Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MAZÁK
presentate il 6 marzo 2012[1]

Causa C-551/10 P

Éditions Odile Jacob SAS
contro

Commissione europea

«Impugnazione — Concorrenza — Concentrazioni — Editoria in lingua francese — Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio — Violazione dell'articolo 3 — Sviamento di potere — Difetto di motivazione — Principi di certezza del diritto, legittimo affidamento e uguaglianza — Valutazione della posizione dominante — Adeguatezza degli impegni»

I – Introduzione

1. Con la sua impugnazione, la Éditions Odile Jacob SAS (in prosieguo: la «ricorrente») chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale del 13 settembre 2010, Éditions Jacob/Commissione, T-279/04 (in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con la quale detto giudice ha respinto il suo ricorso di annullamento della decisione della Commissione, del 7 gennaio 2004, che dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo sullo Spazio economico europeo (Caso n. COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP)[2] (in prosieguo: la «decisione impugnata»).

II – Fatti all'origine della controversia

2. I fatti all'origine della presente impugnazione sono esposti con dovizia di dettagli ai punti 1-59 della sentenza impugnata. Mi limiterò così a richiamare alcuni aspetti rilevanti, al fine di illustrare brevemente le origini della presente impugnazione. Il 25 settembre 2002, la Vivendi Universal SA (in prosieguo: la «VU») decideva di cedere le attività editoriali (in prosieguo: gli «elementi dell'attivo in offerta») detenute in Europa dalla sua controllata Vivendi Universal Publishing SA (in prosieguo: la «VUP»). La Lagardère SCA (in prosieguo: la «Lagardère») manifestava il suo interesse per l'acquisto di tali attività. Emergeva tuttavia che la volontà della VU di arrivare, in tempi brevi, alla cessione e al pagamento non era compatibile con l'esigenza di ottenere la previa autorizzazione della vendita da parte delle autorità della concorrenza competenti. Pertanto, la Lagardère chiedeva alla Natexis Banques Populaires SA (in prosieguo: la «NBP») di agire per suo conto e di acquistare, tramite una controllata costituita a tal fine, gli elementi dell'attivo in offerta presso la VUP, di detenerli a titolo provvisorio e di venderli poi alla Lagardère non appena quest'ultima avesse ottenuto l'autorizzazione a detta acquisizione.

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — GU L 125, pag. 54, notificata con il numero C(2003) 5277.

3. Il 3 dicembre 2002, l'Investima 10 SAS (in prosieguo: l'«Investima 10»), controllata al 100% della Ecrinvest 4 SA (in prosieguo: la «Ecrinvest 4»), a sua volta controllata al 100% dalla Segex Sarl (in prosieguo: la «Segex»), a sua volta controllata al 100% dalla NBP, firmava a favore dalla VUP una promessa d'acquisto degli elementi dell'attivo in offerta. Lo stesso giorno, la Segex e la Ecrinvest 4 concludevano con la Lagardère un contratto di cessione (in prosieguo: il «contratto di cessione») che consentiva a quest'ultima di acquisire la totalità del capitale dell'Investima 10 tramite la Ecrinvest 4. Il contratto di cessione prevedeva che la data di cessione delle quote della Ecrinvest 4 a favore della Lagardère sarebbe avvenuta a seguito dell'ottenimento, da parte della Lagardère, dell'autorizzazione delle autorità della concorrenza competenti ad acquisire la Ecrinvest 4. Il 3 dicembre 2002, conformemente a quanto previsto nel contratto di cessione, la Lagardère pagava alla Segex, tra l'altro, il prezzo delle quote. La Lagardère si impegnava a indennizzare la Segex, la Ecrinvest 4 e l'Investima 10 per ogni danno derivante dall'esecuzione del contratto di cessione. Il 10 dicembre 2002 la Lagardère trasmetteva alla Commissione un progetto di notifica dell'acquisizione degli elementi dell'attivo in offerta. Il 20 dicembre 2002, la VUP dava corso alla promessa di acquisto dell'Investima 10 e, lo stesso giorno, l'Investima 10 e la VUP stipulavano il contratto di acquisto degli elementi dell'attivo in offerta.

4. Il 14 aprile 2003, la Lagardère procedeva alla notifica presso la Commissione del suo progetto di acquisizione degli elementi dell'attivo in offerta conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese[3]. Il 5 giugno 2003, la Commissione decideva che l'operazione di concentrazione notificata suscitava seri dubbi per quanto riguardava la sua compatibilità con il mercato comune e, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 4064/89, avviava una seconda fase di esame dell'operazione di concentrazione notificata.

5. Il 14 ottobre 2003 l'Investima 10 diventava Editis SA (in prosieguo: la «Editis»).

6. Il 7 gennaio 2004 la Commissione adottava la decisione impugnata, autorizzando l'operazione di concentrazione a condizione che venissero rispettati determinati impegni, in base ai quali la Lagardère doveva cedere attivi che rappresentavano approssimativamente il 60-70% del suo fatturato mondiale e il 70-80% del fatturato realizzato dalla VUP sui mercati dell'editoria francofona interessati dall'operazione di concentrazione. La Commissione riteneva che gli impegni proposti dalla Lagardère avrebbero eliminato pressoché tutte le sovrapposizioni orizzontali fra le attività dei soggetti partecipanti alla concentrazione su tutti i mercati rilevanti di lingua francese nei quali la transazione creava o rafforzava una posizione dominante. La Commissione riteneva che, nel caso di cessione ad un unico acquirente, gli impegni proposti avrebbero permesso di eliminare gran parte degli effetti verticali e di conglomerato dell'operazione analizzati nella decisione impugnata che derivavano dal peso globale dell'entità che sarebbe sorta dalla concentrazione nel settore dell'editoria francofona e che contribuivano alla creazione o al rafforzamento di posizioni dominanti sui mercati interessati. La decisione impugnata conclude nel senso che, alla luce degli impegni proposti dalla Lagardère, l'operazione di concentrazione non porterà alla creazione o al rafforzamento della posizione dominante dell'entità che sorgerà dalla fusione sul mercato comune. La Commissione decideva così che, fatta salva la realizzazione degli impegni proposti dalla Lagardère in conformità dell'articolo 2, paragrafo 2, e dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89, l'acquisizione da parte della Lagardère, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di detto regolamento, del controllo esclusivo sulle attività editoriali della VUP in Europa e in America Latina, escluso il Brasile, era compatibile con il mercato comune e con l'accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«accordo SEE»).

3 — GU L 395, pag. 1.

7. Il 28 maggio 2004, la Lagardère e la Wendel Investissements SA (in prosieguo: la «Wendel») stipulavano un progetto di accordo in base al quale la Wendel avrebbe acquisito gli attivi che la Lagardère era tenuta a cedere in base agli impegni. Con lettera del 4 giugno 2004, la Lagardère chiedeva alla Commissione di approvare l'acquisto degli attivi in parola da parte della Wendel.

8. Con ricorso proposto contro la Commissione in data 8 luglio 2004 davanti al Tribunale di primo grado (divenuto il Tribunale), iscritto a ruolo con il numero di causa T-279/04, la ricorrente chiedeva l'annullamento della decisione impugnata. Con la sentenza impugnata, il Tribunale rigettava integralmente il ricorso diretto all'annullamento della decisione impugnata.

III – L'impugnazione

9. La ricorrente invoca quattro motivi a sostegno della sua impugnazione.

A – *Primo motivo: violazione dell'articolo 3 del regolamento n. 4064/89*

1. Procedimento davanti al Tribunale

10. Nell'ambito del primo motivo dedotto davanti al Tribunale, la ricorrente sosteneva che la decisione impugnata era viziata nella parte in cui classificava l'acquisizione da parte della NBP degli elementi dell'attivo in offerta come un'acquisizione di attivi con l'intenzione di rivendere ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89, invece di classificare detta acquisizione come una concentrazione grazie alla quale o la Lagardère aveva acquisito il controllo esclusivo degli elementi dell'attivo in offerta avvalendosi della NBP come intermediario, o la Lagardère e la NBP avevano acquisito il controllo congiunto di detti attivi. Nel corso del procedimento di primo grado, la ricorrente sosteneva inoltre che l'acquisizione da parte dell'Investima 10 degli elementi dell'attivo in offerta non soddisfaceva nessuna delle condizioni cumulative indicate nell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 e che l'accordo di conferimento fiduciario degli elementi dell'attivo in offerta ha consentito pertanto alla Lagardère di esercitare un'influenza determinante su detti attivi dal dicembre 2002 e fino alla loro cessione alla Wendel, il 30 settembre 2004.

11. Secondo il Tribunale, anche ammettendo che l'acquisizione degli elementi dell'attivo in offerta da parte dell'Investima 10 non soddisfacesse tutte le condizioni indicate all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89, ciò non avrebbe necessariamente significato che tale acquisizione dovesse essere qualificata, in conformità dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di detto regolamento, come acquisizione del controllo esclusivo da parte della Lagardère, o del controllo congiunto da parte della Lagardère e della NBP, su detti attivi [4]. Il Tribunale riteneva inoltre che l'accordo di conferimento fiduciario non permettesse alla Lagardère di esercitare un'influenza decisiva sugli elementi dell'attivo in offerta dal dicembre 2002, o alla Lagardère e alla NBP di esercitare un'influenza determinante su detti attivi a partire da tale data, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89 [5]. Il Tribunale aggiungeva poi, per completezza, che, anche se l'accordo di conferimento fiduciario, come sostenuto dalla ricorrente, avesse permesso alla Lagardère di esercitare dal dicembre 2002, da sola o con la NBP, il controllo sugli elementi dell'attivo in offerta a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 4064/89 e l'operazione fosse stata così realizzata prima della notificazione, tale circostanza non inciderebbe comunque sulla legittimità della decisione impugnata [6].

