CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 26 aprile 2007 [1]

I — Introduzione

1. Il presente procedimento offre la possibilità di precisare la delimitazione delle competenze della Comunità e degli Stati membri nel controllo delle fusioni [2]. È indispensabile chiarire quale sia il momento determinante, in una concreta operazione di fusione, per la individuazione dell'autorità per la concorrenza competente. Occorre, inoltre, verificare se tale autorità possa perdere la propria competenza a seguito di fatti sopravvenuti. Queste domande sono di grande rilevanza pratica sia per gli operatori economici coinvolti sia per le autorità competenti per la concorrenza preposte al controllo delle operazioni di fusione a livello nazionale ed a livello comunitario.

2. La vicenda alla base del presente caso è un procedimento di controllo di un'operazione di concentrazione che riguarda il mercato della produzione dei materiali da costruzione dei muri, tra cui la pietra arenaria calcarea, in Olanda. Nel 1999 le imprese Cementbouw [3] e Haniel [4] acquisirono il controllo congiunto dell'impresa CVK [5] e delle imprese ad essa associate. Con ciò vennero conclusi due gruppi di operazioni, considerati dalla Commissione come un'*operazione unitaria di concentrazione di imprese*. La competenza della Commissione per l'esame di tale caso poteva essere riconosciuta anche per il solo fatto che entrambi questi gruppi di operazioni erano stati considerati in maniera unitaria ed, insieme, superavano, pertanto, le soglie di fatturato applicabili.

3. Nel corso del procedimento di controllo dell'operazione di concentrazione la Commissione ha individuato problemi sotto il profilo della concorrenza. Per risolvere tali

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — Con il controllo delle concentrazioni si intende comunemente il controllo di operazioni di concentrazione di imprese, a prescindere se si tratti di fusioni nel senso proprio del termine o di altre forme di concentrazioni di imprese.

3 — La Cementbouw Handel & Industrie BV (Cementbouw) opera in Olanda nel settore dei materiali da costruzione, nel settore delle costruzioni in generale, nel settore della logistica e nel settore del commercio delle materie prime.

4 — La società tedesca Franz Haniel & Cie GmbH (Haniel) opera nel settore dei materiali da costruzione.

5 — Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten.

problemi, la Haniel e la Cementbouw hanno offerto però, in una prima bozza, solo impegni che comportavano una rinuncia al *secondo gruppo di operazioni*. La Commissione ha rifiutato tali impegni in quanto non idonei alla soluzione dei problemi relativi alla concorrenza ed ha autorizzato la concentrazione solo nel momento in cui sono stati assunti ulteriori impegni che comprendevano anche una rinuncia al *primo gruppo di operazioni*.

4. Dinanzi alla Corte la Cementbouw sostiene adesso che la Commissione non avrebbe potuto porre alla base della propria decisione questi ulteriori impegni. Infatti, già la rinuncia al secondo gruppo di operazioni, offerta originariamente dalle imprese, avrebbe, secondo l'opinione della Cementbouw, avuto come conseguenza che una parte decisiva della concentrazione sarebbe venuta meno e che la Commissione avrebbe perso, nel suo complesso, la propria competenza sulla fattispecie per la diminuzione del valore della concentrazione sotto le soglie di fatturato.

II — Contesto normativo

5. Il contesto normativo del presente caso è rappresentato dal regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (in prosieguo: il «regolamento sulle concentrazioni») [6] nella versione introdotta dal regolamento (CE) n. 1310/97 [7].

6. Il *campo di applicazione fattuale* del regolamento sulle concentrazioni è riassunto al suo art. 1, n. 1:

«Il presente regolamento si applica a tutte le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria (...)».

Ad integrazione di tale norma, la prima frase dell'art. 22, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni prevede che:

«il presente regolamento è il solo applicabile alle operazioni di concentrazione quali definite dall'articolo 3; (...)».

6 — GU L 395, pag. 1, nuovamente pubblicato in seguito a rettifiche in GU 1990, L 257, pag. 13.

7 — Regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310, che modifica il regolamento (CEE) del Consiglio n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 180, pag. 1, con rettifiche in GU 1998, L 3, pag. 16, e GU 1998, L 40, pag. 17).

7. L'art. 3 del regolamento sulle concentrazioni contiene una definizione del concetto di *concentrazione* che, per estratto, recita:

«1. Si ha un'operazione di concentrazione:

a) quando due o più imprese precedentemente indipendenti procedono ad una fusione, oppure

b) quando:

— una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'impresa

o

— di una o più imprese,

acquisiscono direttamente od indirettamente, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più altre imprese.

(...)».

8. *La dimensione comunitaria* di una concentrazione dipende dal fatto se il fatturato complessivo delle imprese interessate superi in ambito mondiale o in ambito comunitario certe soglie, stabilite all'art. 1, nn. 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni. L'art. 1, n. 2, del succitato regolamento, rilevante ai fini del presente caso, recita come segue:

«Ai fini dell'applicazione del presente regolamento un'operazione di concentrazione è di dimensione comunitaria:

a) quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di ecu, e

b) quando il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di ecu,

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro».

9. Le concentrazioni di dimensione comunitaria sono subordinate ad un divieto di esecuzione e devono essere notificate alla Commissione (artt. 4 e 7 del regolamento sulle concentrazioni). Queste vengono valutate per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune (art. 2, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni). L'approvazione o il divieto di un'operazione di concentrazione dipendono dal fatto se questa crei o rafforzi una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso (art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni).

10. Un divieto presuppone sempre un formale procedimento di controllo sulla concentrazione (cosiddetta «seconda fase»; v. artt. 6, n. 1, lett. c), e 8, n. 3, del regolamento sulle concentrazioni). Anche un'autorizzazione può essere preceduta da un tale procedimento formale — come avvenuto nel caso di specie [8]. Per evitare ogni tipo di problemi sotto il profilo della concorrenza, l'autorizzazione può essere subordinata a condizioni e obblighi. A tal fine l'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni attribuisce alla Commissione i seguenti poteri decisionali:

«Se la Commissione accerta che un'operazione di concentrazione notificata, se del caso, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune.

La decisione può essere subordinata 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. (...)» [9].

8 — Se un'operazione di concentrazione, come avviene spesso nella prassi, non dà motivo di seri problemi in ordine alla sua compatibilità con il mercato comune, l'autorizzazione viene data dopo una semplice fase preliminare di esame (la cosiddetta «prima fase»), *senza* l'inizio di un procedimento formale di controllo di fusione. Ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni in simili casi la Commissione adotta *la decisione di non sollevare eccezioni*, e dichiara l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune.

