# CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO
presentate il 6 febbraio 1997 *

Indice


Il regolamento: genesi e contenuto ..... I - 1383

Il procedimento e la decisione ..... I - 1387

I due ricorsi: termini del problema e piano delle conclusioni ..... I - 1391

I — La ricevibilità (causa C-30/95) ..... I - 1394

a) Sull'annullamento parziale ..... I - 1395

b) Sulla legittimazione ad agire ..... I - 1396

c) Sull'impugnabilità del considerando relativo alla Potacan ..... I - 1399

d) Sul difetto di interesse ad agire ..... I - 1400

II — Il merito ..... I - 1401

a) Sull'inosservanza dell'obbligo di collaborazione con le autorità nazionali (causa C-68/94) ..... I - 1401

b) Sugli effetti della concentrazione sul mercato tedesco (causa C-68/94) ..... I - 1404

c) Sugli effetti della concentrazione sul mercato comunitario ad esclusione della Germania (cause C-68/94 e C-30/95) ..... I - 1410

1) La delimitazione del mercato geografico rilevante ..... I - 1410

2) La possibilità di utilizzare il regolamento sulle concentrazioni per intervenire su posizioni dominanti collettive ..... I - 1417

— Il dato testuale ..... I - 1419

— Basi giuridiche e volontà del legislatore ..... I - 1420

— Le garanzie procedurali ..... I - 1422

— Considerazioni economiche e finalità del regolamento ..... I - 1425

3) L'errata utilizzazione, nel caso di specie, della nnozione di posizione dominante collettiva ..... I - 1428

— Il grado di concentrazione del mercato ..... I - 1431

— I legami strutturali fra K+S e SCPA ..... I - 1432


* Lingua originale: l'italiano.

— Le caratteristiche del concorrente eliminato ..... I - 1436

— La posizione dei concorrenti ..... I - 1437

— Il confronto tra le situazioni di K+S/MdK e SCPA ..... I - 1438

— Il potere economico della clientela ..... I - 1440

— Le barriere all'entrata ..... I - 1441

— Le caratteristiche del mercato e del prodotto ..... I - 1442

— Il parallelismo di comportamenti ..... I - 1442

d) Sull'imposizione di condizioni ed oneri che ricadono su terzi estranei all'operazione di concentrazione (cause C-68/94 e C-30/95) ..... I - 1444

1) Sulla possibilità di applicare l'art. 8, n. 2, ad imprese terze rispetto all'operazione di concentrazione ..... I - 1445

2) Sull'idoneità delle condizioni imposte nella specie al fine di mantenere una concorrenza effettiva ..... I - 1446

— Sulla condizione riguardante l'uscita di K+S dal cartello Kali-Export .... I - 1447

— Sulla condizione relativa alla risoluzione dei legami di distribuzione tra K+S e SCPA ..... I - 1448

Conclusioni ..... I - 1449

1. È possibile applicare le norme del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese [1] (nel prosieguo: il «regolamento»), agli oligopoli? E quali sono i limiti che, alla luce delle disposizioni del regolamento, la Commissione incontra nella valutazione della legittimità delle operazioni di concentrazione?

L'occasione per dare una risposta, tra l'altro, a detti interogativi, di indubbia rilevanza ai fini dell'applicazione del regolamento, è fornita alla Corte dai ricorsi C-68/94 e C-30/95. Tali ricorsi — l'uno proposto dal governo francese, l'altro dalla Société commerciale des potasses et de l'azote (nel prosieguo: la «SCPA») e dalla Entreprise minière et chimique (nel prosieguo: la «EMC») — mettono in discussione, sia pure sotto profili parzialmente diversi, la legalità della decisione della Commissione 14 dicembre 1993, 94/449/CE [2] (nel prosieguo: la «decisione»).

2. Con tale decisione la Commissione ha autorizzato un'operazione avente ad oggetto

1 — GU 1990, L 257, pag. 14.

2 — *Decisione della Commissione relativa ad un procedimento a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (Caso n. IV/M.308 — Kali und Salz/MdK/Treuhand)*, in GU 1994, L 186, pag. 38.

il raggruppamento delle attività relative al potassio ed al salgemma della Kali und Salz AG (nel prosieguo: la «K+S») e della Mitteldeutsche Kali AG (nel prosieguo: la «MdK») in un'impresa comune creata dalla K+S e dalla Treuhandanstalt. La dichiarazione di compatibilità è stata tuttavia subordinata al rispetto, da parte di tali imprese, di alcune condizioni, essenzialmente consistenti nella interruzione dei rapporti commerciali con la SCPA e la EMC.

Il ricorso della SCPA e della EMC (causa C-30/95) è precisamente diretto ad ottenere l'annullamento della decisione nella parte in cui prevede tali condizioni; quello del governo francese (causa C-68/94) investe invece anche altri profili ed ha dunque una portata più ampia. Nondimeno, atteso che gli obiettivi dei due ricorsi sono solo in parte diversi, che alcuni dei mezzi dedotti e le argomentazioni svolte sono per lo più collimanti, ritengo sia possibile ed anzi preferibile, pur con i distinguo che si impongono, una loro trattazione congiunta.

