

II

(Comunicazioni)

**COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI E DAGLI ORGANI
DELL'UNIONE EUROPEA****COMMISSIONE****Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione**

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2008/C 267/01)

I. INTRODUZIONE

1. Il regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ⁽¹⁾ (in appresso «il regolamento sulle concentrazioni»), in particolare l'articolo 6, paragrafo 2, e l'articolo 8, paragrafo 2, prevede espressamente che la Commissione possa decidere di dichiarare una concentrazione compatibile con il mercato comune in seguito ad una modifica apportata all'operazione dalle parti ⁽²⁾, sia prima che dopo l'avvio del relativo procedimento. A tale scopo, la Commissione può subordinare la decisione a condizioni e obblighi destinati a garantire che le imprese interessate adempiano gli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune ⁽³⁾.
2. Scopo della presente comunicazione è fornire indicazioni sulle modifiche delle concentrazioni e in particolare, sugli impegni di modifica dell'operazione di concentrazione assunti dalle parti. Modifiche di questo tipo sono comunemente denominate «rimedi» o misure correttive, in quanto il loro obiettivo è quello di eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza ⁽⁴⁾ espresse dalla Commissione. Le indicazioni date nella presente comunicazione riflettono l'evolversi dell'esperienza accumulata dalla Commissione in merito alla valutazione, accettazione e attuazione di misure correttive a norma del regolamento sulle concentrazioni fin dalla sua entrata in vigore, avvenuta il 21 settembre 1990. La revisione della comunicazione del 2001 della Commissione sulle misure correttive ⁽⁵⁾ è si è resa necessaria a seguito dell'entrata in vigore del regolamento rifuso sulle concentrazioni (CE) n. 139/2004 ⁽⁶⁾ e

⁽¹⁾ GUL 24 del 29.1.2004, pagg. 1-22.

⁽²⁾ I riferimenti alle «parti» e «parti della concentrazione» valgono anche per i casi con un'unica parte notificante.

⁽³⁾ Rispettivamente articolo 6, paragrafo 2, secondo comma, e articolo 8, paragrafo 2, secondo comma. Cfr. anche il considerando 30 del regolamento sulle concentrazioni, che recita: «Quando le imprese interessate modificano un progetto di concentrazione notificato, in particolare offrendo di assumere impegni per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune, la Commissione dovrebbe poter dichiarare la concentrazione, così modificata, compatibile con il mercato comune. Gli impegni dovrebbero essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza e risolverlo interamente». Il considerando 30 chiarisce inoltre che «[è] parimenti opportuno accettare impegni prima di iniziare un procedimento nei casi in cui il problema che sorge sotto il profilo della concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente».

⁽⁴⁾ Salvo ove altriamenti specificato, nella presente comunicazione l'espressione «riserve sotto il profilo della concorrenza» corrisponde, a seconda della fase del procedimento, a seri dubbi o a risultanze preliminari in merito al fatto che una concentrazione sia atta ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a seguito della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante.

⁽⁵⁾ Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 447/98 della Commissione (GU C 68 del 2.3.2001, pag. 3).

⁽⁶⁾ Che sostituisce il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (GU L 395 del 30.12.1989, versione rettificata nella GUL 257 del 21.9.1990, pag. 13).

del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione⁽¹⁾ (in appresso «il regolamento di esecuzione»), il 1º maggio 2004, nonché a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, delle conclusioni tratte dal sistematico riesame a posteriori, eseguito dalla Commissione, di casi precedenti di misure correttive⁽²⁾, e della prassi decisionale seguita dalla Commissione negli ultimi anni nei casi che prevedono misure correttive. I principi qui enunciati verranno applicati e ulteriormente sviluppati e affinati dalla Commissione nei singoli casi. Le indicazioni fornite nella presente comunicazione non pregiudicano l'interpretazione che potrebbe essere data dalla Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee.

3. La presente comunicazione definisce i principi generali che si applicano alle misure correttive considerate adeguate dalla Commissione, i principali tipi di impegni che possono essere accettati dalla Commissione stessa nei casi valutati a norma del regolamento sulle concentrazioni, i criteri specifici cui le proposte di impegno devono rispondere in entrambe le fasi della procedura e i principali criteri per l'attuazione degli impegni. La Commissione prenderà comunque in debita considerazione le circostanze particolari dei singoli casi.

II. PRINCIPI GENERALI

4. Ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione valuta se un'operazione di concentrazione notificata sia compatibile con il mercato comune in funzione della sua incidenza sulla struttura della concorrenza nella Comunità⁽³⁾. La verifica della compatibilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni consiste nel determinare se un'operazione sia o meno atta ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a seguito della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. Una concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel modo testé indicato è incompatibile con il mercato comune e la Commissione è tenuta a vietarla. Anche in caso di costituzione di un'impresa comune, la Commissione esaminerà la concentrazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni. I principi stabiliti nella presente comunicazione si applicheranno generalmente anche alle misure correttive presentate per eliminare le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza a norma dell'articolo 2, paragrafo 4.
5. Qualora una concentrazione desti riserve sotto il profilo della concorrenza, in quanto potrebbe ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare a seguito della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, le parti possono cercare di modificare l'operazione di concentrazione in modo da risolvere tali riserve, ottenendo così l'autorizzazione della concentrazione. Siffatte modifiche possono essere attuate integralmente prima che la Commissione abbia deciso se autorizzare o meno l'operazione. È tuttavia più frequente il caso in cui le parti propongono impegni, diretti a rendere l'operazione compatibile con il mercato comune, e tali impegni vengono attuati successivamente alla decisione di autorizzazione.
6. Nel quadro del regolamento sulle concentrazioni, spetta alla Commissione dimostrare che una concentrazione ostacolerebbe in modo significativo la concorrenza⁽⁴⁾. La Commissione comunica alle parti le proprie riserve sotto il profilo della concorrenza per permettere loro di formulare proposte di misure correttive adeguate e corrispondenti⁽⁵⁾. Spetta poi ai partecipanti alla concentrazione presentare impegni: la Commissione non è in grado di imporre unilateralmente le condizioni per una decisione di autorizzazione, ma può farlo soltanto sulla base degli impegni delle parti⁽⁶⁾. La Commissione informerà le parti in merito alla propria valutazione preliminare delle proposte di misure correttive. Se

⁽¹⁾ Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 133 del 30.4.2004, pag. 1). Tale regolamento sostituisce il regolamento (CE) n. 447/98 della Commissione relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 61 del 2.3.1998, pag. 1).

⁽²⁾ DG COMP, «Merger Remedies Study» (Studio sulle misure correttive in materia di concentrazioni), ottobre 2005.

⁽³⁾ Considerando 6 del regolamento sulle concentrazioni.

⁽⁴⁾ Nella fase I e prima dell'emissione di una comunicazione delle obiezioni, questo equivale a *seri dubbi* in merito al significativo ostacolo alla concorrenza effettiva.

⁽⁵⁾ Il regolamento sulle concentrazioni prevede fasi formali nelle quali le parti vengono informate delle riserve sotto il profilo della concorrenza individuate dalla Commissione [decisione ex articolo 6, paragrafo 1, lettera c), comunicazione delle obiezioni]. Inoltre, le «Migliori pratiche per la condotta dei procedimenti comunitari di controllo delle concentrazioni» della DG Concorrenza prevedono che vengano solitamente proposte delle riunioni sullo stato di avanzamento in fasi chiave del procedimento in cui la Commissione spiegherà le proprie riserve alle parti onde consentire loro di rispondere con proposte di misure correttive.

⁽⁶⁾ Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-210/01, General Electric/Commissione, Racc. 2005, pag. II-5575, punto 52; cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 105.

tuttavia le parti non propongono in modo valido misure correttive atte ad eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza, l'unica alternativa di cui disporrà la Commissione sarà di adottare una decisione di divieto ⁽¹⁾.

7. La Commissione deve valutare se le misure correttive proposte, una volta realizzate, eliminerebbero le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza. Soltanto le parti dispongono di tutte le informazioni pertinenti necessarie per una tale valutazione, in particolare riguardo alla fattibilità degli impegni proposti e alla redditività e competitività degli attivi dei quali viene proposta la cessione. Spetta pertanto alle parti fornire tutte le informazioni disponibili necessarie affinché la Commissione valuti la proposta di misure correttive. A tale scopo, in base al regolamento di esecuzione, le parti notificanti devono fornire, contestualmente agli impegni, informazioni dettagliate sul contenuto e le condizioni per l'esecuzione degli impegni stessi, nonché dimostrarne l'idoneità ad eliminare eventuali ostacoli significativi alla concorrenza effettiva, come precisato nell'allegato al regolamento di esecuzione («formulario MC») relativo alle misure correttive. Per gli impegni che consistono nella cessione di un'attività, le parti devono descrivere dettagliatamente, in particolare, come viene attualmente gestita l'attività da cedere. Tali informazioni permetteranno alla Commissione di valutare la redditività, la competitività e la commerciabilità dell'attività in questione, comparandone l'attuale gestione all'entità che si propone di attribuirle nel quadro degli impegni. La Commissione può adeguare i criteri esatti alle informazioni necessarie nel singolo caso in questione e sarà disponibile per discutere con le parti la portata delle informazioni richieste prima della presentazione del formulario MC.
8. Mentre le parti devono proporre impegni sufficienti a eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza e presentare le informazioni necessarie alla valutazione di tali impegni, spetta alla Commissione stabilire se una concentrazione, come modificata da impegni presentati in modo valido, debba o meno essere dichiarata incompatibile con il mercato comune in quanto determina, nonostante gli impegni, un significativo ostacolo alla concorrenza effettiva. L'onere della prova per il divieto o l'autorizzazione di una concentrazione modificata da impegni è pertanto soggetto agli stessi criteri previsti per una concentrazione non modificata ⁽²⁾.

Condizioni di base per impegni accettabili

9. Ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione ha solo il potere di accettare impegni che siano ritenuti atti a rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune e quindi ad evitare significativi ostacoli alla concorrenza effettiva. Gli impegni devono eliminare interamente le riserve sotto il profilo della concorrenza ⁽³⁾ ed essere completi ed efficaci sotto ogni profilo ⁽⁴⁾. Gli impegni devono inoltre poter essere realizzati in maniera efficace entro un breve periodo di tempo in quanto le condizioni di concorrenza sul mercato non si manterranno fino all'adempimento degli impegni stessi.
10. Gli impegni strutturali, in particolare le cessioni, proposti dalle parti soddisferanno tali condizioni soltanto nella misura in cui la Commissione può concludere con il necessario grado di sicurezza che sarà possibile eseguirli e che sarà probabile che le nuove strutture commerciali che ne deriveranno saranno sufficientemente fattibili e durature da garantire che non si concretizzi l'ostacolo significativo alla concorrenza effettiva ⁽⁵⁾.
11. Sul necessario grado di sicurezza in merito all'esecuzione degli impegni proposti possono incidere, in particolare, i rischi relativi al trasferimento di un'attività da cedere, quali le condizioni previste dalle parti per la cessione, i diritti di terzi relativi all'attività o l'alea insita nella ricerca di un acquirente

⁽¹⁾ Cfr. caso COMP/M.2220 — GE/Honeywell, del 3 luglio 2001, confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-210/01, General Electric/Commissione, Racc. 2005, pag. II-5575, punti 555 e segg., 612 e segg.; caso COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, del 9 dicembre 2004, confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punti 63 e segg., 75 e segg.; caso IV/M.469 — MSG Media Service, del 9 novembre 1994; caso IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution, del 19 luglio 1995; caso IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, del 20 settembre 1995; caso IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere, del 27 maggio 1998; caso IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch, del 27 maggio 1998; caso IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie, del 4 dicembre 1996; caso IV/M.53 — Aerospatiale/Alenia/De Havilland, del 2 ottobre 1991; caso IV/M.619 — Gencor/Lonrho, del 24 aprile 1996, confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. 1999, pag. II-753.

⁽²⁾ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 62 e segg.

⁽³⁾ Cfr. il considerando 30 del regolamento sulle concentrazioni e la sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-282/02, Cementbouw/Commissione, Racc. 2006, pag. II-319, punto 307.

⁽⁴⁾ Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-210/01, General Electrics/Commissione, Racc. 2005, pag. II-5575, punto 52; causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 105.

⁽⁵⁾ Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-210/01, General Electrics/Commissione, Racc. 2005, pag. II-5575, punti 555, 612.

adatto, nonché i rischi relativi al peggioramento degli attivi fino all'avvenuta cessione. Spetta alle parti eliminare tali incertezze in merito all'esecuzione della misura correttiva al momento della presentazione della proposta alla Commissione (¹).

12. Nel valutare il secondo criterio, ossia se è probabile che l'impegno proposto elimini le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza, la Commissione prenderà in considerazione tutti i fattori rilevanti concernenti la misura correttiva proposta, compresi, tra l'altro, il tipo, l'entità e la portata della misura correttiva proposta, valutati facendo riferimento alla struttura ed alle caratteristiche particolari del mercato nel quale insorgono riserve sotto il profilo della concorrenza, compresa la posizione delle parti e di altri operatori sul mercato.
13. Affinché gli impegni rispettino tali principi, è necessaria un'esecuzione efficace degli impegni e la capacità di controllare tale esecuzione (²). Mentre le cessioni, una volta realizzate, non necessitano ulteriori misure di controllo, altri tipi di impegni richiedono efficaci sistemi di controllo per garantire che gli effetti non vengano ridotti o addirittura eliminati dalle parti. Tali impegni dovrebbero altrimenti essere considerati come semplici dichiarazioni di intenti delle parti e non rappresenterebbero obblighi vincolanti, in quanto, a causa della mancanza di efficaci sistemi di controllo, una loro violazione non potrebbe determinare una revoca della decisione in base alle disposizioni del regolamento sulle concentrazioni (³).
14. Qualora tuttavia le misure correttive proposte dalle parti siano così ampie e complesse che la Commissione non è in grado di stabilire con il necessario grado di sicurezza, al momento della decisione, che esse verranno attuate integralmente e che sono atte a mantenere la concorrenza effettiva sul mercato, non potrà essere presa una decisione di autorizzazione (⁴). La Commissione può rigettare tali misure correttive, in particolare, in quanto non è possibile controllarne efficacemente l'attuazione e tale mancanza di controllo efficace riduce o addirittura elimina l'effetto degli impegni proposti.

Adeguatezza di diversi tipi di misure correttive

15. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, l'obiettivo fondamentale degli impegni è garantire le strutture competitive del mercato (⁵). Di conseguenza, gli impegni di natura strutturale, quale quello di vendita di un'unità aziendale, sono in linea di principio preferibili in base allo scopo del regolamento sulle concentrazioni, in quanto impediscono, in maniera duratura, l'insorgere di riserve sotto il profilo della concorrenza come conseguenza della concentrazione così come notificata, senza richiedere, inoltre, misure di controllo a medio o lungo termine. Non si può tuttavia escludere automaticamente la possibilità che anche altri tipi di impegni siano atti a prevenire un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva (⁶).
16. La Commissione sottolinea che va valutato caso per caso se una misura correttiva — e, più specificamente, quale tipo di misura correttiva — sia atta ad eliminare le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza.
17. È possibile tuttavia operare una distinzione generale tra le cessioni, le altre misure correttive strutturali, quali la concessione dell'accesso all'infrastruttura o a fattori di produzione chiave a condizioni non discriminatorie, e gli impegni relativi al futuro comportamento dell'impresa derivante dalla concentrazione. Gli impegni di cessione, oltre ad essere il modo migliore di eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza dovute alle sovrapposizioni orizzontali, possono anche essere il mezzo migliore per

(¹) In funzione della natura dei rischi, misure di garanzia specifiche possono mirare a compensarli. Ad esempio, il rischio derivante dai diritti dei terzi relativi agli attivi da cedere può essere compensato con la proposta di un cessione alternativa. Tali garanzie vengono trattate più dettagliatamente in appresso.

