prezzo aggressive.

Per quanto riguarda invece la possibilità che l'operazione ostacoli lo sviluppo di della rete di comunicazione a causa della simultanea presenza dell'ente risultante dalla concentrazione in entrambi gli accordi di condivisione della rete (sia MBL che Beacon), le parti avevano proposto dei rimedi comportamentali per eliminare il rischio di interferenze con le politiche dei concorrenti. Tuttavia la Commissione ha notato che tali misure avrebbero comportato difficoltà tanto nell'esecuzione quanto nel successivo monitoraggio.

Infine, per quanto riguarda la preoccupazione che gli MVNO avrebbero avuto minor forza negoziale per ottenere dagli MNO migliori tariffe di accesso all'ingrosso alla rete, H3G aveva proposto una serie di rimedi comportamentali per garantire comunque l'accesso ai servizi 4G e alle tecnologie sviluppate in futuro. La Commissione però aveva notato che tali misure non soltanto sarebbero state poco attrattive dal punto di vista commerciale ma anche di difficile esecuzione e monitoraggio.

Le analisi condotte hanno indotto la Commissione a concludere che tali rimedi non sarebbero riusciti ad eliminare gli ostacoli alla concorrenza causati da questa operazione; di conseguenza l'operazione è stata ritenuta incompatibile con il mercato comune.

H3G si è opposta a tale decisione, presentando ricorso presso il Tribunale dell'Unione europea<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup>Causa T-399/16 — *CK Telecoms UK Investments/Commissione*, 25 luglio 2016, 2016/C 371/12.

## **2.6 Caso M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV<sup>304</sup>**

Il 1 settembre 2016 la Commissione europea ha approvato l'operazione di concentrazione che consisteva nella creazione di una joint venture nel settore della telefonia mobile tra H3G Italia e WIND. L'autorizzazione è stata subordinata alla proposizione di misure correttive che hanno sciolto le riserve sollevate dalla Commissione dal punto di vista della concorrenza.

Le parti dell'operazione sono entrambe operatori di rete (MNO) attivi nel mercato italiano della telefonia mobile; la sola WIND offriva anche servizi di telefonia fissa (sia chiamate che trasmissione di dati via internet) tramite il marchio Infostrada. H3G è controllata dal gruppo multinazionale CK Hutchison Holding Limited, con sede ad Hong Kong ed attivo nel settore delle telecomunicazioni in diversi Paesi europei; WIND, invece, fa parte del gruppo VimpelCom Ltd, compagnia internazionale di telecomunicazioni con sede ad Amsterdam. L'operazione prevedeva che H3G Italia e WIND venissero conferite ad una Joint Venture costituita appositamente da CK Hutchison e VimpelCom, che ne avrebbero conseguito il controllo congiunto con una quota del 50% ciascuno.

La notifica della concentrazione è stata effettuata il 5 febbraio 2016. In seguito ad un'analisi preliminare che ha fatto emergere seri dubbi sulla compatibilità dell'operazione con il mercato comune, il 30 marzo 2016 la Commissione ha deciso di procedere con un'analisi approfondita, avviando la Fase II. Le parti, dopo essersi più volte confrontate con la Commissione, scambiando informazioni e dati con l'Istituzione, hanno infine presentato una serie di rimedi per rimuovere le preoccupazioni sugli effetti anticoncorrenziali dell'operazione.

L'analisi della Commissione si è soffermata in particolare sul mercato dei servizi ai consumatori finali e quello dell'accesso all'ingrosso alla rete. Il settore della telefonia mobile in Italia risultava sufficientemente competitivo e contava la presenza di quattro MNO: oltre a H3G e WIND, rispettivamente il quarto e terzo operatore per dimensioni, sono attivi anche TIM e Vodafone. Sono inoltre presenti anche alcuno MVNO, quali ad esempio Fastweb e PosteMobile, che avevano concluso degli accordi con degli MNO per accedere alla rete a tariffe all'ingrosso.

---

<sup>304</sup> Caso M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV, Decisione della Commissione, 1 settembre 2016, C(2016) 5487 final. Comunicato stampa della Commissione, 1 settembre 2016, IP/16/2932.

Le riserve sollevate dalla Commissione riguardavano in primo luogo il pericolo di riduzione della pressione concorrenziale sul mercato dei servizi ai consumatori finali. Infatti l'operazione avrebbe eliminato due operatori che rappresentavano delle importanti forze concorrenziali: H3G, essendo stato l'ultimo operatore ad entrare nel mercato, era stata fortemente incentivata ad espandere la propria base di clienti tramite politiche commerciali aggressive. Anche WIND si era distinta per i propri sforzi competitivi. La Joint Venture risultante dalla concentrazione sarebbe diventata il primo operatore sul mercato della telefonia mobile e – secondo le preoccupazioni della Commissione – le accresciute dimensioni ne avrebbero influenzato gli incentivi a competere, allineandone la politica commerciale a quella dei due altri concorrenti rimasti, TIM e Vodafone.

Si sarebbe perciò determinata una riduzione della concorrenza che avrebbe comportato un aumento dei prezzi e una diminuzione della qualità e varietà dei servizi offerti.

In secondo luogo, si temeva che la presenza di soli tre operatori, caratterizzati inoltre da quote di mercato simili, avrebbe agevolato il coordinamento dei loro comportamenti commerciali, cosa che avrebbe ulteriormente indebolito la struttura concorrenziale del mercato.

In terzo luogo la Commissione riteneva che l'operazione avrebbe indebolito la posizione negoziale degli operatori virtuali (MVNO) nei confronti degli MNO con cui devono contrattare l'accesso alla rete mobile. Infatti la riduzione del numero di operatori di rete rende automaticamente più difficile per gli MVNO individuare un altro operatore sulla cui rete trasferire il traffico dei propri clienti, così che risulteranno sempre più dipendenti dall'operatore con cui hanno già stipulato un accordo di accesso alla rete.

Per sciogliere le riserve sollevate dalla Commissione, le parti dell'operazione hanno proposto un insieme significativo di misure correttive, tra cui la cessione di infrastrutture, che avrebbero permesso l'ingresso di un nuovo MNO sul mercato. Tuttavia le parti non si sono limitate a presentare una serie di cessioni ed altri impegni che sarebbero divenuti vincolanti solo nell'eventualità che un ipotetico operatore comparisse sulla scena, bensì hanno proposto come acquirente dei loro asset una specifica impresa con cui avevano già concordato le modalità dell'operazione. Il nuovo MNO individuato dalle parti è Iliad: questa è un'impresa già attiva nel campo delle telecomunicazioni in Francia, dove è il quarto operatore

di telefonia mobile, caratterizzato da una strategia di pricing molto competitiva, ed è presente anche nella telefonia fissa, proponendo così offerte convergenti fisso-mobile.

Le misure correttive proposte dalle parti consistevano innanzitutto nella cessione a Iliad di una determinata quantità di frequenze radio. Era inoltre previsto che venissero trasferiti o posti in co-locazione (e quindi condivisi) varie migliaia di siti per l'installazione di stazioni base mobili, necessarie per creare una propria rete di telefonia. Infine era presente anche un accordo transitorio che consentirà al nuovo operatore di accedere alla rete dell'ente risultante dalla concentrazione al fine di poter offrire servizi ai consumatori finali fino al momento in cui completerà la propria rete infrastrutturale.

La Commissione ha ritenuto che tali rimedi strutturali sarebbero stati in grado di permettere a Iliad di costruire una propria rete; inoltre la sua esperienza nel campo delle telecomunicazioni le avrebbe consentito di competere efficacemente come quarto MNO sul mercato italiano della telefonia mobile. Tenendo conto di tali analisi, la Commissione ha concluso che le misure correttive proposte avrebbero eliminato gli ostacoli alla concorrenza derivanti dall'operazione di concentrazione, che è stata perciò autorizzata.

### **3. Conclusioni**

I sei casi analizzati presentano delle sostanziali affinità: le concentrazioni riguardano sempre il settore della telefonia mobile, non sono transfrontaliere ma avvengono tra operatori attivi sullo stesso mercato nazionale e il numero dei concorrenti viene ridotto sempre da quattro a tre. Inoltre i principi legali e criteri di valutazione non hanno subito mutamenti nel periodo intercorrente tra il primo e l'ultimo caso. Tuttavia gli esiti delle valutazioni della Commissione differiscono nel tempo: le prime tre concentrazioni (quella Austriaca, Irlandese e Tedesca) sono state tutte autorizzate con la condizione di adottare dei pacchetti di misure correttive; delle seconde tre invece quella danese è stata ritirata dalle parti per l'impossibilità di soddisfare i requisiti della Commissione, quella inglese è stata proibita in quanto i rimedi proposti non erano sufficienti a sciogliere le riserve sulla tutela della concorrenza e, infine, solo quella italiana è stata approvata, sebbene subordinata a una serie di misure correttive. L'eterogeneità di queste

decisioni è dovuta al fatto che la Commissione valuta ogni caso in base alle caratteristiche specifiche delle imprese interessate e del mercato nazionale rilevante. Inoltre l'esperienza accumulata nel tempo, tanto durante la procedura di valutazione quanto nel monitoraggio dell'esecuzione dei rimedi e dell'evoluzione del mercato successiva all'operazione, ha permesso alla Commissione di affinare le proprie analisi e valutazioni. Un altro elemento determinante potrebbe essere il diverso approccio dei due Commissari responsabili per le politiche sulla concorrenza che si sono succeduti: i primi tre casi sono stati decisi sotto la direzione di Almunia, mentre gli ultimi tre sono stati gestiti da Vestager.