3. Prima ancora di richiamare i termini della decisione e quindi procedere all'esame di una controversia che, per le ragioni di principio che coinvolge, può rappresentare una tappa importante nella giurisprudenza in materia di concorrenza, ritengo però opportuno ricordare la genesi del regolamento, le sue caratteristiche sostanziali ed il quadro procedurale in cui si realizza il controllo delle operazioni di concentrazione. Sarà così più agevole cogliere alcuni aspetti di carattere generale che saranno poi richiamati nell'esame delle diverse questioni, di ricevibilità e di merito, poste dai ricorsi in oggetto.

## Il regolamento: genesi e contenuto

4. A differenza del Trattato CECA (art. 66), il Trattato CE non contiene alcuna disposizione specifica in tema di concentrazioni di imprese. La lacuna risulta essere frutto di una precisa volontà politica tesa ad incoraggiare il rafforzamento, anche tramite concentrazioni, delle imprese comunitarie. Anche la Commissione, in un memorandum del 1° dicembre 1965, affermava una posizione in via di principio di favore per i fenomeni concentrativi, in quanto ritenuti funzionali al rafforzamento dell'industria europea, ancora troppo debole per competere sui mercati internazionali. Nello stesso memorandum, essa affermava inoltre il suo intento di applicare alle concentrazioni l'art. 86 piuttosto che l'art. 85. Tale impostazione riceveva l'avallo della Corte, che, nella sentenza Continental Can, riconosceva la configurabilità di uno sfruttamento abusivo, ai sensi dell'art. 86, quando un'impresa, già in posizione dominante, rafforzi tale posizione, ad esempio attraverso una fusione, «al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza» [3].

3 — Sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72 (Racc. pag. 215, punto 26).

L'applicazione dell'art. 86 non poteva però rappresentare una risposta del tutto appagante, se non altro perché tale norma consente di intervenire solo ex post, dunque su posizioni dominanti già esistenti, mentre una disciplina delle concentrazioni dovrebbe soprattutto prevenire gli effetti anticoncorrenziali. La Commissione, pertanto, già poco tempo dopo la pronuncia Continental Can, presentava al Consiglio una prima proposta di regolamento *ad hoc*. La sua successiva prassi decisionale, peraltro, evidenziava una volontà di rivalutare l'applicazione dell'art. 85 alle concentrazioni, utilizzando il meccanismo di «valutazione preventiva» [4]. Tale indirizzo sembrava trovare un riscontro nella sentenza Philip Morris [5], in cui la Corte ammetteva che l'assunzione di una partecipazione minoritaria da parte di un'impresa nel capitale di un'impresa concorrente potesse a certe condizioni dar luogo ad una restrizione incompatibile con l'art. 85.

5. La sentenza appena ricordata alimentava il dibattito sul tema e stimolava un rinnovato impulso della Commissione, che presentava nel 1988 una nuova proposta. È sulla base di tale proposta che il Consiglio adottava il regolamento, il cui testo finale non nasconde i contrasti anche profondi che hanno caratterizzato la fase della sua formazione [6].

La valutazione positiva delle forme di aggregazione tra imprese, ritenute il mezzo per consentire all'industria europea di competere efficacemente sul mercato internazionale, non è stata abbandonata nemmeno con l'adozione del regolamento. Nel preambolo dello stesso, infatti, si evidenzia che le operazioni di concentrazione, destinate ad intensificarsi in conseguenza della soppressione delle frontiere interne per la realizzazione del mercato unico, devono essere valutate positivamente in quanto corrispondono alle esigenze di una concorrenza dinamica e possono aumentare la competitività dell'industria europea, migliorare le condizioni della crescita ed elevare il tenore di vita della Comunità. Il favore per l'aggregazione e la ristrutturazione industriale non deve tuttavia comportare un pregiudizio durevole per la concorrenza, sì che il diritto comunitario deve poter intervenire sulle «operazioni di concentrazione che possono ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo» (quinto 'considerando').

6. Il regolamento si basa innanzitutto sull'art. 87, in quanto contiene modalità d'attuazione degli artt. 85 e 86. Poiché, però, come

4 — In tal senso v., ad esempio, Santamaria, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, pag. 92 ss., il quale cita come primo esempio di tale prassi la decisione Mecaniver *PPG* del 12 dicembre 1984 (GU 1985, L 35, pag. 54).

5 — Sentenza 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84 (Racc. pag. 4487). V., però, contrario a riconoscere alla sentenza Philip Morris margini applicativi più ampi della fattispecie concreta, fra gli altri, Bellamy, *Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgement*, in *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, pag. 22.

6 — V. la ricostruzione di Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, pagg. 685-686.

si legge anche nel sesto 'considerando', «gli artt. 85 e 86 non sono (...) sufficienti a coprire tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplata dal Trattato», la sua base giuridica è rappresentata anche dall'art. 235.

Le operazioni di concentrazione sono definite, all'art. 3, n. 1, con una nozione molto ampia, che ricomprende infatti, oltre alla fusione, anche situazioni in cui l'autonomia giuridica, e finanche economica, delle parti interessate può permanere [7]. Ciò che caratterizza maggiormente un'operazione di concentrazione, al di là dei casi di fusione in senso tecnico, è l'acquisto del controllo, definito dall'art. 3, n. 3, come «possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa», attraverso «diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa» ovvero attraverso «diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa». Le operazioni rientranti nella previsione dell'art. 3 sono soggette alla disciplina del regolamento solo se presentano una «dimensione comunitaria» [8]. Le altre ipotesi di concentrazione ricadono invece nella sfera di competenza delle autorità nazionali.

