LA DISCIPLINA COMUNITARIA SULLE CONCENTRAZIONI: MODELLI A CONFRONTO

Il controllo sulle concentrazioni tra imprese costituisce un aspetto fondamentale della disciplina antitrust. La Comunità Europea ha adottato il regolamento n. 139/2004, che avvicina il sistema di controllo a quello statunitense: rimangono, però, differenze tra i due modelli.

di Micol Valenti

1. Una differenza di impostazione

Tradizionalmente il sistema antitrust americano e quello europeo differiscono, da sempre, per una diversa concezione della politica della concorrenza e delle finalità cui la tutela di questa deve ispirarsi. Si è detto, in dottrina e in giurisprudenza, che le norme antitrust statunitensi, sarebbero pensate per difendere la concorrenza, mentre quelle comunitarie per difendere “i concorrenti”.

In altri termini, negli Stati Uniti, il concetto di concorrenza, che si vuole tutelare attraverso le norme giuridiche, è un concetto squisitamente economico e inscindibile da una analisi economica. Nel sistema statunitense, infatti, il parametro di valutazione delle condotte di un’impresa è collegato al principio del beneficio per i consumatori.

Con tale concetto ci si riferisce a tutto ciò che comporti un beneficio per la società o per l’economia in generale. In altre parole, una fusione o una operazione di concentrazione non viene valutata a seconda della crescita che apporta alla dimensione dell’impresa che l’ha posta in essere, né in base alla riduzione del numero delle imprese sul mercato che da essa discende, ma in base al beneficio economico che è in grado di apportare alla società in generale.

In Europa, invece, una concentrazione o una pratica acquistavano rilevanza, fino alla recente riforma, ai fini del controllo e del divieto, nella misura in cui fanno crescere la dimensione di un’impresa o ne rafforzano la posizione dominante. Il sistema europeo di controllo delle concentrazioni risponde, pertanto, anche, e soprattutto, a delle finalità politiche, di tutela del sistema concorrenziale in sé.

Di conseguenza, la medesima fattispecie può essere valutata in modo radicalmente opposto dalla normativa americana e da quella comunitaria.

Un esempio. Qualora intervenisse una fusione tra imprese, e l’effetto di essa fosse una riduzione dei prezzi dei prodotti o dei servizi per i consumatori, questa verrebbe approvata alla luce delle norme statunitensi, in quanto capace di arrecare un beneficio alla società.

In Europa, invece, la stessa fusione tra imprese potrebbe essere vietata, perché rafforzante in modo eccessivo la posizione dominante di un’impresa, a scapito degli altri concorrenti presenti sul mercato.

Rebus sic stantibus, la sola ipotesi in cui l'applicazione delle normative antitrust dei due sistemi condurrebbe sicuramente allo stesso risultato, si avrebbe nel caso in cui l'operazione in esame rafforzasse una posizione dominante e nello stesso tempo arrecasse un danno ai consumatori, in termini di aumento dei prezzi, di minor scelta e disponibilità dei prodotti e così via.

Proprio in virtù di queste differenze basilari, che portano e hanno portato le due normative antitrust ad esiti discordi, alcune delle modifiche apportate al regime comunitario di controllo delle concentrazioni dal regolamento n. 139/2004, assumono particolare rilievo, in quanto sembrano essere un, seppur debole, segnale di convergenza.

Tra le più significative, è il caso di annoverare la parziale modifica del test valutativo delle concentrazioni, e i richiami, del tutto nuovi, alle efficienze riconducibili alle fusioni.

2 Il nuovo test di valutazione delle concentrazioni

La Unione Europea ha modificato il regolamento n. 4064/1989 sul controllo delle operazioni di concentrazione, adottando il nuovo Regolamento n. 139/2004, che introduce alcune novità significative rispetto alla disciplina previgente, a cominciare dalla previsione di criteri parzialmente diversi, da adottare per la valutazione delle concentrazioni.

Ai fini della valutazione della compatibilità o meno con il mercato comune di una operazione di concentrazione, il Regolamento abrogato prevedeva, all'art. 2, un test basato essenzialmente sul concetto di dominanza. L'attività della Commissione, tuttavia, si è spesso limitata alla prova della creazione o del rafforzamento della posizione dominante, ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel Regolamento.

L'inconveniente principale causato dal test sulla dominanza era quello di creare un gap nel controllo delle concentrazioni, consentendo di vietare le operazioni che davano luogo ad una posizione dominante individuale, o per lo più ad una dominanza congiunta, ma lasciando fuori i cosiddetti oligopoli non collusivi.

La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni, tuttavia, sembra aver scelto una soluzione intermedia, dimostrando di ascoltare le esigenze conservatrici.

