

Le deroghe alla disciplina della concentrazione tra imprese motivate da ragioni di pubblico interesse (Francia, Germania e Regno Unito)

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *Charlotte Bontemps di Sturco, Sarah Pasetto, Maria Theresia Rörig*

FRANCIA

1. La disciplina generale delle operazioni di concentrazione
2. Le norme che permettono deroghe alla disciplina della concorrenza in materia di concentrazione
 - 2.1. *Il pouvoir d'évocation del Ministro dell'economia per motivi di interessi generali*
 - 2.2. *Le altre forme attraverso cui le concentrazioni possono derogare alla disciplina della concorrenza*

GERMANIA

1. Cenni sulla disciplina del controllo sulle concentrazioni
2. La deroga al divieto di concentrazioni contrarie alla normativa *antitrust*
 - 2.1. *Le deroghe motivate da vantaggi per l'economia generale o da interessi preminenti della collettività*
 - 2.2. *La ponderazione degli interessi coinvolti*
 - 2.3. *La possibilità di sottoporre l'autorizzazione a condizioni e vincoli*
 - 2.4. *Il pericolo per l'ordine economico del mercato come divieto assoluto di concentrazione*

REGNO UNITO

1. Introduzione
2. Cenni sulla procedura di valutazione delle concentrazioni ordinarie
3. La disciplina relativa alle concentrazioni coinvolgenti considerazioni di pubblico interesse
4. Il caso *Lloyds*

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. La disciplina generale delle operazioni di concentrazione

La legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 *di ammodernamento dell'economia* (o LME), di ampia portata, ha profondamente modificato la disciplina del controllo delle operazioni di concentrazione¹. Ha così trasformato il Consiglio della concorrenza in Autorità della concorrenza², cioè in una autorità amministrativa indipendente dotata di nuove competenze, tra cui il controllo delle operazioni di concentrazione, prima di competenza del ministro dell'economia.

La procedura di concentrazione è disciplinata dal Titolo III, *Della concentrazione economica*, del codice del commercio, e più particolarmente dagli articoli L 430-1 a 430-10³.

Secondo l'articolo L 430-1 del codice del commercio, l'operazione di concentrazione si ritiene realizzata quando due imprese, prima indipendenti, procedono ad una fusione; quando creano un'impresa comune; o quando un'impresa prende il controllo di una o più imprese.

L'Autorità della concorrenza si pronuncia sulle operazioni di concentrazione che sono al di sotto dalle soglie comunitarie. Il codice del commercio ha previsto soglie di fatturato per le quali è obbligatoria la notifica dell'operazione di concentrazione all'Autorità (articolo L 430-2, commi 1⁴ e

¹ Il sistema di regolamentazione della concorrenza precedente era disciplinato dall'ordinanza n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, relativa alla *libertà dei prezzi e della concorrenza*, che aveva istituito il Consiglio della concorrenza ed aveva fissato le regole del controllo sulle pratiche anticoncorrenziali e sulle concentrazioni economiche. Questa ordinanza è stata abrogata con l'ordinanza n. 2000-912 del 18 settembre 2000, relativa alla *parte legislativa del codice del commercio*, che aveva codificato le sue disposizioni nel suo Libro IV. Il controllo della concorrenza spettava quindi, dal 1986, al Consiglio della concorrenza ed ai relativi servizi del ministero dell'economia (più specificamente, alla direzione generale della concorrenza, del consumo e della repressione delle frodi, DGCCRF).

² Il progetto di legge iniziale prevedeva il ricorso allo strumento dell'ordinanza per creare l'Autorità della concorrenza (il Governo aveva già redatto un progetto di ordinanza). Durante i lavori parlamentari, però, è emersa la necessità di non eludere il dibattito parlamentare su una riforma tanto importante sia sul piano politico che su quello economico. La Commissione speciale del Senato ha quindi inserito due emendamenti al progetto di legge per creare l'Autorità della concorrenza ed attribuirle il controllo delle operazioni di concentrazioni. V. SÉNAT, *Rapport n. 413, fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (...)*, del 24 giugno 2008, Vol. 1, p. 321.

³ I testi delle disposizioni citate nel presente scritto sono reperibili sul sito di *Legifrance* (www.legifrance.gouv.fr).

⁴ Tre condizioni devono essere integrate: 1. un fatturato mondiale totale di 150 milioni di euro netti; 2. un fatturato totale in Francia di 50 milioni netti; 3. un'operazione fuori dall'ambito del regolamento comunitario CE n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

2⁵, del codice del commercio). Quando un'operazione di concentrazione è notificata all'Autorità, l'informazione è pubblicata sul sito *internet* della stessa entro i successivi 5 giorni lavorativi, al fine di permettere a terzi di formulare osservazioni, prima che l'Autorità autorizzi o meno la concentrazione. Le imprese che non rispettano l'obbligo di notifica e che realizzano un'operazione che non è stata oggetto di previa autorizzazione rischiano una penale che può arrivare, per le imprese, fino al 5% del loro fatturato giornaliero medio, per ogni giorno di ritardo nella notificazione⁶.

Una volta notificata l'operazione, l'Autorità procede ad un esame più o meno approfondito dell'operazione, a seconda della natura della stessa e delle difficoltà sollevate (articoli L 430-5 e L 430-7 del codice del commercio).

Se l'operazione non presenta particolari difficoltà o se gli impegni presentati dalle parti interessate permettono di risolvere le difficoltà emergenti, l'operazione può dare luogo ad autorizzazione (con o senza impegni a carico delle parti richiedenti), al termine di un esame sommario del caso (c.d. fase 1).

La decisione dell'Autorità è resa nel termine di 25 giorni lavorativi a decorrere dalla data di ricevimento della notifica. Se un dubbio concernente il mancato rispetto delle regole di concorrenza sussiste al termine di questa prima fase, l'Autorità apre una fase 2, nella quale svolge un esame approfondito dell'operazione. L'Autorità valuta se l'operazione è tale da ledere la concorrenza ed in particolare se crea o rafforza una posizione dominante o se crea o rafforza un centro d'acquisto idoneo ad introdurre una situazione di dipendenza economica per i fornitori. L'Autorità valuta anche se l'operazione "porta al progresso economico un contributo sufficiente" per compensare un'eventuale violazione delle regole della concorrenza⁷. Entro un termine di 65 giorni dall'inizio della fase 2, l'Autorità può: (1) autorizzare l'operazione senza porre condizioni specifiche; (2) autorizzare l'operazione condizionando l'autorizzazione al rispetto di impegni specifici⁸; (3) vietare l'operazione di concentrazione.

Il contenzioso originato dalle decisioni relative alle concentrazioni ricade, ai termini dell'articolo R 430-9 del codice del commercio, nella giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato.

⁵ Per il commercio al dettaglio, le 3 condizioni sono le seguenti: 1. un fatturato mondiale totale di 75 milioni di euro netti; 2. un fatturato totale in Francia di 15 milioni netti; 3. un'operazione fuori dall'ambito del regolamento comunitario CE n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

⁶ Articolo 430-8 I del codice del commercio.

⁷ Nella normativa previgente si aveva anche un riferimento al "progresso sociale" che è stato da ultimo soppresso. Il riferimento alla nozione di contributo al progresso economico dimostra un avvicinamento alla analoga nozione dell'articolo 81 § 3 del Trattato CE.

⁸ In caso di mancato rispetto di questi impegni, l'Autorità accerta l'inadempimento. Può allora ritirare la sua decisione di autorizzazione alla concentrazione e diffidare le parti ad eseguire i loro impegni, fissando eventualmente una penale; può altresì irrogare una sanzione pecuniaria (articolo 430-8 IV e V dello codice di commercio).

Il Ministro dell'economia dispone, però, ancora di alcuni poteri, che devono essere interpretati in modo tale da renderli compatibili con lo statuto di autorità amministrativa indipendente ritagliato a beneficio dell'Autorità della concorrenza. In particolare, secondo quanto stabilito dall'articolo L 430-7-1 I del codice del commercio, può richiedere che le operazioni notificate all'Autorità della concorrenza, entro un termine di 5 giorni lavorativi decorrenti dalla comunicazione della decisione dell'Autorità della concorrenza pronunciata in seguito ad un esame sommario, vengano sottoposte ad un esame approfondito (in sostanza, il Ministro può richiedere il passaggio alla c.d. fase 2)⁹.

