

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 Greenberg Traurig
LLP, 200 Metlife Building
10166 New York, N.Y.
Tel. 001.212.8019200 - Fax 001.2128016400
E-mail: borgognil@gtlaw.com
<http://www.gtlaw.com>

I - NEWSLETTER - N° 3 Milano, 30 settembre 1998

Director: Prof. Avv. Alberto Santa Maria

LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA SUL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI

Il 30 giugno 1997 è stato adottato dal Consiglio il Regolamento 1310/97, pubblicato in G.U.C.E., L 180 del 09/07/1997. **Entrato in vigore il 1° marzo 1998**, esso introduce sostanziali modificazioni al Regolamento n. 4064/89 sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. Con la consueta tempestività, poi, nel marzo di quest'anno, la Commissione ha pubblicato cinque *comunicazioni* esplicative, volte a facilitare l'interpretazione delle nuove norme e riguardanti: la nozione di impresa comune che esercita le funzioni di entità economica autonoma, la nozione di concentrazione, la nozione di imprese interessate, il calcolo del fatturato e l'armonizzazione delle procedure di esame delle concentrazioni nel quadro dei Trattati CECA e CE. Tali comunicazioni sono pubblicate in G.U.C.E., C 66 del 02/03/1998.

Introduzione

La necessità di approntare una regolamentazione *ad hoc*, tale da garantire un efficace controllo sulle operazioni di concentrazioni tra imprese a livello comunitario, ed autosufficiente rispetto alle disposizioni contenute nel Trattato, veniva avvertita come un'esigenza irrinunciabile fin nel lontano 1973, data in cui la Commissione presentò al Consiglio il primo progetto di Regolamento. Dopo un lungo e travagliato *iter*, il 21 dicembre 1989 il Consiglio adottava il Regolamento 4064/89 (in G.U.C.E., L 395 del 30/12/1989, rettificato per correggere taluni errori formali in G.U.C.E., L 257 del 21/09/1990), sul quale si veda ampiamente SANTA MARIA, *Il Regolamento comunitario n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni*, in *Riv. dir. comm. int.*, 1990, p. 127 ss. e in *EC Commercial Law*, London-The Hague-Boston, 1996, p. 308 ss.

Oltre a definire la nozione di concentrazione, con cui si delimitava

l'ambito di applicazione della disciplina *ratione materiae*, il Regolamento 4064/89 ha stabilito i criteri per identificare le operazioni sottoposte all'analisi della Commissione, in qualità di autorità preposta al controllo della libertà di concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea, e di istituire un limite tra l'ambito della sua applicazione e gli artt. 85 e 86 del Trattato.

Ai sensi del Regolamento del 1989, è “**concentrazione**” ogni operazione idonea a produrre una modifica duratura della struttura delle imprese interessate. Trattasi, in altre parole, di un concetto ampio che ricomprende tutte quelle operazioni, dall'acquisizione di partecipazioni all'acquisto di aziende o rami d'azienda e alla fusione, idonee a determinare, come indicato nel 9° considerando, la realizzazione di “*modifiche strutturali importanti il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro*”.

Ma, perchè sia rilevante sotto il profilo *antitrust*, la concentrazione deve avere “**dimensione comunitaria**”. L'articolo 1, paragrafo 2, stabiliva, nel testo originario, che si è in presenza di una concentrazione avente dimensione comunitaria: “..... a) *quando il fatturato mondiale delle imprese interessate è superiore ai 5 miliardi di ECU,*

b) *quando il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità è superiore a 250 milioni di ECU, salvo che ciascuna delle imprese realizzi oltre i 2/3 del proprio fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.*”

L'adozione di parametri quantitativi ha fatto 'sì che, in concreto, soltanto le operazioni realizzate da imprese di notevole dimensione siano state sottoposte all'esame della Commissione. Negli altri casi, le operazioni, anche se incidenti su una rilevante quota di mercato del settore in considerazione, sono state considerate *iuris et de iure* insuscettibili di influenzare la concorrenza all'interno del mercato europeo.

Si consideri ancora che la necessità di applicare cumulativamente le soglie di fatturato ha determinato l'inapplicabilità del Regolamento 4064/89 in tutti quei casi nei quali l'impresa oggetto dell'acquisizione non raggiungeva la soglia di 250 milioni di Ecu nella Comunità, anche quando il fatturato mondiale delle imprese interessate dall'operazione superava la soglia di 5 miliardi di ECU. Analogamente, poi, operazioni riguardanti uno scambio o un'acquisizione di specifiche parti o rami di azienda tra soggetti di rilevante peso economico non sono state considerate come rientranti nella sfera di applicazione del Regolamento, poichè, in tali casi, si è attribuita rilevanza al solo fatturato relativo alla parte oggetto dell'acquisizione. (Così, l'operazione tra British Telecom e la Banca Nazionale del Lavoro per la costituzione dell'impresa comune “Albacom” non è stata considerata di dimensione comunitaria perchè il valore delle quote di BNL acquistate da British Telecom non raggiungeva la quota di 250 milioni di Ecu; cfr. il caso *Albacom* del 15/09/1995 in G.U.C.E. C 278 del 24/10/1995).