Il test sulla dominanza non è stato abbandonato a favore di un vero e proprio test basato sul SLC, ma l'art. 2 del reg. n. 139/04, al comma 2, prevede che «le concentrazioni che non ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili col mercato comune».

Viceversa, ai sensi del comma 3, «le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili col mercato comune».

La Commissione dovrà, pertanto, sempre verificare se la concentrazione notificata ostacoli in modo significativo, oppure no, una concorrenza effettiva nel mercato comune, vietandola ogni volta che tale effetto restrittivo si verifichi, sebbene l'operazione non sia costitutiva o rafforzativa di una posizione dominante, la quale resta, in ogni caso, l'esempio più frequente e importante di "ostacolo significativo" alla concorrenza.

La Commissione inoltre, ha precisato quali tipi di effetti anticoncorrenziali possono scaturire dalle concentrazioni orizzontali: tra gli ostacoli significativi alla concorrenza effettiva, essa ha espressamente annoverato anche i cosiddetti effetti non coordinati.

Questi ultimi rappresentano tutti quegli effetti, scaturenti da una concentrazione, che siano indiretti e ulteriori rispetto a quelli immediati destinati a riflettersi sulle parti dell'operazione, perché conseguenza del complesso di reazioni e contro-reazioni alla concentrazione da parte delle imprese non partecipanti all'operazione. Dal momento che tali effetti sono destinati a ripercuotersi sui consumatori, un criterio di valutazione delle concentrazioni basato esclusivamente sulla posizione dominante potrebbe non cogliere a pieno tutti gli effetti anti-concorrenziali.

Possiamo affermare, pertanto, che sebbene esistano ancora delle differenze significative tra il sistema americano e quello europeo, questa recente tendenza del diritto anti-trust europeo potrebbe contribuire a ridurre i contrasti legati all'avere due test di valutazione delle concentrazioni sostanzialmente diversi.

3 Considerazioni di efficienza

Nell'ambito della riforma, la Commissione ha voluto attribuire maggior spessore alla considerazione delle efficienze legate alle fusioni.

Il nuovo regolamento comunitario delle concentrazioni non ha cambiato la lettera dell'art. 2, paragrafo 1, b, nella parte in cui impone alla Commissione di tener conto, al momento della valutazione delle concentrazioni, degli effetti positivi collegabili alle operazioni, quali «l'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza». A parere della Commissione, simile espressione, che si ritrova tale e quale nell'art 2 del nuovo regolamento, dimostrerebbe come la necessità e la possibilità di valutare le efficienze fosse prevista già nel precedente regolamento.

Nella valutazione complessiva di una concentrazione, pertanto, la Commissione si impegnerà a valutare gli eventuali miglioramenti di efficienza ad essa collegati.

In quest'ottica, per vietare una operazione, non sarà sufficiente che essa crei o rafforzi una posizione dominante sul mercato, né che rappresenti un ostacolo significativo alla concorrenza, poiché, laddove dalla stessa scaturiscano degli miglioramenti di efficienza, in grado di controbilanciare gli effetti negativi per la concorrenza, dovrà essere dichiarata compatibile col mercato comune.

Perché le efficienze siano in grado di far sì che la concentrazione sia dichiarata compatibile col mercato comune, tuttavia, è necessario che si realizzino cumulativamente tre condizioni.

In primo luogo, l'effetto pro-concorrenziale in termini di efficienza deve coincidere con un beneficio per il consumatore. La forma tipica di vantaggio per questi ultimi consiste nel vedere applicati prezzi più bassi; ad ogni modo, anche una riduzione dei costi di produzione o di distribuzione può rappresentare un vantaggio per i consumatori, purché ciò si traduca in una riduzione dei prezzi o in altre forme di beneficio effettivo per gli stessi.

La seconda condizione è che i benefici per i consumatori siano la diretta conseguenza della concentrazione notificata: esse devono avere, cioè, un nesso specifico con la concentrazione nel senso che “non possono essere prodotti nella stessa misura da modalità alternative meno anti-concorrenziali”.

Infine, i miglioramenti di efficienza devono essere verificabili.

Le imprese partecipanti alla concentrazione dovranno, pertanto, fornire alla Commissione tutte le informazioni utili ad affermare il grado di probabilità del verificarsi delle efficienze, nonché l'entità delle stesse, vale a dire la misura in cui riescono a controbi-

Concorrenza e mercato

lanciare gli effetti anticoncorrenziali della fusione .

Sembra potersi affermare, quindi, che il tema delle efficienze collegate alle fusioni o alle operazioni di concentrazione in generale sia destinato a svilupparsi nell'ambito della politica comunitaria della concorrenza, anche se le restrittive condizioni poste dalla Commissione e l'onere della prova a carico delle imprese rendono probabile un'applicazione residuale delle stesse, come accade, tra l'altro, anche negli Stati Uniti, dove il tema non è nuovo.