9 — Anche una decisione di autorizzazione emessa nella fase preliminare di esame può prevedere, al fine di evitare ogni genere di problemi dal punto di vista della concorrenza, condizioni ed oneri [art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni nella versione introdotta dal regolamento (CE) n. 1310/97].

11. All'art. 21, nn. 1 e 2, del regolamento sulle concentrazioni viene delimitata la competenza per il controllo delle operazioni di concentrazione d'imprese come segue:

«1. Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva ad adottare le decisioni previste dal presente regolamento.

2. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria.

(...)».

12. Il ventinovesimo 'considerando' del regolamento sulle concentrazioni precisa, inoltre, quanto segue:

«le operazioni di concentrazione che non sono previste dal presente regolamento rientrano in linea di massima nella competenza degli Stati membri (...)».

13. Nel 2004 il regolamento sulle concentrazioni è stato modificato in alcuni punti essenziali. La *nuova formulazione* del regolamento (CE) sul controllo delle concentrazioni [10] trova tuttavia applicazione, ai sensi dell'art. 26, n. 1, solo a partire dal 1° maggio 2004 e non è pertanto rilevante ai fini del presente giudizio; ai sensi del n. 2 del succitato articolo, ai casi come quello in esame continua ad essere applicato il vecchio regime giuridico.

III — Fatti e procedimento

A — *Fatti*

14. Sulla base degli accertamenti del Tribunale [11] i fatti possono essere, nel caso di specie, riassunti come di seguito esposto.

15. L'impresa CVK esisteva dal 1947 ed era inizialmente incaricata della vendita della produzione dei propri associati, vale a dire i produttori di pietra arenaria calcarea dei Paesi Bassi. Nel 1989 la CVK è stata trasformata in una cooperativa di diritto olandese, allo scopo di migliorare la collaborazione tra i suoi associati.

10 — Regolamento (CE) del Consiglio 20 gennaio 2004, n. 139, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («regolamento comunitario sulle concentrazioni»), GU L 24, pag. 1 (in prosieguo anche: il «regolamento n. 139/2004»).

11 — V. in particolare punti 4-8 della sentenza del Tribunale 23 febbraio 2006, causa T-282/02, Cemetbouw Handel & Industrie/Commissione (Racc. pag. II-319).

16. Prima della realizzazione dell'operazione di concentrazione, che sta alla base del presente procedimento, tra le undici imprese associate alla CVK cinque erano società controllate della Haniel, tre erano società controllate della Cementbouw, due erano società controllate della RAG [12] ed una era detenuta congiuntamente da Haniel, Cementbouw e RAG.

17. Nel 1998 all'autorità olandese competente per la concorrenza, la «NMa» [13], è stato notificato un progetto che prevedeva l'acquisizione, da parte della CVK, del controllo sulle imprese ad essa associate. L'assunzione del controllo doveva avvenire mediante la stipulazione di un «contratto di pooling», nonché mediante una modifica dello statuto della CVK. Con decisione 20 ottobre 1998 la NMa ha autorizzato il progetto in questione.

18. Prima che, tuttavia, venisse realizzato questo progetto, la RAG ha deciso di vendere alla Haniel ed alla Cementbouw le partecipazioni da essa detenute nelle imprese associate alla CVK. Nel marzo 1999 le imprese coinvolte hanno comunicato le loro intenzioni alla NMa. Quest'ultima, con lettera 26 marzo 1999, ha informato le medesime del fatto che la cessione prevista non avrebbe costituito un'operazione di concentrazione ai sensi della normativa olandese applicabile [14], a patto che il progetto autorizzato con decisione 20 ottobre 1998 venisse realizzato entro e non oltre il momento della cessione prevista.

19. Il 9 agosto 1999 le imprese interessate hanno concluso diverse operazioni, che possono essere riassunte in due gruppi: da un lato, la CVK e le imprese ad essa associate hanno stipulato il summenzionato contratto di pooling [15]; lo statuto della CVK è stato modificato alla medesima data, al fine di prendere in considerazione le disposizioni del contratto di pooling (*primo gruppo di operazioni*). Dall'altro lato, la RAG ha ceduto — sempre il 9 agosto 1999 — le quote che essa deteneva in tre delle imprese associate alla CVK, alla Haniel ed alla Cementbouw, le quali hanno stipulato, peraltro, un contratto di collaborazione, disciplinante la loro collaborazione nell'ambito della CVK (*secondo gruppo di operazioni*).

B — *Il procedimento dinanzi alla Commissione, gli impegni e la decisione impugnata*

20. Essendo venuta a conoscenza delle operazioni del 9 agosto 1999 in occasione

12 — RAG AG, Deutschland (in precedenza: Ruhrkohle AG).

13 — Nederlandse Mededingingssautoriteit.

14 — Art. 27 della legge 22 maggio 1997 che stabilisce nuove regole relative alla concorrenza economica (Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — *Mededingingswet* —, Stb. 1997, n. 242).

15 — V. paragrafo 17 di queste conclusioni.

dell'esame di altre due operazioni di concentrazione notificate dalla Haniel [16], la Commissione, con lettera 22 ottobre 2001, ha segnalato alla Cementbouw ed alle altre imprese coinvolte che quelle operazioni dovevano esserle notificate. Il 24 gennaio 2002 la Haniel e la Cementbouw hanno, quindi, notificato alla Commissione le operazioni a titolo dell'art. 4 del regolamento sulle concentrazioni.

21. Il 25 febbraio 2002 la Commissione, ritenendo che l'operazione di concentrazione ad essa notificata suscitasse seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune e con l'accordo sullo Spazio economico europeo [17], ha avviato il procedimento di indagine formale ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni.

22. Dopo la comunicazione degli addebiti e l'audizione delle imprese coinvolte da parte della Commissione, la Haniel e la Cementbouw, in data 28 maggio 2002, hanno sottoposto una *bozza d'impegni* con concessioni riferite al secondo gruppo di operazioni. Tale bozza prevedeva sostanzialmente che la Haniel e la Cementbouw risolvessero il loro contratto di collaborazione e vendessero ad un terzo acquirente indipendente le partecipazioni alle imprese associate alla CVK acquisite nel 1999 dalla RAG. Il contratto di pooling e le modifiche allo statuto della CVK (primo gruppo di operazioni) sarebbero, invece, stati mantenuti [18]. La Commissione ha considerato tale bozza d'impegni insufficiente ai fini della soluzione dei problemi da essa constatati sul piano della concorrenza che, non da ultimo, erano collegati con il contratto di pooling, e cioè con il primo gruppo di operazioni.