4 — V. punto 117 della sentenza impugnata.

5 — V. punti 144 e 153 della sentenza impugnata. Il Tribunale non ha verificato se erano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), di detto regolamento.

6 — V. punti 154-164 della sentenza impugnata.

2. Argomenti

12. Il primo motivo consta di due capi.

13. In primo luogo, la ricorrente ritiene che il Tribunale, esaminando separatamente l'accordo di conferimento fiduciario senza tener conto dell'operazione giuridica complessiva che ha portato all'acquisizione da parte della Lagardère del controllo sugli elementi dell'attivo in offerta, non avrebbe tenuto conto della finalità di controllo della normativa in materia di concentrazioni e di concorrenza in generale, che, come confermato dalla sentenza Cementbouw Handel & Industrie/Commissione [7], consiste nel cercare la realtà economica sottesa alle operazioni. Disattendendo l'obiettivo di controllo delle concentrazioni e la sua stessa giurisprudenza in materia di operazioni complesse, il Tribunale avrebbe stabilito una nuova eccezione, più ampia rispetto alle eccezioni previste all'articolo 3, paragrafo 5, del regolamento n. 4064/89. Autorizzando simili accordi di conferimento fiduciario, a prescindere dalla natura del soggetto veicolare incaricato come portatore fiduciario degli attivi da cedere, e permettendo così che transazioni generalmente soggette alla notifica alla Commissione sfuggano al controllo, il Tribunale avrebbe anche privato di effetto l'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), di detto regolamento, eliminando il requisito previsto per gli istituti di credito o finanziari, vale a dire il requisito relativo al carattere temporaneo dell'operazione oggetto di detta disposizione.

14. In secondo luogo, la ricorrente ritiene che il Tribunale abbia autorizzato la creazione, per contratto, di un «accordo di deposito» (warehousing arrangement) che si sottrae al controllo sulle concentrazioni. Il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto dando un'applicazione incompleta all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89, limitata all'analisi dei soli elementi contrattuali, omettendo così in toto di valutare la questione del controllo di fatto in conformità della prassi della stessa Commissione, confermata anche dal Tribunale nella sentenza Aer Lingus Group/Commissione [8]. Secondo la ricorrente, inoltre, al punto 134 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe erroneamente respinto le argomentazioni da essa sollevate con riguardo alla possibilità di esercitare un'influenza determinante attraverso il finanziamento e l'assunzione dei rischi, sostenendo che detto finanziamento era «insito nell'accordo di conferimento fiduciario». Al punto 137 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe inoltre erroneamente rigettato le censure mosse dalla ricorrente con riguardo ai debiti contratti dalla Segex/Ecrinvest 4 nei confronti della Lagardère.

15. La Commissione e la Lagardère ritengono che il presente motivo sia inconferente, dal momento che la decisione impugnata non aveva l'obiettivo di verificare l'esistenza di un controllo o un suo esercizio di fatto, a far data dal dicembre 2002, bensì quello di accertare la compatibilità con il mercato comune dell'operazione notificata il 14 aprile 2003 e relativa all'acquisizione da parte della Lagardère del controllo sulla VUP. Pertanto, la classificazione dell'accordo di conferimento fiduciario e le conseguenze di tale classificazione sono indipendenti dalla validità della decisione impugnata con cui è stata autorizzata l'operazione, subordinata al rispetto degli impegni, e non hanno alcuna ripercussione su di essa. La Lagardère afferma che la Commissione può vietare una concentrazione solo quando essa crea o rafforza una posizione dominante che ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune. L'omessa notifica o la realizzazione di una concentrazione non autorizzata può essere unicamente sanzionata con un'ammenda in conformità dell'articolo 14 del regolamento n. 4064/89.

16. La Commissione ritiene che la ricorrente sbagli nell'affermare, sulla base della sentenza Cementbouw Handel & Industrie/Commissione [9], che il regolamento n. 4064/89 imponga alla Commissione di valutare in modo unitario le operazioni interdipendenti che compongono un'operazione di concentrazione. Dato che la Commissione ha ritenuto che la concentrazione, seguita

7 — Sentenza del Tribunale di primo grado del 23 febbraio 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione (T-282/02, Racc. pag. II-319. V., in particolare, i punti da 104 a 109).

8 — Sentenza del Tribunale del 6 luglio 2010, Aer Lingus Group/Commissione (T-411/07, Racc. pag. II-3691, punto 61).

9 — Cit. alla nota 7.

alla definizione degli impegni, non ostacola la concorrenza, il fatto che la valutazione di un'operazione, con cui è stato acquisito il controllo, non si estenda alla fase dell'accordo di conferimento fiduciario, non pregiudica l'obiettivo generale di vigilanza sulle operazioni di concentrazione. Inoltre, la conclusione del Tribunale, secondo cui l'accordo di conferimento fiduciario relativo agli attivi della VUP non accordava alla Lagardère, a partire dal dicembre 2002, la possibilità di esercitare, da sola o congiuntamente con la NBP, un'influenza determinante sugli attivi, non può essere contestata in sede di impugnazione in mancanza di uno snaturamento dei fatti che non è stato dedotto. Alla luce della sentenza Aer Lingus Group/Commissione [10] e considerato che la Commissione ha autorizzato, condizionandola ad impegni, l'acquisizione da parte della Lagardère del controllo esclusivo e duraturo sugli elementi dell'attivo in offerta della VUP, una simile decisione di autorizzazione è allo stesso tempo coerente con un'analisi che valuti l'accordo di conferimento fiduciario della partecipazione nella VUP/Editis in capo alla NBP come un «primo passo» all'interno di quell'unica operazione di concentrazione che, solo al termine dell'operazione (con la vendita dalla NBP alla Lagardère, in conformità degli impegni), ha condotto al controllo stabile da parte della Lagardère. La Commissione valuta inoltre come inconferente la censura della ricorrente in merito alla qualificazione dell'accordo di conferimento fiduciario e alla previsione di una nuova eccezione in caso di acquisizione temporanea di attivi, poiché detto accordo non è dirimente ai fini della legittimità della decisione impugnata e, quand'anche venisse considerato come un primo passo nell'ambito di un'operazione di concentrazione, non costituirebbe comunque la concentrazione stessa. La Commissione ritiene inoltre che la sentenza impugnata non escluda la possibilità di un controllo di fatto. In tale contesto, però, l'onere di provare l'errore da parte della Commissione gravava, in ogni caso, sulla ricorrente. Non è sufficiente sostenere che la Lagardère abbia esercitato il controllo dal dicembre 2002, tanto più che le clausole contrattuali erano state previste proprio per escludere il controllo.

17. La Lagardère sostiene che il presente motivo è, in ogni caso, in parte irricevibile e in parte infondato. A detta della Lagardère l'affermazione della ricorrente, secondo cui l'accordo di conferimento fiduciario costituirebbe unicamente il primo passo verso una concentrazione che ha portato, alla fine, all'acquisizione del controllo da parte della Lagardère, è un argomento nuovo, sollevato per la prima volta dalla ricorrente in sede di impugnazione in contrasto con la posizione assunta dalla ricorrente davanti al Tribunale e, in quanto tale, irricevibile. La Lagardère osserva che l'affermazione della ricorrente, a detta della quale il Tribunale avrebbe omesso di verificare la possibilità in capo alla Lagardère di esercitare un controllo di fatto sulla Editis a partire dalla conclusione dell'accordo di conferimento fiduciario, è priva di fondamento, come comprovato dall'esame di tale aspetto condotto dal Tribunale ai punti 119 e segg. della sentenza impugnata.

3. Analisi

18. Per quanto attiene alla contestata inconferenza del presente motivo, ritengo che un'operazione di concentrazione che non crea o non rafforza una posizione dominante che può provocare ostacoli significativi a un'effettiva concorrenza nel mercato comune, benché notificata in violazione del termine di una settimana previsto all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 e realizzata contravvenendo all'obbligo di sospensione stabilito all'articolo 7, paragrafo 1, di detto regolamento, deve essere dichiarata dalla Commissione compatibile con il mercato comune in conformità dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89 [11]. Tuttavia, la mancata notifica alla

10 — Cit. alla nota 8, punto 61.

11 — V. anche, articolo 2, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89. Diversamente, in conformità dell'articolo 8, paragrafo 4, del regolamento n. 4064/89, la Commissione può ordinare ogni misura idonea a ripristinare la concorrenza, laddove l'operazione di concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante che ostacola in modo significato la concorrenza. V., anche, articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89. Tale azione può comportare anche la separazione di una concentrazione realizzata. V. sentenza Aer Lingus Group/Commissione, cit. alla nota 8, punti 58-61.

Commissione di un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 4064/89 [12] o la realizzazione non autorizzata di detta operazione di concentrazione possono essere sanzionate dalla Commissione con un'ammenda in forza, rispettivamente, dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera a), e paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 4064/89 [13].

19. Ritengo sia importante sottolineare che un tale approccio si basa sulla premessa che tutti gli aspetti di fatto, giuridici ed economici che possono incidere sulla natura dell'operazione di concentrazione e, a loro volta, sulla valutazione da parte della Commissione dell'impatto di tale operazione sulla concorrenza nel mercato comune ai sensi del regolamento n. 4064/89 [14] siano stati poi notificati alla Commissione e che l'operazione sia stata quindi valutata da tale istituzione sulla base di tutte le informazioni rilevanti. Ritengo che determinati errori o omissioni nella notifica attinenti alla natura delle transazioni possano perciò avere ripercussioni sulla corretta valutazione della concentrazione in sé in base al regolamento n. 4064/89 [15].

