

## **CONCENTRAZIONI TRA IMPRESE E “MISURE CORRETTIVE” AI SENSI DEL REGOLAMENTO CE N. 139/2004**

### **Varata la nuova Comunicazione della Commissione europea**

#### **INTRODUZIONE**

Lo scorso 22 ottobre, è stata ufficialmente varata la nuova Comunicazione della Commissione europea sulle “misure correttive” in materia di concentrazioni tra imprese (nel seguito la “Comunicazione”)<sup>1</sup>, la quale sostituisce le previgenti linee guida del 2001<sup>2</sup>.

In generale, ai sensi del Regolamento CE n. 139/2004 (il “Regolamento”)<sup>3</sup>, la Commissione è competente ad autorizzare le concentrazioni tra imprese di “dimensione comunitaria”. Nell’esercizio di tale competenza, la Commissione può, in particolare, decidere:

- di autorizzare la concentrazione (dichiarendola “compatibile con il mercato comune”) oppure

- vietarla, qualora essa ostacoli “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>4</sup>.

Una concentrazione che suscita riserve, sotto il profilo della concorrenza, può nondimeno essere autorizzata dalla Commissione ai sensi dell’art. 6, par. 2 e dell’art. 8, par. 2 del Regolamento, qualora le parti apportino “modifiche” all’operazione stessa.

La Comunicazione in esame ha ad oggetto, per l’appunto, i requisiti necessari per la presentazione di “rimedi” (o “misure correttive”) idonei a superare le riserve, espresse dalla Commissione, quanto alla compatibilità della concentrazione con il mercato comune.

#### **PRINCIPI GENERALI**

##### **Condizioni di base per “impegni accettabili”**

Una concentrazione desta “riserve”, sotto il profilo della concorrenza, quando può ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva sul mercato. Quanto alla verifica di tale requisito, la Comunicazione ribadisce alcuni principi

---

(1) 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 in GUUE C 267 del 22 ottobre 2008, pag.1.

(2) Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del Regolamento CEE n. 4064/89 del Consiglio e del Regolamento CE n. 447/98, in GUCE C 68 del 2 marzo 2001, pag. 3.

(3) Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”) in GUUE L 24 del 29 gennaio 2004, pag. 1.

---

(4) Regolamento CE n. 139/2004, art. 2, parr. 2 e 3.

fondamentali in materia di “onere della prova”, prevedendo che:

- spetta alla Commissione dimostrare che una concentrazione può ostacolare in modo significativo la concorrenza;
- spetta ai partecipanti alla concentrazione presentare impegni.

La Commissione non è, dunque, “in grado di imporre unilateralmente le condizioni per una decisione di autorizzazione, ma può farlo soltanto sulla base degli impegni delle parti”<sup>5</sup>.

Con la Comunicazione si precisa che è onere delle parti, inoltre, fornire tutte le informazioni disponibili necessarie, affinché la Commissione valuti la proposta delle misure correttive<sup>6</sup>.

La Comunicazione ribadisce inoltre che, ai sensi del Regolamento CE n. 139/2004, la Commissione ha il solo potere di accettare impegni che siano “atti a rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune”. Tali sono gli impegni che eliminano interamente le riserve, circa gli effetti dell’operazione, e che sono “completi ed efficaci sotto ogni profilo”<sup>7</sup>.

Gli impegni devono, inoltre, poter essere “realizzati in maniera efficace entro un breve periodo di tempo in quanto le condizioni di concorrenza sul mercato non si manterranno fino all’adempimento degli impegni stessi”<sup>8</sup>.

A tale riguardo, saranno accettabili, da parte della Commissione, le misure correttive:

- che possono essere eseguite con “il necessario grado di sicurezza” e
- che determinano la creazione di nuove strutture commerciali, “sufficientemente fattibili e durature da garantire che non si concretizzi l’ostacolo significativo alla concorrenza effettiva”.

Al fine di rispettare i citati principi, risulta dunque fondamentale, secondo la Commissione, assicurare “un’esecuzione efficace degli impegni e la capacità di controllare tale esecuzione”<sup>9</sup>.

### **Gli impegni di natura strutturale**

Sin dall’enunciazione dei “principi generali”, la Comunicazione considera come misure correttive per eccellenza gli “impegni strutturali”, consistenti in cessioni di attività<sup>10</sup>.

Secondo la Commissione, infatti, dato che l’obiettivo degli impegni è “garantire le strutture competitive del mercato”, misure di natura strutturale (ad es. la vendita di un’unità aziendale) “sono in linea di principio preferibili” in quanto:

- (i) impediscono in maniera duratura l’insorgere di riserve, sotto il profilo della concorrenza, e
- (ii) non richiedono misure di controllo a medio o lungo termine<sup>11</sup>.

---

(5) Comunicazione, punto 6.

(6) A tal fine, le parti si avvarranno del “formulario MC” allegato al 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, in GUUE L 133 del 30 aprile 2004, pag. 1.

