

II

LE REGOLE

*Primi appunti
sulla revisione della disciplina comunitaria
per il controllo delle concentrazioni tra imprese*

di Manfredi de Vita

La proposta della Commissione definisce il più vasto e ambizioso progetto di riforma del regime comunitario del controllo delle concentrazioni tra imprese dall'entrata in vigore, nel 1990, del regolamento del Consiglio n. 4064/89. Tale proposta si inserisce, a propria volta, nell'ambito di un'ampia revisione del sistema antitrust comunitario, che ha condotto a profonde modifiche quanto alle condizioni di applicazione della disciplina in materia di intese restrittive e abusi di posizione dominante, da ultimo con l'adozione del regolamento del Consiglio n. 1/03.

Premessa

Lo scorso 11 dicembre la Commissione europea ha pubblicato un articolato progetto di riforma del regime di controllo delle concentrazioni tra imprese¹. Tale progetto è incentrato su una proposta di revisione del regolamento sulle concentrazioni², cui si accompagnano un progetto di orientamenti per la valutazione

¹ Il regime comunitario relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese è reso, allo stato, dal regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GUCE L 395/1 del 30 dicembre 1989), come emendato dal regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997 (GUCE L. 180/1 del 9 luglio 1997).

² Proposta di regolamento del Consiglio relativo alle concentrazioni tra imprese, COM (2002). 711, def., 11 dicembre 2002.

delle “concentrazioni orizzontali”³ – ovvero tra imprese concorrenti – e alcune misure non obbligatorie di carattere essenzialmente procedurale, contenute in una raccolta di *best practices*⁴.

La pubblicazione di tali documenti, segue – a distanza di un anno – il “Libro verde” della Commissione sulla riforma del regolamento (CEE) n. 4064/89⁵, con cui è stata promossa una consultazione sugli indirizzi e i possibili contenuti della riforma, che ha coinvolto principalmente le autorità di concorrenza degli Stati membri e il mondo imprenditoriale.

La proposta di regolamento è indirizzata al Consiglio dei Ministri, nel cui ambito dovrebbe essere discussa nel corso del 2003. La Commissione auspica che il nuovo regolamento possa essere approvato durante il secondo semestre del 2003 ed entrare in vigore il 1° maggio 2004.

Nella sua attuale configurazione, il progetto di riforma delineato dal complesso degli atti richiamati, si sviluppa su tre direttrici fondamentali:

- un’articolazione più flessibile dei criteri per la ripartizione di competenze tra Commissione europea e autorità nazionali di concorrenza;
- un ampliamento delle ipotesi materiali in cui una concentrazione può essere dichiarata incompatibile con il mercato comune;
- un completamento del conferente quadro procedurale che, peraltro, arricchisce considerevolmente l’arsenale

³ Progetto di Comunicazione della Commissione, sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 11 dicembre 2002.

⁴ *DG Competition, Draft Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*, 19 dicembre 2002.

⁵ COM (2001). 745/6, 11 dicembre 2001. Il “Libro verde” individuava e affrontava un ampio spettro di temi e problematiche relative al processo di riforma quali, tra le altre: I) la revisione dei criteri di giurisdizione; II) le norme sulle procedure di “rinvio” di una concentrazione dalla Commissione agli Stati membri e viceversa; III) il criterio di valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria; IV) la possibilità di includere nell’ambito di applicazione del regolamento le acquisizioni di partecipazioni di minoranza; V) l’estensione dei termini entro cui le parti sono tenute a presentare gli impegni nella seconda fase del procedimento istruttorio.

istruttorio di cui la Commissione può disporre nell'esercizio delle proprie competenze in materia.

È con riferimento a queste tre tematiche che, di seguito, si cercherà di individuare alcuni primi spunti, che possano meritare successive e più approfondite valutazioni e analisi.