20. A tal proposito e nel quadro del presente procedimento, il fatto che la Commissione, nell'autorizzare un'operazione di concentrazione, o il Tribunale, nel pronunciarsi su detta decisione, abbiano omesso di tener conto e di valutare correttamente tutte le informazioni e le circostanze rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 del regolamento n. 4064/89, può a mio avviso comportare l'eventuale annullamento di detta decisione o di detta sentenza.

21. Tuttavia ritengo che, quand'anche le censure sollevate dalla ricorrente con il presente motivo fossero fondate, esse non potrebbero comportare l'annullamento della sentenza impugnata. L'errore dedotto in merito alla qualificazione dell'accordo di conferimento fiduciario – che, come riconosciuto dalla ricorrente stessa, costituisce parte integrante dell'operazione di concentrazione notificata il 14 aprile 2003 [16] – riguarda in realtà unicamente la questione se, in virtù di detto accordo, la Lagardère abbia ottenuto il controllo sugli elementi dell'attivo in offerta nel dicembre 2002 o in un momento successivo. L'errore dedotto non ha quindi conseguenze pratiche sulla natura della concentrazione notificata o sui suoi effetti sulla concorrenza nel mercato comune. A mio parere, questo approccio trova conferma nella sentenza pronunciata dal Tribunale nella causa Cementbouw Handel & Industrie/Commissione [17]. Come indicato dal Tribunale, infatti, lo scopo di valutare se più operazioni presentino un carattere unitario è, tra l'altro, quello di consentire alla Commissione di esercitare un controllo efficace sulle operazioni di concentrazione idonee ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune [18]. La ricorrente non trae quindi alcun vantaggio dal fatto di contestare, nell'ambito del presente giudizio, che il Tribunale non abbia valutato correttamente l'accordo di conferimento fiduciario in base all'articolo 3 del regolamento n. 4064/89.

22. Tuttavia, per completezza, esaminerò le argomentazioni dedotte dalla ricorrente nel quadro del primo motivo.

12 — Non oltre, quindi, una settimana dalla conclusione dell'accordo o dalla pubblicazione dell'offerta di acquisto o di scambio o dall'acquisizione di una partecipazione di controllo.

13 — In base all'articolo 7, paragrafo 4, del regolamento n. 4064/89, è possibile, in determinate circostanze, chiedere alla Commissione una deroga all'obbligo di sospendere un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, di detto regolamento.

14 — A tal proposito, l'aspetto centrale consiste nel valutare se ricorra una concentrazione di dimensione comunitaria che crea o rafforza una posizione dominante che ostacola in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune. V. articoli 1, 2 e 3 del regolamento n. 4064/89.

15 — V., per analogia, la sentenza Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, cit. alla nota 8, punti 108 e 109. Alla Commissione deve essere permesso di esercitare un controllo effettivo su una concentrazione.

16 — V., ad esempio, tra gli altri, punti 23, 24 e 27 del ricorso.

17 — Cit. alla nota 8.

18 — V. punto 108.

23. A mio parere, la censura della Lagardère, secondo cui il primo motivo di impugnazione sarebbe irricevibile, deve essere respinta. Il fatto che la ricorrente nelle sue memorie davanti al Tribunale non abbia formulato le sue argomentazioni ricorrendo alla terminologia adottata nella sentenza *Cementbouw Handel & Industrie/Commissione* [19] e nella comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese [20] non sorprende, dato che la sentenza e la comunicazione in parola sono successive alla domanda di annullamento della decisione impugnata presentata davanti al Tribunale. Tuttavia, la natura dell'accordo di conferimento fiduciario relativo agli elementi dell'attivo in offerta nell'ambito del più ampio contesto dell'operazione notificata alla Commissione e la necessità di valutare tale accordo nel quadro di detto contesto rientravano tra le questioni sollevate dalla ricorrente nelle sue memorie davanti al Tribunale.

24. Per quanto attiene al merito della prima parte del presente motivo di impugnazione, ritengo che il Tribunale non abbia errato nel valutare la realtà economica della concentrazione esaminata dalla Commissione nella decisione impugnata e neppure le varie transazioni che hanno costituito la base di detta concentrazione. Infatti, a parte l'analisi dettagliata relativa proprio all'accordo di conferimento fiduciario contenuta ai punti 119-153 della sentenza impugnata, il Tribunale ha delineato con dovizia di particolari, ai punti 10-36 di detta sentenza, i vari passaggi delle transazioni che hanno preceduto la notifica dell'operazione di concentrazione, effettuata il 14 aprile 2003. Nell'ambito del presente procedimento di impugnazione, la ricorrente ha, inoltre, approvato esplicitamente l'esposizione di tali fatti compiuta dal Tribunale.

25. Dalla sentenza impugnata emerge, inoltre, con chiarezza che il Tribunale, in risposta alle censure specifiche mosse dalla ricorrente nel quadro del suo primo motivo di annullamento proposto dinanzi ad esso, ha esaminato l'accordo di conferimento fiduciario sulla base dell'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89. La ricorrente ha eccepito che l'acquisizione da parte della NBP degli elementi dell'attivo in offerta non sarebbe stata conforme all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 [21] e che, grazie all'accordo di conferimento fiduciario, la Lagardère avrebbe potuto esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta a partire dal dicembre 2002 e fino alla loro cessione alla Wendel nel settembre 2004 [22]. Il Tribunale, prendendo così posizione diretta in merito alle censure mosse dinanzi ad esso dalla ricorrente, ha verificato in dettaglio se, dal dicembre 2002, la Lagardère avesse acquisito il controllo esclusivo o congiunto sugli elementi dell'attivo. Ritenuto che, a partire dal dicembre 2002, la Lagardère non aveva acquisito il controllo sugli elementi dell'attivo in offerta ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89, il Tribunale non procedeva ad esaminare oltre, nel dettaglio, l'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), di detto regolamento [23]. Sembrerebbe così che, non avendo ravvisato l'esistenza di un controllo ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89, il Tribunale abbia ritenuto superfluo esaminare l'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89, che prevede le ipotesi in cui non si riscontra un controllo. Ritengo che, così facendo, il Tribunale non abbia privato l'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), di detto regolamento [24] del suo effetto utile (effet utile) e non abbia neppure creato una nuova eccezione rispetto all'acquisizione del controllo.

19 — Sentenza cit. alla nota 7.

20 — GU C 95, pag. 1 (in prosieguo: la «comunicazione consolidata sui criteri di competenza giurisdizionale»).

21 — V. punti 94-102 della sentenza impugnata.

22 — V. punto 103 della sentenza impugnata.

23 — V., comunque, a tal proposito, i punti 138 e 142 della sentenza impugnata nei quali il Tribunale ha ritenuto che determinati aspetti dell'accordo di conferimento fiduciario avrebbero in ogni caso soddisfatto le condizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89.

24 — Vorrei altresì osservare che l'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 si riferisce non tanto all'acquisizione di attivi, quanto piuttosto all'acquisizione di partecipazioni. Ritengo quindi che, in ogni caso, l'accordo di conferimento fiduciario relativo agli elementi dell'attivo in offerta non possa beneficiare delle condizioni previste da detta norma.

26. Ritengo inoltre che, nelle sue memorie, la Commissione abbia correttamente evidenziato come la valutazione dell'accordo di conferimento fiduciario effettuata dal Tribunale sia conforme alla sentenza Cementbouw Handel & Industrie/Commissione [25] e anche alla comunicazione consolidata sui criteri di competenza giurisdizionale [26], dal momento che detto accordo può essere considerato come un primo passo, ma in sé insufficiente [27], nel quadro di una serie di operazioni interconnesse che, alla fine, hanno portato la Lagardère a ottenere il controllo sugli elementi dell'attivo in offerta e, quindi, una concentrazione ai sensi del regolamento n. 4064/89.

27. Ritengo pertanto che la prima parte del presente motivo debba essere respinta in quanto infondata.

28. Nella seconda parte del motivo in esame la ricorrente lamenta che il Tribunale avrebbe erroneamente applicato i criteri che consentono di stabilire l'esistenza di un controllo di cui all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89 e si sarebbe limitato ad esaminare gli elementi formali del contratto senza verificare l'esistenza di un controllo di fatto. La ricorrente afferma di aver sostenuto, davanti al Tribunale, che la Lagardère poteva esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta in virtù di tre circostanze di fatto, vale a dire, la concessione a favore della NBP di un finanziamento a copertura dell'intero prezzo di acquisto (EUR 1,116 miliardi), la garanzia a copertura dei canoni di locazione e la messa a disposizione di somme di denaro per fronteggiare le esigenze di liquidità della VUP (EUR 118 milioni). La ricorrente evidenziava, inoltre, dinanzi al Tribunale, che l'influenza determinante della Lagardère e della Segex traeva origine da tre meccanismi cumulativi: il diritto di veto su ogni cambiamento agli elementi dell'attivo in offerta riconosciuto alla Segex in base all'allegato 7 del contratto, la dipendenza economica dell'Investima 10 dalla Lagardère in considerazione del finanziamento di EUR 1,2 miliardi e il trasferimento in capo alla Lagardère di tutti i rischi connessi all'attività e al controllo sui fabbricati.