23. In conseguenza di ciò, il 5 giugno 2002 entrambe le imprese hanno presentato *impegni definitivi*, con i quali si sono impegnate anche, entro un certo termine, a rescindere il contratto di pooling, ad annullare le modifiche dello statuto della CVK ed a sciogliere la stessa [19].

24. Il 26 giugno 2002 la Commissione ha adottato, basandosi sull'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni, la decisione impugnata [20], con la quale ha considerato che la concentrazione notificata era compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE, subordinando, però, tale autorizzazione al pieno adempimento degli impegni definitivi presentati il 5 giugno 2002 da parte della Haniel e della Cementbouw. In particolare, l'autorizzazione alla concentrazione è subordinata anche alla condizione

16 — Casi COMP/M.2495 — Haniel/Fels e COMP/M.2568 — Haniel/Ytong.

17 — Accordo sullo spazio economico europeo (GU 1994, L 1, pag. 3).

18 — Punto 295 della sentenza impugnata e punto 127 della decisione impugnata.

19 — Punto 298 della sentenza impugnata e punto 129 della decisione impugnata.

20 — Decisione della Commissione 26 giugno 2002, 2003/756/CE, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE [Caso COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)], notificata con il numero C (2002) 2315 (GU 2003, L 282, pag. 1, con rettifica in GU 2003, L 285, pag. 52).

che la CVK venga sciolta entro un certo termine, in conformità agli impegni definitivi della Haniel e della Cementbouw.

C — *Il procedimento giudiziale*

25. In data 11 settembre 2002 la Cementbouw ha proposto, dinanzi al Tribunale di primo grado, un ricorso avverso la decisione impugnata ed ha chiesto l'annullamento di tale decisione e la condanna della Commissione alle spese. Per contro, la Commissione ha chiesto di respingere il ricorso e di condannare la Cementbouw alle spese.

26. Con sentenza 23 febbraio 2006 (in prosieguo: la «sentenza impugnata») [21], il Tribunale ha integralmente confermato la decisione impugnata. Lo stesso ha respinto il ricorso della Cementbouw ed ha condannato l'impresa alle spese del procedimento.

27. Con il ricorso contro la sentenza del Tribunale di primo grado, pervenuto alla cancelleria della Corte il 4 maggio 2006, la Cementbouw chiede ora che la Corte voglia:

— annullare la sentenza impugnata;

— rimettere eventualmente la causa dinanzi al Tribunale per una nuova decisione, e

— condannare la Commissione alle spese.

28. La Commissione chiede per parte sua che la Corte voglia:

— respingere il ricorso contro la sentenza del Tribunale di primo grado, e

— condannare la Cementbouw alle spese.

29. Dinanzi alla Corte di giustizia si è svolta in un primo momento la fase scritta e poi, il 22 marzo 2007, la fase orale.

IV — Valutazione

A — *Osservazioni introduttive*

30. La delimitazione delle rispettive competenze tra la Comunità e gli Stati membri non

21 — Causa T-282/02, sentenza cit. alla nota 11.

è affatto solamente una questione di «diritto costituzionale», come viene sempre dibattuta nell'ambito del diritto primario, da ultimo con riferimento al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa [22]. Questo problema si pone, piuttosto, anche nella prassi quotidiana delle autorità a livello comunitario ed a livello nazionale. Il controllo delle concentrazioni è un esempio particolarmente evidente in questo senso.

31. In via di principio, il regolamento sulle concentrazioni stabilisce una chiara delimitazione delle competenze in base al *principio della doppia esclusività*: le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria vengono esaminate in via esclusiva dalla Commissione in quanto autorità della Comunità competente per la concorrenza e vengono da questa valutate esclusivamente sulla base del regolamento sulle concentrazioni (artt. 21, nn. 1 e 2, 22, n. 1, prima frase, del regolamento sulle concentrazioni).

32. Il presente caso evidenzia, però, come, nel singolo caso, possa risultare tuttavia controverso quale autorità per la concorrenza sia competente, all'interno della Comunità, a valutare e ad autorizzare un'operazione di concentrazione di imprese.

22 — Sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004 (GU C 310, pag. 1).

33. Nel caso di specie, la Commissione ha affermato la propria competenza [23], poiché ha classificato entrambi i gruppi di operazioni conclusi in data 9 agosto 1999 [24] come parti di un progetto unitario [25], che soddisfaceva nel suo complesso i criteri per la determinazione di un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, n. 1, e 1, nn. 1 e 2, del regolamento sulle concentrazioni, in particolare in quanto superava le soglie di fatturato rilevanti. Nell'ulteriore corso del procedimento la Commissione ha insistito nell'affermare questa sua competenza e ciò anche allorquando le imprese partecipanti le avevano già sottoposto la loro bozza di impegni del 28 maggio 2002, con la quale erano disponibili a rinunciare ad una parte delle operazioni di concentrazione — il secondo gruppo di operazioni.

34. Dinanzi al Tribunale di primo grado la Cementbouw ha quindi contestato la decisione impugnata su entrambi i punti; l'impresa ha contestato sia la *competenza originaria* della Commissione sia il suo *permanere* ad accettare gli impegni che andavano oltre quelli della bozza del 28 maggio 2002. Su entrambi i punti il Tribu-

23 — V. in particolare punti 12-32 della decisione impugnata.

24 — V. sul punto il paragrafo 9 di queste conclusioni.

25 — Nella dottrina ciò viene commentato come di seguito esposto: «*Cette affaire est-elle un exemple de l'échec d'un mécano juridique trop subtil sous-estimant le pouvoir des autorités de la concurrence de s'attacher à la réalité économique plus qu'à la forme juridique d'une opération ? Les montages les plus savants sont parfois fragiles ...*» (Cot, Revue des droits de la concurrence 2006, pagg. 108 e 109).

nale ha, però, confermato la decisione impugnata [26].

35. Il ricorso della Cementbouw non solleva più tutti i temi che erano stati oggetto del procedimento di primo grado. La ricorrente contesta solamente le considerazioni fatte dal Tribunale sul *permanere della competenza* in capo alla Commissione dopo la bozza di impegni del 28 maggio 2002. La Cementbouw non ha, per converso, posto come oggetto del presente procedimento la questione in ordine alla *competenza originaria* della Commissione, che si basava su una considerazione complessiva di entrambi i gruppi di operazioni del 9 agosto 1999 come un progetto unitario.