Ne deriva che molte operazioni concentrative, anche in presenza di una *potenziale* rilevanza comunitaria, non raggiungendo la “*dimensione comunitaria*” richiesta dall’articolo 1, 2 del testo originario del Regolamento, sono sfuggite al controllo esercitato dalla Commissione. Invece di essere esaminate in un sistema a “sportello unico”, tali operazioni sono state in genere assoggettate a più sistemi di controllo nazionali, di tipo e di portata diversi (a seguito di c.d. notifiche multiple), che, inevitabilmente, ne hanno valutato gli effetti da angolazioni settoriali e, comunque, in un’ottica interna e non comunitaria.

A ciò si aggiungono i diversi contenuti delle varie discipline *antitrust* nazionali, sia di ordine procedurale sia di ordine sostanziale. Tali fattori, in alcuni casi, hanno comportato l’adozione di soluzioni divergenti, non favorendo così nè l’uniformità di trattamento sostanziale nè la certezza del diritto nella materia. A tal riguardo, a mero titolo esemplificativo, si ricordano: il caso *Wang Laboratories Inc./Olivetti Solution S.p.a.* notificato e deciso, in Italia, con provv. 5751 del 05/03/1998, in *Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 10/1998 e, in Olanda, il caso *Fiatimpresit-Mannesmann-Demag-Techint/Italimpianti* provv. n. 3622 del 15/02/1996, in *Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 7/1996, notificato sia in Italia e sia in Germania e valutato diversamente dalle due autorità competenti: l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, infatti, ha aperto l’istruttoria, mentre il *Bundeskartellamt* ha dichiarato

l’operazione compatibile a seguito della fase preliminare; il caso *Hexcel Corporation/Ciba Geigy composites division*, notificato in Italia e deciso con provv. n. 3478 del 21/12/1995, in *Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 51-52/1995 e notificato altresì nel Regno Unito (operazione effettuata tra Hexcel, società statunitense operante nel settore dei materiali strutturali ad alta *performance* e Ciba Geigy, società di diritto svizzero, attiva nel settore farmaceutico e chimico a livello mondiale).

Tale effetto, sia pure dovuto a disposizioni contenute nella pregressa disciplina, già allora, invero, non era in linea con lo spirito del Regolamento 4064/89. Del resto, l’articolo 22, paragrafo 3, riservava alla Commissione la potestà di valutare gli effetti sul mercato comune prodotti anche da operazioni sprovviste della dimensione comunitaria alla condizione che “... *la Commissione constati su richiesta di uno Stato membro che un’operazione di concentrazione quale è definita all’articolo 3, ma priva di dimensione comunitaria ai sensi dell’articolo 1, crea o rafforza una posizione dominante, tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel territorio dello Stato, essa può, nella misura in cui tale concentrazione pregiudica il commercio tra gli Stati membri, prendere la decisione di cui all’articolo 8, paragrafo 2, secondo comma e paragrafi 3 e 4*”. Nella prassi, peraltro, l’articolo 22, paragrafo 3, è stato applicato raramente. Si ricordano: l’operazione di concentrazione *Holland Media Groep*, non pubblicata, che, pur non rientrando nell’ambito di

applicazione del Regolamento in quanto non risultavano raggiunte le soglie di fatturato richieste, è stata oggetto di rinvio alla Commissione da parte dei Paesi Bassi; i casi *British Airways/Dan Air* del 17/02/1993, in G.U.C.E. C 068 del 11/03/1993 e *RTL/Veronica/Endemol* del 20/9/1995, in G.U.C.E. L 134, del 05/06/1996; e, da ultimo, il caso *Blokker Toys "R" US*, IP/97/570 del 1997, operazione non considerata di dimensione comunitaria, ma, poi, rinviata all'esame della Commissione in forza del meccanismo dell'art. 22 e, quindi, dichiarata incompatibile con il mercato comune.

Nella prima fase di applicazione del Regolamento del 1989, è risultato infrequente anche il ricorso all'art. 9 par. 3 riguardante l'ipotesi opposta - con un'estensione *ante litteram* in materia di concorrenza, del principio di sussidiarietà introdotto dal Trattato di Maastricht - di rinvio dalla Commissione ad un'autorità locale per operazioni aventi un impatto prevalentemente nazionale. Infatti, nella prassi, si è consolidato il principio secondo cui le operazioni di concentrazione "**rilevanti**" necessitassero di essere valutate *sempre e comunque* in un ambito comunitario.