29. Ritengo che la censura della ricorrente, a detta della quale il Tribunale avrebbe esaminato soltanto gli accordi contrattuali, tralasciando la questione relativa ad un esercizio di fatto del controllo sugli elementi dell'attivo in offerta da parte della Lagardère, sia infondata. Dalla sentenza impugnata emerge chiaramente che il Tribunale, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, ha esaminato tutti i motivi dedotti dalla ricorrente in relazione all'esercizio del controllo de facto e ha altresì valutato tutti gli elementi di prova presentati dalla ricorrente a tal riguardo. Ai punti 133 e 134 della sentenza impugnata, il Tribunale ha anzitutto esaminato se il fatto che la Lagardère avesse finanziato l'accordo di conferimento fiduciario e si fosse assunta tutti i relativi rischi si fosse tradotto nella possibilità, per la Lagardère, di esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta. In secondo luogo, al punto 136 e ai punti 138-142 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato la natura del diritto di veto riconosciuto alla Segex/Ecrinvest 4, in forza dell'allegato 7 del contratto di vendita, con riguardo a qualsiasi decisione idonea ad incidere sugli elementi dell'attivo in offerta [28]. In terzo luogo, la questione se i debiti contratti dalla Segex/Ecrinvest 4 nei confronti della Lagardère potessero aver privato la Segex del potere effettivo di esercitare i diritti connessi agli elementi dell'attivo in offerta e potessero comportare che la Segex agisse per conto della Lagardère è stata oggetto di esame al punto 137 della sentenza impugnata. In quarto luogo, la questione dell'indipendenza dei membri del consiglio di amministrazione dell'Investima 10 è stata esaminata al punto 143 della sentenza

25 — Causa cit. alla nota 8: «(…) un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 4064/89, può essere realizzata anche in presenza di una pluralità di operazioni giuridiche formalmente distinte quando tali operazioni sono interdipendenti per cui non verrebbero realizzate le une senza le altre e il cui risultato consiste nel conferire ad una o più imprese il controllo economico, diretto o indiretto, sull'attività di una o più imprese diverse». V. punto 109 della sentenza.

26 — Cit. alla nota 20. V., in particolare, la parte 1.5 sulle operazioni interconnesse. Detta comunicazione non è vincolante per la Corte e non è applicabile ratione temporis; di conseguenza, non è vincolante per la Commissione.

27 — V., per analogia, la sentenza Aer Lingus Group/Commissione, cit. alla nota 8, punto 65. In quel caso, l'acquisizione di una partecipazione di minoranza non comportava l'ottenimento del controllo. Ulteriori acquisizioni di quote avrebbero però potuto avere tale risultato.

28 — Il Tribunale ha ritenuto che il diritto di veto fosse compatibile con l'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 e che l'articolo 4, paragrafo 2, del contratto di vendita, relativo ai poteri riconosciuti agli organi competenti della Ecrinvest 4 e dell'Investima 10, escludesse ogni intervento da parte della Lagardère, ad eccezione di quello connesso all'accordo di conferimento fiduciario stesso.

impugnata [29]. Dalla sentenza impugnata si evince pertanto chiaramente che il Tribunale ha analizzato i sopraelencati aspetti del controllo di fatto, nonché un ampio numero di clausole contenute nel contratto di vendita e ha ritenuto che dette clausole fossero sufficienti ad escludere la possibilità per la Lagardère di esercitare un controllo di fatto sugli elementi dell'attivo in offerta [30].

30. Dato che non è stato dimostrato in alcun modo che il Tribunale ha commesso errori nel valutare gli elementi di prova relativi all'esercizio del controllo di fatto e le condizioni contrattuali del contratto di vendita, ritengo che la censura sollevata dalla ricorrente in relazione ad un esercizio de facto del controllo debba essere respinta in quanto infondata.

31. La ricorrente sostiene altresì che il ragionamento svolto dal Tribunale al punto 133 della sentenza impugnata è meramente circolare. Il Tribunale ha ritenuto che il finanziamento dell'accordo di conferimento fiduciario e l'assunzione di tutti i rischi da parte della Lagardère non avrebbero dato a quest'ultima la possibilità di esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta, poiché il finanziamento e l'assunzione dei rischi derivavano o erano parte dello stesso accordo di conferimento fiduciario. La ricorrente solleva la stessa eccezione con riguardo alla posizione assunta dal Tribunale relativamente alla sua argomentazione in merito al debito contratto dalla Segex/Ecrinvest 4 nei confronti della Lagardère, argomentazione che era stata respinta al punto 137 della sentenza impugnata.

32. A mio parere, la summenzionata censura dovrebbe essere intesa come un argomento vertente sul difetto di motivazione della sentenza del Tribunale, che costituisce una questione di diritto che deve essere esaminata in sede di impugnazione dalla Corte di giustizia [31]. Ritengo che l'adeguatezza della motivazione del Tribunale in merito al finanziamento e all'assunzione dei rischi debba essere valutata nel quadro della precedente conclusione del Tribunale, illustrata con dovizia di particolari nella sentenza impugnata, relativa al fatto che le espresse condizioni del contratto di vendita escludevano ogni possibilità per la Lagardère di esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta in base all'accordo di conferimento fiduciario [32].

33. Al punto 134 della sentenza impugnata, il Tribunale ha aggiunto che il finanziamento dell'accordo di conferimento fiduciario traeva origine dall'accordo stesso, in quanto la NBP non avrebbe accettato detto accordo se la Lagardère non si fosse resa disponibile a sostenere tutti i rischi e a tenere la NBP indenne da ogni danno. Pertanto, al punto 135 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ritenuto che il finanziamento dell'operazione non fosse di per sé sufficiente a dimostrare che la Segex non aveva alcun potere sugli elementi dell'attivo in offerta. Al punto 136 della sentenza impugnata, il Tribunale ha altresì osservato che la Segex/Ecrinvest 4 disponeva del diritto di veto su tutte le decisioni idonee ad incidere sugli elementi dell'attivo in offerta, più ampio rispetto a quanto previsto all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89. Per la stessa ragione, al punto 137 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto la censura mossa dalla ricorrente, a detta della quale la consistente esposizione debitoria della Segex/Ecrinvest 4 nei confronti della Lagardère avrebbe privato la Segex di ogni potere reale sugli elementi dell'attivo in offerta, cosicché quest'ultima avrebbe agito, di fatto, con riguardo agli attivi, come un mandatario della Lagardère. A mio parere, il ragionamento del Tribunale in relazione agli aspetti connessi al finanziamento e ai debiti contratti è chiaro, comprensibile e sufficiente, alla luce della valutazione delle clausole contrattuali da esso operata.

34. Ritengo quindi che il primo motivo sia inconferente e comunque infondato.

29 — Il Tribunale ha affermato che la ricorrente non aveva dedotto alcun elemento di fatto idoneo a rimettere in discussione la sua valutazione circa l'indipendenza dell'Investima 10 in base alle clausole contrattuali.

30 — V. punti 120-144 della sentenza impugnata.

31 — V. sentenza dell'11 gennaio 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissione (C-404/04 P, punto 90).

32 — Punti da 120 a 144 della sentenza impugnata.

B – *Secondo motivo: errore di diritto del Tribunale per aver omesso di trarre le conseguenze giuridiche delle violazioni procedurali compiute dalla Commissione*

1. Argomenti

35. Con il suo secondo motivo, la ricorrente contesta un errore di diritto, in quanto il Tribunale non avrebbe tratto le conseguenze giuridiche delle violazioni procedurali compiute dalla Commissione. Lasciando sfuggire a qualsiasi controllo tali infrazioni al regolamento n. 4064/89, attinenti in particolare alla violazione dell'obbligo di sospensione della concentrazione, all'assenza di una notifica idonea a fondare la competenza della Commissione, nonché alla frode consistente nell'apparente sostituzione dell'acquirente, il Tribunale avrebbe avallato una frode alla legge, assimilabile ad uno sviamento di potere in capo alla Commissione.

36. Il ricorrente sostiene che il Tribunale abbia commesso un errore nel ritenere che, se l'operazione di concentrazione fosse stata realizzata a partire dal dicembre 2002 e, quindi, prima della sua notifica, l'unica sanzione disponibile sarebbe stata l'applicazione di un'ammenda ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 e non l'annullamento della decisione impugnata. Il Tribunale avrebbe altresì commesso un errore nel ritenere che la mancata notifica dell'operazione di concentrazione entro il termine stabilito all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 fosse soggetta unicamente ad un'ammenda e non influisse sulla validità della decisione impugnata. A detta della ricorrente, mentre una violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, e dell'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 commessa dalle imprese comporta unicamente l'applicazione di ammende, queste sanzioni, in quanto tali, non possono trovare applicazione alla Commissione stessa. La Commissione avrebbe abusato dei suoi poteri permettendo alla Lagardère di avvalersi a torto dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 e di evitare la notifica dell'operazione di concentrazione dal dicembre 2002. Il mancato esame della transazione entro i termini avrebbe conferito alla Lagardère un vantaggio competitivo rispetto agli altri potenziali acquirenti, consentendole di pagare immediatamente il prezzo di acquisto alla VUP.

37. Nella sua replica la ricorrente sottolinea che il motivo in parola si riferisce, principalmente, non tanto alle sanzioni che la Commissione può imporre ad un'impresa che ometta di adempiere determinati obblighi, quanto piuttosto alle sanzioni che debbono essere imposte nel caso di violazioni commesse dalla Commissione e, di conseguenza, alla sorte delle decisioni adottate in spregio alle regole previste da un regolamento dell'Unione.

38. La Commissione ritiene che il motivo in esame sia inconferente e infondato. La Lagardère reputa il presente motivo irricevibile, dal momento che la ricorrente si limita a far riferimento ad elementi di fatto che sono stati oggetto di esame da parte del Tribunale, senza contestare uno snaturamento dei fatti.