(²) Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punto 188.

(³) Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punti 186 e segg.; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 72.

(⁴) Cfr., come esempio di misura correttiva complessa e inadeguata, il caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, del 9 dicembre 2004; confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 102; caso COMP/M.1672 — Volvo/Scania, del 15 marzo 2000.

(⁵) Cfr. considerando 8 del regolamento sulle concentrazioni; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. 1999, pag. II-753, punto 316; sentenza della Corte di giustizia nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. 2005, pag. I-987, punto 86; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. 2003, pag. II-3825, punti 192 e segg.

(⁶) Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. 2005, pag. II-987, punto 86; sentenza del Tribunale di primo grado, del 25 marzo 1999, nella causa T-102/96, Gencor Ltd/Commissione, Racc. 1999, pag. II-753, punto 319 e segg.; sentenza del Tribunale di primo grado, del 30 settembre 2003, nella causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. 2003, pag. II-3825, punto 193; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punto 182; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 101.

risolvere i problemi derivanti da riserve a livello verticale o di conglomerato⁽¹⁾. Altri impegni strutturali possono essere atti ad eliminare riserve di tutti i tipi se tali misure correttive sono equivalenti, nei loro effetti, alle cessioni, come illustrato più dettagliatamente in appresso ai punti 61 e segg. Gli impegni relativi al comportamento futuro del soggetto derivante dalla concentrazione possono essere accettabili solo eccezionalmente in circostanze molto specifiche⁽²⁾. In particolare, gli impegni che vincolano a non aumentare i prezzi, non ridurre le gamme dei prodotti o eliminare marchi ecc. non elimeranno generalmente le riserve sotto il profilo della concorrenza derivanti dalle sovrapposizioni orizzontali. Misure correttive di tale tipo possono in ogni caso essere accettate solo eccezionalmente se la loro fattibilità è interamente garantita dall'efficace esecuzione e monitoraggio in linea con le considerazioni di cui ai punti 13-14, 66, 69, e se non rischiano di determinare effetti di distorsione della concorrenza⁽³⁾.

Procedimento

18. La Commissione può accettare impegni nella prima o nella seconda fase del procedimento⁽⁴⁾. Tuttavia, dato che un'analisi approfondita del mercato viene svolta solo nella fase II del procedimento, gli impegni presentati alla Commissione nella fase I devono essere sufficienti da escludere chiaramente la presenza di «seri dubbi» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento sulle concentrazioni⁽⁵⁾. A norma dell'articolo 10, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione deve emanare una decisione di autorizzazione non appena risultino eliminati i seri dubbi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento sulle concentrazioni, a seguito degli impegni proposti dalle parti. Tale norma si applica agli impegni proposti nella fase II del procedimento prima che la Commissione emetta una comunicazione delle obiezioni⁽⁶⁾. Se la Commissione giunge alla conclusione preliminare che la concentrazione determina un significativo ostacolo alla concorrenza effettiva ed emette una comunicazione delle obiezioni, gli impegni devono essere sufficienti ad eliminare tale ostacolo.
19. Mentre la proposta degli impegni deve provenire dalle parti, la Commissione garantirà l'esecuzione degli impegni stessi facendo dipendere l'autorizzazione della concentrazione dal loro adempimento. Occorre operare una distinzione tra condizioni ed obblighi. La realizzazione della modifica strutturale del mercato rappresenta una condizione (consistente ad esempio nella cessione di un'attività). Le varie fasi di adempimento necessarie per ottenere tale risultato costituiscono generalmente obblighi per le parti: ad esempio, la nomina di un fiduciario con mandato irrevocabile per la cessione dell'attività.
20. Qualora le imprese interessate violino un obbligo, la Commissione può revocare le decisioni di autorizzazione adottate a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, o dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, secondo quanto previsto, rispettivamente, dall'articolo 6, paragrafo 3, o dall'articolo 8, paragrafo 6. In caso di violazione di un obbligo, alle parti possono anche essere inflitte le ammende e penalità di mora previste rispettivamente dall'articolo 14, paragrafo 2, lettera d), e dall'articolo 15, paragrafo 1, lettera c), del regolamento sulle concentrazioni. Qualora tuttavia non venga rispettata una condizione, ad esempio un'attività non venga ceduta entro il termine previsto negli impegni o venga riacquisita successivamente, la decisione di compatibilità non è più applicabile. In tal caso la Commissione può innanzi tutto adottare misure provvisorie idonee a mantenere condizioni di concorrenza effettiva, in forza dell'articolo 8, paragrafo 5, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni. In secondo luogo, la Commissione, qualora siano soddisfatte le condizioni dell'articolo 8, paragrafo 4), lettera b), può ordinare misure appropriate per garantire che le imprese interessate dissolvano la concentrazione o adottino altre misure volte a ripristinare la situazione precedente oppure, a norma dell'articolo 8, paragrafo 7, può adottare una decisione ex articolo 8, paragrafi da 1 a 3. Le parti sono inoltre assoggettabili alle ammende di cui all'articolo 14, paragrafo 2, lettera d).

⁽¹⁾ Cfr. la cessione di impianti di impianti di stoccaggio nel caso COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, del 14 marzo 2006, punti 170 e segg.; caso COMP/M.3696 — E.ON/MOL, del 21 dicembre 2005, punti 735 e segg., come esempio di separazione della struttura proprietaria per eliminare legami strutturali tra le parti nel settore dello stoccaggio del gas; nonché caso COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer, dell'11 dicembre 2006, caso COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, del 20 febbraio 2007.

⁽²⁾ Cfr., in relazione agli effetti conglomerati di una concentrazione, la sentenza del Tribunale di primo grado nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. 2005, pag. II-987, punti 85, 89.

⁽³⁾ Ad esempio, impegni relativi ad un determinato comportamento in materia di prezzi, quali i massimali di prezzo, rischiano di determinare un allineamento dei prezzi tra concorrenti.

⁽⁴⁾ Come previsto dal considerando 30 del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione garantirà la trasparenza e l'effettiva consultazione degli Stati membri in entrambe le fasi del procedimento.

⁽⁵⁾ Gli impegni nella fase I possono essere accettati soltanto in determinati tipi di situazione. cfr. infra punto 81.

⁽⁶⁾ Cfr., tra l'altro, il caso COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, del 23 luglio 2003; caso COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV, del 30 aprile 2003; caso IV/JV.15 — BT/AT & T, del 30 marzo 1999; caso IV/M.1532 — BP Amoco/Arco, del 29 settembre 1999.

Modelli per impegni di cessione

21. I servizi della Commissione hanno pubblicato indicazioni per le migliori pratiche da seguire in caso di impegni per la cessione di attività, che consistono in un modello di impegni di cessione e in un modello di mandato del fiduciario ⁽¹⁾. Tali modelli non intendono coprire in modo esaustivo tutte le questioni che potrebbero diventare rilevanti in tutti i casi e non sono giuridicamente vincolanti per le parti di un procedimento relativo ad una concentrazione. Essi integrano la presente comunicazione in quanto illustrano gli accordi tipici per gli impegni di cessione in una forma che può essere utilizzata dalle parti, lasciando nel contempo un margine di manovra per adattarli alle condizioni dei casi specifici.

III. DIVERSI TIPI DI MISURE CORRETTIVE

1. Cessione di un'attività ad un acquirente adeguato

22. Se una concentrazione proposta rischia di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, il mezzo più efficace per mantenere tale concorrenza, a parte l'ipotesi di un divieto opposto all'operazione, è creare le condizioni per la costituzione di un nuovo soggetto concorrenziale o per il rafforzamento di concorrenti già esistenti, mediante la cessione di attività da parte delle parti della concentrazione.

1.1. Cessione di un'attività redditizia e competitiva

23. Le attività cedute devono consistere in un'attività redditizia che, se gestita da un acquirente idoneo, possa fare concorrenza in maniera effettiva e durevole al soggetto risultante dalla concentrazione e che venga ceduta come attività in essere ⁽²⁾. Affinché un'attività sia redditizia, può essere necessario includere anche elementi relativi a mercati per i quali la Commissione non ha sollevato riserve a livello concorrenziale, se è questo è necessario per dar vita ad un concorrente effettivo sui mercati interessati ⁽³⁾.
24. Nel proporre la dismissione di un'attività che sia in grado di operare in condizioni di redditività, è necessario tener conto delle incertezze e dei rischi connessi al trasferimento di qualsiasi attività a un nuovo proprietario. Tali rischi possono limitare la capacità concorrenziale dell'attività ceduta, portando eventualmente ad una situazione di mercato in cui i motivi delle riserve espresse sotto il profilo della concorrenza non sono necessariamente eliminati.

Entità dell'attività da cedere

25. L'attività deve comprendere tutti gli attivi che contribuiscono alla sua attuale gestione o che sono necessari per garantirne la redditività e la competitività nonché tutto il personale attualmente impiegato o necessario per garantirne la redditività e la competitività ⁽⁴⁾.
26. Devono essere compresi anche il personale e gli attivi che sono attualmente divisi tra l'attività da cedere ed altre attività delle parti, ma che contribuiscono alla gestione dell'attività in questione o che sono necessari per garantirne la redditività e la competitività. In caso contrario la redditività e la competitività dell'attività sarebbero a rischio. L'attività da cedere deve pertanto comprendere il personale che svolge funzioni essenziali per l'attività come, ad esempio, il personale R&S e informatico, almeno in una proporzione sufficiente per soddisfare le esigenze correnti dell'attività da cedere, anche quando tale personale viene in tale momento impiegato da un'altra unità aziendale delle parti. Allo stesso modo gli attivi comuni devono essere inclusi anche se sono di proprietà o assegnati ad un'altra unità aziendale.

⁽¹⁾ Cfr. pagina del sito web della DG COMP, pubblicata nel maggio 2003, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>. Tali modelli possono subire costanti aggiornamenti e, ove necessario, possono essere pubblicate ulteriori indicazioni sulle migliori pratiche in materia di misure correttive.

⁽²⁾ Questo comprende, a determinate condizioni, attività che devono essere «scorporate» dagli attivi commerciali o individuali di una delle parti; cfr. infra punti 35 e segg.

⁽³⁾ Caso IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, del 18 novembre 1997; caso IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, del 1º dicembre 1999, punto 255; caso COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille, dell'8 marzo 2000; caso COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods, del 28 settembre 2000.

⁽⁴⁾ Le parti notificanti dovranno specificare negli impegni che l'attività da cedere comprende tutti questi attivi e membri del personale. Qualora la descrizione dettagliata dell'attività, che le parti devono fornire come precisato al punto 27, risulti in un momento successivo incompleta in tal senso e le parti non integrino l'attività con gli attivi o il personale aggiuntivi necessari, la Commissione può considerare la possibilità di revocare la decisione di approvazione subordinata a condizioni.

27. Affinché la Commissione possa identificare l'entità dell'attività da cedere, le parti devono accludere agli impegni una definizione precisa dell'entità dell'attività da cedere («la descrizione dell'attività»). La descrizione dell'attività deve essere adeguata al singolo caso in questione e contenere tutti gli elementi che sono parte dell'attività da cedere: beni materiali (ad esempio, R&S, produzione, distribuzione, vendite ed attività di commercializzazione) e immateriali (come diritti di proprietà intellettuale, know-how e avviamento); licenze, permessi e autorizzazioni concessi all'attività da organismi governativi; contratti, affitti ed impegni (ad esempio, accordi con fornitori e clienti) a favore dell'attività da cedere; registrazioni relative a clienti, crediti ed altro. Nella descrizione dell'attività le parti devono comprendere il personale da trasferire in generale, compreso il personale messo a disposizione ed i dipendenti temporanei, ed accludere un elenco del personale chiave, ossia il personale essenziale per la redditività e la competitività dell'attività. Il trasferimento di tali lavoratori non pregiudica l'applicazione delle direttive del Consiglio sui licenziamenti collettivi ⁽¹⁾, sulla tutela dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese ⁽²⁾ e sull'informazione e la consultazione dei lavoratori ⁽³⁾, né le disposizioni nazionali di attuazione di tali direttive e altre normative nazionali. La misura correttiva deve comprendere una clausola con cui le parti si impegnano ad astenersi dal contattare a fini di assunzione e dall'assumere personale chiave.
28. Nella descrizione dell'attività, le parti devono inoltre precisare gli accordi per la fornitura di prodotti e servizi da parte loro all'attività da cedere o viceversa. Tali rapporti correnti dell'attività da cedere possono essere necessari per mantenere su base temporanea la redditività economica e la competitività complete dell'attività da cedere. La Commissione accetterà tali accordi soltanto se non incidono sull'indipendenza dell'attività da cedere rispetto alle parti.
29. Per evitare qualsiasi malinteso in ordine all'attività da cedere, nel testo degli impegni le parti devono esplicitamente escludere gli attivi o il personale che sono utilizzati o impiegati dall'attività in questione ma che, nell'intenzione delle parti, non sono destinati ad essere trasferiti con la cessione. La Commissione potrà accettare tale esclusione di attivi o di personale soltanto se le parti potranno chiaramente dimostrare che questo non incide sulla redditività e sulla competitività dell'attività.
30. L'attività da cedere deve essere redditizia di per sé. Pertanto, le risorse di un possibile o anche presunto futuro acquirente non sono prese in considerazione dalla Commissione al momento della valutazione della misura correttiva. La situazione è diversa se già durante il procedimento viene concluso un accordo di compravendita con un acquirente specifico delle cui risorse è possibile tener conto al momento della valutazione dell'impegno. Tale situazione verrà illustrata più dettagliatamente in appresso ai punti 56 e segg.
31. Una volta individuato un acquirente dopo l'adozione di una decisione di autorizzazione, alcuni degli attivi o dei membri del personale compresi nell'attività da cedere possono non essere necessari all'acquirente proposto. Nel processo di approvazione dell'acquirente, la Commissione può, su richiesta delle parti, approvare la cessione dell'attività all'acquirente proposto senza uno o più attivi o membri del personale se ciò non incide, dopo la vendita, sulla redditività e sulla competitività dell'attività da cedere, tenendo conto delle risorse dell'acquirente proposto.

1.2. Attività autonome e condizioni per l'accettabilità di soluzioni alternative

32. Di regola un'attività redditizia è un'attività in grado di operare autonomamente, ossia in modo indipendente dalle parti della concentrazione per quanto riguarda l'approvvigionamento di fattori produttivi o altre forme di cooperazione, al di là di un determinato periodo transitorio.

⁽¹⁾ Direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (GU L 225 del 12.8.1998, pag. 16).

⁽²⁾ Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU L 82 del 22.3.2001, pag. 16).

⁽³⁾ Direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (GU L 254 del 30.9.1994, pag. 64); direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (GU L 80 del 23.3.2002, pag. 29).

33. La Commissione ha una chiara preferenza per un'attività autonoma esistente. Essa può avere la forma di un'impresa o di un gruppo di imprese preesistente o di un comparto aziendale che non è stato in precedenza giuridicamente costituito come unità autonoma.
34. Qualora la riserva sotto il profilo della concorrenza derivi da una sovrapposizione orizzontale, le parti possono essere in grado di scegliere tra due attività. Nei casi che comportano un'offerta ostile, un impegno a cedere le attività della società oggetto dell'operazione può — in una situazione in cui le informazioni di cui dispongono le parti notificanti sull'attività da cedere sono limitate — aumentare il rischio che tale attività possa, dopo una cessione, non risultare un concorrente valido, capace di competere sul mercato in modo effettivo e durevole. In situazioni di questo tipo può dunque essere più opportuno che le parti propongano di cedere attività della società acquirente.