7. L'art. 2, n. 1, impone alla Commissione di tener conto, ai fini della verifica di compatibilità dell'operazione di concentrazione di cui si tratta, «della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce segnatamente della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza reale o potenziale di imprese situate all'interno o all'esterno della Comunità»; e di una serie di parametri utilizzati per accertare l'effettivo potere di mercato delle imprese coinvolte [9]. L'elencazione contenuta nella norma lascia un ampio margine di discrezionalità alla Commissione, anche perché non indica alcuna gerarchia tra i vari fattori da prendere in considerazione. Né è senza rilievo l'assenza, nel regolamento, di presunzioni di illegalità legate alle quote di mercato detenute dalle imprese e di criteri

7 — Testualmente: «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 una o più imprese acquisiscono direttamente o 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 parte di una o più altre imprese».

8 — Questa si raggiunge «quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese partecipanti all'operazione di concentrazione è superiore a 5 miliardi di ECU», ovvero «quando il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di ECU», a meno che «ciascuna delle imprese [che procedono all'operazione di concentrazione] realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro» (art. 1, n. 2).

9 — Si tratta della «posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza».

matematici utilizzabili per la valutazione, viceversa presenti in altre legislazioni antitrust [10].

Lo stesso art. 2 prevede, ai nn. 2 e 3, che il giudizio di compatibilità, effettuato sulla base dei criteri appena ricordati, dipenderà in ultima analisi dal se la concentrazione considerata 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» [11].

8. Quanto alla procedura di controllo, essa si articola in due fasi. Nel corso della prima, che si apre con la notifica [12] e dura un mese, la Commissione verifica se l'operazione suscita seri dubbi per quanto concerne la sua compatibilità con il mercato comune [13]. Se questo non è il caso ovvero se non si ricade nel campo di applicazione del regolamento, la procedura termina nell'ambito della prima fase con la decisione della Commissione [art. 6, n. 1, lett. a) e b), del regolamento]. In mancanza di decisione, l'operazione è considerata compatibile con il mercato comune (art. 10, n. 6).

Qualora, invece, l'operazione sollevi seri dubbi e la Commissione decida pertanto di aprire la procedura formale [art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento], la decisione deve intervenire entro 4 mesi. Se ciò non accade, l'operazione è ritenuta compatibile. L'eventuale decisione (finale) può dichiarare la compatibilità dell'operazione con il mercato comune, se del caso subordinandola all'osservanza di condizioni ed oneri (art. 8, n. 2); oppure dichiararla incompatibile. In quest'ultima ipotesi, la Commissione può ordinare, qua-

10 — Negli Stati Uniti le «Merger Guidelines» del 1984 hanno introdotto il c. d. Herfindhal-Hirschman Index (HHI), che somma le quote di mercato di ognuna delle imprese coinvolte nella concentrazione, dopo averle elevate al quadrato. Per stabilire l'effettivo incremento del grado di concentrazione del mercato in conseguenza dell'operazione, si raddoppia il prodotto delle quote di mercato delle imprese coinvolte. Se l'indice HHI sarà, dopo la concentrazione, inferiore a 1 000, l'operazione verrà, di regola, consentita. Se sarà compreso fra 1 000 e 1 800, l'operazione verrà esaminata e potrà essere vietata laddove comporti un aumento maggiore di 100. Se infine, l'HHI si attesterà a livelli superiori a 1 800, la concentrazione potrà essere vietata anche se portatrice di un incremento inferiore a 50.

11 — L'inciso «*in modo significativo*» ha suscitato vivaci dibattiti in dottrina: fra le interpretazioni più accreditate, vi è quella che lo collega al criterio *de minimis*, nel senso che possono essere dichiarate incompatibili soltanto le concentrazioni che determinano effetti sostanziali sulla concorrenza, riducendola in misura consistente e durevole. V., in tal senso, Langeheine, *Substantive Review under the EEC Merger Regulation*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, pag. 484 ss. Sul punto v. anche Bellamy e Child, *Common Market Law of Competition*, 4° ed., London, 1993, pag. 336 ss. Quanto al significato di «concorrenza effettiva», la giurisprudenza della Corte fa riferimento alle condizioni reali in cui la concorrenza si dispiegherebbe ove non vi fosse la limitazione in considerazione: v., sul punto, sentenza 10 dicembre 1985, causa 31/85, ETA/DK Investment (Racc. pag. 3933, punto 11). V. altresì Dechery, *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, in *Revue trim. dr. eur.*, 1990, pag. 317, in particolare pag. 323.

