

# Studio Santa Maria

L.go Toscanini, 1 - 20122 Milano  
Tel. 02 771971  
Fax 02 77197260  
02 794675 - 02 76015360  
E-mail: santamaria@santalex.com  
http://www.santalex.com

Via Carducci, 4  
00187 Roma  
Tel. 06 48904329  
Fax 06 4827355

Italian Desk at Kramer Levin  
919 Third Avenue  
New York, NY 10022 - 3903  
Tel. (212) 715 - 9100  
Fax (212) 715 - 8000  
http://www.kramerlevin.com

In alliance with  
\*berwin leighton paisner  
Adelaide House London Bridge  
London EC4R 9HA  
Tel. 0044 20 77601000  
Fax 0044 20 77601111  
http://www.blplaw.com

## VII - NEWSLETTER - N° 22

2 dicembre 2004

*Director: Prof. Avv. Alberto Santa Maria*

### ***Il nuovo sistema comunitario di controllo delle concentrazioni tra imprese\****

#### ***1. Introduzione***

Lo scorso 1° maggio 2004 ha rappresentato un passaggio fondamentale per l'Unione europea, in quanto in tale data, oltre all'ingresso di dieci nuovi Stati membri nell'Unione stessa, è entrata in vigore la riforma del diritto comunitario della concorrenza, relativa al sistema comunitario di controllo delle concentrazioni, all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE<sup>1</sup> ed agli

accordi di trasferimento di tecnologia.<sup>2</sup>

Nella presente *Newsletter* si esaminerà il pacchetto legislativo di riforma del sistema comunitario del controllo delle concentrazioni, con particolare riguardo alle novità di maggior rilievo rispetto al sistema previgente.

#### ***2. Il pacchetto di riforme***

Il processo di riforma è stato avviato dalla Commissione europea (la "Commissione") nel dicembre 2001 con il Libro Verde sulla revisione del Regolamento (CEE) 4064/89, nello stesso periodo in cui il sistema comunitario in materia di concentrazioni ha cominciato ad essere oggetto di critica da parte delle autorità *antitrust* statunitensi<sup>3</sup> e degli operatori del settore oltre a subire censure, sotto forma di annullamento di alcune decisioni adottate dalla Commissione europea, da parte dei giudici comunitari.<sup>4</sup>

\* Per un'analisi della disciplina previgente, si veda la *Newsletter* n. 3 del 30 settembre 1998, *La riforma della disciplina comunitaria sul controllo delle concentrazioni*.

<sup>1</sup> V. Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in *GU L* 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ed il cosiddetto "pacchetto modernizzazione", composto da sei Comunicazioni della Commissione e dal Regolamento (CE) 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in *GU L* 123 del 27 aprile 2004, p. 18.

<sup>2</sup> Si vedano il Regolamento (CE) 772/2004 della Commissione del 27 aprile 2004 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, in *GU L* 123 del 27 aprile 2004, p. 11 e le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, in *GU C* 101 del 27 aprile 2004, p. 2.

<sup>3</sup> Soprattutto a seguito della proibizione nel 2001 da parte della Commissione europea della concentrazione tra General Electric ed Honeywell, già approvata dalle autorità statunitensi.

Tale processo di riforma si è concluso con l'adozione del Regolamento (CE) 139/2004 (il "nuovo regolamento")<sup>5</sup> che, a partire dal 1° maggio 2004, ha sostituito il Regolamento (CEE) 4064/89 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (il "vecchio regolamento").<sup>6</sup>

Il nuovo regolamento è stato integrato dalla seguente serie di misure di natura normativa ed interpretativa:

(a) gli Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del nuovo regolamento (gli "Orientamenti");<sup>7</sup>

(b) le *Best Practices* della Direzione Generale Concorrenza sulla conduzione dei procedimenti di controllo delle concentrazioni a livello comunitario (le "*Best Practices*");<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Si vedano le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, in *Raccolta* 2002, II-2585; del 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Raccolta* 2002, II-4071 e del 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione*, in *Raccolta* 2002, II-4381.

<sup>5</sup> Regolamento (CE) 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU L* 24 del 29 gennaio 2004, p. 1.

<sup>6</sup> Regolamento (CEE) 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUCE L* 395 del 30 dicembre 1989, p. 1, successivamente modificato dal Regolamento (CE) 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997, in *GUCE L* 180 del 9 luglio 1997, p. 1.

<sup>7</sup> Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU C* 31 del 5 febbraio 2004, p. 5.

<sup>8</sup> *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*, pubblicate sul sito internet della Commissione.