Scorporo di attività («carve out»)

35. Sebbene di norma sia richiesta la cessione di un'attività redditizia autonoma esistente, la Commissione, che tiene conto del principio di proporzionalità, può anche prendere in considerazione la cessione di attività che hanno forti legami esistenti o che sono parzialmente integrate con le attività conservate dalle parti e che devono dunque, in tal senso, essere «scorporate» dalle altre attività (il cosiddetto *carve out*). Onde ridurre al minimo i rischi per la redditività e la competitività in tali circostanze, le parti possono presentare impegni con cui propongono di scorporare e mantenere le parti di un'attività esistente che non devono necessariamente essere cedute. In tali circostanze, in effetti, viene ceduta un'attività autonoma esistente anche se, mediante un processo di «scorporo inverso», le parti hanno la possibilità di scorporare gli elementi limitati che possono mantenere.
36. In ogni caso, la Commissione potrà accettare impegni che richiedono lo scorporo di un'attività soltanto se è possibile avere la certezza che, almeno nel momento in cui l'attività viene trasferita all'acquirente, venga ceduta un'attività redditizia autonoma ed i rischi per la redditività e la competitività derivanti dallo scorporo siano quindi ridotti al minimo. Le parti devono dunque garantire, come precisato dettagliatamente in appresso al punto 113, che questo scorporo venga avviato nel periodo di transizione, ossia nel periodo compreso tra l'adozione della decisione della Commissione e il completamento della cessione (ossia del trasferimento giuridico e materiale dell'attività all'acquirente). Di conseguenza, alla fine di tale periodo, verrà ceduta un'attività redditizia autonoma. Se questo non dovesse essere possibile o se lo scorporo dovesse essere particolarmente difficile, le parti possono fornire il necessario livello di sicurezza per la Commissione proponendo come soluzione un acquirente designato, come ulteriormente illustrato in appresso al punto 55.

Cessione di attivi, in particolare marchi e licenze

37. Una cessione che consiste nella combinazione di determinati attivi che non costituivano un'attività uniforme e redditizia in passato crea rischi in merito alla redditività ed alla competitività dell'attività che ne deriva. Questo caso si verifica, in particolare, se sono interessati attivi di più di una parte. Un approccio di questo tipo può essere accettato dalla Commissione soltanto se la redditività dell'attività è garantita nonostante il fatto che gli attivi non costituiscano un'attività uniforme in passato. Questo può avvenire se i singoli attivi possono già essere considerati un'impresa redditizia e competitiva⁽¹⁾. Analogamente, solo in casi eccezionali un pacchetto di cessione che includa solo marchi e attività di supporto produttivo e/o di distribuzione può essere sufficiente per creare le condizioni di una concorrenza effettiva⁽²⁾. In tali circostanze, il pacchetto che consiste di marchi e attivi deve essere sufficiente da permettere alla Commissione di concludere che l'attività che ne deriva, se affidata ad un acquirente adeguato, sarà immediatamente redditizia.
38. La cessione di un'attività sembra generalmente preferibile alla concessione di licenze per diritti di proprietà intellettuale, in quanto il rilascio di una licenza comporta maggiori incertezze, non permette al licenziatario di competere immediatamente sul mercato, implica l'esistenza di un rapporto con le parti che può consentire a colui che concede la licenza di influenzare il comportamento concorrenziale del licenziatario e può determinare contrasti tra chi concede e chi ottiene la licenza in merito al

⁽¹⁾ Caso COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis, del 26 luglio 2000; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, del 9 febbraio 2000; caso IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox, del 14 novembre 1995.

⁽²⁾ Caso COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, del 15 febbraio 2002; caso COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, del 27 luglio 2001; caso IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, del 16 gennaio 1996; caso COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, del 24 giugno 2005.

campo di applicazione e alle condizioni della licenza stessa. Il rilascio di una licenza non sarà dunque generalmente ritenuto opportuno qualora la cessione di un'attività risulti possibile. Qualora vengano sollevate riserve sotto il profilo della concorrenza dalla posizione di mercato detenuta per una certa tecnologia o per certi diritti di proprietà intellettuale, la cessione della tecnologia o dei diritti di proprietà intellettuale è la misura correttiva preferibile in quanto elimina il rapporto duraturo tra l'impresa derivante dalla concentrazione ed i suoi concorrenti⁽¹⁾. La Commissione può tuttavia accettare accordi di licenza in alternativa alla cessione qualora, ad esempio, una cessione ostacoli una ricerca efficace in corso o qualora una cessione sia impossibile a causa della natura dell'attività stessa⁽²⁾. Tali licenze dovranno permettere al licenziatario di competere in maniera efficace con le parti in un modo simile a quanto avverrebbe qualora venisse effettuata una cessione. Si tratterà di norma di licenze esclusive senza campi di limitazione dell'utilizzo e senza restrizioni geografiche per il licenziatario. In caso di incertezza per quanto riguarda il campo di applicazione della licenza o delle sue condizioni, le parti dovranno cedere il relativo diritto di proprietà intellettuale, ma possono ottenere in cambio una licenza. In caso di dubbi sul fatto che la licenza verrà effettivamente concessa ad un licenziatario adeguato, le parti possono considerare la possibilità di proporre sin dall'inizio un licenziatario designato o una «soluzione preventiva» in base alle considerazioni esposte in appresso al punto 56, onde permettere alla Commissione di concludere con il necessario grado di certezza che la misura correttiva verrà attuata⁽³⁾.

Cambio del marchio («rebranding»)

39. In casi eccezionali la Commissione ha accettato impegni volti alla concessione di una licenza esclusiva e limitata nel tempo per un marchio onde consentire al licenziatario di cambiare il marchio del prodotto (*rebranding*) nel periodo previsto. Dopo la prima fase di licenza di questi cosiddetti impegni di *rebranding*, le parti si impegnano in una seconda fase a non utilizzare in alcun modo il marchio (fase di *blackout*). Lo scopo di tali impegni è permettere al licenziatario di trasferire i clienti dal marchio oggetto della licenza al proprio marchio onde creare un concorrente efficiente, senza che il marchio oggetto della licenza venga ceduto in modo permanente.
40. Una misura correttiva di *rebranding* comporta rischi sostanzialmente maggiori per il ripristino di una concorrenza effettiva rispetto ad una cessione, compresa la cessione di un marchio, in quanto vi è considerevole incertezza sul fatto che il licenziatario riesca ad affermarsi come concorrente attivo sul mercato sulla base del prodotto oggetto del *rebranding*. Una misura correttiva di *rebranding* può essere accettabile in circostanze in cui il marchio in questione è largamente utilizzato ed un'ampia parte del suo fatturato è prodotta su mercati diversi da quelli in cui sono state identificate le riserve sotto il profilo della concorrenza⁽⁴⁾. In tali circostanze, una misura correttiva di *rebranding* deve essere definita in modo da garantire che la concessione della licenza mantenga in maniera effettiva la concorrenza nel mercato su base duratura e che il licenziatario sia un concorrente effettivo dopo il *rebranding* dei prodotti.
41. Poiché il successo degli impegni di *rebranding* è sostanzialmente connesso alla redditività del marchio oggetto della licenza, per la concezione di impegni di questo tipo deve essere soddisfatta una serie di presupposti. In primo luogo, il marchio da trasferire deve essere noto ed avere una forza considerevole in modo da garantire sia la redditività immediata del marchio oggetto di licenza che la sua sopravvivenza economica nel periodo di *rebranding*. In secondo luogo, parte degli attivi relativi alla produzione o alla distribuzione dei prodotti commercializzati con il marchio oggetto della licenza o del trasferimento di know-how possono essere necessari per garantire l'efficacia della misura correttiva⁽⁵⁾. In terzo luogo, la licenza deve essere esclusiva e di norma ampia, ossia non limitata ad una determinata gamma di prodotti su un mercato specifico, e deve comprendere i diritti di proprietà intellettuale per

⁽¹⁾ Cfr. caso COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, del 23 luglio 2003; caso IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc, del 9 agosto 1999; caso COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell, del 1º dicembre 1999; caso COMP/M.1671 — Dow/UCC, del 3 maggio 2000.

⁽²⁾ Caso COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio, del 30 ottobre 2002; caso COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite, dell'11 aprile 2005, impegno riguardante una licenza relativa a refrattari a legame di carbonio; cfr., per casi relativi all'industria farmaceutica, caso COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, del 23 luglio 2003; caso IV/M.555 — Glaxo/Wellcome, del 28 febbraio 1995.

⁽³⁾ Caso COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, del 23 luglio 2003.

⁽⁴⁾ Tuttavia, anche in queste condizioni una cessione del marchio può essere più appropriata, in particolare se la scissione della proprietà del marchio che ne deriva costituisce una prassi corrente nel settore interessato; per l'industria farmaceutica cfr. COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), del 19 novembre 2004, punto 59 relativo alla cessione del marchio Desenex.

⁽⁵⁾ COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, punto 60; IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, del 16 gennaio 1996, punto 236, lettera i). Questo è particolarmente importante durante la fase della licenza nella quale il licenziatario deve preparare il lancio di un nuovo marchio competitivo. Un lancio di un nuovo marchio sembra non essere fattibile se l'acquirente deve investire considerevoli risorse nel processo di produzione, commercializzazione e distribuzione del marchio oggetto di licenza; COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, del 27 luglio 2001, punti 67 e segg.; COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, dell'8 gennaio 2002, punto 140.

garantire che i clienti riconoscano la familiarità del prodotto con il nuovo marchio. Le parti non potranno utilizzare parole o segni simili in quanto questo potrebbe compromettere gli effetti del processo di *rebranding*⁽¹⁾. In quarto luogo, tanto la durata della licenza quanto il periodo di *blackout* devono essere sufficientemente lunghi, tenuto conto delle particolarità del caso, in modo che la misura correttiva di *rebranding* abbia effetti simili a quelli di una cessione⁽²⁾.

42. L'identità del potenziale licenziatario sarà un fattore chiave per il successo dell'impegno. In caso di incertezza sulla disponibilità di licenziatari adatti, che abbiano la capacità e forti incentivi ad effettuare un *rebranding*, le parti possono valutare la possibilità di proporre la soluzione dell'acquirente «designato» o una «soluzione preventiva», in linea con le considerazioni esposte in appresso al punto 53.

1.3. *Clausola di non riacquisizione*

43. Onde mantenere l'effetto strutturale di una misura correttiva, gli impegni devono prevedere che l'impresa nata dalla concentrazione non possa successivamente acquisire un'influenza⁽³⁾ sull'insieme o su parti dell'attività ceduta. Gli impegni devono di norma prevedere l'impossibilità di riacquisire un'influenza materiale per un periodo significativo, in genere pari a 10 anni. Tuttavia, gli impegni possono anche prevedere una deroga che consenta alla Commissione di esentare le parti da tale obbligo qualora accerti successivamente che la struttura del mercato è cambiata a tal punto che la mancanza di influenza sull'attività ceduta non è più necessaria per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune. Anche in mancanza di una clausola esplicita, una riacquisizione dell'attività violerebbe un obbligo implicito delle parti in base agli impegni in quanto ciò inciderebbe sull'efficacia delle misure correttive.

1.4. *Impegni alternativi di cessione: i «gioielli della corona»*

44. In certi casi, mettere in pratica la forma di cessione per la quale le parti hanno optato (per la cessione di un'attività redditizia che elimini le riserve sotto il profilo della concorrenza) può essere un'operazione incerta a causa, ad esempio, dell'esistenza di diritti di prelazione di terzi o dell'incertezza circa la possibilità di trasferimento di contratti aventi fondamentale importanza o di diritti di proprietà intellettuale, nonché dell'incertezza circa la possibilità di trovare un acquirente adatto. Le parti possono tuttavia ritenere di poter cedere l'attività ad un acquirente adatto in tempi molto brevi.
45. In circostanze del genere la Commissione non può ammettere il rischio che la concorrenza effettiva non venga mantenuta. Di conseguenza, la Commissione accetterà tali impegni di cessione soltanto alle seguenti condizioni: a) in mancanza di incertezza, la prima cessione proposta negli impegni avrebbe come oggetto un'attività redditizia; e b) le parti dovranno proporre una seconda cessione alternativa che saranno tenute ad effettuare se non saranno in grado di realizzare il primo impegno entro il termine fissato per la prima cessione⁽⁴⁾. L'oggetto di un impegno alternativo di questo tipo deve di norma essere un cosiddetto «gioiello della corona»⁽⁵⁾, ossia essere, una volta realizzato, almeno altrettanto atto a creare un concorrente efficiente quanto l'oggetto della prima cessione proposta, non dare adito ad incertezze riguardo alla sua esecuzione e poter essere realizzato rapidamente per evitare che il periodo complessivo di esecuzione superi ciò che sarebbe normalmente considerato accettabile in base alle condizioni esistenti nel mercato in questione. Onde limitare i rischi nel periodo di transizione, è indispensabile che misure conservative provvisorie e misure volte a garantire la separazione delle attività vengano applicate a tutti gli attivi compresi in entrambe le alternative di cessione. L'impegno deve inoltre contenere criteri chiari ed un calendario rigoroso da cui si evinca come e quando dell'obbligo di cessione alternativa prenda effetto. La Commissione richiederà che la sua esecuzione avvenga nei tempi più brevi.

⁽¹⁾ COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, del 30 luglio 2003, punto 61; COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, del 27 luglio 2001, punto 68; COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, dell'8 gennaio 2002, punto 141. IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, del 16 gennaio 1996, punto 236, lettera ii).

⁽²⁾ Ad esempio tenendo conto del ciclo di vita dei prodotti, c.f. COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, dell'8 gennaio 2002, punto 141, in cui la durata degli impegni copriva efficacemente un periodo pari a circa tre cicli di vita del prodotto; confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nel caso T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1433, punti 112 e segg.

⁽³⁾ L'influenza del precedente proprietario dell'attività sul comportamento concorrenziale dell'attività ceduta, che rischia di vanificare l'obiettivo della misura correttiva.

⁽⁴⁾ Cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-210/01, General Electric/Commissione, Racc. 2005, pag. II-5575, punto 617; COMP/M.1453 — AXA/GRE, dell'8 aprile 1999.

⁽⁵⁾ L'alternativa può consistere in un'attività completamente diversa o, in caso di incertezza sulla possibilità di trovare un acquirente adatto, in attività e attivi supplementari che vengono aggiunti al pacchetto iniziale.

46. In caso di incertezza in merito all'esecuzione della cessione a causa di diritti di terzi o in merito alla possibilità di trovare un acquirente adatto, le alternative di soluzione risiedono o nell'opzione degli impegni relativi ad un cosiddetto «gioiello della corona» o nell'opzione del cosiddetto «acquirente designato», quali illustrati in appresso al punto 54. Le parti possono pertanto scegliere tra le due opzioni.

1.5. Trasferimento ad un acquirente adatto

47. L'effetto perseguito della cessione verrà raggiunto soltanto se e quando l'attività viene trasferita ad un acquirente adatto che ne farà un'attiva forza concorrenziale sul mercato. La capacità dell'attività di suscitare l'interesse di un acquirente idoneo rappresenta un importante elemento già nella valutazione della Commissione circa l'adeguatezza dell'impegno proposto⁽¹⁾. Onde garantire che l'attività venga ceduta ad un acquirente adatto, gli impegni devono prevedere i criteri per definirne l'idoneità, il che consentirà alla Commissione di concludere che la cessione dell'attività a tale acquirente eliminerà probabilmente le riserve esistenti sotto il profilo della concorrenza.

a) Idoneità di un acquirente

48. I criteri standard relativi all'acquirente sono i seguenti:

- l'acquirente deve essere indipendente e non essere collegato alle parti,
- l'acquirente deve possedere i mezzi finanziari, la comprovata competenza pertinente nonché l'incentivo e la capacità di mantenere e sviluppare l'attività ceduta come forza competitiva redditizia ed attiva in concorrenza con le parti ed altri concorrenti, e
- l'acquisizione dell'attività ceduta da parte di un acquirente proposto non deve creare nuovi problemi per la concorrenza né comportare il rischio che l'attuazione degli impegni venga rinviata. Si deve pertanto ragionevolmente prevedere che l'acquirente proposto ottenga tutte le autorizzazioni necessarie da parte delle autorità di regolamentazione competenti per l'acquisizione dell'attività in questione.