B — *Sul primo motivo di ricorso*

36. Con il suo primo motivo di impugnazione la Cementbouw eccepisce che il Tribunale avrebbe commesso errori di diritto quanto all'interpretazione ed all'applicazione degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni [27]. Il Tribunale avrebbe confermato la decisione impugnata, anche se già le concessioni, offerte dalle imprese coinvolte con la bozza di impegni, nel caso di loro accettazione, avrebbero avuto come conseguenza la perdita della competenza in capo alla Commissione. La Commissione non avrebbe, così, più potuto porre alla base della sua autorizzazione all'operazione di concentrazione gli ulteriori impegni definitivi assunti dalla Haniel e dalla Cementbouw per difetto di competenza.

37. Essenzialmente la Cementbouw argomenta come segue: la competenza della Commissione per l'operazione di concentrazione notificatale sarebbe derivata soltanto da una valutazione complessiva dei due gruppi di operazioni; solo insieme questi gruppi avrebbero comportato un superamento delle soglie di fatturato previste all'art. 1 del regolamento sulle concentrazioni e, con ciò, attribuito all'operazione di concentrazione una dimensione comunitaria. Con la sua bozza di impegni la Haniel e la Cementbouw si sarebbero, però, offerte di rinunciare a quella parte della loro concentrazione che si basava sul secondo gruppo di operazioni. Già con una simile modifica della concentrazione, questa sarebbe discesa sotto le soglie di fatturato previste dal regolamento sulle concentrazioni. Sarebbe, poi, rimasta solamente quella parte che si rifà al primo gruppo di operazioni e che, di per sé, non avrebbe avuto alcuna rilevanza a livello comunitario per il mancato raggiungimento delle soglie di fatturato. La competenza della Commissione sarebbe determinata non solo in base all'operazione di concentrazione notificata, ma anche in base a quella realmente esistente.

38. Per verificare la validità di questa argomentazione occorre anzi tutto accertare quale sia, nel controllo delle operazioni di concentrazione, il momento determinante al

26 — Punti 101-149 e 293-321 della sentenza impugnata.

27 — Nella parte in cui la Cementbouw eccepisce nel suo *secondo* motivo di ricorso anche una violazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni dal punto di vista delle competenze, valgono in maniera corrispondente le considerazioni seguenti.

fine di identificare la competenza della Commissione (v. sotto 1); si deve poi verificare se ed in che misura eventi successivi possano ancora avere rilevanza sulla competenza della Commissione, una volta che questa sia stata acquisita (v. sotto 2).

1. Il momento determinante al fine di stabilire la competenza della Commissione

39. Nel regolamento sulle concentrazioni non è indicato espressamente quale sia il momento rilevante per la determinazione della competenza della Commissione ad iniziare un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione. Dal regolamento emerge solo che la Commissione ha il compito di verificare preliminarmente la propria competenza ed anche di decidere su di essa (v. artt. 4, n. 3, e 6, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni) [28], ma non quale sia il momento — e, con ciò, anche su quale base fattuale — su cui basare la sua valutazione. Tale momento determinante va accertato facendo riferimento al senso ed alle finalità delle disposizioni sulla competenza ed al loro contesto normativo.

40. Come si è già visto [29], il regolamento sulle concentrazioni si basa sul principio di *una precisa ripartizione delle competenze* tra autorità di controllo nazionali e comunitarie, ricadendo nella competenza in via esclusiva della Commissione tutte le decisioni relative alle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria [30].

41. Il sistema istituito dal regolamento sulle concentrazioni è, inoltre, caratterizzato da un *dovere di celerità*, realizzato soprattutto attraverso un sistema sofisticato di termini, relativamente rigido, avente lo scopo di limitare la durata del procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione [31].

42. Sia la ripartizione delle competenze sia il dovere di celerità sono intesi a preservare la certezza del diritto e, nel loro insieme, lasciano emergere come scopo il far coincidere le esigenze di una buona amministrazione con quelle del commercio [32]. Il controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese da parte della Commissione, nella sua veste di autorità per la concorrenza della Comunità, deve svolgersi nella maniera più efficiente possibile.

28 — Sull'obbligo della Commissione di decidere sulla propria competenza, v. anche la sentenza della Corte 25 settembre 2003, causa C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser e a./Commissione (Racc. pag. I-9889, punto 28).

29 — V., supra, paragrafo 31 di queste conclusioni.

30 — Sentenze Schlüsselverlag J. S. Moser e a./Commissione (cit. alla nota 28, punti 32 e 34), e 22 giugno 2004, causa C-42/01, Portogallo/Commissione (Racc. pag. I-6079, punti 50 e 53).

31 — Sentenze Schlüsselverlag J. S. Moser e a./Commissione (cit. alla nota 28, punto 33) e Portogallo/Commissione (cit. alla nota 30, punto 51); v. anche la sentenza del Tribunale 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione (Racc. pag. II-2137, punto 113).

32 — Sentenze Schlüsselverlag J. S. Moser e a./Commissione (cit. alla nota 28, punti 33 e 34) e Portogallo/Commissione (cit. alla nota 30, punti 51 e 53).

43. Alla certezza del diritto ed all'efficienza del controllo comunitario delle operazioni di concentrazione sono strumentali anche l'obbligo di notifica ed il divieto di esecuzione, cui sono sottoposte le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria (artt. 4 e 7 del regolamento sulle concentrazioni).

44. Per garantire, però, la massima certezza del diritto ed una regolare ed efficiente attività dell'amministrazione entro termini brevi nel controllo delle operazioni di concentrazione occorre individuare, appena possibile, l'autorità per la concorrenza competente a decidere il singolo caso.

45. Si potrebbe considerare come giorno rilevante per la determinazione della competenza della Commissione quello della *data di notificazione* alla stessa di un progetto di concentrazione. Tuttavia, ad una più attenta analisi non può essere considerato determinante tale momento. Ciò perché altrimenti le imprese interessate potrebbero, ogni volta, influenzare a loro piacimento la ripartizione delle competenze attraverso una notifica effettuata in tempi più rapidi o più lunghi [33]. Inoltre, dal punto di vista degli operatori economici diligenti deve potersi stabilire in maniera oggettiva, già prima dell'effettivo adempimento di un qualche obbligo di notifica, se il loro progetto di concentrazione rientri nell'ambito di applicazione del regolamento sulle concentrazioni e, con ciò, nella competenza della Commissione. Solo in questo modo gli operatori economici possono comportarsi correttamente e adempiere in modo affidabile al loro obbligo di notifica ed al divieto di esecuzione, che sono, di volta in volta, passibili di ammende [34].