Un aspetto della valutazione ricorrente in tutti i casi considerati consiste nel fatto che il principale ostacolo alla concorrenza viene individuato nel sorgere di alcuni effetti orizzontali non coordinati. Tuttavia questi non consistono nella creazione o rafforzamento di una posizione dominante singola, bensì nella *“eliminazione di un importante vincolo concorrenziale che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitavano in precedenza l'una sull'altra, contestualmente alla riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti”*<sup>305</sup>. Al fine di valutare l'esistenza di tale ostacolo alla concorrenza, la Commissione analizza in particolare se sussistono alcuni elementi che rendono il sorgere di tali effetti più probabile. Uno di questi elementi è il fatto che le imprese parti dell'operazione siano diretti concorrenti, fattore che è determinato dal grado di sostituibilità dei loro prodotti: quanto più i prodotti di due imprese sono sostituibili tra di loro tanto più queste sono dirette concorrenti. Se infatti due imprese con prodotti sostituibili si concentrano, allora potranno aumentare i prezzi senza temere che i clienti trasferiscano gli acquisti sull'altro prodotto. Nei casi analizzati questo elemento ricorre più volte in quanto le parti dell'operazione competono spesso aggressivamente tra di loro e di conseguenza l'eliminazione della loro rivalità determina una diminuzione del grado di concorrenza del mercato. Un altro elemento indicativo è costituito dal fatto che l'operazione rimuova un'importante forza concorrenziale dal mercato. Ad esempio le imprese di piccole dimensioni sono in genere incentivate a porre in essere politiche commerciali aggressive in

---

<sup>305</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 25. Citato in Luca Manigrassi, Eleonora Ocello, Violeta Staykova, *Competition Merger Brief 3/2016 (Special Edition Telecoms)* ISBN 978-92-79-57016-2, ISSN: 2363-2534, pagina 2 e seguenti. Si veda anche Simon Vande Walle and Julia Wambach, *Competition Merger Brief 1/2014 – Article 3*, pagina 11

quanto i ricavi derivanti dall'ampliamento della base di clienti sono superiori alle perdite derivanti dalla riduzione del margine di profitto derivante dal singolo cliente; al contrario un *incumbent* è incentivato a mantenere i margini di profitto per ogni cliente il più alto possibile e dunque difficilmente sarà indotto a diminuire i prezzi pur di acquisire nuovi clienti. Questa dinamica è presente in diversi casi trattati. Ad esempio nel caso italiano H3G rappresenta un'importante forza competitiva in quanto caratterizzata da politiche di prezzo aggressive per aumentare la propria quota di mercato.

Per quanto riguarda la presenza di effetti coordinati, questi non sono stati individuati dalla Commissione nei primi tre casi, mentre nel caso danese ed italiano sembra potersi delineare il pericolo di comportamenti coordinati nel mercato dei servizi ai clienti finali. Ad esempio, nel caso italiano tali effetti erano agevolati dalla struttura simmetrica del mercato post-concentrazione, unitamente a un sufficiente grado di trasparenza e alla possibilità di attuare meccanismi di deterrenza in caso qualcuno si fosse discostato dai comportamenti concordati (come ad esempio la minaccia di “guerre di prezzo”). Il fatto che nei primi tre casi (austriaco, irlandese e tedesco) l'ostacolo alla concorrenza non derivi né dal crearsi di una posizione dominante né da effetti coordinati, bensì dall'eliminazione di un importante vincolo concorrenziale, potrebbe significare che se questi casi fossero stati valutati in base al *Dominance test* non avrebbero potuto essere contestati dalla Commissione, pur provocando una riduzione significativa del grado di concorrenza del mercato.

Per quanto riguarda la valutazione delle efficienze derivanti dalle operazioni di concentrazione, dall'analisi dei casi richiamati si constata che gli operatori di telefonia mobile sostengono che solo attraverso il consolidamento delle imprese è possibile affrontare gli investimenti necessari per sviluppare le infrastrutture nel campo delle telecomunicazioni. Ad esempio, unificando due reti telefoniche si eviterebbe la duplicazione dei costi fissi e tali risparmi potrebbero essere impiegati per estendere la tecnologia 4G. Tuttavia la Commissione è di diverso avviso in quanto ritiene che i reali catalizzatori degli investimenti siano la presenza di un regime concorrenziale e di una robusta domanda di mercato. Infatti, se è vero che le concentrazioni, attraverso le efficienze prodotte, liberano risorse che possono essere utilizzate per finanziare gli investimenti tecnologici, tuttavia non è provato che tali risorse vengano effettivamente impiegate in quel

modo. Infatti, se si riduce la pressione concorrenziale, l'ente risultante dalla concentrazione non sarà incentivato ad investire, bensì ad alzare i prezzi per poter ricavare ancora più profitti.

Le efficienze derivanti dalla concentrazione potrebbero essere in grado di controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza. Tuttavia affinché tali efficienze possano essere prese in considerazione da parte della Commissione, è necessario che siano verificabili, vadano a vantaggio dei consumatori e siano una diretta conseguenza della concentrazione (e perciò non ci siano altre alternative meno anticoncorrenziali per ottenerle). Nei casi trattati le parti non sono riuscite a soddisfare questi requisiti; oppure sono riuscite in questo intento solo in minima parte, comunque insufficiente per controbilanciare la riduzione della concorrenza derivante dall'operazione.

Per quanto riguarda la valutazione delle misure correttive è necessario constatare che ogni caso necessita di rimedi adeguati agli specifici ostacoli alla concorrenza rilevati. Tuttavia, la Commissione valuta positivamente soprattutto i rimedi strutturali, che non necessitano di successivo monitoraggio, e quelli di certa implementazione.

Le misure correttive che sono state accettate dalla Commissione nei primi tre casi presentano delle caratteristiche comuni. Infatti, sebbene ogni caso sia stato valutato sulla base delle specifiche caratteristiche delle parti proponenti e del mercato rilevante, i problemi concorrenziali affrontati dalla Commissione erano analoghi: erano sempre originati da concentrazioni nel campo della telefonia mobile che comportavano il passaggio da 4 a 3 operatori. È per questi motivi che non sorprende che i rimedi accettati nel caso Irlandese e Tedesco siano simili, sebbene ci siano comunque delle differenze dovute alle diverse caratteristiche dei mercati in cui le concentrazioni avrebbero avuto luogo. Ad esempio, la presenza in Irlanda di Eircom, un MNO con una rete però che non copriva l'intero territorio nazionale, ha determinato la presenza di specifici rimedi. Allo stesso modo, la significativa presenza di MVNO sul mercato tedesco (a differenza di quello irlandese dove non ne era attivo nessuno), ha portato all'introduzione non solo di misure correttive che facilitassero l'entrata di nuovi MVNO ma anche di altre che migliorassero la capacità competitiva degli MVNO già presenti. Gli impegni presi nel caso austriaco si distinguono in maniera più marcata da quelli dei due casi successivi anche perché la Commissione ha tenuto conto dell'esperienza via via

accumulata, tanto durante il procedimento di valutazione quanto nella fase di esecuzione delle misure correttive.

In tutti e tre i casi sono stati previsti dei rimedi strutturali, quali ad esempio la cessione di spettri di frequenze, al fine di facilitare l'ingresso di un nuovo MNO, così da ristabilire il numero di quattro operatori, come prima della concentrazione. Tali cessioni si sarebbero rese obbligatorie solo nell'eventualità che un potenziale nuovo entrante facesse una seria offerta di acquisto. Tuttavia le condizioni del mercato della telefonia mobile rendevano improbabile l'ingresso di un nuovo concorrente; ciò ha spinto la Commissione a richiedere rimedi che tutelassero la struttura concorrenziale del mercato anche qualora il numero delle imprese attive sul mercato si fosse definitivamente ridotto. Ne sono un esempio i rimedi che obbligano le imprese parti dell'operazione a stipulare un contratto di accesso alla rete con almeno un nuovo MVNO, prima di poter concludere la concentrazione. La Commissione, al fine di creare le condizioni per l'entrata futura di un nuovo concorrente, ha anche fatto ricorso a misure correttive che facilitassero la trasformazione di un MVNO in un operatore dotato di una propria rete.

Nei tre casi più recenti, invece, non è più stato ritenuto sufficiente proporre rimedi che si limitino ad agevolare l'ingresso nel mercato ad un eventuale futuro MNO. Le difficoltà constatate nell'implementazione dei rimedi approvati nei casi precedenti hanno spinto la Commissione, sotto la direzione del nuovo commissario Vestager, a concludere che per tutelare la struttura concorrenziale del mercato fosse necessario mantenere il numero di quattro operatori sul mercato. Tanto nel caso danese quanto in quello inglese, le misure correttive proposte non sono state ritenute sufficienti a garantire con certezza la futura entrata di un quarto MNO sul mercato. Invece, nel caso italiano, la proposizione di sostanziali rimedi strutturali (cessione di asset e frequenze), unita con l'individuazione di un soggetto affidabile e pronto ad entrare nel mercato, ha sciolto le riserve della Commissione e dimostrato che è possibile effettuare delle concentrazioni nei mercati nazionali della telefonia mobile, nonostante i più rigidi requisiti imposti dalla Commissione.

## Conclusioni

Nel presente elaborato si è provveduto ad esaminare il funzionamento della disciplina europea sul controllo delle operazioni di concentrazione.

Nel primo capitolo ci si è soffermati innanzitutto sulla ragione per cui è necessario prevedere un sistema di controllo delle concentrazioni al fine di tutelare la concorrenza. Le operazioni di concentrazione consistono nell'espansione di un'impresa non attraverso l'incremento progressivo delle risorse interne, ma attingendo alle economie di terzi. Perciò si determina come effetto economico l'unione dei fattori produttivi di imprese prima rivali, con la conseguente riduzione del numero e della forza dei concorrenti. Dunque, è proprio la possibile riduzione della concorrenza che ha determinato l'adozione di una disciplina di controllo delle operazioni di concentrazione. Tuttavia tale regolamentazione differisce dalle altre norme antitrust quali il divieto di intese e di abuso di posizione dominante. Dal punto di vista procedimentale si tratta di un controllo *ex ante*. Infatti le imprese interessate devono notificare l'operazione all'Autorità antitrust prima che essa venga posta in essere; inoltre sussiste anche l'obbligo di sospendere la concentrazione fino a quando non verrà adottata l'eventuale decisione di autorizzazione. Questo è dovuto al fatto che tali operazioni determinano una modifica duratura della struttura del mercato; perciò impedire il verificarsi di una concentrazione risulta più efficace, oltre che meno dispendioso e complesso, rispetto all'ordinare il ripristino della *status quo ante*. Inoltre in tal modo si impedisce il verificarsi di effetti anticoncorrenziali nelle more del procedimento.