(7) Comunicazione, punto 9.

(8) *Ibidem*.

---

(9) *Ibidem*, punto 13.

(10) La Comunicazione ribadisce, quindi, l’approccio della Commissione, tendente a privilegiare gli impegni strutturali consistenti in cessioni di attività, in luogo di altre tipologie di impegni. In senso critico, su tale approccio, P. PAPANDROPOULOS, A. TAJANA, *The merger remedies study – In divestiture we trust?* in *European Competition Law Review*, 2006, pagg. 443-454.

(11) La “preferenza” esplicitamente accordata ai rimedi strutturali, consistenti in cessione d’attività, non esclude, secondo la Comunicazione, che, in esito all’esame del caso concreto, altre tipologie di rimedi risultino adeguati e preferibili. In proposito, Comunicazione in commento, punti 16 e 17.

## TIPOLOGIE DI MISURE CORRETTIVE

### Cessione di un'attività

Enunciati i “principi generali”, la Comunicazione considera i “diversi tipi di misure correttive”, entrando nel merito dei requisiti necessari per l'ammissibilità degli impegni.

In primo luogo, la Comunicazione considera la misura correttiva consistente della “cessione di un'attività”. In proposito, stabilisce che:

- le attività cedute devono consistere in un'attività redditizia che, se gestita da un acquirente idoneo, possa fare concorrenza in maniera effettiva e durevole al soggetto risultante dalla concentrazione e che venga ceduta come attività in essere;
- l'attività deve comprendere tutti gli attivi che contribuiscono alla sua attuale gestione o che sono necessari per garantirne la redditività e la competitività<sup>12</sup>.

In applicazione del principio di proporzionalità, la Comunicazione ammette, inoltre, che, in determinate circostanze, l'impegno di cessione possa riguardare attività già integrate in quelle conservate in capo alle parti della concentrazione. L'impegno implica, in tal caso, un processo di “scorporo” (c.d. *carve out*)<sup>13</sup>.

In ogni caso, onde mantenere l'effetto strutturale perseguito, gli impegni devono prevedere che l'impresa nata dalla concentrazione non possa successivamente acquisire un'influenza sull'insieme o su parti dell'attività ceduta. Per garantire tale esito, gli impegni devono prevedere una “clausola di non riacquisizione”, dalla quale derivi l'impossibilità di

---

(12) Nell'“attività ceduta”, devono essere compresi anche il personale e gli attivi che sono attualmente divisi tra l'attività da cedere ed altre attività delle parti, ma che contribuiscono alla gestione dell'attività in questione o che sono necessari per garantirne la redditività. In tal senso, Comunicazione in commento, punto 26.

(13) Comunicazione, punti 35 e 36.

riacquisire “un'influenza materiale per un periodo significativo, in genere pari a 10 anni”<sup>14</sup>.

### Cessione di marchi e licenze

Cessioni aventi ad oggetto la combinazione di vari “elementi”, che non costituivano un'attività uniforme e redditizia in passato, presentano rischi in merito alla redditività e alla competitività dell'attività ceduta<sup>15</sup>.

Per tale ragione, secondo la Comunicazione, solo in casi eccezionali la cessione di un “pacchetto”, che include marchi e attività di supporto produttivo e/o di distribuzione, può essere considerata un rimedio ammissibile. In tal caso, al fine di ammettere la misura in questione, la Commissione deve verificare che il “pacchetto”, se affidato ad un acquirente adeguato, consente di svolgere un'attività immediatamente redditizia.

### Individuazione di un “acquirente adatto”

Affinché la cessione realizzi gli effetti attesi, è necessario avvenga in favore di un “acquirente adatto”, il quale sia in grado di impiegare le attività cedute rappresentando una “forza concorrenziale sul mercato”<sup>16</sup>.

Ai sensi della Comunicazione l'“acquirente adatto” deve:

- (i) essere indipendente e non essere collegato alle parti;
- (ii) possedere i mezzi finanziari, la comprovata competenza pertinente nonché l'incentivo e la capacità di mantenere e sviluppare l'attività ceduta come forza competitiva redditizia ed attiva, in concorrenza con le parti ed altri concorrenti.

---

(14) *Ibidem*, punto 43.

(15) *Ibidem*, punto 37 ss.

(16) *Ibidem*, punto 47 ss.

L'acquisizione dell'attività ceduta non deve, inoltre, creare nuovi problemi per la concorrenza né comportare il rischio che l'attuazione degli impegni venga rinviata. Deve, pertanto, risultare ragionevolmente prevedibile che l'acquirente proposto ottenga tutte le autorizzazioni necessarie, da parte delle autorità di regolamentazione competenti, per l'acquisizione dell'attività in questione.

### **Misure correttive diverse dalla cessione**

Oltre agli impegni di cessione, la Comunicazione considera (invero, in modo piuttosto sintetico) misure correttive aventi ad oggetto, fra l'altro:

- la "rescissione dei legami con i concorrenti"<sup>17</sup> e
- l'accesso ad infrastrutture e reti, volto a facilitare l'ingresso sul mercato da parte dei concorrenti<sup>18</sup>.