2. Analisi

39. Alla luce delle considerazioni svolte con riguardo al primo motivo, reputo corretta la conclusione cui il Tribunale giunge ai punti 116-164 della sentenza impugnata, secondo cui l'accordo di conferimento fiduciario non costituiva una concentrazione a partire dal dicembre 2002 dato che, in base a detto accordo, la Lagardère non poteva esercitare un'influenza determinante sugli elementi dell'attivo in offerta, né da sola, né congiuntamente con la NBP. Ne discende quindi che la VUP e la Lagardère non hanno violato, in conseguenza dell'accordo di conferimento fiduciario, l'obbligo di sospendere l'operazione di concentrazione sancito all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento

n. 4064/89 [33]. Non ricorrendo, quindi, alcuna violazione procedurale in relazione all'obbligo di sospendere un'operazione di concentrazione, la censura secondo cui il Tribunale avrebbe compiuto un errore di diritto per non aver tratto le conseguenze giuridiche di una simile violazione procedurale, deve, a mio parere, essere respinta.

40. Per quanto attiene alla notifica tardiva dell'operazione di concentrazione da parte della Lagardère [34], è pacifico che l'operazione di concentrazione è stata notificata in violazione del termine di una settimana stabilito all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 [35]. Ritengo tuttavia che la sola violazione procedurale, anche se fosse stata indotta dalla Commissione stessa, come sostenuto dalla ricorrente, non poteva avere alcun impatto sulla valutazione della concentrazione [36] nel caso in esame, in particolare, non ricorrendo una violazione dell'obbligo di sospendere l'operazione di concentrazione [37]. Dato che il risultato della decisione impugnata non sarebbe stato diverso se la decisione fosse stata notificata tempestivamente, sarebbe, a mio avviso, del tutto eccessivo annullare la decisione della Commissione sulla concentrazione solo per tale motivo [38]. Pertanto, ai punti 201 e 202 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato correttamente che, salvo il caso in cui una concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante atta a provocare ostacoli significativi a un'effettiva concorrenza, la Commissione non può dichiarare una concentrazione incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89 solo sulla base della notifica tardiva della concentrazione.

41. Vorrei inoltre osservare che, in base ai punti 10 e segg. della sentenza impugnata, la VUP e la Lagardère hanno iniziato a trattare l'acquisizione degli elementi dell'attivo in offerta da parte di quest'ultima a fine settembre 2002. La Commissione, inoltre, conosceva e ha approvato le condizioni quadro dell'acquisizione degli elementi dell'attivo in offerta da parte della NBP in data 8 ottobre 2002 o successivamente [39], e il 10 dicembre 2002 ha ricevuto un progetto di notifica dell'acquisto da parte della Lagardère degli elementi dell'attivo in offerta [40], mentre la notifica effettiva sarebbe stata effettuata solo il 14 aprile 2003, con circa quattro mesi di ritardo. Dal fascicolo presentato alla Corte emerge quindi chiaramente che la Commissione, prima della notifica, ha avuto contatti informali con le parti notificanti in relazione alla concentrazione prevista. Ritengo che detti contatti, nell'ambito dei quali la Commissione e le parti notificanti discutono una futura operazione di concentrazione e la Commissione chiarisce la sua opinione preliminare su determinate questioni legali o su altri aspetti o indica quella che potenzialmente potrà essere la sua posizione in merito all'operazione di concentrazione, non integrino uno sviamento di potere da parte della Commissione [41].

33 — Inoltre, dalle clausole contrattuali contenute nel contratto di vendita emerge chiaramente che il trasferimento delle quote della Ecrinvest 4 a favore della Lagardère sarebbe potuto avvenire solo dopo l'ottenimento dell'autorizzazione da parte delle autorità della concorrenza competenti. V. punti 24 e 25 della sentenza impugnata.

34 — L'obbligo di notifica dell'operazione di concentrazione in parola gravava sulla Lagardère ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89.

35 — V. punto 200 della sentenza impugnata.

36 — E se crea o rafforza una posizione dominante.

37 — In base al diciassettesimo considerando del regolamento n. 4064/89, i requisiti della notifica preventiva e della sospensione delle operazioni di concentrazione sono necessari per garantire una sorveglianza efficace delle imprese da parte della Commissione. Pertanto, entrambi gli obblighi perseguono il medesimo obiettivo prioritario in base al regolamento n. 4064/89. Inoltre, l'obbligo di sospendere un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 mira ad evitare che si renda necessario dissolvere retroattivamente le concentrazioni anticoncorrenziali in base all'articolo 8, paragrafo 4, di detto regolamento. Ritengo inoltre, come osservato dalla Commissione, che l'obbligo di notifica entro una settimana dalla conclusione dell'accordo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 sia finalizzato anche a garantire che non vengano realizzate, prima che la Commissione le abbia esaminate, operazioni di concentrazione che potrebbero arrecare pregiudizio alla concorrenza nel mercato comune. Gli obblighi di notifica e di sospensione delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria in conformità del regolamento n. 4064/89 cercano così di prevenire in maniera tempestiva determinate alterazioni strutturali all'interno delle imprese che potrebbero essere dannose per la concorrenza nel mercato comune.

38 — V., per analogia, sentenza dell'11 novembre 1987, Francia/Commissione (C-259/85, Racc. pag. 4393, punto 13).

39 — V. punto 15 della sentenza impugnata.

40 — V. punto 35 della sentenza impugnata.

41 — In base alla giurisprudenza consolidata, un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie. V., in tal senso, tra le altre, sentenza del 10 marzo 2005, Spagna/Consiglio dell'Unione europea (C-342/03, Racc. pag. I-1975, punto 64 e la giurisprudenza ivi citata).

42. Al contrario, tali contatti rispettano il principio di buona amministrazione, dal momento che promuovono «uno spirito di cooperazione e di migliore comprensione tra la DG Concorrenza e il mondo giuridico e imprenditoriale» [42] a beneficio del controllo delle concentrazioni. Pertanto, tali contatti prima della notificazione non mirano né servono ad avvantaggiare un particolare acquirente rispetto ad un altro [43].

43. Alla luce della loro natura chiaramente informale, non vincolante e preliminare, questi contatti tra la Commissione e le parti notificanti prima della notificazione non intendono sostituirsi al processo di notificazione, ma mirano piuttosto a migliorarlo. È chiaro inoltre che detti contatti informali non esonerano le parti soggette agli obblighi di notifica previsti all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 da detto obbligo normativo che grava esclusivamente su di loro.

44. Ritengo quindi che il secondo motivo debba essere respinto in quanto infondato.

C – *Terzo motivo: errore di diritto nella parte in cui il Tribunale ha omesso di trarre le conseguenze giuridiche di una violazione delle forme sostanziali dovuta a difetto di motivazione, violazione dei principi di certezza del diritto, legittimo affidamento e uguaglianza*

1. Argomenti

45. Con il terzo motivo, la ricorrente invoca l'errore di diritto che il Tribunale avrebbe commesso omettendo di sanzionare con la nullità la violazione delle forme sostanziali che vizierebbe la decisione impugnata. Il motivo in esame si riferisce in particolare al difetto di motivazione in relazione alla qualificazione, da parte della Commissione, dell'accordo di conferimento fiduciario in parola e all'applicabilità dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 ad una parte dell'operazione. La ricorrente ritiene che il Tribunale abbia confermato la posizione (implicita in quanto immotivata) della Commissione secondo cui l'accordo di conferimento fiduciario non integrava un'operazione di concentrazione soggetta a notifica ai sensi del regolamento n. 4064/89. Sebbene detta posizione abbia effetti giuridici in particolare per i potenziali acquirenti, come la ricorrente, il punto 6 della decisione impugnata si limita a fare un vago riferimento a tale questione. Diversamente rispetto alla situazione venuta a crearsi nella causa che ha dato origine alla sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala [44], il difetto di motivazione, nel presente caso, riguarda la competenza della Commissione e quindi questioni che, di per sé, non risultano né irrilevanti, né secondarie. La Commissione avrebbe dovuto stabilire la data in cui l'operazione doveva essere notificata per garantire il rispetto dell'obbligo di notificare e di sospendere l'operazione e, se necessario, avrebbe dovuto comminare ammende per la violazione di detti obblighi.

46. Le conclusioni del Tribunale ai punti 231-233 della sentenza impugnata, secondo cui la Commissione non aveva alcuna competenza in merito all'accordo di conferimento fiduciario, dal momento che, non trattandosi di una concentrazione, non era stato notificato, avrebbero natura circolare e non giustificherebbero l'assoluta carenza di motivazione sui motivi per cui detta operazione non avrebbe costituito una concentrazione o non sarebbe stata parte della concentrazione notificata. Avallando il difetto di motivazione imputabile alla Commissione con riguardo all'applicazione di un'eccezione ai sensi del regolamento n. 4064/89, il Tribunale avrebbe permesso, al punto 233 della sentenza impugnata, una violazione dei principi di uguaglianza e certezza del diritto. La possibilità accordata alla Lagardère di avvalersi di detta eccezione l'avrebbe posta in una posizione più favorevole

42 — Migliori prassi della DG Concorrenza per la condotta dei procedimenti di controllo delle concentrazioni.

43 — Al di fuori del novero di impegni stabiliti all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89, la Commissione non ha alcun potere di approvare gli acquirenti.

44 — Sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Racc. pag. I-4951, punto 167).

rispetto alla vendita della VUP, violando così il principio di uguaglianza. La posizione della Commissione sarebbe stata, inoltre, contraria alla sua stessa prassi e ai suoi stessi orientamenti, dai quali la Commissione non può discostarsi immotivatamente senza violare il principio di certezza del diritto e di protezione del legittimo affidamento.

47. La Commissione ritiene che il presente motivo sia inconferente. La Commissione e la Lagardère reputano il presente motivo infondato.