2. Le norme che permettono deroghe alla disciplina della concorrenza in materia di concentrazione

In via eccezionale, il Ministro dell'economia, una volta che l'Autorità della concorrenza abbia adottato la propria decisione concernente un'operazione di concentrazione, può avocare il caso, invocando il carattere strategico per il paese della stessa, in nome di considerazioni di interesse generale diverse dalla concorrenza (2.1.).

Esistono anche altre norme – il cui ambito di applicazione non è però limitato alle operazioni di concentrazione – che permettono all'esecutivo di invocare altri “interessi” al fine di derogare al regime comune della concorrenza (2.2.).

2.1. Il *pouvoir d'évocation* del Ministro dell'economia per motivi di interessi generali

In virtù dell'articolo L 430-7-1 II del codice del commercio, come risultante dalla legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008, il Ministro dell'economia può, in seguito alla decisione dell'Autorità della concorrenza concernente un'operazione di concentrazione, avocare il caso, quando entrano in considerazione “motivi di interesse generale diversi dalla protezione della concorrenza”. Dispone di un termine di 25 giorni lavorativi (dalla decisione dell'Autorità) per adottare una decisione, motivata, che prenda in considerazione detti interessi.

I motivi di interesse generale devono essere diversi da quelli della concorrenza (e debbono essere con essa bilanciati). Il Ministro non deve quindi pronunciarsi sulla valutazione che ha effettuato

⁹ La legge, proprio al fine di preservare la natura di autorità amministrativa indipendente, non impone però all'Autorità della concorrenza di dare seguito a questa richiesta. Nella stessa logica, i parlamentari hanno eliminato la possibilità (inizialmente prevista nel progetto di ordinanza concernente l'Autorità della concorrenza) per il Ministro di chiedere all'Autorità di svolgere indagini per suo conto.

l'Autorità della concorrenza¹⁰, ciò che consente di stabilire una separazione netta tra le norme relative alla concorrenza e l'interesse invocato potenzialmente idoneo a giustificare la deroga.

Il contenuto della nozione di “motivi di interesse generale”, sebbene in teoria destinato ad essere utilizzato soltanto in situazioni eccezionali¹¹, lascia un certo margine di apprezzamento.

Il comma 2 dell'articolo in questione, del resto, ha definito la nozione facendo riferimento ad un elenco non tassativo di fattispecie: i motivi menzionati non sono infatti limitati a quelli enumerati nel testo¹², tra i quali figurano “lo sviluppo industriale, la competitività delle imprese di fronte alla concorrenza internazionale o la creazione e la preservazione dell'impiego”. “Questa cautela può essere giustificata, perché il dispositivo di avocazione dell'interesse generale è destinato a trovare applicazione in circostanze eccezionali e perché la loro caratteristica è proprio quella di essere difficili da prevedere”¹³.

Il contenuto della decisione ministeriale può andare in varie direzioni. La normativa permette al Ministro dell'economia di avocare il caso e di andare contro la decisione dell'Autorità della concorrenza, invocando motivi di interesse generale, sia che quest'ultima abbia autorizzato la concentrazione sia che non lo abbia fatto. Così, una decisione dell'Autorità della concorrenza che vieta un'operazione di concentrazione perché viola irrimediabilmente la concorrenza può essere autorizzata dal Ministro dell'economia; del pari, un'autorizzazione, condizionata o meno che sia, alla concentrazione può essere vietata per motivi di interesse generale¹⁴.

Nella disciplina di questa procedura sono stati previsti alcuni meccanismi tesi a conciliare interesse generale e interessi privati. Il Ministro deve, in particolare, sentire le parti coinvolte nell'operazione prima di pronunciarsi; la sua decisione deve essere motivata¹⁵ e deve essere

¹⁰ Al riguardo, il testo normativo ha seguito il parere del Consiglio della concorrenza n. 08-A-05 del 18 aprile 2008, *relativo al progetto di riforma del sistema francese di disciplina della concorrenza* (punti 26 e seguenti).

¹¹ È quanto risulta, del resto, tanto dai lavori parlamentari quanto dalle dichiarazioni del Ministro dell'economia francese: v. SÉNAT, *Rapport n. 413, fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (...)*, cit. p. 334 e CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Lettre du Conseil de la concurrence*, novembre-décembre 2008, n. 3, p. 5.

¹² L'elencazione si apre con l'avverbio “*notamment*”, segnatamente.

¹³ V. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 2008, in http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapportactivite_ra08.pdf, p. 31.

¹⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 2008, cit. p. 33 ; in senso contrario, però, v. SÉNAT, *Rapport n. 413, fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (...)*, cit., p. 334.

¹⁵ Articolo L 430-7-1 del codice del commercio.

pubblicata, a meno che ostino esigenze connesse al segreto commerciale¹⁶; infine, la decisione può essere impugnata davanti al Consiglio di Stato¹⁷.

2.2. Le altre forme attraverso cui le concentrazioni possono derogare alla disciplina della concorrenza

Gli articoli L 151-2 e 3 del codice monetario e finanziario, benché più generici rispetto alla normativa sin qui passata in rassegna, possono essere applicati ad alcune ipotesi di concentrazione¹⁸.

Così, in base all'articolo L 151-2, il Governo può, al fine di assicurare la difesa degli interessi nazionali, con decreto adottato a seguito di un rapporto del Ministro dell'economia, sottoporre a dichiarazione, autorizzazione preventiva o controllo l'operazione di concentrazione. Ai termini dell'articolo L 151-3, invece, "sono sottoposti a previa autorizzazione del Ministro dell'economia gli investimenti stranieri in un'attività in Francia che, anche solo a titolo occasionale, partecipa all'esercizio della pubblica autorità o rientra nei seguenti ambiti: (a) attività tale da violare l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o gli interessi della difesa nazionale; (b) attività di ricerca, di produzione o di commercio di armi, munizioni, polveri e sostanze esplosive".

Nel Rapporto sull'attività dell'Autorità della concorrenza sono stati riportati alcuni dubbi sulla compatibilità di questi due meccanismi con il diritto comunitario¹⁹. Nonostante questi rilievi, tuttavia, queste disposizioni non sono state, ad oggi, oggetto di modifica o di abrogazione.

¹⁶ Articoli L 430-10, R 430-6, R 430-7 e D 430-8 del codice del commercio.

¹⁷ Articolo R 430-9 precitato del codice del commercio.

¹⁸ Cfr il parere del Consiglio della concorrenza n. 08-A-05 del 18 aprile 2008, cit., punto 29; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 2008, cit. p. 33.

¹⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 2008, cit. p. 33.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. Cenni sulla disciplina del controllo sulle concentrazioni

In Germania, la normativa in tema di controllo delle concentrazioni attribuisce all'autorità garante, denominata Ufficio federale dei cartelli (*Bundeskartellamt*), il potere di controllare – fatta salva la competenza esclusiva della Commissione europea di cui al Regolamento CE 139/2004 del Consiglio europeo del 20 gennaio 2004 – le concentrazioni di imprese (art. 36 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in breve “GWB”)²⁰. Detta autorità deve impedire concentrazioni di imprese che costituiscano o rafforzino una posizione dominante sul mercato nazionale, ponendo così in essere pratiche non ammesse, a meno che le imprese coinvolte dimostrino che la loro concentrazione porti ad un miglioramento delle condizioni di concorrenza nel mercato e che un siffatto beneficio sia prevalente rispetto ai pregiudizi in termini di concorrenza che emergono dalla sussistenza di una posizione dominante. Al riguardo, si osserva che ogni concentrazione deve essere comunicata all'Ufficio federale, sia preventivamente che successivamente alla sua realizzazione.

2. La deroga al divieto di concentrazioni contrarie alla normativa *antitrust*

In materia di concentrazioni, una disposizione derogatoria rispetto alla disciplina *antitrust* è contenuta nell'art. 42 GWB, rubricato “*Ministererlaubnis*” (Autorizzazione del Ministro), corrispondente all'art. 24, comma 3, GWB nella versione precedente. Tale disposizione è volta ad autorizzare operazioni di concentrazione, altrimenti vietate, per ragioni di interesse generale. Infatti, in base a questa previsione possono essere consentite, su istanza delle imprese coinvolte, delle operazioni di concentrazione, qualora la limitazione della concorrenza risulti giustificata dall'ottenimento di vantaggi per l'economia generale o da un interesse pubblico predominante. L'art. 42 GWB così recita:

(1) Il Ministro dell'economia e della tecnologia concede, su apposita istanza, l'autorizzazione di una concentrazione vietata da parte dell'Ufficio federale dei cartelli, se, nel singolo caso, la limitazione della concorrenza viene compensata dai vantaggi che si rinvergono per l'economia

²⁰ Art. 36, comma 1, GWB: Una concentrazione che si ritenga possa costituire ovvero rafforzare una posizione dominante nel mercato deve essere vietata da parte dell'Ufficio federale dei cartelli, salvo che le imprese coinvolte dimostrino che attraverso la concentrazione si realizzino anche miglioramenti delle condizioni della concorrenza e che tali miglioramenti prevalgano sugli svantaggi che la posizione dominante produrrebbe nel mercato.