Criteri di giurisdizione

Il sistema poggia sul principio della competenza esclusiva della Commissione per tutti i casi che rientrano nelle soglie quantitative di fatturato, fissate dal regolamento concentrazioni⁶. In questo contesto: «*obiettivo dichiarato della Commissione è di assicurare che essa possa trattare i casi aventi significativi effetti transfrontalieri, ma che allo stato attuale sfuggono alle soglie di fatturato di cui all'articolo 1, paragrafi 2 e 3 del regolamento sulle concentrazioni, facendo in modo che gli Stati membri trattino invece i casi il cui impatto è principalmente nazionale o locale. Ciò costituirebbe un vantaggio anche per gli operatori economici, riducendo l'incertezza giuridica e i costi, che nel caso di rinvii posteriori alla notifica risultano essere significativi*»⁷.

In proposito, la soluzione promossa in via principale dal “Libro verde” era il cosiddetto “*sistema obbligatorio 3+*”, che avrebbe automaticamente conferito dimensione comunitaria alle concentrazioni, che fossero sottoposte alle giurisdizioni di tre

⁶ In particolare, nello stabilire la competenza esclusiva della Commissione sulle operazioni di concentrazione aventi rilievo comunitario, il regolamento prevede due criteri di tipo quantitativo. Il primo criterio è basato sul superamento di un livello prefissato di fatturato. Il secondo criterio, introdotto con il regolamento n. 1310/97 (articolo 1, par. 3), è volto a risolvere il problema delle cosiddette “notificazioni multiple”.

⁷ Relazione alla Proposta di regolamento del Consiglio relativo alle concentrazioni tra imprese: COM (2002). 711, def., 11 dicembre 2002 (qui di seguito “Relazione”), par. 9. A fronte di tale obiettivo, la stessa Commissione riconosce, peraltro, che: «*l'articolo 1, paragrafo 3 non è riuscito a conseguire il suo obiettivo di fondo, ossia conferire alla Commissione la competenza per i casi che incidono su tre o più Stati membri. Alla luce di questi dati la Commissione ha esaminato diverse possibilità di miglioramento del funzionamento dell'articolo 1, paragrafo 3, come spiegato nel Libro verde*» (Relazione par. 12).

o più Stati membri. Il progetto di regolamento segna l'abbandono di tale opzione, in ragione del grave pregiudizio che essa avrebbe potuto recare alla certezza giuridica degli operatori. La differenza dei criteri di competenza o dei concetti di concentrazione nei vari Stati membri, infatti, avrebbe portato a fondare la competenza comunitaria su criteri disomogenei e non necessariamente suscettibili di ricomprendere le concentrazioni con effetti transfrontalieri significativi.

La Commissione propone, pertanto, di affidare la soluzione della questione legata alla ripartizione dei casi – tra giurisdizione comunitaria e nazionale – a una modalità di soluzione indiretta. In tal senso – e piuttosto che ricercare un nuovo criterio, legato alla dimensione dell'operazione considerata determinato *ex ante* – è stato quindi ritenuto che razionalizzare il sistema dei rinvii rappresentasse il modo più efficace per la ripartizione dei casi e la riduzione dell'incidenza delle notifiche multiple.

Il nuovo sistema si fonderebbe, in particolare, su un più ampio ricorso ai meccanismi di rinvio, già contenuti negli artt. 9 e 22 del regolamento sulle concentrazioni, modificando il contenuto di tali articoli e prevedendone l'applicazione già prima della notifica⁸.

⁸ In particolare, secondo il par. 19 della Relazione, i principali elementi del sistema proposto sono i seguenti: *«applicabilità degli articoli 9 e 22 nello stadio anteriore alla notifica; attribuzione alle parti, data la loro migliore conoscenza delle circostanze del caso, di un diritto d'iniziativa esclusivo in questo stadio della procedura. Nei casi pertinenti, questo consentirebbe loro di presentare una domanda motivata di rinvio del caso in una direzione o nell'altra, prima della notificazione. Nell'interesse dell'efficienza, si considererebbe che la richiesta è stata accolta se non vi è stata fatta espressa opposizione entro un certo termine. Le autorità competenti e la Commissione sarebbero organizzate in una "rete" informale in modo da accrescere l'efficienza e l'efficacia del processo, una impostazione confortata dall'esperienza maturata ad oggi negli Stati membri in materia di controllo delle concentrazioni. Le modifiche proposte in tema di rinvio prima della notifica sono state inserite nei nuovi paragrafi 4 e 5 dell'articolo 4 della proposta: conferimento della competenza esclusiva alla Commissione se tutti gli Stati membri interessati, o come minimo tre di tali Stati membri, accettano che un caso sia rinviato a norma dell'articolo 22; possibilità per la Commissione di invitare gli Stati membri a effettuare un rinvio a norma dell'articolo 22 o di chiedere alla Commissione di rinviare loro un caso a norma dell'articolo 9; attualmente la Commissione non dispone di un "diritto di iniziativa" formale in materia».*