(c) il Regolamento (CE) 802/2004 della Commissione di esecuzione del nuovo regolamento (il "Regolamento di esecuzione")<sup>9</sup> che, a partire dal 1° maggio 2004, ha sostituito il Regolamento (CEE) 447/98;<sup>10</sup> al Regolamento di esecuzione sono allegati: (i) la nuova versione del Formulario CO per la notifica di una concentrazione a norma del nuovo regolamento, (ii) il nuovo formulario applicabile alle operazioni soggette alla procedura semplificata e (iii) il nuovo Formulario RM, relativo alle richieste motivate di rinvio ai sensi dell'articolo 4, paragrafi 4 e 5, del nuovo regolamento.<sup>11</sup>

La spinta innovatrice, inoltre, ha condotto ad una riorganizzazione della Direzione Generale della Concorrenza, che prevede la nomina di un Direttore generale aggiunto incaricato delle concentrazioni, la nomina di un *Chief Economist* coadiuvato da un proprio *staff*, la dissoluzione della "*Merger Task*

<sup>9</sup> Regolamento (CE) 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, in *GU L* 133 del 30 aprile 2004, p. 1.

<sup>10</sup> Regolamento (CEE) 447/98 della Commissione del 1° marzo 1998 relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al Regolamento (CEE) 4064/89, in *GUCE L* 61 del 2 marzo 1998, p. 1.

<sup>11</sup> Il Regolamento di esecuzione regola, nel dettaglio, le modalità di effettuazione della notificazione di una concentrazione alla Commissione e il decorso, la scadenza e la sospensione dei diversi termini di cui al nuovo regolamento. Il medesimo regolamento chiarisce, inoltre, chi sono i soggetti titolari del diritto ad essere sentiti nel corso del procedimento amministrativo, il contenuto di detto diritto e lo svolgimento delle audizioni dinanzi la Commissione. Infine, esso definisce le modalità di svolgimento dell'accesso al fascicolo e di trattamento delle informazioni riservate, nonché i termini e le modalità che le parti notificanti devono seguire nella presentazione degli impegni alla Commissione.

*Force*” - con la redistribuzione del relativo personale tra sette diverse unità della DG Concorrenza, ciascuna con competenze specializzate per specifici settori industriali<sup>12</sup> - e, infine, l’istituzione di un nuovo sistema di scrutinio in fase II da parte di un *peer review panel*, composto da funzionari non facenti parte del *case team* investito dell’esame della concentrazione.<sup>13</sup>

Sono state predisposte, infine, tre ulteriori Comunicazioni della Commissione, (i) una relativa alla divisione dei casi, nelle ipotesi di rinvio, tra la Commissione e le Autorità Nazionali della Concorrenza (“ANC”), (ii) una in materia di restrizioni accessorie e (iii) una riguardante la procedura semplificata per l’esame di determinate concentrazioni.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Nel caso in cui un’operazione coinvolga diversi settori, l’allocazione del caso viene effettuata secondo il principio del “centro di gravità”, ossia il caso viene assegnato alla direzione competente per il settore sul quale l’operazione stessa sortisce il maggiore impatto.

<sup>13</sup> E’ stato ritenuto che la creazione di questo *review panel*, seppur da considerarsi positiva, non abbia, in ogni caso, condotto ad una sostanziale modifica della situazione esistente, per cui la Commissione continua a svolgere il ruolo di investigatore e *decision-maker* nel corso dell’intera procedura. Si vedano, tra gli altri, BERG e OSTENDORF, *The Reform of EC Merger Control: Substance and Impact of the Proposed New Procedural Rules*, in *ECLR* [2003], 594.

<sup>14</sup> Le tre comunicazioni, non ancora pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea, sono consultabili sul sito internet della Commissione.

### **3. Le principali novità introdotte dalla riforma**

#### **3.1 La nozione di concentrazione di dimensione comunitaria**

Il nuovo regolamento non ha apportato modifiche sostanziali alla nozione di “concentrazione di dimensione comunitaria”. Non sono infatti state cambiate, contrariamente alle numerose indicazioni emerse in sede di consultazione, le soglie di fatturato di cui all’art. 1 del vecchio regolamento che determinano la dimensione comunitaria di una concentrazione e la conseguente competenza della Commissione ad esaminarla. Per quanto riguarda la definizione di concentrazione, la nuova formulazione dell’art. 3, unitamente al considerando 20 del nuovo regolamento, chiarisce che un’operazione costituisce una concentrazione laddove si determini “una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella struttura del mercato”.

#### **3.2 Il nuovo test di compatibilità**

La novità di maggior rilevanza introdotta dal nuovo regolamento è relativa al test sostanziale applicato dalla Commissione nel valutare la compatibilità di un’operazione di concentrazione con il mercato comune.

La precedente formulazione dell’articolo 2, paragrafo 2, prevedeva che “le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata

in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune”.

L'articolo 2, paragrafo 2, del nuovo regolamento stabilisce, invece, che “le concentrazioni che non ostacolino 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, sono dichiarate compatibili con il mercato comune”.

Nella nuova formulazione, dunque, è venuto meno uno dei due criteri che costituivano il test di compatibilità, vale a dire la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, mentre quello che era il secondo elemento di valutazione e, cioè, il significativo ostacolo ad una concorrenza effettiva, è oggi l'unico criterio utilizzato dalla Commissione.