Le norme del GWB sono reperibili alla seguente pagina internet: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gwb/gesamt.pdf>

generale oppure se la concentrazione viene giustificata da un preminente interesse della collettività. Al riguardo, deve essere presa in considerazione anche la capacità di concorrenza delle imprese coinvolte in mercati posti al di fuori dell'ambito di applicazione della presente legge. L'autorizzazione deve essere concessa solamente se l'ordine economico del mercato non viene messo in pericolo a causa della dimensione della limitazione della concorrenza.

(2) L'autorizzazione può essere sottoposta a condizioni (Bedingungen) e vincoli (Auflagen). I §§ 40, comma 3, e 3a, trovano applicazione in quanto compatibili.

(3) L'istanza deve essere presentata per iscritto entro il termine di un mese dalla notifica del divieto [di concentrazione] al Ministero dell'economia e della tecnologia. Se il divieto viene impugnato, il termine comincia a decorrere dal momento in cui il divieto non è più sottoponibile a giudizio.

(4) Il Ministro dell'economia e della tecnologia deve decidere in merito all'istanza entro quattro mesi. Prima della decisione, deve essere chiesto il parere della Commissione del monopolio e deve essere data l'opportunità di prendere posizione alle autorità superiori del Land nel cui territorio hanno sede le imprese coinvolte.

L'autorizzazione in deroga è quindi una decisione politica, che ha come presupposto il divieto opposto alla concentrazione da parte dell'Ufficio federale dei cartelli. In effetti, è quest'ultimo l'unico organo competente per gli aspetti inerenti alla concorrenza sul mercato, mentre il Ministro dell'economia e della tecnologia può esaminare soltanto gli aspetti diversi da quelli strettamente concorrenziali connessi alla concentrazione, e segnatamente gli aspetti di carattere politico-economico. Alla luce di ciò, può parlarsi di una divisione del procedimento in due fasi, l'una di fronte all'autorità garante e l'altra di fronte al Ministro. Peraltro, quest'ultimo, come detto, è vincolato alla decisione dell'autorità garante, la cui decisione non può dunque essere messa in discussione, eccezion fatta per quei casi tanto eclatanti da imporre una revisione da parte del Ministro, chiamato ad evitare che l'autorità garante produca decisioni contraddittorie, evidentemente non plausibili e irragionevoli (in assenza di siffatti vizi, il Ministro può discostarsi dalla decisione dell'autorità garante solo a seguito di una decisione assunta in sede giurisdizionale).

Peraltro, alcuni aspetti *a rigori* connessi alla concorrenza – come l'impatto delle limitazioni della concorrenza sull'economia e sul bene comune o anche la capacità di concorrenza su mercati esteri (non considerati dall'autorità garante nell'ambito dell'art. 36 GWB) – non possono non essere presi in considerazione nella decisione di cui all'art. 42 GWB.

Nel caso di opposizione di un divieto alla concentrazione da parte dell'autorità garante, le imprese coinvolte possono scegliere se impugnare la decisione o se (direttamente) richiedere l'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 42 GWB, cioè il rilascio di un provvedimento amministrativo loro favorevole (c.d. *begünstigender Verwaltungsakt*). Le due istanze non si escludono reciprocamente, ponendosi solo un impedimento al loro svolgimento in parallelo.

Se viene immediatamente chiesta l'autorizzazione ministeriale, il termine per proporre in sede giurisdizionale l'opposizione avverso il divieto espresso dall'autorità garante inizia a decorrere solamente dalla notifica della decisione ministeriale. Se l'autorizzazione del Ministro non viene concessa, la relativa decisione può essere impugnata unitamente al provvedimento negativo dell'autorità garante.

Diversamente, si può optare per la proposizione in sede giurisdizionale dell'opposizione al divieto di concentrazione ed attenderne l'esito prima di valutare se promuovere l'istanza ai sensi dell'art. 42 GWB. In tal caso, il termine per promuovere questa istanza inizia a decorrere dal momento in cui il divieto non è più impugnabile (anche a seguito di un'opposizione che abbia avuto esito negativo).

In proposito, è da osservare che, sebbene la decisione del Ministro sia in via di principio impugnabile, il giudice non può scrutarne le valutazioni di natura politico-economica circa la sussistenza dei presupposti della norma (ad es., l'incidenza della concentrazione sul bene comune), per i quali il Ministro possiede un'ampia discrezionalità, tanto da rendere controversa la questione circa la effettiva impugnabilità della decisione. In ogni caso, se le valutazioni dell'organo giudiziario sono limitate alla verifica del rispetto delle norme procedurali ed alla logicità e ragionevolezza delle motivazioni adottate nella decisione ministeriale, i poteri del Ministro possono comunque essere limitati da previsioni costituzionali e dall'esigenza di rispettare i diritti fondamentali.

Per quel che attiene specificamente al procedimento di cui all'art. 42 GWB, esso inizia con la raccolta dei pareri e delle valutazioni della Commissione del monopolio e delle Autorità superiori dei *Länder* coinvolti. Ai fini della regolarità del procedimento, è necessario che si svolga una discussione orale pubblica, alla cui organizzazione deve provvedere il Ministero, diretta ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di pubblicità e del contraddittorio (v. il caso *E.ON/Ruhrigas*, oggetto di esame presso la corte di appello, OLG, Düsseldorf²¹).

Dato il carattere genuinamente politico della decisione, è il Ministro dell'economia e della tecnologia *in persona* l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione in deroga alla normativa *antitrust*. È stata peraltro oggetto di una accesa discussione (soprattutto in dottrina e, poi, nel procedimento relativo al caso *E.ON/Ruhrigas*) la questione relativa a chi aspetti la competenza di assumere la decisione in questione nei casi di assenza od impedimento del Ministro. In occasione di una novella della legge *antitrust*, il Governo ha chiarito tale questione, indicando, nelle motivazioni del disegno della legge di riforma, che il Ministro, in tali casi, deve essere sostituito dal Segretario

²¹ Nel caso *E.ON/Ruhrigas*, del 2002, l'autorizzazione ministeriale è stata oggetto di un'impugnazione dinanzi alla corte d'appello di Düsseldorf. Quest'ultima aveva riscontrato vari vizi procedurali (in particolare, la mancata presenza del Ministro o di un suo rappresentante nella discussione orale e la violazione del principio del contraddittorio). Si è anche discussa la possibilità di procedere ad una sanatoria dei vizi procedurali. La controversia non è stata, però, decisa dalla corte, in quanto le parti coinvolte hanno trovato una soluzione transattiva stragiudiziale.

di Stato.

Le difficoltà insorte, di cui quello appena citato è solo un esempio, sono state per certi versi acuite dalla pressoché totale assenza di pronunce giurisdizionali (e, in particolare, la totale assenza di interventi degli organi giudiziari costituzionali e supremi), cui fa riscontro un numero piuttosto elevato di precedenti amministrativi.

2.1. Le deroghe motivate da vantaggi per l'economia generale o da interessi preminenti della collettività

Onde rendere la decisione di cui all'art. 42 GWB, il Ministro deve ponderare le limitazioni alla concorrenza già accertate dall'autorità garante con i vantaggi che la concentrazione potrebbe apportare all'economia generale od agli interessi preminenti della collettività, e quindi verificare se, nel caso concreto, ragioni afferenti connesse al bene comune ed inerenti alla concentrazione possano prevalere sull'interesse alla tutela della concorrenza. Il Ministro, sebbene sia vincolato alla decisione dell'autorità garante, può decidere discrezionalmente circa l'incidenza di una limitazione alla concorrenza, prendendo in considerazione anche nuove circostanze di fatto o evoluzioni significative non contemplati nella decisione dell'autorità garante.

Ad oggi, sono state presentate diciannove istanze per l'autorizzazione ministeriale ai sensi dell'art. 42 GWB²². Il Ministro dell'economia e della tecnologia ne ha respinte sei²³. L'autorizzazione (talora con limitazioni, condizioni o vincoli) è invece stata concessa in sette casi²⁴. Negli altri sei casi, le istanze sono state ritirate da parte dei richiedenti, in base alle scarse probabilità di successo²⁵.