49. I requisiti standard richiesti per un acquirente possono dover essere integrati caso per caso. Ad esempio è possibile che venga richiesto, se del caso, che l'acquirente sia un industriale, anziché un acquirente finanziario⁽²⁾. Di norma gli impegni conterranno una clausola simile laddove, in circostanze specifiche al caso, un acquirente finanziario potrebbe non essere in grado o non avere gli incentivi per sviluppare l'attività come forza redditizia e competitiva sul mercato, anche se potesse raggiungere la competenza di gestione necessaria (ad esempio, assumendo manager esperti del settore in questione), e di conseguenza l'acquisizione da parte di un acquirente finanziario non eliminerebbe le riserve sotto il profilo della concorrenza con un grado di sicurezza sufficiente.

b) Individuazione di un acquirente adatto

50. In generale esistono tre modi per garantire che l'attività venga trasferita ad un acquirente adatto. Il primo è che l'attività venga trasferita entro un termine fisso dopo l'adozione della decisione ad un acquirente che è stato approvato dalla Commissione sulla base dei requisiti previsti per gli acquirenti. Il secondo, oltre alle condizioni precise sopra, è che gli impegni prevedano che le parti non possono completare l'operazione notificata prima di aver sottoscritto un accordo vincolante con un acquirente per l'attività in questione, approvato dalla Commissione (il cosiddetto «acquirente designato»). Il terzo è che le parti individuino un acquirente per l'attività e concludano un accordo vincolante già nel corso del procedimento della Commissione⁽³⁾ [la cosiddetta misura correttiva «preventiva»⁽⁴⁾]. La differenza principale tra le due ultime opzioni è che, nel caso dell'acquirente designato, l'identità dell'acquirente non è nota alla Commissione prima della decisione di autorizzazione.

51. La scelta del metodo dipende dai rischi connessi al caso e dunque dalle misure che consentono alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che l'impegno verrà attuato. Questo dipenderà dalla natura e dall'entità dell'attività da cedere, dai rischi di deterioramento dell'attività nel periodo di transizione fino alla cessione e da eventuali incertezze in merito al trasferimento e all'esecuzione della misura, in particolare il rischio di non trovare un acquirente adatto.

⁽¹⁾ Caso IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, del 18 novembre 1997.

⁽²⁾ Cfr. gli impegni nel caso COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, dell'8 gennaio 2002, che prevedono che il licenziatario debba avere un proprio marchio utilizzato nel settore interessato. Determinati mercati possono richiedere un grado sufficiente di riconoscimento da parte dei clienti in modo che un acquirente possa trasformare l'attività da cedere in una forza competitiva sul mercato.

⁽³⁾ Il trasferimento dell'attività può essere effettuato dopo la decisione della Commissione.

⁽⁴⁾ Questa terminologia può essere utilizzata in maniera diversa in altre giurisdizioni.

1) Vendita dell'attività ceduta entro un termine fisso dopo la decisione

52. Nell'ambito del primo metodo, le parti possono procedere alla vendita dell'attività ceduta basandosi sui requisiti previsti per l'acquirente entro un termine fisso dopo l'adozione della decisione. Questa procedura ha buone probabilità di rivelarsi adeguata nella maggior parte di casi, a condizione che possa essere prevista una serie di acquirenti per un'attività redditizia e che nessuna questione specifica complichi o ostacoli la cessione. Qualora l'acquirente debba avere caratteristiche speciali, questa procedura può essere adatta se sono disponibili sufficienti acquirenti potenziali interessati che soddisfano i requisiti specifici da prevedere per l'acquirente negli impegni in tali casi. In queste circostanze la Commissione può essere in grado di concludere che la cessione verrà realizzata e che non vi sono ragioni per sospendere l'attuazione della concentrazione notificata dopo la decisione della Commissione.

2) Acquirente designato

53. Vi sono casi in cui soltanto la proposta di un acquirente designato permetterà alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che l'attività verrà efficacemente ceduta ad un acquirente adatto. Le parti devono dunque impegnarsi a non completare l'operazione notificata prima di aver stipulato un accordo vincolante con un acquirente per l'attività oggetto della cessione, approvato dalla Commissione (¹).

54. In primo luogo, questo riguarda i casi in cui vi sono considerevoli ostacoli ad una cessione, come i diritti di terzi o le incertezze in merito all'individuazione di un acquirente adatto (²). In tali casi la soluzione dell'acquirente designato consentirà alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che gli impegni saranno realizzati, poiché un impegno di questo genere crea maggiori incentivi per le parti di concludere la cessione in modo da poter completare la propria concentrazione. In queste circostanze, le parti possono decidere di proporre un acquirente designato oppure un impegno di cessione alternativo, come precisato sopra al punto 46.

55. In secondo luogo, un acquirente designato può essere necessario nei casi che comportano considerevoli rischi per il mantenimento della competitività e della cedibilità dell'attività oggetto della cessione nel periodo di transizione fino alla cessione stessa. Tra questi vi sono i casi in cui i rischi di un deterioramento delle condizioni dell'attività oggetto della cessione sembrano essere elevati, in particolare data la possibilità di perdere dipendenti chiave per l'attività stessa, o in cui i rischi transitori aumentano perché le parti non possono avviare il processo di scorporo dell'attività dal resto dell'impresa nel periodo di transizione ma possono farlo soltanto dopo la conclusione di un accordo di compravendita con un acquirente. La soluzione dell'acquirente designato può accelerare il trasferimento dell'attività oggetto della cessione — visti i maggiori incentivi delle parti a concludere la cessione per poter completare la propria concentrazione — in modo tale che gli impegni possono permettere alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che tali rischi sono limitati e che la cessione verrà efficacemente effettuata (³).

3) Misure correttive preventive

56. Il terzo metodo comprende i casi in cui le parti individuano e concludono un accordo giuridicamente vincolante con un acquirente stabilendo gli elementi essenziali dell'acquisto durante il procedimento della Commissione (⁴). La Commissione sarà in grado di stabilire, nella decisione definitiva, se il trasferimento dell'attività all'acquirente individuato eliminerà le riserve sotto il profilo della concorrenza. Se la Commissione autorizza la concentrazione notificata, non sarà necessaria una decisione supplementare della Commissione per approvare l'acquirente e la conclusione della vendita dell'attività oggetto della cessione può avere luogo immediatamente dopo.

57. La Commissione accoglie favorevolmente le misure correttive preventive, in particolare nei casi in cui l'identità dell'acquirente è determinante per l'efficacia della misura correttiva proposta. Questo avviene nei casi in cui, date le circostanze, soltanto pochissimi acquirenti potenziali possono essere considerati adatti, in particolare perché l'attività da cedere non è redditizia di per sé, ma la sua redditività sarà

(¹) Caso COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC, del 19 luglio 2006; caso COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, del 23 luglio 2003; caso COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, del 13 dicembre 2000; caso COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, del 27 luglio 2001; COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, del 15 febbraio 2002; COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz, dell'11 giugno 2003.

(²) Cfr. caso COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, del 13 dicembre 2000, punto 92.

(³) Cfr. caso COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, del 13 dicembre 2000, punto 95.

(⁴) Tali accordi sono di norma subordinati alla decisione definitiva della Commissione in cui si accetti la misura correttiva in questione.

garantita soltanto da attivi specifici dell'acquirente, o quando l'acquirente deve avere caratteristiche specifiche affinché la misura correttiva possa eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza⁽¹⁾. Se le parti scelgono di concludere un accordo vincolante con un acquirente adatto durante il procedimento mediante una misura preventiva, in tali circostanze la Commissione può concludere con il necessario grado di sicurezza che gli impegni verranno realizzati mediante la vendita ad un acquirente adatto. In tali situazioni, la soluzione di un «acquirente designato» che preveda requisiti specifici per l'idoneità dell'acquirente stesso sarà generalmente considerata equivalente ed accettabile.

2. Rescissione dei legami con i concorrenti

- 58. Gli impegni di cessione possono essere utilizzati anche per rescindere i legami tra le parti ed i concorrenti nei casi in cui tali legami contribuiscono ad aumentare le riserve sotto il profilo della concorrenza sollevate dalla concentrazione. La cessione di una quota di minoranza in un'impresa comune può essere necessaria per recidere un legame strutturale con uno dei concorrenti principali⁽²⁾ o, analogamente, la cessione di una partecipazione di minoranza in un'impresa concorrente⁽³⁾.
- 59. Anche se la cessione di tali partecipazioni è la soluzione preferibile, la Commissione può eccezionalmente accettare la rinuncia ai diritti connessi a quote di minoranza in un'impresa concorrente quando è possibile escludere, viste le circostanze specifiche del caso, che i proventi finanziari derivanti da una partecipazione di minoranza in un'impresa concorrente susciterebbero di per sé riserve sotto il profilo della concorrenza⁽⁴⁾. In tali circostanze, le parti devono rinunciare a tutti i diritti connessi ad una tale partecipazione azionaria rilevanti per il comportamento concorrenziale, come la partecipazione al consiglio di amministrazione, i diritti di voto nonché i diritti di informazione⁽⁵⁾. La Commissione può essere in grado di accettare una tale rescissione dei legami con un concorrente soltanto se vi è una rinuncia completa e permanente a detti diritti⁽⁶⁾.
- 60. Qualora le riserve sotto il profilo della concorrenza derivino da accordi con imprese che forniscono gli stessi prodotti o gli stessi servizi, come gli accordi di distribuzione con i concorrenti⁽⁷⁾ o gli accordi che determinano il coordinamento di un determinato comportamento commerciale⁽⁸⁾, una misura correttiva adeguata può essere la rescissione del relativo accordo. Tuttavia, la rescissione di un accordo di distribuzione eliminerà le riserve sotto il profilo della concorrenza soltanto se viene garantito che il prodotto di un concorrente verrà distribuito anche in futuro e che eserciterà una pressione concorrenziale effettiva sulle parti.

3. Altre misure correttive

- 61. Pur essendo le misure preferite, le cessioni o la rescissione dei legami con i concorrenti non sono le uniche misure correttive possibili per eliminare determinate riserve sotto il profilo della concorrenza. Le cessioni sono tuttavia il parametro di riferimento per altre misure correttive in termini di efficacia ed efficienza. La Commissione può pertanto accettare altri tipi di impegni, ma soltanto nei casi in cui dove l'altra misura correttiva proposta ha un effetto almeno equivalente a quello di una cessione⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. caso COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, dell'aprile 2006, in cui determinati siti e frequenze di telefonia mobile, che non costituivano un'attività redditizia, potevano essere ceduti soltanto ad un concorrente che avrebbe probabilmente svolto un ruolo nel mercato simile a quello di tele.ring; caso COMP/M.4000 — INCO/Falconbridge, del 4 luglio 2006, in cui un'attività di lavorazione del nichel poteva essere ceduta soltanto ad un concorrente verticalmente integrato nella fornitura di nichel; caso COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, del 12 dicembre 2006, in cui soltanto un acquirente era idoneo ad acquistare le attività oggetto di cessione in quanto era il solo con il know-how necessario e la necessaria presenza sui mercati limitrofi; caso COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, del 26 ottobre 2004, in cui soltanto il partner della joint venture di distribuzione era in grado di rendere redditizia l'attività oggetto della cessione; caso COMP/M.3136 — GE/Agfa, del 5 dicembre 2003.

⁽²⁾ Caso IV/M.942 — VEBA/Degussa, del 3 dicembre 1997.

⁽³⁾ Caso COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, del 13 luglio 2005, punti 491, 493 e segg.

⁽⁴⁾ Cfr. caso COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, del 13 luglio 2005, punti 327 e segg., in cui non potevano essere esclusi effetti dal punto di vista finanziario della quota di minoranza in quanto era già stata esercitata un'opzione put per la vendita di tale quota.

⁽⁵⁾ Caso COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse, del 19 settembre 2006.

⁽⁶⁾ Cfr. caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, del 9 dicembre 2004, punti 648 e segg., 672.

⁽⁷⁾ Per la conclusione di accordi di distribuzione cfr. COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, del 24 giugno 2005; caso COMP/M.3658 — Orkla/Chips, del 3 marzo 2005.

⁽⁸⁾ Cfr. in particolare il settore del trasporto marittimo, caso COMP/M.3829 — Maersk/PONL, del 29 luglio 2005 e caso COMP/M.3863 — TUI/CP Ships, del 12 ottobre 2005. In tali casi le parti si sono impegnate a ritirarsi da determinati consorzi e conferenze marittime.

⁽⁹⁾ Caso COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, del 28 aprile 2005, in cui una cessione era impossibile.

Misure correttive relative all'accesso

62. In alcuni casi, la Commissione ha accettato misure correttive che prevedono la concessione dell'accesso ad infrastrutture chiave, reti, tecnologia chiave, compresi brevetti, know-how o altri diritti di proprietà intellettuale, e fattori di produzione essenziali. Le parti concedono di norma tale accesso a terzi su base non discriminatoria e trasparente.
63. Possono essere presentati impegni che concedono l'accesso ad infrastrutture e reti per facilitare l'ingresso sul mercato da parte di concorrenti. Essi possono essere accettabili per la Commissione nei casi in cui è sufficientemente chiaro che vi sarà effettivamente l'ingresso di nuovi concorrenti che eliminerebbe qualsiasi ostacolo significativo alla concorrenza effettiva ⁽¹⁾. Altri esempi di impegni relativi all'accesso sono gli impegni a concedere l'accesso alle piattaforme pay-TV ⁽²⁾ e all'energia attraverso programmi di *gas release* ⁽³⁾. Spesso non si ottiene una riduzione sufficiente delle barriere all'ingresso mediante singole misure, ma con un pacchetto che comprende una combinazione di misure correttive di cessione e di impegni a concedere l'accesso o un pacchetto di impegni volto alla facilitazione complessiva dell'ingresso sul mercato di concorrenti mediante un'intera gamma di misure diverse. Se tali impegni rendono in effetti sufficientemente tempestivo e probabile l'ingresso di nuovi concorrenti, si può ritenere che essi abbiano sulla concorrenza nel mercato un effetto simile a quello di una cessione. Se non è possibile concludere che l'abbassamento delle barriere all'ingresso mediante gli impegni proposti determinerà probabilmente l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato, la Commissione rigetterà un pacchetto di misure correttive di questo tipo ⁽⁴⁾.
64. È possibile anche presentare impegni a concedere l'accesso non discriminatorio all'infrastruttura o alle reti delle parti di una concentrazione onde garantire che la concorrenza non sia significativamente ostacolata a causa della preclusione dei concorrenti. In scorse decisioni della Commissione, gli impegni prevedevano la concessione dell'accesso a condutture ⁽⁵⁾ e a reti di telecomunicazione o reti simili ⁽⁶⁾. La Commissione accetterà impegni di questo tipo soltanto se è possibile concludere che tali impegni saranno efficaci e che i concorrenti probabilmente li utilizzeranno in modo da eliminare riserve relative alla preclusione della concorrenza. In casi specifici, può essere opportuno collegare un impegno di questo tipo ad una clausola che preveda un acquirente designato o una soluzione preventiva onde permettere alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che l'impegno verrà realizzato ⁽⁷⁾.
65. Analogamente, il controllo di tecnologia chiave o di diritti di proprietà intellettuale può sollevare riserve in merito alla preclusione dei concorrenti che dipendono dalla tecnologia o dai diritti di proprietà intellettuale quali fattori di produzione essenziali per le attività su un mercato a valle. Questo avviene, ad esempio, nei casi i cui i problemi di concorrenza insorgono perché le parti possono non comunicare informazioni necessarie per l'interoperabilità di apparecchiature diverse. In tali casi, gli impegni a concedere ai concorrenti l'accesso alle informazioni necessarie possono eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza ⁽⁸⁾. Analogamente, nei settori in cui gli operatori devono solitamente cooperare concedendosi reciprocamente licenze sui brevetti, le riserve relative al fatto che l'impresa risultante dalla concentrazione non avrebbe più incentivi a concedere licenze nella stessa misura e alle

⁽¹⁾ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punti 197 e segg.

