

II

*(Comunicazioni)*COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI E DAGLI ORGANI
DELL'UNIONE EUROPEA

COMMISSIONE

**Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del
regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese**

(2008/C 95/01)

SOMMARIO

	<i>Pagina</i>
A. INTRODUZIONE	4
B. LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE	4
I. Fusioni di imprese precedentemente indipendenti	5
II. Acquisizione del controllo	5
1. Nozione di controllo	5
1.1 Persona o impresa che acquisisce il controllo	5
1.2 Mezzi di controllo	7
1.3 Oggetto del controllo	9
1.4 Modifica durata del controllo	10
1.5 Operazioni interconnesse	12
1.5.1 Relazione tra l'articolo 3 e l'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma	12
1.5.2 Operazioni interdipendenti ai sensi dell'articolo 3	12
1.5.3 Serie di operazioni su valori mobiliari	14
1.5.4 Articolo 5, paragrafo 2, secondo comma	15
1.6 Ristrutturazione interna	15
1.7 Concentrazioni di cui sono parte imprese pubbliche	15
2. Controllo esclusivo	16

	<i>Pagina</i>
3. Controllo congiunto	17
3.1 Parità dei diritti di voto o di nomina dei membri degli organi decisionali	18
3.2 Diritti di veto	18
3.3 Esercizio congiunto dei diritti di voto	19
3.4 Altre considerazioni relative al controllo congiunto	21
III. Modifiche della qualità del controllo	21
1. Ingresso di azionisti di controllo	22
2. Riduzione del numero degli azionisti	23
IV. Imprese comuni — la nozione di impresa a pieno titolo	23
1. Risorse sufficienti per operare in maniera indipendente sul mercato	24
2. Attività svolte al di là di una funzione specifica per le imprese madri	24
3. Relazioni di vendita/acquisto con le imprese madri	24
4. Carattere duraturo dell'attività dell'impresa	26
5. Cambiamenti delle attività dell'impresa comune	27
V. Eccezioni	27
VI. Abbandono di una concentrazione	29
VII. Modifiche delle operazioni dopo una decisione di autorizzazione della Commissione	30
C. DIMENSIONE COMUNITARIA	30
I. Soglie	30
II. Concetto di impresa interessata	31
1. Considerazioni di ordine generale	31
2. Fusioni	31
3. Acquisizione del controllo	31
III. Data rilevante per stabilire la competenza	35
IV. Fatturato	35
1. La nozione di fatturato	35
2. Le attività ordinarie	36
3. Il fatturato «netto»	37
3.1 Detrazione di sconti, imposte e tasse	37
3.2 Il trattamento del fatturato «interno»	37
4. Calcolo del fatturato e conti finanziari	37
4.1 Il metodo generale	37
4.2 Correzioni effettuate dopo la data degli ultimi conti certificati	38

	<i>Pagina</i>
5. Imputazione del fatturato ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4	39
5.1 Individuazione delle imprese il cui fatturato è preso in considerazione	39
5.2 Imputazione del fatturato delle imprese individuate	42
5.3 Imputazione del fatturato nel caso dei fondi di investimento	42
5.4 Imputazione del fatturato delle imprese pubbliche	43
V. Ripartizione geografica del fatturato	43
VI. Conversione del fatturato in euro	45
VII. Disposizioni relative agli enti creditizi e altri istituti finanziari e alle imprese di assicurazione	45
1. Campo di applicazione	45
2. Calcolo del fatturato	46
2.1 Calcolo del fatturato di enti creditizi ed istituti finanziari (diversi dalle società di partecipazione finanziaria)	46
2.1.1 Considerazioni di ordine generale	46
2.1.2 Fatturato delle società di leasing	46
2.2 Imprese di assicurazione	47
2.3 Società di partecipazione finanziaria	47

A. INTRODUZIONE

- (1) Scopo della presente comunicazione è fornire indicazioni in merito a questioni relative all'attribuzione della competenza giurisdizionale in applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, GU L 24 del 29.1.2004, pag. 1 (in appresso «regolamento sulle concentrazioni») ⁽¹⁾. Grazie alla presente comunicazione, le imprese dovrebbero essere in grado di stabilire più rapidamente, prima di qualsiasi contatto con la Commissione, se e in quale misura le operazioni che intendono compiere potrebbero essere soggette al controllo delle concentrazioni da parte della Comunità.
- (2) La presente comunicazione sostituisce la comunicazione sulla nozione di concentrazione ⁽²⁾, la comunicazione relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma ⁽³⁾, la comunicazione sulla nozione di imprese interessate ⁽⁴⁾ e la comunicazione sul calcolo del fatturato ⁽⁵⁾.
- (3) La presente comunicazione tratta la nozione di concentrazione, la nozione di impresa comune a pieno titolo, la nozione di imprese interessate e il calcolo del fatturato quali illustrati negli articoli 1, 3 e 5 del regolamento sulle concentrazioni. Le questioni relative ai rinvii sono trattate nella comunicazione sul rinvio in materia di concentrazioni ⁽⁶⁾. L'interpretazione data dalla Commissione agli articoli 1, 3 e 5, esposta nella presente comunicazione, non pregiudica l'interpretazione che può esserne data dalla Corte di giustizia delle Comunità europee o dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee.
- (4) Le indicazioni contenute nella presente comunicazione riflettono l'esperienza acquisita dalla Commissione in sede di applicazione del regolamento rifiuto e del precedente regolamento sulle concentrazioni dal momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo, il 21 settembre 1990. I principi generali che regolano le questioni trattate nella presente comunicazione non sono stati modificati dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 139/2004; le eventuali modifiche sono esplicitamente indicate nella comunicazione. I principi formulati nella presente comunicazione saranno applicati ed ulteriormente sviluppati dalla Commissione nell'esame dei singoli casi.
- (5) Ai termini dell'articolo 1, il regolamento sulle concentrazioni si applica soltanto alle operazioni che soddisfano due condizioni. In primo luogo, vi deve essere una concentrazione di due o più imprese ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni. In secondo luogo, il fatturato delle imprese interessate, calcolato ai sensi dell'articolo 5, deve soddisfare le soglie stabilite nell'articolo 1 del regolamento. La nozione di concentrazione (compresi i requisiti particolari per le imprese comuni), che corrisponde alla prima condizione, è trattata nella parte B; la nozione di imprese interessate ed il calcolo del loro fatturato, pertinenti alla seconda condizione, sono trattati nella parte C.
- (6) La Commissione affronta la questione della propria competenza in merito ad una concentrazione in decisioni a norma dell'articolo 6 del regolamento sulle concentrazioni ⁽⁷⁾.

B. LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE

- (7) Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento sulle concentrazioni, si ha una concentrazione soltanto in caso di modifica duratura del controllo delle imprese interessate. Il considerando 20 del regolamento chiarisce inoltre che la nozione di concentrazione è intesa a coprire le operazioni che producono una modifica duratura nella struttura del mercato. Poiché la condizione prevista dall'articolo 3 si impernia sulla nozione di controllo, i criteri per determinare se vi sia o meno concentrazione sono soprattutto di natura qualitativa piuttosto che quantitativa.

⁽¹⁾ Ove sia necessario nella presente comunicazione distinguere tra il regolamento (CE) n. 139/2004 e il regolamento (CEE) n. 4064/89 [GU L 395 del 30.12.1989, versione modificata in GU L 257 del 21.9.1990, pag. 13, modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1310/97, GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1, rettifica in GU L 40 del 13.2.1998, pag. 17], si fa riferimento al primo come «regolamento sulle concentrazioni rifiuto», mentre il secondo viene indicato come «precedente regolamento sulle concentrazioni». Gli articoli senza riferimento si intendono del regolamento rifiuto.

⁽²⁾ GU C 66 del 2.3.1998, pag. 5.

⁽³⁾ GU C 66 del 2.3.1998, pag. 1.

⁽⁴⁾ GU C 66 del 2.3.1998, pag. 14.

⁽⁵⁾ GU C 66 del 2.3.1998, pag. 25.

⁽⁶⁾ GU C 56 del 5.3.2005, pag. 2.

⁽⁷⁾ Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-202/06 Cementbouw/Commissione del 26 aprile 2007, punto 56 (non ancora pubblicate).

(8) L'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento definisce due tipi di concentrazioni:

- quelle risultanti dalla fusione di imprese precedentemente indipendenti [lettera a)],
- quelle derivanti dall'acquisizione del controllo di un'impresa [lettera b)].

Le due fattispecie sono trattate rispettivamente nelle successive sezioni I e II.

I. FUSIONI DI IMPRESE PRECEDENTEMENTE INDIPENDENTI

- (9) Si ha concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), del regolamento quando due o più imprese indipendenti si fondono in una nuova impresa e cessano di esistere in quanto persone giuridiche distinte. Si può avere concentrazione anche quando un'impresa viene assorbita da un'altra impresa la quale conserva la propria personalità giuridica, mentre la prima cessa di esistere in quanto soggetto giuridico ⁽⁸⁾.
- (10) Si può avere concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), anche quando, senza che avvenga una fusione sotto il profilo giuridico, le attività di due imprese precedentemente indipendenti vengono combinate in modo tale da dar luogo ad un'unica entità economica ⁽⁹⁾. Ciò può verificarsi, in particolare, quando due o più imprese, pur mantenendo la loro autonomia in quanto persone giuridiche, adottano contrattualmente una gestione economica comune ⁽¹⁰⁾ o la struttura di una «dual listed company» ⁽¹¹⁾. Se si ha un'unione di fatto delle imprese in un'unica entità economica, l'operazione è considerata una concentrazione. Una condizione imprescindibile per il riconoscimento di una tale concentrazione di fatto è rappresentata dall'esistenza di una gestione economica unitaria permanente. Altri fattori rilevanti possono comprendere la compensazione interna di profitti e perdite o una distribuzione delle entrate tra i diversi soggetti del gruppo e l'assunzione di obbligazioni solidali o la condivisione dei rischi esterni. L'unione di fatto può essere basata soltanto su accordi contrattuali ⁽¹²⁾, ma può essere anche rafforzata da partecipazioni incrociate tra le imprese che costituiscono l'entità economica.

II. ACQUISIZIONE DEL CONTROLLO

1. Nozione di controllo

1.1 *Persona o impresa che acquisisce il controllo*

- (11) Si ha concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), quando si ha acquisizione del controllo di un'impresa. Il controllo può essere acquisito da una singola impresa o congiuntamente da più imprese.

⁽⁸⁾ Cfr. ad esempio caso COMP/M.1673 — Veba/VIAG del 13 giugno 2000; caso COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis del 26 luglio 2000; caso COMP/M.2208 — Chevron/Texaco del 26 gennaio 2001 e caso IV/M.1383 — Exxon/Mobil del 29 settembre 1999. Non si ritiene che vi sia una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) qualora l'impresa oggetto dell'acquisizione si fonda con una controllata dell'impresa acquirente e di conseguenza la società madre acquisti il controllo dell'impresa oggetto dell'operazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b); cfr. caso COMP/M.2510 — Cendant/Galileo del 24 settembre 2001.

⁽⁹⁾ Quando si tratta di determinare se le imprese fossero precedentemente indipendenti o no, può essere pertinente il criterio del controllo, in quanto la concentrazione potrebbe altrimenti essere solo una ristrutturazione interna ad un gruppo. In questo contesto specifico, anche la valutazione relativa al controllo va improntata al concetto generale illustrato in appresso e comprende sia il controllo de jure che quello de facto.

⁽¹⁰⁾ È questo il caso, per esempio, del «Gleichordnungskonzern» di diritto tedesco, di taluni «Groupements d'intérêts économiques» di diritto francese e dell'unione di «partnerships», come nel caso IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand del 20 maggio 1998.

⁽¹¹⁾ Caso IV/M.660 — RTZ/CRA del 7 dicembre 1995; caso COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess II del 24 luglio 2002.

⁽¹²⁾ Cfr. caso IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand del 20 maggio 1998; caso COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany del 27 agosto 2002.

Persona che controlla un'altra impresa

- (12) Si può avere acquisizione del controllo anche da parte di una persona che controlli (da sola o congiuntamente) almeno un'altra impresa, oppure da parte di un insieme composto di persone (che controllano un'altra impresa) e di imprese. In tale contesto il termine «persona» ricomprende anche gli enti pubblici ⁽¹³⁾ e quelli privati, come pure le persone fisiche. Si ritiene che le acquisizioni del controllo da parte di persone fisiche producano una modifica duratura nella struttura delle imprese interessate soltanto se tali persone svolgono un'attività economica autonoma o se controllano almeno un'altra impresa ⁽¹⁴⁾.

Soggetto che acquisisce il controllo

- (13) Il controllo viene normalmente acquisito da persone o imprese che sono detentori di diritti atti a conferire il controllo o che comunque hanno il potere di esercitare tali diritti a norma dei contratti pertinenti [cfr. articolo 3, paragrafo 3, lettera a)]. Tuttavia, in determinate situazioni il detentore formale di una partecipazione di controllo può essere diverso dalla persona o dall'impresa che detiene di fatto il potere effettivo di esercitare i diritti risultanti dalla partecipazione stessa. Questo può avvenire, per esempio, quando un'impresa si avvale di un'altra persona o impresa per l'acquisizione di una partecipazione di controllo ed esercita i diritti di controllo tramite detta persona o impresa, laddove quest'ultima è il titolare formale dei diritti stessi ma funge soltanto da veicolo. In tale situazione il controllo è acquisito dall'impresa che ha di fatto compiuto, in modo indiretto, l'operazione e dispone del potere di fatto di controllare l'impresa oggetto dell'operazione [articolo 3, paragrafo 3, lettera b)]. Il Tribunale di primo grado ha concluso in base a tale disposizione che il controllo detenuto dalle società commerciali può essere attribuito al loro unico azionista, ai loro azionisti maggioritari, o a quelli che esercitano il controllo congiunto, dato che le società commerciali si conformano in ogni caso alle decisioni di tali azionisti ⁽¹⁵⁾. Una partecipazione azionaria di controllo detenuta da diversi soggetti appartenenti ad un gruppo è solitamente attribuita all'impresa che esercita il controllo sui diversi titolari formali dei diritti. In altri casi, gli elementi che giustificano la presunzione di esistenza di questo tipo di controllo indiretto possono consistere — sia da soli che congiuntamente e da secondo una valutazione caso per caso — in fattori quali le partecipazioni azionarie, le relazioni contrattuali, le fonti di finanziamento o i vincoli familiari ⁽¹⁶⁾.

Acquisizione del controllo da parte di fondi di investimento

- (14) Questioni specifiche possono insorgere in caso di acquisizione del controllo da parte di fondi di investimento. La Commissione analizzerà caso per caso le strutture nelle quali intervengono fondi di investimento; alcune caratteristiche generali di tali strutture possono essere precisate sulla base delle precedenti esperienze della Commissione.
- (15) I fondi di investimento sono spesso costituiti nella forma giuridica di società a responsabilità limitata, nelle quali gli investitori sono soci a responsabilità limitata e solitamente non esercitano il controllo, né individualmente né collettivamente. I fondi di investimento di solito acquisiscono le quote ed i diritti di voto che conferiscono il controllo sulle società in portafoglio. A seconda delle circostanze, il controllo è normalmente esercitato dall'impresa di investimento che ha costituito il fondo poiché il fondo stesso è in genere un mero veicolo di investimento; in circostanze più eccezionali, il controllo può essere esercitato dal fondo stesso. L'impresa di investimento di solito esercita il controllo attraverso la struttura organizzativa, ad esempio controllando il socio illimitatamente responsabile di una società d'investimento, o mediante disposizioni contrattuali, come gli accordi di consulenza, o mediante una combinazione di entrambi. Questo può avvenire anche se l'impresa di investimento stessa non possiede l'impresa che funge da socio illimitatamente responsabile, ma le relative quote sono detenute da persone fisiche (che possono essere collegate all'impresa di investimento) o da un fondo fiduciario (trust). Gli

⁽¹³⁾ Compreso anche lo Stato — cfr. il caso IV/M.157 — Air France/Sabena del 5 ottobre 1992 per quanto riguarda lo Stato belga — e altri enti pubblici — cfr. Treuhandanstalt nel caso IV/M.308 — Kali und Salz/MDK/Treuhand del 14 dicembre 1993. Cfr. tuttavia il considerando 22 del regolamento sulle concentrazioni.

⁽¹⁴⁾ Caso IV/M.82 — Asko/Jakobs/Adia del 16 maggio 1991 che qualifica anche una singola persona come impresa interessata; caso COMP/M3762 — Apax/Travelex del 16 giugno 2005 nel quale una singola persona che acquisiva il controllo congiunto non è stata considerata un'impresa interessata.

⁽¹⁵⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 72.

⁽¹⁶⁾ Cfr. caso M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho del 23 aprile 1997.

accordi contrattuali con l'impresa di investimento, in particolare gli accordi di consulenza, diventeranno ancor più importanti se il socio illimitatamente responsabile non dispone di risorse e personale propri per la gestione delle società in portafoglio, ma costituisce soltanto una struttura societaria i cui atti sono eseguiti da persone collegate all'impresa di investimento. In tali circostanze, l'impresa di investimento solitamente acquista il controllo indiretto ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) e dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni, ed ha il potere di esercitare i diritti che sono direttamente detenuti dal fondo di investimento ⁽¹⁷⁾.

1.2 Mezzi di controllo

- (16) Il controllo è definito dall'articolo 3, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni come la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'impresa. Non è dunque necessario dimostrare che l'influenza determinante viene o verrà effettivamente esercitata. Tuttavia, la possibilità di esercitare tale influenza deve essere effettiva ⁽¹⁸⁾. L'articolo 3, paragrafo 2 prevede inoltre che la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa può esistere sulla base di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, tale possibilità e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto. Una concentrazione può quindi aver luogo sia di diritto, sia di fatto, può determinare un controllo esclusivo o un controllo congiunto ed estendersi alla totalità o a parti di una o più imprese [cfr. articolo 3, paragrafo 1, lettera b)].

Controllo mediante l'acquisizione di quote o di attivi

- (17) Che l'operazione comporti o meno l'acquisizione del controllo dipende pertanto da una serie di elementi di diritto e di fatto. Il mezzo più comune per l'acquisizione del controllo è l'acquisizione di quote, eventualmente combinata con un accordo tra azionisti nei casi di controllo congiunto, o l'acquisizione di attivi.

Controllo su base contrattuale

- (18) Il controllo può essere acquisito anche su base contrattuale. Onde conferire il controllo, il contratto deve determinare un controllo della gestione e delle risorse dell'altra impresa analogo a quello derivante dall'acquisizione di quote o di attivi. Oltre che dal trasferimento del controllo sulla gestione e sulle risorse, tali contratti devono essere caratterizzati da una durata molto lunga (normalmente senza possibilità di recesso anticipato per la parte che concede i diritti contrattuali); soltanto contratti di tale tipo possono determinare un mutamento strutturale nel mercato ⁽¹⁹⁾. Esempi di tali contratti sono i contratti organizzativi regolamentati dal diritto societario nazionale ⁽²⁰⁾ o altri tipi di contratti, ad esempio gli accordi per l'affitto delle attività, che conferiscono all'acquirente il controllo della gestione e delle risorse malgrado il fatto che non vengano trasferiti i diritti o le quote di proprietà. A tale riguardo, l'articolo 3, paragrafo 2, lettera a) precisa che il controllo può anche essere costituito da un diritto di godimento degli attivi di un'impresa ⁽²¹⁾. Anche contratti di questo tipo possono condurre ad una situazione di controllo congiunto qualora sia il proprietario degli attivi sia l'impresa che controlla la gestione godano di diritti di veto sulle decisioni economiche strategiche ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Questa struttura ha effetti anche sulle modalità di calcolo del fatturato nelle situazioni in cui sono presenti fondi di investimento, cfr. punti 189 e segg.

⁽¹⁸⁾ Sentenza nella causa T-282/02, *Cementbouw/Commissione*, Racc. 2006, pag. II-319, punto 58.

⁽¹⁹⁾ Nel caso COMP/M.3858 — *Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien* del 20 luglio 2005 gli accordi di gestione avevano una durata di 10-15 anni; nel caso COMP/M.2632 — *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV* dell'11 febbraio 2002 il contratto aveva una durata di 8 anni.

⁽²⁰⁾ Esempi di tali contratti specifici a norma del diritto societario nazionale sono il «Beherrschungsvertrag» nella legislazione tedesca o il «Contrato de subordinação» nella legislazione portoghese; contratti di questo tipo non esistono in tutti gli Stati membri.

⁽²¹⁾ Cfr. il caso COMP/M.2060 — *Bosch/Rexroth* del 12 gennaio 2001 relativo ad un contratto di controllo (*Beherrschungsvertrag*) combinato ad un affitto delle attività; caso COMP/M.3136 — *GE/Agfa NDT* del 5 dicembre 2003 relativo ad un contratto specifico per trasferire il controllo sulle risorse imprenditoriali, la gestione e i rischi; Caso COMP/M.2632 — *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV* dell'11 febbraio 2002 relativo ad un affitto delle attività.

⁽²²⁾ Caso COMP/M.3858 — *Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien* del 20 luglio 2005; cfr. inoltre caso IV/M.126 — *Accor/Wagon-Lits* del 28 aprile 1992 nel contesto dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni.

Controllo mediante altri mezzi

- (19) In linea con le considerazioni sopra esposte, gli accordi di franchising in quanto tali non conferiscono di norma all'affiliante il controllo sulle attività dell'affiliato. L'affiliato di solito utilizza per proprio conto le risorse dell'impresa anche se parti essenziali degli attivi possono appartenere all'affiliante ⁽²³⁾. Inoltre, gli accordi puramente finanziari, come le operazioni di vendita con leasing di ritorno («sale and lease back») che prevedono accordi per il riacquisto degli attivi alla scadenza del contratto, solitamente non costituiscono una concentrazione poiché non modificano il controllo sulla gestione e sulle risorse.
- (20) Il controllo può inoltre essere determinato da fattori di altro tipo. Per l'acquisizione del controllo possono essere determinanti relazioni puramente economiche. In circostanze eccezionali, una situazione di dipendenza economica può implicare un controllo di fatto, per esempio quando accordi di fornitura a lungo termine di fondamentale importanza o crediti concessi dai fornitori o dai clienti, combinati con legami strutturali, conferiscono a questi ultimi un'influenza determinante ⁽²⁴⁾. In una situazione di questo tipo, la Commissione analizzerà attentamente se tali legami economici, combinati con altri legami, sono sufficienti per determinare una modifica duratura del controllo ⁽²⁵⁾.
- (21) Vi può essere acquisizione del controllo anche se essa non risulta da un'intenzione dichiarata delle parti o se l'acquirente ha un ruolo soltanto passivo e l'acquisizione del controllo è determinata dall'azione di terzi. Ad esempio vi sono situazioni in cui la modifica del controllo è dovuta ad una successione ereditaria o all'uscita di un azionista dalla società, in particolare in caso di passaggio dal controllo congiunto a quello esclusivo ⁽²⁶⁾. L'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), prevede circostanze di questo tipo quando specifica che il controllo può essere acquisito anche tramite «qualsiasi altro mezzo».

Controllo e diritto societario nazionale

- (22) La legislazione di uno Stato membro può comportare disposizioni specifiche sulla struttura degli organi decisionali delle imprese. Se è vero che le leggi in materia possono conferire un certo potere di controllo a persone diverse dagli azionisti, in particolare ai rappresentanti del personale negli organi sociali, la possibilità di concorrere per questa via alla formazione delle decisioni non rientra nella nozione di controllo ai sensi del regolamento, in quanto il regolamento sulle concentrazioni si impenna sull'influenza determinante esercitata grazie a diritti, contratti o altri mezzi di fatto equivalenti. Le restrizioni previste negli statuti societari o in altre disposizioni di legge riguardo alle persone che possono divenire membri del consiglio di amministrazione — quali le disposizioni che prevedono la nomina di membri indipendenti o che escludono la nomina di persone che svolgono funzioni per le società madri o ne sono dipendenti — non escludono l'esistenza del controllo fintantoché gli azionisti decidono la composizione degli organi decisionali ⁽²⁷⁾. Analogamente, anche se le disposizioni della legislazione nazionale prevedono che le decisioni di un'impresa devono essere adottate nell'interesse della stessa, sono le persone che detengono i diritti di voto che hanno il potere di adottare tali decisioni e che hanno pertanto la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'impresa ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Caso M.940 — UBS/Mister Minit, nel contesto dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni. Per il trattamento delle relazioni di franchising nella valutazione relativa alla concorrenza, cfr. caso COMP/M.4220 — Food Service Project/Tele Pizza del 6 giugno 2006. La situazione del caso IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits del 28 aprile 1992 deve essere distinta da accordi di franchising. In questo caso, sempre nel contesto dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), la società alberghiera aveva il diritto di gestire anche gli alberghi nei quali possedeva soltanto una quota di minoranza in quanto aveva concluso accordi di gestione alberghiera a lungo termine che le davano la possibilità di influire in modo decisivo sulla gestione ordinaria di detti alberghi, comprese le decisioni sulle questioni finanziarie.