Tanto la nozione di "vantaggi per l'economia generale" quanto quella di "interessi preminenti della collettività" sono c.d. concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). Ne

²² Cfr. MESTMÄCKER/VEELKEN in IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht: GWB*, 4° ed. 2007. § 42 GWB, n. 6, nonché RIESENKAMPFF/LEHR in LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, *Kartellrecht*, 2° ed. 2009, § 42 GWB, n. 1, anche per ulteriori dettagli concernenti l'art. 42 GWB.

²³ WuW/E BWM 149 - *VAW/Kaiser* WuW/E BWM 185 - *VEW-Ruhrkohle*; WuW/E BWM 207 - *MAN/Sulzer*; WuW/E BWM 213 - *BayWa/WLZ*; WuW/E BWM 225 - *PCS/Kali + Salz*; BWM del 22.5. 2006 - *Rhön-Grabfeld/Rhön-Klinikum* (<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen.did=133614.html>).

²⁴ WuW/E BWM 147 - *Veba/Gelsenberg*; WuW/E BWM 155 - *Babcock/Artos*; WuW/E BWM 159 - *Thyssen/Hüller*; WuW/E BWM 165 - *Veba/BP (Ruhrgas)*; WuW/E BWM 177 - *IBH/Wibau*; WuW/E BWM 191 - *Daimler-Benz/MBB*; da ultimo WuW/E DE-V 573, 643 - *E.ON/Ruhrgas*.

²⁵ BMWi, *Erfahrungsbericht über Ministererlaubnisverfahren*, WuW 1986, 788; WuW 1992, 925: „*Sachs-GKN*“; „*Burda-Springer*“ (ritiro a seguito della raccomandazione della Commissione del monopolio, nel parere 12, di non concedere l'autorizzazione); „*Klöckner-SEN*“ (ritiro a seguito della raccomandazione della Commissione del monopolio, nel parere 15, di non concedere l'autorizzazione); „*Rheinmetall-WMF*“; „*Daimler-Benz/MAN/Enasa*“; „*Holtzbrinck/Berliner Verlag*“.

discende che il Ministro ha un ampio margine di discrezionalità nella loro interpretazione: una volta, però, che la valutazione di tipo politico sia stata compiuta, i suoi esiti condizionano la decisione circa l'*an* dell'autorizzazione, come dimostra la spettanza, in capo ai richiedenti, di un vero e proprio diritto ad ottenere l'autorizzazione richiesta al sussistere dei requisiti previsti dall'art. 42 GWB.

a) Quanto ai *vantaggi per l'economia generale*, essi concernono (diversamente dagli interessi prevalenti della collettività) circostanze meramente economiche.

Non esiste, peraltro, una definizione omnicomprensiva di detti vantaggi. Ad esempio, non sono ritenuti tali quelli di cui beneficerebbero le sole imprese coinvolte nella concentrazione oppure soltanto terzi, sebbene, ovviamente, i benefici a favore di alcuni non precludono necessariamente *ex se* l'affermazione della sussistenza di vantaggi per l'economia generale. Può anche essere sufficiente, perché si riscontrino vantaggi per l'economia generale, che simili vantaggi riguardino solamente alcuni settori dell'economia o alcune regioni. Il beneficio, infatti, non deve necessariamente essere percepito da ogni singolo partecipante alla vita economica.

Ai fini dell'individuazione dei vantaggi per l'economia generale, sono decisivi i programmi della politica economica statale, nonché le valutazioni connesse ai principi contenuti nella Costituzione, nel diritto comunitario e anche nelle leggi ordinarie.

Nella prassi sono stati considerati vantaggi per l'economia generale, tra l'altro: la conservazione di *know-how* tecnico importante²⁶; il miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento di beni importanti per l'economia generale, come l'energia²⁷; la stabilizzazione dei mercati dei prodotti agricoli²⁸; la positiva partecipazione alla concorrenza internazionale nel settore delle macchine per l'edilizia²⁹.

Vantaggi apprezzabili sotto il profilo della razionalizzazione possono tradursi soltanto in casi eccezionali in vantaggi per l'economia generale. Ciò avviene qualora si vada oltre la razionalizzazione solitamente connessa a qualunque concentrazione (e quindi, ad esempio, quando si rendano possibili nuovi procedimenti di produzione o lo svolgimento di ulteriori attività scientifiche, etc.)³⁰. Ancor più difficile è che l'autorizzazione possa essere giustificata dalla mera finalità di conservare posti di lavoro, perché la garanzia dei posti di lavoro non ha solitamente un impatto durevole sulla situazione generale dell'impiego. Anzi, si può ritenere, alla luce delle esperienze maturate, che le concentrazioni mettano generalmente in pericolo il mantenimento dei posti di lavoro presso le imprese concorrenti, nella misura in cui le concentrazioni comportano

²⁶ WuW/E BMW 159 - *Thyssen/Hüller*.

²⁷ WuW/E DE-V 573, 643 - *E.ON/Ruhrigas*.

²⁸ WuW/E BMW 213 - *BayWa/WLZ*.

²⁹ WuW/E BMW 177 - *IBH/Wibau*.

³⁰ WuW/E BMW 149 - *VAW/Kaiser*; WuW/E BMW 213 - *BayWa/WLZ*.

solitamente una perdita di posti di lavoro nettamente superiore alla perdita che si produrrebbe nel caso in cui le imprese continuassero agire separatamente³¹.

Tali considerazioni si applicano anche alle fusioni che abbiano come finalità quella di procedere al salvataggio di imprese in crisi, di cui si cerchi di evitare la liquidazione attraverso una concentrazione. In tali casi, è necessario porre a confronto la situazione del mercato in presenza della concentrazione delle imprese e quella derivante dalla liquidazione di una delle imprese. Un vantaggio per l'economia generale potrà affermarsi solamente in casi eccezionali di grande importanza, ad esempio qualora vengano evitati – attraverso la concentrazione – gravi danni per l'economia generale derivanti da crisi strutturali o dalla perdita rilevante di *know-how* (anche se quest'ultima ipotesi non sembra poter giustificare una completa procedura di fusione, atteso che sovente la liquidazione è evitabile attraverso il semplice ricorso ad investimenti parziali).

In ogni caso, non è ritenuta sufficiente la necessità di recuperare il capitale conferito nelle imprese da salvare da parte degli investitori, anche ove si tratti di investitori pubblici.

b) La nozione di *interessi preminenti della collettività* riguarda situazioni concernenti il bene comune per le quali si prescinde da considerazioni prettamente economiche (si parla, in proposito, degli interessi dello Stato, della società, degli interessi sociali, regionali, militari o politico-sanitari). Una importante limitazione a tale amplissima nozione si rinviene nella necessità che nella fattispecie in esame sussista una *preminenza* di detti interessi rispetto alle esigenze connesse alla tutela della concorrenza.

In tal senso, è stata riconosciuta la sussistenza di un interesse preminente in relazione alla realizzazione di obiettivi di politica ambientale³² o allo sgravio del bilancio federale conseguente alla privatizzazione di alcune imprese pubbliche³³.

Le considerazioni relative al bene comune devono anche tener conto delle valutazioni e dei principi e dei diritti costituzionali. Come accennato, infatti, questi limitano il margine di discrezionalità del Ministro (si pensi, ad esempio, all'art. 5 Legge fondamentale, che, nel garantire il pluralismo ideologico e l'obbligo di neutralità dello Stato, pone un chiaro argine alle concentrazioni nel settore dei *mass-media*).

c) Infine, nella decisione ministeriale deve essere anche valutata la *capacità di concorrenza internazionale delle imprese coinvolte*, con essa intendendosi sia il mantenimento che l'espansione della capacità di concorrenza su mercati esteri. Onde giustificare l'autorizzazione del Ministro, la concentrazione deve essere indispensabile per garantire in maniera durevole la capacità di

³¹ WuW/E BMW 177 - *IBH/Wibau*.

³² WuW/E DE-V 573, 643 - *E.ON/Ruhrgas*.

³³ WuW/E BMW 191 - *Daimler-Benz/MBB*, riguardante la trasformazione di un'impresa (tra l'altro) del settore aeronautico sotto controllo statale in un'impresa privata.

concorrenza internazionale³⁴. Ciò posto, si è comunque considerato sufficiente il fatto che la realizzazione del mantenimento o del miglioramento della capacità di concorrenza internazionale fosse prevedibile, in termini probabilistici, nel prossimo futuro³⁵.