Dal punto di vista sostanziale, invece, non è previsto un divieto generalizzato, ma sono vietate solo quelle concentrazioni che possono ostacolare significativamente la concorrenza. La ragione della minore rigidità di questa disciplina deriva dal fatto che le operazioni di concentrazione possono determinare anche effetti positivi sul sistema economico, tanto per i produttori quanto per i consumatori, ad esempio attraverso un incremento delle efficienze nel sistema produttivo che può incentivare una diminuzione dei prezzi.

Se non si prendessero in considerazione questi fattori, risulterebbe incomprensibile il fatto che le intese siano regolate dal legislatore più rigidamente delle concentrazioni: infatti non solo in entrambi i casi si verificano effetti

analoghi sul regime concorrenziale (comportamenti coordinati tra imprese prima rivali), ma le prime influenzano solo i comportamenti delle imprese (non producendo effetti irreversibili sull'assetto concorrenziale), mentre le seconde incidono in maniera duratura sulla struttura del mercato. Allo stesso modo, il legislatore, nello stabilire le norme per tutelare il regime concorrenziale dalle imprese che detengono una posizione dominante, tiene conto degli aspetti positivi per la concorrenza che possono scaturire dalla crescita dimensionale delle imprese. Infatti il raggiungimento di una posizione dominante non è vietato se viene raggiunto tramite la crescita interna di un'impresa. Mentre le operazioni di crescita esterna vengono proibite solo se costituiscono un pericolo per la concorrenza. Il legislatore invece ha previsto il divieto di abusare del proprio potere di mercato per ottenere vantaggi a scapito dei propri rivali, in modo da tutelare il grado di concorrenza effettiva sul mercato tramite un controllo *ex post*.

Chiarita la natura peculiare della disciplina che controlla le concentrazioni, si sono esaminate le vicende politiche che hanno condotto all'adozione del primo regolamento europeo che disciplinava le concentrazioni. Tale normativa è stata introdotta solo nel 1989, al contrario delle altre norme antitrust che invece erano state inserite negli stessi trattati costitutivi. Questo era dovuto al fatto che, nei primi anni dalla formazione del mercato comune, la dimensione media delle imprese dei sei Paesi fondatori sembrava insufficiente a competere efficacemente con i concorrenti a livello internazionale e perciò si riteneva opportuno incentivarne il rafforzamento piuttosto che prevedere meccanismi per limitarne le dimensioni. Inoltre gli Stati membri volevano conservare un controllo nazionale su un settore del diritto della concorrenza che avrebbe potuto influenzare in maniera determinante la politica industriale degli Stati nazionali, incentivando la creazione di campioni nazionali o tenendo conto anche degli aspetti sociali ed occupazionali di una concentrazione. Col passare del tempo però si fece sempre più acuta l'esigenza di impedire gli effetti anticoncorrenziali derivanti dalle operazioni di concentrazione, ma non fu possibile trovare un accordo con gli Stati membri fino a quando la Commissione iniziò ad applicare alle concentrazioni la rigida disciplina dell'abuso di posizione dominante e del divieto di intese, venendo in ciò legittimata dalle Corti europee (rispettivamente con i casi *Continental Can* e *Philip Morris*). Si giunse così all'adozione del regolamento 4064 del 1989, che garantiva una maggiore certezza del diritto tramite

l'introduzione di un sistema di controllo preventivo che autorizzava o proibiva le concentrazioni in base a criteri di natura meramente concorrenziale. Questo test di valutazione venne duramente avversato da alcuni Stati membri, le cui legislazioni antitrust nazionali tenevano conto anche di considerazioni di politica industriale, quali ad esempio la creazione di posti di lavoro. Venne perciò previsto che la Commissione debba tenere conto anche "*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico*" derivante dall'operazione, subordinando però tali valutazioni al fatto che "*essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza*".

La giurisdizione del regolamento europeo sul controllo delle concentrazioni si estende alle operazioni che rientrano nella nozione di concentrazione prevista dall'art. 3, secondo cui è necessario che si verifichi una "*modifica duratura del controllo*" delle imprese interessate, da cui derivi una variazione della struttura del mercato. Tale risultato può essere conseguito tramite tre categorie di strumenti giuridici: fusione, acquisto del controllo e alcuni tipi di *joint venture* (impresa comune). In ogni caso deve essere rispettato il requisito preliminare che le imprese parti dell'operazione siano indipendenti tra di loro: perciò non si può avere una concentrazione qualora l'impresa incorporante e l'impresa c.d. bersaglio, pur essendo dal punto di vista giuridico due enti autonomi, facciano parte dello stesso gruppo d'impres e siano di conseguenza soggette al controllo della medesima *holding*. Ciò che distingue invece i vari tipi di concentrazione sono le modalità attraverso cui si verifica la modifica duratura del controllo: nella fusione si determina una disponibilità diretta dei fattori produttivi dell'impresa controllata, come quella di cui gode l'imprenditore sulla propria azienda; invece, nell'acquisto del controllo si ottiene una disponibilità indiretta, in quanto dovuta a strumenti giuridici quali diritti di proprietà o godimento o su base contrattuale o attraverso altri mezzi. Ciò non significa necessariamente che si determini un controllo di minore intensità od efficacia, ma che questo sia esercitato in modalità diverse dal momento che le imprese interessate mantengono una propria distinta soggettività giuridica. Infatti per acquisto del controllo si intende "*la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa*", che consiste nel controllo sulla gestione e sulle risorse. Questo controllo si definisce positivo se permette di stabilire decisioni aziendali strategiche, negativo se invece consente di porre il veto su tali decisioni strategiche, generando un potenziale stallo nella gestione dell'impresa. Può essere inoltre detenuto in maniera esclusiva da

un'unica impresa o condiviso tra più soggetti, ognuno dei quali gode di un potere di veto. Per quanto riguarda invece la costituzione di una impresa comune, questa può essere considerata come una concentrazione ai sensi del regolamento solo se la joint venture soddisfa il criterio di impresa a pieno titolo: a tal fine deve avere un'autonomia operativa per quanto riguarda la gestione corrente, mentre le decisioni strategiche spettano alle imprese fondatrici che detengono il controllo congiunto. Inoltre dovrà operare sul mercato in maniera autonoma sia dal lato dell'offerta che della domanda: questo significa che le relazioni di vendita e d'acquisto con le imprese madri non devono essere predominanti ma affiancate ad attività aperte al mercato. Infine dovrà essere costituita con l'intenzione di mantenerla in attività durevolmente.

Il primo capitolo si conclude con un esame della proposta avanzata dalla Commissione nel Libro Bianco del 2014 di estendere la disciplina del controllo delle concentrazioni anche all'acquisto di partecipazioni di minoranza non di controllo. Queste infatti non sono sottoposte all'obbligo di notifica preventiva in quanto ai sensi della disciplina attuale non rientrano nella nozione di concentrazione, che richiede una modifica duratura del controllo. Tuttavia la Commissione ritiene che queste operazioni possano comunque determinare degli effetti anti-competitivi. Negli ultimi anni infatti si sono sviluppate delle teorie economiche che hanno studiato gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare dall'acquisto di partecipazioni di minoranza. Questi sono stati suddivisi in tre categorie: effetti unilaterali, coordinati e verticali. Nella prima categoria rientra il fatto per cui un'impresa sarà meno incentivata a competere aggressivamente nei confronti di un concorrente di cui detiene una quota di minoranza in quanto in tal caso ne condividerebbe in parte le perdite. Un altro caso consiste nella facoltà per l'azionista di minoranza di esercitare la propria influenza per limitare le strategie concorrenziali dell'impresa e indebolirne la posizione commerciale. Gli effetti coordinati consistono nel fatto che i legami strutturali tra concorrenti facilitano la costituzione di equilibri collusivi qualora permettano all'acquirente di accedere a informazioni riservate, come nel caso in cui nomini un membro dell'organo amministrativo. Per effetti verticali si intende il meccanismo in base al quale, dopo aver acquistato una partecipazione di minoranza in un'impresa operante in un mercato a valle o a monte della stessa catena produttiva, si discriminano i

concorrenti della propria partecipata, riservandosi un trattamento preferenziale con essa.

Tali effetti negativi sono meno incisivi rispetto alle conseguenze derivanti dall'acquisto duraturo del controllo, tuttavia sono anche meno giustificabili in quanto non producono quelle efficienze che invece si originano dalle concentrazioni. Così, una volta bilanciati gli incrementi di efficienza con gli effetti anti-competitivi, si potrebbe giungere alla conclusione che l'acquisto di una quota di minoranza determini una restrizione della concorrenza pari ad una concentrazione.

La Commissione ha inoltre individuato il verificarsi di effetti anticoncorrenziali in un numero limitato di casi, alcuni dei quali però di rilievo come la vicenda *Ryanair/Aer Lingus*.

Queste analisi economiche ed empiriche supportano la tesi che sia necessario controllare gli effetti anti-competitivi derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza. Al momento ci sono alcuni strumenti giuridici che adempiono a tale funzione, sebbene in modo non sistematico. Il regolamento sul controllo delle concentrazioni permette che, nel valutare se la concentrazione ostacola significativamente la concorrenza effettiva, si debba tener conto anche di eventuali effetti restrittivi derivanti dalla presenza di legami strutturali che non conferiscono il controllo tra le società parti dell'operazione e i loro concorrenti. In questi casi può essere richiesta la cessione di tali partecipazioni. Tuttavia sono esclusi dal controllo tutti gli acquisti di quote di minoranza compiuti in assenza o successivamente ad un'operazione di concentrazione. Un altro strumento di controllo è dato dagli art. 101 e 102 TFUE, che secondo la giurisprudenza possono essere utilizzati per vietare *ex post* comportamenti che restringono la concorrenza derivanti da legami strutturali tra imprese. Tuttavia la loro efficacia è limitata: non sempre l'acquisto di partecipazioni può essere classificato come intesa e solo le imprese che già godono di una posizione dominante possono abusarne. Inoltre in questo modo non si garantisce la certezza del diritto in quanto le indagini rimangono riservate e possono durare anni, così che le imprese non sarebbero mai certe della legittimità delle loro operazioni. Un ulteriore strumento per il controllo degli effetti anti-concorrenziali derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza è dato dai diritti societari nazionali. Questi infatti possono limitare sia l'influenza esercitata dagli azionisti di minoranza sulle

decisioni commerciali sia l'accesso a informazioni sensibili da parte degli stessi. Tuttavia ogni Stato membro ha una propria disciplina, così che si determinano gradi differenti di tutela all'interno del mercato unico. Questo vale anche per le legislazioni antitrust nazionali, che in alcuni casi prevedono controlli sulle partecipazioni di minoranza.