⁽²⁴⁾ Cfr. caso IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB del 22 gennaio 1997; caso IV/ESCS.1031 — US/Sollac/Bamesa del 28 luglio 1993; caso IV/M.625 — Nordic Capital/Transpool del 23 agosto 1995; per i criteri cfr. anche caso IV/M.697 — Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation del 27 marzo 1996.

⁽²⁵⁾ Cfr. caso IV/M.258 — CCIE/GTE del 25 settembre 1992, nel quale la Commissione non ha ritenuto che vi fosse controllo a causa della natura temporanea degli accordi commerciali in questione.

⁽²⁶⁾ Cfr. caso COMP/M.3330 — RTL/M6 del 12 marzo 2004; caso COMP/M.452 — Avesta (II) del 9 giugno 1994.

⁽²⁷⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punti 70, 73 e 74.

⁽²⁸⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 79.

Controllo in altri settori della legislazione

- (23) La nozione di controllo ai sensi del regolamento sulle concentrazioni può non coincidere con quella applicata in altri settori specifici del diritto comunitario e nazionale, ad esempio in materia di vigilanza prudenziale, di regime fiscale, trasporti aerei e mezzi di comunicazione. L'interpretazione della nozione di «controllo» in altri ambiti non è pertanto necessariamente decisiva per la nozione di controllo ai sensi del regolamento sulle concentrazioni.

1.3 Oggetto del controllo

- (24) A norma dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, oggetto del controllo possono essere una o più imprese — o parti di imprese — che costituiscono soggetti giuridici, o gli attivi patrimoniali di tali soggetti, o solo una parte di detto patrimonio. L'acquisizione del controllo sugli attivi può essere considerata una concentrazione soltanto se detti attivi costituiscono la totalità o una parte di un'impresa, ossia un'attività con una presenza sul mercato, alla quale può essere chiaramente attribuito un fatturato di mercato ⁽²⁹⁾. La cessione della clientela di un'attività può soddisfare questi criteri se questo è sufficiente per trasferire un'attività con un fatturato di mercato ⁽³⁰⁾. Anche una transazione limitata agli attivi immateriali quali i marchi, i brevetti o i diritti d'autore può essere considerata come una concentrazione se tali attivi costituiscono un'attività con un fatturato di mercato. In ogni modo, il trasferimento di licenze per marchi, brevetti o diritti d'autore, senza attivi supplementari, può soddisfare detti criteri soltanto se le licenze sono esclusive almeno su un determinato territorio ed il trasferimento delle licenze comporterà il trasferimento dell'attività che genera il fatturato ⁽³¹⁾. Se le licenze non sono esclusive, si può escludere che possano costituire di per sé un'attività alla quale sia collegato un fatturato di mercato.
- (25) Questioni specifiche insorgono nei casi in cui un'impresa esternalizza attività interne, quali la prestazione di servizi o la fabbricazione di prodotti, ad un fornitore di servizi («*outsourcing*»). Casi tipici sono l'*outsourcing* di servizi IT alle imprese specializzate in materia. I contratti di *outsourcing* possono assumere diverse forme; la loro caratteristica comune è che il fornitore dei servizi esternalizzati fornirà al cliente servizi che in precedenza erano assicurati all'interno della struttura aziendale del cliente stesso. I casi di *outsourcing* semplice non comprendono alcun trasferimento ai fornitori di servizi di attivi o di dipendenti, che restano solitamente al cliente. Un contratto di *outsourcing* di questo tipo è analogo ad un normale contratto di prestazione di servizi e, anche se il fornitore di servizi esternalizzati acquisisce il diritto di disporre di attivi e dipendenti del cliente, non vi è concentrazione se attivi e dipendenti vengono utilizzati esclusivamente per fornire un servizio al cliente.
- (26) La situazione può essere diversa se al fornitore di servizi esternalizzati, oltre ad una determinata attività svolta in precedenza internamente, vengono trasferiti gli attivi ed il personale relativi. In queste circostanze vi è una concentrazione soltanto se gli attivi costituiscono la totalità o parte di un'impresa, ossia un'attività con accesso al mercato. Questo richiede che gli attivi precedentemente destinati ad attività interne del cedente permettano al fornitore di prestare servizi non solo al cliente in questione ma anche a terzi, immediatamente o a breve termine dopo il trasferimento. Questo avverrà se il trasferimento riguarda un'unità aziendale interna o una controllata le quali già forniscono servizi a terzi. Se non vengono ancora fornite prestazioni a terzi, gli attivi trasferiti, nel caso di un'attività produttiva, dovrebbero comprendere gli impianti di produzione, il know-how dei prodotti (è sufficiente se gli attivi trasferiti permettano la costituzione di tali capacità nell'immediato futuro) e, qualora non vi sia già un accesso al mercato, i mezzi che permettano all'acquirente di sviluppare tale accesso in breve tempo (ad

⁽²⁹⁾ Cfr., ad esempio, caso COMP/M.3867 — Vattenfall/Elsam e E2 Assets del 22 dicembre 2005.

⁽³⁰⁾ Caso COMP/M.2857 — ECS/IEH del 23 dicembre 2002.

⁽³¹⁾ Inoltre, la concessione di licenze ed il trasferimento di licenze di brevetti costituiranno una concentrazione soltanto qualora avvengano su base duratura. In questo contesto, si applicano considerazioni simili a quelle precisate al punto 18 per l'acquisizione del controllo mediante accordi (a lungo termine).

esempio contratti o marchi esistenti) ⁽³²⁾. Per quanto riguarda la prestazione di servizi, gli attivi trasferiti dovrebbero comprendere il know-how necessario (ad esempio il personale e i diritti di proprietà intellettuale relativi) e gli impianti che consentono l'accesso al mercato (come, ad esempio, le strutture per la commercializzazione) ⁽³³⁾. Gli attivi trasferiti devono dunque comprendere almeno gli elementi centrali che permetterebbero ad un acquirente di sviluppare una presenza di mercato entro un periodo di tempo simile al periodo d'avviamento necessario alle imprese comuni, come illustrato ai punti 97, 100. Come nel caso delle imprese comuni, per valutare tali circostanze la Commissione terrà conto dei piani aziendali documentati e delle caratteristiche generali del mercato.

- (27) Se gli attivi trasferiti non permettono all'acquirente almeno di sviluppare una presenza sul mercato, è probabile che siano utilizzati soltanto per la fornitura di servizi esternalizzati al cliente in questione. In tali circostanze, l'operazione non determina una modifica duratura nella struttura del mercato ed il contratto di *outsourcing* è simile ad un contratto di prestazione di servizi. L'operazione non costituirà una concentrazione. Le condizioni specifiche perché un'impresa comune per la fornitura di servizi esternalizzati possa essere considerata una concentrazione sono illustrate nella sezione della presente comunicazione relativa alle imprese comuni a pieno titolo.

1.4 Modifica duratura del controllo

- (28) L'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento sulle concentrazioni definisce la nozione di concentrazione in modo da coprire soltanto le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e, come specificato nel considerando 20, nella struttura del mercato. Il regolamento sulle concentrazioni non si applica dunque alle operazioni che determinano soltanto una modifica temporanea del controllo. Tuttavia, non si può escludere una modifica duratura del controllo in base al fatto che i relativi accordi sono conclusi per un periodo di tempo determinato, qualora detti accordi siano rinnovabili. Vi può essere una concentrazione anche nei casi in cui gli accordi prevedono una precisa data di scadenza, qualora il periodo previsto sia sufficientemente lungo da determinare una modifica duratura del controllo delle imprese interessate ⁽³⁴⁾.
- (29) Il fatto che un'operazione determini una modifica duratura nella struttura di mercato è rilevante anche per valutare una serie di operazioni che avvengono in successione, in cui la prima operazione ha carattere soltanto transitorio. In questo contesto è possibile distinguere tra varie ipotesi.
- (30) In una prima ipotesi, diverse imprese si uniscono esclusivamente allo scopo di acquisire un'altra società sulla base di un accordo per suddividersi gli attivi acquisiti, secondo un progetto preesistente, immediatamente dopo il completamento dell'operazione. In tali circostanze, in una prima fase, l'acquisizione dell'intera società oggetto dell'operazione è effettuata da una o più imprese. In una seconda fase, gli attivi acquisiti sono suddivisi fra più imprese. La questione che si pone è stabilire se la prima operazione deve essere considerata come una concentrazione distinta, che comporta l'acquisizione del controllo esclusivo (in caso di acquirente unico) o del controllo congiunto (in caso di acquisizione congiunta) dell'intera impresa oggetto dell'operazione, o se soltanto le acquisizioni della seconda fase sono concentrazioni con le quali ciascuna delle imprese acquirenti acquisisce la propria parte dell'impresa in questione.

⁽³²⁾ Cfr. caso COMP/M.1841 — Celestica/IBM del 25 febbraio 2000; caso COMP/M.1849 — Solectron/Ericsson del 29 febbraio 2000; caso COMP/M.2479 — Flextronics/Alcatel del 29 giugno 2001; caso COMP/M.2629 — Flextronics/Xerox del 12 novembre 2001.

⁽³³⁾ Cfr., nel contesto delle imprese comuni, caso IV/M.560 — EDS/Lufthansa dell'11 maggio 1995; caso COMP/M.2478 — IBM Italia/Business Solutions/JV del 29 giugno 2001.

⁽³⁴⁾ Cfr., per quanto riguarda le imprese comuni, il caso COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV del 30 aprile 2003, nel quale un periodo di 12 anni è stato considerato sufficiente e il caso COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV dell'11 febbraio 2002, con un contratto di durata di 8 anni. Nel caso COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien del 20 luglio 2005 la Commissione ha considerato sufficiente un periodo minimo di 10-15 anni, ma non un periodo di tre anni. L'acquisizione del controllo mediante l'acquisizione di quote o di attivi non è solitamente limitata ad un periodo definito e si presume pertanto che determini una modifica duratura del controllo. Solo nelle ipotesi descritte ai punti 29 e segg. l'acquisizione del controllo mediante quote o attivi verrà eccezionalmente considerata di natura transitoria e pertanto non determinare una modifica duratura del controllo delle imprese interessate.

- (31) La Commissione ritiene che la prima operazione non costituisca una concentrazione e esamina le acquisizioni del controllo da parte degli acquirenti finali se è soddisfatta una serie di condizioni. In primo luogo, il successivo smembramento deve essere concordato tra i diversi acquirenti in modo giuridicamente vincolante. In secondo luogo, non vi deve essere incertezza sul fatto che la seconda fase, ossia la suddivisione degli attivi acquisiti, avrà luogo entro un breve lasso di tempo dopo la prima acquisizione. La Commissione ritiene che il periodo massimo di tempo per la suddivisione degli attivi debba essere di norma pari ad un anno ⁽³⁵⁾.
- (32) Se entrambe le condizioni sono soddisfatte, la prima acquisizione non determina una modifica strutturale duratura. Non vi è un'effettiva concentrazione di potere economico nelle mani dell'acquirente (o degli acquirenti) e dell'impresa oggetto dell'operazione nel suo insieme poiché gli attivi acquisiti non sono mantenuti indivisi su base duratura, ma soltanto per il tempo necessario ad effettuare l'immediata suddivisione degli attivi acquisiti. In tali circostanze, soltanto le acquisizioni delle diverse parti dell'impresa nella seconda fase saranno concentrazioni; ciascuna delle acquisizioni da parte dei diversi acquirenti costituirà una concentrazione distinta, indipendentemente dal fatto che la prima acquisizione venga effettuata da una sola impresa ⁽³⁶⁾ o congiuntamente dalle imprese che intervengono anche nella seconda fase ⁽³⁷⁾. In ogni caso, va notato che la decisione di autorizzazione consentirà l'acquisizione dell'intera impresa in quanto prima fase di un'operazione più ampia soltanto se la successiva suddivisione può essere realizzata entro breve tempo e se le diverse parti dell'impresa oggetto dell'operazione sono direttamente vendute ai rispettivi acquirenti finali.
- (33) Tuttavia, se queste condizioni non sono soddisfatte, in particolare se non è certo che la seconda fase sarà realizzata a breve distanza dalla prima acquisizione, la Commissione considererà la prima operazione una concentrazione distinta, che interessa l'intera impresa oggetto dell'operazione. Questo avviene, ad esempio, se la prima operazione può essere realizzata anche indipendentemente dalla seconda operazione ⁽³⁸⁾ o se è necessario un periodo transitorio più lungo per suddividere l'impresa oggetto dell'operazione ⁽³⁹⁾.
- (34) Una seconda ipotesi è che un'operazione dia luogo per un periodo iniziale ad un controllo congiunto che, in base ad accordi giuridicamente vincolanti, verrà successivamente trasformato in controllo esclusivo da parte di uno degli azionisti. Poiché una situazione di controllo congiunto può non costituire una modifica duratura del controllo, l'intera operazione può essere considerata come un'acquisizione del controllo esclusivo. In passato, la Commissione ha accettato che un periodo d'avviamento di questo genere potesse durare fino a tre anni ⁽⁴⁰⁾. Un periodo di tale durata sembra essere troppo lungo per escludere che il controllo congiunto abbia un effetto sulla struttura del mercato. Il periodo non dovrebbe dunque, in generale, essere superiore ad un anno ed il periodo di controllo congiunto dovrebbe avere soltanto natura transitoria ⁽⁴¹⁾. Soltanto una simile durata, relativamente breve, renderà improbabile che il periodo di controllo congiunto abbia un effetto distinto sulla struttura del mercato e si potrà dunque considerare che esso non determini una modifica duratura del controllo.
- (35) In una terza ipotesi, un'impresa viene «parcheeggiata» presso un acquirente provvisorio, spesso una banca, sulla base di un accordo sulla futura cessione dell'attività ad un acquirente finale. L'acquirente provvisorio generalmente acquisisce le quote «per conto» dell'acquirente finale, che spesso sostiene la maggior parte dei rischi economici e che può anche farsi attribuire diritti specifici. In tali circostanze, la prima operazione viene effettuata soltanto per facilitare la seconda e il primo acquirente è direttamente collegato all'acquirente finale. Contrariamente alla situazione descritta nella prima ipotesi ai punti 30-33,

⁽³⁵⁾ Cfr., ad esempio, caso COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq del 24 giugno 2005 e caso COMP/M.3813 — COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq del 10 giugno 2005, in cui era previsto che la suddivisione degli attivi entrasse in vigore entro 6 mesi dall'acquisizione.

⁽³⁶⁾ Per una prima acquisizione da parte di una sola impresa cfr. COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq del 24 giugno 2005 e caso COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard del 10 giugno 2005; caso COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth del 12 gennaio 2001.

⁽³⁷⁾ Per un'acquisizione congiunta cfr. caso COMP/M.1630 — Air Liquide/BOC del 18 gennaio 2000; caso COMP/M.1922 — Siemens/Bosch/Atecs dell'11 agosto 2000; caso COMP/M.2059 — Siemens/Dematic/VDO Sachs del 29 agosto 2000.

⁽³⁸⁾ Cfr. caso COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl del 21 novembre 2001 e caso COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum del 21 novembre 2001.

⁽³⁹⁾ Caso COMP/M.3372 — Carlsberg/Holsten del 16 marzo 2004.

⁽⁴⁰⁾ Caso IV/M.425 — British Telecom/Santander del 28 marzo 1994.

⁽⁴¹⁾ Cfr. caso M.2389 — Shell/DEA del 20 dicembre 2001 in cui l'acquirente finale del controllo esclusivo ha avuto un notevole influsso sulla gestione operativa nel periodo di controllo congiunto; caso COMP/M.2854 — RAG/Degussa del 18 novembre 2002 in cui il periodo di transizione era destinato a facilitare la ristrutturazione interna post-fusione.

non interviene alcun altro acquirente finale, l'attività oggetto dell'acquisizione rimane invariata e la sequenza delle operazioni è avviata unicamente dall'acquirente finale esclusivo. A partire dalla data di adozione della presente comunicazione, la Commissione esaminerà l'acquisizione del controllo da parte dell'acquirente finale, come previsto negli accordi conclusi dalle parti. La Commissione considererà l'operazione mediante la quale l'acquirente provvisorio acquisisce il controllo in simili circostanze come la prima fase di una concentrazione unica che comprende l'acquisizione duratura del controllo da parte dell'acquirente finale.

1.5 Operazioni interconnesse

1.5.1 Relazione tra l'articolo 3 e l'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma

- (36) Diverse transazioni possono essere trattate come una concentrazione unica ai sensi del regolamento sulle concentrazioni secondo la regola generale di cui all'articolo 3 — in quanto le operazioni sono interdipendenti — o in base alla disposizione specifica di cui all'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma.
- (37) L'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma disciplina una questione diversa da quella regolamentata dall'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni. L'articolo 3 definisce l'esistenza di una «concentrazione» in termini generali e materiali, ma non disciplina direttamente la questione della competenza della Commissione per quanto riguarda le concentrazioni. L'articolo 5 intende precisare il campo d'applicazione del regolamento sulle concentrazioni, in particolare definendo il fatturato da prendere in considerazione per stabilire se una concentrazione ha dimensione comunitaria; l'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma consente alla Commissione, in questo contesto, di considerare che due o più operazioni costituiscono una concentrazione unica ai fini del calcolo del fatturato delle imprese interessate. La valutazione, ai sensi dell'articolo 3, se una serie di operazioni determini una concentrazione unica o se si debba considerare che tali operazioni determinino una serie di concentrazioni, è quindi, da un punto di vista logico, precedente alla questione affrontata nell'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma ⁽⁴²⁾.

1.5.2 Operazioni interdipendenti ai sensi dell'articolo 3

- (38) La definizione generale e teleologica di concentrazione sancita dall'articolo 3, paragrafo 1 — operazione il cui risultato è il controllo di una o più imprese — implica che non importa se il controllo sia stato acquisito attraverso uno o più atti giuridici successivi, a condizione che il risultato finale costituisca una concentrazione unica. Due o più operazioni costituiscono una concentrazione unica agli scopi dell'articolo 3 se hanno natura unitaria. Va pertanto stabilito se il risultato determina il conferimento, ad una o più imprese, del controllo economico diretto o indiretto sulle attività di una o più altre imprese. Ai fini della valutazione deve essere individuata la realtà economica alla base delle operazioni, e di conseguenza lo scopo economico perseguito dalle parti. In altri termini, per determinare il carattere unitario delle operazioni in questione, si tratta, in ciascuna fattispecie, di valutare se tali operazioni siano interdipendenti, per cui l'una non sarebbe stata realizzata senza l'altra ⁽⁴³⁾.
- (39) A questo riguardo, il considerando 20 del regolamento sulle concentrazioni chiarisce che è opportuno trattare come un'unica concentrazione le operazioni che sono strettamente collegate tra loro con vincolo condizionale. La condizione, stabilita dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Cementbouw* ⁽⁴⁴⁾, che le operazioni devono essere interdipendenti corrisponde alla precisazione del considerando 20, che specifica che le operazioni devono essere collegate con vincolo condizionale.
- (40) Questo approccio generale riflette, da un lato, il fatto che, ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, le operazioni che costituiscono o vengono a costituire un tutto unico in base agli obiettivi economici perseguiti dalle parti dovrebbero anche essere oggetto di un unico procedimento. In queste circostanze, il cambiamento della struttura del mercato è determinato da queste operazioni nel loro insieme. D'altro canto, se più operazioni diverse non sono interdipendenti e se le parti realizzerebbero una di dette operazioni anche se le altre non andassero in porto, sembra opportuno valutare tali transazioni individualmente in sede di applicazione del regolamento sulle concentrazioni.

⁽⁴²⁾ Sentenza nella causa T-282/02, *Cementbouw/Commissione*, Racc. 2006, pag. II-319, punti 113-119.

⁽⁴³⁾ Sentenza nella causa T-282/02, *Cementbouw/Commissione*, Racc. 2006, pag. II-319, punti 104-109.

⁽⁴⁴⁾ Sentenza nella causa T-282/02, *Cementbouw/Commissione*, Racc. 2006, pag. II-319, punti 106-109.

- (41) Tuttavia, più operazioni, anche se reciprocamente collegate con vincolo condizionale, possono essere trattate come una concentrazione unica soltanto se il controllo è acquisito, alla fine, dalla o dalle stesse imprese. Soltanto in queste circostanze è possibile ritenere che due o più operazioni abbiano carattere unitario e costituiscano dunque una concentrazione unica ai fini dell'articolo 3⁽⁴⁵⁾. Questo esclude lo smembramento di imprese comuni mediante il quale le diverse parti di un'impresa vengono suddivise tra le sue precedenti imprese madri. La Commissione considererà tali operazioni come concentrazioni distinte⁽⁴⁶⁾. Lo stesso vale per le operazioni in cui due (o più) imprese si scambiano attivi mediante operazioni che comportano lo smembramento di imprese comuni o scambi di attivi. Anche se le parti considerano solitamente tali operazioni interdipendenti, ai fini del regolamento sulle concentrazioni è necessaria una valutazione distinta dei risultati di ciascuna delle operazioni: diverse imprese acquistano il controllo di attivi diversi; per ciascuna delle imprese acquirenti ha luogo una diversa combinazione di risorse; è necessario che l'effetto sul mercato di ciascuna delle acquisizioni del controllo venga analizzato separatamente ai sensi del regolamento sulle concentrazioni.
- (42) L'acquisizione di diversi gradi di controllo (ad esempio controllo congiunto di un'attività e controllo esclusivo di un'altra) solleva questioni specifiche. Un'operazione che comporti l'acquisizione del controllo congiunto di una parte di un'impresa e del controllo esclusivo di un'altra parte della stessa impresa è in linea di principio considerata come costituente due concentrazioni distinte ai fini del regolamento⁽⁴⁷⁾. Tali operazioni costituiscono un'unica concentrazione soltanto se sono interdipendenti e se l'impresa che acquisisce il controllo esclusivo acquisisce anche il controllo congiunto. Ad ogni modo, si ritiene che in una tale situazione si abbia un'unica concentrazione qualora venga acquisito un soggetto al quale appartengono sia l'impresa controllata in via esclusiva che l'impresa controllata congiuntamente. Secondo l'interpretazione data nel considerando 20, la situazione in cui la medesima impresa acquisisce il controllo esclusivo e congiunto di altre imprese in base ad accordi interdipendenti non deve essere trattata in modo diverso. Tali operazioni, se sono interdipendenti, costituiscono dunque una concentrazione unica.

Esistenza del vincolo condizionale tra le operazioni

- (43) Si ha un vincolo condizionale se nessuna delle operazioni avrebbe luogo senza le altre ed esse costituiscono perciò un'operazione unica⁽⁴⁸⁾. L'esistenza di un vincolo condizionale è di norma dimostrata se le operazioni sono connesse sotto il profilo giuridico, ossia se gli accordi stessi sono collegati tra loro da un legame di condizionalità reciproca. Anche la condizionalità di fatto, qualora possa essere dimostrata in modo soddisfacente, può essere sufficiente per trattare le varie operazioni come una concentrazione unica. Ciò richiede una valutazione economica del fatto che ciascuna delle operazioni dipenda necessariamente o meno dalla conclusione delle altre⁽⁴⁹⁾. Ulteriori indicazioni dell'interdipendenza di diverse operazioni possono essere le dichiarazioni delle parti stesse o la conclusione simultanea dei relativi accordi. È difficile concludere che esista un vincolo condizionale di fatto tra diverse operazioni che non siano simultanee. Analogamente, una netta mancanza di simultaneità tra operazioni tra cui vi è un vincolo condizionale sotto il profilo giuridico può metterne in dubbio la reale interdipendenza.
- (44) Il principio che diverse operazioni possono essere trattate come una concentrazione unica se sono soddisfatte le condizioni citate si applica soltanto se il loro risultato è che il controllo di una o più imprese viene acquisito dalla stessa o dalle stesse persone o imprese. In primo luogo, questo può avvenire se una singola attività o impresa viene acquisita attraverso una serie di atti giuridici. In secondo luogo, anche l'acquisizione del controllo di più imprese — che potrebbero costituire concentrazioni distinte — può essere collegata in modo da costituire una concentrazione unica. Non è tuttavia possibile, in applicazione del regolamento sulle concentrazioni, considerare come collegati una serie di atti giuridici che abbiano come oggetto in parte l'acquisizione del controllo di imprese, ma in parte anche

⁽⁴⁵⁾ Questo vale inoltre per le situazioni in cui un'impresa vende un'attività ad un acquirente ed acquisisce in seguito il cedente compresa l'attività venduta, cfr. caso COMP/M.4521 — LGI/Telenet del 26 febbraio 2007.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. i casi paralleli COMP/M.3293 — Shell/BEB e COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB del 20 novembre 2003; caso IV/M.197 — Solvay/Laporte del 30 aprile 1992.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. caso IV/M.409 — ABB/Renault Automation del 9 marzo 1994.