Il criterio della capacità di concorrenza internazionale ha trovato raramente applicazione nella prassi³⁶. Esso tende, peraltro, a porsi in contrasto con il diritto comunitario, in particolare con il principio della libera circolazione dei capitali e con quello di non-discriminazione (leso dall'agevolazione accordata alle imprese nazionali).

Dalla relazione ministeriale sulle esperienze maturate emerge, tra l'altro, che alcune previsioni in merito alla capacità di concorrenza internazionale (ad esempio nel settore dell'energia) si sono successivamente rivelate errate.

2.2. La ponderazione degli interessi coinvolti

Trattandosi di una previsione derogatoria, i vantaggi per il bene comune derivanti da una concentrazione possono essere presi in considerazione, ai sensi dell'art. 42 GWB, solamente quando abbiano, nel caso concreto, un *peso sufficiente*, siano *concretamente dimostrabili* e *non sussistano soluzioni pubbliche alternative* conformi alla disciplina sulla tutela della concorrenza³⁷. L'eccezionalità della norma è ulteriormente dimostrata dall'impossibilità di redigere alcuna casistica relativa alle autorizzazioni concesse ai sensi dell'art. 42 GWB.

La concentrazione deve essere *determinante, appropriata e necessaria* per ottenere vantaggi per il bene comune. Sotto questo aspetto, benefici immediati, ma di breve durata, non potrebbero ritenersi sufficienti. La struttura del mercato deve essere modificata a causa della concentrazione in maniera durevole e comportare benefici durevoli. Ove le limitazioni alla concorrenza, accertate dall'autorità garante, siano particolarmente incisive, è allora necessario, per poter giustificare il rilascio dell'autorizzazione, che sia di speciale rilievo anche il peso dei vantaggi che da una tale concentrazione derivano per il bene comune e la collettività, in linea di principio interessata alla presenza di una situazione di concorrenza.

Le previsioni (a volte inevitabili) circa eventi futuri devono basarsi su fatti concreti ed attuali e gli eventi futuri posti a fondamento della decisione devono possedere un'alta probabilità di realizzazione (da valutarsi caso per caso).

Oltre ai benefici, che devono essere identificati e valutati dal Ministro, devono essere altresì

³⁴ Cfr. WuW/E BWM 213 - *BayWa/WLZ*; WuW/E DE-V 573, 643 - *E.ON/RuhrGas*; WuW/E BWM 177 - *IBH/Wibau*; WuW/E BWM 225 - *PCS/Kali + Salz*.

³⁵ WuW/E DE-V 573, 643 - *E.ON/RuhrGas*.

³⁶ Cfr. /E BWM 177 - *IBH/Wibau*; WuW/E BWM 213 - *BayWa/WLZ*.

³⁷ WuW/E BWM 213 - *BayWa/WLZ*.

contemplati anche i vantaggi già accertati dall'autorità garante ai sensi dell'art. 36, comma 1, GWB sebbene essi non siano stati tali da aver comportato, in quella sede, una decisione positiva sulla concentrazione: ovviamente, la somma di questi vantaggi deve, quanto meno, compensare i pregiudizi (e non necessariamente superarli, in quanto, diversamente da quanto previsto dall'art. 36 GWB, il "saldo" deve non essere negativo).

In generale si deve cercare – attraverso un'interpretazione restrittiva dei concetti giuridici indeterminati suddetti – di evitare che gli aspetti non connessi alla concorrenza possano comportare troppo facilmente una limitazione della concorrenzialità del mercato. Come dire che le considerazioni di ordine politico non possono essere enfatizzate oltre misura. Dalle esperienze maturate, ed in specie dal caso *Daimler-MBB*, che riguarda il settore della difesa, della tecnologia spaziale e dei veicoli, non si può però negare una dimensione fortemente politica della decisione che ha condotto all'autorizzazione delle concentrazioni: è ovvio, infatti, che nelle autorizzazioni ministeriali assumano una forte influenza le valutazioni di carattere politico-industriale.

2.3. La possibilità di sottoporre l'autorizzazione a condizioni e vincoli

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, la possibilità di sottoporre l'autorizzazione al rispetto di determinate condizioni sospensive o risolutive (quando l'efficacia o il venir meno dell'autorizzazione dipendono dal verificarsi di eventi futuri ed incerti) e di vincoli (obblighi di fare, tollerare o non fare) è ammissibile solamente nel caso in cui emerga, dalla ponderazione degli interessi coinvolti, che i vantaggi della concentrazione *non* compensino, di per sé, i pregiudizi inerenti alla limitazione della concorrenza. Inoltre, l'autorizzazione può essere limitata a parti della concentrazione, qualora quest'ultima risulti divisibile da un punto di vista economico (tuttavia, in tale ultimo caso, il contenuto dell'autorizzazione deve attenersi all'oggetto dell'istanza presentata, non avendo il Ministro il potere di modificarlo).

Le condizioni ed i vincoli possono avere ad oggetto soltanto misure strutturali e non devono comportare un controllo continuativo o durevole delle condotte delle imprese concentrate. Nella prassi, i vincoli hanno riguardato la vendita di alcune parti delle imprese³⁸ od il divieto di partecipare a concentrazioni in determinati mercati o con determinate imprese. Non è ritenuto ammissibile, invece, il vincolo consistente nel divieto di licenziare personale.

Nella sottoposizione a condizioni o vincoli, deve essere rispettato il principio di proporzionalità, avendo riguardo agli interessi pubblici coinvolti (e dunque, principalmente, l'interesse alla concorrenza, da un lato, e l'interesse alla concentrazione, dall'altro).

Di fatto, la possibilità di condizionare o limitare l'autorizzazione a determinate circostanze o condotte ha spesso provocato problemi, a causa degli sviluppi e dei continui cambiamenti del

³⁸ WuW/E BWM 155 - *Babcock/Artos*; WuW/E BWM 159 - *Thyssen/Hüller*; WuW/E BWM 165 - *Veba/BP (Ruhrgas)*; WuW/E BWM 191 - *Daimler-Benz/MBB*.

mercato e per la necessità di un continuo (ma problematico) controllo del rispetto di tali requisiti da parte delle imprese che avevano proceduto alla concentrazione.

2.4. Il pericolo per l'ordine economico del mercato come divieto assoluto di concentrazione

L'autorizzazione (con o senza condizioni e vincoli) non deve essere rilasciata se la dimensione della limitazione alla concorrenza accertata ai fini del divieto opposto dall'autorità garante mette in pericolo l'ordine economico del mercato (art. 42, comma 3, per. 3, GWB). Quest'ultimo rappresenta, infatti, il limite assoluto entro cui i benefici per la collettività derivanti dalla concentrazione possono trovare considerazione.

Un pericolo per l'ordine economico del mercato si può riscontare solo nel caso in cui la concorrenza venga meno ovvero venga eliminata a causa di una concentrazione che riguardi un mercato di tale importanza da incidere sull'economia di mercato generale (per una valutazione circa la sussistenza di questo limite assoluto, si devono valutare anche gli sviluppi e gli investimenti nonché eventuali innovazioni di lunga durata che potrebbero prodursi).

È da notare che un pericolo che riguardasse solamente il mercato rilevante ai sensi dell'art. 36 GWB, quindi, ai fini del divieto da parte dell'autorità garante, non sarebbe sufficiente ad escludere la possibilità di concedere l'autorizzazione da parte del Ministro.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Introduzione

La disciplina relativa alle concentrazioni tra imprese è contenuta nell'*Enterprise Act 2002*, alla *Part 3*³⁹. Tale *Act* era stato adottato per accogliere le varie proposte di riforma del diritto della concorrenza inglese. Uno dei cambiamenti principali è consistito proprio nella modifica del criterio alla luce del quale valutare la validità delle operazioni di concentrazione: se, prima dell'*Act*, si considerava prioritariamente la “conformità all’interesse pubblico” dell’operazione, in seguito all’entrata in vigore dell'*Act* si dà preminente risalto alle questioni inerenti alla concorrenza, in quanto si valuta se l’operazione di concentrazione comporterà una “sostanziale diminuzione della concorrenza” (*substantial lessening of competition*).