In questo modo, la legislazione comunitaria in materia si è avvicinata al test del *substantial lessening of competition* (“SLC”) utilizzato dalla pratica statunitense, il che dovrebbe determinare, nelle dichiarate aspettative della Commissione, una trattazione maggiormente efficiente delle concentrazioni internazionali. Si tratta, in realtà, come è stato osservato, di una “curiosa forma di coabitazione” tra una variante del test SLC ed il test di dominanza.<sup>15</sup>

Inoltre, sempre secondo la Commissione, attraverso la nuova

<sup>15</sup> Si veda VÖLCKER, *Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control*, in *ECLR* [2004], 395.

formulazione dell'art. 2, paragrafo 2, è stato reso chiaro che possono essere vietate tutte le concentrazioni che hanno effetti anticoncorrenziali, ossia che fanno salire i prezzi e diminuiscono la scelta o l'innovazione, a prescindere - in teoria - dalla quota di mercato detenuta dalle parti notificanti.

La creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, pertanto, non assume più il ruolo di criterio discriminante all'interno del test di compatibilità, ma costituisce, unicamente, la situazione più rilevante delle ipotesi in cui una concentrazione può essere di ostacolo in modo significativo ad una concorrenza effettiva.

Con il nuovo test, peraltro, aumenta la discrezionalità della Commissione nella valutazione di un eventuale divieto di quelle concentrazioni che non danno luogo ad una vera e propria posizione dominante nel senso consueto del termine, che non determinano, cioè, nuove realtà di dimensioni molto maggiori rispetto a quelle degli altri concorrenti, ma che, comunque, comportano l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali, in precedenza reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione.<sup>16</sup> Ciò che potrà anche determinare un indirizzo in genere più restrittivo rispetto alla precedente impostazione. La questione centrale diviene, pertanto, quella di valutare se, dopo la concentrazione, rimanga una concorrenza tale da offrire ai consumatori una scelta sufficiente.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Si veda il considerando 25 del nuovo regolamento.

<sup>17</sup> Si veda il comunicato stampa della Commissione del 20 gennaio 2004, MEMO/04/9, pubblicato sul sito internet della Commissione.

Con riferimento alle concentrazioni “orizzontali”, vale a dire quelle in cui le imprese coinvolte sono concorrenti effettivi o potenziali in un medesimo mercato rilevante, la Commissione, nei propri Orientamenti di recente pubblicati, ha chiarito il modo in cui essa intende valutare: (a) le quote di mercato delle imprese interessate (b) il grado di concentrazione all’interno del mercato rilevante per determinare se una concentrazione orizzontale sia suscettibile di produrre effetti anticoncorrenziali, (c) gli effetti anticoncorrenziali eventualmente derivanti dalle concentrazioni di natura orizzontale e (d) gli elementi che possono fungere da contrappeso all’eventuale aumento di potere di mercato derivante dalla concentrazione.<sup>18</sup>

Con riferimento alle quote di mercato ed al grado di concentrazione, la Commissione ribadisce che essi: “offrono una prima utile indicazione sulla struttura del mercato e sull’importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti”.<sup>19</sup>

Gli Orientamenti prevedono che quote di mercato molto elevate - pari al 50% o anche superiori - possano costituire, *per se*, la prova di una posizione dominante, ma che, in presenza di alcuni fattori (quali, ad esempio, la forza ed il numero dei concorrenti, la presenza di limiti di capacità o l’elevato grado di sostituibilità tra i prodotti delle parti

<sup>18</sup> Per il momento la Commissione non ha ancora provveduto a pubblicare analoghi orientamenti per la valutazione delle concentrazioni con effetti verticali e conglomerati.

<sup>19</sup> Si veda il paragrafo 14 dei citati Orientamenti.

interessate), anche quote inferiori possano dare adito a preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza. Si afferma, inoltre, che, in presenza di quote di mercato non superiori al 25%, sussiste la presunzione che tale concentrazione non sia in grado di ostacolare una concorrenza effettiva.<sup>20</sup>

Gli Orientamenti chiariscono che, al fine di misurare il grado di concentrazione del mercato interessato, la Commissione intende utilizzare l’indice di Herfindahl-Hirschman (“HHI”), già utilizzato nel valutare operazioni di concentrazione negli Stati Uniti, calcolato sommando i quadrati delle quote di mercato individuali di tutte le imprese presenti sul mercato.<sup>21</sup>

La Commissione individua un livello di HHI (inferiore a 1.000), all’interno del quale la stessa ritiene altamente improbabile che sorgano problemi sotto il profilo della concorrenza orizzontale ed un ulteriore livello compreso tra 1.000 e 2.000 (ed eventualmente anche superiore a 2.000) in cui, a determinate condizioni, è parimenti da escludere che la Commissione formuli obiezioni.<sup>22</sup> La Commissione chiarisce che i livelli di HHI sono considerati unicamente quale indicatore iniziale dell’assenza di preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza e non danno luogo, pertanto, ad alcuna presunzione (né di presenza né di assenza) di preoccupazioni concorrenziali.