E così, fino al 1997, soltanto **in tre casi** la Commissione ha provveduto al rinvio alle autorità competenti ai sensi dell'articolo 9, par. 3 (l'operazione *Steetley/Tarmac*, rinviata all'autorità *antitrust* inglese, quella *Holdercim/Cedest* rinviata a quella francese e, infine, quella *McCormick/CPC/Rabobank/Ost manu* rinviata a quella tedesca). Nel 1997, invece, il fenomeno si è rovesciato e vi è stato un sensibile aumento di casi di rinvio di operazioni di dimensione comunitaria

ad autorità nazionali: ben **sei parziali ed uno totale**. Cfr., in tale senso: le Decisioni *Rheinmetali/British Aerospace/STN Atlas* (24 aprile 1997); *Promodes/Casino* (30 ottobre 1997); *Preussag/TUI* (10 novembre 1997); *Preussag/Hapag-Lloyd* (10 novembre 1997); *Compagnie Nationale de Navigation/Sogelfa-CIM* (1° dicembre 1997); *Lafarge/Redland* (16 dicembre 1997); *SEHB/VIAG/PE-Bewag* (25 luglio 1997) tutte menzionate nella *Relazione Annuale sull'attività svolta da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 30 Aprile 1998, p. 193.

E' persino evidente che la prima fase di applicazione del Regolamento 4064/89 doveva costituire un banco di prova per verificare il funzionamento e la validità delle soglie. Tant'è che, sia nell'art. 1 di quel testo normativo, sia nel 10° considerando, veniva preannunciata un'ipotesi di revisione entro il quarto anno successivo all'adozione dello stesso Regolamento.

Tuttavia, soprattutto a motivo di forti pressioni politiche da parte di alcuni Stati membri, la revisione delle soglie veniva procrastinata al 1996 (anche se il relativo procedimento di revisione era incominciato nel 1993).

Nel gennaio 1996, dopo aver avviato ampie consultazioni, la Commissione pubblicava un libro verde ("*Green Paper*"), dove venivano indicate le motivazioni sottese alla necessità di emendare il Regolamento unitamente alle possibili soluzioni. Al *Green Paper* seguiva, sempre da parte della Commissione, una proposta di Regolamento modificato. Dopo

l'adozione della relazione del Parlamento europeo e del parere del Comitato economico e sociale, favorevoli alla proposta della Commissione, i lavori proseguivano fino a quando, il 30 giugno 1997, il Consiglio emanava il Regolamento 1310/97, contenente le modifiche da apportare al Regolamento 4064/89.

Le modifiche al Regolamento 4064/89 introdotte dal Regolamento del Consiglio 1310/97 alla luce delle Comunicazioni esplicative della Commissione

Le modifiche introdotte dal Regolamento del Consiglio 1310/97, entrato in vigore il 1° marzo 1998, al Regolamento 4064/89, possono così riassumersi:

a) revisione della definizione di “*dimensione comunitaria*” contenuta nell’articolo 1 attraverso l’introduzione dei paragrafi 3, 4 e 5 che ampliano le soglie su cui tale definizione trova il suo fondamento;

b) integrazione di quanto previsto nell’articolo 2 in relazione alla “*valutazione delle operazioni di concentrazione*” con l’introduzione del paragrafo 4, nel quale viene stabilita l’equiparazione tra le imprese comuni cooperative e quelle concentrative, assoggettando le une e le altre all’applicazione del Regolamento sul controllo delle concentrazioni (in precedenza, si ricorda, ricadevano nella disciplina del Regolamento soltanto le *joint ventures* concentrative in forza della distinzione stigmatizzata dalla Commissione in successive

comunicazioni); sul tema la Commissione ha pubblicato: la Comunicazione 98/C 66/01 “*relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di un’entità economica autonoma a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese*”, e la 98/C 66/06 “*informazione relativa alla valutazione delle imprese comuni a pieno titolo in base alle regole di concorrenza della Comunità Europea*”.

L’analisi della nuova disciplina applicabile alle imprese comuni non sarà qui di seguito approfondita, ma, data la particolare rilevanza del tema, formerà oggetto di una specifica News Letter di questo Studio di prossima pubblicazione.

c) modifica delle disposizioni riguardanti le modalità relative al “*calcolo del fatturato*”, previste nell’articolo 5 per gli enti creditizi e gli altri istituti finanziari, attraverso l’introduzione di un nuovo paragrafo 3, mentre, per quanto concerne le imprese interessate diverse da quelle creditizie, si rinvia a quanto specificato dalla Commissione nella Comunicazione 98/C 66/04 “*sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese*.”;

d) adozione di una nuova disciplina concernente l’*esame della notificazione e avvio della procedura*”, con il paragrafo 1 *bis* che consente alle parti interessate di apportare delle modifiche

all'operazione, successivamente alla notifica e prima che la Commissione si pronunci sulla compatibilità della stessa;