⁽⁴⁸⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 127 e seg.

⁽⁴⁹⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 131 e seg. Cfr. il caso COMP/M.4521 — LGI/Telenet del 26 febbraio 2007, nel quale l'interdipendenza si basava sul fatto che due operazioni sono state decise ed effettuate simultaneamente e che, secondo gli obiettivi economici delle parti, ciascuna delle operazioni non sarebbe stata effettuata senza le altre.

l'acquisizione di altri attivi, quali quote di partecipazione di minoranza, ovvero non di controllo in altre imprese. La concezione generale e lo scopo del regolamento sulle concentrazioni non verrebbero rispettati qualora più operazioni, collegate tra loro da vincoli condizionali, venissero valutate nel loro insieme ai sensi del regolamento sulle concentrazioni quando soltanto una parte di dette operazioni determinano una modifica del controllo di qualcuna delle imprese che ne sono oggetto.

Acquisizione di una singola attività

- (45) Può pertanto esservi un'unica concentrazione se il medesimo o i medesimi acquirenti acquisiscono il controllo di una singola attività, ossia di un singolo soggetto economico, attraverso una serie di atti giuridici, qualora questi siano collegati da un vincolo condizionale. Questo avviene indipendentemente dal fatto che l'attività venga acquisita nella forma di una struttura societaria, consistente di una o più imprese, o che vengano acquisiti diversi attivi che formano un'attività unica, ossia un unico soggetto economico gestito per uno scopo economico comune al quale contribuiscono tutti gli attivi. Un'attività di questo tipo può comprendere quote di maggioranza e di minoranza in imprese nonché attivi materiali ed immateriali. Se sono richieste diverse operazioni giuridiche interdipendenti per trasferire tale attività, dette operazioni costituiscono una sola concentrazione ⁽⁵⁰⁾.

Acquisizioni del controllo in parallelo e in successione

- (46) Nella pratica decisionale passata della Commissione si sono presentati diversi scenari che giustificavano il trattamento di più acquisizioni di controllo come una concentrazione unica. Uno di questi scenari è l'acquisizione parallela del controllo: l'impresa A acquisisce il controllo delle imprese B e C in parallelo da cedenti distinti, fermo restando che A non è obbligata ad acquistare nessuna delle due imprese e che nessuno dei due cedenti è obbligato a vendere se non vanno in porto entrambe le operazioni ⁽⁵¹⁾. Un altro scenario è l'acquisizione del controllo in successione: l'impresa A acquisisce il controllo dell'impresa B a condizione che B acquisisca in precedenza o simultaneamente l'impresa C, come illustrato dal caso Kingfisher ⁽⁵²⁾.

Acquisizione in successione del controllo esclusivo/congiunto

- (47) La Commissione affronta in modo analogo al caso Kingfisher i casi in cui, in una operazione di acquisizione in successione, un'impresa acquisisce in un primo momento il controllo esclusivo di un'impresa, in vista della successiva vendita ad un'altra impresa di parti della partecipazione acquisita nella prima impresa, determinando alla fine il controllo congiunto di entrambi gli acquirenti sull'impresa oggetto dell'operazione. Se entrambe le acquisizioni sono collegate da un vincolo condizionale, le due operazioni costituiscono una concentrazione unica e la Commissione prenderà in considerazione soltanto l'acquisizione del controllo congiunto quale risultato finale delle operazioni ⁽⁵³⁾.

1.5.3 Serie di operazioni su valori mobiliari

- (48) Il considerando 20 del regolamento chiarisce inoltre che si è in presenza di un'unica concentrazione quando il controllo su un'impresa viene acquisito da uno o più cedenti mediante una serie di operazioni su valori mobiliari concluse in un periodo di tempo ragionevolmente breve. In questi contesti la concentrazione non è limitata all'acquisizione della quota «decisiva», ma coprirà tutte le acquisizioni di valori mobiliari concluse in un periodo di tempo ragionevolmente breve.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. caso IV/M.470 — Gencor/Shell del 29 agosto 1994; COMP/M.3410 — Total/Gaz de France dell'8 ottobre 2004; caso IV/M.957 — L'Oreal/Procter & Gamble/Cosmetique Iberica/Albisa del 19 settembre 1997; caso IV/M.861 — Textron/Kautex del 18 dicembre 1996 in cui tutti gli attivi erano utilizzati anche nello stesso mercato del prodotto. Le stesse considerazioni valgono qualora un'impresa comune venga costituita da diverse imprese formando un'attività unica; cfr. caso M.4048 — Sonae Industria/Tarkett del 12 giugno 2006, in cui l'interdipendenza di operazioni che costituivano, rispettivamente, un'impresa comune di produzione e una di distribuzione era necessaria per dimostrare che si era in presenza di una concentrazione unica che avrebbe determinato la costituzione di un'impresa comune a pieno titolo.

⁽⁵¹⁾ Caso COMP/M.2926 — EQT/H&R/Dracoco del 16 settembre 2002; le stesse considerazioni valgono qualora più concentrazioni costituiscono una concentrazione unica ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), caso COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany del 27 agosto 2002.

⁽⁵²⁾ Caso IV/M.1188 — Kingfisher/Wegert/ProMarkt del 18 giugno 1998. Caso COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK) del 26 giugno 2002.

⁽⁵³⁾ Caso COMP/M.2420 — Mitsui/CVRD/Caemi del 30 ottobre 2001.

1.5.4 Articolo 5, paragrafo 2, secondo comma

- (49) L'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma enuncia una norma specifica che consente alla Commissione di considerare operazioni successive realizzate entro un determinato periodo come una concentrazione unica ai fini del calcolo del fatturato delle imprese interessate. Lo scopo di tale disposizione è garantire che le medesime persone non frammentino un'operazione in una serie di cessioni di attivi, scaglionate nel tempo, allo scopo di eludere la competenza della Commissione prevista dal regolamento sulle concentrazioni ⁽⁵⁴⁾.
- (50) Se due o più operazioni (ciascuna delle quali determina un'acquisizione di controllo) hanno luogo tra le medesime persone o imprese nell'arco di un periodo di due anni, saranno considerate come una concentrazione unica ⁽⁵⁵⁾, indipendentemente dal fatto che riguardino lo stesso settore o parti della stessa attività. Questa disposizione non si applica quando alle medesime persone o imprese si uniscono altre persone o imprese soltanto per alcune delle operazioni in questione. È sufficiente che le operazioni, anche se non effettuate tra le medesime imprese, vengano realizzate tra imprese che appartengono ai rispettivi medesimi gruppi. La disposizione si applica inoltre a due o più operazioni concluse tra le medesime persone o imprese se effettuate simultaneamente. Ogni qualvolta determinino acquisizioni del controllo da parte della stessa impresa, tali operazioni simultanee tra le medesime parti formano una concentrazione unica anche se non sono collegate da un vincolo di condizionalità reciproca ⁽⁵⁶⁾. Non sembra tuttavia che l'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma si applichi a operazioni distinte di cui almeno una riguardi un'impresa interessata distinta dal cedente/dai cedenti e dall'acquirente/dagli acquirenti comuni. Nelle situazioni che comportano due operazioni, di cui l'una determina un controllo esclusivo e l'altra un controllo congiunto, non si applica dunque l'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma, a meno che l'altra o le altre imprese madri che detengono il controllo congiunto nella seconda operazione non siano l'impresa o le imprese che cedono la quota di controllo esclusivo nella prima operazione.

1.6 *Ristrutturazione interna*

- (51) Ai sensi del regolamento, vi può essere concentrazione solo quando si verifica un cambiamento del controllo. Una ristrutturazione interna nell'ambito di un gruppo di imprese non costituisce una concentrazione. Questo principio si applica, ad esempio, agli aumenti di partecipazioni azionarie non accompagnati da cambiamenti del controllo o ad operazioni di ristrutturazione come la fusione di una «dual listed company» in un singolo soggetto giuridico o la fusione di controllate. Si sarebbe in presenza di una concentrazione soltanto se l'operazione determinasse un cambiamento della qualità del controllo di un'impresa e dunque non avesse più carattere puramente interno.

1.7 *Concentrazioni di cui sono parte imprese pubbliche*

- (52) Una situazione particolare si verifica quando tanto l'impresa acquirente quanto l'impresa acquisita sono imprese di proprietà del medesimo Stato (o del medesimo ente pubblico o ente locale). In tal caso, per decidere se l'operazione vada considerata o no come una ristrutturazione interna occorre determinare se prima dell'operazione stessa le due imprese facessero già parte di uno stesso insieme economico. Se le imprese facevano parte di diverse unità economiche, dotate di potere decisionale autonomo, l'operazione è da considerare una concentrazione e non una ristrutturazione interna ⁽⁵⁷⁾. Qualora tuttavia le diverse unità economiche continuino ad avere un potere decisionale autonomo anche dopo l'operazione, essa deve essere considerata soltanto una ristrutturazione interna, anche se le quote delle imprese, che costituiscono le diverse unità economiche, dovessero essere detenute da un soggetto unico, come una società di partecipazione finanziaria pura ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 118.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. caso COMP/M.3173 — E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry del 13 giugno 2003. Questo si applica inoltre alle situazioni in cui viene acquisito il controllo esclusivo mentre in precedenza soltanto determinate parti dell'impresa erano controllate congiuntamente dall'impresa acquirente, caso COMP/M. 2679 — EdF/TXU/Europe/24 Seven del 20 dicembre 2001.

⁽⁵⁶⁾ Caso IV/M.1283 — Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth del 24 agosto 1998.

⁽⁵⁷⁾ Caso IV/M/097- Péchiney/Usinor del 24 giugno 1991; caso IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson del 22 febbraio 1993; caso IV/M.931 — Neste/IVO del 2 giugno 1998. Cfr. anche il considerando 22 del regolamento sulle concentrazioni.

⁽⁵⁸⁾ Le questioni specifiche relative al calcolo del fatturato per imprese pubbliche sono trattate ai punti 192-194.

- (53) Tuttavia, le prerogative di cui gode lo Stato nella sua veste di amministrazione pubblica e non in quella di azionista, nella misura in cui sono limitate alle esigenze di tutela dell'interesse pubblico, non si configurano come controllo ai fini del regolamento, purché non abbiano né per oggetto né per effetto di consentire allo Stato di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa ⁽⁵⁹⁾.

2. Controllo esclusivo

- (54) Si ha acquisizione del controllo esclusivo se un'impresa può esercitare da sola un'influenza determinante su un'impresa. È possibile distinguere tra due situazioni generali nelle quali un'impresa detiene il controllo esclusivo. Nel primo caso, l'impresa che detiene il controllo esclusivo gode del potere di stabilire le decisioni aziendali strategiche dell'altra impresa. Questo potere è in genere ottenuto attraverso l'acquisizione della maggioranza dei diritti di voto in una società. In secondo luogo, si ha una situazione che conferisce il controllo esclusivo quando un solo azionista è in grado di impedire con il suo veto decisioni strategiche dell'impresa, ma non ha il potere, da solo, di imporre una determinata decisione (il cosiddetto controllo esclusivo negativo). In tali circostanze un solo azionista ha lo stesso grado di influenza solitamente detenuto da un singolo azionista che esercita un controllo congiunto, ossia il potere di impedire l'adozione di decisioni strategiche. Contrariamente a quanto avviene nel caso di un'impresa controllata congiuntamente, non vi sono altri azionisti che hanno lo stesso grado di influenza e l'azionista che detiene il controllo esclusivo negativo non deve necessariamente cooperare con determinati altri azionisti nel determinare il comportamento strategico dell'impresa controllata. Poiché tale azionista può indurre una situazione di stallo, egli acquista un'influenza determinante ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, e quindi il controllo ai fini del regolamento sulle concentrazioni ⁽⁶⁰⁾.

- (55) Il controllo esclusivo può essere acquisito di diritto e/o di fatto.

Controllo esclusivo di diritto

- (56) Di norma, si ha acquisizione del controllo esclusivo di diritto quando un'impresa acquisisce la maggioranza del capitale sociale e dei diritti di voto di una società. In mancanza di altri elementi un'acquisizione che non ricomprenda la maggioranza dei diritti di voto non conferisce, di norma, il controllo anche se viene acquisita la maggioranza delle quote del capitale sociale. Qualora lo statuto della società richieda una maggioranza qualificata per le decisioni strategiche, l'acquisizione della maggioranza semplice dei diritti di voto può non conferire il potere di stabilire le decisioni strategiche, ma può essere sufficiente per attribuire all'acquirente un diritto di veto e dunque un controllo negativo.
- (57) Anche nel caso di una partecipazione di minoranza, il controllo esclusivo può risultare da una situazione di diritto, quando a tale partecipazione sono attribuiti diritti specifici. Può trattarsi di azioni preferenziali con diritti speciali che consentono all'azionista di minoranza di determinare il corso strategico degli affari dell'impresa oggetto dell'acquisizione, come il potere di designare più della metà dei componenti del consiglio di vigilanza o del consiglio di amministrazione. Il controllo esclusivo può essere esercitato anche da un azionista di minoranza che ha il diritto di gestire gli affari della società e di determinare la politica aziendale sulla base della struttura sociale (ad esempio come socio illimitatamente responsabile di una società a responsabilità limitata, che spesso neppure detiene una quota).
- (58) Una tipica situazione di controllo esclusivo negativo si verifica quando un azionista detiene il 50 % di un'impresa e il rimanente 50 % fa capo a due o più altri azionisti (supponendo che questo non determini un controllo esclusivo positivo di fatto), oppure quando per le decisioni strategiche è richiesta una maggioranza qualificata che di fatto conferisce un diritto di veto ad un solo azionista, indipendentemente dal fatto che si tratti di un azionista di minoranza o di maggioranza ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Caso IV/M.493 — Tractebel/Distrigaz II del 1° settembre 1994.

⁽⁶⁰⁾ Poiché l'azionista in questione è l'unica impresa che acquisisce un potere di controllo, solo questi è tenuto a presentare una notifica in virtù del regolamento.

⁽⁶¹⁾ Cfr. i casi consecutivi COMP/M.3537 — BBVA/BNL del 20 agosto 2004 e COMP/M.3768 — BBVA/BNL del 27 aprile 2005; Caso COMP/M.3198 — VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren del 29 luglio 2003; Caso COMP/M.2777 — Cinven Limited/Angel Street Holdings dell'8 maggio 2002; Caso IV/M.258 — CCIE/GTE del 25 settembre 1992. Nel caso COMP/M.3876 — Diester Industrie/Bunge/JV del 30 settembre 2005 vi era una situazione specifica in cui un'impresa comune deteneva in un'impresa una partecipazione mediante la quale aveva il controllo esclusivo negativo.

Controllo esclusivo di fatto

- (59) Si può presumere che un azionista di minoranza detenga il controllo esclusivo anche sulla base di elementi fattuali. Questo avviene in particolare quando è estremamente probabile che l'azionista si assicuri la maggioranza nell'assemblea degli azionisti, dato il livello della sua partecipazione azionaria e considerando quanti e quali azionisti erano presenti alle assemblee degli azionisti negli anni precedenti⁽⁶²⁾. In base ai comportamenti di voto osservati in passato, la Commissione effettuerà un'analisi delle prospettive e terrà conto dei prevedibili cambiamenti della presenza degli azionisti che potrebbero verificarsi in futuro dopo l'operazione⁽⁶³⁾. La Commissione analizzerà ulteriormente la posizione degli altri azionisti e ne valuterà il ruolo. I criteri per una tale valutazione sono, in particolare, se le azioni rimanenti sono notevolmente diffuse, se altri azionisti importanti hanno collegamenti strutturali, economici o familiari con l'azionista di minoranza con una partecipazione di rilievo o se gli altri azionisti hanno un interesse strategico o puramente finanziario nell'impresa oggetto dell'operazione; questi criteri saranno valutati caso per caso⁽⁶⁴⁾. Qualora, sulla base della sua partecipazione azionaria, dei comportamenti di voto osservati in passato nell'assemblea degli azionisti e della posizione di altri azionisti, è probabile che l'azionista di minoranza abbia una maggioranza stabile dei voti all'assemblea degli azionisti, si presume che detto azionista detenga il controllo esclusivo⁽⁶⁵⁾.
- (60) Un'opzione di acquisto o di conversione di azioni non è da sola sufficiente a conferire il controllo esclusivo, a meno che patti giuridicamente vincolanti stabiliscano che il diritto di opzione verrà esercitato a breve termine⁽⁶⁶⁾. Tuttavia, in circostanze eccezionali, l'opzione, assieme ad altri elementi, può permettere di concludere che esiste un controllo esclusivo di fatto⁽⁶⁷⁾.

Controllo esclusivo acquisito attraverso mezzi diversi dai diritti di voto

- (61) Oltre all'acquisizione del controllo esclusivo sulla base dei diritti di voto, sono valide anche le considerazioni illustrate nella sezione 1.2 in merito all'acquisizione del controllo esclusivo mediante l'acquisto di attivi, tramite contratto o con qualsiasi altro mezzo.

3. Controllo congiunto

- (62) Si ha controllo congiunto quando due o più imprese o persone hanno la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'altra impresa. In questo contesto per influenza determinante si intende normalmente il potere di impedire decisioni che determinano l'indirizzo strategico degli affari dell'impresa. A differenza del controllo esclusivo, che conferisce ad un determinato azionista il potere di determinare le decisioni strategiche dell'impresa, il controllo congiunto è caratterizzato dalla possibilità che si verifichi una situazione di stallo per effetto del potere di due o più soggetti di respingere le decisioni strategiche proposte. Ne consegue che gli azionisti interessati devono concordare una linea d'azione comune per determinare l'indirizzo dell'attività dell'impresa comune e che sono costretti a cooperare⁽⁶⁸⁾.
- (63) Come l'acquisizione del controllo esclusivo, anche l'acquisizione del controllo congiunto può essere accertata sulla base di elementi di diritto o di fatto. Si ha controllo congiunto quando gli azionisti (le imprese madri) devono mettersi d'accordo sulle principali decisioni riguardanti l'impresa controllata (l'impresa comune).

⁽⁶²⁾ Caso IV/M.343 — Société Générale de Belgique/Générale de Banque del 3 agosto 1993; caso COMP/M.3330 — RTL/M6 del 12 marzo 2004; caso IV/M.159 — Mediobanca/Generali del 19 dicembre 1991.

⁽⁶³⁾ Cfr. caso COMP/M.4336 — MAN/Scania del 20 dicembre 2006 in cui si valuta se Volkswagen abbia acquisito il controllo di MAN.

⁽⁶⁴⁾ Caso IV/M.754 — Anglo American/Lonrho del 23 aprile 1997; Caso IV/M.025 — Arjomari/Wiggins Teape del 10 febbraio 1990.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. anche caso COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia del 20 settembre 2001; caso IV/M.1519 — Renault/Nissan del 12 maggio 1999.

⁽⁶⁶⁾ Sentenza nella causa T 2/93, Air France/Commissione, Racc. 1994, pag. II-323. Anche se solitamente un'opzione non determina di per sé una concentrazione, è possibile tenerne conto per la valutazione sostanziale di una concentrazione, cfr. caso COMP/M.3696 — E.ON/MOL del 21 dicembre 2005, punti 12-14, 480, 762 e segg.

⁽⁶⁷⁾ Caso IV/M.397 — Ford/Hertz del 7 marzo 1994.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. anche sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punti 42, 52 e 67.

3.1 *Parità dei diritti di voto o di nomina dei membri degli organi decisionali*

- (64) Il caso più chiaro di controllo congiunto è quello in cui vi sono due sole imprese madri tra le quali sono suddivisi in parti uguali i diritti di voto nell'impresa comune. In tal caso non è necessario che esistano tra loro accordi formali. Tuttavia, se un accordo formale esiste, esso non deve contraddire il principio della parità di entrambe le parti; deve per esempio disporre che ciascuna ha diritto allo stesso numero di rappresentanti in seno agli organi di gestione e che nessuno di essi dispone di un voto preponderante ⁽⁶⁹⁾. La parità può essere assicurata anche quando entrambe le imprese madri hanno il diritto di designare lo stesso numero di membri degli organi decisionali dell'impresa comune.

3.2 *Diritti di veto*

- (65) Vi può essere controllo congiunto anche quando non vi è una posizione paritetica delle due imprese madri per quanto riguarda i diritti di voto o la rappresentanza negli organi decisionali o quando vi sono più di due imprese madri. È questo il caso quando gli azionisti di minoranza godono di diritti aggiuntivi che consentono loro di porre il veto sulle decisioni che sono essenziali per determinare gli indirizzi strategici dell'attività dell'impresa comune ⁽⁷⁰⁾. Il diritto di veto può essere previsto dallo statuto dell'impresa comune o conferito da un accordo tra le imprese madri. Il diritto di veto può essere reso operante attraverso l'imposizione di un quorum specifico per le decisioni da prendere in sede di assemblea o di consiglio d'amministrazione, nella misura in cui le imprese madri sono rappresentate nel consiglio stesso. È anche possibile che le decisioni strategiche debbano essere approvate da un organo, per esempio il consiglio di vigilanza, nel quale gli azionisti di minoranza sono rappresentati e la loro partecipazione è indispensabile per raggiungere il quorum necessario per la validità delle decisioni.
- (66) I diritti di veto devono riferirsi alle decisioni strategiche sulla condotta degli affari dell'impresa comune ed andare al di là dei diritti di veto normalmente conferiti agli azionisti di minoranza al fine di tutelare i loro interessi finanziari di investitori nell'impresa comune. La normale tutela dei diritti degli azionisti di minoranza è limitata alle decisioni sugli elementi costitutivi dell'impresa comune, quali modifiche dello statuto, aumenti o riduzioni di capitale o la liquidazione della società. Un diritto di veto che, per esempio, può impedire la vendita o la liquidazione dell'impresa comune non conferisce il controllo congiunto all'azionista di minoranza che ne gode ⁽⁷¹⁾.
- (67) I diritti di veto che conferiscono il controllo congiunto sono invece, per citare i casi più tipici, quelli relativi a decisioni su questioni quali il bilancio, il programma di attività, gli investimenti di grande entità e la nomina dei più alti dirigenti. Per acquisire il controllo congiunto, tuttavia, non è necessario che l'acquirente abbia il potere di esercitare un'influenza determinante sulla gestione corrente dell'impresa. L'elemento cruciale è che i diritti di veto siano sufficienti a consentire alle imprese madri di esercitare un'influenza determinante in relazione alla determinazione degli indirizzi strategici dell'attività dell'impresa comune. Inoltre non è affatto necessario accertare che un acquirente del controllo congiunto farà effettivamente valere la sua influenza determinante. È sufficiente la possibilità di esercitare tale influenza e, dunque, la semplice esistenza dei diritti di veto.
- (68) Per detenere il controllo congiunto l'azionista di minoranza non deve necessariamente fruire di tutti i diritti di veto citati sopra. Può anche essere sufficiente che egli goda solo di alcuni o di uno solo di tali diritti. Come stiano esattamente le cose in ciascun caso dipende dall'esatto contenuto del diritto di veto stesso e anche dall'importanza di tale diritto nell'ambito della specifica attività dell'impresa comune.

⁽⁶⁹⁾ Caso COMP/M.3097 — Maersk Data/Eurogate IT; Global Transport Solutions JV del 12 marzo 2003; caso IV/M.272 — Matra/CAP Gemini Sogeti del 17 marzo 1993.

⁽⁷⁰⁾ Causa T 2/93, Air France/Commissione, Racc. 1994, pag. II-323; caso IV/M.010 — Conagra/Idea del 3 maggio 1991.

⁽⁷¹⁾ Caso IV/M.062 — Eridania/ISL del 30 luglio 1991.

Nomina dei dirigenti di alto livello e approvazione del bilancio preventivo

- (69) Diritti di veto molto importanti sono quelli che riguardano le decisioni relative alla nomina e alla rimozione dei dirigenti di alto livello e all'approvazione del bilancio preventivo. Il potere di codeterminare la struttura della dirigenza di alto livello, quali i membri del consiglio di amministrazione, conferisce solitamente a chi ne è titolare il potere di esercitare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di un'impresa. Lo stesso vale per le decisioni relative al bilancio preventivo in quanto questo determina esattamente il quadro delle attività dell'impresa e, in particolare, gli investimenti che può compiere.

Piano aziendale

- (70) Il piano aziendale contiene normalmente una dettagliata descrizione degli obiettivi dell'impresa e dei provvedimenti da prendere per conseguire detti obiettivi. Un diritto di veto su questo tipo di piano può essere sufficiente a conferire il controllo congiunto anche in assenza di qualsiasi altro genere di diritto di veto. In altri casi, quando il piano aziendale contiene solo dichiarazioni di carattere generale sugli obiettivi dell'impresa, l'esistenza di un diritto di veto al riguardo costituisce solo uno degli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento dell'esistenza o meno di un controllo congiunto, ma non è sufficiente a concludere che si è in presenza di un caso di controllo congiunto.