⁽²⁾ Cfr. caso COMP/M.2876 — News Corp/Telepiù, del 2 aprile 2003, punti 225 e segg., in cui il pacchetto degli impegni comprendeva l'accesso di concorrenti a tutti gli elementi essenziali di una rete di pay-TV, quali 1) l'accesso al contenuto necessario; 2) l'accesso alla piattaforma tecnica; nonché 3) l'accesso ai necessari servizi tecnici. Analogamente, nel caso COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, del 21 marzo 2000, confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. 2003, pag. II-3825, la Commissione ha accettato un pacchetto di impegni che concedeva ad altri operatori un accesso completo al mercato della televisione a pagamento.

⁽³⁾ Cfr. caso COMP/M.3696 — E.ON/MOL, del 21 dicembre 2005; caso COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, del 14 marzo 2006.

⁽⁴⁾ Nelle concentrazioni nel settore del trasporto aereo, una mera riduzione delle barriere all'ingresso mediante l'impegno delle parti di offrire slot in aeroporti specifici può non essere sempre sufficiente per garantire l'ingresso di nuovi concorrenti sulle rotte in cui insorgono problemi di concorrenza e per rendere gli effetti della misura correttiva equivalenti a quelli di una cessione.

⁽⁵⁾ Caso COMP/M.2533 — BP/E.ON, del 20 dicembre 2001, accesso a condutture oltre alla cessione di quote in una impresa di pipeline; caso COMP/M.2389 — Shell/DEA, del 20 dicembre 2001, accesso ad un terminale di importazione di etilene.

⁽⁶⁾ Per quanto riguarda l'accesso a reti di telecomunicazioni, cfr. caso COMP/M.2803 — Telia/Sonera, del 10 luglio 2002; caso IV/M.1439 — Telia/Telenor, del 13 ottobre 1999; caso COMP/M.1795 — Vodafone/Mannesmann, del 12 aprile 2000. Cfr. anche caso COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, del 30 aprile 2003, in cui la Commissione ha accettato un pacchetto di impegni per concedere a terzi l'accesso ad una rete telematica e ridurre le barriere all'ingresso permettendo loro di utilizzare parti di un dispositivo telematico, destinato al pagamento del pedaggio, fornito dalle parti.

⁽⁷⁾ Cfr. la «moratoria qualitativa» nel caso COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, del 30 aprile 2003, punto 76.

⁽⁸⁾ Caso COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, del 2 settembre 2003. Caso COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk, del 30 aprile 2003.

stesse condizioni di prima possono essere eliminate mediante impegni a concedere licenze sulla stessa base anche in futuro (¹). In tali casi, gli impegni dovranno prevedere licenze non esclusive o la comunicazione di informazioni su base non esclusiva a tutti i terzi che dipendono, per le loro attività, da diritti di proprietà intellettuale o da informazioni. Deve essere inoltre garantito che i termini in base ai quali vengono rilasciate le licenze non impediscono l'efficace esecuzione di una misura correttiva di questo tipo. Se non esistono sul mercato in questione termini chiaramente definiti per la concessione di licenze, i termini, compresi i prezzi, devono essere chiaramente desumibili dagli impegni (ad esempio mediante formule di fissazione dei prezzi). Una soluzione alternativa può essere quella di prevedere licenze senza *royalty*. Inoltre, a seconda del caso, mediante la concessione di licenze possono anche essere trasmesse a chi le concede informazioni delicate in merito al comportamento concorrenziale dei licenziati che operano come concorrenti nel mercato a valle, ad esempio segnalando il numero di licenze utilizzate sul mercato a valle. In tali casi, affinché la misura correttiva sia adeguata, gli impegni dovranno escludere tali problemi di riservatezza. In generale, come precisato nel punto precedente, la Commissione accetterà tali impegni soltanto se è possibile concludere che essi saranno efficaci e che i concorrenti probabilmente li utilizzeranno.

66. Gli impegni relativi all'accesso hanno spesso una natura complessa e prevedono necessariamente termini generali per stabilire le condizioni in base alle quali viene concesso l'accesso. Onde essere efficaci, tali impegni devono contenere le norme procedurali necessarie per il loro monitoraggio, ad esempio prevedere la tenuta di conti distinti per l'infrastruttura per permettere un esame dei relativi costi (²), e adeguati dispositivi di controllo. Tale controllo deve essere effettuato di norma dagli stessi operatori del mercato, ad esempio dalle imprese che intendono trarre beneficio dagli impegni. Le misure che permettono ai terzi stessi di applicare gli impegni sono in particolare l'accesso ad un meccanismo rapido di composizione delle controversie attraverso procedimenti arbitrali (assieme ai fiduciari) (³) o attraverso procedimenti arbitrali che coinvolgono, ove esistenti, le autorità nazionali competenti per i mercati interessati (⁴). Se la Commissione può concludere che i meccanismi previsti negli impegni permetteranno agli operatori di mercato stessi di applicarli efficacemente in maniera tempestiva, non è richiesto alcun controllo permanente degli impegni da parte della Commissione. In tali casi un intervento della Commissione sarebbe necessario soltanto laddove le parti non rispettassero le soluzioni trovate mediante detti meccanismi di composizione delle controversie (⁵). Tuttavia, la Commissione potrà accettare tali impegni soltanto quando la loro complessità non ne mette a rischio l'efficacia sin dall'inizio e quando i dispositivi di controllo proposti garantiscono che gli impegni vengano efficacemente realizzati e che il meccanismo di esecuzione condurrà a risultati tempestivi (⁶).

Modifica di contratti di esclusiva a lungo termine

67. La modifica della struttura del mercato risultante dalla concentrazione progettata può far sì che accordi contrattuali già in essere ostacolino la concorrenza effettiva. Questo avviene, in particolare, per gli accordi di fornitura in esclusiva a lungo termine qualora tali accordi precludono, a monte, i fattori di produzione per i concorrenti o, a valle, il loro accesso ai clienti. Qualora l'impresa risultante dalla concentrazione abbia la capacità e gli incentivi per precludere i concorrenti in questo modo, gli effetti di preclusione che derivano dagli accordi di esclusiva esistenti possono contribuire ad ostacolare in maniera significativa la concorrenza effettiva (⁷).
68. In tali circostanze, la rescissione o la modifica di accordi di esclusiva esistenti possono essere ritenute opportune per eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza (⁸). Gli elementi di prova disponibili devono tuttavia consentire alla Commissione di stabilire chiaramente che non verrà mantenuta

(¹) Cfr. caso COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus, del 19 maggio 2006.

(²) Cfr., ad esempio, caso COMP/M.2803 — Telia/Sonera, del 10 luglio 2002; caso COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, del 30 aprile 2003.

(³) Riguardo agli effetti di clausole relative all'arbitrato, cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. 2003, pag. II-3825, punti 212, 295, 352; sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punto 186.

(⁴) Cfr. caso COMP/M.2876 — NewsCorp/Telepiù; caso COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

(⁵) Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. 2003, pag. II-3825, punti 212, 295, 352.

(⁶) Cfr. sentenze del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punti 102 e segg., e causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. 2006, pag. II-1931, punto 188.

(⁷) Cfr. comunicazione della Commissione sulle concentrazioni non orizzontali [...]; caso IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont, dell'11 febbraio 1998.

(⁸) Caso COMP/M.2876 — NewsCorp/Telepiù, del 2 aprile 2003, punti 225 e segg.: concessione di diritti unilaterali di recesso a fornitori di contenuti televisivi, che riducono la portata delle clausole di esclusiva e limitano la durata di futuri accordi di esclusiva relativi alla fornitura di contenuti; caso COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS, del 17 dicembre 2002: concessione di diritti di recesso a tutti i distributori locali di gas relativamente ad accordi a lungo termine di fornitura di gas; caso IV/M.1571 — New Holland, del 28 ottobre 1999; caso IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton, del 19 aprile 1999.

un'esclusività di fatto. Inoltre una tale modifica di accordi a lungo termine sarà di norma sufficiente soltanto come parte di un pacchetto di misure correttive per eliminare le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza.

Altre misure correttive diverse dalla cessione

69. Come specificato sopra al punto 17, le misure correttive di tipo non strutturale, come le promesse delle parti di non adottare un determinato comportamento commerciale (ad esempio vincolando i prodotti tra loro), generalmente non elimineranno le riserve sotto il profilo della concorrenza che derivano dalle sovrapposizioni orizzontali. In ogni caso può essere difficile raggiungere il grado richiesto di efficacia di una tale misura correttiva per la mancanza di un efficace controllo della sua esecuzione, come già precisato sopra al punto 13 e segg. (¹). In effetti per la Commissione può risultare impossibile verificare l'effettivo rispetto dell'impegno e anche altri operatori del mercato, come i concorrenti, possono non essere in grado di accettare se le parti soddisfano in pratica le condizioni dell'impegno o di stabilirlo con il necessario grado di sicurezza. I concorrenti possono inoltre non avere incentivi ad avvisare la Commissione in quanto non traggono direttamente beneficio dagli impegni. La Commissione può pertanto esaminare altri tipi di misure correttive diverse dalla cessione, quali le promesse relative al comportamento, solo eccezionalmente in circostanze specifiche, come in caso di riserve sotto il profilo della concorrenza relative a strutture conglomerate (²).

Termine per le misure correttive diverse dalla cessione

70. La Commissione può accettare che le misure correttive diverse dalla cessione abbiano durata limitata. L'accettabilità del termine e della durata dipenderà dalle circostanze del singolo caso e non può essere predeterminata in linea generale nella presente comunicazione.

4. Clausola di revisione

71. Indipendentemente dal tipo di misura correttiva, gli impegni comprenderanno solitamente una clausola di revisione (³). Questo può consentire alla Commissione, su richiesta delle parti motivata da giusta causa, di concedere una proroga dei termini o, in circostanze eccezionali, di annullare, modificare o sostituire gli impegni.
72. La modifica degli impegni mediante proroga dei termini è rilevante, in particolare, per gli impegni concernenti una cessione. Le parti devono presentare richiesta di proroga entro la data prevista del termine. Qualora le parti richiedano una proroga per il primo periodo di cessione, la Commissione riterrà che abbiano dimostrato la giusta causa soltanto se non sono state in grado di rispettare il termine per ragioni al di fuori della loro responsabilità e se è possibile prevedere che le parti riusciranno in seguito a cedere l'attività in tempi brevi. In caso contrario, il fiduciario incaricato della cessione può essere in una posizione migliore per effettuare la cessione e soddisfare gli impegni per le parti.
73. La Commissione può annullare, modificare o sostituire gli impegni soltanto in circostanze eccezionali. Molto raramente questo sarà rilevante per gli impegni concernenti una cessione. Poiché tali impegni devono essere realizzati entro breve tempo dopo la decisione, è molto improbabile che si verifichino cambiamenti delle circostanze di mercato in un periodo così breve e la Commissione non accetterà di norma alcuna modifica in base alla clausola generale di revisione. Per le situazioni specifiche gli impegni prevedono normalmente clausole di revisione più mirate (⁴).

(¹) Cfr., come esempio di misure correttive di questo tipo, caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, del 9 dicembre 2004, punti 663, 719.

(²) Per quanto riguarda gli effetti conglomerati di una concentrazione, cfr. sentenza della Corte di giustizia, del 15 febbraio 2005, nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. 2005, pag. I-987, punti 85, 89.

(³) La clausola di revisione è tuttavia particolarmente importante per le misure correttive relative all'accesso che dovrebbero sistematicamente prevedere una clausola di questo genere; cfr. punto 74 in appresso.

(⁴) Come indicato sopra al punto 30, la Commissione può approvare un acquirente senza alcuni degli attivi o dei membri del personale previsti se questo non incide sulla competitività e sulla redditività dell'attività ceduta. Analogamente, la clausola di non riacquisizione, come illustrato al punto 43, vieta la riacquisizione del controllo sugli attivi ceduti soltanto se la Commissione non ha precedentemente constatato che la struttura del mercato è cambiata a tal punto che la cessione non è più necessaria.

74. L'annullamento, la modifica o la sostituzione degli impegni possono essere più rilevanti per gli impegni diversi dalla cessione, quali gli impegni relativi all'accesso, che possono proseguire per vari anni e per i quali non possono essere previste tutte le eventualità al momento dell'adozione della decisione della Commissione. Le circostanze eccezionali che giustificano un annullamento, una modifica o una sostituzione possono, in primo luogo, essere accettate per tali impegni se le parti dimostrano che le circostanze di mercato sono cambiate in maniera significativa e su base permanente. Per dimostrare ciò, è necessario che intercorra un periodo di tempo sufficientemente lungo, di norma di almeno diversi anni, tra la decisione della Commissione ed una richiesta delle parti. In secondo luogo, vi possono essere circostanze eccezionali anche se le parti possono provare che l'esperienza acquisita nell'applicazione della misura correttiva dimostra che l'obiettivo perseguito con la misura correttiva sarà meglio raggiunto se vengono modificate le modalità dell'impegno. Per qualsiasi annullamento, modifica o sostituzione degli impegni, la Commissione prenderà inoltre in considerazione il parere di terzi e l'effetto che una modifica può avere sulla posizione di terzi e di conseguenza sull'efficacia complessiva della misura correttiva. In questo contesto, la Commissione terrà inoltre conto del fatto che le modifiche ledano o meno il diritto già acquisito da terzi dopo l'esecuzione della misura correttiva ⁽¹⁾.
75. Se al momento dell'adozione della decisione la Commissione, per motivi particolari, non può preventivare tutte le eventualità in relazione all'esecuzione di tali impegni, può inoltre essere opportuno che le parti inseriscano negli impegni una clausola che consenta alla Commissione di effettuare una modifica limitata degli impegni stessi. Tali modifiche possono essere necessarie se gli impegni originali non ottengono i risultati da essi previsti e dunque non eliminano efficacemente le riserve sotto il profilo della concorrenza. A livello procedurale, le parti possono essere tenute, in casi simili, a proporre una modifica degli impegni per ottenere il risultato stabilito negli impegni stessi, o la stessa Commissione può, dopo avere sentito le parti, modificare le condizioni e gli obblighi a tale scopo. Questo tipo di clausola sarà di norma limitata ai casi in cui modalità specifiche rischiano di compromettere l'esecuzione efficace degli impegni. Tali clausole sono state utilizzate, ad esempio, in merito alle modalità dei programmi di *gas release* ⁽²⁾.
76. La Commissione può, su richiesta, adottare una decisione formale per qualsiasi annullamento, modifica o sostituzione di impegni o semplicemente prendere atto di modifiche soddisfacenti della misura correttiva effettuate dalle parti, qualora tali modifiche migliorino l'efficacia della misura correttiva e determinino obblighi giuridicamente vincolanti per le parti, ad esempio mediante accordi contrattuali. Una modifica degli impegni sarà di norma efficace soltanto *ex nunc*. Di conseguenza, una modifica degli impegni non porrà rimedio con effetto retroattivo ad eventuali violazioni degli impegni commesse prima del momento della modifica. La Commissione può pertanto, se del caso, continuare a perseguire una violazione ai sensi degli articoli 14 e 15 del regolamento sulle concentrazioni.