<sup>20</sup> Si vedano i paragrafi 17 e 18 degli Orientamenti. Il medesimo assunto è contenuto nel considerando 32 del nuovo regolamento.

<sup>21</sup> Lo HHI può andare da un numero prossimo allo zero, in caso di mercato atomistico, sino a 10.000, in caso di puro monopolio.

<sup>22</sup> Tali condizioni sono individuate al paragrafo 20 degli Orientamenti.

Con riferimento ai possibili effetti anticoncorrenziali, la Commissione determina i due modi principali nei quali le concentrazioni orizzontali possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva: gli “effetti non coordinati” e gli “effetti coordinati” che tali concentrazioni possono determinare.

Gli “effetti non coordinati” si verificano nel caso in cui una concentrazione elimini “importanti vincoli concorrenziali per una o più imprese, in modo tale che le stesse possano, di conseguenza, detenere un maggiore potere di mercato, pur senza mettere in atto un comportamento coordinato”.<sup>23</sup>

Una serie di fattori, elencati a titolo esemplificativo negli Orientamenti, costituiscono un indice della probabilità che dalla concentrazione derivino effetti non coordinati significativi, quali, ad esempio, le elevate quote di mercato delle imprese coinvolte nell’operazione, l’elevato grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti, le limitate possibilità dei clienti di cambiare fornitore, la capacità dell’impresa risultante dalla concentrazione di ostacolare la crescita dei concorrenti.

Gli “effetti coordinati”, invece, si verificano laddove, a seguito della concentrazione, si determini “la modifica della natura del processo concorrenziale in modo tale che sia significativamente più probabile che imprese, le quali precedentemente non coordinavano il loro comportamento, si coordinino ed aumentino i prezzi o ostacolino in altro modo una concorrenza effettiva”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Orientamenti, paragrafo 22.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Gli Orientamenti esaminano, infine, quegli elementi in grado di controbalanciare gli effetti negativi per la concorrenza che potrebbero altrimenti derivare dalla concentrazione, quali il potere di contrasto degli acquirenti, la facilità di ingresso nel mercato, le considerazioni di efficienza, e lo stato di crisi dell’impresa, la c.d. “*failing firm defense*”.<sup>25</sup>

Va rilevato come, con la presente riforma,<sup>26</sup> venga finalmente riconosciuto, in modo espresso ed a livello legislativo, che gli eventuali effetti anticoncorrenziali di una concentrazione possono essere compensati da considerazioni di efficienza, sempre che, tuttavia, si tratti di efficienze (i) vantaggiose per i consumatori, (ii) specificamente connesse alla concentrazione e (iii) verificabili.<sup>27</sup>

### 3.3 Considerazioni critiche

Molti hanno criticato l’introduzione del nuovo test di compatibilità. Si teme che esso possa generare incertezza giuridica, sia perché non sorretto dalle decisioni delle corti comunitarie sia perché le legislazioni di molti Stati europei, tra i quali molti dei nuovi Stati membri, hanno adottato il test di dominanza contenuto nel vecchio regolamento.

<sup>25</sup> Si vedano i citati Orientamenti, paragrafi da 64 a 91.

<sup>26</sup> Si vedano il considerando 29 del nuovo regolamento ed i paragrafi 76-88 degli Orientamenti.

<sup>27</sup> L’approccio della Commissione rispetto alle considerazioni di efficienza è sempre stato piuttosto cauto. Si veda il discorso del Commissario Monti *Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the reform project Conference on Reform of European Merger Control British Chamber of Commerce*, Bruxelles, 4 giugno 2002, in cui egli ha sostenuto che “*it is appropriate to maintain a touch of <healthy scepticism> withy regard to efficiency claims*”.

La Commissione, al contrario, sostiene, da un lato, che il nuovo test salvaguardi la validità della precedente giurisprudenza in materia e, dall'altro, che occorra attendere l'interpretazione che la Commissione stessa ed i giudici comunitari daranno in sede di applicazione del test medesimo, piuttosto che limitarsi ad un'astratta analisi del nuovo testo dell'art. 2, paragrafo 2.<sup>28</sup>

### **3.4 Novità procedurali**

Il nuovo regolamento ha provveduto a modificare la procedura del sistema comunitario di controllo delle operazioni di concentrazione. Qui di seguito si analizzeranno le novità più significative anche sotto tale profilo.