Connessa a questa diversa impostazione, si è avuta una riduzione del ruolo (*politico*) del Segretario di Stato (il *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, cioè il titolare del dicastero dello sviluppo e della disciplina degli scambi commerciali e dell’imprenditoria, e della riforma regolamentare) a beneficio delle autorità amministrative indipendenti chiamate a garantire la concorrenza, l'*Office of Fair Trading* e la *Competition Commission*, le quali sono ora incaricate dell’esame e dell’approvazione della quasi totalità dei casi di concentrazione. Se è vero che il Segretario di Stato è ancora incaricato di vagliare le concentrazioni che sollevano questioni di pubblico interesse, è anche vero che tali questioni sono state espressamente circoscritte dall'*Act* del 2002 a poche specifiche fattispecie. Ciò detto, deve comunque rilevarsi che, con un *order* (un atto di rango secondario) del Segretario di Stato, su cui i due rami del Parlamento devono comunque esprimere la propria approvazione, è possibile aggiungere altri motivi di pubblico interesse atti a giustificare l’intervento ministeriale nella valutazione delle operazioni di concentrazione. Facendo impiego di questa possibilità, ai motivi di pubblico interesse attinenti alle concentrazioni che abbiano ricadute sulla sicurezza nazionale e sulla libertà e sul pluralismo della stampa, è stato di recente aggiunto un motivo relativo alla stabilità del sistema finanziario, in seguito alla vicenda Lloyds TSB/HBOS. Nell'*Act*, del resto, non sono contemplate particolari condizioni che limitino aggiunte di questo tipo, con il che non è dato prevedere se in futuro la prassi si orienterà per una nuova estensione dei poteri governativi.

2. Cenni sulla procedura di valutazione delle concentrazioni ordinarie

³⁹ La legge è reperibile alla seguente pagina internet: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020040_en_1.

Come accennato, le principali autorità garanti della concorrenza nei mercati del Regno Unito sono l'*Office of Fair Trading* e la *Competition Commission*. La prima autorità è coinvolta nella prima fase della valutazione, mentre la seconda è impegnata in un esame successivo, maggiormente approfondito.

Concetti fondamentali sono quelli della “situazione di concentrazione rilevante” (*relevant merger situation*) e della “sostanziale diminuzione della concorrenza” (*substantial lessening of competition*). Sussiste una situazione di concentrazione rilevante quando due o più imprese⁴⁰ hanno cessato di essere entità distinte⁴¹, e viene soddisfatto uno di due parametri, fondati sul fatturato totale dell'impresa o sulle quote di mercato in possesso di questa: nel primo caso, il fatturato⁴² ricavato nel Regno Unito dalla società acquisita deve essere superiore a 70 milioni di sterline britanniche⁴³; nel secondo, le imprese coinvolte nella concentrazione devono fornire oppure acquisire almeno il 25% di un certo tipo di beni o servizi nel Regno Unito o in una parte sostanziale del suo territorio⁴⁴.

Le imprese non hanno l'obbligo di segnalare l'operazione di concentrazione all'*Office of Fair Trading*. Ciò nondimeno, solitamente si invia volontariamente una forma di notifica, al fine di avere una indicazione circa la probabilità di dover far fronte ad opposizioni. Se, infatti, l'operazione dovesse giungere all'esame della *Competition Commission* attraverso il rinvio da parte dell'*Office of Fair Trading*, e la *Commission* dovesse riscontrare una sostanziale riduzione della concorrenza,

⁴⁰ Per “impresa” si intendono le attività od una parte delle attività di un'azienda, non necessariamente generanti un profitto. Il trasferimento di beni tangibili può essere considerata un trasferimento di impresa allorché il trasferimento permetta il proseguimento di un'attività economica: cfr. *section 23* dell'*Enterprise Act 2002*.

⁴¹ Due o più imprese non sono più distinte se vengono acquisite o diventano controllate dagli stessi soggetti. Ai fini dell'*Act* del 2002, la definizione del termine “controllo” è piuttosto lata: infatti, oltre al controllo legale, la definizione ricomprende anche il controllo *de facto* e la possibilità di influenzare in maniera notevole le politiche di un'altra impresa. La transizione da un livello intermedio di controllo (ad es., la possibilità di influenzare in maniera notevole la politica di un'impresa) al controllo *de facto* potrebbe costituire, in sé, una concentrazione: cfr. *sections 26 e 129* dell'*Enterprise Act 2002*.

⁴² Per “fatturato” si intendono gli introiti ricavati dalla vendita di beni o dalla fornitura di servizi da parte di un'impresa nello svolgimento ordinario delle proprie attività, e consiste della somma del fatturato dell'impresa acquisita o in via di acquisizione e del fatturato di qualsiasi impresa ad essa associata: cfr. *section 23* dell'*Enterprise Act 2002*.

⁴³ Tale limite viene periodicamente monitorato dall'*Office of Fair Trading* e che può essere modificato dal Segretario di Stato britannico: cfr. *section 28* dell'*Enterprise Act 2002*. Il metodo di calcolo del fatturato è stato stabilito attraverso la disposizione di normativa secondaria *Enterprise Act 2002 (Merger Fees and Determination of Turnover) Order 2003*.

⁴⁴ Nel definire il mercato su cui calcolare le quote, l'*Office of Fair Trading* gode di un ampio potere discrezionale; all'uopo, tiene conto, ad esempio, per quanto riguarda la definizione della “parte sostanziale” del Regno Unito, di fattori quali le dimensioni territoriali, la popolazione, il suo significato socio-politico, ecc. (*South Yorkshire Transport Ltd v Monopolies and Mergers Commission*, sentenza del 1993 della *House of Lords*).

si aprirebbe la possibilità di un annullamento autoritativo della concentrazione, con ovvie conseguenze pregiudizievoli per tutte le imprese.

L'*Office of Fair Trading* è incaricato, come detto, di seguire le prime fasi dell'inchiesta. Con riguardo alle concentrazioni già completate, in seguito alla propria inchiesta, l'*Office of Fair Trading* ha l'obbligo di rinviare il caso alla *Competition Commission*, qualora ritenga che possa esistere una "significativa possibilità" che una situazione di concentrazione rilevante sia stata, o possa essere stata, creata e che la creazione di tale situazione si traduca, o sia suscettibile di tradursi, in una sostanziale riduzione della concorrenza in uno o più mercati per beni o servizi nel Regno Unito oppure in una parte di esso⁴⁵. La decisione finale sull'effettiva esistenza o meno di concentrazioni illegali spetta alla *Competition Commission*.

L'*Office of Fair Trading* ha peraltro la facoltà di non rinviare il caso alla *Competition Commission* allorché ritenga che i mercati coinvolti dall'operazione di concentrazione non siano di sufficiente importanza, oppure se si riscontri l'esistenza di benefici rilevanti per i clienti, che siano di peso assai maggiore della sostanziale riduzione di concorrenza⁴⁶. L'*Office of Fair Trading* non può operare il rinvio alla *Competition Commission* fin quando è *in itinere* una valutazione circa l'opportunità di permettere la concentrazione in seguito ad impegni informali concordati con le imprese coinvolte, al fine di eliminare i rischi per la concorrenza posti in essere dalla concentrazione, oppure allorché vengano in rilievo significative questioni di pubblico interesse⁴⁷.

La possibilità di non procedere al rinvio alla *Competition Commission* vale anche per le inchieste effettuate prima del completamento dell'operazione di concentrazione, in ordine alle quali il mancato rinvio può essere motivato dall'insufficiente stato di avanzamento oppure dalla scarsa probabilità di una positiva conclusione delle trattative per la concentrazione⁴⁸.

Se e quando adita, la *Competition Commission* avrà il compito di decidere se una situazione di concentrazione rilevante sia stata effettivamente creata, e se tale situazione si sia tradotta, o possa tradursi, nella sostanziale riduzione della concorrenza in uno o più mercati per beni o servizi nel Regno Unito⁴⁹. Se la risposta sarà affermativa, la *Commission* dovrà anche valutare l'opportunità di imporre, oppure di far imporre, rimedi, e dovrà stabilire in che cosa essi consistano.

La *Competition Commission* ha l'obbligo di intraprendere le azioni ragionevoli e concrete con cui rimediare, mitigare oppure prevenire la riduzione sostanziale della concorrenza e tutti gli effetti negativi che da essa possano discendere. Se l'*Office of Fair Trading* giunge alle proprie conclusioni in base ad una valutazione fondata sulla possibilità che si verifichino eventi negativi, la *Competition*

⁴⁵ *Enterprise Act 2002, section 22.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Enterprise Act 2002, section 33.*

⁴⁹ Per la disciplina relativa alla *Competition Commission*, si veda, in generale, la *section 35* dell'*Act* del 2002.