IV. ASPETTI PROCEDURALI PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI

1. Fase I

77. Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione può dichiarare una concentrazione compatibile con il mercato comune anche prima dell'avvio del procedimento qualora constati che, a seguito di modifiche apportate, l'operazione notificata non suscita più seri dubbi ai sensi del paragrafo 1, lettera c).
78. Le parti possono presentare alla Commissione, su base informale, proposte di impegni prima ancora della notificazione. Le parti devono presentare impegni entro 20 giorni lavorativi a decorrere dalla data di ricezione della notificazione ⁽³⁾. La Commissione informa le parti sui seri dubbi che nutre in tempo utile prima di tale scadenza ⁽⁴⁾. Quando le parti presentano impegni, il termine per la decisione della Commissione a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni è prolungato da 25 a 35 giorni lavorativi ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Cfr. esempi nella sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1433, punto 184.

⁽²⁾ Cfr. caso COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, del 14 marzo 2006, punto 24 dell'allegato.

⁽³⁾ Articolo 19, paragrafo 1, del regolamento di esecuzione.

⁽⁴⁾ Le parti notificanti avranno di norma la possibilità di partecipare ad una riunione sullo stato di avanzamento (*state of play*) in tali circostanze, cfr. punto 33 delle «Migliori pratiche per la condotta dei procedimenti comunitari di controllo delle concentrazioni» della DG Concorrenza.

⁽⁵⁾ Articolo 10, paragrafo 1, secondo comma, del regolamento sulle concentrazioni.

79. Per poter costituire la base di una decisione in forza dell'articolo 6, paragrafo 2, le proposte di impegno devono soddisfare le seguenti modalità:

- a) specificare le clausole sostanziali e le modalità di esecuzione stipulate dalle parti in modo completo;
- b) essere sottoscritte da una persona debitamente autorizzata in merito;
- c) essere accompagnate da informazioni sugli impegni offerti come previsto nel regolamento di esecuzione (come illustrato sopra al punto 7); e
- d) essere accompagnate da una versione non riservata degli impegni stessi, da utilizzarsi per un test di mercato da effettuare con parti terze⁽¹⁾. La versione non riservata degli impegni deve consentire ai terzi di valutare in maniera completa la fattibilità e l'efficacia delle misure correttive proposte per eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza.

80. Le proposte presentate dalle parti secondo tali modalità saranno valutate dalla Commissione che consulterà le autorità degli Stati membri sugli impegni proposti e, se del caso, anche i terzi interessati, mediante un test di mercato, che coinvolgerà, in particolare, anche i terzi e i rappresentanti riconosciuti⁽²⁾ dei lavoratori la cui posizione è direttamente interessata dalle misure correttive proposte. Nei mercati su cui sono presenti le competenti autorità nazionali di regolamentazione, la Commissione può anche, se del caso, consultare tali autorità⁽³⁾. Inoltre, in casi riguardanti un mercato geografico più ampio rispetto allo Spazio economico europeo («SEE») o nei quali, per motivi di efficienza economica, la portata dell'attività destinata alla cessione è più ampia rispetto al territorio del SEE, la versione non riservata delle misure correttive proposte può essere discussa anche con le autorità responsabili della concorrenza di paesi non appartenenti al SEE nel quadro degli accordi bilaterali di cooperazione della Comunità con detti paesi.

81. Nella fase I possono essere accettati impegni soltanto nei casi in cui il problema che sorge sotto il profilo della concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente⁽⁴⁾. Il problema relativo alla concorrenza deve pertanto essere così immediato e le misure correttive così chiaramente definite da non rendere necessario l'avvio di un'indagine approfondita e far sì che gli impegni siano sufficienti per escludere chiaramente «dubbi seri» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento sulle concentrazioni⁽⁵⁾. Se la valutazione conferma che gli impegni proposti eliminano le ragioni che davano adito a seri dubbi su questa base, la Commissione autorizza la concentrazione nella fase I.

82. Dati i limiti di tempo nella fase I, è particolarmente importante che le parti presentino tempestivamente alla Commissione le informazioni richieste nel regolamento di esecuzione per valutare correttamente il contenuto e la fattibilità degli impegni e la loro idoneità a mantenere condizioni di concorrenza effettiva nel mercato comune su base permanente. Se le parti non rispettano l'obbligo del regolamento di esecuzione, la Commissione può non essere in grado di concludere che gli impegni proposti elimineranno i motivi per nutrire seri dubbi.

83. Qualora la valutazione riveli che gli impegni offerti non sono sufficienti per eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza sollevate dalla concentrazione, le parti vengono informate in merito. Dato che le misure correttive della fase I sono concepite in modo da fornire una risposta diretta a problemi relativi alla concorrenza chiaramente individuabili, possono essere accettate solo modifiche limitate agli impegni proposti. Dette modifiche, presentate come risposta immediata alle conclusioni delle consultazioni, possono comprendere chiarimenti, precisazioni e/o altri miglioramenti volti a garantire che gli impegni siano fattibili ed efficaci. Tali modifiche possono tuttavia essere accettate soltanto nei casi in cui è garantito che la Commissione possa effettuare una valutazione adeguata degli impegni⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Articolo 20, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione.

⁽²⁾ Cfr. articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GUL 82 del 22.3.2001, pag. 16). Cfr. anche articolo 2, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (GUL 254 del 30.9.1994, pag. 64).

⁽³⁾ Per il ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione in un meccanismo di composizione delle controversie, cfr. punto 66.

⁽⁴⁾ Cfr. considerando 30 del regolamento sulle concentrazioni.

⁽⁵⁾ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1433, punti 79 e segg.

⁽⁶⁾ Cfr. considerando 17 del regolamento di esecuzione e sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1433, punti 237 e segg.

84. Se la valutazione finale della Commissione di un caso dimostra che non vi sono riserve sotto il profilo della concorrenza in uno o più mercati, le parti ne verranno informate e potranno ritirare gli impegni inutili per tali mercati. Se le parti non lo fanno, la Commissione non contemplerà di norma tali impegni nella decisione. In ogni caso, tali proposte di impegno non costituiscono una condizione per l'autorizzazione.
85. Qualora le parti vengano informate che la Commissione intende ribadire nella sua decisione definitiva che l'operazione suscita riserve sotto il profilo della concorrenza per un mercato specifico, spetta alle parti proporre impegni. La Commissione non è in grado di imporre unilateralmente condizioni per una decisione di autorizzazione, ma può farlo soltanto sulla base degli impegni delle parti⁽¹⁾. La Commissione valuterà tuttavia se gli impegni presentati dalle parti sono proporzionati al problema di concorrenza al momento di decidere se prevederli come condizioni o obblighi nella sua decisione definitiva⁽²⁾. Va tuttavia sottolineato che, in una proposta di impegni, saranno considerati necessari tutti gli elementi che devono soddisfare le condizioni di base affinché gli impegni siano accettabili, come precisato sopra ai punti 9 e segg. Il presente punto e il precedente si applicano anche agli impegni nella fase II.
86. Se conclude che gli impegni offerti dalle parti non eliminano i seri dubbi insorti, la Commissione pubblica una decisione ex articolo 6, paragrafo 1, lettera c), ed avvia un procedimento.

2. Fase II

87. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune se accerta che, dopo le modifiche apportate, un'operazione notificata non ostacola più in maniera significativa la concorrenza effettiva ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del suddetto regolamento.
88. Gli impegni proposti alla Commissione a norma dell'articolo 8, paragrafo 2, le devono essere comunicati entro 65 giorni lavorativi dalla data di avvio del procedimento. Qualora il termine per la decisione definitiva sia stato rinviato a norma dell'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni, anche il termine per le misure correttive viene automaticamente rinviato dello stesso numero di giorni⁽³⁾. Soltanto in circostanze eccezionali la Commissione può accettare che gli impegni vengano presentati per la prima volta dopo la scadenza di tale periodo. La richiesta delle parti di proroga del termine deve essere ricevuta entro il periodo in questione e deve esporre le circostanze eccezionali che, a giudizio delle parti, giustificano tale proroga. La proroga è possibile, oltre che in circostanze eccezionali, solo se vi è tempo sufficiente affinché la Commissione possa compiere una valutazione adeguata della proposta e procedere ad un'adeguata consultazione degli Stati membri e dei terzi⁽⁴⁾.
89. Il fatto che la presentazione di misure correttive proroghi o meno il termine entro il quale la Commissione deve prendere una decisione definitiva dipende dal momento del procedimento in cui vengono presentati gli impegni. Qualora le parti presentino gli impegni entro meno di 55 giorni lavorativi dopo l'avvio del procedimento, la Commissione deve prendere una decisione definitiva entro 90 giorni lavorativi dopo l'avvio del procedimento⁽⁵⁾. Qualora le parti presentino gli impegni il 55° giorno lavorativo o successivamente (anche dopo il 65° giorno lavorativo se tali impegni sono accettabili in base a circostanze eccezionali come illustrato al punto 88), il periodo entro il quale la Commissione deve prendere una decisione definitiva sale a 105 giorni lavorativi conformemente all'articolo 10, paragrafo 3, secondo comma. Qualora le parti presentino impegni entro meno di 55 giorni lavorativi, ma ne presentano una versione modificata il 55° giorno o successivamente, anche il periodo entro il quale va presa una decisione definitiva sale a 105 giorni lavorativi.

⁽¹⁾ Cfr. punto 6.

⁽²⁾ Cfr. sentenza della Corte di giustizia, del 18 dicembre 2007, nella causa C-202/06 P, Cementbouw/Commissione, Racc. 2007, punto 54.

⁽³⁾ Articolo 19, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento di esecuzione.

⁽⁴⁾ Articolo 19, paragrafo 2, terzo comma, del regolamento di esecuzione. Cfr. caso COMP/M.1439 — Telia/Telenor, del 13 ottobre 1999; caso IV/M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho, del 23 aprile 1997.

⁽⁵⁾ Qualora i termini per la decisione definitiva siano stati rinviati a norma dell'articolo 10, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento sulle concentrazioni prima del 55° giorno lavorativo, anche tale termine viene rinviato.

90. La Commissione è disponibile a discutere in merito agli impegni da considerare adeguati ben prima dello scadere del periodo di 65 giorni lavorativi. Le parti vengono incoraggiate a presentare progetti di proposte relative agli aspetti sia sostanziali che di esecuzione necessari a garantire che gli impegni siano pienamente attuabili. Se pensano che sia necessario più tempo per l'indagine relativa alle riserve sotto il profilo della concorrenza e per l'elaborazione di relativi impegni adeguati, le parti possono anche proporre alla Commissione di prorogare il termine finale ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, primo comma. La richiesta dovrà essere presentata prima della fine del periodo di 65 giorni lavorativi. La Commissione non prorogherà infatti, di norma, il periodo per l'adozione di una decisione definitiva ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, primo comma, quando la richiesta di proroga viene presentata dopo il termine per la presentazione delle misure correttive previsto nel regolamento di esecuzione, ossia dopo il 65^o giorno lavorativo (¹).

91. Onde rispettare le condizioni di una decisione in forza dell'articolo 8, paragrafo 2, gli impegni devono soddisfare i seguenti requisiti:

- a) rispondere a tutte le riserve sotto il profilo della concorrenza sollevate nei confronti della concentrazione e specificare le clausole sostanziali e le modalità di esecuzione stipulate dalle parti in modo completo;
- b) essere sottoscritti da una persona debitamente autorizzata in merito;
- c) essere accompagnate dalle informazioni sugli impegni offerti come previsto dal regolamento di esecuzione (come illustrato sopra al punto 7); e
- d) essere accompagnati da una versione non riservata degli impegni stessi (²), da utilizzarsi per un test di mercato da effettuarsi con parti terze, che soddisfi le condizioni di cui al punto 79.

92. Le proposte presentate dalle parti secondo tali modalità saranno valutate dalla Commissione. Se la valutazione conferma che gli impegni proposti dissipano i dubbi seri (se la Commissione non ha ancora emesso una comunicazione delle obiezioni) o le riserve sotto il profilo della concorrenza sollevate nella comunicazione delle obiezioni, dopo le consultazioni di cui al punto 80, la Commissione adotterà una decisione di autorizzazione soggetta a condizioni.

93. Per contro, se la valutazione porta a concludere che gli impegni proposti non risultano sufficienti per eliminare le riserve sotto il profilo della concorrenza suscite dalla concentrazione, le parti vengono informate in merito (³).

94. Il regolamento sulle concentrazioni non impone alla Commissione alcun obbligo di accettare impegni proposti dopo la scadenza del termine previsto per le misure correttive, a meno che la Commissione non decida volontariamente di valutare impegni in circostanze specifiche (⁴). In considerazione di questo, qualora le parti modifichino successivamente gli impegni proposti dopo il termine di 65 giorni lavorativi, la Commissione potrà accettare gli impegni modificati solo se è in grado di determinare chiaramente — in base alla propria valutazione delle informazioni già ricevute nel corso dell'indagine, compresi i risultati del precedente test di mercato e senza dover ricorrere ad un altro test — che tali impegni, una volta attuati, risolvono in maniera completa e inequivocabile le riserve espresse sotto il profilo della concorrenza e se vi è tempo sufficiente per un'adeguata valutazione della Commissione e un'adeguata consultazione degli Stati membri (⁵) (⁶). La Commissione rigetterà di norma gli impegni modificati che non soddisfanno tali condizioni (⁷).

(¹) Il Tribunale di primo grado ha confermato che il regolamento sulle concentrazioni ed il regolamento di esecuzione non pongono in capo alla Commissione alcun obbligo di accettare impegni presentati successivamente alla data di scadenza, come precisato in appresso al punto 94; cfr. causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punto 161. La Commissione non è pertanto tenuta a prendere in considerazione alcuna misura correttiva presentata dalle parti successivamente alla scadenza prevista per tali misure, anche se le parti dovessero convenire di rinviare il termine definitivo. Inoltre questo non corrisponderebbe, come illustrato nel considerando 35 del regolamento sulle concentrazioni, allo scopo delle proroghe previste all'articolo 10, paragrafo 3. La proroga prevista all'articolo 10, paragrafo 3, primo comma, deve concedere tempo sufficiente per indagare sulle riserve sotto il profilo della concorrenza, mentre è lo scopo della proroga di cui all'articolo 10, paragrafo 3, secondo comma, di concedere tempo sufficiente per l'analisi e il test di mercato degli impegni.

(²) Articolo 20, paragrafo 2, del regolamento di esecuzione.

(³) Cfr. punti 30 e segg. delle «Migliori pratiche per la condotta dei procedimenti comunitari di controllo delle concentrazioni» della DG Concorrenza che prevedono varie riunioni sullo stato di avanzamento tra la Commissione e le parti nel corso della procedura.

(⁴) Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. I-3745, punti 161 e segg. Cfr. anche sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-290/94, Kaysersberg SA/Commissione, Racc. 1997, pag. II-2137.

(⁵) Caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, del 9 dicembre 2004, punti 855 e segg. confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. 2005, pag. II-3745, punti 162 e segg.; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, del 9 marzo 2000, punto 345.