46. Risulta pertanto decisiva unicamente la situazione di fatto come si presenta nel momento in cui *sorge* un qualche *obbligo di notifica*. Per utilizzare altre parole, la competenza della Commissione deve essere determinata con riferimento al giorno *a partire dal quale* sorge, eventualmente, l'obbligo di notifica alla stessa di un progetto di concentrazione [35]. Questo è il giorno in cui gli operatori economici coinvolti si vincolano contrattualmente [36] (v. art. 4, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni) [37]. E ciò poiché già in questo momento

33 — Come dimostra il caso di specie, è senz'altro possibile che, nonostante il rigido termine di una settimana, entro il quale doveva essere adempiuto l'obbligo di notifica (art. 4, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni), la notifica effettiva venga effettuata solo molto tempo dopo la conclusione dei contratti di diritto privato. Nel frattempo, potrebbero cambiare i fatturati rilevanti delle imprese interessate, la qual cosa potrebbe avere ripercussioni decisive sul superamento o meno delle soglie previste dall'art. 1 del regolamento sulle concentrazioni. A maggior ragione ciò potrebbe avvenire nell'ambito di applicazione del nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni (regolamento n. 139/2004), il cui art. 4, n. 1, non prevede più alcun termine concreto per l'adempimento dell'obbligo di notifica.

34 — Art. 14, n. 1, lett. a), e n. 2, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni.

35 — Nel caso in oggetto, non è necessario alcun chiarimento sul fatto se sia determinante un momento ancora anteriore, ad esempio quello della decisione di concludere un accordo di concentrazione (v. art. 4, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 139/2004). Infatti, la possibilità di una simile *anticipazione volontaria* del momento della notifica esiste solo nell'ambito del nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni e non è previsto nel regolamento n. 4064/89, qui ancora applicabile.

36 — Nello stesso senso la sentenza del Tribunale 28 settembre 2004, causa T-310/00, MCI/Commissione (Racc. pag. II-3253, punto 89): «La competenza della Commissione (...) dipende, come lo precisa l'art. 4 di tale regolamento, dalla "conclusione dell'accordo" di concentrazione». La Commissione, così prosegue il Tribunale, «*non* è competente ad adottare una decisione in forza del regolamento n. 4064/89 *prima* della conclusione di tale accordo» (il corsivo è mio).

37 — Sono equiparati al vincolo contrattuale la pubblicazione di un'offerta di acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo (art. 4, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni).

è possibile stabilire in modo oggettivo se un'operazione di concentrazione abbia una dimensione comunitaria o meno. E già in questo momento sorge anche per gli operatori economici coinvolti il divieto di esecuzione previsto dal regolamento sulle concentrazioni (v. art. 7, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni).

2. Gli effetti di eventi successivi sulla competenza della Commissione

47. Resta da verificare se ed in che misura eventi successivi, ed in particolare quelli intervenuti nel corso del procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione, possano rivestire rilevanza sulla competenza della Commissione, una volta che questa sia stata acquisita.

48. È evidente che la Commissione perde, di per sé, la propria competenza a valutare un'operazione di concentrazione qualora le imprese interessate *abbandonino completamente* il progetto di concentrazione — non ancora eseguito [38]. Il procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione diviene così, infatti, privo di oggetto [39].

49. Il presente procedimento non diventa, invece, in nessun modo privo di oggetto qualora le imprese interessate apportino alla propria operazione di concentrazione solamente alcune determinate *modifiche*, senza però abbandonarla completamente. Anche qualora, infatti, tali modifiche avessero una portata molto ampia e, dal punto di vista delle imprese interessate, riguardassero l'essenza della loro operazione di concentrazione [40], rimarrebbe, però, una parte dell'operazione di concentrazione — nella fattispecie, il primo gruppo di operazioni — che, secondo gli intenti delle parti, dovrebbe continuare ad avere validità. Diversamente da quanto ritiene la Cementbouw, quest'ultima ipotesi è differente qualitativamente rispetto al completo abbandono dell'operazione di concentrazione.

50. A maggior ragione il procedimento non può diventare privo di oggetto nel caso in cui le imprese interessate alla Commissione promettono soltanto, come nel presente caso, determinate modifiche, senza metterle immediatamente in pratica. Contrariamente all'opinione della Cementbouw, infatti, simili meri *impegni* non modificano direttamente la concretezza dell'operazione di concentrazione concordata contrattualmente dalle imprese ed i suoi effetti economici, tanto più se questa è già stata eseguita, come nel caso di specie.

51. Più in generale, la mera circostanza che l'impresa effettui o prometta determinate modifiche durante un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione

38 — In questo senso anche la sentenza MCI/Commissione (cit. alla nota 36, in particolare punti 96 e 107).

39 — Nel nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni (regolamento n. 139/2004) questa tesi trova espressione nell'ultima frase dell'art. 6, n. 1, lett. c).

40 — Nel presente caso la Cementbouw sostiene che già la bozza di impegni del 28 maggio 2002 avrebbe comportato il venir meno dell'«essence» e del «constitutive element» dell'operazione di concentrazione (v. nn. 11, 13 e 17 del ricorso).

in corso non può rivestire alcuna rilevanza sulla competenza della Commissione, una volta che questa sia stata già acquisita. Qualora, infatti, si intenda, come avviene nel presente caso, insistere nell'attuazione dell'operazione di concentrazione e nel mantenimento dell'operazione già eseguita, e ciò anche con la disponibilità ad accettare sostanziali riduzioni della sua struttura iniziale, continua ad essere giustificata la valutazione della sua compatibilità con il mercato comune.

52. A sostegno di questa tesi vi è anche l'obiettivo con il quale simili modifiche ad un'operazione di concentrazione possano essere intraprese o promesse durante un procedimento di controllo di tale operazione: l'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni [41] dice chiaramente che le modifiche e le promesse (e quindi gli «impegni») servono a strutturare l'operazione di concentrazione in modo compatibile con il mercato comune. Ad un esame più approfondito, questi sono previsti esclusivamente per rendere possibile alla Commissione un efficace *esercizio* dei suoi poteri nell'ambito del procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione, ma non a sottrarle la competenza su un caso.

53. Qualora vengano effettuate o promesse soltanto modifiche ad un'operazione di concentrazione, senza che questa venga completamente abbandonata, allora la già menzionata finalità di garantire la massima certezza del diritto ed una regolare ed efficiente attività dell'amministrazione nel controllo delle operazioni di concentrazione [42] non perde nulla della sua rilevanza.

54. Non sarebbe compatibile né con l'esigenza della certezza del diritto né con l'esigenza di una regolare ed efficiente attività dell'amministrazione entro termini brevi, se la competenza della Commissione potesse essere messa costantemente in dubbio nel corso di un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione o se tale competenza fosse sottoposta a continue modifiche.