Da questi elementi si inferisce che l'attuale sistema di controlli non permette una sistematica valutazione degli effetti anti-competitivi derivanti dall'acquisto delle partecipazioni di minoranza. La Commissione ha perciò proposto di estendere la giurisdizione del regolamento sul controllo delle concentrazioni, vietando le partecipazioni di minoranza che determinano un "*legame significativo dal punto di vista della concorrenza*". Dal punto di vista procedimentale si prospetta un "sistema di trasparenza mirato", secondo cui le imprese hanno l'obbligo di presentare una notifica semplificata qualora l'acquisto di quote azionarie soddisfi il criterio sostanziale. L'operazione verrebbe sospesa per 15 giorni e la Commissione avrebbe la facoltà di decidere se avviare un'indagine, nel qual caso le parti dovranno inviare una notifica completa. Le parti avrebbero anche la possibilità di comunicare volontariamente una notifica completa, al fine di ottenere una decisione della Commissione sull'operazione e dunque una maggiore certezza del diritto.

Questa proposta ha sollevato diverse critiche dovute al fatto che i limitati rischi per la concorrenza derivanti dall'acquisto di partecipazioni di minoranza potrebbero non giustificare i costi economici ed amministrativi dovuti all'applicazione del sistema di controllo. Alcuni commentatori infatti suggeriscono di semplificare e rendere più chiaro il criterio di valutazione sostanziale al fine di garantire maggiore certezza del diritto e diminuire gli oneri amministrativi su imprese notificanti e Commissione. Dal punto di vista procedimentale, alcuni preferirebbero un sistema di autovalutazione, in cui le imprese possano decidere di non notificare i casi che reputano non problematici dal punto di vista concorrenziale. Questo ridurrebbe gli oneri sulle imprese ma aumenterebbe l'incertezza giuridica.

Il legislatore europeo dovrà trovare il giusto bilanciamento tra la maggiore tutela della concorrenza derivante da un controllo sistematico dell'acquisto di partecipazioni di minoranza e i maggiori oneri a carico delle imprese. Questo può essere ottenuto, a livello europeo, tramite uno strumento giuridico unitario

appositamente concepito, simile a quello proposto dalla Commissione, oppure anche attraverso un efficace coordinamento dei mezzi di controllo già esistenti quali il Regolamento 139/2004 e gli art. 101 e 102. A livello nazionale sarebbe opportuno che si tendesse a raggiungere un analogo livello di tutela tramite nuove normative antitrust e riforme nei diritti societari dei Paesi Membri.

Il secondo capitolo ha esaminato le modalità attraverso cui si verifica il controllo delle concentrazioni, suddividendosi in due sezioni. Nella prima si affronta il tema della valutazione sostanziale delle concentrazioni, ossia dei criteri in base ai quali la Commissione decide se un'operazione debba essere autorizzata o proibita. L'adozione del regolamento 139/2004 ha sostituito il *Dominance test* con un nuovo criterio di valutazione costituito dal SIEC test.

Il *Dominance test* era stato interpretato dalle corti in modo tale da richiedere che una concentrazione, per poter essere vietata, dovesse soddisfare due distinti requisiti: da una parte che creasse o rafforzasse una posizione dominante e dall'altra che da ciò derivasse un significativo impedimento della concorrenza effettiva. Perciò la presenza di una posizione dominante non era condizione sufficiente da sola ad impedire una concentrazione, tuttavia era un requisito necessario (in sua assenza una concentrazione non avrebbe potuto essere vietata neppure se si fosse provato che avrebbe ridotto sensibilmente la concorrenza).

Per posizione dominante la giurisprudenza europea intende la facoltà per un'impresa di "agire indipendentemente da concorrenti e clienti", che si accosta al concetto di potere di mercato: cioè la capacità di influenzare importanti parametri a base della concorrenza, ad esempio aumentando i prezzi, riducendo la quantità prodotta o ritardando le innovazioni. Inoltre le corti hanno esteso tale nozione anche ai casi di dominanza collettiva, cioè quando più imprese, giuridicamente indipendenti l'una dall'altra, si presentano e agiscono, nei confronti dei concorrenti e dei consumatori, come un'entità economica unitaria.

L'applicazione del test di dominanza da parte della Commissione ha subito nel tempo un'evoluzione che ha portato a dare meno importanza a elementi strutturali quali le quote di mercato e a valutare invece se la concentrazione elimina dei vincoli concorrenziali, prendendo in considerazione le caratteristiche del mercato (come il grado di sostituibilità dei prodotti, le barriere d'entrata, l'eliminazione di concorrenti effettivi o potenziali, ...), le dinamiche competitive tra le imprese parti della concentrazione e sugli effetti derivanti da essa sulla concorrenza. La

Commissione dunque ha iniziato ad utilizzare analisi e strumenti economici per valutare se l'impresa nata dalla concentrazione avrà abbastanza potere di mercato per alzare unilateralmente i prezzi oltre il livello in regime di concorrenza senza che l'uscita dal mercato dei clienti marginali renda l'operazione non profittevole.

In seguito ad un approfondito dibattito, la Commissione europea ha introdotto con il regolamento 139/2004 un nuovo criterio di valutazione delle concentrazioni, il SIEC test, in base al quale sono vietate le concentrazioni che *“ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato”*<sup>306</sup> senza più richiedere come ulteriore condizione la presenza di una posizione dominante, che diviene solo uno dei casi in cui può scattare il divieto.

Il primo obiettivo perseguito con l'introduzione del SIEC test consisteva nel garantire un approccio alla valutazione delle concentrazioni rivolto all'analisi dei loro effetti sull'equilibrio concorrenziale complessivo del mercato. Mentre infatti il test di dominanza focalizza la sua analisi sul quesito se l'ente risultante dalla concentrazione raggiunga un eccessivo potere di mercato, il SIEC test valuta se è probabile che il grado di concorrenza si riduca ad un livello tale da determinare un aumento dei prezzi o una diminuzione della quantità prodotta. Questo approccio può evitare che vengano proibite quelle concentrazioni che, pur determinando un'elevata quota di mercato combinata delle imprese parti dell'operazione, non produrrebbero comunque una diminuzione significativa della concorrenza, ad esempio in quanto le imprese interessate producono beni che sono sostituiti relativamente distanti, oppure perché l'assenza di vincoli alla capacità produttiva dei concorrenti garantirà una pressione competitiva sufficiente.

L'applicazione del test di dominanza si era progressivamente evoluta da un approccio meramente strutturale ad uno che prendesse in considerazione anche gli effetti sulla concorrenza; perciò l'introduzione del SIEC test si è inserita all'interno di un processo evolutivo già in corso, garantendo continuità all'attività di controllo delle concentrazioni. La sua funzione è stata di formalizzare e chiarire l'importanza che le dinamiche concorrenziali complessive ricoprono nell'analisi della Commissione.

Il secondo obiettivo perseguito tramite l'introduzione del SIEC test consiste nell'eliminare una possibile lacuna nel test di dominanza: in precedenza infatti non potevano essere proibite quelle concentrazioni da cui derivava una

---

<sup>306</sup> Art. 2(3) Regolamento del Consiglio UE n. 139/2004.

significativa diminuzione della concorrenza senza però che si creasse una posizione dominante. Un esempio è dato dai mercati oligopolistici non collusivi da cui derivano degli effetti anti-competitivi unilaterali che non scaturiscono solo dalle parti oggetto dell'operazione, ma anche dal modo in cui reagiscono i concorrenti: all'aumentare dei prezzi da parte dell'ente risultante dalla concentrazione, i concorrenti sono incentivati ad alzare a loro volta i prezzi. Senza il SIEC test questi casi sarebbero stati particolarmente complessi da proibire in quanto effetti anticoncorrenziali possono scaturire anche se le imprese parti dell'operazione non detengono quote di mercato combinate tali da garantire una posizione dominante singola e, in seguito al caso *Airtours/FirstChoice*, le corti richiedono rigorosi requisiti per dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Tuttavia, dal punto di vista dell'applicazione pratica, tali casi risultano residuali e l'introduzione del nuovo test non ha determinato un aumento delle concentrazioni proibite dalla Commissione. Si può pertanto ritenere che il principale apporto dato dalla modifica normativa sia stato l'adozione formale di un approccio basato sulla valutazione degli effetti sulle dinamiche concorrenziali complessive. La particolare importanza di tale obiettivo è dimostrata anche dal fatto che la Commissione ha adottato altre misure per garantire un'analisi chiara, solida e approfondita degli effetti sul mercato e una maggiore prevedibilità dell'attività di controllo, da cui derivi maggiore trasparenza e certezza del diritto. Ne sono un esempio gli Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni, emanati nel 2004 e 2008. Inoltre la Commissione ha istituito il ruolo di *Chief Economist*, al fine di fornire guida e supporto nella valutazione di casi complessi che richiedono l'impiego di analisi economiche. È stato anche implementato un sistema di controlli interni così da rendere più rigoroso il processo decisionale.

Nella seconda sezione del secondo capitolo è stata analizzata la procedura di controllo delle operazioni di concentrazione.