e) introduzione nell'articolo 7 in relazione alla *“sospensione dell'operazione di concentrazione”* del principio secondo cui *“una concentrazione non può essere realizzata prima di essere notificata nè prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune”* a seguito di una decisione da parte della Commissione. E' lasciata alla Commissione la facoltà di concedere una deroga a quel principio, fermo restando che *la domanda di deroga sia debitamente motivata. Nel decidere se accogliere tale domanda, la Commissione tiene conto in particolare degli effetti che la sospensione può produrre su una o più delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione e sui terzi e del pregiudizio della concentrazione sulla concorrenza”*;

f) revisione della procedura del *“rinvio alle autorità competenti degli Stati membri”*, ai sensi dell'articolo 9, che attribuisce alla Commissione la facoltà di rinviare un'operazione di concentrazione che, a detta di uno Stato membro, *“incide sulla concorrenza in un mercato distinto all'interno del suo territorio a tale Stato membro nel caso in cui ritenga che un tale mercato distinto è interessato”*; altrimenti, se la Commissione ritiene che, nel caso, o non sussista il mercato distinto o tale minaccia non esista, prende una decisione al riguardo, indirizzandola allo Stato membro interessato;

g) modifica di quanto stabilito dall'articolo 22 in relazione

all'applicazione del Regolamento *“disciplinante il c.d. rinvio degli Stati alla Commissione attraverso l'introduzione del principio per cui i regolamenti n. 17 (CEE), n. 1017/68 (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 non sono applicabili fuorchè per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti.”*

Le nuove soglie introdotte con il Regolamento 1310/97 così come interpretate dalla Comunicazione della Commissione 98/C 66/04 “sul calcolo del fatturato”

Come precisato dall'articolo 2 della Comunicazione della Commissione (98/C 66/03) sulla nozione di imprese interessate a norma del regolamento CEE n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese, *“ai termini dell'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni, tale regolamento si applica soltanto alle operazioni che soddisfano due condizioni. In primo luogo, diverse imprese devono procedere ad una fusione oppure una o più imprese devono acquisire il controllo dell'insieme o di parti di altre imprese mediante un'operazione che possa esser considerata una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento. In secondo luogo, tali imprese debbono soddisfare le tre condizioni relative alle soglie di fatturato indicate all'articolo 1”*.

Per quanto attiene a quest'ultimo punto, l'articolo 1 del Regolamento 4064/89, con il nuovo Regolamento

1310/97, è stato integrato attraverso l'inserimento del 3° paragrafo che stabilisce:

“Ai fini del presente regolamento un'operazione di concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria

- a) quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di Ecu;
 - b) quando in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di Ecu; e
 - c) quando 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 Ecu, e
 - d) quando il fatturato totale realizzato individualmente nella comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di Ecu 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.
- 4) Entro il 1° luglio 2000 la Commissione presenta al Consiglio una relazione sull'applicazione delle soglie e dei criteri di cui ai paragrafi 2 e 3.
- 5) In seguito alla relazione di cui al Paragrafo 4 e su proposta della

Commissione, il Consiglio deliberando a maggioranza qualificata, può riesaminare le soglie e i criteri menzionati al paragrafo 3”.

Il nuovo testo dell'art. 1 comporta l'introduzione del concetto di “soglie alternative”, che entrano, cioè, in gioco qualora l'operazione non soddisfi i requisiti richiesti dall'art. 1 paragrafo 2 relativi al fatturato mondiale di 5 miliardi di Ecu e del fatturato nella Comunità di 250 milioni di Ecu. L'applicazione delle nuove soglie viene così ad essere subordinata a tre condizioni:

- a) che l'operazione non ricada nelle soglie dettate dal primo paragrafo;
- b) che si tratti di un'operazione da notificare in almeno tre Stati membri;
- c) che il fatturato non venga realizzato per 2/3 in uno solo degli Stati membri.

Nell'art. 3 della Comunicazione (98/C 66/04), nella parte che si riferisce alle soglie che devono essere applicate in prima istanza per verificare se l'operazione ha “dimensione comunitaria”, è precisato che “la soglia di fatturato mondiale è volta a misurare le dimensioni globali delle imprese interessate, quella di fatturato comunitario tende ad accertare se la concentrazione implichi un minimo di attività all'interno della Comunità e la regola dei due terzi risponde all'intento di escludere dalla competenza comunitaria le operazioni di rilevanza esclusivamente nazionale”.

Il secondo insieme di soglie, previste nel paragrafo 3, è disegnato per

identificare quelle operazioni che non raggiungono la dimensione comunitaria in base al disposto del paragrafo 2, ma che, al tempo stesso, richiederebbero di essere notificate in base alla legislazione nazionale sulla concorrenza in almeno tre Stati membri (cosiddette “notificazioni multiple”). Il paragrafo 3, dunque, applicabile soltanto in subordine alla non applicazione del paragrafo 2, prevede soglie inferiori sia a livello mondiale sia a livello comunitario.