Investimenti

- (71) Quando vi è un diritto di veto sugli investimenti, l'importanza di tale diritto dipende in primo luogo dall'entità degli investimenti che sono subordinati all'approvazione delle imprese madri e in secondo luogo dalla misura in cui gli investimenti costituiscono un fattore determinante nel mercato in cui opera l'impresa comune. Per quanto riguarda il primo aspetto, se l'autorizzazione delle imprese madri è richiesta solo per investimenti estremamente elevati, il diritto di veto può essere assimilato più alla normale tutela degli interessi degli azionisti di minoranza che ad un diritto che conferisce un potere di codeterminazione dell'indirizzo delle attività dell'impresa comune. Per quanto riguarda il secondo aspetto, la politica degli investimenti di un'impresa costituisce normalmente un elemento importante nell'accertamento dell'esistenza o meno di un controllo congiunto. Tuttavia possono esservi mercati nei quali gli investimenti non rappresentano un fattore importante nel determinare l'indirizzo degli affari di un'impresa.

Diritti caratteristici del mercato

- (72) Oltre ai tipici diritti di veto summenzionati, esistono vari altri eventuali diritti di veto relativi a decisioni specifiche che sono importanti nel contesto del particolare mercato dell'impresa comune. Un esempio di questo genere è la decisione sulla tecnologia che l'impresa comune dovrà utilizzare, qualora tale tecnologia sia una caratteristica fondamentale delle attività dell'impresa comune. Un altro esempio è offerto dai mercati caratterizzati dalla differenziazione dei prodotti e da un grado significativo di innovazione. In tali mercati il diritto di veto sulle decisioni relative allo sviluppo di nuove linee di prodotti da parte dell'impresa comune può essere anch'esso un elemento importante per stabilire l'esistenza di un controllo congiunto.

Contesto globale

- (73) Per stabilire l'importanza relativa dei diritti di veto, laddove ne esistano un certo numero, non si deve procedere ad una valutazione isolata. La determinazione dell'esistenza o meno di un controllo congiunto si basa invece su una valutazione di tali diritti nel loro insieme. Tuttavia non si può considerare che un diritto di veto che non riguardi né l'indirizzo strategico degli affari, né la nomina della dirigenza di alto livello, né il bilancio preventivo, né il piano d'attività fornisca al suo detentore un controllo congiunto ⁽⁷²⁾.

3.3 *Esercizio congiunto dei diritti di voto*

- (74) Anche in assenza di diritti specifici di veto, due o più imprese che acquisiscono partecipazioni di minoranza in un'altra impresa possono ottenerne il controllo congiunto qualora le partecipazioni di minoranza costituiscano congiuntamente il mezzo per controllare l'impresa in oggetto. Ciò significa che

⁽⁷²⁾ Caso IV/M.295 — SITA-RPC/SCORI del 19 marzo 1993.

gli azionisti di minoranza detengono congiuntamente la maggioranza dei diritti di voto e che agiscono di comune accordo nell'esercizio di tali diritti di voto. Tale azione comune può derivare da un accordo giuridicamente vincolante o avvenire di fatto.

- (75) Lo strumento giuridico per garantire l'esercizio comune dei diritti di voto può essere una società di partecipazione finanziaria (controllata congiuntamente) alla quale gli azionisti di minoranza trasferiscono i loro diritti o un accordo con il quale si impegnano ad agire in modo uniforme («pooling agreement»).
- (76) Eccezionalmente una condotta comune può verificarsi di fatto, laddove tra gli azionisti di minoranza esistano interessi comuni talmente forti da impedire uno scontro nell'esercizio dei diritti di voto nel contesto dell'impresa comune. Quanto più elevato è il numero delle imprese madri dell'impresa comune, tanto più diminuisce la probabilità che tale situazione si verifichi.
- (77) Indicativo per una comunanza di interessi di questo tipo è un elevato grado di dipendenza reciproca tra le società madri per raggiungere gli obiettivi strategici dell'impresa comune. Ciò avviene in particolare quando ciascuna impresa madre fornisce all'impresa comune un contributo indispensabile al suo funzionamento (tecnologie specifiche, know-how specializzato o accordi di fornitura) ⁽⁷³⁾. In tali circostanze, anche qualora non siano esplicitamente previsti diritti di veto, le imprese madri sono in grado di bloccare le decisioni strategiche dell'impresa comune e, pertanto, possono gestirla in spirito di piena cooperazione solo a condizione di essere d'accordo su tali decisioni strategiche. Le società madri dovranno pertanto cooperare ⁽⁷⁴⁾. Ulteriori fattori sono i processi decisionali strutturati in modo da permettere alle società madri di esercitare il controllo congiunto anche in assenza di accordi espliciti che conferiscano diritti di veto o di altri collegamenti tra gli azionisti di minoranza relativi all'impresa comune ⁽⁷⁵⁾.
- (78) Una situazione di questo tipo può verificarsi non solo quando due o più azionisti di minoranza controllano di fatto congiuntamente un'impresa, ma anche quando vi è un elevato grado di dipendenza di un azionista di maggioranza da un azionista di minoranza. Questo può avvenire quando l'impresa comune dipende economicamente e finanziariamente dall'azionista di minoranza o quando soltanto l'azionista di minoranza ha il know-how necessario — e svolgerà un ruolo importante — per il funzionamento dell'impresa comune, mentre l'azionista di maggioranza è un puro investitore finanziario ⁽⁷⁶⁾. In tali circostanze, l'azionista di maggioranza non potrà imporre la propria posizione, ma il socio dell'impresa comune potrà essere in grado di bloccare decisioni strategiche e di conseguenza le due imprese madri dovranno cooperare in modo permanente. Questo determina una situazione di controllo congiunto di fatto che prevale su una pura valutazione sotto il profilo del diritto in base alla quale si sarebbe potuto ritenere che l'azionista di maggioranza abbia il controllo esclusivo.
- (79) Questi criteri si applicano alla costituzione di una nuova impresa comune nonché alle acquisizioni di partecipazioni azionarie di minoranza, che conferiscono assieme il controllo congiunto. Nel caso di acquisizioni di partecipazioni, vi è una maggiore probabilità di una comunanza di interessi se le partecipazioni azionarie vengono acquisite mediante un'azione concordata. Tuttavia, un'acquisizione mediante un'azione concordata non è di per sé sufficiente per instaurare un controllo congiunto di fatto. In generale, un interesse comune al rendimento dell'investimento in quanto investitori finanziari in (o creditori di) un'impresa non costituisce una comunanza di interessi che determina un controllo congiunto di fatto.

⁽⁷³⁾ Caso COMP/JV.55 Hutchinson/RCPM/ECT del 3 luglio 2001; cfr. anche caso IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol del 20 settembre 1995.

⁽⁷⁴⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punti 42, 52 e 67.

⁽⁷⁵⁾ Caso COMP/JV.55 Hutchinson/RCPM/ECT del 3 luglio 2001; Cfr. inoltre caso IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol del 20 settembre 1995.

⁽⁷⁶⁾ Caso IV/M. 967 — KLM/Air UK del 22 settembre 1997; Caso COMP/M.4085 — Arcelor/Oyak/Erdemir del 13 febbraio 2006.

- (80) In assenza di forti interessi comuni quali quelli delineati in precedenza, la variabilità delle alleanze tra azionisti di minoranza fa normalmente escludere l'esistenza di un controllo congiunto. Qualora nel processo decisionale la maggioranza non sia stabile, bensì possa essere rappresentata di volta in volta da una qualsiasi delle varie combinazioni di voto possibili tra azionisti di minoranza, non si può presumere che tali azionisti (o un determinato gruppo di azionisti) controllino congiuntamente l'impresa ⁽⁷⁷⁾. In tale contesto non è sufficiente l'esistenza di accordi tra due o più parti aventi partecipazioni di uguale entità nel capitale di un'impresa, che assegnino loro diritti e poteri identici, qualora non diano luogo a diritti di veto strategici. Ad esempio, nel caso di un'impresa con tre azionisti che detengono ciascuno un terzo del capitale azionario e ciascuno dei quali elegge un terzo dei membri del consiglio di amministrazione, gli azionisti non detengono un controllo congiunto poiché le decisioni vengono prese a maggioranza semplice.

3.4 Altre considerazioni relative al controllo congiunto

Ruolo disuguale delle società madri

- (81) Il controllo congiunto non è incompatibile con il fatto che una delle imprese madri disponga di conoscenze e di esperienze specifiche nel settore di attività dell'impresa comune. In tale caso l'altra impresa madre può svolgere solo un ruolo modesto o addirittura inesistente nella gestione corrente dell'impresa comune e la sua presenza è motivata da considerazioni finanziarie, di strategia a lungo termine, di immagine del marchio o di politica generale. Essa deve tuttavia sempre conservare la reale possibilità di contestare le decisioni prese dall'altra società madre su una base di parità nei diritti di voto o di nomina degli organismi decisionali ovvero nei diritti di veto relativi alle questioni strategiche. In caso contrario, vi sarebbe un controllo esclusivo.

Voto preponderante

- (82) Affinché esista controllo congiunto, una sola delle imprese madri non dovrebbe poter esprimere un voto preponderante in quanto questo determinerebbe il controllo esclusivo da parte dell'impresa che dispone del voto preponderante. Vi può essere tuttavia un controllo congiunto quando il voto preponderante ha in pratica un'importanza e un'efficacia limitate. Questo può avvenire quando tale voto può essere esercitato soltanto dopo una serie di fasi arbitrali e di tentativi di accordo o in un ambito molto limitato o qualora il suo esercizio dia luogo ad un'opzione put che implica un grave onere finanziario o se l'interdipendenza reciproca tra le imprese madri rende improbabile l'esercizio del voto preponderante ⁽⁷⁸⁾.

III. MODIFICHE DELLA QUALITÀ DEL CONTROLLO

- (83) Il regolamento sulle concentrazioni riguarda le operazioni che determinano l'acquisizione di un controllo esclusivo o congiunto, comprese le operazioni che conducono a modifiche della qualità del controllo. Innanzitutto, si ha un cambiamento della qualità del controllo, e di conseguenza una concentrazione, se vi è passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto. In secondo luogo, si ha un cambiamento della qualità del controllo, in una situazione di controllo congiunto prima e dopo l'operazione, se l'operazione stessa determina un aumento del numero degli azionisti di controllo o un cambiamento della loro identità. Tuttavia, non c'è alcun cambiamento della qualità del controllo se si verifica un passaggio dal controllo esclusivo negativo a quello positivo. Un tale cambiamento non ha effetti sugli incentivi per l'azionista che ha il controllo negativo né sulla natura della struttura del controllo, in quanto l'azionista di controllo non doveva necessariamente cooperare con determinati azionisti quando deteneva il controllo negativo. Le semplici variazioni dell'entità delle partecipazioni azionarie dei medesimi azionisti di controllo, senza modifiche dei poteri che essi detengono in un'impresa e della composizione della struttura di controllo dell'impresa, non costituiscono comunque una modifica della qualità del controllo e non rappresentano dunque una concentrazione notificabile.

⁽⁷⁷⁾ Caso IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola del 22 dicembre 1998.

⁽⁷⁸⁾ Caso COMP/M.2574 Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia del 20 settembre 2001; Caso IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol del 20 settembre 1995; Caso IV/M.425 — British Telecom/Banco Santander del 28 marzo 1994.

- (84) Tali modifiche della qualità del controllo vengono trattate suddividendole in due categorie: nella prima si considera l'ingresso di uno o più nuovi azionisti di controllo, indipendentemente dal fatto che sostituiscano o meno azionisti di controllo esistenti, mentre nella seconda viene trattata la riduzione del numero degli azionisti di controllo.

1. Ingresso di azionisti di controllo

- (85) L'ingresso di nuovi azionisti di controllo, che determina una situazione di controllo congiunto, può derivare da un passaggio dal controllo esclusivo a quello congiunto o dall'ingresso di un ulteriore azionista o dalla sostituzione di un azionista esistente in un'impresa già controllata in comune.
- (86) Il passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto è considerato un'operazione soggetta a notifica poiché modifica la qualità del controllo dell'impresa comune. In primo luogo, si verifica una nuova acquisizione del controllo per l'azionista che entra nell'impresa controllata. In secondo luogo, soltanto la nuova acquisizione di controllo rende l'impresa controllata un'impresa comune, il che cambia in modo decisivo la situazione anche per l'altra impresa che rimane detentrica del controllo ai sensi del regolamento sulle concentrazioni: in futuro essa dovrà tenere conto degli interessi di uno o più altri azionisti di controllo e dovrà collaborare in modo permanente con il o i nuovi azionisti. Prima poteva determinare da sola il comportamento strategico dell'impresa controllata (in caso di controllo esclusivo) o non era costretta a tener conto degli interessi di determinati altri azionisti e non doveva collaborare con tali azionisti in modo permanente.
- (87) Anche l'ingresso di un nuovo azionista in un'impresa controllata congiuntamente — in aggiunta ad azionisti di controllo già esistenti o in sostituzione di uno di loro — costituisce una concentrazione da notificare, anche se l'impresa è controllata in comune sia prima che dopo l'operazione ⁽⁷⁹⁾. In primo luogo, anche in questa ipotesi vi è un azionista che acquisisce il controllo dell'impresa comune. In secondo luogo, la qualità del controllo dell'impresa comune è determinata dall'identità di tutti gli azionisti di controllo. Dalla natura stessa del controllo congiunto discende che, poiché ogni azionista ha da solo un diritto di veto sulle decisioni strategiche, gli azionisti che esercitano il controllo congiunto devono tener conto degli interessi reciproci e devono collaborare per stabilire il comportamento strategico dell'impresa comune ⁽⁸⁰⁾. Il carattere del controllo congiunto non è dunque definito unicamente in base alla semplice somma matematica dei diritti di veto esercitati dai diversi azionisti, ma è determinato dalla composizione degli azionisti che esercitano il controllo in comune. Una delle situazioni più ovvie che determinano una modifica decisiva della struttura di controllo di un'impresa controllata congiuntamente è quella in cui in una impresa comune, controllata congiuntamente da un suo concorrente e da un investitore finanziario, l'investitore finanziario viene sostituito da un altro concorrente. In queste circostanze, la struttura del controllo e gli incentivi dell'impresa comune possono cambiare completamente, non solo a causa dell'ingresso del nuovo azionista di controllo, ma anche a causa della modifica del comportamento dell'azionista rimanente. La sostituzione di un azionista di controllo o l'ingresso di un nuovo azionista in un'impresa controllata congiuntamente dà luogo pertanto ad una modifica della qualità del controllo ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr., ad esempio, caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GdP del 9 dicembre 2004.

⁽⁸⁰⁾ Sentenza nella causa T-282/02, *Cementbouw/Commissione*, Racc. 2006, pag. II-319, punto 67.

⁽⁸¹⁾ In generale, va sottolineato che la Commissione non valuterà come concentrazione distinta la sostituzione indiretta dell'azionista di controllo in una situazione di controllo congiunto che avviene attraverso l'acquisizione del controllo da parte di una delle imprese madri. La Commissione valuterà tutti i cambiamenti della situazione di concorrenza dell'impresa comune nel contesto dell'acquisizione complessiva del controllo delle sue imprese madri. In tali circostanze, gli altri azionisti di controllo nell'impresa comune non saranno pertanto imprese interessate alla concentrazione relativa alla sua impresa madre.

- (88) L'ingresso di nuovi azionisti determina tuttavia una concentrazione soggetta a notifica soltanto se uno o più azionisti acquisiscono il controllo esclusivo o congiunto mediante l'operazione. L'ingresso di nuovi azionisti può dar luogo ad una situazione in cui il controllo congiunto non può essere accertato né su una base di diritto né su una base di fatto in quanto l'ingresso del nuovo azionista fa sì che siano possibili coalizioni variabili tra gli azionisti di minoranza ⁽⁸²⁾.

2. Riduzione del numero degli azionisti

- (89) Una riduzione del numero degli azionisti di controllo rappresenta una modifica della qualità del controllo e deve pertanto essere considerata una concentrazione se l'uscita di uno o più azionisti di controllo determina un passaggio dal controllo congiunto a quello esclusivo. L'influenza determinante esercitata da soli è sostanzialmente diversa dall'influenza determinante esercitata congiuntamente, poiché nel secondo caso gli azionisti che detengono il controllo in comune devono tener conto degli interessi potenzialmente diversi dell'altra o delle altre parti interessate ⁽⁸³⁾.
- (90) Qualora l'operazione comporti una riduzione del numero di azionisti che hanno il controllo congiunto senza dar luogo ad un passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo, di norma l'operazione non determinerà una concentrazione soggetta a notifica.

IV. IMPRESE COMUNI — LA NOZIONE DI IMPRESA A PIENO TITOLO

- (91) Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni si ritiene che si abbia una concentrazione in caso di acquisizione, da parte di *una o più* imprese, dell'insieme o di parti di un'altra impresa. La nuova acquisizione di un'altra impresa da parte di più imprese che ne ottengono il controllo congiunto costituisce dunque una concentrazione ai sensi del regolamento. Come nel caso dell'acquisizione del controllo esclusivo, l'acquisizione del controllo congiunto darà luogo ad una modifica strutturale nel mercato anche se, secondo quanto previsto dalle imprese acquirenti, dopo la operazione l'impresa acquisita non verrà più considerata un'impresa a pieno titolo (ad esempio perché in futuro effettuerà vendite esclusivamente alle imprese madri). Di conseguenza, un'operazione realizzata da più imprese che acquisiscono da terzi il controllo congiunto di un'altra impresa o di parti di un'altra impresa, soddisfacendo i criteri di cui al punto 24, costituirà una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 senza che sia necessario considerare il criterio dell'impresa a pieno titolo ⁽⁸⁴⁾.
- (92) L'articolo 3, paragrafo 4 stabilisce inoltre che la costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma (la cosiddetta impresa comune a pieno titolo) è considerata come una concentrazione ai sensi del regolamento sulle concentrazioni. Il criterio di impresa a pieno titolo delimita dunque l'applicazione del regolamento sulle concentrazioni alla costituzione di imprese comuni, indipendentemente dal fatto che tale impresa comune venga costituita a partire da zero o le parti conferiscano all'impresa comune attivi che in precedenza detenevano individualmente. In queste circostanze, l'impresa comune deve soddisfare il criterio dell'impresa a pieno titolo per costituire una concentrazione.
- (93) Il fatto che un'impresa comune possa essere un'impresa a pieno titolo e dunque economicamente autonoma da un punto di vista operativo non significa che essa goda di autonomia per quanto riguarda l'adozione delle sue decisioni strategiche. In caso contrario, un'impresa controllata congiuntamente non potrebbe mai essere considerata come un'impresa comune a pieno titolo e dunque la condizione prevista all'articolo 3, paragrafo 4 non sarebbe mai soddisfatta ⁽⁸⁵⁾. Per rispettare il criterio dell'impresa a pieno titolo è dunque sufficiente che l'impresa comune sia autonoma sotto il profilo operativo.

⁽⁸²⁾ Caso IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola del 22 dicembre 1998.

⁽⁸³⁾ Cfr. caso IV/M.023 — ICI/Tioxide del 28 novembre 1990; cfr. inoltre il punto 5, lettera d), della comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio.

⁽⁸⁴⁾ Queste considerazioni non si applicano nello stesso modo all'articolo 2, paragrafo 4. Mentre l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 4 si riferisce all'applicabilità del regolamento sulle concentrazioni alle imprese comuni, l'articolo 2, paragrafo 4 è relativo all'analisi sostanziale delle imprese comuni. La «costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 3», come previsto all'articolo 2, paragrafo 4, comprende l'acquisizione del controllo congiunto ai sensi dell'articolo 3, paragrafi 1 e 4.

⁽⁸⁵⁾ Sentenza nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 62.

1. Risorse sufficienti per operare in maniera indipendente sul mercato

- (94) Avere carattere di impresa a pieno titolo significa essenzialmente che l'impresa comune deve operare su un mercato, esercitando le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato. A tal fine l'impresa comune deve disporre di una direzione che si occupi della gestione corrente degli affari e di risorse sufficienti, in termini, tra l'altro, di mezzi finanziari, di personale e di attività (materiali e immateriali) al fine di esercitare durevolmente la sua attività economica nell'ambito operativo definito negli accordi costitutivi ⁽⁸⁶⁾. Il personale non deve necessariamente essere alle dipendenze dell'impresa comune stessa. Se tale è la prassi normale nel settore in cui opera l'impresa comune, può essere sufficiente che terzi mettano a disposizione il personale in virtù di un accordo operativo o che il personale venga fornito da un'agenzia di lavoro interinale. Il trasferimento di personale delle imprese madri può anche essere sufficiente, se viene fatto soltanto per un periodo iniziale o se l'impresa comune intrattiene rapporti di tipo analogo con le società madri e con i terzi. Nel secondo caso è necessario che l'impresa comune abbia con le imprese madri rapporti di mercato, alle normali condizioni commerciali, e che l'impresa comune sia inoltre libera di assumere i propri dipendenti o di ottenere personale tramite terzi.

2. Attività svolte al di là di una funzione specifica per le imprese madri

- (95) Un'impresa comune non è un'impresa a pieno titolo se assume soltanto una delle funzioni specifiche facenti parte delle attività delle imprese madri, senza operare sul mercato. È questo il caso, per esempio, delle imprese comuni che si limitano a svolgere attività di R&S o di produzione. Queste imprese comuni sono soltanto unità ausiliarie al servizio delle imprese madri. Lo stesso vale per le imprese comuni la cui attività è essenzialmente limitata alla distribuzione o alla vendita dei prodotti delle imprese madri e che fungono quindi principalmente da agenti di vendita. Tuttavia, il fatto che un'impresa comune si avvalga della rete o dei punti di distribuzione di una o più delle sue imprese madri non impedisce di norma di considerarla come una «impresa a pieno titolo», purché le imprese madri operino solo in quanto agenti dell'impresa comune ⁽⁸⁷⁾.
- (96) Una situazione frequente in cui si pone questa questione, ad esempio, sono le imprese comuni che detengono la proprietà di beni immobili, che sono in genere costituite per ragioni fiscali e altre ragioni finanziarie. Fintantoché lo scopo dell'impresa comune è limitato all'acquisizione e/o alla detenzione di determinati beni immobiliari per le imprese madri, con risorse finanziarie fornite da queste, essa non sarà di solito considerata come impresa a pieno titolo, poiché non svolge sul mercato un'attività economica autonoma a lungo termine ed in genere non avrà neppure le risorse necessarie per operare in maniera indipendente. Questa situazione deve essere distinta da quella delle imprese comuni che gestiscono attivamente un portafoglio di beni immobiliari e che agiscono in nome proprio sul mercato, il che è in genere indice di un'impresa comune a pieno titolo ⁽⁸⁸⁾.

3. Relazioni di vendita/acquisto con le imprese madri

- (97) La forte presenza delle imprese madri sui mercati a monte o a valle è un fattore da prendere in considerazione per decidere se un'impresa comune sia o no un'impresa a pieno titolo, qualora detta presenza si traduca in rilevanti operazioni di compravendita tra le imprese madri e l'impresa comune. Il fatto che, solo durante il periodo di avviamento iniziale, l'impresa comune dipenda quasi interamente

⁽⁸⁶⁾ Caso IV/M.527 — Thomson CSF/Deutsche Aerospace del 2 dicembre 1994 — diritti intellettuali, caso IV/M.560 EDS/Lufthansa del 11 maggio 1995 — esternalizzazione, caso IV/M.585 — Voest Alpine Industrieranlagenbau GmbH/Davy International Ltd del 7 settembre 1995 — diritto dell'impresa comune a richiedere consulenza e personale aggiuntivi alle sue imprese madri, caso IV/M.686 — Nokia/Autoliv del 5 febbraio 1996, impresa comune in grado di denunciare «accordi di servizio» con l'impresa madre e di spostarsi dal sito mantenuto dall'impresa madre, caso IV/M.791 — British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd del 7 ottobre 1996, attivi destinati all'impresa comune trasferiti all'impresa affittuante ed affittati dall'impresa comune.

⁽⁸⁷⁾ Caso IV/M.102 — TNT/Canada Post ecc. del 2 dicembre 1991.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. caso IV/M.929 — DIA/Veba Immobilien/Deutschbau del 23 giugno 1997; caso COMP/M.3325 — Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf del 23 gennaio 2004.

dalle vendite alle imprese madri o dagli acquisti di queste ultime non pregiudica normalmente il suo carattere di impresa a pieno titolo. Un periodo di avviamento può infatti essere necessario perché l'impresa comune riesca ad acquisire una posizione stabile sul mercato: di norma, la sua durata non sarà tuttavia superiore a tre anni, secondo le caratteristiche specifiche del mercato in questione ⁽⁸⁹⁾.