In questa prospettiva, il funzionamento delle disposizioni in questione appare effettivamente semplificato dalla proposta di regolamento. Così, ad esempio, obbliga gli Stati membri a valutare se la concentrazione proposta minacci o meno di creare o di rafforzare una posizione dominante. La Commissione propone di sopprimere questo “test”, in modo da consentire che le richieste di rinvio siano fondate unicamente sull’incidenza, di una determinata operazione, su un mercato distinto all’interno di un dato Stato membro. In tal modo, le autorità nazionali non sarebbero più costrette ad anticipare – in funzione della richiesta di rinvio – una valutazione relativa alla possibile configurazione di una posizione dominante rispetto all’operazione di cui si tratta.

È invece difficilmente prevedibile se e in quale misura tali migliorie possano contribuire davvero a una più efficiente allocazione di casi, fungendo da meccanismo correttivo rispetto alle conclamate imperfezioni e rigidità del sistema delle soglie di fatturato.

La proposta della Commissione riposa sulla possibilità di rendere gli artt. 9 e 22 applicabili prima della notifica, su richiesta delle parti dell’operazione. Non è tuttavia chiaro a quali condizioni le istituzioni originariamente competenti debbano o almeno possano dare corso alla richiesta delle parti. Al contrario, la Commissione stessa riconosce che: *«le autorità garanti della concorrenza interessate conserverebbero una certa discrezionalità nel decidere se chiedere, concedere o accettare il rinvio»*⁹.

Questioni sostanziali

Sul piano sostanziale, se alcune tra le proposte della Commissione si limitano – come nel caso della nozione di modifica duratura del controllo (art. 3.1) o di quella di operazione multipla (art. 3.4) – a ratificare una prassi consolidata, altre invece presentano significativi profili di novità.

La maggiore innovazione introdotta dall’intera proposta di regolamento sembra essere la previsione di un nuovo standard

⁹ Relazione, par. 25.

di divieto applicabile agli oligopoli, anche non collusivi. Il nuovo art. 2.2. dispone quindi che: «*ai fini del presente regolamento si considera che una o più imprese detengano una posizione dominante qualora abbiano, coordinandosi o meno, il potere economico di influire in modo sensibile e duraturo sui parametri della concorrenza, in particolare sui prezzi, sulla produzione, sulla qualità del prodotto, sulla distribuzione o sull'innovazione, o di precludere sensibilmente la concorrenza*»¹⁰.

Questa formulazione sembra ampliare considerevolmente natura, finalità e portata della nozione di posizione dominante e in conseguenza l'ambito di applicazione del divieto di concentrazioni che determinino tale posizione¹¹, discostandosi altresì dalla nozione di posizione dominante accolta invece per la disciplina degli abusi di cui all'art. 82 del Trattato CE.