Tali misure devono, in ogni caso, avere "durata limitata", da determinarsi in considerazione delle circostanze verificate caso per caso.

### **La clausola di revisione degli impegni**

La Commissione può annullare, modificare o sostituire gli impegni solo in circostanze eccezionali<sup>19</sup>. Normalmente, tale aspetto viene disciplinato mediante clausole di revisione, inserite negli impegni stessi, in presenza delle quali per giusta causa, su richiesta motivata delle parti, la Commissione può concedere una proroga dei termini o, appunto, annullare, modificare o sostituire gli impegni.

A questo fine, le parti dovranno dimostrare, in particolare, che le circostanze di mercato (poste a base dell'impegno assunto) "sono cambiate in maniera significativa e su base permanente".

---

(17) *Ibidem*, punto 58 ss.

(18) *Ibidem*, punti 62 e 63.

(19) *Ibidem*, punto 71.

### **Aspetti procedurali**

L'adozione di rimedi si inserisce con una ben precisa "tempistica" nel procedimento d'esame della concentrazione, ai sensi del Regolamento CE n. 139/2004 e del Regolamento CE n. 802/2004. In proposito, la Comunicazione ribadisce che le parti dell'operazione possono presentare, su base informale alla Commissione, proposte di impegni prima della notificazione (c.d. fase di pre-notifica).

Dal momento della notifica, inizia a decorrere la c.d. "Fase 1" per l'esame della concentrazione. In tale fase, le parti possono presentare impegni "entro 20 giorni lavorativi a decorrere dalla data di ricezione della notificazione". Qualora la Commissione decida di "avviare il procedimento", la procedura stessa entra nella c.d. "Fase 2", per l'esame approfondito della concentrazione. In tale fase, gli impegni devono essere comunicati dalle parti entro 65 giorni lavorativi dalla data di avvio del procedimento<sup>20</sup>.

### **Modalità per l'attuazione degli impegni**

L'ampia parte conclusiva della Comunicazione contiene chiarimenti in merito alle "modalità di attuazione degli impegni"<sup>21</sup>.

Con riferimento a misure di cessione (ancora una volta, ipotesi principale nel testo in commento), la Comunicazione richiede che esse vengano completate "entro un periodo stabilito, concordato tra le parti e la Commissione".

Nella prassi, tale periodo viene suddiviso in (i) un primo periodo, per sottoscrivere un accordo definitivo e (ii) un ulteriore periodo per la conclusione dell'operazione, ossia il trasferimento del titolo giuridico.

Il primo periodo, previsto per concludere un accordo vincolante, è ulteriormente suddiviso e comprende, innanzitutto, "il primo periodo di cessione", nel quale

---

(20) *Ibidem*, punto 77 ss. per gli adempimenti in Fase 1, e punti 87 ss. per gli adempimenti in Fase 2.

(21) *Ibidem*, punto 95 ss.

le parti cercano un acquirente idoneo. Qualora le parti non riescano in tale intento, ha inizio un ulteriore periodo, nel quale si conferisce mandato ad un fiduciario per la cessione delle attività.

### **Il ruolo del “fiduciario” (*divestiture e monitoring trustee*)**

Ai sensi della Comunicazione il fiduciario, incaricato del controllo sull'esecuzione dei rimedi, svolge le sue mansioni sotto la supervisione della Commissione. Il fiduciario, in particolare, dovrà:

- (i) vigilare sulle garanzie previste per l'attività da cedere nel periodo di transizione;
- (ii) nei casi di scorporo, monitorare la scissione degli attivi;
- (iii) controllare gli sforzi posti in essere dalle parti per individuare un acquirente potenziale;
- (iv) fungere da punto di contatto per qualsiasi richiesta di terzi, in particolare acquirenti potenziali, in merito agli impegni;
- (v) riferire su tali questioni alla Commissione, in rapporti periodici.

Ulteriori precisazioni, in ordine all'oggetto del mandato ed alle competenze conferite al *trustee*, sono fornite dalle complementari “*Best Practice Guidelines: The Commission’s Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*” (in <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/note.pdf>).

### **Obblighi delle parti dopo l'esecuzione della cessione**

Il periodo di monitoraggio, da parte della Commissione, sull'esecuzione degli impegni si protrae per un cospicuo numero di anni dall'adozione degli impegni stessi.

Come stabilito, in conclusione, dalla Comunicazione, infatti, al fine di controllare l'effettiva esecuzione delle misure correttive, la Commissione può richiedere informazioni alle parti per un periodo di 10 anni dalla decisione di adozione degli impegni.

*Per maggiori informazioni si prega di contattare:*

**Avv. Francesco Sciaudone**

[francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com](mailto:francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com)

#### **GRIMALDIE ASSOCIATI**

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200

Milano – Via del Lauro, 9 - Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200

Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

*La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.*