2. Analisi

48. Da giurisprudenza costante risulta che la Commissione non viola l'obbligo di motivazione ad essa incombente se, quando esercita il suo potere di controllo delle operazioni di concentrazione, non include nella sua decisione motivazioni precise in merito alla valutazione di un certo numero di aspetti della concentrazione che appaiano ad essa manifestamente fuori luogo, privi di significato o chiaramente secondari ai fini della valutazione della concentrazione. Un obbligo del genere sarebbe infatti difficilmente compatibile con il dovere imperativo di rapidità e con i termini di procedura ristretti, imposti alla Commissione nell'esercizio del suo potere di controllo delle operazioni di concentrazione e che rientrano fra gli aspetti specifici di una procedura di controllo di tali operazioni [45].

49. Ne deriva che, quando la Commissione dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune in base all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89, l'obbligo di motivazione è soddisfatto se questa decisione espone con chiarezza le ragioni per le quali la Commissione ritiene che la concentrazione di cui trattasi, eventualmente in seguito a modifiche apportate dalle imprese interessate, non realizzi o non rafforzi una posizione dominante che possa provocare ostacoli significativi a un'effettiva concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di quest'ultimo [46].

50. A tal riguardo, se è vero che la Commissione non è obbligata, nella motivazione delle decisioni adottate in applicazione del regolamento n. 4064/89, a prendere posizione su tutti gli elementi ed argomenti presentati dinanzi ad essa, ivi compresi quelli chiaramente secondari per la valutazione da effettuare, ciò nondimeno essa deve esporre i fatti e le riflessioni giuridiche che rivestono un'importanza essenziale nell'economia della decisione. Inoltre, la motivazione dev'essere logica e, pertanto, non deve presentare contraddizioni interne [47].

51. È alla luce di questi principi che occorre esaminare le censure formulate dalla ricorrente nell'ambito del terzo motivo.

52. Nella sentenza impugnata, ai punti 231-233, il Tribunale ha ritenuto che, dal momento che l'accordo di conferimento fiduciario in sé non era un'operazione di concentrazione, non sussisteva alcun obbligo di notificarlo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 4064/89 [48]. Di conseguenza, dal momento che l'accordo di conferimento fiduciario non costituiva la concentrazione esaminata nella decisione impugnata, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non fosse obbligata a motivare, nella decisione impugnata, la qualificazione di detto accordo ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 [49].

45 — Sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, cit. alla nota 44, punto 167.

46 — Sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, cit. alla nota 44, punto 168.

47 — Sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, cit. alla nota 44, punto 169.

48 — Come ho già osservato nella mia risposta al primo motivo, ritengo che il Tribunale abbia reputato a ragione che l'accordo di conferimento fiduciario non costituiva di per sé una concentrazione e che non era quindi soggetto a notifica ai sensi del regolamento n. 4064/89.

49 — Ai punti 5-8 della decisione impugnata, la Commissione ha descritto la concentrazione notificata come l'acquisizione da parte della Lagardère delle attività editoriali della VUP in Europa e America Latina (escluso il Brasile) e del controllo totale ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 4064/89.

53. Da quanto precede è possibile evincere come secondo il Tribunale, dal momento che l'accordo di conferimento fiduciario non costituiva in sé una concentrazione, la sua qualificazione fosse una questione di importanza secondaria nel contesto della concentrazione notificata e che pertanto la Commissione non era tenuta a motivare, nella decisione impugnata, la qualificazione di detto accordo in base all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89. Ritengo che questo approccio sia corretto e che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, il ragionamento non sia di natura circolare. Il ragionamento, invece, risulta coerente con la lettera e con lo spirito del regolamento n. 4064/89, dal momento che la Commissione ha soltanto la competenza a esaminare transazioni che, ai sensi del regolamento n. 4064/89, devono essere ad essa notificate e che, quindi, possono essere considerate concentrazioni di dimensione comunitaria.

54. Inoltre, poiché la questione se l'accordo di conferimento fiduciario rientri o meno nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 non costituisce, nella presente fattispecie, un aspetto idoneo ad incidere sulla valutazione della natura della concentrazione notificata, né sulla valutazione del suo impatto sulla concorrenza in conformità di detto regolamento [50] e, pertanto, non rileva in particolare ai fini di valutare se la concentrazione notificata crei o rafforzi una posizione dominante che può provocare ostacoli significativi a un'effettiva concorrenza nel mercato comune, ritengo che il Tribunale non abbia commesso alcun errore di diritto nel ritenere che la Commissione, nella sua decisione impugnata, abbia fornito una motivazione sufficiente al riguardo.

55. Quanto all'argomento della ricorrente, secondo cui il ragionamento svolto dal Tribunale sarebbe contraddittorio dal momento che questi, al punto 142 della sentenza impugnata, argomenta sulla base dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 ma, al contempo, nega l'applicazione di detta disposizione, ritengo che il fatto che il Tribunale consideri che un'operazione soddisfa alcune condizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89, non gli impedisca di concludere che non è stato acquisito il controllo degli elementi dell'attivo in offerta ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, di detto regolamento. A mio avviso, il ragionamento del Tribunale non è contraddittorio, dato che il rispetto di alcune delle condizioni contenute nell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 4064/89 è perfettamente compatibile con la constatazione che il controllo non è stato acquisito ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89, e può addirittura supportare detta constatazione.

56. Alla luce di quanto precede, ritengo che la censura della ricorrente attinente alla violazione dei principi di uguaglianza, certezza del diritto e legittimo affidamento dovrebbe essere respinta, in quanto presuppone chiaramente un accertamento del difetto di motivazione.

57. Ritengo pertanto che il terzo motivo debba essere respinto poiché infondato.

D – *Quarto motivo: errore di valutazione in relazione al rafforzamento di una posizione dominante e all'adeguatezza degli impegni*

1. Argomenti

58. Con il suo quarto e ultimo motivo, suddiviso in due capi, la ricorrente lamenta che il Tribunale è incorso in un errore di diritto e ha commesso manifesti errori di valutazione, in primo luogo, travisando i criteri giuridici pertinenti ai fini della valutazione della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante e, in secondo luogo, per quanto concerne la questione dell'adeguatezza o meno degli impegni assunti alla luce del criterio del ripristino e dello sviluppo di una concorrenza effettiva, nonché riguardo alle dichiarazioni della Commissione quanto agli effetti di portafoglio e agli effetti di conglomerato.

50 — V. supra, punto 21.

59. A detta della ricorrente, in primis, è incontestabile che la questione se un'impresa detenga una posizione dominante dipende dal grado di pressione concorrenziale esercitata su di essa [51]. Così, al punto 286 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe ritenuto a torto che le argomentazioni della ricorrente relative alla scissione della Editis fossero inconferenti e non riguardassero la questione della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. L'errore sarebbe particolarmente evidente dal momento che la Commissione, nella decisione impugnata, ha riconosciuto che l'equilibrio della concorrenza nei diversi mercati pertinenti si basava sulla presenza di un duopolio non dominante. In tali circostanze, è la rivalità tra due concorrenti di pari dimensioni e forza a costituire il motore della concorrenza. Il Tribunale non poteva pertanto escludere, in linea di principio, che l'indebolimento di uno dei due concorrenti in seguito alla sua scissione non avrebbe portato anche alla creazione di una posizione dominante. Per di più, il Tribunale, affermando ai punti 293 e 294 della sentenza impugnata che l'identità dell'acquirente influiva sostanzialmente sull'efficacia della retrocessione degli attivi cui la Lagardère aveva acconsentito, avrebbe ammesso che la misura correttiva proposta dalla Lagardère non eliminava fin dall'inizio ogni incertezza circa l'efficacia di detta misura, come richiesto invece dalla 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 [52].

60. In secondo luogo, la ricorrente afferma che, in conformità del tredicesimo considerando del regolamento n. 4064/89, a seguito della concentrazione, il grado di concorrenza effettiva nel mercato comune non dovrebbe soltanto essere mantenuto, ma, in virtù dell'impiego del termine «sviluppare» all'interno di detto considerando, dovrebbe essere incrementato. Al punto 342 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe erroneamente concluso che era sufficiente che il grado di concorrenza fosse «mantenuto o sviluppato».

61. Il Tribunale avrebbe anche commesso un manifesto errore di valutazione, dato che, contrariamente a quanto da esso dichiarato ai punti 342 e 343 della sentenza impugnata, nulla garantirebbe che un operatore che dispone dei mezzi economici [53] per sviluppare o mantenere la concorrenza effettiva sia un concorrente attuale o potenziale. La ricorrente ritiene che il contrasto tra la sentenza impugnata e la sentenza Petrolessence e SG2R/Commissione [54] sia evidente, dal momento che in quest'ultimo caso la Commissione ha rifiutato di autorizzare un potenziale acquirente in quanto non operava nel settore di riferimento. Nel presente procedimento, il testo degli impegni nella decisione impugnata non solo non richiede che il potenziale acquirente degli elementi dell'attivo in offerta sia un concorrente attuale o potenziale, ma il Tribunale avrebbe adottato un'interpretazione restrittiva della capacità dell'acquirente di mantenere la concorrenza accettando, al punto 345 della sentenza impugnata, che si possa trattare di un operatore privo di esperienza sul mercato in questione.