12 — La notifica dell'operazione di concentrazione deve essere effettuata entro 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 — La valutazione di una concentrazione di dimensione "comunitaria" postula, all'evidenza, la delimitazione del settore economico di riferimento, sia per quanto riguarda il prodotto, sia per ciò che concerne l'area geografica da considerare. Soccorrono, al riguardo, le indicazioni contenute nel formulario CO, previsto dall'allegato I del regolamento (CEE) della Commissione 25 luglio 1990, n. 2367, relativo alle notificazioni, ai termini ed alle audizioni di cui al regolamento (CEE) n. 4064/89 (GU L 219, pag. 5), nel frattempo abrogato e sostituito dal regolamento (CE) della Commissione 21 dicembre 1994, n. 3384 (GU L 377, pag. 1). Tale formulario elenca infatti tutte le informazioni da comunicare alla Commissione all'atto della notifica.

lora l'operazione sia già stata realizzata, ogni misura idonea a ripristinare una concorrenza effettiva (art. 8, n. 4).

## Il procedimento e la decisione

9. Il 14 luglio 1993, in conformità all'art. 4, n. 1, del regolamento, la Commissione riceveva la notifica di un progetto di concentrazione tra la società tedesca K+S, consociata del gruppo chimico BASF, e la MdK, società in cui sono raggruppate tutte le attività dell'ex Repubblica democratica tedesca nel settore dell'estrazione e della trasformazione dei sali potassici e del salgemma, il cui unico azionista è la Treuhand, ente di diritto pubblico preposto alla ristrutturazione delle aziende statali appartenute alla RDT.

È opportuno a questo punto precisare che, al momento della notifica del progetto di concentrazione, la K+S era di gran lunga il maggiore produttore europeo di potassio, con più di 2 000 000 di tonnellate annue, seguita dalla Mdk con 1 430 000 tonnellate annue. Globalmente la produzione tedesca di potassio raggiungeva, pertanto, nell'anno immediatamente precedente l'operazione di concentrazione (1992), un livello 3 500 000 tonnellate. Al terzo posto si collocava, con circa 1 000 000 di tonnellate l'anno, la produzione delle Mines de potasse d'Alsace (in prosieguo: le «MPA»), di proprietà dell'ente pubblico francese EMC, che, peraltro, detiene il 100% del capitale della SCPA, società che commercializza i prodotti in questione. Seguivano poi, con quantità prodotte inferiori al milione di tonnellate per anno, tre imprese spagnole, raggruppate di recente in un ente statale denominato INI, che commercializzano i propri prodotti attraverso una stessa società: la Coposa; ed infine la società britannica Cleveland Potash Limited (in prosieguo: la «CPL»).

10. In base al progetto di concentrazione, tutte le attività di estrazione e trasformazione di potassio e salgemma della K+S e della MdK sarebbero state trasferite nella Mitteldeutsche Kali AG GmbH (in prosieguo: «MdK GmbH»), impresa comune della K+S e della Treuhandanstalt. La K+S avrebbe conferito all'impresa comune tutte le proprie attività del settore interessato, mentre la Treuhand vi avrebbe apportato capitale liquido per oltre un miliardo di marchi. La K+S e la Treuhand avrebbero detenuto rispettivamente il 51% ed il 49% del capitale e dei diritti di voto.

Dopo aver esaminato il progetto, la Commissione ha deciso, il 16 agosto 1993, in applicazione dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento, di avviare la procedura formale, in quanto l'operazione di concentrazione sollevava seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune. La Commissione ha quindi adottato, il 14 dicembre 1993, la

decisione che autorizza la concentrazione [14], subordinandola tuttavia, in applicazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento, a determinati vincoli.

11. Il mercato del prodotto rilevante, quale identificato nella decisione, riguarda essenzialmente i prodotti a base di sali di potassio per impieghi agricoli [15]. Si tratta di fertilizzanti minerali utilizzati da soli o immessi nel terreno con altri elementi, in particolare nei cosiddetti concimi complessi insieme ad azoto o fosforo. In entrambi gli impieghi, i sali di potassio non possono essere sostituiti da altri elementi. Ad avviso della Commissione, tali prodotti — quale che sia il contenuto (diversa quantità di potassio), la forma (prodotto standard o granulato) ovvero la destinazione (agricoltura o industria per la produzione di concimi complessi) — sono oggettivamente ed in ampia misura fungibili dal punto di vista dell'acquirente, sì da poter comunque essere considerati unitariamente [16].

La Commissione ha inoltre individuato un secondo mercato rilevante, diverso da quello dei prodotti a base di sali di potassio, nell'insieme dei prodotti contenenti magnesio ed ha altresì constatato che in tale settore sostanzialmente operano — sul mercato comunitario complessivamente considerato — solo la K+S e la MdK [17]. Pur pervenendo alla conclusione che tali società godrebbero, a seguito della fusione, di una posizione monopolistica all'interno della Comunità per quanto riguarda il solfato di magnesio e la kieserite e che dunque la costituenda impresa comune deterrà su tale particolare mercato, con una quota del 92%, una posizione dominante [18], la Commissione non ne ha tuttavia tratto alcuna conseguenza.

12. Per quanto riguarda i prodotti a base di sali di potassio per impieghi agricoli, sui quali è quasi interamente incentrata la decisione, la Commissione ha invece distinto due mercati geografici rilevanti: la Germania ed il resto della Comunità [19].

Con riguardo al mercato tedesco, la Commissione ha constatato che la concentrazione in esame avrebbe rafforzato la posizione dominante della K+S, creando un monopolio di fatto [20]. Preso atto dello stato di insolvenza della MdK, destinata ad uscire dal

14 — Il parere favorevole del Comitato consultivo in materia di concentrazioni, espresso a maggioranza nella riunione del 3 dicembre 1993, è pubblicato in GU 1994, C 199, pag. 5.