55. Si dovrebbe temere altrimenti che un caso possa vagare senza meta tra la Commissione ed una o più autorità nazionali per la concorrenza, il che renderebbe sensibilmente più lenta e più dispendiosa la sua valutazione sotto il profilo della concorrenza e la graverebbe di innumerevoli incertezze, non solo per le autorità interessate, ma anche per le imprese interessate e per i mercati. Non potrebbe, inoltre, escludersi che, nel corso di un procedimento di controllo sulle operazioni di concentrazione, le imprese interessate effettuino deliberatamente modifiche al loro progetto di concentrazione al fine di sottrarlo alla competenza di un'autorità per la concorrenza e sottoporlo a quella di un'altra autorità, ritenuta meno rigorosa; si potrebbe così giungere ad una sorta di «forum shopping».

41 — Lo stesso vale per le autorizzazioni nella fase preliminare di esame («prima fase») ai sensi dell'art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni nella versione introdotta dal regolamento n. 1310/97.

42 — V., supra, paragrafi 40-44 di queste conclusioni.

56. Conformemente a quanto sopra, il regolamento sulle concentrazioni in nessuna sua parte richiede alla Commissione una nuova valutazione della sua competenza, se le imprese interessate modificano la propria operazione di concentrazione o anche solo accettano di farlo. La Commissione ha, piuttosto, l'obbligo di verificare, già prima dell'inizio di un procedimento formale («seconda fase»), nella cosiddetta fase preliminare di esame («prima fase»), se le soglie di fatturato di cui all'art. 1 del regolamento sulle concentrazioni siano state superate. Alla base di tale procedimento vi è, ai sensi dell'art. 6, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni, soltanto *l'operazione di concentrazione notificata* alla Commissione. La possibilità prevista dall'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni di tenere in considerazione successive modifiche all'operazione di concentrazione notificata serve unicamente all'accertamento della sua compatibilità con il mercato comune. Una nuova decisione da parte della Commissione sulla propria competenza non è affatto prevista nell'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni [43], diversamente da quanto avviene nell'art. 6, n. 1, del medesimo regolamento [44].

3. Conclusione parziale

57. Si deve così stabilire come conclusione parziale che determinante ai fini dell'individuazione della competenza della Commissione all'inizio di un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione è solo il giorno *a partire dal quale sorge l'obbligo di notifica* alla Commissione di un progetto di concentrazione. Successive modifiche ad un'operazione di concentrazione non hanno più rilevanza alcuna sulla competenza della Commissione, a meno che non comportino immediatamente il completo abbandono del progetto.

58. Resta fermo che la bozza d'impegni del 28 maggio 2002 delle imprese Haniel e Cementbouw avrebbe comportato, anche nel caso di una loro realizzazione, solamente una rinuncia al secondo gruppo di operazioni, ma non avrebbe, in ogni caso, riguardato il primo gruppo di operazioni.

59. Alla luce di quanto sopra considerato, il Tribunale ha correttamente ritenuto che quella bozza d'impegni non poteva incidere sull'esistenza dell'operazione di concentrazione [45] che, pertanto, permaneva la competenza della Commissione [46] e che quest'ultima poteva ancora porre alla base della propria autorizzazione delle concentrazioni gli impegni definitivi della Haniel e della Cementbouw del 5 giugno 2002.

43 — Una regolamentazione corrispondente per la fase preliminare di esame si trova nell'art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni nella versione introdotta dal regolamento n. 1310/97.

44 — La Cementbouw si basa, nel suo ricorso, tra l'altro, sulla sentenza del Tribunale 24 marzo 1994, causa T-3/93, Air France/Commissione, «Dan Air» (Racc. pag. II-121, punto 102). Tuttavia, tale sentenza si è occupata della competenza della Commissione al momento in cui sorge l'obbligo di notifica. Tale sentenza non fornisce alcuna indicazione per quanto riguarda un eventuale obbligo della Commissione di esaminare nuovamente la sua competenza a seguito di eventi sopravvenuti.

45 — Punto 301, ultima frase, della sentenza impugnata.

46 — Punto 302 della sentenza impugnata.

60. Il primo motivo di ricorso è così infondato.

C — *Sul secondo motivo di ricorso*

61. Con il suo secondo motivo di ricorso la Cementbouw eccepisce che il Tribunale avrebbe commesso errori di diritto quanto all'interpretazione ed all'applicazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni ed avrebbe violato il principio di proporzionalità.

62. Essenzialmente la Cementbouw espone su questo punto gli stessi argomenti già riportati nell'ambito del suo primo motivo di ricorso: il Tribunale non avrebbe riconosciuto che la Commissione sarebbe già stata tenuta all'accettazione della bozza d'impegni della Haniel e della Cementbouw del 28 maggio 2002. Già l'attuazione di quell'offerta di impegni avrebbe infatti, secondo l'opinione della Cementbouw, sottratto all'operazione di concentrazione la sua dimensione comunitaria. Sarebbe, poi, rimasto ancora solo il primo gruppo di operazioni [47], che, di per sé, non sarebbe potuto affatto rientrare nella competenza della Commissione.

63. Come ho già esposto con riferimento al primo motivo di ricorso [48], questo argomento non è convincente. Nel prosieguo della trattazione mi limiterò, pertanto, ad affrontare solamente due ulteriori argomenti della Cementbouw, che la stessa ha sostenuto specialmente nell'ambito del suo secondo motivo di ricorso.

1. Sulla censura relativa alla violazione del principio di proporzionalità

64. Come prima cosa la Cementbouw contesta al Tribunale di aver violato il principio di proporzionalità. Il Tribunale avrebbe a torto ritenuto che la Commissione non sarebbe stata tenuta ad accettare già la bozza d'impegni del 28 maggio 2002, ma solo gli impegni definitivi del 5 giugno 2002.

65. Il principio di proporzionalità è un principio generale del diritto comunitario [49]. Da questo principio discende, secondo costante giurisprudenza, che gli atti delle istituzioni comunitarie non devono superare i limiti di quanto sia idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa in questione, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva, e che gli inconvenienti

47 — In questo contesto la Cementbouw sottolinea in particolare l'accordo di pooling.

48 — V. anche, in particolare, paragrafi 39-60 di queste conclusioni.

49 — V., ad esempio, sentenza della Corte 10 gennaio 2006, causa C-344/04, IATA e ELFAA (Racc. pag. I-403, punto 79).

causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti [50].