Commission opera invece secondo un bilanciamento delle probabilità del verificarsi degli eventi e delle probabilità che, invece, se ne verificano altri. Non è dunque affatto scontato che i due organi raggiungano la medesima conclusione con riguardo alla stessa operazione di concentrazione.

I ricorsi contro le decisioni delle autorità garanti della concorrenza possono essere proposti dinanzi alla *Competition Appeal Tribunal*⁵⁰, organo para-giurisdizionale (in quanto attinente all'embrionale sistema di giustizia amministrativa) e specializzato in questioni relative al diritto della concorrenza ed alla tutela dei consumatori.

3. La disciplina relativa alle concentrazioni coinvolgenti considerazioni di pubblico interesse

Le disposizioni relative alle concentrazioni che sollevano questioni di pubblico interesse sono contenute nei *Chapters 2 e 3 della Part 2 dell'Enterprise Act 2002*.

Con riguardo a tali tipi di concentrazione, il Segretario di Stato può emanare un “avviso di intervento” (*intervention notice*) se ritiene che una o più considerazioni di pubblico interesse richiedano il vaglio di una situazione di concentrazione rilevante⁵¹. Le considerazioni di pubblico interesse sono state concepite come eccezioni alla regola: sono state pertanto redatte in termini molto rigorosi. Una delle considerazioni possibili riguarda la sicurezza nazionale; un'altra concerne invece la libertà ed il pluralismo dei *mass-media*. Come accennato, nel 2008, avvalendosi del potere di aggiungere nuove considerazioni di pubblico interesse previa approvazione del Parlamento, il Segretario di Stato ha aggiunto la considerazione riguardante la stabilità del sistema finanziario⁵².

Nei casi in cui il Segretario di Stato ha emanato un avviso di intervento, l'*Office of Fair Trading* ha il compito di redigere un rapporto in cui esamina tanto le questioni inerenti alla disciplina della concorrenza (ordinariamente di sua spettanza) quanto quelle specificamente attinenti al pubblico interesse⁵³. Sarà il Segretario di Stato, dopo aver esaminato il rapporto, a decidere se operare un rinvio alla *Competition Commission* o meno, sostituendosi così all'*Office of Fair Trading*⁵⁴. Nell'esercizio di questa sua discrezionalità, il Segretario di Stato sarà vincolato dalle conclusioni dell'*Office of Fair Trading* circa le questioni sulla concorrenza; il suo intervento sarà, invece, libero con riguardo all'apprezzamento dei motivi di pubblico interesse⁵⁵.

⁵⁰ *Enterprise Act 2002, Part 2*.

⁵¹ *Enterprise Act 2002, section 42*.

⁵² Si veda, in particolare, l'*Enterprise Act 2002, section 58*.

⁵³ *Enterprise Act 2002, section 44*.

⁵⁴ *Ibid, section 45*.

⁵⁵ *Ibid, section 46*.

La *Competition Commission* dovrà determinare se sia stata creata una situazione pertinente di concentrazione, e dovrà anche rendere note, entro 24 settimane dall’emanazione dell’avviso di intervento del Segretario di Stato, le proprie conclusioni sulle questioni circa la concorrenza e circa le questioni di pubblico interesse. Il rapporto dovrà contenere anche le decisioni, e le relative motivazioni, sulle questioni che la *Competition Commission* era stata chiamata a valutare⁵⁶. Se il Segretario di Stato ha emanato un *Order* che ha aggiunto un nuovo motivo alla luce del quale far valere il pubblico interesse, vi sono delle restrizioni sulle azioni che possono essere intraprese dai soggetti coinvolti nel procedimento in pendenza dell’approvazione *dell’Order* da parte del Parlamento; ad esempio, il rapporto della *Commission* contenente le valutazioni dei pregiudizi arrecati alla concorrenza non può essere consegnato al Segretario di Stato⁵⁷.

Sulla base del rapporto redatto dalla *Competition Commission*⁵⁸, il Segretario di Stato dovrà rendere nota la propria decisione entro 30 giorni dal termine dell’inchiesta; egli sarà vincolato dalle conclusioni circa gli eventuali pregiudizi alla concorrenza tratte dalla *Competition Commission*, ma potrà comunque giungere ad una “conclusione di contrarietà al pubblico interesse”⁵⁹. In tale evenienza, avrà il potere di accettare ufficialmente impegni assunti dalle imprese coinvolte della concentrazione, oppure potrà emanare ordini diretti a rimediare, mitigare o prevenire qualsiasi conseguenza pregiudizievole per il pubblico interesse coinvolto⁶⁰.

Rimane sempre aperta la possibilità per le parti eventualmente di fare ricorso presso il *Competition Appeal Tribunal*. Tale *Tribunal* non può, tuttavia, valutare il merito della decisione del Segretario di Stato, ma solamente la procedura attraverso la quale egli è giunto alla propria conclusione.

4. Il caso *Lloyds*

Il 18 settembre 2008, la *Lloyds TSB Group plc* aveva annunciato la conclusione dell’operazione di acquisizione della *HBOS plc* per la cifra di 12,2 miliardi di sterline britanniche. Sia la *Lloyds* che la *HBOS* erano tra le cinque principali banche commerciali operanti nel Regno Unito. Era già noto, dunque, che la concentrazione si sarebbe tradotta nella creazione dell’impresa fornitrice di servizi finanziari più grande nel Paese, con posizioni di mercato dominanti nel settore dei conti correnti, dei mutui ipotecabili, dei risparmi e dei prestiti. L’accordo per l’acquisizione prevedeva che una condizione per la conclusione dell’accordo sarebbe stata la mancanza di un impedimento opposto dalla *Competition Commission* e l’assenza di qualsiasi decisione negativa del *Competition Appeal Tribunal*, in accoglimento di ricorsi promossi, ad esempio, in base alle regole contenute nell’*UK’s*

⁵⁶ *Ibid*, section 47.

⁵⁷ *Ibid*, section 53.

⁵⁸ *Ibid*, section 57.

⁵⁹ *Ibid*, section 54.

⁶⁰ *Ibid*, section 55 e Schedule 7.

*City Code on Takeovers and Mergers*⁶¹, oppure in base alle (altre) regole poste a tutela della concorrenza. Da notare è anche il fatto che la *Lloyds TSB* sembra che abbia ricevuto assicurazioni da parte del *premier* britannico Gordon Brown che l'indagine non sarebbe giunta alla *Competition Commission*, a patto però che l'impresa risultante dalla concentrazione si impegnasse a continuare ad effettuare prestiti nel settore immobiliare.

Subito dopo l'annuncio della conclusione dell'affare, lo stesso 18 settembre 2008, John Hutton, il Segretario di Stato per gli Affari, l'Impresa e la Riforma regolamentare (*Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*) ha emesso un avviso di intervento⁶², diretto a verificare che l'operazione di concentrazione non avesse riflessi negativi sulla gestione da parte dei pubblici poteri delle problematiche connesse alla crisi internazionale del settore finanziario. A tal riguardo, Hutton ha ritenuto opportuno inserire nell'*Act* un nuovo motivo legittimante il suo intervento a protezione del pubblico interesse, vista l'importanza del settore dei servizi finanziari per l'economia britannica e visto che l'eventuale fallimento di una banca avrebbe potuto comportare il grave rischio, per individui ed imprese, di perdita dei propri risparmi, di mancato ottenimento di finanziamenti o di adempimento dei propri obblighi finanziari, con evidenti pesanti ripercussioni negative su altre componenti del sistema finanziario. Attraverso l'avviso di intervento, il Segretario di Stato ha dunque richiesto all'*Office of Fair Trading* di condurre un'inchiesta sulla concentrazione proposta, ai sensi della *section 44* dell'*Enterprise Act 2002*. Il 7 ottobre, il Segretario di Stato ha sottoposto al vaglio parlamentare l'*Order* necessario⁶³ per annoverare la stabilità del sistema finanziario tra le motivazioni legittimanti l'intervento a tutela del pubblico interesse.

Il 13 ottobre, a causa della situazione economica gravemente instabile, il Tesoro (*id est*, il ministero dell'economia) ha annunciato che avrebbe anticipato i propri piani di sostegno ai mercati finanziari, tra i quali figurava anche la conferma di ampi investimenti a beneficio della *Lloyds* e della *HBOS*. Tali investimenti venivano condizionati alla buona riuscita della concentrazione tra le due banche ed alla conferma degli impegni assunti dalle banche, in sede di accordo di concentrazione, nei confronti del Governo.