Vendite alle imprese madri

- (98) Quando invece le vendite dell'impresa comune alle imprese madri sono previste in via duratura, è fondamentale stabilire se l'impresa comune è destinata ad avere un ruolo attivo sul mercato indipendentemente da tali vendite e può essere considerata economicamente autonoma da un punto di vista operativo. Un elemento importante a tale proposito è dato dalla quota relativa delle vendite alle imprese madri rispetto alla produzione totale dell'impresa comune. Viste le particolarità di ogni singolo caso, è impossibile definire un coefficiente specifico di fatturato che distingua l'impresa comune a pieno titolo dalle altre imprese comuni. Se l'impresa comune realizza più del 50 % del suo fatturato con terzi, ciò sarà in genere sufficiente ad indicare che si tratta di un'impresa a pieno titolo. Sotto questa soglia indicativa, occorre un'analisi caso per caso, nell'ambito della quale, per constatare l'esistenza dell'autonomia operativa, è necessario che la relazione tra l'impresa comune e le sue imprese madri abbia un carattere realmente commerciale. A questo fine, va dimostrato che l'impresa comune fornirà i suoi beni o i suoi servizi all'acquirente che li valuta e li paga di più e che l'impresa comune intratterrà anche con le sue imprese madri rapporti di mercato, alle normali condizioni commerciali ⁽⁹⁰⁾. In queste circostanze, ossia se l'impresa comune tratterà con le sue società madri alle stesse condizioni di mercato che con terzi, può essere sufficiente che almeno il 20 % delle vendite previste dell'impresa comune vada a terzi. Tuttavia, quanto maggiore è la probabile percentuale delle vendite alle imprese madri, tanto maggiore sarà la necessità di prove chiare del carattere commerciale dei rapporti che intercorrono tra le imprese.
- (99) Per determinare la percentuale delle vendite destinate alle imprese madri e ai terzi, la Commissione prenderà in considerazione la contabilità precedente e piani aziendali circostanziati. Tuttavia, in particolare quando non possono essere facilmente previste vendite sostanziali a terzi, la Commissione baserà le proprie conclusioni anche sulla struttura generale del mercato. Questo può essere un fattore rilevante anche per valutare se l'impresa comune tratterà con le imprese madri a condizioni di mercato.
- (100) Tali questioni insorgono spesso in relazione ad accordi di *outsourcing*, quando un'impresa costituisce un'impresa comune con un fornitore di servizi ⁽⁹¹⁾ che espletterà funzioni che sono state precedentemente svolte all'interno dell'impresa. Non si può in genere ritenere che l'impresa comune sia un'impresa pieno titolo nelle circostanze seguenti: essa presta i propri servizi esclusivamente all'impresa cliente e dipende, per detti servizi, dal contributo del fornitore di servizi. Il fatto che spesso il piano aziendale dell'impresa comune almeno non escluda che l'impresa comune possa fornire i suoi servizi a terzi non cambia questa valutazione, poiché in una tipica situazione di *outsourcing* è probabile che qualsiasi entrata proveniente da terzi resti accessoria rispetto alle attività principali dell'impresa comune svolte per l'impresa cliente. Tuttavia, questa regola generale non esclude che vi siano situazioni di *outsourcing* in cui i soci dell'impresa comune, ad esempio per ragioni di economie di scala, creano un'impresa comune con la prospettiva di un significativo accesso al mercato. Questo potrebbe permettere di qualificare l'impresa comune come impresa a pieno titolo se sono previste vendite significative a terzi e se la relazione tra l'impresa comune e l'impresa madre avrà carattere realmente commerciale e se l'impresa comune tratta con le imprese madri a condizioni commerciali normali.

⁽⁸⁹⁾ Caso IV/M.560 — EDS/Lufthansa dell'11 maggio 1995; Caso IV/M.686 Nokia/Autoliv del 5 febbraio 1996; da considerare in contrapposizione al caso IV/M.904 RSB/Tenex/Fuel Logistics del 2 aprile 1997 e al caso IV/M.979 Preussag/Voest-Alpine del 1° ottobre 1997. Un caso particolare è quello in cui le vendite dell'impresa comune all'impresa madre sono dovute ad un monopolio legale a valle dell'impresa comune (cfr. caso IV/M.468 Siemens/Italtel del 17 febbraio 1995) o in cui le vendite all'impresa madre sono rappresentate da sottoprodotti di minore importanza per l'impresa comune (cfr. caso IV/M.550 Union Carbide/Enichem del 13 marzo 1995).

⁽⁹⁰⁾ Caso IV/M.556 — Zeneca/Vanderhave del 9 aprile 1996; caso n. IV/M.751 Bayer/Hüls del 3 luglio 1996.

⁽⁹¹⁾ La questione relativa alle circostanze in cui un accordo di esternalizzazione si qualifica come concentrazione è trattata ai punti 24 e seguenti della presente comunicazione.

Acquisti dalle imprese madri

- (101) Per quanto riguarda invece gli acquisti dell'impresa comune dalle sue imprese madri, la completezza delle funzioni dell'impresa comune è dubbia specie nei casi in cui il valore che essa aggiunge ai prodotti o ai servizi così acquistati è modesto. In una simile situazione l'impresa comune può configurarsi più come un agente di vendita comune.

Mercati commerciali

- (102) Tuttavia, diversamente da quanto illustrato in precedenza, quando un'impresa comune opera su un mercato commerciale e svolge le funzioni che sono normalmente proprie di un'impresa commerciale su tale mercato, essa non sarà da considerare, di norma, come un agente di vendita ausiliario, ma come un'impresa comune a pieno titolo. Un mercato commerciale è normalmente caratterizzato dalla presenza di società che sono specializzate nella vendita e nella distribuzione di prodotti senza essere integrate verticalmente, accanto a società che lo sono, e dalla disponibilità di diverse fonti di approvvigionamento per i prodotti di cui trattasi. Inoltre, in molti mercati commerciali gli operatori devono investire in infrastrutture specifiche quali punti vendita, scorte di prodotti, magazzini, depositi, autoparchi e personale di servizio e di vendita. Per essere un'impresa a pieno titolo su un mercato commerciale, un'impresa comune deve possedere le necessarie infrastrutture e verosimilmente procurarsi una quota sostanziale dei suoi rifornimenti non solo dalle sue imprese madri ma anche da altre fonti in concorrenza con queste ultime ⁽⁹²⁾.

4. Carattere duraturo dell'attività dell'impresa

- (103) Inoltre l'impresa comune deve essere stata costituita con l'intenzione di mantenerla durevolmente in attività. Il fatto che le imprese madri conferiscano all'impresa comune le risorse di cui sopra basta di norma a dimostrarlo. Inoltre, gli accordi costitutivi di un'impresa comune prevedono spesso determinate eventualità, per esempio l'insuccesso dell'impresa comune o un disaccordo fondamentale tra le imprese madri ⁽⁹³⁾. Talvolta vi si provvede con disposizioni che prevedono l'eventuale scioglimento dell'impresa comune o la possibilità che una o più delle imprese madri si ritirino da quest'ultima. Questo genere di disposizioni non osta a che l'impresa comune venga considerata un'impresa destinata ad operare durevolmente. Lo stesso vale normalmente nei casi in cui l'accordo costitutivo prevede che l'impresa comune avrà una durata determinata, purché tale durata sia sufficientemente protratta da comportare una modifica sostanziale della struttura delle imprese interessate ⁽⁹⁴⁾, oppure quando tale accordo prevede la possibilità che l'impresa comune continui la propria attività anche dopo il termine indicato.
- (104) Al contrario si considera che l'impresa comune non sia destinata ad operare durevolmente quando viene costituita per una durata determinata assai breve. Questa fattispecie si configura, per esempio, quando l'impresa comune è costituita per portare a termine un progetto specifico, quale la costruzione di una centrale elettrica, ma non è destinata a partecipare all'esercizio della centrale una volta terminata la costruzione.
- (105) Un'impresa comune non opera inoltre su base sufficientemente duratura in una fase in cui sono in sospenso decisioni di terzi di importanza essenziale per avviare l'attività economica dell'impresa comune. Deve trattarsi di decisioni che vanno al di là delle semplici formalità e il cui tenore è in genere incerto. Esempi di questo tipo sono l'aggiudicazione di un contratto (ad esempio in gare pubbliche d'appalto), licenze (ad esempio nel settore delle telecomunicazioni) o diritti di accesso alla proprietà (ad esempio diritti di prospezione per petrolio e gas). In attesa della decisione su tali fattori, è poco chiaro se l'impresa comune diventerà o meno operativa. In tale fase non si può pertanto ritenere che essa svolga funzioni

⁽⁹²⁾ Caso IV/M.788 AgrEVO/Marubeni del 3 settembre 1996.

⁽⁹³⁾ Caso IV/M.891 — Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith del 23 aprile 1997.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. il caso COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV del 30 aprile 2003, nel quale un periodo di 12 anni è stato considerato sufficiente e il caso COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV dell'11 febbraio 2002, con un contratto di durata di 8 anni. Nel caso COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien del 20 luglio 2005 la Commissione ha considerato sufficiente un periodo minimo di 10-15 anni, ma non un periodo di tre anni.

economiche su base duratura e di conseguenza essa non si qualifica come impresa comune a pieno titolo. Tuttavia, una volta presa una decisione a favore dell'impresa comune in questione, questo criterio è soddisfatto e ha luogo una concentrazione ⁽⁹⁵⁾.

5. Cambiamenti delle attività dell'impresa comune

(106) Le imprese madri possono decidere di ampliare la portata delle attività dell'impresa comune nel corso della sua esistenza. Questo fatto sarà considerato come una nuova concentrazione che può essere soggetta a obbligo di notifica se l'ampliamento comporta l'acquisizione dalle imprese madri della totalità o di parte di un'altra impresa che, considerata di per sé, verrebbe considerata una concentrazione come illustrato al punto 24 della presente comunicazione ⁽⁹⁶⁾.

(107) Una concentrazione può avere luogo anche se le imprese madri trasferiscono considerevoli attivi aggiuntivi, contratti, know-how o altri diritti all'impresa comune e tali attivi e diritti costituiscono la base o il nucleo per un'espansione delle attività dell'impresa comune ad altri mercati geografici o del prodotto che non erano l'oggetto dell'impresa comune originaria e se l'impresa comune svolge tali attività come impresa a pieno titolo. Poiché il trasferimento degli attivi o dei diritti indica che le imprese madri sono i reali soggetti dell'estensione della portata dell'impresa comune, l'ampliamento delle attività dell'impresa comune può essere considerato come la costituzione di una nuova impresa comune ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4 ⁽⁹⁷⁾.

(108) Se la portata di un'impresa comune viene ampliata senza che vengano trasferiti attivi aggiuntivi, contratti, know-how o diritti si riterrà che non vi sia concentrazione.

(109) Una concentrazione ha luogo qualora si verifichi, nell'attività di un'impresa comune esistente che non è un'impresa a pieno titolo, un cambiamento tale da far nascere un'impresa comune a pieno titolo ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4. Esempi in questo senso sono le imprese comuni che cambiano la propria struttura organizzativa in modo da soddisfare il criterio dell'impresa comune a pieno titolo ⁽⁹⁸⁾, le imprese comuni che in precedenza rifornivano soltanto le società madri e che iniziano successivamente un'attività significativa sul mercato o le situazioni — come illustrato al punto 105 — in cui un'impresa comune può iniziare la propria attività sul mercato soltanto una volta ricevuto un contributo essenziale (quale una licenza per un'impresa comune operante nel settore delle telecomunicazioni). Un tale cambiamento nell'attività dell'impresa comune richiederà spesso una decisione da parte dei suoi azionisti o dirigenti. Una volta presa la decisione che fa sì che l'impresa comune soddisfi il criterio dell'impresa a pieno titolo, ha luogo una concentrazione.

V. ECCEZIONI

(110) L'articolo 3, paragrafo 5, prevede tre situazioni eccezionali nelle quali l'acquisizione di una partecipazione di controllo non costituisce una concentrazione ai sensi del regolamento.

(111) In primo luogo, l'acquisizione di partecipazioni da parte di società la cui normale attività comprende la compravendita o la mediazione di titoli per conto proprio o per conto terzi non viene considerata come una concentrazione se l'acquisizione è realizzata nel contesto di tale attività e a condizione che i titoli siano detenuti solo su base temporanea [articolo 3, paragrafo 5, lettera a)]. Per rientrare in questa eccezione, devono sussistere i seguenti requisiti:

- l'impresa acquirente deve essere un ente creditizio, un altro istituto finanziario o una società di assicurazioni la cui normale attività corrisponde a quella sopra descritta,

⁽⁹⁵⁾ Fatti salvi gli altri criteri menzionati in questa sezione della presente comunicazione.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. caso COMP/M.3039 — Soprol/Céréol/Lesieur del 30 gennaio 2003.

⁽⁹⁷⁾ L'evento che determina la necessità di una notifica in tal caso sarà l'accordo o altro atto giuridico alla base del trasferimento di attivi, contratti, know-how o altri diritti.

⁽⁹⁸⁾ Caso COMP/M.2276 — The Coca-Cola Company/Nestlé/JV del 27 settembre 2001.

- i titoli devono essere acquistati ai fini di una loro rivendita,
 - l'impresa acquirente non deve esercitare i diritti di voto al fine di determinare gli indirizzi strategici delle attività dell'impresa acquisita o quanto meno esercitare tali diritti solo per preparare una cessione totale o parziale dell'impresa, delle relative attività o della partecipazione,
 - l'impresa acquirente deve cedere la sua partecipazione di controllo entro un anno dalla data dell'acquisizione, in modo da ridurre, entro tale periodo, la partecipazione quantomeno ad un livello che non le conferisca più il controllo. Detto termine può tuttavia essere prorogato dalla Commissione, qualora l'impresa acquirente dimostri che la cessione non è ragionevolmente possibile entro il termine di un anno.
- (112) In secondo luogo, non si ha cambiamento nella struttura di controllo e non si ha quindi concentrazione ai sensi del regolamento quando il controllo viene acquisito da una persona che abbia ricevuto mandato dalla pubblica autorità in virtù della legislazione di uno Stato membro relativa alla liquidazione, al fallimento, all'insolvenza, alla cessazione dei pagamenti, al concordato o ad altre procedure analoghe [articolo 3, paragrafo 5, lettera b)].
- (113) In terzo luogo non si verifica una concentrazione quando il controllo sia acquisito da una società di partecipazione finanziaria ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3 della direttiva 78/660/CEE del Consiglio ⁽⁹⁹⁾. Il concetto di «società di partecipazione finanziaria» è pertanto limitato alle società il cui unico oggetto è la partecipazione in altre imprese, senza interferenze dirette o indirette nella gestione di tali imprese, fatti salvi i diritti che la società di partecipazione finanziaria possiede in qualità di azionista o socio. Tali società di investimento devono inoltre essere strutturate in modo che il rispetto dei limiti imposti alle loro attività possa essere controllato da un'autorità giudiziaria o amministrativa. Il regolamento sulle concentrazioni prevede un'ulteriore condizione per applicare tale eccezione: tali imprese possono esercitare i diritti di voto nelle altre imprese soltanto per salvaguardare il pieno valore di tali investimenti e non per determinare direttamente o indirettamente il comportamento concorrenziale dell'impresa controllata.
- (114) Le eccezioni a norma dell'articolo 3, paragrafo 5 del regolamento sulle concentrazioni si applicano solo in un ambito molto limitato. In primo luogo, si applicano soltanto se l'operazione avrebbe potuto altrimenti essere una concentrazione di per sé, ma non se l'operazione è parte di una singola concentrazione più ampia, in circostanze nelle quali l'acquirente ultimo del controllo non risponda alle condizioni stabilite all'articolo 3, paragrafo 5 (cfr. ad esempio il punto 35). In secondo luogo, le eccezioni di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettere a) e c), si applicano soltanto alle acquisizioni di controllo tramite acquisto di partecipazioni nel capitale, e non alle acquisizioni di elementi del patrimonio.
- (115) Le eccezioni non si applicano alle strutture tipiche dei fondi di investimento. In base ai loro obiettivi, tali fondi non si limitano solitamente all'esercizio formale dei diritti di voto, ma adottano decisioni di nomina dei dirigenti e dei membri degli organi di controllo delle imprese o addirittura di ristrutturazione di dette imprese. Ciò non sarebbe compatibile con quanto previsto all'articolo 3, paragrafo 5, lettere a) e c), ossia che le imprese acquirenti non esercitano i diritti di voto per determinare il comportamento concorrenziale dell'altra impresa ⁽¹⁰⁰⁾.
- (116) È possibile che si ponga la questione se un'operazione di salvataggio di un'impresa prima o a seguito di un procedimento di insolvenza costituisca una concentrazione ai sensi del regolamento sulle concentrazioni. Un'operazione di salvataggio di questo tipo implica normalmente la conversione del debito esistente ed il suo trasferimento ad una nuova società, operazione attraverso la quale un consorzio di banche può acquisire il controllo congiunto della società in oggetto. Se tale operazione soddisfa i

⁽⁹⁹⁾ Quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, GU L 222 del 14.8.1978, pag. 11, modificata da ultimo dalla direttiva 2003/51/CE del 18 giugno 2003, GU L 178 del 17.7.2003, pag. 16. L'articolo 5, paragrafo 3 della direttiva definisce società di partecipazione finanziaria «le società il cui unico oggetto è la partecipazione in altre imprese, nonché la gestione e la valorizzazione di tali partecipazioni, senza interferenze dirette o indirette nella gestione di tali imprese, senza pregiudizio per i diritti che la società di partecipazione finanziaria possiede in qualità di azionista o socio, il rispetto dei limiti imposti alle attività di queste società deve poter essere controllato da un'autorità giudiziaria o amministrativa.».

⁽¹⁰⁰⁾ Caso IV/M.669 — Charterhouse/Porterbrook dell'11 dicembre 1995.

criteri del controllo congiunto indicati in precedenza, verrà normalmente considerata come una concentrazione ⁽¹⁰¹⁾. Sebbene l'obiettivo principale delle banche sia la ristrutturazione finanziaria dell'impresa in oggetto ai fini di una sua successiva cessione, l'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), non è di norma applicabile a tale operazione. In modo simile a quanto esposto per i fondi di investimento, il programma di ristrutturazione richiede in linea di massima che le banche controllanti determinino gli indirizzi strategici dell'attività dell'impresa oggetto del salvataggio. Inoltre di norma è illusorio pensare di poter trasformare una società oggetto di salvataggio in un'impresa sana e cederla entro il periodo consentito di un anno. Per di più la durata del periodo di tempo necessario per raggiungere tale obiettivo può essere così incerta da rendere difficile la concessione di una proroga del termine per la cessione.

VI. ABBANDONO DI UNA CONCENTRAZIONE

- (117) Una concentrazione cessa di esistere ed il regolamento sulle concentrazioni cessa di essere applicabile se le imprese interessate abbandonano la concentrazione.
- (118) A tale riguardo, il regolamento sulle concentrazioni rivisto (CE) n. 139/2004 ha introdotto una nuova disposizione sulla chiusura dei procedimenti relativi al controllo delle concentrazioni senza una decisione definitiva dopo l'avvio di un procedimento da parte della Commissione, ai sensi della prima frase dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c). Tale frase recita: «Fatto salvo l'articolo 9, ciascun procedimento si conclude mediante una decisione conformemente all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, a meno che le imprese interessate non abbiano dimostrato, in maniera soddisfacente per la Commissione, di aver abbandonato la concentrazione.». Prima dell'avvio del procedimento, tali condizioni non si applicano.
- (119) In linea di principio generale, le condizioni per dimostrare che la concentrazione è stata abbandonata devono corrispondere in termini di forma giuridica, intensità ecc. all'atto iniziale che era stato considerato sufficiente per rendere la concentrazione soggetta a notifica. Qualora, nel corso del procedimento, le parti passino da tale atto iniziale ad un rafforzamento dei loro legami contrattuali, ad esempio concludendo un accordo vincolante dopo che la transazione è stata notificata sulla base di un'intenzione in buona fede, le condizioni richieste per comprovare l'abbandono della concentrazione devono corrispondere anche alla natura dell'ultimo atto.
- (120) In linea con questo principio, in caso di attuazione della concentrazione prima di una decisione della Commissione, deve essere dimostrato il ristabilimento dello status quo ante. Il semplice ritiro della notifica non è considerato una prova sufficiente del fatto che la concentrazione è stata abbandonata ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c). Analogamente, modifiche minime di una concentrazione che non influiscono sulla modifica del controllo o sulla qualità di tale modifica non possono essere considerate un abbandono della concentrazione originaria ⁽¹⁰²⁾.
- Accordo vincolante: si richiederà la prova dell'annullamento legalmente vincolante dell'accordo nella forma prevista dall'accordo iniziale (ossia di solito un documento sottoscritto da tutte le parti). Le espressioni dell'intenzione di annullare l'accordo o di non realizzare la concentrazione notificata, nonché le dichiarazioni unilaterali (di una) delle parti non verranno considerate sufficienti ⁽¹⁰³⁾.
 - Intenzione in buona fede di concludere un accordo: nel caso di una lettera di intenti o di un memorandum di intesa che rispecchiano tale intenzione in buona fede, saranno richiesti documenti che comprovino che questa base per l'intenzione in buona fede è stata annullata. Per quanto riguarda altre forme possibili per indicare l'intenzione in buona fede, l'abbandono deve annullare questa intenzione in buona fede e corrispondere in termini di forma ed intensità all'espressione iniziale dell'intento.
 - Comunicazione di un'offerta d'acquisto pubblica o dell'intenzione di varare un'offerta pubblica: verrà richiesto un annuncio pubblico per interrompere la procedura di offerta o rinunciare all'intenzione di fare un'offerta pubblica. I termini e la portata pubblica di tale annuncio devono essere comparabili all'annuncio iniziale.

⁽¹⁰¹⁾ Caso IV/M.116 — Kelt/American Express del 28 agosto 1991.

⁽¹⁰²⁾ Il presente punto non pregiudica la valutazione del fatto che la modifica richieda o meno la presentazione di informazioni aggiuntive alla Commissione a norma dell'articolo 5, paragrafo 3 del regolamento (CE) n. 802/2004.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. caso COMP/M.4381 — JCI/VB/FLAMM del 10 maggio 2007, punto 15, in cui solo una parte non intendeva più applicare un accordo, mentre l'altra continuava a considerarlo vincolante ed applicabile.

- Concentrazioni realizzate: qualora la concentrazione sia stata realizzata prima di una decisione della Commissione, le parti dovranno dimostrare che è stata ripristinata la situazione esistente prima dell'attuazione della concentrazione.

(121) Spetta alle parti presentare a tempo debito la documentazione necessaria per rispettare le condizioni sopra esposte.

VII. MODIFICHE DELLE OPERAZIONI DOPO UNA DECISIONE DI AUTORIZZAZIONE DELLA COMMISSIONE

(122) In alcuni casi, le parti possono decidere di non realizzare la concentrazione nella forma prevista dopo la relativa autorizzazione da parte della Commissione. Si pone dunque la questione se la decisione di autorizzazione della Commissione si applichi anche alla struttura modificata dell'operazione.

(123) In linea generale, se, prima dell'attuazione della concentrazione autorizzata, l'operazione cambia natura e invece di un'acquisizione del controllo, che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), diventa una fusione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), o viceversa, il cambiamento della natura dell'operazione ne fa una concentrazione diversa ai sensi del regolamento sulle concentrazioni ed è necessaria una nuova notifica⁽¹⁰⁴⁾. Tuttavia modifiche meno significative dell'operazione, ad esempio cambiamenti minimi nelle percentuali di partecipazione azionaria che non influiscono sulla modifica del controllo o sulla qualità di tale modifica, cambiamenti del prezzo di offerta in caso di offerte pubbliche di acquisto o cambiamenti nella struttura aziendale attraverso la quale l'operazione è realizzata, senza effetti per la situazione di controllo rilevante ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, possono essere considerate già coperte dalla decisione di autorizzazione della Commissione.

C. DIMENSIONE COMUNITARIA

I. SOGLIE

(124) Il regolamento sulle concentrazioni contiene due criteri determinanti per stabilire quali operazioni rientrano nel suo campo d'applicazione. Il primo è che l'operazione deve costituire una concentrazione ai sensi dell'articolo 3. Il secondo comprende le soglie di fatturato dell'articolo 1, destinate ad individuare le operazioni che hanno impatto comunitario e possono quindi essere ritenute «di dimensione comunitaria». Il fatturato è utilizzato come rappresentazione delle risorse economiche che vengono unite in un'operazione di concentrazione ed è ripartito geograficamente in modo da rispecchiare la distribuzione geografica di tali risorse.