Alla luce del nuovo testo dell’art. 1, una concentrazione ha dimensione comunitaria qualora tali soglie inferiori siano raggiunte ed allo stesso tempo le imprese interessate raggiungano congiuntamente ed individualmente un livello minimo di attività in almeno tre Stati membri.

Il paragrafo 3 contiene una regola dei due terzi, simile a quella prevista dal paragrafo 2, allo scopo di identificare le operazioni di rilevanza esclusivamente nazionale.

Nonostante l’articolo 5 della Comunicazione 98/C 66/04 ribadisca il principio per cui “le soglie specificate all’articolo 1 del regolamento sono puramente quantitative, si basano cioè unicamente sul fatturato anzichè sulla quota di mercato o altri criteri, perchè il loro obiettivo è quello di fornire un meccanismo semplice e obiettivo, facilmente utilizzabile dalle società partecipanti ad una concentrazione per accertare se la loro transazione sia di dimensione comunitaria, e dunque soggetta a notifica”, l’introduzione del paragrafo 3, ridefinendo ed ampliando la nozione di operazione di dimensione

comunitaria, comporterà una verifica più attenta da parte della Comunicazione degli effetti di un numero sempre maggiore di operazione di concentrazione.

Non deve trarre in inganno che si sia optato per il mantenimento di criteri fondati su parametri quantitativi. La riduzione delle soglie di fatturato, infatti, intende combinare gli effetti positivi derivanti dall’adozione di criteri facilmente intelligibili, che garantiscono una maggior certezza del diritto, con una riduzione degli effetti negativi legati al rischio che operazioni con significativo impatto in vari Stati membri possano essere sottratte all’esame della Commissione: la previsione di soglie di fatturato più basse e l’obbligo per le imprese di notificare l’operazione alla Commissione ogni qual volta la concentrazione investa almeno tre Stati membri dovrebbero condurre al risultato che le operazioni aventi effettivamente un impatto “comunitario” vengano sottoposte a verifica da parte della Commissione.

Quale contropartita del rafforzamento del principio dello “sportello unico” per operazioni di rilevanza comunitaria, viene espressamente richiamato il “principio di sussidiarietà”. Con quest’ultimo si riconosce il potere degli Stati di applicare la propria normativa antitrust con riferimento ad operazioni che esauriscono i loro effetti nell’ambito nazionale. Riflesso concreto di tale principio, speculare per così dire a quello dello sportello unico, si ritrova nella nuova formulazione dell’articolo 9 del Regolamento che disciplina la procedura del “rinvio” agli Stati membri. Con la riserva di tornare sull’argomento più

avanti, si osserva sin da ora che, laddove un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria incida in modo preminente su un mercato all'interno di uno Stato membro che presenti tutte le caratteristiche di un mercato distinto e qualora tale mercato non sia ritenuto costituire una parte sostanziale del mercato comune, la Commissione ha oggi l'obbligo (non più la facoltà) di rinviare il caso all'autorità nazionale competente.

Calcolo del fatturato secondo la Comunicazione 98/C 66/04

Metodo di calcolo del fatturato

L'articolo 9 della Comunicazione 66/04 ribadisce il principio già espresso dall'articolo 5 del Regolamento secondo cui formano il fatturato *“gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi...”*. *“In materia di prodotti, il fatturato viene individuato senza difficoltà. Si tratta, infatti, di ricomprendere ogni negozio che comporti un trasferimento di proprietà.”* *“Per quanto riguarda i servizi, gli elementi da prendere in considerazione nel calcolo del fatturato sono invece molto più complessi, in quanto il negozio comporta un trasferimento di valore.”* (artt. 10 e 11 Comunicazione 66/04). La stessa Comunicazione, pur evidenziando le difficoltà di equiparare la vendita di prodotti a quella di servizi, osserva che, laddove compatibile, il principio generale applicato per determinare il fatturato della vendita di prodotti deve essere adattato alle condizioni del servizio specificato.

In generale, il fatturato da prendere in considerazione è un fatturato “netto”. Ai sensi dell'articolo 5 del Regolamento, fatturato “netto” implica la *“detrazione degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato”*.

L'articolo 20 della Comunicazione 66/04 chiarisce che, *“per sconti sulle vendite si dovrà intendere l'insieme degli sconti, delle riduzioni o dei ristorni accordati dalle imprese nel corso delle trattative con i clienti che influiscono direttamente sul ricavo delle vendite”*.

Per quanto riguarda la deduzione delle imposte, oltre all'IVA, espressamente menzionata nel testo del Regolamento, è chiaro il riferimento ad ogni altra imposta direttamente connessa al fatturato.