(⁶) Tale consultazione richiede di norma che la Commissione sia in grado di inviare un progetto della decisione definitiva, compresa una valutazione degli impegni modificati, agli Stati membri entro 10 giorni lavorativi prima del comitato consultivo con gli Stati membri. Tale periodo può essere ridotto solo in circostanze eccezionali (articolo 19, paragrafo 5, del regolamento sulle concentrazioni).

(⁷) Cfr. caso COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, del 9 dicembre 2004, punto 913.

V. MODALITÀ PER L'ATTUAZIONE DEGLI IMPEGNI

95. Gli impegni vengono offerti per ottenere l'autorizzazione dell'operazione e di regola sono da attuarsi dopo la decisione. Essi richiedono pertanto garanzie che ne assicurino l'efficace e tempestiva esecuzione. Queste disposizioni di applicazione faranno di norma parte degli impegni sottoscritti dalle parti rispetto alla Commissione.
96. In appresso vengono date dettagliate indicazioni sull'esecuzione degli impegni di cessione, quali impegni più tipici. Di seguito vengono illustrati alcuni aspetti dell'attuazione di altri tipi di impegni.

1. Processo di cessione

97. La cessione deve essere completata entro un periodo di tempo stabilito, concordato tra le parti e la Commissione. Nella pratica della Commissione, il periodo di tempo complessivo è suddiviso in due: un periodo per sottoscrivere un accordo definitivo e un ulteriore periodo per la conclusione dell'operazione, ossia il trasferimento del titolo giuridico. Inoltre, il periodo previsto per concludere un accordo vincolante è di norma suddiviso in un primo periodo nel quale le parti possono cercare un acquirente idoneo («il primo periodo di cessione») e, qualora le parti non riescano a cedere l'attività, un secondo periodo nel quale un fiduciario incaricato della cessione ottiene mandato di cedere l'attività senza indicazione del prezzo minimo («il periodo di cessione del fiduciario»).
98. L'esperienza della Commissione ha dimostrato che periodi di cessione brevi contribuiscono in ampia misura al successo della cessione stessa in quanto, in caso contrario, l'attività da cedere viene esposta ad un periodo prolungato di incertezza. I periodi dovrebbero dunque essere i più brevi possibili. La Commissione considererà di norma circa sei mesi per il primo periodo di cessione ed ulteriori tre mesi per il periodo di cessione del fiduciario, ove del caso. Un periodo di altri tre mesi è normalmente previsto per la chiusura dell'operazione. Tali periodi possono essere modificati caso per caso. In particolare, è possibile che essi debbano essere ridotti se vi è un rischio elevato di deterioramento della redditività dell'attività nel periodo di transizione.
99. I termini per la cessione decorrono di norma dalla data di adozione della decisione della Commissione. Un'eccezione può essere giustificata per un'operazione attraverso offerta pubblica quando le parti si impegnano a cedere un'attività appartenente all'impresa oggetto dell'operazione. Qualora in tali circostanze le parti non possano preparare la cessione dell'attività dell'impresa oggetto dell'operazione prima di concludere la concentrazione notificata, la Commissione potrebbe accettare che i periodi per tale cessione inizino a decorrere soltanto dalla data di conclusione dell'operazione notificata. Analogamente, una tale soluzione può essere presa in considerazione se la data di conclusione della concentrazione non è sotto il controllo delle parti perché, ad esempio, richiede l'approvazione dello Stato⁽¹⁾. In cambio può essere opportuno abbreviare i termini per ridurre il tempo di incertezza per l'attività da cedere.
100. Mentre per le soluzioni con un acquirente designato si applica la procedura sopra descritta, la procedura sarà diversa per le soluzioni preventive. In generale, un accordo vincolante con un acquirente sarà già concluso durante il procedimento in modo che, dopo la decisione, debba essere previsto soltanto un ulteriore periodo per la chiusura dell'operazione. Se prima della decisione è stato concluso con l'acquirente soltanto un accordo quadro, i periodi da prevedere per la sottoscrizione e la successiva conclusione di un accordo completo dovranno essere decisi caso per caso⁽²⁾.

2. Approvazione dell'acquirente e dell'accordo di compravendita

101. Onde assicurare l'efficacia dell'impegno, la vendita ad un acquirente proposto è soggetta alla previa approvazione da parte della Commissione. Quando le parti (o il fiduciario della cessione) hanno raggiunto un accordo definitivo con un acquirente, devono presentare una proposta motivata e documentata alla Commissione. Alle parti o al fiduciario incaricato della cessione, a seconda del caso, sarà richiesto di dimostrare in maniera adeguata che l'acquirente proposto possiede i requisiti richiesti per l'acquirente e che l'attività viene ceduta in maniera conforme alla decisione della Commissione e agli impegni. Se gli impegni permettono che si propongano acquirenti distinti per diverse parti del pacchetto, la Commissione valuterà che ciascuno degli acquirenti proposti sia idoneo e che il pacchetto nel suo insieme elimini la riserva relativa alla concorrenza.

⁽¹⁾ Tuttavia, anche in quelle circostanze, altre disposizioni degli impegni, in particolare quelle che stabiliscono le garanzie nel periodo di transizione, dovrebbero essere valide a partire dalla data dell'adozione della decisione.

⁽²⁾ Cfr. caso COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, del 20 aprile 2006.

102. Nella valutazione di un acquirente proposto, la Commissione interpreterà i requisiti previsti per l'acquirente in base allo scopo degli impegni, onde mantenere immediatamente la concorrenza effettiva sul mercato relativamente al quale sono state espresse le riserve sotto il profilo della concorrenza, e in base alle circostanze di mercato quali precise nella decisione ⁽¹⁾). In generale la valutazione della Commissione dei requisiti dell'acquirente si baserà sugli elementi presentati dalle parti, sulla valutazione del fiduciario incaricato del controllo e, in particolare, sulle discussioni con l'acquirente proposto e sul suo piano aziendale. La Commissione valuterà inoltre se le relative ipotesi formulate sull'acquirente sembrano plausibili in base alle circostanze di mercato.
103. Il requisito che l'acquirente abbia i mezzi finanziari necessari si estende in particolare al modo in cui l'acquisizione è finanziata dall'acquirente proposto. La Commissione non accetterà di norma alcun finanziamento della cessione da parte del venditore né, in particolare, alcun finanziamento del venditore che dovesse in futuro conferire al venditore stesso una parte dei profitti dell'attività ceduta.
104. Nel valutare se l'acquirente proposto minaccia di creare problemi di concorrenza, la Commissione effettuerà una valutazione prima facie alla luce delle informazioni di cui dispone nel processo di approvazione dell'acquirente. Qualora l'acquisizione implichi un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria, questa nuova operazione dovrà essere notificata a norma del regolamento sulle concentrazioni e sarà soggetta ad autorizzazione secondo le normali procedure ⁽²⁾). In caso contrario, l'approvazione, da parte della Commissione, di un acquirente proposto non pregiudica comunque l'esercizio del potere di controllo sulle concentrazioni spettante alle autorità nazionali. Si deve inoltre poter prevedere che l'acquirente proposto ottenga tutte le approvazioni necessarie dalle autorità di regolamentazione competenti. Qualora si possa prevedere, alla luce delle informazioni di cui dispone la Commissione, che le difficoltà nell'ottenere l'autorizzazione della concentrazione dalle autorità competenti o altre approvazioni possano ritardare eccessivamente l'esecuzione tempestiva dell'impegno, si riterrà che l'acquirente proposto non soddisfi i requisiti previsti per l'acquirente. In caso contrario, le riserve sotto il profilo della concorrenza espresse dalla Commissione non verrebbero eliminate entro i termini appropriati.
105. I requisiti per l'approvazione della Commissione di solito non si estendono soltanto all'identità dell'acquirente, ma anche all'accordo di compravendita ed a qualsiasi altro accordo concluso tra le parti e l'acquirente proposto, compresi accordi transitori. La Commissione verificherà se la cessione prevista dagli accordi sia in linea con gli impegni ⁽³⁾.
106. La Commissione comunicherà alle parti il proprio parere sull'idoneità dell'acquirente proposto. Se conclude che l'acquirente proposto non soddisfa i requisiti previsti per l'acquirente, la Commissione adotterà una decisione secondo la quale questi non è considerato un acquirente a norma degli impegni ⁽⁴⁾). Se conclude che l'accordo di compravendita (o qualsiasi accordo accessorio) non prevede una cessione in linea con gli impegni, la Commissione lo comunicherà alle parti senza necessariamente rifiutare l'acquirente in quanto tale. Se conclude che l'acquirente è idoneo in base agli impegni e che i contratti prevedono una cessione in linea con gli impegni, la Commissione approverà la cessione all'acquirente proposto ⁽⁵⁾). La Commissione emetterà le approvazioni necessarie il più rapidamente possibile.

3. Obblighi delle parti nel periodo di transizione

107. Le parti devono ottemperare determinati obblighi nel periodo di transizione (quale definito al punto 36). In tal senso gli impegni devono di norma prevedere quanto segue: i) garanzie per il mantenimento provvisorio della redditività dell'attività; ii) le fasi necessarie per il processo di scorporo, ove del caso; e iii) le fasi necessarie per preparare la cessione dell'attività.

⁽¹⁾ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-342/00, Petrolessence/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1161.

⁽²⁾ Caso IV/M.1383 — Exxon/Mobil, del 29 settembre 1999, e casi successivi COMP/M.1820 — BP/JV Dissolution, del 2 febbraio 2000, e COMP/M.1822 — Mobil/JV Dissolution, del 2 febbraio 2000.

⁽³⁾ Come sopra specificato, le parti possono richiedere alla Commissione di approvare la cessione dell'attività all'acquirente proposto senza uno o più attivi o membri del personale se questo non incide sulla redditività e sulla competitività dell'attività da cedere successivamente alla vendita, tenendo conto delle risorse dell'acquirente proposto.

⁽⁴⁾ COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, del 9 febbraio 2000, stazioni di servizio autostradali, confermato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-342/00, Petrolessence/Commissione, Racc. 2003, pag. II-1161.

⁽⁵⁾ In funzione delle circostanze della cessione, le parti possono anche dover garantire, ad esempio attraverso adeguate disposizioni nell'accordo di acquisto, che l'acquirente mantenga l'attività ceduta in quanto forza competitiva sul mercato e non la rivenda entro un breve periodo.

Mantenimento provvisorio dell'attività oggetto della cessione

108. Spetta alle parti ridurre al minimo, in attesa della cessione, ogni rischio di perdita di competitività potenziale dell'attività oggetto della cessione a causa delle incertezze inerenti al trasferimento di un'attività. La Commissione si aspetta che, fino al trasferimento dell'attività all'acquirente, le parti offrano impegni a garanzia del mantenimento dell'indipendenza, dell'efficienza economica, della commerciabilità e competitività dell'attività da cedere. Soltanto impegni di questo genere permetteranno alla Commissione di concludere con il necessario grado di sicurezza che la cessione dell'attività verrà realizzata nel modo proposto dalle parti negli impegni.
109. In generale tali impegni dovrebbero essere volti a mantenere l'attività da cedere distinta dalle attività conservative dalle parti ed a garantire che essa venga gestita come un'attività distinta e vendibile nel suo miglior interesse, allo scopo di garantire il proseguimento della sua redditività economica, commerciabilità e competitività e la sua indipendenza dalle attività mantenute dalle parti.
110. Le parti dovranno garantire che tutti gli attivi dell'attività vengano mantenuti, secondo la buona pratica commerciale e in condizioni normali di esercizio e che non venga compiuto alcun atto che potrebbe avere un effetto negativo significativo sull'attività. Ciò vale, in particolare, per gli attivi fissi, il know-how o le informazioni commerciali riservate o protette da diritti di proprietà immateriale, la clientela e la competenza tecnica e commerciale dei dipendenti. Le parti devono inoltre mantenere l'attività nelle stesse condizioni esistenti prima della concentrazione, in particolare fornendo le risorse sufficienti, come capitali o linee di credito, sulla base e in proseguimento di piani aziendali esistenti, le stesse funzioni amministrative e di gestione, o altri fattori rilevanti per il mantenimento della concorrenza nel settore specifico. Gli impegni devono inoltre prevedere che le parti adottino tutte le misure ragionevoli, compresi adeguati sistemi di incentivo, per incoraggiare tutto il personale chiave a continuare a lavorare per l'attività oggetto della cessione, e che le parti non possano offrire posti di lavoro o spostare alcun membro del personale nelle loro attività rimanenti.
111. Le parti devono inoltre continuare a mantenere l'attività distinta dalle attività conservative e garantire che il personale chiave dell'attività da cedere non abbia alcuna partecipazione nelle attività conservative e viceversa. Se l'attività da cedere è una società giuridica e sembra necessaria una separazione rigorosa della struttura giuridica, i diritti delle parti in quanto azionisti, in particolare i diritti di voto, devono essere esercitati dal fiduciario responsabile del controllo che deve avere anche il potere di sostituire i membri del consiglio di amministrazione nominati per conto delle parti. Per quanto riguarda le informazioni, le parti devono delimitare l'attività da cedere ed adottare tutte le misure necessarie per garantire che le parti non ottengano alcun segreto aziendale o altre informazioni riservate. Eventuali informazioni o documenti riservati dell'attività ottenuti dalle parti prima dell'adozione della decisione devono essere restituiti all'attività o distrutti.
112. Le parti devono inoltre in generale nominare un dirigente, con la competenza necessaria, che sarà responsabile della gestione dell'attività e dell'esecuzione degli obblighi di delimitare e mantenere separata l'attività oggetto della cessione. Tale dirigente deve agire sotto la supervisione del fiduciario incaricato del controllo che può dargli istruzioni. Gli impegni devono prevedere che la nomina abbia luogo immediatamente dopo l'adozione della decisione e anche prima che le parti possano concludere la concentrazione notificata. Anche se le parti possono nominare autonomamente il dirigente incaricato di mantenere separata l'attività oggetto della cessione, gli impegni devono prevedere che il fiduciario incaricato del controllo possa rimuovere tale dirigente se questi non agisce in linea con gli impegni o ne metta a rischio l'esecuzione tempestiva e corretta. La nomina di un nuovo dirigente incaricato di mantenere separata l'attività oggetto della cessione sarà soggetta all'approvazione del fiduciario incaricato del controllo.

Fasi per lo scorporo di un'attività

113. Come illustrato sopra al punto 35, la Commissione può accettare, in circostanze appropriate, che lo scorporo di un'attività possa essere considerata una misura correttiva adeguata. Anche in tali circostanze, tuttavia, soltanto il trasferimento di un'impresa redditizia ad un acquirente che può mantenere e sviluppare l'attività come forza competitiva attiva sul mercato eliminerà le riserve della Commissione sotto il profilo della concorrenza. Le parti devono pertanto assumere l'obbligo, orientato al risultato,

di effettuare, nel periodo di transizione, uno scorporo degli attivi che contribuiscono all'attività oggetto della cessione. Il risultato deve essere un'attività redditizia e competitiva, autonoma e distinta dalle altre attività delle parti, che può essere trasferita ad un acquirente idoneo alla fine del periodo di transizione. Le parti dovranno sostenere i costi ed i rischi di un tale scorporo nel periodo di transizione.

114. L'operazione di scorporo dovrà essere effettuata dalle parti sotto la supervisione del fiduciario ed in collaborazione con il dirigente indipendente incaricato di mantenere separata l'attività oggetto della cessione. Innanzitutto, gli attivi e i membri del personale che sono condivisi dall'attività da cedere e dalle rimanenti attività delle parti devono essere assegnati all'attività da cedere nella misura in cui questo non venga escluso negli impegni (¹). L'assegnazione degli attivi e del personale saranno monitorati e devono essere approvati dal fiduciario incaricato del controllo. In secondo luogo, il processo di scorporo può anche richiedere che vengano replicati per l'attività gli attivi detenuti o le funzioni svolte da altre settori delle attività delle parti se questo è necessario per garantire la redditività e la competitività dell'attività da cedere. Un esempio è l'interruzione della partecipazione dell'attività ad una rete centrale di tecnologia dell'informazione e l'installazione di un sistema informatico a parte. In generale, le fasi principali del processo di scorporo di un'attività vanno decise caso per caso e descritte negli impegni.