¹⁰ A tale disposizione si riferisce il Considerando 21 della proposta di regolamento che recita come segue: «*Date le conseguenze che le concentrazioni possono avere nelle strutture di mercato oligopolistiche, è ancor più necessario mantenere una concorrenza effettiva in tali mercati. Molti mercati oligopolistici presentano una concorrenza vivace. Tuttavia, in determinate circostanze, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitano l'una sull'altra e la riduzione della pressione concorrenziale sui concorrenti rimanenti possono, specie in tali mercati, pregiudicare la concorrenza, a meno che questi effetti vengano contrastati dalla reazione dei concorrenti, dei clienti o dei consumatori. A tal fine la nozione di posizione dominante ai sensi del presente regolamento deve quindi ricomprendere le situazioni in cui, a causa della struttura oligopolistica del mercato rilevante e della conseguente interdipendenza delle diverse imprese operanti in tale mercato, una o più imprese deterrebbero il potere economico di influire in modo sensibile e duraturo sui parametri della concorrenza, in particolare su prezzi, sulla produzione, sulla qualità del prodotto, sulla distribuzione o sull'innovazione, anche in assenza di coordinamento tra i membri dell'oligopolio*».

¹¹ La possibilità di un tale ampliamento delle competenze in materia è stata sostanzialmente sottratta al dibattito avviato dal "Libro verde", che ha preceduto la pubblicazione della proposta in esame. In quella sede, infatti, la discussione veniva incentrata su una valutazione comparativa del criterio della posizione dominante, che è utilizzato nel regolamento comunitario come criterio sostanziale di valutazione delle concentrazioni e di quello della diminuzione sostanziale della concorrenza (*substantial lessening of competition* SLC), utilizzato in alcune altre giurisdizioni quali quella degli Stati Uniti. Tale discussione è stata poi abbandonata sulla base di evidenze empiriche. Si è riscontrato, infatti, che: «*il criterio della posizione dominante e lo SLC hanno prodotto risultati più o meno convergenti*» (Relazione, par. 54).

Una tale proposta viene peraltro formulata a pochi mesi da una pronuncia del Tribunale di primo grado¹², che – a fronte della prassi, ricca ma non sempre rigorosa, che si era sviluppata in materia – ha ristretto a specifiche ipotesi di carattere collusivo la possibilità di configurare una posizione dominante in mercati oligopolistici.

In estrema sintesi, il Tribunale, dopo aver definito la figura della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante collettiva nell'ambito della disciplina sul controllo delle concentrazioni¹³, ha poi fornito una puntuale definizione delle condizioni necessarie per l'esistenza stessa di una posizione dominante collettiva:

- la prima di tali condizioni riguarda, nella sostanza, i legami tra i membri dell'oligopolio: non è sufficiente che in forza di tali legami sia possibile prevedere i rispettivi comportamenti e avere, quindi, un incentivo a conseguire sul mercato una situazione di equilibrio anticoncorrenziale, ma occorre disporre di specifici strumenti per controllare il reciproco rispetto di tale equilibrio e all'occorrenza sancire le deviazioni¹⁴;
- anche la seconda condizione è essenzialmente riferita alla concorrenza interna, considerata peraltro in chiave prospettica: si richiede una precisa evidenza della stabilità della linea di condotta comune¹⁵;
- la terza delle condizioni enunciate dal Tribunale attiene invece la c.d. *absence of competitive constraints*, ovvero l'esigenza che l'ipotizzata linea di azione comune degli oligopolisti possa aver luogo indipendentemente dalla reazione dei terzi¹⁶.

Infine e in coerenza con la funzione stessa del controllo delle concentrazioni, tali valutazioni devono essere suffragate attraverso un rigoroso onere della prova in capo alla Commissio-

¹² Sentenza 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/Commissione*, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹³ Cfr. al riguardo sentenza *Airtours First Choice*, cit., par. 61.

¹⁴ Cfr. al riguardo sentenza *Airtours First Choice*, cit., par. 61.

¹⁵ Cfr. al riguardo sentenza *Airtours First Choice*, cit., par. 61.

¹⁶ Cfr. al riguardo sentenza *Airtours First Choice*, cit., par. 62.

ne, idoneo a dimostrare la sussistenza di un preciso rapporto causale fra la concentrazione e le alterazioni anticoncorrenziali in questione¹⁷.