#### **3.4.1 La fase di notifica e di pre-notifica**

E' stato innanzitutto eliminato il termine di una settimana, decorrente dalla conclusione di un accordo vincolante o dalla pubblicazione dell'offerta d'acquisto o scambio di una partecipazione di controllo, per notificare un'operazione di concentrazione alla Commissione. Resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 7, paragrafo 1, del nuovo regolamento, di

<sup>28</sup> Si veda il documento, reperibile sul sito internet della Commissione, *Merger review package in a nutshell*, ove il nuovo test viene ritenuto "a truly European solution". Lo stesso Commissario Monti ha dichiarato di ritenere "largely semantic" la discussione sul test di compatibilità. Si veda il discorso del 17 settembre 2004, *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, IBA 8th Annual Conference, Fiesole.

non realizzare un'operazione di concentrazione prima che detta operazione sia stata approvata dalla Commissione.

La novità più rilevante risiede nella possibilità per le imprese interessate di notificare una concentrazione *ancor prima della conclusione* di un accordo vincolante o della pubblicazione di un'offerta pubblica di acquisto o scambio. L'articolo 4, paragrafo 1, secondo comma, del nuovo regolamento dispone, infatti, che la notificazione è ammessa anche quando le imprese interessate dimostrino alla Commissione che hanno in buona fede intenzione di concludere un accordo ovvero, in caso di offerta pubblica, quando abbiano pubblicamente annunciato che intendono procedere a tale offerta.<sup>29</sup>

Inoltre, nelle citate *Best Practices*, che hanno codificato alcuni aspetti della procedura sviluppati nella prassi nel corso degli anni, viene considerevolmente enfatizzata l'importanza della fase di pre-notifica e vengono indicati con precisione i passi formali da intraprendere con le relative tempistiche.

La Commissione consiglia di effettuare i primi contatti pre-notifica almeno *due settimane* prima della data

<sup>29</sup> Si veda anche il considerando 34 del nuovo regolamento: "Dovrebbe essere possibile procedere alla notificazione anche quando le imprese interessate convincono la Commissione della loro intenzione di concludere un accordo per una concentrazione proposta e le dimostrano che il loro piano per la concentrazione proposta è sufficientemente concreto, per esempio, presentando un accordo di principio, un memorandum di intesa o una lettera di intenti firmati da tutte le imprese interessate o, in caso di offerta pubblica, quando hanno pubblicamente annunciato che intendono procedere a tale offerta".

prevista per la notifica al fine di permettere la costituzione di un appropriato *case team* in tempi e modi funzionali ad un'analisi adeguata dell'operazione.<sup>30</sup>

E' peraltro in quella sede che la Commissione consiglia alle parti di portare alla luce la sussistenza di considerazioni di efficienza, atteso che l'esame delle stesse comporta un'analisi approfondita che la Commissione potrà così intraprendere *ab initio*.

### 3.4.2 L'esame di una concentrazione

Il nuovo regolamento ha modificato la durata massima di entrambe le fasi di indagine della Commissione.

La fase I dell'indagine della Commissione, ai sensi dell'articolo 10,

paragrafo 1, del nuovo regolamento dovrà essere portata a termine entro 25 giorni lavorativi decorrenti dal giorno successivo al ricevimento della notifica della concentrazione. Nell'ipotesi in cui le imprese interessate offrano di assumere *impegni*, il termine entro cui deve essere conclusa la fase I è automaticamente prorogato a 35 giorni lavorativi.<sup>31</sup>

La fase II dell'indagine della Commissione, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, del nuovo regolamento dovrà avere termine entro 90 giorni lavorativi. Tuttavia, qualora le imprese interessate offrano di assumere *impegni*, il termine è automaticamente esteso a complessivi 105 giorni lavorativi, salvo che tali *impegni* vengano offerti entro 55 giorni lavorativi dalla data di avvio del procedimento.

L'articolo 10, paragrafo 3, ultimo comma, del nuovo regolamento,

Vecchio regolamento	Nuovo regolamento
<b>Prima fase</b>	
<p><b>Un mese</b> dal giorno successivo al ricevimento della notificazione</p> <p>Prorogato a <b>sei settimane</b> se vengono proposti impegni o perviene una domanda di rinvio</p>	<p><b>25 giorni lavorativi</b> dal giorno successivo al ricevimento della notificazione</p> <p>Prorogato a <b>35 giorni lavorativi</b> se vengono proposti impegni o perviene una domanda di rinvio</p>
<b>Seconda fase</b>	
<p><b>Quattro mesi</b> dal giorno successivo alla decisione di procedere ad un'indagine approfondita</p>	<p><b>90 giorni lavorativi</b> dal giorno successivo alla decisione di procedere ad un'indagine approfondita + <b>20 giorni lavorativi</b> su richiesta delle parti notificanti o della Commissione con il consenso delle parti notificanti</p> <p>+ <b>15 giorni lavorativi</b> se le imprese propongono misure correttive dopo il 54° giorno lavorativo successivo all'avvio dell'indagine approfondita</p>

**Tabella riassuntiva del par. 3.4.2**

<sup>30</sup> I contatti devono essere intrapresi attraverso il deposito di un *memorandum* (o di una bozza di Formulario CO) contenente una breve sintesi dell'operazione, dei mercati rilevanti nonché dell'impatto concorrenziale.