115. Nel contempo va garantito che tali misure non incidono sulla redditività dell'attività da cedere. Nel periodo di transizione le parti devono dunque mantenere l'utilizzo di attivi comuni e continuare a fornire servizi all'attività in questione nella stessa misura che in passato fintantoché l'attività non è ancora redditizia su base autonoma.

Obblighi specifici delle parti relativamente al processo di cessione

116. Per il processo della cessione, gli impegni dovrebbero prevedere che gli acquirenti potenziali possano effettuare una *due diligence* ed ottenere, secondo la fase del procedimento, informazioni sufficienti sull'attività oggetto della cessione per permettere all'acquirente di valutare interamente il valore, l'entità ed il potenziale commerciale dell'attività e di avere un accesso diretto al suo personale. Le parti devono inoltre presentare relazioni periodiche sui potenziali acquirenti e sugli sviluppi delle trattative. La cessione verrà eseguita soltanto dopo la conclusione dell'operazione, ossia dopo che il titolo giuridico è passato all'acquirente approvato, e gli attivi sono stati effettivamente trasferiti. Alla fine del processo, le parti dovranno inviare una relazione finale, a conferma della conclusione e del trasferimento degli attivi.

4. Il fiduciario incaricato del controllo e il fiduciario incaricato della cessione

Ruolo del fiduciario incaricato del controllo

117. Poiché la Commissione non può essere direttamente coinvolta, su base quotidiana, nel monitoraggio dell'esecuzione degli impegni, le parti devono proporre la nomina di un fiduciario incaricato di controllare che le parti rispettino gli impegni, in particolare gli obblighi loro incombenti nel periodo di transizione e nel processo di cessione (il cosiddetto «fiduciario incaricato del controllo»). Le parti garantiscono in tal modo l'efficacia degli impegni presentati e consentono alla Commissione di assicurarsi che la modifica della concentrazione notificata, quale proposta dalle parti, venga effettuata con il necessario grado di sicurezza.

118. Il fiduciario incaricato del controllo svolgerà le sue mansioni sotto la supervisione della Commissione e deve essere considerato «gli occhi e le orecchie» della Commissione. Egli vigilerà sulla corretta gestione ed il corretto mantenimento su base autonoma dell'attività nel periodo di transizione. La Commissione può pertanto dare al fiduciario incaricato del controllo qualsiasi ordine e istruzione per garantire il rispetto degli impegni e il fiduciario può proporre alle parti qualsiasi misura che ritiene necessaria per lo svolgimento delle sue mansioni. Le parti non possono tuttavia dare alcuna istruzione al fiduciario senza l'approvazione della Commissione.

(¹) Cfr. punto 26 per quanto riguarda il trattamento degli attivi comuni negli impegni.

119. Gli impegni preciseranno in genere le mansioni del fiduciario incaricato del controllo. Le sue funzioni ed i suoi obblighi saranno precisati in dettaglio nel mandato del fiduciario, che viene concordato tra le parti e il fiduciario; i suoi compiti verranno ulteriormente precisati in un programma di lavoro. L'opera del fiduciario incaricato del controllo inizierà di norma immediatamente dopo l'adozione della decisione della Commissione e durerà fino al trasferimento giuridico e reale dell'attività all'acquirente approvato. È possibile distinguere cinque mansioni principali — ma non esaustive — che il fiduciario incaricato del controllo dovrebbe svolgere sotto la supervisione della Commissione:

- in primo luogo, il fiduciario incaricato del controllo dovrà vigilare sulle garanzie previste per l'attività da cedere nel periodo di transizione,
- in secondo luogo, nei casi di scorporo, il fiduciario incaricato del controllo deve monitorare la scissione degli attivi e l'assegnazione del personale tra l'attività ceduta e le attività mantenute dalle parti nonché la riproduzione nell'attività di attivi e funzioni in precedenza forniti dalle parti,
- in terzo luogo, il fiduciario incaricato del controllo sarà tenuto a monitorare gli sforzi delle parti per trovare un acquirente potenziale e trasferire l'attività. In generale, esaminerà i progressi del processo di cessione e i relativi acquirenti potenziali. Verificherà che gli acquirenti potenziali ricevano informazioni sufficienti in merito all'attività, in particolare verificando il memorandum informativo (ove disponibile), la *data room* o il processo di *due diligence*. Una volta che è stato proposto un acquirente, il fiduciario incaricato del controllo presenta alla Commissione un parere motivato in cui specifica se l'acquirente proposto soddisfa i requisiti previsti negli impegni per l'acquirente e se l'attività viene venduto in modo coerente con gli impegni. Alla fine del processo, il fiduciario incaricato del controllo deve sorvegliare il trasferimento giuridico e materiale dell'attività all'acquirente e redigere una relazione finale, che conferma l'avvenuto trasferimento,
- in quarto luogo, il fiduciario incaricato del controllo fungerà da punto di contatto per qualsiasi richiesta di terzi, in particolare acquirenti potenziali, in merito agli impegni. Le parti informeranno i terzi interessati dell'identità e delle mansioni del fiduciario incaricato del controllo, compreso qualsiasi acquirente potenziale. Nel caso di disaccordo tra le parti ed i terzi in merito alle questioni trattate negli impegni, il fiduciario incaricato del controllo ne discuterà con entrambi e riferirà alla Commissione. Per poter svolgere il proprio ruolo, il fiduciario incaricato del controllo manterrà riservato qualsiasi segreto aziendale delle parti e dei terzi,
- in quinto luogo, il fiduciario incaricato del controllo riferirà su tali questioni alla Commissione nei rapporti periodici relativi al rispetto degli impegni e presenterà inoltre relazioni supplementari su richiesta della Commissione.

120. Gli impegni preciseranno inoltre in modo completo le esigenze del fiduciario incaricato del controllo per quanto riguarda il sostegno che deve giungere dalle parti e la cooperazione con loro; la Commissione supervisionerà i rapporti tra le parti e il fiduciario anche a tale riguardo. Per svolgere le proprie mansioni, il fiduciario avrà accesso ai libri contabili ed alle registrazioni delle parti e dell'attività oggetto della cessione, nella misura e per il tempo rilevanti per l'esecuzione degli impegni; egli può chiedere sostegno manageriale e amministrativo alle parti, sarà informato in merito ad acquirenti potenziali e su tutti gli sviluppi del processo di cessione e riceverà le informazioni presentate agli acquirenti potenziali. Inoltre, le parti indennizzeranno il fiduciario e gli consentiranno di nominare consulenti, ove opportuno per lo svolgimento delle sue mansioni nel quadro degli impegni. Gli impegni consentiranno altresì alla Commissione di condividere le informazioni delle parti con il fiduciario incaricato del controllo onde permettergli di svolgere le sue mansioni. Il fiduciario incaricato del controllo sarà tenuto a mantenere riservate tali informazioni.

Ruolo del fiduciario incaricato della cessione

121. Per quanto riguarda il fiduciario incaricato del controllo, le parti devono proporre la nomina di un fiduciario incaricato della cessione in modo da rendere efficaci gli impegni da loro presentati e permettere alla Commissione di garantire che venga effettuata la modifica della concentrazione notificata, come da loro proposta. Se le parti non riescono a trovare un acquirente adatto nel primo periodo di cessione, nel periodo di cessione del fiduciario si darà al fiduciario incaricato della cessione mandato irrevocabile ed esclusivo a cedere l'attività, sotto la supervisione della Commissione, entro un termine specifico e senza indicazione del prezzo minimo ad un acquirente adatto. Gli impegni permetteranno al fiduciario incaricato della cessione di includere nell'accordo di compravendita i termini che ritiene opportuni per una vendita vantaggiosa, in particolare le consuete dichiarazioni sullo stato dell'attività, garanzie e indennità consuete. La vendita dell'attività da parte del fiduciario incaricato della cessione è soggetta all'autorizzazione preventiva della Commissione analogamente alla vendita effettuata dalle parti.

122. Gli impegni preciseranno che le parti sosterranno ed informeranno il fiduciario incaricato della cessione e coopereranno con questi nello stesso modo che con il fiduciario incaricato del controllo. Per la cessione, le parti devono conferire al fiduciario incaricato della cessione una procura generale, che copre tutte le fasi della cessione.

Approvazione e mandato del fiduciario

123. A seconda dell'impegno, il fiduciario incaricato del controllo e il fiduciario incaricato della cessione possono essere o meno la stessa persona o la stessa istituzione. Le parti proporranno alla Commissione uno o più fiduciari potenziali, specificando i termini completi del mandato ed un programma di lavoro di massima. È essenziale che il fiduciario incaricato del controllo possa svolgere i propri compiti immediatamente dopo la decisione della Commissione. Le parti devono pertanto proporre un fiduciario adatto immediatamente dopo la decisione della Commissione ⁽¹⁾ e gli impegni devono prevedere di norma che la concentrazione notificata possa essere attuata soltanto dopo la nomina del fiduciario incaricato del controllo, previa approvazione della Commissione ⁽²⁾. La situazione è diversa per il fiduciario incaricato della cessione che deve essere nominato ben prima della fine del primo periodo di cessione ⁽³⁾ in modo che il suo mandato possa entrare in vigore con l'inizio del periodo di cessione del fiduciario.
124. Entrambi i tipi di fiduciari vengono nominati dalle parti sulla base di un relativo mandato, concordato tra le parti e il fiduciario. La nomina ed il mandato sono soggetti all'approvazione della Commissione che avrà la facoltà di scegliere il fiduciario e valuterà se il candidato proposto è adatto alle mansioni nel caso specifico. Il fiduciario dovrà essere indipendente dalle parti, possedere le qualificazioni necessarie per l'adempimento dei suoi compiti e non dovrà essere né potersi trovare in una condizione di conflitto d'interessi.
125. La Commissione valuterà le qualificazioni necessarie in base alle esigenze del caso specifico, compresi la zona geografica ed il settore interessati. In base all'esperienza della Commissione, le imprese di audit e altre imprese di consulenza, in particolare, possono essere in grado di svolgere i compiti afferenti al fiduciario incaricato del controllo. Anche i singoli che hanno lavorato nel settore specifico possono essere candidati adatti per tale ruolo se dispongono delle risorse necessarie per svolgere le mansioni in questione. Le banche di investimento sembrano essere particolarmente adatte per il compito di fiduciario incaricato della cessione. L'indipendenza del fiduciario è fondamentale per consentirgli di svolgere correttamente il suo ruolo di controllo, per conto della Commissione, del rispetto degli impegni delle parti e per garantirne la credibilità nei confronti di terzi. In particolare, la Commissione non accetterà come fiduciari persone o istituzioni che sono nel contempo i revisori dei conti delle parti o loro consulenti finanziari nella cessione. Non vi sarà tuttavia un conflitto di interessi nei rapporti tra il fiduciario e le parti se tali rapporti non alterano l'obiettività e l'indipendenza del fiduciario nell'adempimento delle sue mansioni. Spetta alle parti fornire alla Commissione le opportune informazioni che le consentano di verificare che il fiduciario possieda tali requisiti. La nomina del fiduciario dopo l'approvazione delle parti è irrevocabile a meno che il fiduciario non venga sostituito con l'approvazione della Commissione o su sua richiesta.
126. Il mandato del fiduciario definirà le mansioni come precisato negli impegni e comprenderà tutte le disposizioni necessarie per consentire al fiduciario di svolgere i propri compiti nell'ambito degli impegni accettati dalla Commissione. Le parti sono responsabili della remunerazione del fiduciario in base al mandato; la struttura della remunerazione deve essere tale da non ostacolare l'indipendenza e l'efficacia del fiduciario nell'adempimento del mandato. La Commissione approverà un fiduciario soltanto su presentazione di un mandato adeguato. Nei casi opportuni, essa può rendere pubblica l'identità del fiduciario ed una sintesi delle sue mansioni.
127. Il mandato dovrà disporre che, una volta che gli impegni specifici affidati al fiduciario siano stati adempiuti — vale a dire dopo che la proprietà dell'attività oggetto della cessione sia stata trasferita, gli attivi siano stati effettivamente trasferiti all'acquirente e eventuali accordi specifici con effetto posteriore alla cessione siano stati rispettati — il fiduciario chieda alla Commissione di essere liberato da ulteriori responsabilità. Anche dopo aver emesso la decisione di scarico dalle responsabilità, può essere necessario che la Commissione richieda di incaricare nuovamente il fiduciario sulla base degli impegni, qualora le dovesse successivamente risultare che gli impegni non siano stati adempiuti pienamente e adeguatamente.

⁽¹⁾ Gli impegni devono prevedere di norma che venga proposta la nomina di un fiduciario incaricato del controllo entro due settimane dalla data della decisione.

⁽²⁾ Cfr. caso COMP/M.4180 — GdF/Suez, del 14 novembre 2006; caso COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, del 12 dicembre 2006; caso COMP/M.3916 — T-Mobile/tele.ring, del 20 aprile 2006.

⁽³⁾ La Commissione richiederà di norma la nomina almeno un mese prima della fine del primo periodo di cessione.

5. Obblighi delle parti dopo l'esecuzione della cessione

128. Gli impegni devono inoltre prevedere che per un periodo di 10 anni dopo l'adozione della decisione con la quale vengono accettati gli impegni la Commissione possa richiedere informazioni alle parti. Questo permetterà alla Commissione di controllare l'effettiva esecuzione della misura correttiva.

6. Attuazione di altri impegni

129. Molti dei principi sopra illustrati relativi all'esecuzione di impegni di cessione possono essere ugualmente applicati ad altri tipi di impegni se detti impegni devono essere attuati a seguito della decisione della Commissione. Ad esempio, se è previsto che il beneficiario di una licenza debba essere approvato dalla Commissione, possono essere applicate le considerazioni relative all'approvazione dell'acquirente. Vista l'ampia gamma esistente di impegni diversi dalla cessione, non è possibile stabilire alcuna regola generale ed esaustiva per l'esecuzione degli impegni diversi dalla cessione.
130. Tuttavia, vista la lunga durata degli impegni diversi dalla cessione e la loro frequente complessità, sono spesso necessari sforzi di controllo assai notevoli e strumenti di controllo specifici per permettere alla Commissione di concludere che tali impegni sono stati eseguiti in modo efficace. La Commissione richiederà pertanto spesso l'intervento di un fiduciario che sorvegli l'esecuzione degli impegni, nonché la realizzazione di una procedura accelerata di arbitrato per prevedere un meccanismo di composizione delle controversie e rendere gli impegni applicabili da parte degli operatori di mercato stessi. In casi precedenti, la Commissione ha spesso richiesto sia la nomina di un fiduciario che l'inserimento di una clausola compromissoria⁽¹⁾. In tali circostanze, il fiduciario sorveglierà l'esecuzione degli impegni, ma sarà anche in grado di fornire assistenza nel procedimento arbitrale in modo che questo possa essere portato a termine entro un breve periodo di tempo.

⁽¹⁾ Un approccio di questo genere, con la combinazione di arbitrato e nomina di un fiduciario incaricato del controllo, è stato ad esempio utilizzato nel caso COMP/M.2803 — Telia/Sonera, del 10 luglio 2002; caso COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, del 2 settembre 2003, e caso COMP/M.3225 — Alcan/Péchiney II, del 29 settembre 2003.