Il diritto antitrust europeo prevede che il controllo delle concentrazioni sia ripartito tra Commissione e Stati membri in base a delle soglie di fatturato stabilite dal regolamento 139/2004, superate le quali le concentrazioni sono considerate di "dimensione comunitaria" e sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva della Commissione. Gli Stati membri erano restii a cedere la propria competenza, per evitare che la Commissione potesse interferire nella loro politica

industriale. Tuttavia il principio cardine della disciplina consiste nell'affidare alla sola Commissione il controllo su quelle concentrazioni che coinvolgono il commercio tra almeno due Stati membri. Questo permette alle parti di essere sottoposte ad un unico procedimento a livello europeo, invece di dover ottenere l'autorizzazione da parte dell'Autorità antitrust di ogni Stato membro interessato. In questo modo diminuiscono i costi amministrativi e si eliminano i problemi di coordinamento tanto sulla tempistica delle procedure quanto soprattutto sugli esiti delle stesse, che qualora differissero l'uno dall'altro metterebbero a repentaglio il corretto funzionamento del mercato unico. Una valutazione unica da parte della Commissione permette inoltre di rendere omogenei gli standard di valutazione ed impedire interferenze politiche nazionali. Il principio dello sportello unico è però bilanciato da quello di sussidiarietà, che limita la giurisdizione del regolamento europeo ai soli casi dove la Commissione sia in grado di agire in modo più efficace rispetto alle Autorità nazionali. Il punto di equilibrio è stato concordato prevedendo un complesso sistema di ripartizione giurisdizionale. Il criterio delle soglie è stato scelto per garantire certezza del diritto, evitando parametri troppo discrezionali. La flessibilità è invece garantita dai meccanismi di riallocazione dei casi, che possono verificarsi sia prima che dopo la notifica. La commissaria responsabile per la concorrenza Margrethe Vestager ha aperto ad ottobre 2016 una consultazione pubblica per raccogliere informazioni in merito ad una possibile lacuna nel sistema di controllo dovuta al fatto che il sistema delle soglie di fatturato non riesce a sottoporre alla vigilanza della Commissione alcune concentrazioni, che risultano potenzialmente pericolose per la concorrenza non per la dimensione delle imprese coinvolte ma per il tipo di asset che possiedono. Ne è un esempio l'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook per 19 miliardi di euro, avvenuta nel 2014, dove non sono state raggiunte le soglie di fatturato di dimensione comunitaria nonostante l'alto importo della transazione, che teneva conto infatti del valore della base di clienti di WhatsApp. Da questa problematica potranno scaturire sviluppi futuri nella disciplina del riparto di giurisdizione. Infatti, la normativa sul controllo delle concentrazioni ha lo scopo di tutelare la concorrenza. Per conseguire tale obiettivo, deve evolversi nel tempo al fine di affrontare le nuove criticità che sorgono insieme col mutare del contesto economico e sociale.

In seguito si sono esaminate le fasi della procedura di controllo a cui è sottoposta una concentrazione che rientra nella giurisdizione della Commissione.

In primo luogo, è stato analizzato l'obbligo di notificazione preventiva che incombe sulle parti dell'operazione. Queste sono tenute inoltre a rispettare l'obbligo di *standstill*, che consiste nel non realizzare la concentrazione né prima della notifica né in assenza dell'autorizzazione da parte della Commissione. In secondo luogo si è stata esaminata la disciplina inerente lo svolgimento della valutazione sostanziale da parte della Commissione, che compie un'analisi preliminare nella Fase 1 e solo se sorgono seri dubbi sulla compatibilità della concentrazione col mercato comune procede ad un'indagine più approfondita nella Fase 2. Infine la Commissione deve assumere una decisione di autorizzazione o proibizione entro i termini stabiliti dal regolamento, pena l'automatica approvazione dell'operazione. La procedura che regola il controllo delle concentrazioni è infatti tesa a garantire da una parte un esame approfondito e rigoroso dell'operazione, al fine di valutare attentamente le conseguenze derivanti per il mercato comune, dall'altra parte si vogliono assicurare tempi di decisione certi e celeri, affinché non mutino le condizioni di mercato che sono alla base della concentrazione, rendendo inutile l'intero procedimento. Per conseguire tale duplice obiettivo, la collaborazione tra parti notificanti e Commissione viene agevolata al massimo grado: è ad esempio prevista una fase di "prenotificazione". Questa permette alla Commissione di selezionare un'adeguata squadra di funzionari e di avere più tempo per istruire la futura fase di analisi e controllo; invece le imprese interessate possono assicurarsi sulla completezza delle informazioni da notificare, così da non incorrere in ulteriori richieste di dati che allungherebbero i tempi di decisione. Nel corso della procedura vengono poi organizzate delle riunioni sullo stato di avanzamento che permettono alle parti e alla Commissione di confrontarsi sulle problematiche del caso. I termini temporali che regolano la procedura consentono margini di flessibilità per adattarsi alle esigenze del caso concreto. Un ulteriore esempio di questo approccio efficientista è dato dalla possibilità per le concentrazioni che non suscitano gravi perplessità dal punto di vista della concorrenza di ricorrere ad una procedura semplificata, meno onerosa e più breve.

Le imprese parti della concentrazione possono sciogliere i dubbi della Commissione relativi alla concorrenza proponendo delle misure correttive, che

modificano l'operazione notificata. Queste si distinguono in due principali categorie: strutturali e comportamentali. Le prime modificano in modo duraturo la struttura competitiva del mercato, come ad esempio tramite la cessione di una attività. Gli impegni comportamentali incidono invece sul comportamento futuro dell'ente risultante dalla concentrazione; ne sono un esempio le misure relative all'accesso al mercato: queste possono prevedere l'obbligo di garantire l'approvvigionamento di forniture ai concorrenti o di vendere a prezzi e condizioni di mercato. Gli impegni strutturali sono preferiti a quelli comportamentali in quanto eliminano le riserve sotto il profilo concorrenziale in maniera permanente e senza richiedere misure di controllo a medio o lungo termine. Le misure correttive risultano di estrema utilità all'interno del sistema di controllo delle concentrazioni. Infatti sono lo strumento che garantisce la flessibilità necessaria ad approvare quante più operazioni possibile, senza danneggiare la struttura concorrenziale del mercato. In questo modo si massimizzano i benefici che il sistema economico ottiene dalle concentrazioni, quali ad esempio maggiori efficienze, tutelando la concorrenza, che rimane la pietra angolare dell'economia di mercato.

La teoria della *failing firm* si applica quando una concentrazione, che sarebbe in condizioni normali proibita, viene invece considerata compatibile con il mercato comune se una delle imprese parti dell'operazione versa in stato di crisi. Infatti se si prevede che, in assenza della concentrazione, la struttura concorrenziale del mercato si deteriorerebbe almeno della stessa misura, allora non sussiste nesso causale tra l'operazione e la riduzione della concorrenza e perciò la concentrazione potrebbe essere autorizzata. L'utilizzo di tale teoria risulta eccezionale e raro a causa dei rigorosi criteri che devono essere dimostrati affinché essa venga accettata. Si deve infatti provare che l'impresa si trova in difficoltà finanziarie tali da costringerla in breve tempo ad uscire dal mercato; non deve esserci un'acquisizione alternativa da cui derivino effetti anticoncorrenziali meno gravi di quelli causati dalla concentrazione notificata; infine, in assenza della concentrazione, i beni produttivi dell'impresa in stato di crisi dovrebbero uscire inevitabilmente dal mercato, così che non possano essere ri-utilizzati da altri concorrenti. La crisi economica degli ultimi anni ha spinto alcuni commentatori ad interrogarsi sull'opportunità di rendere meno stringenti i requisiti della *failing firm defence*, al fine di permettere una maggiore

razionalizzazione del sistema economico. La Commissione tuttavia ha respinto tali ipotesi, chiarendo però che se l'operazione avviene in un ambiente economico influenzato dalla crisi, allora anche l'analisi della Commissione ne risulterà affetta, rendendo in concreto più semplice soddisfare i requisiti previsti. Ritengo perciò che la Commissione debba assicurarsi che tale teoria venga applicata in maniera veloce ed efficace in ogni caso in cui una concentrazione può rendere l'inevitabile uscita dal mercato di un'impresa meno onerosa sia in termini di valore economico quanto dal punto di vista occupazionale, con i conseguenti effetti sul tessuto sociale.

Infine si sono prese in considerazione le modalità attraverso cui si verifica l'eventuale controllo giudiziario delle decisioni di autorizzazione e proibizione adottate dalla Commissione. L'organo competente a compiere il controllo di legittimità di tali decisioni è il Tribunale dell'Unione europea, le cui sentenze possono essere appellate presso la Corte Europea di Giustizia, ma solo per questioni di diritto. Tuttavia, la distinzione tra errori di diritto ed errori di fatto può risultare meno netta quando applicata ai casi concreti. Ad esempio, se il Tribunale, invece di limitarsi a verificare la valutazione dei fatti compiuta dalla Commissione, la sostituisce con una propria analisi, allora la questione di fatto si tramuta in una questione di diritto in cui la Corte dovrà valutare se il Tribunale ha ecceduto la propria giurisdizione. Perciò il controllo giudiziale esercitato dalla Corte sul Tribunale risulta comunque accurato.

Il controllo di legittimità delle decisioni della Commissione è influenzato da due elementi: i requisiti di prova richiesti alla Commissione e lo standard di revisione a cui si devono conformare le corti.

I primi consistono nel criterio in base al quale un giudice determina se un fatto o un'allegazione è stato sufficientemente corroborato affinché la corte possa considerarlo come formalmente dimostrato. La giurisprudenza europea ha stabilito che la Commissione deve effettuare una valutazione di probabilità: deve cioè prendere la sua decisione in base agli sviluppi del mercato che ritiene più probabili, senza dover dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio che la concentrazione non solleva dubbi per la concorrenza. Infatti il Regolamento 139/2004 non si fonda su una presunzione di incompatibilità delle concentrazioni con il mercato interno e dunque la Commissione deve attenersi agli stessi requisiti di prova tanto in caso di autorizzazione che di proibizione di una concentrazione.