<sup>31</sup> Tale proroga opera altresì nel caso in cui la Commissione riceva una domanda di rinvio da parte di uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, del nuovo regolamento. Il nuovo sistema dei rinvii verrà analizzato *infra sub* 3.5.



prevede, inoltre, che i termini previsti per la fase II possano anche essere prorogati su richiesta delle parti notificanti, richiesta da effettuarsi una sola volta nel corso dell'indagine ed entro 15 giorni lavorativi dall'adozione della decisione di avvio del procedimento. Anche la Commissione, senza limiti temporali ma con l'accordo delle parti notificanti, ha il potere di prorogare i termini di cui sopra. In ogni caso, la durata totale di qualsiasi delle proroghe concesse non può eccedere i 20 giorni lavorativi.

Nelle *Best Practices* sono state introdotte alcune novità rilevanti, tra le quali: a) gli *State of Play meetings*, vale a dire incontri tra la Commissione e le parti notificanti nei momenti chiave della procedura amministrativa, sia in fase I che in fase II, che possono costituire anche la sede opportuna in cui discutere eventuali proposte di impegni; b) gli incontri triangolari, nel corso della procedura amministrativa, tra la Commissione, le parti notificanti ed eventuali terzi interessati.

### **3.4.3 Il potere della Commissione di dissolvere una concentrazione**

Sono stati specificati dal nuovo regolamento i poteri di decisione della Commissione (art. 8), in particolare quello di dissolvere una concentrazione realizzata in violazione delle disposizioni dello stesso regolamento. In tale ipotesi, l'articolo 8, paragrafo 4, del nuovo regolamento chiarisce che, al fine di ripristinare lo *status quo*, la Commissione ha il potere di ordinare alle imprese interessate (i) la dissoluzione della concentrazione, ovvero (ii) nel caso

in cui la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, di “*prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione*” e, in ogni caso, (iii) “*qualsiasi altra misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione anteriore*”.

### **3.4.4 I poteri di indagine della Commissione**

L'articolo 13 del nuovo regolamento provvede a specificare, rispetto alla precedente formulazione, i poteri di ispezione della Commissione, tra i quali il potere di “*chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa (...) spiegazioni su fatti e documenti relativi all'oggetto e allo scopo dell'ispezione e verbalizzarne le risposte*”. E' stato anche attribuito agli agenti della Commissione il potere di apporre sigilli su tutti i locali, libri e documenti aziendali per la durata dell'ispezione.<sup>32</sup>

Si rammenta che la Commissione, in sede di controllo delle concentrazioni, non ha, comunque, il potere, concessole in sede di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE dall'articolo 21 del Regolamento 1/2003, di effettuare accertamenti presso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate.

<sup>32</sup> Si tenga presente che, dal 1989 ad oggi, solamente in un caso la Commissione ha fatto ricorso all'ispezione presso le sedi delle imprese coinvolte in una concentrazione.

### **3.4.5 Il trattamento delle restrizioni accessorie<sup>33</sup>**

Il considerando 21 del nuovo regolamento chiarisce che la Commissione, in sede di decisione sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato comune, non è tenuta, in via generale, a valutare individualmente le restrizioni accessorie direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie. In proposito, la Comunicazione sulle restrizioni accessorie attribuisce tale esame alle corti nazionali, in linea con i principi di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE di cui al Regolamento 1/2003.<sup>34</sup>

La funzione “residuale” della Commissione è descritta dal considerando 21 del nuovo regolamento ed è ripresa nella nuova Comunicazione. In essi è previsto che, *su richiesta delle*

<sup>33</sup> Per restrizioni accessorie si intendono quelle disposizioni concordate tra le parti di una concentrazione che, pur senza far parte della concentrazione stessa, limitano la libertà d'azione sul mercato delle parti medesime. “*Perché le restrizioni siano considerate “direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione”, non è sufficiente che le disposizioni relative siano state concordate allo stesso momento della concentrazione o che si inseriscano in tale contesto. Le disposizioni devono essere “necessarie alla realizzazione dell’operazione di concentrazione”, vale a dire che, se esse non esistessero, l’operazione non potrebbe essere realizzata o lo sarebbe soltanto in condizioni più aleatorie, a costi sostanzialmente più elevati, in tempi nettamente più lunghi o con ben minori possibilità di successo. Le disposizioni volte a preservare il valore dell’impresa trasferita, a mantenere la continuità delle forniture dopo lo smembramento di un insieme economico preesistente, o a permettere l’avvio di una nuova entità soddisfano solitamente i criteri di cui sopra*”. Così nella precedente Comunicazione della Commissione sulle restrizioni accessorie del 2001, punti 7 e 8, in *GUCE C 188*, p. 3.