Per quanto riguarda il periodo cui fare riferimento, la regola generale suggerisce di prendere in considerazione quello dell'esercizio più prossimo alla data della transazione, ma, poichè *“solitamente non esistono conti certificati per l'anno che finisce il giorno prima della transazione, la rappresentazione più fedele di un intero anno di attività per la società in questione sarà pertanto quella fornita dalle cifre del fatturato dell'esercizio più recente”* (articolo 25 Comunicazione). Ciò non di meno, in presenza di situazioni particolari comportanti una sostanziale discrepanza tra le cifre ufficiose previste rispetto a quanto appare dai dati ufficiali che si riferiscono a passati esercizi, la Commissione può decidere di prendere in considerazione

anche i dati ufficiosi. Si osserva, peraltro, che un'eventuale differenza causata dal calo delle ordinazioni o dal rallentamento del processo produttivo nel periodo precedente la transazione verrà ignorata ai fini del calcolo del fatturato. Ai sensi dell'articolo 28 della Comunicazione 66/04, infatti, *“non si procederà ad una correzione dei conti definitivi per tener conto di simili fattori”*.

Operazioni scaglionate nel tempo

L'articolo 32 della Comunicazione 66/04 precisa che, quando determinate transazioni successive siano elementi di una più vasta strategia, tali operazioni non possono essere considerate isolatamente, ma, nel rispetto della realtà economica, vengono in considerazione come un'unica transazione.

L'articolo 35 della Comunicazione 66/04 osserva che *“l'importanza di questa disposizione risiede nel fatto che, una volta raggiunte cumulativamente le soglie, scatta contemporaneamente l'obbligo di notifica per le transazioni avvenute in precedenza (entro i due anni) e per quella più recente”*.

Fatturato dei gruppi

Se un'impresa partecipante ad un'operazione di concentrazione appartiene ad un gruppo, al fine di determinare se le soglie siano o meno raggiunte, rileva il fatturato del gruppo nel suo insieme.

Ai sensi della Comunicazione 66/04, che riprende al riguardo la nozione

contenuta *ab initio* nel Regolamento 4064/89, ciò implica che *“il fatturato della società direttamente interessata dalla transazione dovrebbe includere le sue controllate, le sue società madri, le altre controllate delle sue società madri ed eventuali altre imprese controllate congiuntamente da due o più società appartenenti al gruppo.”*. L'articolo 38.4 della Comunicazione 66/04 precisa che *“ogni vendita intragruppo deve essere sottratta dal fatturato totale del gruppo.”*

Conversione del fatturato in ECU

Ai sensi dell'articolo 49, *“il fatturato annuo di una società va convertito al tasso medio per i 12 mesi interessati; questo valore viene comunicato, su richiesta degli interessati, dalla Commissione. La procedura non cambia quando una società effettui vendite in varie monete. Il fatturato totale presentato nei conti annuali consolidati della società e nella valuta ivi utilizzata va convertito in ECU al tasso medio per i 12 mesi.”*. (Cfr. art. 2 del Regolamento del Consiglio del 17/06/1997 n. 1103/97, in G.U.C.E L 162 del 19/06/1997, dove viene stabilito il principio per cui ogni riferimento all'ECU contenuto in qualsiasi testo giuridico deve essere sostituito con l'EURO sulla base di un rapporto ECU/EURO di 1:1. Al riguardo si rinvia a: STUDIO SANTA MARIA, Comunicazione n. 1, Introduzione dell'EURO, p. 3.)

Calcolo del fatturato per gli enti creditizi e finanziari e per le imprese di assicurazione

Il nuovo testo del Regolamento comporta, altresì, una modifica dell'articolo 4 relativo al calcolo del fatturato mediante l'aggiunta, nel paragrafo 3, di una disposizione che detta nuove regole in relazione agli enti creditizi ed agli altri istituti finanziari.

Poichè le esperienze registrate nell'applicazione pratica del precedente regime del 1989 hanno evidenziato che il fatturato figurativo calcolato sulla base dello stato patrimoniale non consentiva di prendere in considerazione i risultati di alcune transazioni quali, ad esempio, i proventi delle operazioni di cambio e di negoziazioni titoli, si è provveduto a rimuovere tale inconveniente, sostituendo il parametro del fatturato con quello del reddito bancario lordo, così come definito nella Direttiva del Consiglio 635/86 del 8/12/1986, in G.U.C.E L 372 del 31/12/1986 (sulla quale, cfr. SANTA MARIA, *EC Commercial law*, cit., p. 38.), garantendo in tal modo valutazioni più adeguate alla realtà patrimoniale dell'attività bancaria.

La Comunicazione 98/C 66/04 sottolinea, altresì, che, di regola, non si incontrano difficoltà particolari nell'applicare il criterio dei proventi per la definizione del fatturato mondiale, mentre difficoltà possono essere individuate nella definizione del fatturato comunitario e di quello realizzato all'interno dei singoli Stati membri. Nell'art. 54 della Comunicazione si ribadisce che *“il criterio appropriato da utilizzarsi a tale scopo è quello della sede della succursale o dell'unità*

operativa come previsto dall'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), v), secondo comma del regolamento”.