15 — La Commissione ha infatti escluso che la concentrazione nei settori del sale ed in quello dei prodotti a base di sali di potassio per impieghi industriali avrebbe potuto creare o rafforzare una posizione dominante idonea ad ostacolare seriamente la concorrenza effettiva nella Comunità o in una sua parte sostanziale (undicesimo 'considerando' della decisione).

16 — V. 13°-29° 'considerando' della decisione.

17 — V. 30° e 45° 'considerando' della decisione.

18 — V. 69° 'considerando' della decisione.

19 — V. 31°-44° 'considerando' della decisione.

20 — Senza i quantitativi destinati ai bisogni propri (che sono pressoché interamente costituiti dalle forniture interne della K+S al gruppo BASF), la quota di mercato della K+S risulta pari a circa il 79% e quella della MdK al 19%; la quota di mercato complessiva della MdK GmbH è pertanto del 98% (46° 'considerando' della decisione).

mercato se non rilevata a breve da un'altra impresa, con la conseguenza che la sua quota verrebbe comunque acquisita dalla K+S, la Commissione ne ha dedotto che la posizione dominante si creerebbe anche nell'ipotesi di divieto dell'operazione di concentrazione progettata [21].

In tali condizioni, la Commissione ha ritenuto di poter accogliere le argomentazioni delle parti fondate sull'applicazione della teoria della *failing company defense* (teoria della difesa dell'impresa in stato di insolvenza), in base alla quale le autorità competenti non potrebbero vietare una concentrazione se una delle imprese interessate è sul punto di fallire. Alla luce della situazione che si creerebbe nella Germania orientale in conseguenza della chiusura della MdK, tale conclusione, sempre secondo la Commissione, deve infatti ritenersi coerente con l'esigenza di rafforzamento della coesione economica e sociale della Comunità, cui fa espresso riferimento il tredicesimo 'considerando' del regolamento [22].

13. Per quanto concerne il mercato comprendente tutti gli Stati membri ad esclusione della Germania, la Commissione ha rilevato che, per effetto della concentrazione progettata, si avrebbero due soggetti in posizione dominante: la K+S/MdK e la SCPA [23].

Il giudizio della Commissione si fonda, da un lato, sulla considerazione che l'offerta diversa da quella dei due principali produttori è fortemente frazionata e fa capo ad operatori non in grado di intaccare le quote di mercato detenute dal duopolio [24]; dall'altro, sulla presunzione che tra K+S e SCPA non sussista una concorrenza effettiva, sia per le caratteristiche del mercato pertinente, sia per il comportamento in passato tenuto dalle due società, sia, infine, in ragione dei loro stretti legami commerciali [25]. Tali legami consistono essenzialmente: a) nella collaborazione in seno al cartello per le esportazioni costituito dalla Kali-Export GmbH, società di diritto austriaco con sede a Vienna, che coordina la vendita dei prodotti a base di potassio dei suoi soci nei paesi extracomunitari (di tale cartello fanno parte, ciascuna col 25% del capitale, la K+S, la MdK, la SCPA e la Coposa); b) nel controllo di una impresa comune in Canada, la Potacan, di cui K+S e EMC/SCPA detengono ciascuna il 50% del capitale; c) nei consolidati rapporti di fornitura in forza dei quali la SCPA distribuisce in Francia i prodotti della K+S.

21 — V. 70° 'considerando' della decisione.

22 — V. 95° 'considerando' della decisione.

23 — Ed infatti, come precisato ai 'considerando' 51° e 52° della decisione, all'impresa risultante dalla fusione K+S/MdK ed alla francese SCPA farebbe complessivamente capo l'80% della produzione di sali di potassio della Comunità (K+S 35%, MdK 25% e SCPA 20%). Escludendo il consumo interno delle imprese interessate e quindi in base alle sole vendite, si giunge ad una quota di mercato combinata del 50% circa (K+S 17%, MdK 8% e SCPA 25%). Poiché, però, la SCPA vende quantitativi considerevoli di sali di potassio di altri produttori, anche di paesi terzi, si finisce per ottenere, considerando le vendite complessivamente controllate da K+S, MdK e SCPA negli Stati membri della Comunità eccetto la Germania, una quota complessiva di mercato del 60% (K+S 16%, MdK 7% e SCPA 37%).

24 — V. 54°-56° 'considerando' della decisione.

25 — V. 57°-62° 'considerando' della decisione.

14. In ragione di quanto precede, la Commissione ha perciò ritenuto che l'operazione determinerebbe una posizione dominante collettiva sul mercato comunitario ad esclusione della Germania, capace di pregiudicare la concorrenza in modo significativo. Al fine di evitare le conseguenze negative derivanti da tale conclusione, le parti hanno accettato di assumere taluni impegni, indicati nel 63° 'considerando' della decisione, che riporto testualmente:

«— *Kali-Export GmbH, Vienna*

La K+S e l'impresa comune usciranno immediatamente dalla Kali-Export GmbH di Vienna [...].