(125) Due insiemi di soglie di fatturato sono previsti dall'articolo 1 per stabilire se l'operazione ha una dimensione comunitaria. L'articolo 1, paragrafo 2 precisa tre criteri diversi: la soglia di fatturato mondiale è volta a misurare le dimensioni globali delle imprese interessate, quella di fatturato comunitario tende ad accertare se la concentrazione implichi un minimo di attività all'interno della Comunità e la regola dei due terzi risponde all'intento di escludere dalla competenza comunitaria le operazioni di rilevanza esclusivamente nazionale.

(126) Tale secondo insieme di soglie, previsto all'articolo 1, paragrafo 3, è inteso ad identificare quelle operazioni che non raggiungono la dimensione comunitaria in base al disposto del paragrafo 2, ma che avrebbero un'incidenza sostanziale in almeno tre Stati membri, dando luogo in ciascuno di essi ad una notifica in base alla rispettiva legislazione nazionale sulla concorrenza. A tal fine, il paragrafo 3 prevede soglie di fatturato inferiori, da raggiungersi da parte delle imprese interessate, sia a livello mondiale che a livello comunitario, e un livello minimo di attività dell'insieme di dette imprese e di ciascuna di esse in almeno tre Stati membri. Come il paragrafo 2, il paragrafo 3 contiene inoltre una regola dei due terzi, allo scopo di escludere le operazioni di rilevanza prevalentemente nazionale⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. caso COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess dell'11 aprile 2002 e caso COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess del 10 febbraio 2003. In tali circostanze, l'identità delle parti notificanti cambia, in quanto in caso di fusione la notifica va fatta da entrambe le parti, mentre in caso di acquisizione del controllo la notifica deve essere presentata solo dalla parte che acquisisce il controllo. Tuttavia, se le parti acquisiscono il controllo di un'impresa e decidono soltanto successivamente di fondersi con la controllata appena acquisita, questa operazione verrebbe considerata come una ristrutturazione interna che non determina un cambiamento del controllo e non rientra dunque nel campo di applicazione dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni.

⁽¹⁰⁵⁾ Si ritiene inoltre che una concentrazione abbia dimensione comunitaria se il rinvio alla Commissione avviene a norma dell'articolo 4, paragrafo 5 del regolamento sulle concentrazioni. Tali casi vengono trattati nella comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, GU C 56 del 5.3.2005, pag. 2.

- (127) Le soglie in quanto tali sono destinate a definire la competenza e non servono a valutare né la posizione di mercato delle parti della concentrazione né l'impatto dell'operazione: esse includono pertanto il fatturato derivante da tutti i settori di attività delle parti, e dunque le risorse in essi impegnate, e non solo il fatturato e le risorse direttamente interessati dall'operazione di concentrazione. Le soglie sono puramente quantitative, si basano cioè unicamente sul fatturato anziché sulla quota di mercato o altri criteri; il loro scopo è quello di fornire un meccanismo semplice e obiettivo, facilmente utilizzabile dalle società partecipanti ad una concentrazione per accertare se l'operazione sia di dimensione comunitaria, e dunque soggetta a notifica.
- (128) Mentre l'articolo 1 fissa le soglie numeriche per stabilire la competenza, lo scopo dell'articolo 5 è quello di definire le modalità di calcolo del fatturato in modo da garantire che si giunga a cifre che costituiscano una rappresentazione fedele della realtà economica.

II. CONCETTO DI IMPRESA INTERESSATA

1. Considerazioni di ordine generale

- (129) Per quanto riguarda la determinazione della competenza, sono imprese interessate quelle che prendono parte ad una concentrazione, ossia ad una fusione o ad un'acquisizione di controllo ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1. Il fatturato individuale e aggregato di tali imprese sarà decisivo per determinare se sono soddisfatte le condizioni relative alle soglie.
- (130) Una volta individuate le imprese interessate in una data operazione, ai fini della determinazione della competenza, il loro fatturato va calcolato in base alle regole stabilite all'articolo 5 del regolamento sulle concentrazioni. L'articolo 5, paragrafo 4 specifica nel dettaglio i criteri per identificare le imprese il cui fatturato può essere attribuito all'impresa interessata in base a determinati legami diretti o indiretti con tale impresa. L'intento del legislatore era di fissare regole concrete che, nel loro insieme, permettessero di applicare il concetto di «gruppo» ai fini delle soglie del fatturato del regolamento sulle concentrazioni. Il termine «gruppo» verrà utilizzato nelle sezioni seguenti esclusivamente per fare riferimento all'insieme di imprese i cui rapporti con un'impresa interessata rientrano tra le fattispecie previste in uno o più commi dell'articolo 5, paragrafo 4 del regolamento sulle concentrazioni.
- (131) Nel far riferimento alle varie imprese che sono parti di un procedimento, è importante non confondere la nozione di «imprese interessate» ai sensi degli articoli 1 e 5 con i termini utilizzati in altri punti del regolamento sulle concentrazioni e nel regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (in appresso «regolamento di esecuzione») ⁽¹⁰⁶⁾. Tra i concetti ivi impiegati vi sono quelli di parti notificanti, altre parti interessate, terzi e parti alle quali potrebbero essere inflitte ammende o penalità di mora, termini che sono definiti nel capo IV del regolamento di applicazione, insieme ai rispettivi diritti e doveri.

2. Fusioni

- (132) In caso di fusione, le imprese interessate sono tutte quelle che procedono alla fusione.

3. Acquisizione del controllo

- (133) Negli altri casi è la nozione di «acquisizione del controllo» che determina quali sono le imprese interessate. Per quanto concerne chi opera l'acquisizione, vi possono essere una o più imprese che acquisiscono un controllo esclusivo o congiunto. Oggetto dell'acquisizione possono essere una o più società, nell'insieme o in parte. Di norma ciascuna di tali imprese è un'impresa interessata ai sensi del regolamento sulle concentrazioni.

Acquisizione del controllo esclusivo

- (134) L'acquisizione del controllo esclusivo di un'intera impresa è il caso più diretto di acquisizione di controllo. Sono imprese interessate le società acquirenti e le imprese o gli attivi acquisiti.

⁽¹⁰⁶⁾ GU L 133 del 30 aprile 2004, pag. 1.

- (135) Quando l'impresa oggetto dell'acquisizione viene acquistata da un gruppo tramite una delle sue controllate, le imprese interessate sono l'impresa oggetto dell'acquisizione e la controllata acquirente, qualora non sia un semplice veicolo di acquisizione. Tuttavia, anche se la controllata è normalmente l'impresa interessata ai fini del calcolo del fatturato, nei calcoli delle soglie si includerà il fatturato di tutte le imprese alle quali l'impresa interessata è legata nei modi precisati all'articolo 5, paragrafo 4. A tale riguardo, il gruppo è considerato come una sola unità economica e le diverse imprese che appartengono allo stesso gruppo non possono essere considerate come imprese interessate distinte ai fini della determinazione della competenza in applicazione del regolamento sulle concentrazioni. La notificazione può essere presentata dalla controllata interessata o dalla sua impresa madre.

Acquisizione di parti di un'impresa e operazioni scaglionate in più fasi — articolo 5, paragrafo 2

- (136) L'articolo 5, paragrafo 2, primo comma del regolamento sulle concentrazioni stabilisce che quando la concentrazione ha luogo con l'acquisizione di parti di una o più imprese, viene computato per il cedente il solo fatturato che riguarda le parti oggetto della transazione. L'eventuale impatto che l'operazione avrà sul mercato dipenderà esclusivamente dalla combinazione delle risorse economiche e finanziarie oggetto dell'operazione e di quelle dell'acquirente, e non dalle attività conservate dal cedente. In questo caso le imprese interessate sono l'acquirente e le parti acquisite dell'impresa oggetto dell'acquisizione, ma le altre attività del cedente verranno ignorate.
- (137) Il secondo comma dell'articolo 5, paragrafo 2, contiene una disposizione particolare sulle operazioni scaglionate in più fasi o gli accordi conclusi in un secondo tempo sulla scia di accordi precedenti: le concentrazioni precedenti (entro un periodo di due anni) tra le medesime parti sono soggette ad obbligo di (ri)notifica insieme all'operazione più recente, a condizione che questa costituisca una concentrazione, qualora le soglie siano raggiunte per una o più operazioni, considerate separatamente o nel loro insieme. In tale caso le imprese interessate sono l'acquirente/gli acquirenti e le diverse parti acquisite dell'impresa oggetto dell'acquisizione.

Passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo

- (138) In caso di acquisizione del controllo mediante passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo, un azionista acquista le quote detenute in precedenza dall'altro o dagli altri azionisti. In questa situazione le imprese interessate sono l'azionista acquirente e l'impresa comune. Così come qualsiasi altro cedente, l'azionista «uscente» non è impresa interessata ⁽¹⁰⁷⁾.

Acquisizione del controllo congiunto

- (139) In caso di acquisizione del controllo congiunto di una nuova impresa, è impresa interessata ciascuna delle imprese che acquisiscono il controllo della nuova impresa comune (la quale, non esistendo ancora, non può essere considerata come un'impresa interessata, ed inoltre non ha ancora un proprio fatturato). La stessa regola si applica quando un'impresa apporta una controllata preesistente o un'attività (sulle quali esercitava in precedenza il controllo esclusivo) ad un'impresa comune di nuova costituzione. In tali circostanze, ciascuna delle imprese che esercitano il controllo congiunto è considerata impresa interessata, mentre non lo sono le imprese o le attività apportate all'impresa comune, il fatturato delle quali rientra nel fatturato della società madre iniziale.
- (140) La situazione è diversa se le imprese acquistano ex novo il controllo congiunto di un'impresa o di un'attività preesistente. Le imprese interessate sono in questo caso ciascuna delle imprese che acquisiscono il controllo congiunto, da un lato, e l'impresa o l'attività preesistente acquisita, dall'altro.
- (141) L'acquisizione di una impresa in vista di un'immediata suddivisione degli attivi, come chiarito al punto 32, nella maggior parte dei casi non è considerata come un'acquisizione di controllo congiunto dell'intera impresa, ma come l'acquisizione del controllo esclusivo, da parte di ciascuno degli acquirenti finali, delle relative parti dell'impresa oggetto dell'operazione. In linea con le considerazioni fatte per l'acquisizione del controllo esclusivo, le imprese interessate sono le imprese acquirenti e le parti acquisite in ciascuna delle operazioni.

⁽¹⁰⁷⁾ Caso IV/M.023, ICI/Tioxide del 28 novembre 1990.

Modifica dell'assetto di controllo in casi di controllo congiunto di un'impresa comune esistente

- (142) Vi può essere una concentrazione soggetta a notifica, come già chiarito in precedenza, qualora vi sia un cambiamento della qualità del controllo in una struttura di controllo congiunto a seguito all'entrata di nuovi azionisti di controllo, indipendentemente dal fatto che essi sostituiscano gli azionisti di controllo esistenti.
- (143) Nel caso in cui uno o più azionisti acquisiscano il controllo, mediante ingresso nell'impresa o sostituzione di uno o più azionisti, in una situazione di controllo congiunto sia prima che dopo l'operazione, le imprese interessate sono gli azionisti (sia esistenti che nuovi) che detengono il controllo congiunto e l'impresa comune stessa ⁽¹⁰⁸⁾. Da un lato, come per l'acquisizione del controllo congiunto di una impresa esistente, l'impresa comune stessa può essere considerata impresa interessata poiché è un'impresa già preesistente. D'altro canto, come precisato sopra, l'ingresso di un nuovo azionista non configura soltanto, di per sé, una nuova acquisizione di controllo, ma determina anche un cambiamento della qualità del controllo per i rimanenti azionisti di controllo: la qualità del controllo dell'impresa comune è infatti determinata dall'identità e dalla composizione degli azionisti di controllo e dunque anche dalle relazioni esistenti tra di loro. Il regolamento sulle concentrazioni considera inoltre l'impresa comune come una combinazione delle risorse economiche delle imprese madri, più quelle dell'impresa comune se essa già genera un fatturato sul mercato. Per questi motivi, gli azionisti di controllo che fanno il loro ingresso nell'impresa sono imprese interessate assieme agli altri azionisti di controllo che vi rimangono. Vista la modifica della qualità del controllo, si ritiene che tutti gli azionisti effettuino un'acquisizione di controllo.
- (144) Poiché la prima frase dell'articolo 4, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni prevede che tutte le acquisizioni di controllo comune siano notificate congiuntamente dalle imprese che acquisiscono tale controllo, gli azionisti nuovi e quelli esistenti, in linea di principio, devono notificare congiuntamente le concentrazioni a cui danno luogo tali cambiamenti delle situazioni di controllo comune.

Acquisizione del controllo da parte di un'impresa comune

- (145) Quando un'impresa comune acquisisce il controllo di un'altra società, si pone la questione se l'impresa comune debba essere considerata l'impresa interessata (il cui fatturato includerà quello delle imprese madri) o se ciascuna delle sue imprese madri vada considerata singolarmente come impresa interessata. Questa questione può essere decisiva ai fini dell'attribuzione della competenza ⁽¹⁰⁹⁾. Se, in linea di principio, l'impresa interessata è l'impresa comune in quanto partecipante diretto all'acquisizione del controllo, ci possono essere circostanze in cui le imprese creano «scatole vuote» e le imprese madri verranno allora considerate individualmente come imprese interessate. In questo tipo di situazione la Commissione, per determinare quali siano le imprese interessate, considera pertanto il contesto economico reale dell'operazione.
- (146) Quando l'acquisizione è effettuata da un'impresa comune a pieno titolo, con le caratteristiche sopra illustrate, che opera già su un mercato, la Commissione considera normalmente imprese interessate l'impresa comune stessa e la società oggetto dell'operazione (e non le società madri dell'impresa comune).

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. caso IV/M.376, Synthomer/Yule Catto del 22 ottobre 1993.

⁽¹⁰⁹⁾ Si ipotizzi la seguente situazione: la società oggetto dell'operazione ha un fatturato comunitario aggregato inferiore ai 250 milioni di EUR e gli acquirenti sono due (o più) imprese, ciascuna delle quali ha un fatturato comunitario superiore ai 250 milioni di EUR. Se la società viene acquistata da una «scatola vuota» costituita dalle imprese acquirenti, vi sarebbe solo un'impresa (la «scatola vuota») con un fatturato nella Comunità superiore ai 250 milioni di EUR e di conseguenza non sarebbe soddisfatta una delle condizioni cumulative relative alla soglia di fatturato al di là della quale scatta la competenza comunitaria (ovvero l'esistenza di almeno due imprese con un fatturato comunitario superiore ai 250 milioni di EUR). Di converso, se invece di operare tramite una «scatola vuota» le imprese acquirenti acquistassero direttamente l'impresa, le condizioni in ordine alla soglia di fatturato sarebbero soddisfatte e all'operazione si applicherebbe il regolamento sulle concentrazioni. Considerazioni identiche valgono per le soglie di fatturato a livello nazionale di cui all'articolo 1, paragrafo 3.

- (147) Per contro, se l'impresa comune può essere considerata un mero veicolo per l'acquisizione da parte delle società madri, la Commissione considera imprese interessate ciascuna delle imprese madri, anziché l'impresa comune, come pure l'impresa oggetto dell'acquisizione. Questo avverrà, in particolare, quando l'impresa comune è stata costituita espressamente per acquisire la società oggetto dell'operazione o non ha ancora iniziato ad operare, quando un'impresa comune esistente non è un'impresa a pieno titolo come spiegato sopra o quando l'impresa comune è un consorzio di imprese. Lo stesso vale quando vi sono elementi che inducono a ritenere che le società madri sono le reali artefici dell'operazione (questi elementi possono essere un forte coinvolgimento nell'iniziativa, ovvero nell'organizzazione e nel finanziamento dell'operazione). In tal caso le società madri sono considerate imprese interessate.

Scissione di imprese comuni e scambio di attivi

- (148) Quando due (o più) imprese scindono la loro impresa comune e gli attivi (che costituiscono attività separate) vengono suddivisi tra di loro, si considera di norma che abbiano luogo più acquisizioni del controllo come illustrato al punto 41. Ad esempio, le imprese A e B costituiscono un'impresa comune e successivamente la scindono, in particolare con una nuova ripartizione degli attivi. La scissione dell'impresa comune comporta un passaggio dal controllo congiunto su tutti gli attivi dell'impresa comune al controllo esclusivo degli attivi suddivisi da parte di ciascuna delle imprese acquirenti ⁽¹¹⁰⁾.

- (149) Per ciascuna operazione di scissione, ed in linea con quanto detto per l'acquisizione del controllo esclusivo, sono imprese interessate, da un lato, la parte acquirente e, dall'altro, gli attivi che tale impresa acquisisce.

- (150) Simile alla situazione di scissione è quella in cui due (o più) imprese scambiano tra di loro attivi che costituiscono un'attività separata per ciascuna delle imprese. In questo caso, ciascuna acquisizione di controllo è considerata un'acquisizione indipendente del controllo esclusivo. Per ciascuna delle operazioni sono imprese interessate le società acquirenti e le imprese o gli attivi acquisiti.

Acquisizione del controllo da parte di persone fisiche

- (151) Il controllo può essere acquisito anche da persone fisiche, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni, se le persone stesse svolgono ulteriori attività economiche (e sono pertanto classificate di per sé come imprese economiche) o se controllano una o più altre imprese economiche. In una situazione di questo genere, le imprese interessate sono l'impresa oggetto dell'acquisizione ed il singolo acquirente (il fatturato della o delle imprese controllate da tale acquirente viene incluso nel calcolo del fatturato della persona fisica nella misura in cui sono soddisfatte le disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 4) ⁽¹¹¹⁾.

- (152) L'acquisizione del controllo di un'impresa da parte dei suoi dirigenti è anch'essa un'acquisizione da parte di persone fisiche ed è rilevante anche il punto 151. Tuttavia, per meglio rappresentare i propri interessi la dirigenza dell'impresa può costituire una società «veicolo» che le consenta di parlare con un'unica voce ed agevoli il processo decisionale. Tale società veicolo può, ma non deve necessariamente essere un'impresa interessata. Anche in questo caso si applicano le indicazioni generali di cui ai punti da 145 a 147 sull'acquisizione del controllo da parte di un'impresa comune.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. i casi paralleli COMP/M.3293 — Shell/BEB e COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB del 20 novembre 2003; Caso IV/M.197 — Solvay/Laporte del 30 aprile 1992.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. caso IV/M.082 — Asko/Jacobs/Adia del 16 maggio 1991, in cui una persona fisica con altre attività economiche ha acquisito il controllo in comune di un'impresa ed è stato considerato impresa interessata.

Acquisizione del controllo da parte di un'impresa di proprietà dello Stato

- (153) Come già specificato, un'operazione di fusione o di acquisizione del controllo tra due imprese di proprietà del medesimo Stato (o del medesimo ente pubblico) può rappresentare una concentrazione se le imprese facevano parte di diverse unità economiche, dotate di potere decisionale autonomo. In questo caso sono entrambe considerate imprese interessate sebbene siano di proprietà del medesimo Stato ⁽¹¹²⁾.

III. DATA RILEVANTE PER STABILIRE LA COMPETENZA

- (154) Il contesto giuridico per stabilire la competenza della Commissione è cambiato con l'entrata in vigore del regolamento sulle concentrazioni rifiuto. Ai sensi del precedente regolamento sulle concentrazioni, la data rilevante era l'evento che determinava una notifica a norma dell'articolo 4, paragrafo 1 di detto regolamento — la conclusione di un accordo definitivo o l'annuncio di un'offerta pubblica o l'acquisizione di una partecipazione di controllo — o, al più tardi, il momento in cui le parti erano tenute a presentare la notifica (ossia una settimana dopo un evento che determinava l'obbligo di notifica) ⁽¹¹³⁾.
- (155) Ai sensi del regolamento sulle concentrazioni rifiuto, non vi è più obbligo per le parti di presentare la notifica entro un periodo di tempo determinato (purché le parti non attuino la concentrazione prevista prima della notifica). Inoltre, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, secondo comma, le imprese interessate possono già notificare l'operazione sulla base di un'intenzione in buona fede di concludere un accordo o, in caso di offerta pubblica, di un annuncio pubblico dell'intenzione di varare un'offerta. Al più tardi al momento della notifica, la Commissione — e le autorità nazionali garanti della concorrenza — devono essere in grado di determinare la competenza. L'articolo 4, paragrafo 1, primo comma, del regolamento sulle concentrazioni prevede, in generale, che le concentrazioni vadano notificate dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta pubblica o l'acquisizione di una partecipazione di controllo. Le date di questi eventi sono dunque decisive anche ai sensi del regolamento sulle concentrazioni rifiuto per determinare la data rilevante per stabilire la competenza, qualora non venga presentata una notifica prima di tali eventi sulla base di un'intenzione in buona fede o di un'intenzione annunciata ⁽¹¹⁴⁾.
- (156) La data rilevante per stabilire la competenza comunitaria su una concentrazione è dunque quella della conclusione dell'accordo giuridicamente vincolante, della comunicazione di un'offerta pubblica o dell'acquisizione di una partecipazione di controllo o quella della prima notifica, qualora tale data sia anteriore ⁽¹¹⁵⁾. Per quanto riguarda la data di notifica, è rilevante la notifica alla Commissione o ad un'autorità di uno Stato membro. La data rilevante, in particolare, va presa in considerazione per stabilire se le acquisizioni o le cessioni che hanno luogo dopo il periodo coperto dai conti rilevanti, ma prima della data rilevante, richiedano un adattamento di tali conti secondo i principi precisati ai punti 172 e 173.

IV. FATTURATO

1. La nozione di fatturato

- (157) Il fatturato, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento, comprende «gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi». In linea generale, tali importi appaiono nei conti delle imprese sotto la voce «vendite». In materia di prodotti, il fatturato può essere individuato senza difficoltà: si tratta infatti di ricomprendere ogni cessione di proprietà nel quadro dell'attività commerciale dell'impresa.

⁽¹¹²⁾ Cfr. considerando 22 del regolamento sulle concentrazioni, direttamente connesso al calcolo del fatturato di un'impresa interessata di proprietà pubblica nel contesto dell'articolo 5, paragrafo 4.

⁽¹¹³⁾ Cfr. caso COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint del 28 giugno 2000.

⁽¹¹⁴⁾ La possibilità alternativa che il fatturato debba essere definito all'ultima data in cui le parti interessate sono obbligate a presentare notifica (sette giorni dopo l'«evento determinante» ai sensi del precedente regolamento sulle concentrazioni) non può essere mantenuta nel regolamento sulle concentrazioni rifiuto, in quanto non vi è alcun termine per la notifica.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-202/06, Cementbouw/Commissione, del 26 aprile 2007, punto 46 (non ancora pubblicate). Solo il regolamento sulle concentrazioni rifiuto ha previsto la possibilità di tener conto della data della prima notifica, qualora tale data sia anteriore a quella della conclusione dell'accordo giuridicamente vincolante, della comunicazione di un'offerta pubblica o dell'acquisizione di una partecipazione di controllo; cfr. nota 35 delle conclusioni.

- (158) Il metodo di calcolo del fatturato applicato ai servizi non è generalmente diverso da quello utilizzato per i prodotti: la Commissione prende in considerazione l'importo totale delle vendite. Tuttavia, il calcolo degli importi derivanti dalla prestazione di servizi può essere più complesso in quanto dipende dalla natura specifica del servizio fornito e dagli usi giuridici ed economici nel settore in questione. Quando un'impresa fornisce l'intero servizio direttamente al cliente, il fatturato dell'impresa interessata è rappresentato dall'importo totale delle vendite di prestazioni di servizi nell'ultimo esercizio.
- (159) In altri ambiti, questo principio generale può dover essere adattato alle condizioni specifiche del servizio prestato. In certi settori di attività (pacchetti vacanze, pubblicità, ecc.) il servizio può essere venduto tramite intermediari ⁽¹¹⁶⁾. Anche se l'intermediario fattura l'intero importo al cliente finale, il fatturato dell'impresa che agisce come intermediario consiste soltanto nell'importo della sua commissione. Per i pacchetti vacanze, l'intero importo pagato dal cliente finale è quindi attribuito al tour operator che utilizza l'agenzia di viaggi come rete di distribuzione. Nel caso della pubblicità, si ritiene che soltanto gli importi ricevuti (senza commissioni) costituiscano il fatturato del canale televisivo o della rivista poiché le agenzie pubblicitarie, in quanto intermediarie, non costituiscono il canale di distribuzione per i venditori di spazi pubblicitari, ma sono scelte dai clienti, ossia dalle imprese che desiderano acquistare uno spazio pubblicitario.
- (160) Gli esempi citati dimostrano che, data la diversità dei servizi, vi possono essere molte situazioni diverse e che le relazioni giuridiche ed economiche sottostanti devono essere accuratamente analizzate. Analogamente, vi possono essere situazioni specifiche per il calcolo del fatturato nei settori del credito, dei servizi finanziari e delle assicurazioni. Tali questioni saranno trattate nella sezione VI.