In linea di principio se un orientamento giurisprudenziale non può certo precludere una modifica legislativa, introdotta secondo le forme previste dal Trattato, è pur vero che dal punto di vista sostanziale, secondo la proposta della Commissione, il regolamento sulle concentrazioni si potrebbe trasformare da strumento – che proibisce soltanto la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, singola o collettiva – a meccanismo regolamentare di ogni transazione che comporti, più o meno direttamente, una riduzione del grado di concorrenza tra oligopolisti. Con particolare riguardo alla figura dell'oligopolio non collusivo, potrebbe così divenire sufficiente, per dichiarare una concentrazione incompatibile con il mercato comune, che i membri dell'oligopolio abbiano un incentivo a coordinare le rispettive linee d'azione sul mercato.

Il medesimo progetto di linee guida sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali¹⁸, almeno a una prima lettura, non sembra offrire particolari rassicurazioni al riguardo. Tale documento¹⁹ sembra limitarsi all'elencazione di una serie di fattori che, per quanto numerosi, tuttavia, sembrano principalmente funzionali allo scopo di stabilire se la struttura del mercato sia sufficientemente stabile da sostenere l'esistenza di una qualche forma di potere di mercato congiunto.

Si tratta, dunque, di una serie di indici presuntivi, il cui riscontro – a stretto rigore – dovrebbe rappresentare un mero pre-

¹⁷ Cfr. al riguardo sentenza *Air Tours First Choice*, cit., par. 63.

¹⁸ Si segnala peraltro che l'effettiva adozione di tale documento potrà avvenire solo a seguito di una modifica dell'art. 23 del regolamento, tale da abilitare la Commissione a impartire orientamenti anche sull'ambito di applicazione sostanziale della disciplina delle concentrazioni. Attualmente l'art. 23 conferisce alla Commissione il potere di adottare disposizioni di esecuzione, ma solo su questioni procedurali quali notifiche, termini e audizioni come pure, dopo l'ultima modifica nel 1997, procedura e termini per la presentazione di impegni.

¹⁹ "Progetto di comunicazione della Commissione, sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese", cit., per l'esame dei parametri rilevanti in caso di oligopolio non collusivo cfr. parr. 25 ss.

supposto rispetto a una successiva e autonoma attività di accertamento degli estremi di una posizione dominante oligopolistica. In tal senso, anche qualora le condizioni di mercato si rivelino compatibili con la configurazione di una posizione dominante collettiva, non dovrebbe potersi prescindere da un'ulteriore fase del conferente processo di valutazione, finalizzata quantomeno a dimostrare la sussistenza di un rapporto causale fra la concentrazione e le alterazioni anticoncorrenziali.

Se l'applicazione del divieto a posizioni di dominanza collettiva può rappresentare un utile strumento per preservare un adeguato livello di concorrenza all'interno del mercato unico, sembra in ogni caso necessario che esso possa trovare applicazione solo sulla base di criteri trasparenti, che siano espressione di solidi principi economici e giuridici. Nell'ipotesi inversa, l'estrema ampiezza dei casi astrattamente rilevanti, rischierebbe di minare la sicurezza giuridica degli operatori e soprattutto di trasformarsi in uno strumento di "iper-regolamentazione" dei mercati, tale da vincolarne anche ingiustificatamente le spontanee dinamiche concorrenziali.

Sotto altro profilo, un'ulteriore modifica in relazione alla quale la proposta della Commissione potrebbe richiedere un più intenso coordinamento con la giurisprudenza del Tribunale di primo grado, riguarda la nuova disciplina delle c.d. *restrizioni accessorie*. Occorre, infatti, approfondire se la proposta della Commissione²⁰ possa effettivamente soddisfare in pieno le esigenze di certezza del diritto, che il Tribunale ha posto alla base della recente sentenza *Lagrande Canal*+²¹.

Merita certamente di essere salutato con favore l'espresso riconoscimento della rilevanza – ai fini della valutazione di una concentrazione tra imprese – di considerazioni di efficienza²². Tale innovazione, la cui effettiva portata – fatte salve le enunciazioni di

²⁰ Cfr. art. 6, par. 1 lettera b) e art. 8, par. 1 e 2 della proposta, come pure il Considerando 17.

²¹ Sentenza del 20 novembre 2002, causa T-295/00, *Lagardère SCA e Canal+ SA* contro Commissione, in particolare par. 101-106.