Analogamente la K+S e l'impresa comune porranno termine al contratto di rappresentanza concluso con la Kali-Export GmbH secondo la clausola di recesso ivi prevista. A partire da tale momento l'impresa comune entrerà in concorrenza con la Kali-Export GmbH costituendo una propria organizzazione di vendita.

— *Vendita*

Se ed in quanto già non ne dispongano, la K+S e l'impresa comune costituiranno una propria organizzazione di vendita nella Comunità e commercializzeranno i propri prodotti attraverso tale rete di vendita secondo i normali usi commerciali. In particolare sarà costituita in Francia una rete di vendita per il potassio e per i prodotti a base di potassio. Tale rete di vendita coprirà l'intero mercato francese ed avrà modalità operative e dimensioni tali da tener conto dell'importanza di tale mercato; essa opererà nel rispetto del principio della redditività.

Verrà posto termine al rapporto di collaborazione finora esistente con la SCPA per la vendita sul mercato francese. Ciò avverrà consentendo nel contempo alla SCPA di rispettare i contratti già conclusi con i propri clienti e all'impresa comune di costituire una propria organizzazione di vendita. Rimangono possibili vendite alla SCPA alle normali condizioni di mercato».

15. Preso atto dei dubbi della Commissione per quanto riguarda gli effetti negativi della concentrazione sulle condizioni di concorrenza nella Comunità, la K+S si è inoltre impegnata, come indicato nel 65° 'considerando' della decisione, «a trasformare, entro il 30 giugno 1994, la struttura della Potacan in modo tale che ciascun socio venga messo in condizioni di vendere sul mercato comunitario, indipendentemente dall'altro, i sali di potassio estratti dalla Potacan».

Al riguardo, è tuttavia precisato nel 67° 'considerando' che: «la Commissione si è astenuta dal rendere il suddetto impegno riguar-

dante la Potacan oggetto di un onere formale. Essa ha preso atto di questo impegno e presume che K+S si adopererà con il massimo zelo a raggiungere con la EMC/SCPA un accordo per una trasformazione della Potacan che soddisfi le esigenze sopra descritte». Tenuto conto della circostanza che la EMC/SCPA non è parte del procedimento e che, peraltro, la K+S e la EMC hanno notificato alla Commissione, a norma del regolamento n. 17, la costituzione dell'impresa comune Potacan, la Commissione aggiunge che se, «nonostante tutti i suoi sforzi, la K+S non riuscisse a raggiungere un accordo con la EMC, è nel quadro del procedimento pendente a norma del regolamento n. 17 che si dovrebbe cercare una idonea soluzione dei problemi che l'attuale configurazione dell'impresa comune Potacan pone sotto il profilo della concorrenza».

16. Ritenendo che gli impegni in questione avrebbero portato ad uno scioglimento dell'attuale intreccio di rapporti esistenti tra K+S e SCPA/EMC, la Commissione ha dunque adottato una decisione di compatibilità, il cui art. 1 dispone: «La progettata concentrazione tra Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG e Treuhandanstalt è dichiarata compatibile con il mercato comune subordinatamente all'osservanza delle condizioni e degli oneri contenuti nelle dichiarazioni d'impegno delle parti e citati al 'considerando' 63° della presente decisione».

## I due ricorsi: termini del problema e piano delle conclusioni

17. Come già detto, la decisione è stata impugnata sia dal governo francese (causa C-68/94 [26]) che dalla SCPA dalla EMC (causa C-30/95 [27]). Queste ultime chiedono l'annullamento parziale dell'art. 1, nella parte in cui subordina la dichiarazione di compatibilità dell'operazione di concentrazione alle condizioni enunciate al 63° 'considerando'. Le stesse società, inoltre, chiedono l'annullamento della decisione, nella parte in cui viene accettato l'impegno (di cui al 65° 'considerando') assunto da K+S di modificare, entro il 30 giugno 1994, la struttura della società Potacan.

A sostegno del ricorso, le società hanno dedotto sei mezzi: con i primi due sostengono che le condizioni di cui al 63° 'considerando' sarebbero prive di rapporto con il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato comunitario; con il terzo contestano alla Commissione di aver accettato l'impegno concernente la Potacan in violazione dei loro diritti; con il quarto ed il quinto fanno valere che la Commissione sarebbe incorsa in errori di fatto e di diritto sia nella individuazione del mercato geografico composto dagli Stati membri ad esclusione della Germania, sia nella valutazione dell'esistenza di una presunta posizione dominante collettiva su tale mercato; infine, esse deducono l'inapplicabilità delle norme del regolamento ad una ipotesi di posizione dominante collettiva.

26 — In tale causa, il governo tedesco è intervenuto a sostegno delle conclusioni della Commissione.

27 — In tale causa, il governo francese è intervenuto a sostegno delle conclusioni delle ricorrenti, mentre K+S e MdK sono state ammesse ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione.

18. Ritengo importante qui ricordare che, allorché la causa era ancora pendente dinanzi al Tribunale di primo grado [28], la SCPA e la EMC hanno presentato una domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata, nella parte in cui impone alla K+S di vendere le sue quote e/o di recedere dalla Kali-Export e di porre fine ai rapporti contrattuali di distribuzione che la vincolavano alla SCPA; nonché una domanda di sospensione del procedimento avviato dalla Commissione, nell'ambito del regolamento n. 17, relativamente al caso Potacan.