Per quanto concerne le *“Imprese di assicurazione”*, l'art. 56 della Comunicazione 98/C 66/04 evidenzia come *“l'applicazione della nozione di premi lordi emessi come misura del fatturato delle imprese di assicurazione ha sollevato ulteriori problemi, nonostante la definizione fornita dall'art. 5, paragrafo 3, lettera b) del regolamento. Sono pertanto opportuni i chiarimenti seguenti:*

- premi “lordi” emessi: somma dei premi incassati. I premi di riassicurazione passiva, ossia tutti gli importi pagati e da pagarsi da parte delle imprese interessate per ottenere la copertura riassicurativa, sono già inclusi nei premi lordi emessi secondo la definizione del regolamento;

- ogniqualvolta è utilizzata la parola “premi” (premi lordi premi netti (incassati), premi di riassicurazione passiva, ecc.), i premi in questione si riferiscono non solo ai nuovi contratti assicurativi sottoscritti durante l'esercizio preso in considerazione, ma anche a tutti i premi connessi a contratti sottoscritti in esercizi precedenti che restano in vigore durante tale periodo”.

Per quanto riguarda gli investimenti delle imprese di assicurazione, il reddito realizzato mediante l'utilizzazione delle riserve appropriate non deve essere considerato come fatturato.

Invece, qualora gli investimenti attribuiscono all'impresa assicuratrice il

controllo di una data impresa, consentendo in questo modo alla società di assicurazioni di esercitare un'influenza decisiva sul comportamento commerciale della società controllata o collegata, il fatturato di tale impresa, come precisato nell'articolo 58 della Comunicazione 98/C 66/04, "...va addizionato a quello dell'impresa di assicurazioni al fine di determinare le soglie fissate dal regolamento." Sulla tematica comunitaria in materia assicurativa, in generale, si rinvia a SANTA MARIA, *EC Commercial Law*, cit., p. 26-42.

Revisione delle norme sugli impegni

Ai sensi del Regolamento 4064/89, una volta ricevuta la notificazione, la Commissione doveva procedere al suo esame al fine di prendere una decisione nella quale veniva disposto a seconda dei casi:

- a) che l'operazione non rientrava nell'ambito del Regolamento;
- b) che l'operazione non suscitava seri dubbi quanto alla sua compatibilità con il mercato comune;
- c) che l'operazione suscitava seri dubbi quanto alla sua compatibilità con il mercato comune.

In quest'ultima ipotesi, la Commissione era tenuta ad avviare la procedura approfondita che si concludeva, a sua volta, con una decisione positiva o negativa. L'art. 8 par. 2 del Regolamento 4064/89 stabiliva che "la decisione può essere

subordinata a condizioni ed oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per modificare il progetto iniziale di concentrazione".

Come si nota, soltanto con la decisione finale autorizzativa al termine della seconda fase era possibile imporre determinate condizioni alle imprese interessate.

La Commissione, già nel "Green Paper" aveva sottolineato che l'introduzione di una norma *ad hoc* che le attribuisse i poteri di subordinare la decisione conclusiva della prima fase a determinati impegni e condizioni avrebbe portato ad una notevole semplificazione a tutto vantaggio delle imprese e del mercato. Per rendersi conto della rilevanza del tema, è sufficiente ricordare che, nel 1997, **nove operazioni** sono state ritenute compatibili soltanto dopo l'assunzione di oneri e l'accettazione di condizioni da parte delle imprese, oneri che avrebbero potuto essere assunti, in molti casi, già nel corso della prima fase, eliminando così la necessità di dover ricorrere ad una vera e propria fase istruttoria. Recependo questa indicazione, l'articolo 6, come modificato dal Regolamento 1310/97, stabilisce che: "*se la Commissione constata che a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, un'operazione di concentrazione notificata non suscita più seri dubbi(...), essa può decidere di dichiarare tale operazione compatibile con il mercato comune(...)*". La stessa decisione "*può essere subordinata dalla Commissione ad oneri ed impegni destinati a garantire che le imprese*

interessate adempiano gli impegni assunti(...)”.

L'autorizzazione ad un'operazione di concentrazione da parte della Commissione, dunque, può essere subordinata alla realizzazione, **entro un mese dalla comunicazione**, delle modifiche necessarie ad eliminare problemi di compatibilità dell'operazione. Inoltre, *“le decisioni che dichiarano la concentrazione compatibile con il mercato comune riguardano anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione”*.

Sospensione dell'operazione di concentrazione

Nel testo del Regolamento 4064/89 l'operazione di concentrazione non poteva essere realizzata anteriormente alla prima notifica o entro le prime tre settimane successive alla notifica. Al fine di garantire un controllo efficace sull'operazione, si riteneva, infatti, opportuno che la realizzazione della stessa operazione fosse sospesa fino all'adozione di una decisione definitiva. Al fine di armonizzare la durata del periodo di sospensione con la durata della prima fase, il nuovo Regolamento ha introdotto l'obbligo di sospensione fino all'adozione della decisione finale.