In circostanze economiche normali, una concentrazione di questo tipo, tra due imprese con una tale sovrapposizione di attività e con una quota di mercato talmente elevata, sarebbe stata senz'altro

⁶¹ Il *Code* è una raccolta di *standards* di condotta professionale nell'ambito commerciale, con particolare riferimento alle concentrazioni ed alle acquisizioni di imprese. Dal 2007, al *Code* è stato riconosciuto carattere normativo. Il *Panel on Takeovers and Mergers* è l'entità incaricata di gestire ed assicurare il rispetto per il *Code*, nonché di sorvegliare le operazioni di concentrazione nel Regno Unito, ed a questo scopo gode di poteri riconosciuti direttamente dalla legge. Il *Panel* stato creato in seguito all'emanazione della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto. Il *Code* è reperibile alla seguente pagina internet: <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf>.

⁶² L'avviso di intervento è reperibile alla seguente pagina internet: <http://www.bis.gov.uk/files/file47995.pdf>.

⁶³ *The Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2008*, la versione finale del quale è reperibile alla seguente pagina internet: http://www.opsi.gov.uk/si/si2008/uksi_20082645_en_1.

sottoposta ad uno scrutinio estremamente attento, incentrato quasi esclusivamente su problematiche connesse alla limitazione della concorrenza. A conferma di ciò, si può addurre il divieto a suo tempo opposto, da parte dell'*Office of Fair Trading*, alla concentrazione tra *Lloyds TSB* ed *Abbey National plc* nel 2001, in quanto ritenuta dannosa per la concorrenza.

Il rapporto redatto dall'*Office of Fair Trading* il 24 ottobre 2008 non mancava di riportare affermazioni relative alla seria possibilità che la concentrazione avrebbe potuto comportare una sostanziale riduzione della concorrenza con riguardo ai conti correnti di privati, ai servizi bancari per le piccole e medie imprese (soprattutto in Scozia) ed alla fornitura di mutui ipotecari. La *Lloyds* era già *leader* nel mercato dei conti correnti personali, e la *HBOS* costituiva una forza concorrenziale significativa; la concentrazione avrebbe, dunque, avuto l'effetto di consolidare la posizione preminente della *Lloyds*, aumentandone in maniera ragguardevole la quota di mercato, con il che sarebbero diminuite le sollecitazioni per la *Lloyds* volte ad offrire al pubblico prezzi vantaggiosi. Le considerazioni circa i prestiti alle piccole e medie imprese erano simili, soprattutto con riferimento al mercato scozzese. D'altro canto, i soggetti coinvolti non avevano offerto rimedi alternativi per evitare un rinvio alla *Competition Commission* motivato dalle suesposte considerazioni⁶⁴. Per questo, e per la brevità del periodo di tempo disponibile per decidere il caso⁶⁵, l'*Office of Fair Trading* ha ritenuto che non sarebbe stato possibile ovviare ai problemi riscontrati semplicemente imponendo ai soggetti ulteriori impegni: il rinvio alla *Competition Commission* era, quindi, ad avviso dell'*Office*, inevitabile. La relativa decisione, tuttavia, spettava al Segretario di Stato.

Contestualmente alla pubblicazione del rapporto, il 24 ottobre, entrava in vigore il menzionato *Order* del Segretario di Stato, il quale aveva ottenuto l'approvazione delle due Camere il 16 ottobre.

Nonostante le posizioni espresse dall'*Office of Fair Trading*, e valutando, in conformità alla legge, solamente le questioni circa la concorrenza e l'interesse pubblico, il *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* Peter Mandelson⁶⁶, ha ritenuto che la creazione della

⁶⁴ Nel corso della presentazione delle proprie argomentazioni dinanzi alla *Office of Fair Trading*, le imprese coinvolte nella concentrazione avevano anche tentato di invocare la cosiddetta difesa dell'"impresa in fallimento" (*failing firm defence*). Secondo questa difesa, se un'impresa è destinata al fallimento, a prescindere dalla concentrazione in esame, tale concentrazione non costituirebbe la fonte della restrizione della concorrenza. Per poter utilizzare questa difesa, si deve dimostrare: che l'impresa acquisita, in assenza della concentrazione, verrebbe esclusa dal mercato nel prossimo futuro; che l'impresa non è in grado di riorganizzare le proprie attività; infine, che non esiste alcun altro acquirente che, operando la concentrazione, arrecasse minori limitazioni alla concorrenza. L'*Office of Fair Trading* ha respinto questa argomentazione, in quanto le parti stesse avevano affermato che il Governo britannico non avrebbe permesso alla *HBOS* di fallire, e pertanto non veniva soddisfatta una delle condizioni necessarie per poter invocare la difesa.

⁶⁵ L'*Office of Fair Trading* ha avuto circa cinque settimane per redigere il suo rapporto (dal 19 settembre al 24 ottobre); in genere, le analisi di casi di concentrazioni complesse richiedono almeno due mesi, ma si sono avuti alcuni casi che hanno richiesto un periodo di tempo anche molto più lungo.

⁶⁶ Mandelson era subentrato ad Hutton, Segretario di Stato durante le fasi iniziali dell'*iter*.

situazione di concentrazione non desse necessariamente luogo a lesioni del pubblico interesse. Il 31 ottobre 2008, ha quindi sancito la validità della concentrazione tra *Lloyds* e *HBOS*, escludendo di procedere ad un rinvio del caso alla *Competition Commission* per un'ulteriore indagine⁶⁷. Ponendo in risalto le raccomandazioni espresse dal Tesoro, dalla *Bank of England* e dalla *Financial Services Authority*, il Segretario di Stato ha affermato che la concentrazione avrebbe portato benefici sostanziali per il pubblico interesse, in quanto era in grado di assicurare la stabilità del sistema finanziario del Regno Unito. A tali benefici doveva riconoscersi un peso assai maggiore rispetto ai rischi che la concentrazione comportasse conseguenze negative per la concorrenza. In buona sostanza, secondo il Segretario di Stato, la concentrazione era un modo efficace di riportare la stabilità della *HBOS* e di contribuire alla stabilità del sistema finanziario del Regno Unito in generale. La società risultante dalla concentrazione avrebbe naturalmente dovuto seguire le regole sulla concorrenza nelle sue operazioni quotidiane, e questo era rafforzava l'argomento della salvaguardia del mercato concorrenziale.

Il caso ha suscitato un acceso dibattito tra gli osservatori. Fino ad allora, i poteri residuali di intervento, appannaggio del Segretario di Stato, erano stati esercitati per assicurare una valutazione da parte della *Competition Commission* che fosse basata sulla considerazione di motivi di pubblico interesse, nel caso in cui, ad esempio, l'*Office of Fair Trading* fosse giunto alla conclusione che la concentrazione non aveva conseguenze nocive per la concorrenza. Nel caso descritto, invece, l'intervento del Segretario di Stato è stato in senso negativo, di impedimento, cioè, nei confronti della decisione della *Competition Commission*: la tutela del pubblico interesse si è sostanziata nella mancata osservanza della prassi diretta a garantire l'applicazione delle regole a tutela della concorrenza.

Sebbene l'*Order* del Segretario di Stato che ha introdotto il nuovo motivo di pubblico interesse sia stato emanato essenzialmente a beneficio della *Lloyds* e della *HBOS*, la possibilità di invocare questo motivo non è ovviamente circoscritta alle due imprese in questione, essendo di applicazione generale all'interno dell'ordinamento britannico. Qualsiasi impresa operante nel settore finanziario potrebbe dunque richiamarsi all'esigenza di garantire la stabilità del sistema finanziario per promuovere operazioni di concentrazione a danno della libertà di concorrenza nei mercati finanziari britannici. È vero che le autorità protettrici della concorrenza avrebbero comunque altre forme per tutelare la concorrenza, ad esempio adducendo la violazione dei divieti di accordi contrari alla libera concorrenza oppure l'abuso di una posizione dominante. In tal caso, si potrebbe sottoporre alla *Competition Commission* la valutazione circa l'assetto concorrenziale di un intero mercato. Ma inchieste di questo tipo sono destinate a svolgersi nel corso di anni, per cui una ipotetica lesione della concorrenza avrebbe modo di prodursi per lungo tempo, con ovvie ripercussioni sulla effettiva possibilità di ripristinare lo *status quo ante*.

⁶⁷ Il testo della decisione è reperibile alla seguente pagina internet: <http://www.bis.gov.uk/files/file48745.pdf>.