2. Le attività ordinarie

- (161) L'articolo 5, paragrafo 1, precisa che gli importi da prendere in considerazione per il calcolo del fatturato devono corrispondere alle «ordinarie attività» delle imprese interessate. Si tratta del fatturato realizzato mediante la vendita di prodotti o la prestazione di servizi nel corso normale delle attività. Generalmente sono esclusi gli importi registrati nei conti dell'impresa sotto le voci «redditi finanziari» o «redditi straordinari». Un reddito straordinario può essere quello proveniente dalla vendita di attività o di attivi fissi. Tuttavia, i conti dell'impresa non registrano necessariamente le entrate provenienti dalle attività ordinarie nel modo richiesto ai fini del calcolo del fatturato a norma del regolamento sulle concentrazioni. In alcuni casi, può essere necessario adattare la classificazione delle voci dei conti a quanto richiesto dal regolamento sulle concentrazioni ⁽¹¹⁷⁾.
- (162) Le entrate non devono necessariamente provenire dal cliente dei prodotti o servizi. Quanto agli aiuti erogati alle imprese da enti pubblici, ogni aiuto deve entrare nel calcolo del fatturato se l'impresa stessa è beneficiaria dell'aiuto e quest'ultimo è direttamente connesso alla vendita di prodotti e alla prestazione di servizi da parte dell'impresa. L'aiuto è pertanto un'entrata dell'impresa derivante dalla vendita di prodotti o dalla prestazione di servizi in aggiunta al prezzo pagato dal consumatore ⁽¹¹⁸⁾.
- (163) Sono insorte questioni specifiche per il calcolo del fatturato di un'unità commerciale che in passato aveva soltanto introiti interni. Questo può applicarsi in particolare per le operazioni che comportano l'*outsourcing* dei servizi tramite il trasferimento di un'unità commerciale. Se un'operazione di questo tipo costituisce una concentrazione in base alle considerazioni di cui al punto 25 e segg. della presente comunicazione, secondo la pratica della Commissione il fatturato dovrebbe normalmente essere

⁽¹¹⁶⁾ Un'impresa non agisce solitamente come intermediario se vende prodotti attraverso un atto commerciale che implica un trasferimento di proprietà, sentenza nella causa T-417/05, Endesa SA/Commissione, Racc. 2006, pag. II-2533, punto 213.

⁽¹¹⁷⁾ Nel caso IV/M.126 — Accor/Wagons-Lits del 28 aprile 1992, la Commissione ha deciso di considerare determinate entrate provenienti dalle attività di noleggio automobili come entrate provenienti dalle attività ordinarie sebbene fossero incluse come «altri prodotti della gestione aziendale» nel conto profitti e perdite di Wagons-Lits.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. caso IV/M.156 — Cereol/Continental Italiana del 27 novembre 1991. In questo caso, la Commissione ha escluso l'aiuto comunitario dal calcolo del fatturato perché l'aiuto in questione era destinato a sostenere non già la vendita dei prodotti di una delle imprese partecipanti alla concentrazione, bensì i produttori delle materie prime (semi) utilizzate da tale impresa, specializzata appunto nella macinazione di semi.

calcolato sulla base del fatturato precedentemente interno o dei prezzi quotati pubblicamente, qualora tali prezzi esistano (ad esempio nell'industria petrolifera). Se il fatturato precedentemente interno non sembra corrispondere ad una valutazione di mercato delle attività in questione (e, pertanto, al futuro fatturato previsto sul mercato), le entrate previste sulla base di un accordo con la precedente impresa madre possono essere un sostituto adeguato.

3. Il fatturato «netto»

- (164) Il fatturato da prendere in considerazione è un fatturato «netto», cioè previa deduzione di un certo numero di elementi esplicitamente indicati nel regolamento. Lo scopo è depurare il fatturato in modo tale da rispecchiare il peso economico reale dell'impresa.

3.1 Detrazione di sconti, imposte e tasse

- (165) L'articolo 5, paragrafo 1, prevede che si operi la «detrazione degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato». Per «sconti sulle vendite» si intende l'insieme degli sconti e delle riduzioni accordati dalle imprese ai clienti e che influiscono direttamente sul ricavo delle vendite.
- (166) In quanto alla detrazione delle imposte e tasse, il regolamento cita l'IVA e «altre imposte direttamente legate al fatturato». La nozione di «imposte direttamente legate al fatturato» fa riferimento alle imposte indirette in quanto direttamente connesse al fatturato come, ad esempio, le accise sulle bevande alcoliche o sulle sigarette.

3.2 Il trattamento del fatturato «interno»

- (167) Secondo l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, «il fatturato totale di un'impresa interessata non tiene conto delle transazioni avvenute tra le imprese di cui al paragrafo 4 del presente articolo», ossia all'interno del gruppo a cui appartiene l'impresa interessata. Si tratta di escludere il prodotto delle relazioni commerciali all'interno di un gruppo al fine di tener conto del peso economico reale di ciascuna entità sotto forma di fatturato di mercato. Gli «importi» da prendere in considerazione ai fini del regolamento riflettono pertanto esclusivamente l'insieme delle transazioni avvenute tra il gruppo d'impresa, da un lato, ed i terzi, dall'altro.
- (168) L'articolo 5, paragrafo 5, lettera a) del regolamento sulle concentrazioni applica il principio secondo il quale va evitato il doppio computo alla situazione specifica in cui due o più imprese interessate in una concentrazione detengono congiuntamente in un'altra impresa i diritti o i poteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b). A norma di tale disposizione, il fatturato risultante dalla vendita di prodotti o dalla prestazione di servizi realizzati tra l'impresa comune e ciascuna delle imprese interessate o qualsiasi altra impresa legata a una di esse ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, va escluso. Per quanto riguarda le imprese comuni costituite tra imprese interessate e terzi, nella misura in cui il loro fatturato viene preso in considerazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), come precisato al punto 181, il fatturato generato da vendite tra l'impresa comune e l'impresa interessata (nonché le imprese collegate all'impresa interessata secondo i criteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, non viene preso in considerazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1.

4. Calcolo del fatturato e conti finanziari

4.1 Il metodo generale

- (169) La Commissione cerca di basarsi sulle cifre più accurate ed attendibili a disposizione. In generale, la Commissione prenderà in considerazione i conti che si riferiscono all'esercizio finanziario più vicino alla data dell'operazione e che sono certificati secondo le norme applicabili all'impresa in questione ed obbligatorie per l'esercizio finanziario rilevante⁽¹¹⁹⁾. I valori certificati possono essere corretti soltanto se ciò è necessario per rispettare le disposizioni del regolamento sulle concentrazioni, fra l'altro nei casi illustrati più in dettaglio al punto 172.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. caso COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa del 15 novembre 2005, confermato dalla sentenza nella causa T-417/93, Endesa/Commissione, Racc. 2006, pag. II-2533, punti 128, 131.

- (170) La Commissione preferisce non utilizzare conti di gestione o qualsiasi altra forma di conto provvisorio, se non in casi eccezionali ⁽¹²⁰⁾. Nei casi in cui la concentrazione avviene nei primi mesi dell'anno e non sono ancora disponibili conti certificati per l'esercizio più recente, le cifre da prendere in considerazione sono quelle relative all'esercizio precedente. Qualora si riscontri una divergenza considerevole tra i conti dei due esercizi, dovuta a modifiche significative e permanenti nell'impresa interessata, e in particolare quando sia stato approvato dal consiglio di amministrazione il progetto definitivo dei conti dell'anno più recente, la Commissione può decidere di prendere in considerazione questi ultimi.
- (171) In deroga alla regola generale, nei casi in cui si rilevino differenze fondamentali tra le norme contabili della Comunità e quelle di un paese terzo, la Commissione può ritenere necessario rielaborare tali conti conformemente alle norme comunitarie per calcolare il fatturato.

4.2 *Correzioni effettuate dopo la data degli ultimi conti certificati*

- (172) Fatto salvo quanto sottolineato nei punti precedenti, è sempre necessaria una correzione per tener conto dei continui cambiamenti della realtà economica delle imprese interessate, quali le acquisizioni o le cessioni che non vengono rispecchiate nei conti certificati, o non lo sono interamente. È necessario tener conto di tali cambiamenti per individuare le reali risorse oggetto della concentrazione e rispecchiare meglio la situazione economica delle imprese interessate. Tali correzioni hanno soltanto natura selettiva e non pregiudicano il principio secondo il quale vi dovrebbe essere un meccanismo semplice ed oggettivo per determinare la competenza della Commissione, dato che non richiedono una revisione completa dei conti certificati ⁽¹²¹⁾. In primo luogo, ciò vale per le acquisizioni, le cessioni o la chiusura di parte delle attività in data successiva alla data dei conti certificati. Un caso del genere si presenta quando un'impresa conclude un'operazione relativa alla cessione e alla chiusura di parte delle sue attività in qualunque momento prima della data rilevante per stabilire la competenza (cfr. punto 154) o quando una tale cessione o chiusura di attività costituisce un presupposto per l'operazione ⁽¹²²⁾. In questo caso, il fatturato da imputare a tale parte delle attività deve essere detratto dal fatturato della parte notificante indicato nei suoi ultimi conti certificati. Se viene sottoscritto un accordo per la vendita di parte delle attività, ma la vendita non è stata ancora perfezionata (in altre parole, non si è ancora provveduto alla sua esecuzione giuridica ed al trasferimento del titolo giuridico relativo alle azioni o agli attivi acquisiti), il cambiamento non viene preso in considerazione ⁽¹²³⁾ a meno che la vendita non costituisca un presupposto per l'operazione notificata. Inversamente, il fatturato da attribuire alle attività la cui acquisizione è stata conclusa successivamente alla redazione dei conti certificati più recenti, ma prima della data rilevante per stabilire la competenza, va aggiunto, ai fini della notifica, al fatturato della società.
- (173) In secondo luogo, può essere necessaria una correzione anche per le acquisizioni, le cessioni o la chiusura di parti delle attività che hanno avuto luogo durante l'esercizio per il quale sono redatti i conti certificati. Se le acquisizioni, le cessioni o la chiusura di parti delle attività avvengono nel corso dell'esercizio, i cambiamenti delle risorse economiche possono essere rispecchiati in maniera solo parziale nei conti certificati dell'impresa interessata. Poiché il fatturato delle attività acquisite può essere incluso nei conti soltanto a partire dal momento della loro acquisizione, il fatturato contabilizzato può non riflettere il fatturato annuale complessivo dell'attività acquisita. Per contro, il fatturato delle attività cedute o chiuse può essere incluso nei conti certificati fino al momento dell'effettiva cessione o chiusura. In questi casi, devono essere fatte delle correzioni per detrarre dai conti certificati il fatturato determinato dalle attività cedute o chiuse fino al momento del deconsolidamento ed aggiungere il fatturato che le attività acquisite hanno generato durante l'anno fino al momento in cui sono state consolidate nei conti. Di conseguenza, il fatturato delle attività cedute o chiuse deve essere completamente escluso e deve essere incluso il fatturato annuale completo delle attività acquisite.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. caso COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa del 15 novembre 2005, confermato dalla sentenza nella causa T-417/93, Endesa/Commissione, Racc. 2006, pag. II-2533, punti 176, 179.

⁽¹²¹⁾ Sentenza nella causa T-417/93, Endesa/Commissione, Racc. 2006, pag. II-2533, punto 209.

⁽¹²²⁾ Cfr. sentenza nella causa T-3/93, Air France/Commissione, Racc. 1994, pag. II-121, punto 100 e segg. in collegamento con il caso IV/M.278 — British Airways/Dan Air; caso IV/M.588 — Ingersoll Rand/Clark Equipment.

⁽¹²³⁾ Caso IV/M.632 — Rhône Poulenc Rorer/Fisons del 21 settembre 1995; cfr. caso COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint del 28 giugno 2000.

- (174) Altri fattori che possono temporaneamente ripercuotersi sul fatturato, come il calo delle ordinazioni o il rallentamento del processo produttivo nel periodo precedente la transazione, saranno ignorati ai fini del calcolo del fatturato. Non si procederà ad una correzione dei conti definitivi per tener conto di simili fattori.

5. Imputazione del fatturato ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4

5.1 Individuazione delle imprese il cui fatturato è preso in considerazione

- (175) Quando un'impresa interessata da una concentrazione appartiene ad un gruppo, il regolamento sulle concentrazioni prevede che non venga preso in considerazione soltanto il fatturato dell'impresa interessata, ma anche quello delle imprese con le quali l'impresa interessata ha collegamenti consistenti in termini di diritti o poteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4 per determinare se esso corrisponde alle soglie di cui all'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni. Lo scopo è anche in questo caso quello di constatare il volume complessivo delle risorse economiche che vengono combinate mediante l'operazione, indipendentemente dal fatto che le attività economiche vengano svolte direttamente dall'impresa interessata o vengano svolte indirettamente tramite le imprese con le quali l'impresa interessata ha i legami descritti all'articolo 5, paragrafo 4.

- (176) Il regolamento sulle concentrazioni non dà della nozione di gruppo una definizione in termini astratti, ma elenca all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b) determinati diritti o poteri. Se un'impresa interessata, direttamente o indirettamente, ha collegamenti di questo tipo con altre imprese, esse devono essere considerate come facenti parte del suo gruppo ai fini del calcolo del fatturato a norma del regolamento sulle concentrazioni.

- (177) L'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento dispone quanto segue:

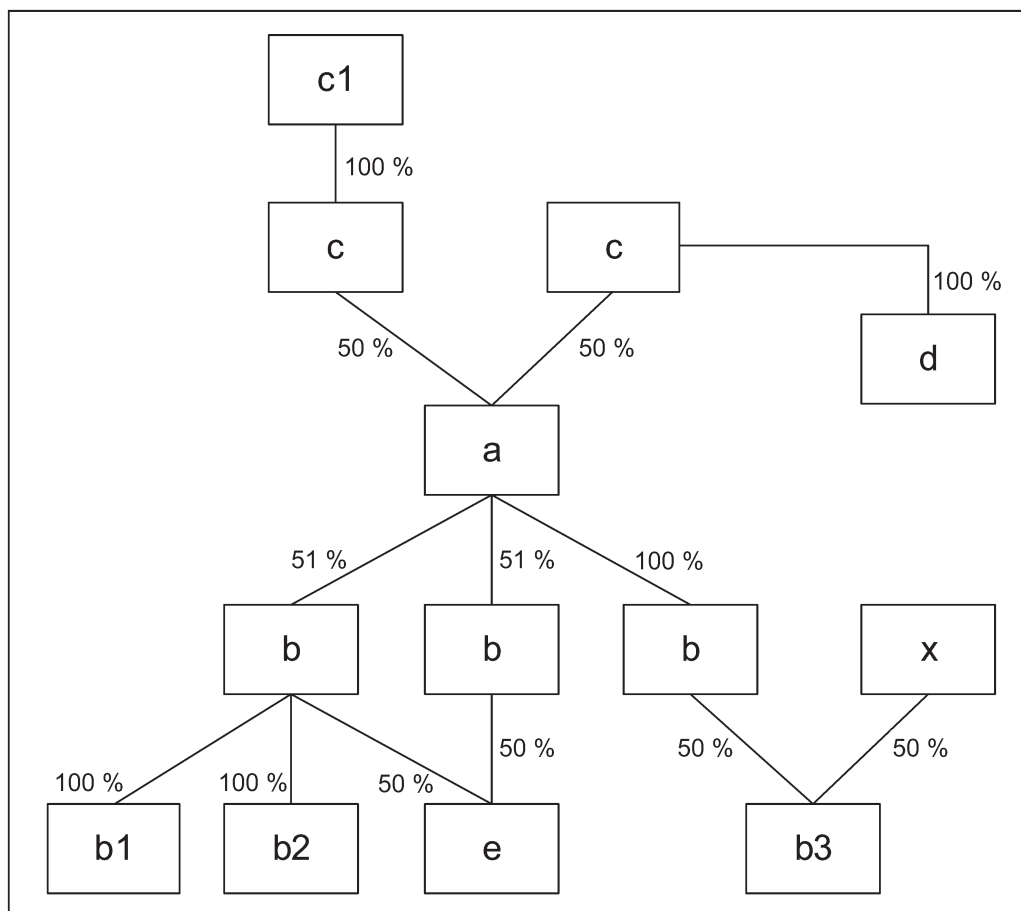
«Salvo restando il paragrafo 2 [acquisizione di parti], il fatturato di un'impresa interessata ai sensi dell'articolo 1, paragrafi 2 e 3, risulta dalla somma dei fatturati delle imprese seguenti:

- a) l'impresa interessata;
- b) quelle nelle quali l'impresa interessata dispone, direttamente o indirettamente,
 - i) o di oltre la metà del capitale o del capitale di esercizio; o
 - ii) il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto; o
 - iii) del potere di designare più della metà dei membri del consiglio di vigilanza o d'amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa; o
 - iv) il diritto di gestire gli affari dell'impresa;
- c) quelle che dispongono, in un'impresa interessata, dei diritti o poteri menzionati nella lettera b);
- d) quelle nelle quali o sulle quali un'impresa di cui alla lettera c) dispone dei diritti o poteri menzionati alla lettera b);
- e) quelle imprese nelle quali una o più imprese ai sensi delle lettere da a) a d) dispongono congiuntamente dei diritti o poteri di cui alla lettera b).»

In questa sezione sul calcolo del fatturato della presente comunicazione un'impresa che dispone in un'altra impresa dei diritti e poteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), è indicata come «impresa madre» di tale impresa, mentre la seconda impresa è la «controllata» della prima. In sintesi, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4 il fatturato dell'impresa direttamente interessata dall'operazione [lettera a)] dovrebbe pertanto includere le sue controllate [lettera b)], le sue società madri [lettera c)], le altre controllate delle sue società madri [lettera d)] ed eventuali altre imprese controllate congiuntamente da due o più imprese di cui ai punti da a) a d) [lettera e)].

(178) Una rappresentazione grafica è fornita in appresso:

L'impresa interessata e il suo gruppo:



- a: l'impresa interessata ⁽¹²⁴⁾;
- b: le sue controllate, le imprese detenute congiuntamente con terzi (b3) e le controllate di queste ultime (b1 e b2);
- c: le sue società madri e le società madri di queste ultime (c1);
- d: altre controllate delle società madri dell'impresa interessata;
- e: imprese detenute congiuntamente da due (o più) società del gruppo;
- x: terzi.

NB: Le lettere da a) a e) corrispondono alle lettere dell'articolo 5, paragrafo 4. Le percentuali indicate nel grafico si riferiscono alla percentuale dei diritti di voto detenuta dalla rispettiva società madre.

(179) I diritti o poteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punti da i) a iii), possono essere individuati in modo abbastanza diretto poiché fanno riferimento a soglie quantitative. Tali soglie sono raggiunte se l'impresa interessata possiede più della metà del capitale o del capitale di esercizio di altre imprese, ha più della metà dei diritti di voto, o ha giuridicamente il potere di designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione in altre imprese. Tuttavia, le soglie sono raggiunte anche se l'impresa interessata ha di fatto il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto nell'assemblea degli azionisti o di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione in altre imprese ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Ai fini del grafico si presume che l'impresa comune stessa sia l'impresa interessata secondo i criteri precisati al punto 146 (acquisizione da parte di un'impresa comune a pieno titolo operante sullo stesso mercato).

⁽¹²⁵⁾ Caso IV/M.187 — Ifint/Exor del 2 marzo 1992; Caso IV/M.062 — Eridania/ISL del 30 luglio 1991.

- (180) La disposizione dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv) riguarda il diritto di gestire gli affari dell'impresa. Un tale diritto di gestione può esistere a norma del diritto societario, in particolare sulla base di contratti organizzativi come il «Beherrschungsvertrag» previsto dalla legge tedesca, sulla base di accordi di affitto delle attività o sulla base della struttura organizzativa per il socio illimitatamente responsabile in una società a responsabilità limitata⁽¹²⁶⁾. Tuttavia, il «diritto di gestire» può essere conferito anche dal fatto di detenere diritti di voto (da soli o in combinazione con accordi contrattuali, come un accordo tra azionisti) che consentono, su una base giuridica stabile, di determinare il comportamento strategico di un'impresa.
- (181) Il diritto di gestire comprende anche le situazioni nelle quali l'impresa interessata ha il diritto di dirigere gli affari di un'impresa insieme a terzi⁽¹²⁷⁾. La considerazione alla base di ciò è che le imprese che esercitano il controllo in comune hanno congiuntamente il diritto di gestire gli affari dell'impresa controllata anche se ciascuna di esse può avere individualmente tali diritti soltanto in senso negativo, ossia sotto forma di diritti di veto. Nell'esempio, l'impresa («b3»), che è controllata congiuntamente dall'impresa interessata («a») e da un terzo («x»), viene presa in considerazione in quanto sia «a» che «x» hanno diritti di veto in «b3» sulla base della loro partecipazione uguale in «b3»⁽¹²⁸⁾. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv) la Commissione considera soltanto le imprese comuni nelle quali l'impresa interessata e terzi godono sotto il profilo giuridico di diritti che determinano un chiaro diritto di gestione. Le imprese comuni vanno incluse pertanto solo nelle situazioni in cui l'impresa interessata e terzi hanno un *diritto* di gestione congiunto sulla base di un accordo, per esempio un accordo tra azionisti, o in cui l'impresa interessata e terzi hanno uguali di diritti di voto e hanno di conseguenza il diritto di nominare un numero uguale di membri degli organi decisionali dell'impresa comune.
- (182) Analogamente, quando due o più società controllano congiuntamente l'impresa interessata, nel senso che è necessario l'accordo di ciascuna di esse per gestire gli affari dell'impresa, va incluso il fatturato di tutte le imprese in questione. Nell'esempio, sarebbero prese in considerazione le due società madri («c») dell'impresa interessata («a») come pure le rispettive società madri («c1» nell'esempio). Quest'interpretazione deriva dal rinvio fatto nell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), in questo caso, all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), che è applicabile alle imprese controllate congiuntamente come precisato al punto precedente.
- (183) Quando una delle imprese individuate sulla base dell'articolo 5, paragrafo 4 ha collegamenti quali definiti all'articolo 5, paragrafo 4, anche con altre imprese, anche queste ultime dovrebbero essere aggiunte nel calcolo. Nell'esempio, una delle controllate di «a» (denominata «b») possiede a sua volta delle controllate, ossia «b1» e «b2», e una delle imprese madri (denominata «c») possiede a sua volta una controllata («d»).
- (184) L'articolo 5, paragrafo 4 precisa i criteri specifici per individuare le imprese il cui fatturato può essere attribuito all'impresa interessata. Tali criteri, compreso il «diritto di gestire gli affari dell'impresa», non coincidono con il concetto di «controllo» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2. Esistono differenze significative tra l'articolo 3 e l'articolo 5, in quanto tali disposizioni svolgono ruoli diversi. Le differenze sono più evidenti nell'ambito del controllo di fatto. Mentre ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2 anche una situazione di dipendenza economica può determinare un controllo di fatto (cfr. sopra), una controllata in via esclusiva è presa in considerazione su una base di fatto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b) soltanto se è chiaramente dimostrato che l'impresa interessata ha il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto o di designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione. Per quanto riguarda le situazioni di controllo comune, l'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv), si applica alle situazioni in cui le imprese che detengono il controllo hanno congiuntamente un diritto di gestione sulla base di diritti di veto individuali. Tuttavia, l'articolo 5, paragrafo 4 non si applicherebbe alle situazioni in cui il controllo congiunto si verifica di fatto a causa dei notevoli interessi comuni tra diversi azionisti di minoranza dell'impresa comune sulla base della partecipazione degli azionisti alle assemblee. La differenza è confermata dal fatto che l'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv) si riferisce al diritto di gestione e non ad un *potere* [come alla lettera b), punti ii) e iii)] e si spiega con la necessità di precisione e certezza dei criteri utilizzati per calcolare il fatturato in modo da poter stabilire facilmente la competenza. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, tuttavia, la questione dell'eventuale esistenza di una

⁽¹²⁶⁾ Caso IV/M.126 — Accor/WagonLits del 28 aprile 1992.

⁽¹²⁷⁾ Caso COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint; Caso IV/M.187 — Ifint/Exor; Caso IV/M.1046 — Ameritech/Tele Danmark.

⁽¹²⁸⁾ Tuttavia, soltanto la metà del fatturato generato da «b3» è presa in considerazione, cfr. punto 187.

concentrazione può essere analizzata in modo molto più ampio. Inoltre, le situazioni di controllo esclusivo negativo sono coperte soltanto eccezionalmente [se le condizioni dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punti da i) a iii), sono soddisfatte nel caso specifico]; il «diritto di gestire» di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv), non si applica alle situazioni di controllo negativo. Infine, l'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), punto iv), si applica ad esempio a situazioni nelle quali il «controllo» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, potrebbe non esistere.