Lo standard di revisione consiste invece nell'intensità con cui le corti esaminano le decisioni della Commissione per stabilire se sono stati soddisfatti i requisiti di prova richiesti. Per quanto riguarda gli errori di diritto, le corti applicano il più alto standard di revisione in quanto l'interpretazione della legge è di esclusiva competenza delle corti. Queste possono perfino stabilire nuovi principi legali inerenti l'oggetto di revisione e valutare in base ad essi la decisione della Commissione. Per quanto riguarda gli errori di fatto le Corti si accertano che gli elementi di prova adottati dalla Commissione siano esatti, attendibili e coerenti.

Infine gli errori di valutazione, che derivano dal trarre erronee conclusioni dall'interpretazione dei fatti, sono sottoposti ad uno standard di revisione meno intenso, limitandosi agli errori manifesti. Questo è dovuto al principio di separazione dei poteri, per la cui tutela le Corti hanno concesso alla Commissione un margine di discrezionalità nelle valutazioni di natura economica. L'estensione di tale margine tuttavia non risulta del tutto chiara in quanto nel caso Tetra Laval la corte afferma che il giudice non si deve astenere dal condurre una revisione degli elementi che hanno determinato tale decisione.

Il sistema di controllo giudiziale previsto dagli attuali trattati, nonostante la sua pervasività, sembra riuscire a garantire un'efficace verifica delle decisioni della Commissione senza però paralizzarne l'attività.

Nel terzo capitolo sono stati analizzati sei casi di operazioni di concentrazione riguardanti il mercato della telefonia mobile in sei diversi Paesi membri dell'Unione europea. Il confronto tra questi casi ha permesso di osservare le modalità con cui la Commissione valuta concretamente se un'operazione sia compatibile col mercato comune.

Per quanto riguarda la giurisdizione a controllare tali operazioni, in ognuno dei casi esaminati è risultata competente la Commissione in quanto sono state superate le soglie di fatturato previste per poter considerare una concentrazione di dimensione europea. Questo è dovuto al fatto che le imprese parti delle varie operazioni facevano quasi sempre parte di gruppi multinazionali di telecomunicazioni attivi in diversi Stati membri. Tuttavia, il settore delle telecomunicazioni mobili è al momento caratterizzato da mercati di dimensione nazionale in quanto la sua regolamentazione è affidata alle Autorità competenti di ogni Stato membro e le licenze per l'utilizzo dello spettro di frequenze vengono concesse su base nazionale. La Commissione è attualmente impegnata

nell'attuazione dell'Agenda Digitale Europea che si prefigge di creare un mercato digitale unico. Fino a quel momento la Commissione si dovrà occupare per lo più di operazioni che non influiscono sul commercio tra Stati membri ma su mercati nazionali. Tali mercati risultano già altamente concentrati, infatti tutti i casi analizzati consistono nel passaggio da quattro a tre operatori di telefonia mobile.

I vari casi sono inoltre accomunati anche dal principale ostacolo alla concorrenza, che viene individuato nel sorgere di alcuni effetti orizzontali non coordinati. In particolare consisteva nell'eliminazione di un importante vincolo concorrenziale che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitavano in precedenza l'una sull'altra, contestualmente alla riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti.

Pur essendovi diverse analogie tra i casi, gli esiti delle valutazioni della Commissione differiscono nel tempo: le prime tre concentrazioni (quella Austriaca, Irlandese e Tedesca) sono state tutte autorizzate con la condizione di adottare dei pacchetti di misure correttive; delle seconde tre invece quella danese è stata ritirata dalle parti per l'impossibilità di soddisfare i requisiti della Commissione, quella inglese è stata proibita in quanto i rimedi proposti non erano sufficienti a sciogliere le riserve sulla tutela della concorrenza e, infine, solo quella italiana è stata approvata, sebbene subordinata a una serie di misure correttive. I motivi di tali differenze sono in primo luogo da individuare nel fatto che ogni caso è valutato in base alle caratteristiche specifiche tanto delle imprese interessate quanto del mercato nazionale rilevante. Tuttavia anche l'esperienza accumulata nel tempo, tanto durante la procedura di valutazione quanto nel monitoraggio dell'esecuzione dei rimedi e dell'evoluzione del mercato successiva all'operazione, ha permesso alla Commissione di affinare le proprie analisi. A questo va, inoltre, aggiunto il diverso approccio dei due Commissari che si sono succeduti alla guida del dipartimento per la concorrenza, rispettivamente Almunia, che ha sovrinteso ai primi tre casi, e Vestager, che ha gestito gli ultimi tre. Le differenze principali si riscontrano nella valutazione delle misure correttive necessarie per sciogliere le riserve sulla concorrenza della Commissione. Nei primi tre casi sono stati considerati sufficienti dei rimedi che si limitavano ad agevolare l'ingresso di un quarto operatore sul mercato. Era previsto infatti che l'ente risultante dalla concentrazione avesse l'obbligo di cedere parte delle proprie frequenze e altri asset strumentali all'ingresso di un nuovo operatore solo nel caso

in cui avesse ricevuto un'offerta concreta da parte di un'impresa. Tuttavia in nessuno dei primi tre casi autorizzati si è presentato un potenziale MNO e perciò l'ente risultante dalla concentrazione ha conservato la titolarità del proprio patrimonio frequenziale nella sua interezza. La Commissione, per evitare di vedere nuovamente frustrati gli sforzi tesi a conservare il grado di concorrenza nel mercato, ha perciò iniziato a richiedere rimedi strutturali che garantissero il mantenimento di quattro operatori sul mercato. Tale requisito è stato considerato soddisfatto solo nel caso italiano, in cui le parti non si sono limitate a proporre la cessione di un sostanziale insieme di asset, ma hanno pure individuato un soggetto affidabile e pronto ad entrare fin da subito nel mercato come quarto operatore.

Nell'affrontare questi casi, la Commissione ha dovuto tenere conto delle peculiarità del settore delle telecomunicazioni, dove le dinamiche del mercato sembrano rendere inevitabile un progressivo consolidamento degli operatori. Se infatti da una parte i concorrenti attuali tendono ad aggregarsi, dall'altra parte stentano a presentarsi nuovi entranti. Risulta così improbabile che i mercati nazionali possano sopportare l'attuale grado di concorrenza nel lungo periodo. Perciò le decisioni richiamate non sembrano in grado di garantire un assetto stabile del mercato se non nel breve e medio periodo. Dunque mi sembra che il progetto della Commissione di tutelare la struttura concorrenziale del mercato attraverso la costituzione di un unico grande mercato europeo delle telecomunicazioni possa creare le condizioni affinché le imprese possano in futuro competere efficacemente.

Dall'analisi dei casi richiamati, è emersa anche la complessità dell'obiettivo che si pone la disciplina del controllo delle concentrazioni: prevedere le conseguenze che l'operazione notificata produrrà sulla struttura concorrenziale del mercato.

Per ottenere tale risultato è necessario compiere accurate analisi sul caso concreto, che non una sarebbero possibili senza un insieme di norme sostanziali e procedurali che definiscano l'oggetto e le modalità della ricerca. Tale disciplina normativa non è statica nel tempo ma si evolve costantemente al fine di far fronte alle molteplici esigenze che scaturiscono dal contesto economico e sociale.

## Bibliografia

- Albers M e Williams K, *Oral Hearings - Neither a Trial Nor a State of Play Meeting*, in [http://ec.europa.eu/competition/hearing\\_officers/albers\\_williams\\_article.pdf](http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/albers_williams_article.pdf)
- Almunia J, "Merger Review: Past Evolution and Future Prospects," del 2 novembre 2012 (Comunicato stampa della Commissione SPEECH/12/773).
- Almunia J, *Merger Regulation in the EU after 20 years*, IBA Antitrust Committee, Bruxelles, 10 marzo 2011, Commission Press Release SPEECH/11/166
- Alzona G e Sassatelli M, *Il controllo delle concentrazioni nell'esperienza comunitaria e italiana*, in L'industria (ISSN 0019-7416) Fascicolo 1, gennaio-marzo 2001
- Annex to the Commission Staff Working Document: Towards more effective EU merger control, Brussels, 25/6/2013 SWD(2013) 239 final
- Art. 1 (1) *Proposta di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni*, Commissione europea, 20 luglio 1973
- Art. 1 del Regolamento Interno della Commissione C(2000) 3614
- Art. 130 del Trattato di Maastricht
- Art. 147, 148 e 148-bis Testo Unico Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58.
- Art. 19 del Regolamento della Commissione (CE) No 802/2004, 21 aprile 2004, OJ L 133 30/4/2004;
- Art. 2(3), Regolamento 4064/89
- Art. 2390, 2391, 2475-ter, art. 2477 del Codice Civile (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262)
- Art. 25 della legge n.287 del 1990
- Art. 36 del decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 251 alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 284 del 6 dicembre 2011. Convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante: «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.», pubblicata nel Supplemento ordinario n. 276 alla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 27 dicembre 2011
- Art. 5 del Trattato sull'Unione Europea, OJ C 326, 26/10/2012.
- Art. 5 Regolamento (CE) no. 802/2004, 21/04/2004, OJ L 133
- Art. 65 e 66 del trattato CECA (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio)
- Art. 76a Consolidated Version of the Rules of Procedure of the General Court, OJ 2010, C 177/37;
- Art. 85 e 86 Trattato CEE, 25 marzo 1957. Traslati nel Trattato CE agli art. 81 e 82. Divenuti infine gli art. 101 e 102 del TFUE
- Atto Unico Europeo, firmato il 17 febbraio 1986, GUCE 29 giugno 87 N. L 169/1
- Barry E. Hawk Henry L. Huser "Controlling the Shifting Sands: Minority Shareholdings Under EEC Competition Law" Fordham International Law Journal Volume 17, Issue 2 1993 Article 2
- Benz, Thomas J. (1974), "The Emergence of a Common Market Merger Control Policy: The Aftermath of Continental Can— The Proposed EEC Merger Control Regulation", Cornell International Law Journal: Vol. 7: Iss. 2, Article 3;
- Brittan L, "The Early Days of EC Merger Control" in *EC Merger Control: Ten Years On* (London, International Bar Association, 2000)
- Brittan L, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Cambridge, Grotius, 1991
- Brittan L, *Principles and Practice of the Merger Regulation*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 24 September 1990
- Brittan L, *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*, [1990] 15 European Law Review
- Burnside A J, *Minority Shareholdings. An Overview of EU and National Case Law*, in e-Competition, n. 56676, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)
- Case COMP/M.3512, *VNU/WPP/JV*, Commission decision of 15 September 2004, para 29
- Casi C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P *Aalborg Portland and Others v Commission*, ECR [2004] I-123

Casi riuniti 142/85 e 156/84 *British American Tobacco (BAT) e Reynolds v. Commission* [1987] ECR

Casi riuniti 142/85 e 156/84 *British American Tobacco Company Limited e R.J. Reynolds Industries Inc. v Commissione europea* [1987] ECR 4487 (“Philip Morris”)

Casi riuniti C-395/96 P e 396/96 P *Compagnie Maritime Belge* [1996]

Casi unificati C-68/94 e C-30/95 *French Republic e Société commerciale des potasses et de l’azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission (Kali und Salz)* [1998] ECR I-1375

Caso 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, punto 65; vedi anche causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979

Caso 6-72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, Sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 1973, documento 61972CJ0006, I Eur.