Tuttavia, proprio perchè la sospensione dell'operazione può danneggiare le imprese interessate, la modifica dell'articolo 7 del Regolamento 4064/89 consente alla Commissione di concedere deroghe, autorizzando l'operazione previa analisi

della gravità dei danni che possono derivare per le imprese interessate dall'operazione di concentrazione, nonchè previo esame degli effetti e del pregiudizio che l'esecuzione dell'operazione potrebbe arrecare alla concorrenza.

La clausola di rinvio

Si è già osservato che una deroga al principio secondo cui le operazioni di dimensione comunitaria sono di competenza esclusiva della Commissione era già contenuta nell'art. 9 del Regolamento 4064/89. In base ad esso, la Commissione poteva ben rimettere alle autorità nazionali l'applicazione delle regole in tema di concorrenza nel caso in cui una concentrazione minacciasse di creare o di rafforzare una posizione dominante tale da ostacolare la concorrenza nel *mercato locale*.

La *ratio* sottesa a tale disposizione risiedeva nell'intento di deferire l'esame dell'operazione agli organi nazionali nei casi in cui quest'ultima avesse una portata *prevalentemente* nazionale, e, quindi, presuntivamente le autorità nazionali fossero in condizione di esprimere valutazioni più adeguate, anche quando il fatturato dell'operazione ne indicasse la rilevanza comunitaria. Ma, ad evitare che il meccanismo del rinvio potesse compromettere il principio della competenza esclusiva della Commissione per le operazioni di dimensione comunitaria, tale clausola prevedeva, come *mera facoltà* della Commissione, il rinvio dell'operazione

con le caratteristiche *ut supra* alle autorità antitrust degli Stati membri.

Con la dotazione da parte di vari Stati membri dell'UEO di una legislazione *antitrust* e con la contestuale necessità di rivedere le soglie di fatturato, ecco che si profilava, in parallelo alla possibilità di una riduzione delle stesse con la conseguente estensione dei poteri della Commissione, l'opportunità di rimettere alle autorità nazionali le operazioni di impatto prevalentemente nazionale. Nel "libro verde" della Commissione, si legge, infatti, che le operazioni di impatto prevalentemente nazionale sono meglio controllate se sottoposte all'esame delle competenti autorità nazionali.

Accogliendo l'indicazione della Commissione, il Consiglio, con il Regolamento 1310/97, alla precedente disposizione contenuta nell'art. 9 ha affiancato quella che **impone** il rinvio da parte della Commissione alle autorità degli Stati Membri, qualora l'operazione incida sulla concorrenza di uno Stato membro che presenti tutte le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisca parte sostanziale del mercato comune. Soluzione, quest'ultima, in armonia con l'affermato **principio di sussidiarietà** postulato dal Trattato di Maastricht ed espresso nella materia nel già citato 2° considerando. In particolare, poi, l'11° considerando, riprendendo le indicazioni della Commissione nel "libro verde", ribadisce che "*nel caso in cui un'operazione di concentrazione incide sulla concorrenza in un mercato distinto situato all'interno di uno Stato membro (...), risulta particolarmente appropriato applicare il diritto nazionale*".

Come già accennato, tale soluzione rende flessibile il sistema, consentendo di correggere le eventuali disfunzioni dovute all'adozione di rigidi parametri quantitativi che potrebbero attribuire alla competenza della Commissione operazioni che, seppur caratterizzate da fatturato elevato, possono, in realtà, essere oggetto di migliore valutazione da un'angolazione più adatta anche se più limitata. (Sotto il precedente regime, vi sono stati casi in cui la Commissione ha comunque provveduto a decidere il caso senza effettuare il rinvio all'autorità nazionale competente, nonostante l'operazione avesse un consistente impatto a livello nazionale. In tale senso, si veda la decisione *Alcatel/AEG Kabel*, del 18/12/1991, in G.U.C.E. C 006 del 10/01/1992).

Correlativamente, assolve alla funzione di garantire un miglior funzionamento del principio di sussidiarietà anche l'art. 22, come modificato dal Regolamento 1310/97. Con esso, al fine di impedire che operazioni di dimensione comunitaria sfuggite all'applicazione del Regolamento vengano giudicate da singole autorità nazionali con riferimento ai rispettivi singoli mercati, viene disposto che "*qualora la Commissione constati, su richiesta di uno Stato membro o su richiesta congiunta di vari Stati membri, che un'operazione di concentrazione quale è definita dall'art. 3, ma priva di dimensione comunitaria...crea o rafforza una posizione dominante, tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva sul territorio dello Stato o degli Stati membri che hanno presentato la richiesta congiunta, essa può, nella misura in cui tale*

concentrazione possa pregiudicare il commercio tra Stati membri decidere sulla compatibilità dell'operazione”.

Hanno collaborato a questo numero

Avv. Luigi Santa Maria,

L L M Fordham University

Avv. Prof. Claudio Biscaretti di Ruffia

Dr. Luca Menichino