²² Cfr. in particolare, "Progetto di comunicazione della Commissione, sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese", cit., par. 87-95.

principio – dovrà essere attentamente verificata nel corso del tempo e alla luce della prassi applicativa che si svilupperà in materia, non ha richiesto peraltro la proposta di alcuna modifica al regolamento. L'attuale formulazione 2, paragrafo 1, lettera b), è stata infatti considerata una base legale adeguata per una possibile “*efficiency defence*”, nella misura in cui prevede che la Commissione tenga conto, tra l'altro: «*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza*».

Regole di Procedura

La proposta di regolamento introduce un cospicuo numero di innovazioni nell'articolazione del procedimento previsto per il controllo delle concentrazioni. Le principali di esse sono sinteticamente passate in rassegna, qui di seguito:

- si prevede l'introduzione di un sistema di notifica preventiva – ovvero in una fase antecedente alla stipula di un accordo vincolante – e la relativa soppressione del termine di una settimana per la presentazione della notifica²³. Come corollario di tale modifica, la Commissione intende introdurre uno specifico obbligo di sospendere la realizzazione della concentrazione notificata, ossia il divieto di perfezionarla prima di una decisione di autorizzazione della Commissione, ai sensi dell'art. 7 della proposta di regolamento.
- Si introduce una nuova articolazione della tempistica, tanto della prima che della seconda fase del procedimento, essenzialmente calibrata in funzione della presentazione di misure correttive su iniziativa delle parti della concentrazione²⁴.

²³ Cfr. art. 4, par. 1, della proposta di regolamento.

²⁴ Vi sarebbe, in particolare, una proroga automatica dei termini di prima fase nei casi in cui vengono proposte misure correttive: sette settimane invece delle sei attuali (cfr. art. 10, par. 1, secondo comma). Analogamente si introdurrebbe una proroga automatica dei termini nella seconda fase (vedi art. 10, par. 3, primo comma). La proroga del termine per la seconda fase dovrebbe però applicarsi solo se le misure correttive sono proposte nella secon-

- Si dispone un sostanziale ampliamento dei poteri di indagine della Commissione e un inasprimento dell'apparato sanzionatorio predisposto a salvaguardia dell'effettività di tali poteri²⁵.
- Si configura un nuovo art. 8.5, che dovrebbe costituire la base legale per una sorta di procedura di inottemperanza. Come chiarito nella relazione: «*la disposizione è intesa a dare alla Commissione la possibilità di far rispettare coattivamente le condizioni imposte nelle sue decisioni, in particolare quelle intese ad assicurare che le parti adempiano agli impegni ("misure correttive") che hanno assunto per ottenere una decisione di compatibilità condizionale*»²⁶. Tale previsione colma un'effettiva lacuna nei poteri della Commissione, tanto più sensibile quanto più diffuso è divenuto il ricorso all'istituto dell'autorizzazione condizionata. Simmetricamente – ovvero sempre in merito alla fase di attuazione di un'operazione soggetta appunto a provvedimenti di autorizzazione condizionata – si sarebbe potuta tuttavia configurare un'espressa disciplina per cui – qualora si verificano dei mutamenti sostanziali sui mercati in cui l'opera-

da fase, nel o dopo il 55° giorno lavorativo a decorrere dall'inizio del procedimento. Vi sarebbe poi una possibilità *facoltativa* di prorogare il termine in casi complessi giunti nella seconda fase (vedi art. 10, par. 3, secondo comma) di un massimo di 20 giorni lavorativi. Inoltre, si propone che le parti possano prorogare il termine della seconda fase una sola volta e che lo debbano chiedere entro 15 giorni lavorativi dall'inizio della seconda fase, ossia nella terza settimana della seconda fase. Tutte le proroghe dei tempi dovrebbero scattare per iniziativa delle parti della concentrazione. La proposta prevede tuttavia che la Commissione, con il consenso delle parti, possa far scattare i meccanismi di cui sopra. La proroga massima non dovrebbe però comunque superare i 20 giorni lavorativi (cfr. art. 10, par. 3, secondo comma).