62. In conformità della sentenza Petrolessence e SG2R/Commissione [55], la valutazione della capacità di un acquirente di garantire una concorrenza effettiva e durevole imporrebbe di rifiutare candidati privi di esperienza nel mercato pertinente. Inoltre, contrariamente a quanto indicato al punto 345 della sentenza impugnata, nulla all'interno degli impegni avrebbe imposto all'acquirente di mantenere in servizio i dirigenti responsabili della gestione degli elementi dell'attivo. Un acquirente già attivo nel settore industriale sarebbe molto più interessante di un acquirente finanziario, dal momento che il primo, per definizione, disporrebbe di un team con esperienza in grado di mantenere e sviluppare la capacità concorrenziale delle attività cedute. La ricorrente ritiene inoltre che il Tribunale abbia erroneamente rigettato, al punto 347 della sentenza impugnata, le sue argomentazioni relative all'acquirente iniziale. Secondo la ricorrente, la scissione della Editis avrebbe portato ad una perdita, per il centro di distribuzione di quest'ultima, di un volume di attività corrispondente alle quattro case

51 — V., in particolare, sentenze del 14 febbraio 1978, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, (27/76, Racc. pag. 207, punto 65), e del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, (85/76, Racc. pag. 461, punto 38).

52 — GU C 68, pag. 3 (in prosieguo: la «comunicazione della Commissione sulle misure correttive»), punto 7.

53 — Talvolta denominato acquirente finanziario.

54 — Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 aprile 2003, Petrolessence e SG2R/Commissione (T-342/00, Racc. pag. II-1161).

55 — Cit. alla nota 54.

editrici mantenute dalla Lagardère. L'identità dell'acquirente sarebbe stata così essenziale ai fini dell'efficacia degli impegni, per garantire che il centro di distribuzione venisse rifornito di volumi equivalenti. Pertanto la ricorrente ritiene che, in mancanza di un acquirente iniziale, gli impegni siano inefficaci e che, accettando un acquirente finanziario, la Editis sia stata indebolita nella sua struttura.

63. La ricorrente lamenta che il Tribunale, nella sentenza impugnata, ha ritenuto che la decisione impugnata abbia analizzato correttamente gli effetti collegati al portafoglio e gli effetti di conglomerato, ma non ha verificato se gli impegni offerti dalla Lagardère fossero giuridicamente adeguati. Il Tribunale avrebbe così convalidato un approccio frammentario che teneva conto soltanto delle sovrapposizioni con riferimento ad ogni singolo mercato, senza considerare, in modo globale, gli effetti dell'operazione su tutti i mercati rilevanti come ha fatto la Corte nella sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala [56].

64. La Commissione e la Lagardère ritengono che il presente motivo sia infondato.

2. Analisi

65. Il presente motivo si riferisce all'esame da parte del Tribunale degli impegni accettati dalla Commissione nella decisione impugnata.

66. Riguardo alla prima parte del presente motivo [57] ritengo che, al punto 284 della sentenza impugnata, il Tribunale abbia correttamente dichiarato che una concentrazione può essere dichiarata incompatibile con il mercato comune in base all'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89 solo quando crea o rafforza una posizione dominante che ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune [58]. Gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese interessate in base all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89, se accettati dalla Commissione, costituiscono la base per una decisione ai sensi di detto articolo [59]. A mio avviso, nel momento in cui sono proposti alla Commissione degli impegni, la valutazione generale dell'eventualità che la concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante non può essere separata dall'analisi degli impegni [60]. Quando gli impegni vengono accettati dalla Commissione, essi vengono così a formare parte integrante della concentrazione e, di conseguenza, della valutazione complessiva finale di tale concentrazione da parte della Commissione. Inoltre, la questione della posizione dominante e degli impegni proposti deve essere sempre valutata con riferimento a mercati pertinenti definiti. Una conclusione in senso contrario priverebbe, a mio avviso, la valutazione delle concentrazioni del necessario rigore. Quindi, la questione se un'impresa detenga posizione dominante, sia essa ai sensi dell'articolo 102 TFUE o ai sensi del regolamento n. 4064/89, dipende indubbiamente dal grado di pressione competitiva esercitato su detta impresa, e tale valutazione deve sempre essere effettuata nel quadro di mercati pertinenti definiti.

56 — Cit. alla nota 44, punto 125.

57 — La ricorrente ha contestato davanti al Tribunale che la Commissione aveva omesso di analizzare le conseguenze della scissione della VUP in due entità tra loro non equivalenti, dato che l'acquisto degli elementi dell'attivo in offerta era subordinato all'obbligo di cedere il 60% di detti attivi. V. punto 276 della sentenza impugnata.

58 — V. anche articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 4064/89.

59 — V. articolo 18, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 447/98 della Commissione, del 1º marzo 1998, 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, pag. 1).

60 — V. punto 6 della comunicazione della Commissione sulle misure correttive (cit. alla nota 52): «Spetta alla Commissione dimostrare che un'operazione di concentrazione crea o rafforza strutture di mercato atte ad ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune. Spetta alle parti dimostrare che le misure correttive proposte elimineranno, una volta attuate, la creazione o il rafforzamento della posizione dominante individuati dalla Commissione. A tale scopo si richiede alle parti di dimostrare chiaramente alla Commissione, in modo che questa possa adempiere agli obblighi impostile dal regolamento sulle concentrazioni, che le misure correttive proposte ripristinano durevolmente le condizioni di concorrenza effettiva nel mercato comune».

67. Pertanto, a mio avviso, il Tribunale ha correttamente concluso che la Commissione non può dichiarare l'incompatibilità di una concentrazione sulla base del solo fatto che essa altera la posizione iniziale delle parti interessate sui mercati pertinenti [61]. Da una lettura attenta dei punti 285 e 286 della sentenza impugnata emerge, inoltre, che, contrariamente a quanto contestato dalla ricorrente, il Tribunale non ha ritenuto che la retrocessione degli elementi dell'attivo in offerta, corrispondenti al 60% del fatturato globale della VUP, e il mantenimento in capo alla Lagardère della parte rimanente fosse irrilevante al fine di valutare se venisse creata o rafforzata una posizione dominante che ostacolava in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune. Il Tribunale ha unicamente osservato che la scissione della Editis non costituiva, di per sé, un criterio sufficiente per poter accertare il necessario effetto anticoncorrenziale. Il Tribunale ha anche correttamente precisato, al punto 288 della sentenza impugnata, che i dati del fatturato globale di due entità non possono fornire indicazioni pertinenti dal momento che l'esame della posizione dominante deve essere condotto nel contesto di mercati definiti. Contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, il Tribunale non ha quindi escluso, in linea di principio, che l'indebolimento di uno dei due concorrenti, a seguito della sua scissione, possa portare alla creazione di una posizione dominante. Aggiungerei inoltre che, come osservato dalla Lagardère nelle sue memorie, al punto 290 della decisione impugnata il Tribunale ha constatato che non era stata fornita prova del fatto che la Editis fosse stata smantellata, dal momento che gli impegni imponevano la retrocessione di quasi tutti gli elementi dell'attivo in offerta.

68. Riguardo alle critiche mosse dalla ricorrente alle considerazioni del Tribunale di cui ai punti 293 e 294 della sentenza impugnata, ritengo che l'uso dell'espressione «in ogni caso» [62] all'inizio del punto 293 della sentenza impugnata unitamente al contenuto dei punti 293 e 294, nei quali il Tribunale afferma che nel corso del procedimento dinanzi ad esso non erano stati presentati gli elementi di prova necessari per poter valutare in concreto gli effetti dello smantellamento della Editis sulla concorrenza, attestano che il loro inserimento è avvenuto per mere ragioni di completezza.

69. In effetti, il Tribunale ha dichiarato che la ricorrente non poteva contestare la mancata valutazione da parte della Commissione delle conseguenze della scissione della Editis sulla sua capacità di esercitare una pressione competitiva analoga a quella antecedente alla concentrazione, dal momento che ciò dipendeva dalla capacità dell'acquirente degli attivi in corso di cessione di mantenere o sviluppare la concorrenza effettiva come richiesto dagli impegni. Il Tribunale ha dichiarato di non aver esaminato tale aspetto in quanto non gli erano state trasmesse, nel quadro del procedimento, informazioni sufficienti per valutare quali risorse fossero necessarie per competere efficacemente con la Lagardère. Ritengo opportuno far presente che, nell'ambito del presente procedimento, la ricorrente non ha contestato la conclusione secondo cui il Tribunale non avrebbe ricevuto prove sufficienti.

70. Per giurisprudenza consolidata, le censure mosse in merito a una motivazione sovrabbondante di una sentenza del Tribunale devono essere respinte in modo puro e semplice, poiché una motivazione siffatta non può comportare l'annullamento della pronuncia [63].

71. Aggiungerei, per completezza, che il fatto che il Tribunale abbia affermato, al punto 294 della sentenza impugnata, che l'identità dell'acquirente influisce in modo sostanziale sull'efficacia della retrocessione degli attivi non integra un riconoscimento, da parte del Tribunale, del fatto che le misure correttive proposte dalla Lagardère non eliminavano fin dall'inizio ogni incertezza circa l'efficacia di dette misure, come impone il punto 7 della comunicazione della Commissione sulle misure correttive [64]. Benché il punto 7 di detta comunicazione imponga alle parti di una concentrazione di eliminare fin dall'inizio ogni incertezza in merito a qualsiasi fattore che possa

61 — V. punto 285 della sentenza impugnata.

62 — In francese: «En tout état de cause».

63 — V. sentenze del 24 ottobre 2002, Aéroports de Paris/Commissione (C-82/01 P, Racc. pag. I-9297, punto 41), e del 2 aprile 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Commissione (C-431/07 P, Racc. pag. I-2665, punto 148 e la giurisprudenza ivi citata).

64 — Cit. alla nota 52.

indurre la Commissione a respingere la misura correttiva proposta, a mio parere, gli impegni non devono necessariamente essere attuati prima che la Commissione abbia deciso se autorizzare o meno l'operazione. Emerge infatti chiaramente dal punto 5 di detta comunicazione che, benché detti impegni possano «essere proposti ed attuati prima che la Commissione abbia deciso se autorizzare o meno l'operazione», «è (…) più frequente il caso in cui le parti propongono impegni, diretti a rendere l'operazione compatibile con il mercato comune, da attuarsi entro un determinato periodo posteriormente alla decisione di autorizzazione».