<sup>34</sup> *Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations*, par. 2.

*parti interessate*, la Commissione dovrebbe “*nei casi che danno adito a reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti, valutare espressamente se qualche restrizione sia o no direttamente connessa alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessaria*”.<sup>35</sup> A tal proposito, il medesimo considerando 21 e la nuova Comunicazione chiariscono ulteriormente che un quesito deve ritenersi “nuovo o non risolto” qualora lo stesso non sia trattato dalla Comunicazione della Commissione o da una precedente decisione della Commissione già pubblicata.<sup>36</sup>

### **3.5 Il nuovo sistema di rinvii**

Il nuovo regolamento ha introdotto rilevanti novità nel sistema dei rinvii delle concentrazioni dalla Commissione alle ANC (il c.d. rinvio verso il basso) e viceversa (il c.d. rinvio verso l’alto), (i) introducendo il rinvio pre-notificazione e (ii) concedendo alle parti notificanti la facoltà di richiedere tale rinvio.

#### **3.5.1 I rinvii nella fase di pre-notificazione**

L’articolo 4, paragrafi 4 e 5, del nuovo regolamento introduce la possibilità per le parti di una concentrazione di richiedere il rinvio di un’operazione di concentrazione dalla Commissione all’ANC di uno Stato membro, ovvero da una o più ANC alla Commissione, già *nel corso della fase*

<sup>35</sup> Considerando 21 del nuovo regolamento.

<sup>36</sup> *Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations*, par. 6.

*di pre-notificazione* e semplifica le condizioni che devono essere soddisfatte affinché una concentrazione possa essere oggetto di rinvio.

Tale novità introduce sicuramente maggiore flessibilità rispetto alle regole sulla distribuzione delle competenze previste nel vecchio regolamento.

Attraverso l'introduzione dei rinvii di cui all'articolo 4, paragrafi 4 e 5, del nuovo regolamento, la riforma si prefigge di raggiungere, rispettivamente, una migliore divisione del lavoro tra la Commissione e le ANC e la riduzione dei casi nei quali si debba procedere a notifiche multiple.

#### **(i) I rinvii verso il basso**

Quanto al rinvio di una concentrazione avente dimensione comunitaria *dalla Commissione all'ANC di uno Stato membro* l'articolo 4, paragrafo 4, del nuovo regolamento prevede che le parti, prima di notificare alla Commissione una concentrazione avente dimensione comunitaria, *“possono informare la Commissione, presentando una richiesta motivata, che la concentrazione può incidere in maniera significativa sulla concorrenza all'interno di uno Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto e che dovrebbe quindi essere esaminata, interamente o in parte, dallo Stato membro in questione”*.

Come logica conseguenza del cambiamento apportato al test di compatibilità, al fine di ottenere un rinvio verso il basso, non è più necessario dimostrare, come invece

prevedeva il vecchio regolamento, che l'operazione *“minaccia di creare o di rafforzare una posizione dominante tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva in un mercato all'interno [di uno] Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto”*;<sup>37</sup> è sufficiente che l'operazione in questione possa incidere in maniera significativa sulla concorrenza all'interno del suddetto Stato.

A tal fine, sia il considerando 16 del nuovo regolamento sia la Comunicazione della Commissione sulla divisione dei casi tra la Commissione e le ANC nelle ipotesi di rinvio di cui al nuovo regolamento chiariscono che *“le imprese interessate non [sono] (...) tenute a dimostrare che gli effetti della concentrazione sarebbero pregiudizievoli per la concorrenza”*,<sup>38</sup> potendosi limitare a indicare la presenza di quegli elementi che, in via generale, sono indice del fatto che una concentrazione avrà un impatto sulla concorrenza.<sup>39</sup>

L'obiettivo della riforma in esame è quello di agevolare il ricorso a tale forma di rinvio al fine di alleggerire il carico di lavoro della Commissione.

<sup>37</sup> Articolo 9, paragrafo 2, lett. a) del vecchio regolamento.

<sup>38</sup> Considerando 16 del nuovo regolamento.

<sup>39</sup> In particolare, la Comunicazione della Commissione chiarisce che, in via generale, la dimostrazione dell'esistenza di uno o più mercati interessati sarà, di norma, ritenuta sufficiente a soddisfare la condizione sostanziale di cui all'articolo 4, paragrafo 4, del nuovo regolamento. La Comunicazione precisa, inoltre, che le valutazioni formulate dalle parti notificanti in sede di richiesta di rinvio sono considerate di natura preliminare e non influenzeranno l'esito finale dell'analisi concorrenziale dell'operazione.

Tuttavia, alcune delle nuove previsioni rischiano di non rendere così appetibile per le parti il ricorso a tale strumento.<sup>40</sup>

Innanzitutto, per richiedere alla Commissione il rinvio verso il basso di un'operazione, le parti richiedenti sono tenute a completare il Formulario RM, in cui vengono richieste informazioni estremamente dettagliate, con particolare riferimento ai mercati interessati dalla concentrazione. Ciò costituisce, evidentemente, un notevole dispendio per le parti interessate sia in termini di tempo sia dal punto di vista dei costi.