5.2 *Imputazione del fatturato delle imprese individuate*

- (185) In generale, una volta soddisfatto il criterio di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), l'intero fatturato della controllata in questione sarà preso in considerazione a prescindere dall'entità effettiva della partecipazione azionaria che l'impresa interessata detiene in tale controllata. Nel grafico sarà preso in considerazione l'intero fatturato delle controllate (denominate «b») dell'impresa interessata («a»).
- (186) Tuttavia, il regolamento sulle concentrazioni contiene norme specifiche per le imprese comuni. L'articolo 5, paragrafo 5, lettera b) prevede che, per le imprese comuni tra due o più imprese interessate, il fatturato dell'impresa comune (nella misura in cui è realizzato mediante attività con terzi come precisato al punto 168) deve essere imputato in parti uguali alle imprese interessate, a prescindere dalla loro partecipazione nel capitale o dai loro diritti di voto.
- (187) Il principio contenuto nell'articolo 5, paragrafo 5, lettera b), è seguito per analogia per imputare il fatturato delle imprese comuni alle imprese interessate e ai terzi se il loro fatturato è preso in considerazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), come precisato al punto 181. La pratica seguita dalla Commissione è stata quella di imputare all'impresa interessata il fatturato dell'impresa comune su una base pro capite a seconda del numero di imprese che esercitano il controllo congiunto. Nell'esempio, viene presa in considerazione la metà del fatturato di «b3».
- (188) Le disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 4, devono inoltre essere adattate alle situazioni che implicano un passaggio dal controllo congiunto a quello esclusivo per evitare il doppio computo del fatturato dell'impresa comune. Anche se l'impresa acquirente detiene diritti o poteri nell'impresa comune che soddisfano le condizioni dell'articolo 5, paragrafo 4, il fatturato dell'azionista acquirente deve essere calcolato senza il fatturato dell'impresa comune, ed il fatturato dell'impresa comune deve essere preso in considerazione senza quello dell'azionista acquirente.

5.3 *Imputazione del fatturato nel caso dei fondi di investimento*

- (189) L'impresa di investimento, come precisato al punto 15, acquista solitamente il controllo indiretto sulle società del portafoglio detenuto da un fondo di investimento. Allo stesso modo, si può ritenere che l'impresa di investimento abbia indirettamente i poteri e i diritti di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), in particolare che abbia indirettamente il potere di esercitare i diritti di voto che sono detenuti dal fondo di investimento nelle imprese in portafoglio.
- (190) Le stesse considerazioni, espresse sopra nel quadro dell'articolo 3 (punto 15), possono applicarsi anche se un'impresa di investimento costituisce diversi fondi di investimento, eventualmente con investitori diversi. In genere, in base alla struttura organizzativa, in particolare i collegamenti tra l'impresa di investimento e il socio o i soci illimitatamente responsabili dei diversi fondi organizzati come società a responsabilità limitata, o a disposizioni contrattuali, in particolare accordi di consulenza tra il socio illimitatamente responsabile o il fondo di investimento e l'impresa di investimento, quest'ultima avrà indirettamente il potere di esercitare i diritti di voto detenuti dal fondo di investimento nelle società in portafoglio o avrà indirettamente uno degli altri poteri o diritti precisati all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b). In queste circostanze, l'impresa di investimento può avere una struttura di controllo comune sui diversi fondi che ha costituito; la gestione comune dei diversi fondi da parte della società di investimento è spesso indicata da un marchio comune per i fondi.

- (191) Di conseguenza, una tale organizzazione dei diversi fondi da parte dell'impresa di investimento può far sì che venga preso in considerazione il fatturato di tutte le imprese del portafoglio detenuto dai diversi fondi per valutare se sono raggiunte le soglie di fatturato dell'articolo 1 qualora l'impresa di investimento acquisisca, attraverso uno dei fondi, il controllo indiretto di una società in portafoglio.

5.4 *Imputazione del fatturato delle imprese pubbliche*

- (192) Per quanto riguarda il calcolo del fatturato delle imprese pubbliche, l'articolo 5, paragrafo 4 va letto in combinato disposto con il considerando 22 del regolamento sulle concentrazioni. Ai sensi di detto considerando «nel settore pubblico, [...] per il calcolo del fatturato di un'impresa che partecipa alla concentrazione si deve tener conto delle imprese che costituiscono un insieme economico dotato di un potere decisionale autonomo, indipendentemente dalla detenzione del capitale o dalle norme di controllo amministrativo che sono loro applicabili», onde evitare discriminazioni tra il settore pubblico e quello privato ⁽¹²⁹⁾.
- (193) Questo considerando chiarisce che gli Stati membri (o altri enti pubblici) non sono considerati «imprese» ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4 semplicemente perché hanno interessi in altre imprese che soddisfano le condizioni dell'articolo 5, paragrafo 4. Pertanto, per calcolare il fatturato delle imprese pubbliche, si tiene conto soltanto delle imprese che appartengono alla stessa unità economica, ossia fanno capo allo stesso potere decisionale autonomo.
- (194) Così, ad esempio, un'impresa pubblica che non è soggetta a coordinamento con altre holding statali va trattata come un'impresa indipendente ai fini dell'articolo 5, e il fatturato delle altre società di proprietà dello Stato non deve essere preso in considerazione. Qualora tuttavia più imprese pubbliche facciano capo sotto il profilo gestionale allo stesso centro decisionale autonomo, il loro fatturato dovrebbe essere considerato parte di quello del gruppo dell'impresa interessata ai fini dell'articolo 5.

V. RIPARTIZIONE GEOGRAFICA DEL FATTURATO

- (195) Le soglie relative al fatturato a livello di Stati membri e di Comunità, fissate dall'articolo 1, paragrafi 2 e 3, servono ad individuare i casi in cui il fatturato realizzato nella Comunità è sufficientemente elevato da renderli di rilevanza comunitaria e che hanno natura prevalentemente transfrontaliera. A tal fine è necessario procedere ad una ripartizione geografica del fatturato a livello di Comunità e di singoli Stati membri. Poiché i conti certificati spesso non forniscono una ripartizione geografica come richiesto dal regolamento sulle concentrazioni, la Commissione si baserà sulle migliori cifre disponibili fornite dalle imprese. L'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, stabilisce che il luogo di realizzazione del fatturato è determinato dalla localizzazione del cliente al momento della transazione.

«Il fatturato realizzato, nella Comunità o in uno Stato membro, comprende i prodotti venduti ed i servizi forniti ad imprese o a consumatori nella Comunità o nello Stato membro in questione.».

Regola generale

- (196) Il regolamento sulle concentrazioni non distingue tra «prodotti venduti» e «servizi forniti» ai fini della ripartizione geografica del fatturato. In entrambi i casi, la regola generale è che il fatturato dovrebbe essere imputato al luogo nel quale è situato il cliente. Il principio è che il fatturato dovrebbe essere imputato al luogo in cui si svolge la concorrenza con i fornitori alternativi. Tale luogo è solitamente anche il posto in cui deve essere eseguito l'elemento caratteristico del contratto in questione, ossia dove il servizio è effettivamente fornito ed il prodotto è effettivamente consegnato. In caso di transazioni via Internet, può essere difficile per le imprese determinare il luogo in cui si trova il cliente nel momento in cui il contratto è stipulato tramite Internet. Se il prodotto o il servizio stesso non viene fornito via Internet, per evitare queste difficoltà è possibile fare riferimento al luogo in cui viene data esecuzione all'elemento caratteristico del contratto. In appresso, la vendita di merci e la prestazione di servizi vengono analizzate separatamente in quanto presentano caratteristiche diverse in termini di ripartizione del fatturato.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. anche caso IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson del 22 febbraio 1993.

Vendita di beni

- (197) Per quanto riguarda la vendita di beni, possono esservi situazioni particolari nei casi in cui il luogo dove il cliente si trovava al momento della conclusione dell'accordo di acquisto è diverso dall'indirizzo di fatturazione e/o dal luogo di consegna. In questi casi, il luogo in cui l'accordo di acquisto è stato concluso ed il luogo di consegna sono più importanti rispetto all'indirizzo di fatturazione. Poiché la consegna è in generale l'elemento caratteristico della vendita di beni, il luogo di consegna può prevalere anche sul luogo in cui si trovava il cliente al momento di concludere l'accordo di acquisto. Questo dipenderà dal fatto se si considera che il luogo di consegna è il posto in cui si svolge la concorrenza per la vendita dei beni oppure che essa abbia piuttosto luogo nel luogo di residenza del cliente. Nel caso della vendita di beni mobili, quale un autoveicolo, ad un consumatore finale, il luogo in cui l'autoveicolo viene consegnato al cliente è decisivo anche se l'accordo è stato in precedenza concluso per telefono o via Internet.
- (198) Si configura una situazione specifica nei casi in cui un'azienda multinazionale persegue una strategia di acquisto su scala comunitaria e soddisfa tutto il proprio fabbisogno di un bene o servizio approvvigionandosi in un'unica località. Poiché un'organizzazione di acquisto centralizzato può assumere forme diverse, è necessario considerarne la forma concreta in quanto ciò può determinare le modalità di ripartizione del fatturato. Qualora i beni vengano acquistati dall'organizzazione di acquisto centralizzato, ed a questa consegnati, e successivamente ridistribuiti a livello interno tra diversi impianti situati in vari Stati membri, il fatturato è imputato soltanto allo Stato membro in cui si trova l'organizzazione di acquisto centralizzato. In questo caso, la concorrenza avviene nel luogo in cui è situata l'organizzazione di acquisto centralizzato e questo è anche il posto in cui viene data esecuzione all'elemento caratteristico del contratto di vendita. La situazione è diversa in caso di legami diretti tra il venditore e le diverse controllate. In questa fattispecie rientra il caso in cui l'organizzazione di acquisto centralizzato conclude un semplice accordo quadro, ma i singoli ordini sono fatti dalle controllate nei diversi Stati membri ed i prodotti sono direttamente consegnati ad esse, nonché il caso in cui i singoli ordini sono fatti tramite l'organizzazione di acquisto centralizzato, ma i prodotti sono consegnati direttamente alle controllate. In entrambi i casi, il fatturato deve essere attribuito ai diversi Stati membri nei quali si trovano le controllate, indipendentemente dal fatto che siano le controllate o l'organizzazione di acquisto centralizzato a ricevere le fatture e ad effettuare i pagamenti, in quanto in ambedue i casi la concorrenza con i fornitori alternativi avviene per la consegna dei prodotti alle diverse controllate, anche se il contratto viene concluso a livello centrale. Nel primo caso, inoltre, le controllate decidono in effetti per proprio conto in merito ai quantitativi che devono essere consegnati e ad un elemento essenziale per la concorrenza.

Prestazione di servizi

- (199) Per quanto riguarda i servizi, il regolamento sulle concentrazioni prevede che sia determinante il luogo della loro prestazione al cliente. È possibile suddividere i servizi che presentano elementi transfrontalieri in tre categorie generali. La prima categoria comprende i casi in cui è il fornitore di servizi a spostarsi, la seconda i casi in cui è il cliente che si sposta. Nella terza categoria rientrano i casi nei quali il servizio viene fornito senza che debbano spostarsi né il fornitore di servizi né il cliente. Nelle prime due categorie, il fatturato deve essere imputato al luogo di destinazione di chi compie lo spostamento, ossia il luogo in cui il servizio è effettivamente fornito al cliente. Nella terza categoria, il fatturato deve essere generalmente attribuito alla località in cui trova il cliente. Per l'approvvigionamento centralizzato di servizi si applicano per analogia i principi sopra descritti per l'acquisto centralizzato di beni.
- (200) Un esempio della prima categoria sarebbe una situazione in cui un'impresa non europea fornisce servizi di manutenzione speciali per aerei ad un vettore in uno Stato membro. In questo caso, il fornitore di servizi si sposta nella Comunità, dove il servizio è effettivamente fornito e dove si svolge anche la concorrenza per tale servizio. Se un turista europeo noleggia un'automobile o prenota un albergo direttamente negli Stati Uniti, questa fattispecie rientra nella seconda categoria poiché il servizio è fornito fuori della Comunità e anche la concorrenza ha luogo tra alberghi e società di autonoleggio nella località prescelta. Tuttavia, il caso è diverso per le vacanze con la formula «tutto compreso». Per questo tipo di vacanze, il servizio inizia con la vendita del pacchetto attraverso un'agenzia di viaggi nel luogo dove si trova il cliente e la concorrenza per la vendita di viaggi attraverso le agenzie di viaggio avviene a livello locale, come nel caso degli acquisti al dettaglio, sebbene parti del servizio possano venire fornite in varie località distanti da tale luogo. Il caso dunque rientra nella terza categoria ed il relativo fatturato deve essere imputato al luogo in cui si trova il cliente. La terza categoria comprende anche casi quali la fornitura di software o la distribuzione di film prodotti fuori della Comunità, ma forniti ad un cliente in uno Stato membro di modo che il servizio viene effettivamente fornito al cliente all'interno della Comunità.

- (201) I casi relativi al trasporto merci sono diversi in quanto il cliente al quale sono forniti tali servizi non si sposta: il servizio di trasporto è fornito al cliente nel luogo in cui si trova. Questi casi rientrano nella terza categoria e il luogo in cui si trova il cliente è il criterio rilevante per l'attribuzione del fatturato.
- (202) Nei casi relativi alle telecomunicazioni, la classificazione dei servizi di terminazione di chiamata può comportare problemi. Anche se la terminazione di chiamata sembra rientrare nella terza categoria, vi sono motivi per considerarla in modo diverso. I servizi di terminazione di chiamata sono forniti, ad esempio, quando una chiamata, originata da un operatore europeo, viene terminata negli Stati Uniti. Sebbene non si spostino né l'operatore europeo né quello statunitense, il segnale viaggia ed il servizio viene fornito tramite la rete statunitense all'operatore europeo negli Stati Uniti. Questo è anche il luogo dove avviene (eventualmente) la concorrenza. Il fatturato in questione deve dunque essere considerato fatturato non comunitario ⁽¹³⁰⁾.

Settori specifici

- (203) Determinati settori pongono tuttavia problemi molto particolari in termini di ripartizione geografica del fatturato, esposti nella sezione VI della presente comunicazione.

VI. CONVERSIONE DEL FATTURATO IN EURO

- (204) Nel convertire le cifre del fatturato in euro, si dovrà fare molta attenzione al tasso di cambio utilizzato. Il fatturato annuo di una società va convertito al tasso medio per i 12 mesi interessati. Tale valore è disponibile sul sito Web della DG Concorrenza ⁽¹³¹⁾. Gli importi certificati relativi al fatturato annuo devono essere convertiti in blocco e non suddivisi in importi trimestrali o mensili che vengano poi convertiti individualmente.
- (205) La procedura non cambia quando una società effettua vendite in varie monete. Il fatturato totale presentato nei conti annuali consolidati della società e nella valuta ivi utilizzata va convertito in euro al tasso medio annuo. Non si deve invece procedere a convertire direttamente in euro le vendite effettuate espresse in moneta locale, dal momento che queste cifre non sono tratte dai conti consolidati certificati dell'impresa.

VII. DISPOSIZIONI RELATIVE AGLI ENTI CREDITIZI E ALTRI ISTITUTI FINANZIARI E ALLE IMPRESE DI ASSICURAZIONE

1. Campo di applicazione

- (206) Data la natura specifica del settore, l'articolo 5, paragrafo 3 contiene norme specifiche per il calcolo del fatturato degli enti creditizi e degli altri istituti finanziari, nonché per le imprese di assicurazione.
- (207) Per definire i concetti di «enti creditizi» e «altri istituti finanziari» ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione ha costantemente seguito la prassi di adottare le definizioni fornite nel regolamento comunitario applicabile al settore bancario. La direttiva relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed il suo esercizio prevede quanto segue ⁽¹³²⁾:

- «ente creditizio»: un'impresa la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi o altri fondi rimborsabili e nel concedere crediti per proprio conto.
- «ente finanziario»: un'impresa diversa da un ente creditizio la cui attività principale consiste nell'assunzione di partecipazioni o nell'esercizio di una o più delle attività di cui ai punti da 2 a 12 dell'elenco di cui all'allegato I.

⁽¹³⁰⁾ Questo non influisce sul fatturato che l'operatore telefonico europeo genera nei confronti del proprio cliente con la chiamata.

⁽¹³¹⁾ Cfr. http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. Il sito Web fa riferimento al bollettino mensile della Banca centrale europea.

⁽¹³²⁾ Le definizioni sono quelle previste all'articolo 1, paragrafi 1 e 5, della direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (GU L 126 del 26.5.2000, pag. 1).

(208) Gli istituti finanziari ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni sono di conseguenza, da un lato, le società di partecipazione finanziaria e, dall'altro, le imprese che svolgono regolarmente come attività principale una o più delle attività esplicitamente menzionate ai punti da 2 a 12 dell'allegato alla direttiva bancaria. Tali attività includono:

- operazioni di prestito (comprese attività quali credito al consumo, credito ipotecario, factoring, ecc.),
- leasing finanziario,
- servizi di pagamento,
- emissione e gestione di mezzi di pagamento (carte di credito, travellers' cheque, lettere di credito),
- rilascio di garanzie e di impegni di firma,
- operazioni per proprio conto o per conto della clientela in strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito ecc.), cambi, strumenti finanziari a termine e opzioni, contratti su tassi di cambio e di interesse, valori mobiliari,
- partecipazioni alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi,
- servizi di intermediazione finanziaria del tipo money broking,
- gestione o consulenza nella gestione di patrimoni,
- custodia e amministrazione di valori mobiliari.

2. Calcolo del fatturato

(209) L'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni stabilisce i metodi di calcolo del fatturato per gli enti creditizi e altri istituti finanziari e per le imprese di assicurazione. Nella sezione seguente vengono affrontate alcune questioni aggiuntive relative al calcolo del fatturato per i suddetti tipi di imprese.

2.1 *Calcolo del fatturato di enti creditizi ed istituti finanziari (diversi dalle società di partecipazione finanziaria)*

2.1.1 Considerazioni di ordine generale

(210) Non si incontrano di solito difficoltà particolari nell'applicare il criterio dei proventi per la definizione del fatturato mondiale degli enti creditizi ed altri tipi di enti finanziari.

Ai fini della ripartizione geografica del fatturato alla Comunità ed ai singoli Stati membri si applica la disposizione specifica di cui all'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), secondo comma, che precisa che il fatturato deve essere imputato alla succursale o all'unità operativa avente sede nella Comunità o nello Stato membro che riceve tale provento.

2.1.2 Fatturato delle società di leasing

(211) Occorre operare una distinzione fondamentale tra il leasing finanziario e il leasing operativo. Sostanzialmente, le operazioni di leasing finanziario sono effettuate per periodi più lunghi rispetto a quelle di leasing operativo e alla fine del periodo di leasing la proprietà è generalmente trasferita al locatario tramite un'opzione di acquisto inclusa nel contratto di leasing. Nel leasing operativo, per contro, la proprietà non viene trasferita al locatario allo scadere del contratto e i costi di manutenzione, riparazione e assicurazione dei beni oggetto del leasing sono compresi nel canone. Un'operazione di leasing finanziario funziona pertanto come un prestito erogato dal concedente per consentire al locatario di acquistare un determinato bene.

- (212) Come già specificato in precedenza, un'impresa che ha il leasing finanziario come attività principale è un istituto finanziario ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), e il suo fatturato va calcolato secondo le norme specifiche precisate in tale disposizione. Vanno presi in considerazione tutti i pagamenti sui contratti di leasing finanziario, eccezione fatta per la parte relativa all'estinzione; non è rilevante una vendita di futuri pagamenti di leasing all'inizio del contratto a scopi di rifinanziamento.
- (213) Tuttavia le attività di leasing operativo non sono considerate effettuate da istituti finanziari; vanno pertanto applicate le regole generali di calcolo del fatturato di cui all'articolo 5, paragrafo 1 ⁽¹³³⁾.

2.2 *Imprese di assicurazione*

- (214) Per il calcolo del fatturato delle imprese d'assicurazione, l'articolo 5, paragrafo 3, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni prevede che vengano presi in considerazione i premi lordi emessi. I premi lordi emessi sono la somma dei premi incassati, compresi i premi di riassicurazione incassati se l'impresa in questione è attiva anche nel settore della riassicurazione. I premi di riassicurazione passiva, ossia tutti gli importi pagati e da pagarsi da parte delle imprese interessate per ottenere la copertura riassicurativa, sono soltanto costi relativi alla fornitura di copertura assicurativa e non vanno dedotti dai premi lordi emessi.
- (215) I premi da prendere in considerazione non sono solo quelli relativi ai nuovi contratti assicurativi sottoscritti durante l'esercizio preso in considerazione, ma anche tutti i premi connessi a contratti sottoscritti in esercizi precedenti che restano in vigore durante tale periodo.
- (216) Per costituire riserve appropriate che consentano la liquidazione dei sinistri, le imprese di assicurazione detengono solitamente un portafoglio di investimenti in azioni, titoli fruttiferi, terreni e proprietà immobiliari e altre attività, da cui ricavano un reddito annuo. Le entrate annue provenienti da tali fonti non sono considerate come fatturato per le imprese di assicurazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera b). È necessario tuttavia distinguere tra gli investimenti finanziari puri, che non conferiscono all'impresa di assicurazione i diritti e i poteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, nelle imprese nelle quali è stato fatto l'investimento, e gli investimenti che danno luogo all'acquisizione di una partecipazione che soddisfa i criteri precisati nell'articolo 5, paragrafo 4, lettera b). Nel secondo caso si applica l'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento e il fatturato dell'impresa controllata o collegata va addizionato a quello dell'impresa di assicurazione, calcolato ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera b), al fine di determinare le soglie fissate dal regolamento ⁽¹³⁴⁾.

2.3 *Società di partecipazione finanziaria*

- (217) In quanto esse fanno parte degli «altri istituti finanziari» ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), il fatturato delle società di partecipazione finanziaria va calcolato applicando le norme specifiche previste da detto articolo. Tuttavia, come precisato sopra per le imprese di assicurazione, l'articolo 5, paragrafo 4 si applica alle partecipazioni che soddisfano i criteri di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b). Pertanto, il fatturato di una società di partecipazione finanziaria va sostanzialmente calcolato secondo l'articolo 5, paragrafo 3, tenendo presente che potrebbe rivelarsi necessario aggiungere il fatturato di imprese ricadenti all'interno delle categorie definite dall'articolo 5, paragrafo 4 («imprese di cui all'articolo 5, paragrafo 4») ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Cfr. caso IV/M.234 — GECC/Avis Lease del 15 luglio 1992.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. caso IV/M.018 — AG/AMEV del 21 novembre 1990.

⁽¹³⁵⁾ I principi enunciati con riferimento alle società di partecipazione finanziaria possono in una certa misura essere applicati alle società di gestione di fondi.

- (218) In pratica va preso inizialmente in considerazione il fatturato (non consolidato) della società di partecipazione finanziaria. Successivamente va aggiunto il fatturato delle imprese di cui all'articolo 5, paragrafo 4, avendo cura di dedurre eventuali dividendi ed altre remunerazioni che tali imprese abbiano distribuito alla società di partecipazione finanziaria. Si riporta qui di seguito un esempio di questo tipo di calcolo:

<i>milioni di euro</i>	
1. Fatturato relativo ad attività finanziarie (dai conti economici non consolidati)	3 000
2. Fatturato relativo ad imprese di assicurazione di cui all'art. 5, par. 4 (premi lordi emessi)	300
3. Fatturato di imprese industriali di cui all'art. 5, par. 4	2 000
4. Meno dividendi e altri redditi derivati dalle imprese 2 e 3 di cui all'art. 5, par. 4	<200>
Fatturato totale dell'impresa di partecipazione finanziaria e del suo gruppo	5 100

- (219) È possibile che per tali calcoli si debbano prendere in considerazione norme di contabilità diverse. Sebbene tale considerazione valga per qualsiasi tipo di impresa cui si applica il regolamento, essa è particolarmente importante nel caso delle società di partecipazione finanziaria⁽¹³⁶⁾, in cui vanno attentamente esaminati il numero e la varietà delle imprese controllate e il grado di controllo che la holding esercita sulle sue controllate, collegate ed altre partecipate.
- (220) Il calcolo del fatturato per le imprese di partecipazione finanziaria descritto sopra può rivelarsi in pratica oneroso. Sarà perciò necessario applicarlo in forma rigorosa e dettagliata solo nei casi in cui sembra probabile che il fatturato di una holding finanziaria si approssimi alle soglie fissate dal regolamento; quando invece è del tutto ovvio che il fatturato è nettamente superiore o inferiore alle soglie del regolamento, i dati del bilancio pubblicato saranno sufficienti per l'accertamento della competenza.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. ad esempio caso IV/M.166 — Torras/Sarrió del 24 febbraio 1992.