Caso C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] ECR I-987

Caso C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] ECR I-987

Caso C-413/03 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* [2008] ECR I-4951

Caso COMP/JV.51, *Bertelsmann/Mondadori/BOL Italia SpA*, 1 settembre 2000

Caso COMP/M.1864 *Glaxo Wellcome/Smith Kline Beecham*, 8 maggio 2000

Caso COMP/M.1939 - *Rexam/AmericanNationalCan*, 19/07/2000, CELEX database Document No 300M1939

Caso COMP/M.1980 *Volvo/Renault VI*, Decisione della Commissione del 1 Settembre 2000, [2000] OJ L301/23

Caso COMP/M.2016, *France Telecom/Orange*, Decisione della Commissione del 11 agosto 2000

Caso COMP/M.2208 *Chevron/Texaco*, 26 gennaio 2001, CELEX No 301M2208

Caso COMP/M.2220, Decisione della Commissione del 3 luglio 2001, [2004] OJ L48/1

Caso COMP/M.2256 *Philips/Agilent Health Care Solutions*, decisione del 2/03/2001

Caso COMP/M.2314 *BASF/Pantochim/Eurodiol* OJ 2002, L 132/45

Caso COMP/M.2314, *BASF/Pantochim/Eurodiol*, Decisione della Commissione, 11 luglio 2001, OJ 2002, L 132/45

Caso COMP/M.2632, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*, 11 febbraio 2002

Caso COMP/M.2822 — *ENBW/ENI/GVS* (2002)

Caso COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiu*, Decisione della Commissione, 2 aprile 2003

Caso COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz*, decisione della Commissione del 11 giugno 2003, [2004] OJ L92/91

Caso COMP/M.3178 *Bertelsmann/Springer/JV*, decisione del 3/05/2005

Caso COMP/M.3216, Decisione della Commissione del 26 ottobre 2004 (2005] OJ L218/6)

Caso COMP/M.3330, *RTL/M6*, 12 marzo 2004, CELEX database documento No 304M3330

Caso COMP/M.3544 *Bayer Healthcare/Roche*, decisione del 19/11/2004.

Caso COMP/M.3653, Decisione della Commissione del 13 luglio 2005

Caso COMP/M.3686, Decisione della Commissione del 30 marzo 2005

Caso COMP/M.3687 *Johnson&Johnson/Guidant*, decisione del 25/08/2005

Caso COMP/M.3696, Decisione della Commissione del 21 dicembre 2005 (2006] OJ L253/20)

Caso COMP/M.3751 *Novartis/Hexal*, decisione del 27/05/2005

Caso COMP/M.3765 *Amer/Salomon*, decisione del 12/10/2005

Caso COMP/M.3858, *Lehman Brothers/ SCG/ Starwood/ Le Meridien*, 20 luglio 2005

Caso COMP/M.3916, Decisione della Commissione del 26 aprile 2004

Caso COMP/M.4110 - *E.ON / ENDESA*, decisione della Commissione del 25/04/2006, punto 8 per quanto concerne la dimensione comunitaria.

Caso COMP/M.4314 *Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare*

Caso COMP/M.4336, *MAN/Scania*, 20 dicembre 2006, sito internet EUR-Lex documento No 32006M4336

Caso COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, Decisione della Commissione del 27 giugno 2007

Caso COMP/M.4781 *Norddeutsche Afinnerie/Cumerio*, decisione del 23/01/2008

Caso COMP/M.4835 *Hexion/Huntsman*, decisione del 30/06/2008

Caso COMP/M.4854, Decisione della Commissione del 14 maggio 2008

Caso COMP/M.4942, Decisione della Commissione del 2 Luglio 2008

Caso COMP/M.5153 *Arsenal/DSP*, decisione del 9/01/2009

Caso COMP/M.5355, Decisione della Commissione del 12 Marzo 2009

Caso COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal*, Decisione della Commissione del 13 marzo 2009.

Caso COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg*, Decisione della Commissione del 29/03/2010

Caso COMP/M.5984, *INTEL/MCAFFEE*, Decisione della Commissione del 26/01/2011

Caso COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND, Decisione della Commissione, 28/05/2014

Caso COMP/M.81 — VIAG/Continental Can (1991)

Caso *Irish Distillers Group v. G&C Brands Ltd.*, 4 Common Mkt. Rep. 840 (1988)

Caso IV/33.440, *Warner Lambert v. Gillette*, 10 November 1992

Caso IV/JV.22 *Fujitsu/Siemens*, 30 settembre 1999

Caso IV/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*, 20 maggio 1998

Caso IV/M.1221 *Rewe/Meinl*, Decisione della Commissione, 3 febbraio 1999

Caso IV/M.165, *Alcatel/AEG Kabel*, Decisione della Commissione del 18 Dicembre 1991

Caso IV/M.1672, Decisione della Commissione del 14 Marzo 2000, [2001] OJ L143/74

Caso IV/M.430 *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, decisione della Commissione del 21 giugno 1994, [1994] OJ L354/32

Caso IV/M.53 *Aerospaziale-Alenia/de Havilland*, decisione della Commissione del 2 Ottobre 1991, [1991] OJ L334/42

Caso IV/M.53, Decisione della Commissione del 2 ottobre 1991, [1991] OJ L 334/42

Caso IV/M.697, *Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation*, 27 marzo 1996

Caso IV/M.993, *Bertelmann/Kirch/Premiere*, Decisione della Commissione, 27 maggio 1998

Caso *Kali&Saltz /MdK /Treuhand* [1994] OJ L 186/38

Caso *Kali&Saltz /MdK /Treuhand* [1994] OJ L 186/38

Caso M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, Decisione della Commissione C(2007) 4600, 11 ottobre 2007

Caso T-411/07, *Aer Lingus Group plc v. Commission*, Sentenza del Tribunale, 6 luglio 2010

Caso M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, Decisione della Commissione, 27 giugno 2007

Caso M.4854 *TomTom/Tele Atlas*, 14 May 2008

Caso M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA, Decisione della Commissione, 12/12/2012

Caso M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND/ E-PLUS, Decisione della Commissione, 2/7/2014

Caso M.7612 - HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK, Decisione della Commissione, 11 maggio 2016

Caso M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV, Decisione della Commissione, 1 settembre 2016, C(2016) 5487 final.

Caso n. IV/M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, Decisione della Commissione, 14 dicembre 1993

Caso *Nestlé/Perrier*, Decisione della Commissione [1992], in GUCE, L356/1

Caso *Ryanair Holdings PLC v Competition and Markets Authority*, 1219/4/8/13, [2014] CAT 3

Caso T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753

Caso T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753

Caso T-102/96 *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753

Caso T-158/00 *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) v Commission* [2003] ECR II-03825

Caso T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4071

Caso T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4071

Caso T-342/07, *Ryanair Holdings plc v. Commission* [2010] ECR II-03457

Caso T-342/99 *Airtours/First Choice* [2002]

Caso T-342/99 *Airtours/First Choice* [2002], punto 62

Caso T-342/99 *Airtoursplc v. Commission* [2002] ECR II-2585

Caso T-374/00 *Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen-und Metallwerke Ferndorf GmbH and Rudolf Flender GmbH & Co. v. Commission* [2003] ECR II-2275

Caso T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4381

Caso T-79/12 *Cisco Systems Inc and Messagenet SpA v. Commission*, sentenza del 11 dicembre 2013

Caso T-87/05 *Energias de Portugal SA v Commission* [2005] ECR II-3745

Caso T-2/93 *Air France v Commission* [1994] ECR II-00323

Causa T-102/96, *Gencor contro Commissione*, Racc. [1999] II-753

Causa T-210/01, *General Electric/Commissione*, Racc. 2005, pag. II-000

Cause riunite C-68/94 e 30/95 *Kali & Salz*, 31 marzo 1998 I-1453

Coate Malcolm B (2009) *Did the European Union's Market Dominance Policy Have a Gap? Evidence from Enforcement in the United States*, *European Competition Journal*, 5:3

COM(2006) 779 final, *Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement*, Brussels, 7/12/2006, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/defence/more\\_on\\_defence\\_procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/more_on_defence_procurement_en.pdf)

COM(2014) 449 Commissione Europea, *Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, 9 luglio 2014

COMP/M.4153, *Toshiba/Westinghouse*, decisione della Commissione del 19 settembre 2006

*Competition Journal*, 6:1

Comunicati stampa della Commissione: IP/06/1265 Brussels (26 settembre 2006) e IP/06/1853 Brussels (20 dicembre 2006).