²⁵ Si tratta segnatamente di un aumento dei massimali di ammende e penali di mora connesse agli accertamenti (art. 14, par. 1 e art. 15, par. 1, lettere a - b); di un aumento dei massimali per penali di mora relative all'applicazione delle decisioni in materia di misure correttive (art. 15, par. 1, lettera c); di smembramento della concentrazione (art. 15, par. 1, lettera d) e dell'attribuzione del potere di raccogliere dichiarazioni che possano adottarsi come prova nei procedimenti e relativa possibilità di imporre ammende per informazioni false o fuorvianti date nelle dichiarazioni (art. 14, par. 1, lettera b).

²⁶ Par. 95.

zione produce i propri effetti – le misure correttive previste in origine possano essere riviste in un senso favorevole alle parti dell'operazione.

- Le *best practices*²⁷ definiscono, infine, una serie di misure di carattere organizzativo. Si tratta di alcuni dei momenti essenziali della disciplina della partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, le cui prerogative appaiono nel complesso precisate ed estese. Non è chiaro, il motivo per cui tali modifiche – pur incidendo sul concreto esercizio dei diritti difesa – vengano introdotte attraverso un documento privo di efficacia obbligatoria e non siano, invece, sin d'ora incorporate in un atto a efficacia vincolante, quale ad esempio il regolamento di procedura²⁸.

Conclusioni

L'intera riforma in esame è scaturita: «*dall'obbligo giuridico di riesaminare le soglie di fatturato di cui all'articolo 1 e le regole di rinvio dei casi di cui all'articolo 9 [del regolamento concentrazioni]*»²⁹. È poi singolare che, malgrado tale punto di partenza, il risultato del processo di revisione lasci, almeno allo stato attuale, invariate le soglie preesistenti.

Al contrario, la proposta della Commissione sembra comportare un sostanziale ampliamento del campo di applicazione materiale della disciplina comunitaria sul controllo delle concentrazioni e – nell'ambito della ridefinizione delle regole di procedura – un inasprimento dei poteri d'indagine e repressivi.

Quest'ultima innovazione è peraltro introdotta sulla base della supposta esigenza di dover «*mantenere il parallelismo con la normativa antitrust*»³⁰. Proprio la ricerca di tale parallelismo, può forse offrire una chiave di lettura generale della proposta

²⁷ DG Competition, *Draft Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*, *supra cit.*

²⁸ Regolamento della Commissione (CE) n. 447/98, del 1 marzo 1998, in GUCE L. 61 del 2 marzo 1998, p. 1.

²⁹ Relazione, par. 2.

³⁰ Relazione, par. 80.

qui esaminata. Nell'approccio dell'istituzione comunitaria non si rinviene un pieno riconoscimento della profonda differenza esistente tra le intese restrittive della concorrenza o gli abusi di posizione dominante, oggetto della disciplina *antitrust* in senso proprio e, all'opposto, le concentrazioni tra imprese.

In linea di principio, mentre intese e abusi rappresentano, infatti, comportamenti intrinsecamente illegali, la realizzazione di operazioni di concentrazione, poiché rientra nella sfera di libertà di impresa – principio costituzionale che sottende anche la legislazione nazionale di cui trattasi, oggi ribadito dall'art. 16 della *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea* – è un diritto delle imprese e non potrà quindi essere limitato o negato, se non in presenza di eccezionali circostanze di diritto e di fatto.

Tuttavia, la Commissione appare essersi ispirata a una visione dei rapporti giuridici ed economici alquanto differente da quella appena enunciata. Non si vede, altrimenti, come la stessa Commissione, a fronte degli effettivi contenuti del progetto di riforma, avrebbe potuto redigere un Considerando della proposta di regolamento affermando che: *«conformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità enunciati all'articolo 5 del trattato, il presente regolamento si limita al minimo indispensabile per raggiungere il proprio obiettivo, vale a dire garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, e non va al di là di quanto necessario a tal fine»*³¹.

³¹ Considerando 6.