Dopo una prima ordinanza provvisoria [29], il presidente del Tribunale, con ordinanza 15 giugno 1994 [30], ha parzialmente accolto la domanda delle società ricorrenti, sospendendo l'esecuzione dell'art. 1 della decisione nella parte in cui impone il recesso della K+S e dell'impresa comune dalla Kali-Export.

19. A differenza delle società SCPA ed EMC, il governo francese chiede l'annullamento totale della decisione (causa C-68/94). Esso fa valere che la Commissione avrebbe violato il principio del legame stretto e costante con le autorità degli Stati membri, quale imposto dal regolamento; avrebbe erroneamente valutato gli effetti della concentrazione sul mercato tedesco, in particolare sotto il profilo dell'applicazione alla fattispecie della teoria della *failing company defense*; ed avrebbe altresì erroneamente valutato l'operazione di concentrazione sul mercato comunitario al di fuori della Germania.

Con tale ultimo mezzo, a sua volta articolato in più censure, il governo francese contesta: a) la delimitazione del mercato geografico rilevante costituito dagli Stati membri ad esclusione della Germania; b) l'applicabilità del regolamento concentrazioni alle posizioni dominanti collettive; c) l'erronea utilizzazione, nella specie, della nozione di posizione dominante collettiva; d) l'imposizione di condizioni e oneri a terzi che non sono parte all'operazione di concentrazione.

20. All'evidenza, in relazione alla presunta errata valutazione dell'operazione di concentrazione sul mercato comunitario al di fuori della Germania, le censure della SCPA e della EMC sono quasi del tutto coincidenti con quelle dedotte dal governo francese. Ciò consente, come già accennato, di trattare congiuntamente il merito dei due ricorsi, evidenziandone ove occorra le diverse argomentazioni prospettate.

28 — Il ricorso delle società SCPA ed EMC è stato infatti introdotto dinanzi al Tribunale e da questo rinviato alla Corte in ragione della pendenza, dinanzi a quest'ultima, del ricorso introdotto dal governo francese (causa C-68/94) relativamente alla stessa decisione. Invero, avendo le stesse società ricorrenti chiesto che le due cause fossero trattate insieme dalla Corte, il Tribunale, con ordinanza del 1° febbraio 1995, ha declinato la propria competenza ai sensi dell'art. 47, terzo comma, dello Statuto e trasmesso il fascicolo alla Corte.

29 — Ordinanza 10 maggio 1994, causa T-88/94 R (Racc. pag. II-263).

30 — Causa T-88/94 R (Racc. pag. II-401).

Prima di affrontare l'esame dettagliato dei mezzi di ricorso dedotti dalle parti, ritengo tuttavia opportuno svolgere qualche breve osservazione di carattere generale, nell'intento di evidenziare, al di là dei pur rilevanti interessi coinvolti, le implicazioni di principio del presente procedimento.

21. Comincio col ricordare che le norme sulla concorrenza, per la natura della materia disciplinata, in via di principio lasciano ampia autonomia all'autorità amministrativa, cui spetta valutare le particolarità del caso concreto per adottare le determinazioni più opportune. È del pari pacifico che anche il compito del giudice comunitario, *in subiecta materia*, richiede qualche margine di apprezzamento sulla valenza economica delle norme [31].

Tali rilievi valgono *a fortiori* in materia di concentrazioni, il cui controllo, avendo carattere necessariamente preventivo, richiede una valutazione di per sé discrezionale da parte di chi è chiamato ad interpretare ed applicare il regolamento. Ed infatti, in tutti i sistemi *antitrust*, anche in quelli dotati di forme di controllo fondate su dati strutturali (quota di mercato detenuta dalle imprese interessate e relative presunzioni), si riscontra una tendenza verso la formulazione di giudizi articolati anche su fattori qualitativi e che tengono conto delle specificità del singolo caso [32]. L'uso di criteri "qualitativi", tuttavia, non deve trasformarsi in una prassi imprevedibile, che, è inutile negarlo, avrebbe come immediata conseguenza un forte ridimensionamento del controllo di legalità [33]. Tale controllo, peraltro, appare tanto più necessario ove si consideri che lo sdoppiamento funzionale della Commissione, che unisce al potere di indagine e di istruzione un potere di decisione, dovrebbe imporre alla stessa un obbligo ancor più rigoroso di rispettare i diritti di difesa [34].

22. Formulo tali osservazioni proprio perché i problemi specifici sollevati nel presente procedimento pongono all'esame della Corte una questione di carattere generale che coinvolge i limiti della discrezionalità della Commissione [35]

31 — Illuminanti sul ruolo della Corte in materia di concorrenza restano le riflessioni di Trabucchi, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, pag. 497 ss.

32 — V., con riferimento agli Stati Uniti, Leddy, *The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy*, in *ECLR*, 1993, pag. 15.

33 — Sotto il profilo della legalità formale, un siffatto controllo conduce a verificare i profili attinenti alla competenza, alla motivazione, alla regolarità procedurale, al rispetto dei diritti di difesa; sotto il profilo della legalità sostanziale, invece, esso si traduce nel controllo della congruità dell'analisi economica, di mercato, degli effetti anticompetitivi e della correttezza delle conseguenze giuridiche (sotto l'aspetto della qualificazione dei fatti, ad esempio) che da tale analisi sono state tratte, senza naturalmente intaccare la sfera di discrezionalità di cui la Commissione gode nell'applicazione delle norme sulla concorrenza. Si vedano in proposito le relazioni di Canivet e Biancarelli in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, les 22 et 23 novembre 1993), Luxembourg, 1994, pagg. 25-38 e 55-65.