66. Anche le decisioni della Commissione nell'ambito dei procedimenti di controllo delle operazioni di concentrazione devono soddisfare i requisiti della proporzionalità e sono sottoposte, in tale misura, a controlli giudiziali. Quanto sopra non vale solo per le decisioni di divieto ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento sulle concentrazioni, e per le decisioni di separazione ai sensi dell'art. 8, n. 4, del medesimo regolamento, ma anche per le decisioni di autorizzazione ai sensi dell'art. 8, n. 2, di tale regolamento, nella misura in cui queste vengono dotate di condizioni e obblighi. Le imprese interessate possono, infatti, avere un interesse reale a far valutare in sede giudiziale tali elementi, per esse gravosi, delle decisioni di autorizzazione, con la finalità di ottenere un'autorizzazione senza condizioni e obblighi o, in ogni caso, un'autorizzazione con condizioni e obblighi meno restrittivi [51].

67. La decisione sulla compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune richiede, tuttavia, da parte della Commissione una valutazione di contesti economici complessi, per la quale questa gode di un potere discrezionale [52]. Questo potere discrezionale deve essere esteso anche alla questione se gli impegni offerti alla Commissione siano idonei a risolvere un problema in materia di concorrenza dalla stessa identificato.

68. È vero che è compito del giudice comunitario verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza; lo stesso deve anche accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti, che devono essere presi in considerazione per valutare la situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono [53]. Tale giudice non è, però, chiamato a sostituire la propria valutazione a quella della Commissione con riferimento all'idoneità degli impegni.

69. Nella valutazione in sede giudiziale della proporzionalità di una decisione di autorizzazione subordinata a condizioni e obblighi occorre inoltre tenere in considerazione che le condizioni e gli oneri si basano su *impegni volontari* delle imprese interessate. Vi è allora una forte presunzione che le imprese stesse ritengano gli impegni dalle stesse formulati idonei, necessari ed adeguati per risolvere un problema in tema di

50 — In tal senso, per il caso specifico di una decisione, sentenza della Corte 9 marzo 2006, causa C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie e Natuur en Milieu (Racc. pag. I-2443, punto 28).

51 — Qualora le condizioni e gli oneri — come di norma — siano collegati inseparabilmente con l'effettiva autorizzazione dell'operazione di concentrazione, la loro *impugnazione isolata* non è tuttavia ammissibile (in questo senso la costante giurisprudenza; v., ad esempio, sentenza della Corte 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento/Consiglio (Racc. pag. I-5769, punti 27 e 28). La decisione di autorizzazione che prevede condizioni e oneri è quindi impugnabile solo nella sua interezza, con la finalità di una nuova valutazione complessiva da parte della Commissione della concertazione ai sensi dell'art. 10, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni.

52 — Sentenze della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, «Kali & Salz» (Racc. pag. I-1375, punti 223 e 224), e 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval (Racc. pag. I-987, punti 38-40).

53 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (cit. alla nota 52, punto 39).

concorrenza identificato dalla Commissione, tanto più che, di norma, dal punto di vista delle imprese interessate un'autorizzazione condizionata rappresenta, rispetto al divieto dell'operazione di concentrazione, una soluzione meno dura. Dovrebbero, pertanto, sussistere circostanze eccezionali per presumere che una decisione della Commissione, che si basa su impegni assunti volontariamente da parte dei soggetti interessati, non sia compatibile con il principio della proporzionalità.

70. Nel presente caso, la Cementbouw ritiene di tutta evidenza che il Tribunale avrebbe dovuto presumere l'esistenza di simili circostanze eccezionali, per il fatto che si trattava di una operazione di concentrazione già eseguita, la cui notifica era stata ottenuta con pressioni dalla Commissione «con la minaccia di ammende» [54]. In particolare, la sua facoltà di disporre, eventualmente, una separazione ai sensi dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni, avrebbe permesso alla Commissione di ottenere, dalle imprese coinvolte, impegni che, altrimenti, non avrebbe mai ottenuto.

71. Questo argomento [55] non mi convince. Il fatto che un'operazione di concentrazione venga eseguita già prima della sua notifica alla Commissione, senza che vi sia una corrispondente esenzione dal divieto di esecuzione, rientra nell'esclusivo ambito di responsabilità delle imprese interessate e non è in alcun modo idoneo a sostenere l'esistenza di circostanze eccezionali. Che la Commissione possa, inoltre, comminare ammende ed, eventualmente, disporre una separazione, nel caso di un'operazione di concentrazione effettuata illegittimamente, deriva già dal regolamento sulle concentrazioni [56]. Quando la Commissione, nel corso del procedimento, di fronte alle imprese interessate esprime tali suoi poteri, la stessa rinvia solo alla situazione di diritto e non tiene in alcun modo un comportamento anormale. Quanto sopra non cambia nulla nemmeno per quanto riguarda la volontarietà degli impegni assunti dalle imprese.

72. Nel suo ricorso sembra che la Cementbouw voglia desumere inoltre dal principio di proporzionalità che gli impegni delle imprese interessate sono, in ogni caso, sufficienti e che devono essere accettati dalla Commissione, qualora gli stessi sottraggano ad una concentrazione la sua dimensione comunitaria, e cioè la facciano discendere sotto le soglie di fatturato di cui all'art. 1 del regolamento sulle concentrazioni; la Commissione non potrebbe porre alla base della propria decisione ulteriori impegni.

54 — Nella lingua del procedimento: «under threat of fines».

55 — L'argomento della Cementbouw su questo problema è ammissibile, poiché non pone in discussione la valutazione dei fatti e delle prove, bensì ha come finalità la *qualificazione giuridica* delle circostanze del caso in oggetto *come eccezionali*. Si tratta quindi di una questione di diritto, a conoscere della quale la Corte è competente nel procedimento di impugnazione; v. sentenze della Corte 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione (Racc. pag. I-3173, punto 51), e 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione (Racc. pag. I-8725, punto 69), e causa C-113/04 P, Technische Unie/Commissione (Racc. pag. I-8831, punto 82).

56 — Sulle ammende v. art. 14, n. 2, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni, sulla divisione art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni.

73. Anche questo argomento, che d'altronde la Cementbouw non ha più sostenuto in maniera incondizionata nella fase orale, non è convincente. La misura per la valutazione della proporzionalità delle condizioni o degli oneri non è data dal fatto se dopo il loro adempimento la concentrazione abbia ancora una dimensione comunitaria, bensì dal fatto se gli obblighi assunti dalle imprese interessate «siano proporzionali al problema sotto il profilo della concorrenza e lo risolvano interamente» [57]. La legittima finalità perseguita con le condizioni e gli oneri è unicamente la garanzia che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune [58], per la qual cosa è necessaria una struttura delle concentrazioni compatibile con il mercato comune. Le eventuali condizioni ed oneri imposti dalla Commissione dovrebbero essere idonei, necessari ed adeguati unicamente in vista di questa finalità.