Inoltre, la tempistica della procedura in esame è tale da rendere la stessa non particolarmente vantaggiosa per le parti istanti. Infatti, le parti possono richiedere il rinvio verso il basso soltanto in relazione ad un'operazione che sia già notificabile. Pertanto, tale circostanza, unitamente al fatto che la Commissione ha a disposizione un termine di 25 giorni lavorativi dalla data di ricezione della richiesta di rinvio per pronunciarsi sul merito della stessa, implica che la tempistica del procedimento di approvazione di una concentrazione ne possa risultare estremamente prolungata.

Infine, le parti dovranno poi, in ogni caso - sia che la loro istanza venga accettata sia che venga respinta - procedere a notificare l'operazione, rispettivamente, alla ANC dello Stato

<sup>40</sup> Nei primi mesi di applicazione del nuovo regolamento non sono state registrate richieste di rinvio verso il basso. Si veda il citato discorso di Monti del 17 settembre 2004, *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*.

membro competente o alla Commissione (ovvero ad entrambe, nel caso di rinvio parziale).

## (ii) *I rinvii verso l'alto*

L'articolo 4, paragrafo 5, del nuovo regolamento prevede che le parti di una concentrazione che non ha dimensione comunitaria e che può essere esaminata a norma delle legislazioni nazionali della concorrenza di *almeno tre Stati membri*, possono, prima di qualsiasi notificazione alle autorità competenti, informare la Commissione, presentando una richiesta motivata, che la concentrazione dovrebbe essere esaminata dalla Commissione medesima.

La Commissione trasmette la richiesta senza ritardo a tutti gli Stati membri. Se nessuno Stato membro, competente ad esaminare la concentrazione a norma della propria legislazione nazionale sulla concorrenza, esprime, entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta motivata, il proprio dissenso nei confronti della proposta di rinvio, l'operazione acquisirà dimensione comunitaria e si dovrà provvedere a notificare la stessa *unicamente* alla Commissione.

Anche nell'ipotesi di rinvio verso l'alto le parti sono tenute a richiedere il rinvio della stessa compilando il Formulario RM; peraltro, la procedura prevista per questi rinvii risulta più semplice rispetto all'ipotesi di rinvio verso il basso.

Innanzitutto, perché, affinché una concentrazione sia suscettibile di rinvio

verso l'alto, è sufficiente che sia soddisfatta la condizione prevista dall'articolo 4, paragrafo 5, vale a dire che siano applicabili le legislazioni nazionali in materia di concorrenza di almeno tre Stati membri. Non entrano in gioco, pertanto, valutazioni discrezionali quali quelle previste nell'ipotesi di rinvio verso il basso.

In secondo luogo, soltanto gli Stati membri competenti hanno il potere di opporsi alla richiesta di rinvio e non anche la Commissione, come nell'ipotesi di rinvio verso il basso. Ciò che evidentemente crea minor incertezza circa l'accoglimento della richiesta motivata.

Infine, l'eventuale dissenso da parte degli Stati membri interessati deve pervenire in tempi molto brevi (entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta motivata).

L'utilità dello strumento previsto dall'art. 4, paragrafo 5, del nuovo regolamento è dimostrato dal fatto che la Commissione ha ricevuto ben nove richieste di rinvio verso l'alto nei primi quattro mesi di applicazione del Regolamento stesso.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Si veda il citato discorso del Commissario Monti del 17 settembre 2004, *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*. Gli Stati membri hanno esercitato il proprio diritto di veto soltanto in due casi di richiesta di rinvio dei nove pervenuti alla Commissione in tale periodo. La Commissione si rallegra del fatto che tutte le richieste di rinvio verso l'alto sinora pervenute riguardassero casi di *cross-border merger*. Ciò, a detta della Commissione, dimostrerebbe che le aziende non utilizzano lo strumento del rinvio come un meccanismo di *forum shopping*.

### 3.5.2 *I rinvii successivi alla notificazione*

La nuova formulazione degli articoli 9 e 22 del Regolamento ha mantenuto la possibilità di effettuare il rinvio verso il basso e verso l'alto di una concentrazione nella fase *successiva* alla notificazione, provvedendo unicamente a modificare taluni aspetti procedurali.

Analogamente a quanto previsto in materia di rinvio pre-notificazione, sono state rese più agevoli entrambe le fattispecie di rinvio, non essendo più richiesto che lo Stato membro richiedente dimostri che “*un’operazione minaccia di creare o rafforzare una posizione dominante*,” ma soltanto che l’operazione “*rischia di incidere sulla concorrenza*” all’interno del suo territorio.

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Martino Ebner  
Avv. Edoardo Gambaro