Comunicato stampa della Commissione europea, 8 aprile 2015, IP/15/4749, *Dichiarazione del commissario responsabile per le politiche sulla concorrenza Margrethe Vestager, 11 settembre 2015*, STATEMENT/15/5627

Comunicato stampa della Commissione IP/01/855 del 18 giugno 2001

Comunicato stampa della Commissione IP/12/1361

Comunicato stampa della Commissione IP/14/607

Comunicato stampa della Commissione IP/14/607

Comunicato stampa della Commissione IP/14/771

Comunicato stampa della Commissione IP/90/751, in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-90-751\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-90-751_en.htm) visitato nel 2016

Comunicato stampa della Commissione, 1 settembre 2016, IP/16/2932

Comunicato stampa della Commissione, 11 maggio 2016, IP/16/1704

Comunicato stampa della Commissione, *Concentration of firms in the Common Market*, Comunicato stampa della Commissione, Information Memo P-1/66, January 1966, in <http://aei.pitt.edu/15718/> visitato nel 2016

Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01

Comunicazione consolidata della Commissione 2008/C 95/01

Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, 2008/C 267/01

*Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio*, (2013/C 366/04), 14/12/2013

*Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, in [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/consultation\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/consultation_document_en.pdf)

Decisione del Ministero dell'Economia tedesco del 5 luglio 2002 e del 18 settembre 2002, I B 1-22 08 40/129—*E.ON/Ruhrgas*

Decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — Enso/Stora, GU L 254 del 29.9.1999

Decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, GU L 57 del 27.2.2002

Delphine A. Abellard, *Merger Control in the European Community: e EC Regulation "On the Control of Concentrations Between Undertakings" and Implementing Guidelines*, 11 Nw. J. Int'l L. & Bus. 293 (1990-1991)

DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, 20/01/2004

Discorso del vicepresidente della Commissione responsabile per le politiche sulla concorrenza Joaquín Almunia, 12/12/2012, SPEECH/12/946

Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo)*, SEC(2009) 808 final/2 punto 104 [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/)

Ehlermann C-D e Marquis M (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, pubblicato da Hart Publishing nel 2011, introduction pagina XXIII

*European Commission publishes a study on minority shareholdings for its review of EU merger control*, CMS Law-Now, 19 ottobre 2016

*Federal Trade Commission v. Heinz* 246 F.3d 708 (2001)

Federico Ghezzi F Pini GD, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004*, Rivista delle Società, fasc.1, 2014

Fingleton J e Dermot Nolan (Competition Authority of Ireland) *Mind the Gap: reforming the EU Merger Regulation* (2003)

García-Durán Huet P, *European Integration Theories: the case of EEC merger policy*, London School of Economics and Political Science, UMI number U615564

Ghezzi F Olivieri G, *"Diritto Antitrust"*, Giappichelli Editore, 2013

*Glossary of terms used in EU competition policy*, emanato dalla Commissione UE nel luglio 2002 Green Paper COM(2001) 745, 11/12/2001

Green Paper on the Review of Council Regulation 4064/89, COM(2001) 745/6 final (Green Paper)

Gustavo Olivieri, *Minority Shareholdings e Controllo delle Concentrazioni: Nihil SubSole Novi?*, Rivista Italiana di Antitrust, n.1 (2014), pagina 67

Impact Assessment "Towards more effective EU merger control", Documento di lavoro della Commissione, 9 luglio 2014, SWD(2014) 217

International Cooperation Best Practices on Cooperation in Merger Investigations, the Commission Press Release IP/02/1591 of 30 October 2002

Koppenfels U, *A Fresh Look at the EU Merger Regulation? The European Commission's White Paper "Towards More Effective EU Merger Control"*, Liverpool Law Rev (2015) 36:7–31 DOI 10.1007/s10991-015-9163-x

*Le probleme de la concentration dans le marche commun*, Documento di lavoro della Commissione, Studies: Competition Series 3, 1966, in <http://aei.pitt.edu/40303/> visitato nel 2016

Legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240

Legge 27 ottobre 2008 n. 166, *Gazzetta Ufficiale* n. 252 del 27 ottobre 2008

Levy N (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1

Levy N (2010) *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1

Levy N, *EU Merger Control and non controlling minority shareholdings: the case against change*, in 9 European Competition Journal, 2013

Levy N, *EU Merger Control: a Brief History*, 3 febbraio 2004

Levy N, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1)

Levy N, *Expanding EU Merger Control to Non-Controlling Minority Shareholdings: A Sledgehammer to Crack a Nut?*, CPI Antitrust Chronicle Dec 2014 (1)

Levy N, *The Eu's Siec Test Five Years On: Has it Made a Difference?*, European Competition Journal, 6:1, 2010

*Libro Bianco, Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, Commissione Europea, 9 luglio 2014, COM(2014) 449

Libro Verde sulla revisione del Reg. (CEE) n. 4064/89, 11 dicembre 2001, COM/2001/0745 final

Lyons B, *An Economic Assessment of EC Merger Control: 1958-2007*, Dept. of Economics and the ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Working Paper 08-17

Manigrassi L, Ocello E, Staykova V, *Competition Merger Brief 3/2016 (Special Edition Telecoms)* ISBN 978-92-79-57016-2, ISSN: 2363-2534

Manuale di Procedure Antitrust, documento di lavoro interno del DG Comp per l'applicazione degli art. 101 e 102 TFUE, pubblicato nel marzo 2012

Mario Monti, *Competition enforcement reforms in the EU: some comments by the Reformer*, Georgetown University Washington, 4 aprile 2003, in dichiarazione stampa della Commissione SPEECH/03/200

Markert (1969), *Antitrust Aspects of Mergers in the E.E.C.*, 5 TEXAS INT'L L.F. 32

Memo della Commissione MEMO/14/387

Memo della Commissione MEMO/14/387 e MEMO/14/460

Memo della Commissione MEMO/14/460

*Merger Policy*, in [www.cambridge.org/nl/download\\_file/853384/](http://www.cambridge.org/nl/download_file/853384/) visitato nel 2016

Monti M, "The Main Challenges for a New Decade of EC Merger Control", EC Merger Control—10th Anniversary Conference, Brussels, 14–15 September 2000, the Commission Press Release SPEECH/00/311

OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 10 agosto 2010, DAF/COMP(2009)38

Opinione dell'Avvocato Generale Kokott, caso C-413/03 P Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala [2008] ECR I-4951,

Orientamenti relativi alla Valutazione delle Concentrazioni Non Orizzontali, emanati dalla Commissione, 2008/C 265/07

Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), emanato dalla Commissione il 5/2/2004, OJ C 31, punto 89 e seguenti

Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Horizontal Merger Guidelines), Commissione europea, 5/2/2004, OJ C 31

Pappalardo A, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali VII, 2014

Patricia García-Durán Huet, *European Integration Theories: the case of EEC merger policy*, London School of Economics and Political Science, UMI number U615564

Pietro Fulvo, *Il decreto Salva Italia e il nuovo divieto di Interlocking directorates*", Banche e banchieri, 2012 volume 39 fascicolo 1

Power Games, *The Economist*, 26 febbraio 2009

*Proposta emendata di regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese*, Commissione

europea, [1988] OJ C130/4

*Proposta emendata di regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese*, giugno 1988, allegata alle Minutes of the Meeting of the Council Working Party on Economic Issues, 30 August 1988

*Proposta emendata di regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese*, Commissione europea [1989] OJ C22/16

Prosperetti – Merini, *Appunti e casi di economia antitrust – seconda bozza*, capitolo 2 pagina 12

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, GU L24 del 29/1/2004

Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese

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

Remedies in Merger Cases, OECD Roundtables, DAF/COMP(2011)13

Roller L-H e de la Mano M, “*The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*” (2006) 2 European Competition Journal 9

Ryan S A (Directorate-General Competition, Directorate B), *Reform of the EU Merger Control System — a comprehensive package of proposals*, Competition Policy Newsletter, 2003 Number 1 Spring, in <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/>

*Ryanair Holdings plc and Aer Lingus Group plc – A report on the completed acquisition by Ryanair Holdings plc of a minority shareholding in Aer Lingus plc*, Commissione europea 28 agosto 2013

Schmidt J P, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings—A model for the EU?* 2 Competition Law Journal (2013)

Section 37 (1) No 3 e 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, “GWB”, legge sulla concorrenza della Repubblica Federale Tedesca

Slaughter e May, *The EU Merger Regulation An overview of the European merger control rules*, giugno 2016

*Standard for Merger Review 2009*, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21

*Standard for Merger Review 2009*, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21

*Standard for Merger Review 2009*, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), DAF/COMP(2009)21

Stewart Terence P., Abellard Delphine A., *Merger Control in the European Community: e EC Regulation "On the Control of Concentrations Between Undertakings" and Implementing Guidelines*, 11 Nw. J. Int'l L. & Bus. 293 (1990-1991)

*Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings*, Commissione europea, 14 ottobre 2016

Szczodrowski J, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 2012, 5(6)

T. Reeves e N. Dodoo, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law*, Fordham International Law Journal Volume 29, Issue 5 2005 Article 5

*Towards more effective EU merger control*, Documento di lavoro della Commissione , 25 giugno 2013, SWD(2013)

Tsoukalis L, *The New European Economy* (2nd edn, Oxford University Press, 1993)

*U.K. competition authorities' response to DG COMP's Consultation on Reform of the EUMR*, 20 settembre 2013

US Horizontal Merger Guidelines, Department of Justice e Federal Trade Commission, 19 agosto 2010

Vande Walle S and Wambach J, *Competition Merger Brief 1/2014 – Article 3*

Vestager M, *Refining the EU merger control system*, Studienvereinigung Kartellrecht, Brussels, 10 marzo 2016.

Walker M, “An Economic Framework for Measuring Dominance” in W Collins, Issues in

Competition Law and Policy (Chicago, IL, American Bar Association, 2008), vol 2

*XVII Report on Competition Policy*, pubblicato insieme al *XXI General Report on the Activities of the European Communities* (1987), [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/) visitato nel 2017

XXIst Report on Competition Policy (1991),  
[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/) visitato nel 2017

XXXIST Report on Competition Policy 2001-SEC(2002) 462 FINAL,  
[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/) visitato nel 2017