74. Non sarebbe logico se la Commissione fosse tenuta ad accettare impegni come quelli contenuti nella bozza del 28 maggio 2002 solo per il fatto che questi avrebbero privato l'operazione di concentrazione della loro dimensione comunitaria, senza dover valutare in alcun modo se questi fossero idonei alla soluzione del problema sotto il profilo della concorrenza individuato dalla stessa.

75. Il Tribunale non ha così commesso alcun errore di diritto nel negare che vi sia stata da parte della Commissione una violazione del principio di proporzionalità [59].

2. Sulla rilevanza delle decisioni di autorità nazionali per la concorrenza

76. La Cementbouw contesta poi al Tribunale di «non aver chiarito» perché la Commissione nella decisione impugnata sia potuta giungere ad un risultato diametralmente opposto rispetto a quello dell'autorità nazionale olandese per la concorrenza (NMa). La Cementbouw fa in ciò riferimento all'autorizzazione al contratto di pooling da parte della Nma [60]. Il Tribunale avrebbe, a torto, permesso alla Commissione di non tenere conto, senza una adeguata motivazione, di una approfondita valutazione della situazione della concorrenza rilevante per la fattispecie già effettuata da parte di un'autorità nazionale per la concorrenza.

57 — V. sul punto l'ottavo 'considerando' del regolamento n. 1310/97. Lo stesso vale del resto nell'ambito di applicazione del nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni (trentesimo 'considerando' del regolamento n. 139/2004).

58 — Art. 3, n. 1, lett. g), CE e primo 'considerando' del regolamento sulle concentrazioni (e secondo 'considerando' del nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni).

59 — Punti 303 e segg. della sentenza impugnata.

60 — V., supra, paragrafo 17 di queste conclusioni.

77. Come la stessa Cementbouw riconosce, le decisioni delle autorità nazionali per la concorrenza in procedimenti di controllo delle operazioni di concentrazione non sono vincolanti per la Commissione. Aggiungo che, normalmente, sulla base di una chiara ripartizione delle competenze contenuta nel regolamento sulle concentrazioni [61], una simile efficacia vincolante non sarebbe nemmeno ipotizzabile: sia la Commissione sia le autorità nazionali decidono esclusivamente nei loro rispettivi ambiti di competenza che, del resto, non si intersecano [62].

78. Il presente caso si distingue, tuttavia, per la particolarità che il primo gruppo di operazioni ha avuto un rilievo sia nel procedimento dinanzi alla NMa, sia in quello successivo dinanzi alla Commissione. Sebbene i due procedimenti, considerati dal punto di vista formale, non avessero lo stesso oggetto, dal momento che il primo gruppo di operazioni è stato valutato dalla NMa isolatamente, mentre dalla Commissione è stato considerato come parte di un progetto complessivo, che, a fianco del primo, comprendeva anche il secondo gruppo di operazioni, resta comunque il fatto che entrambe le autorità hanno valutato, nell'ambito dei rispettivi procedimenti, il primo gruppo di operazioni sotto il profilo della concorrenza.

79. Tuttavia, da ciò non consegue ancora che la Commissione fosse vincolata *nel merito* alla valutazione del primo gruppo di operazioni data precedentemente dalla NMa. Anche la mera esistenza di una precedente decisione della NMa, contrariamente all'opinione della Cementbouw nella fase orale, non comporta alcuna limitazione al potere discrezionale della Commissione.

80. Anzi, con l'aggiunta del secondo gruppo di operazioni alla Commissione è stata trasferita la competenza esclusiva per la valutazione, alla luce del diritto della concorrenza, del progetto complessivo. A tal proposito, *vincolanti nel merito* per la Commissione sono unicamente i criteri dettati dall'art. 2, del regolamento sulle concentrazioni per la valutazione della compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune. Sulla base di tale criterio, essa deve valutare ogni caso in maniera completa ed in questo deve eventualmente confrontarsi con le stesse circostanze di fatto e con gli stessi problemi di concorrenza, come ha già precedentemente fatto l'autorità nazionale in una situazione simile. Dall'art. 2 del regolamento sulle concentrazioni non deriva però un obbligo da parte della Commissione di indirizzare nel merito la propria decisione verso quella di un'autorità nazionale.

61 — V., supra, paragrafi 31 e 40 di queste conclusioni.

62 — Le autorità nazionali per la concorrenza possono solamente comunicare la loro posizione nel procedimento dinanzi alla Commissione ai sensi dell'art. 19 del regolamento sulle concentrazioni.

81. Alla luce di quanto sopra considerato, il Tribunale non era tenuto a priori a «chiarire» perché la Commissione *potesse giungere ad un altro risultato* rispetto a quello della NMa nella valutazione sotto il profilo del diritto della concorrenza del primo gruppo di operazioni. Rientra piuttosto nella natura stessa della situazione e non richiede ulteriori precisazioni il fatto che diverse autorità, nell'ambito del rispettivo ambito di competenza e con l'utilizzo del loro potere discrezionale, possano risolvere problemi analoghi in maniera diversa [63].

82. Soltanto per completezza si osservi che la Cementbouw non poteva in nessun modo fare affidamento sul fatto che a livello comunitario gli effetti sul piano della concorrenza del primo gruppo di operazioni sarebbero stati valutati in maniera analoga al giudizio che ne aveva dato in precedenza la NMa. Come deduce correttamente la Commissione, l'impresa non ha, infatti, mai eseguito il primo gruppo di operazioni nella forma autorizzata dalla NMa, ma ha contribuito essa stessa alla conclusione ed alla realizzazione del primo gruppo soltanto insieme ad un secondo gruppo di operazioni, vale a dire come parte di un'operazione di concentrazione più grande.

63 — Anche al di là dell'Atlantico questo fenomeno non è affatto sconosciuto; così ad esempio la Commissione nel caso COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell è giunta ad un risultato sensibilmente diverso dalle autorità degli Stati Uniti.

83. Alla luce di tali considerazioni si può affermare che anche il secondo motivo di ricorso è, nel suo complesso, infondato.

D — *Conclusione parziale*

84. Poiché nessuno dei motivi d'impugnazione dedotti dalla Cementbouw ha probabilità di successo, sono del parere che il ricorso sia da respingere nella sua integralità.

V — Sulle spese

85. A termini del combinato disposto degli artt. 69, n. 2, 118 e 122, n. 1, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Cementbouw, rimasta soccombente, deve essere pertanto condannata alle spese.

VI — Conclusione

86. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di giustizia di adottare la seguente decisione:

1) Il ricorso contro la sentenza del Tribunale di primo grado è respinto.

2) La Cementbouw Handel & Industrie BV è condannata alle spese.