72. In conformità del punto 19 della medesima comunicazione, che si riferisce alla cessione, affinché la Commissione possa emanare una dichiarativa di compatibilità è necessario che venga trasferita un'azienda efficiente entro un determinato termine ad un acquirente idoneo. In caso di cessione quindi, l'idoneità e, pertanto, l'identità dell'acquirente sono sempre rilevanti. A mio parere è comunque sufficiente, in tali casi di cessione, che la decisione che autorizza la concentrazione sia soggetta ad impegni che specificano, in particolare, criteri appropriati per l'individuazione, entro un tempo ragionevole, di un acquirente idoneo per gli attivi in questione. In ogni caso, la Commissione richiede un acquirente iniziale [65] quando è soltanto una parte [66] dell'attività ad essere ceduta [67]. Dato che nella fattispecie in esame il Tribunale ha constatato, al punto 290 della sentenza impugnata, che la Lagardère aveva accettato di cedere quasi tutti gli elementi dell'attivo in offerta e, quindi, l'80% degli attivi in lingua francese, è evidente che detti attivi costituiscono di per sé un'attività efficiente [68]. Ritengo pertanto che il requisito di un acquirente iniziale per detti attivi sarebbe eccessivo.

73. La prima parte del quarto motivo, a mio parere, deve quindi essere respinta in quanto infondata.

74. Riguardo alla censura secondo cui il Tribunale non avrebbe tenuto conto della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva, vorrei ribadire che, ai fini dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89, è sufficiente che l'operazione di concentrazione notificata, come modificata in base agli impegni proposti dalle imprese interessate, non crei o non rafforzi una posizione dominante. La Commissione e la Lagardère hanno correttamente evidenziato nelle loro memorie che gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese interessate in base all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 4064/89 non devono pertanto migliorare la situazione concorrenziale iniziale, precedente alla concentrazione. Una conclusione in senso contrario contrasterebbe, a mio parere, con il principio di proporzionalità [69]. Come correttamente osservato dalla Commissione nelle sue memorie, inoltre, la procedura di controllo delle concentrazioni e, in particolare, la valutazione degli impegni proposti dalle imprese non può essere strumentalizzata dalla Commissione come mezzo o opportunità per «plasmare i mercati o intervenire sulla programmazione economica».

75. Vorrei inoltre osservare che la «necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva» non è richiamata solo nel tredicesimo considerando del regolamento n. 4064/89, come riferito dalla ricorrente, ma anche nell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), di detto regolamento. A mio avviso, l'utilizzo di detti termini nell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 4064/89 sottolinea la necessità per la Commissione di analizzare i mercati con un approccio dinamico e orientato al futuro.

65 — Vale a dire un acquirente che, inter alia, è stato approvato dalla Commissione prima della realizzazione dell'operazione notificata.

66 — La cessione di una parte può essere efficiente, dal punto di vista della concorrenza, soltanto in considerazione della specifica identità di un acquirente determinato e non invece di un acquirente definito solo in astratto.

67 — V. punto 20 della comunicazione della Commissione sulle misure correttive (cit. alla nota 53): «Vi sono casi in cui la validità del pacchetto di cessione, *per quanto riguarda le attività da includervi*, dipende in ampia misura dall'identità dell'acquirente. In tali casi la Commissione autorizzerà la concentrazione solo a condizione che le parti si siano impegnate a non realizzare l'operazione notificata prima di aver stipulato un accordo vincolante con un acquirente del pacchetto di cessione già approvato dalla Commissione (il cosiddetto "acquirente iniziale")» (il corsivo è mio).

68 — V., anche, punto 291 della sentenza impugnata.

69 — A mio avviso, nella sentenza Cementbouw Handel & Industrie/Commissione (cit. alla nota 8), il Tribunale ha correttamente concluso che, «per poter essere accettati dalla Commissione nell'ottica dell'adozione di una decisione ex art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, gli impegni delle parti devono non soltanto essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza individuato dalla Commissione nella sua decisione, ma risolverlo» (v. punto 307).

Questo è particolarmente evidente alla luce del richiamo alla concorrenza potenziale all'interno della stessa norma. Tali disposizioni non possono comunque essere invocate astraendo dal contesto e in maniera tale da travisare in modo evidente lo spirito e il chiaro tenore letterale di altre disposizioni del regolamento n. 4064/89, quali l'articolo 8, paragrafi 2 e 3.

76. La ricorrente afferma che il Tribunale avrebbe commesso un chiaro errore di valutazione in relazione alla capacità di un acquirente finanziario di rappresentare un concorrente attuale o potenziale [70]. La ricorrente ritiene infatti che, alla luce della sentenza Petrolessence e SG2R/Commissione [71], i candidati privi di esperienza sul mercato pertinente dovrebbero essere scartati.

77. Ritengo che il Tribunale non abbia commesso errori nel considerare che un acquirente finanziario possa essere un concorrente potenziale se possiede una reale capacità di mantenere o preservare la concorrenza effettiva sul mercato in questione, pur non avendo esperienza in relazione a questo. Il Tribunale ha correttamente aggiunto che un acquirente finanziario può fare affidamento sulla propria esperienza in altri mercati [72] o, in ogni caso, se lo desidera, può conservare i dirigenti già dotati di esperienza responsabili della gestione dell'entità ceduta [73].

78. A mio avviso, ogni operazione di concentrazione e la realizzabilità di eventuali impegni ad essa collegati devono essere valutate nel merito caso per caso. Il fatto che uno specifico acquirente di determinati attivi ceduti non sia stato ritenuto accettabile nell'ambito della causa che ha dato origine alla sentenza Petrolessence e SG2R/Commissione non può in alcun modo pregiudicare l'esito della presente concentrazione. Posso solo sottolineare inoltre le enormi differenze di fatto esistenti tra la fattispecie in esame e la causa che ha dato origine alla sentenza Pertrolessence e SG2R/Commissione, in particolare il fatto che, in quest'ultimo caso, l'acquirente intendeva acquistare una percentuale minima degli attivi da cedere.

79. Riguardo alla censura mossa dalla ricorrente alle conclusioni del Tribunale di cui al punto 347 della sentenza impugnata in relazione alla questione dell'acquirente iniziale, rimando a quanto osservato al precedente paragrafo 72 circa l'applicazione, inter alia, dei punti 19 e 20 della comunicazione della Commissione sulle misure correttive [74]. Ritengo inoltre che la censura della ricorrente sulla debolezza strutturale della Editis, che il Tribunale, al punto 290 della sentenza impugnata, ha sostenuto non essere stata provata, sia diretta a contestare la valutazione dei fatti compiuta dal Tribunale e dovrebbe essere respinta in quanto irricevibile, non essendo stato contestato lo snaturamento dei fatti.

80. Quanto alla questione degli effetti di portafoglio e degli effetti di conglomerato, ritengo altresì che, in realtà, la ricorrente stia contestando la valutazione di fatto operata dal Tribunale al riguardo, con la conseguenza che la censura della ricorrente dovrebbe essere respinta in quanto irricevibile, non essendo stato contestato lo snaturamento dei fatti. In ogni caso, reputo che il Tribunale non abbia adottato al riguardo un approccio frammentario, basato unicamente sulle sovrapposizioni di mercato [75]. Al punto 314 della sentenza impugnata, il Tribunale ha concluso che la Commissione non aveva commesso un errore manifesto di valutazione nel ritenere che, data l'entità contenuta degli attivi trattenuti che si sarebbero andati ad aggiungere alle risorse conglomerate della Lagardère, non si sarebbero verificati gli effetti di conglomerato identificati nella concentrazione. Al punto 315 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato le considerazioni svolte dalla Commissione ai punti 996 e segg. della decisione impugnata con riguardo agli effetti verticali e di conglomerato della concentrazione e ha confermato il risultato complessivo cui è pervenuta la Commissione al punto 996,

70 — V. punto 49 della comunicazione della Commissione sulle misure correttive (cit. alla nota 52).

71 — V. punto 65 (cit. alla nota 54).

72 — V. punto 344 della sentenza impugnata.

73 — V. punto 345 della sentenza impugnata.

74 — Cit. alla nota 52.

75 — V., in particolare, sulla questione delle sovrapposizioni di mercato, punto 310 della sentenza impugnata.

vale a dire che la cessione di una parte compresa tra il 60 e il 70% del fatturato della VUP sui mercati francofoni avrebbe eliminato, inter alia, la maggior parte degli effetti verticali e di conglomerato risultanti dal peso globale dell'entità sorta dalla concentrazione nel settore dell'editoria francofona. Al punto 316 della sentenza impugnata, il Tribunale ha dichiarato che l'eliminazione di quasi tutte le sovrapposizioni orizzontali tra le attività della Lagardère e quelle della Editis sui mercati francofoni interessati avrebbe avuto altresì, come risultato, la correlativa eliminazione delle economie di scala e del cumulo di marchi in capo all'entità risultante dalla concentrazione autorizzata.

81. Di conseguenza, il secondo capo del quarto motivo deve, a mio avviso, essere respinto in quanto infondato.

IV – Spese

82. Ai sensi dell'articolo 69, paragrafo 2, del regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'articolo 118 del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione e la Lagardère ne hanno fatto domanda, la ricorrente, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

V – Conclusione

83. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di pronunciarsi come segue:

1) respingere l'impugnazione;

2) condannare la Éditions Odile Jacob SAS a sopportare le proprie spese nonché quelle sostenute dalla Commissione e dalla Lagardère SCA.