34 — Sentenza 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, Musique Diffusion Française (Pioneer) (Racc. pag. 1825).

35 — Al riguardo osservo che il favore per le operazioni di concentrazione, cui si è fatto cenno in premessa, ha trovato conferma nell'approccio pragmatico seguito dalla Commissione nell'applicazione del regolamento, caratterizzato dalla preferenza per l'adozione di soluzioni "negoziali", comunque favorevoli ai progetti esaminati. In definitiva, si è fatto un ricorso frequente al potere di approvare le operazioni subordinatamente al rispetto di condizioni ed oneri e, per converso, un uso assai limitato del potere di divieto. In proposito v. Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, pagg. 555-556.

ed i conseguenti poteri di intervento dell'autorità giurisdizionale.

Occorre pertanto che la Corte valuti con grande attenzione le conseguenze direi "sistematiche" che potrà avere la sua decisione, *in primis* sul piano della certezza del diritto, dell'uniformità di trattamento e delle garanzie dei diritti dei terzi, nonché le sue ripercussioni sulla futura prassi nel controllo delle concentrazioni. Al riguardo, non credo sia superfluo ricordare che il controllo del giudice risulta essenziale nella definizione delle regole in tema di concentrazioni; e ciò anche nei sistemi in cui, diversamente dal nostro, vi è già un parametro valutativo prefissato, che guida l'attività dell'autorità amministrativa, rendendone chiara e prevedibile la prassi [36].

23. Nelle pagine che seguono analizzerò le eccezioni di irricevibilità avanzate dalla Commissione rispetto ai ricorsi delle società francesi (causa C-30/95) e relativi: a) alla possibilità di annullare parzialmente la decisione, così come le stesse società chiedono; b) alla loro legittimazione ad agire; c) alla impugnabilità della decisione nella parte in cui si prende atto dell'impegno assunto dalla K+S di trasformare la struttura della Potacan (65° 'considerando'); infine, d) all'interesse ad agire delle ricorrenti.

Passerò quindi ad esaminare il merito di entrambe le cause. In primo luogo tratterò i due mezzi sollevati unicamente dal governo francese, vale a dire il mancato rispetto del principio del legame stretto e costante con le autorità degli Stati membri, gravante sulla Commissione ai sensi dell'art. 19 del regolamento stesso (a), e la fondatezza della valutazione della Commissione in ordine agli effetti della concentrazione sul mercato tedesco (b). Seguirà l'esame delle censure avanzate in entrambi i ricorsi in oggetto, concernenti cioè la valutazione degli effetti della concentrazione sul mercato comunitario ad esclusione della Germania (c). Al riguardo, saranno anzitutto trattati i profili inerenti alla delimitazione del mercato geografico rilevante (1), per poi passare a trattare della possibilità di utilizzare le norme del regolamento per intervenire su posizioni dominanti collettive (2), nonché della loro applicabilità al caso di specie (3), anche alla luce dei criteri elaborati dalla Commissione in sue precedenti decisioni. Infine, saranno affrontati i profili concernenti la legittimità dell'imposizione di condizioni a terzi rispetto all'operazione di concentrazione (d).

## I — La ricevibilità (causa C-30/95)

24. Occorre anzitutto verificare il fondamento delle eccezioni di irricevibilità sollevate dalla Commissione rispetto al ricorso delle società francesi.

36 — V., sull'esperienza statunitense, i rilievi di Hawk, *Public Private Enforcement of Merger Law in the United States*, in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, citato alla nota 33, pagg. 81 ss., in particolare pagg. 83-84, il quale ricorda come «The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developed under Section 7 of the Clayton Act, altough the Guidelines are increasingly consulted».

a) *Sull'annullamento parziale*

25. La prima eccezione riguarda la domanda di annullamento parziale della decisione. La Commissione sostiene infatti che l'annullamento di una o tutte le condizioni, facendo venir meno i presupposti per dichiarare la compatibilità della concentrazione con il mercato comune, la costringerebbe inevitabilmente a revocare l'intera decisione impugnata.

Le ricorrenti sostengono invece che le condizioni contestate ben potrebbero essere separate dal resto della decisione e che il loro annullamento non avrebbe altro effetto che quello di rendere la decisione stessa incondizionata. Esse aggiungono che, non trovando applicazione nella specie l'art. 8, n. 5, del regolamento, che consente alla Commissione di revocare la propria decisione nel caso di mancato rispetto di un impegno assunto dalle parti [37], la situazione paventata dalla Commissione non potrebbe in alcun modo verificarsi.

26. Ritengo che tale eccezione debba essere esaminata insieme al merito del ricorso. Solo così si potrà verificare se, effettivamente, l'eventuale caducazione delle condizioni sia idonea a ripercuotersi sul resto della decisione, imponendone l'annullamento totale.

In astratto, peraltro, sarebbe ben possibile procedere alla "scissione" invocata dalle ricorrenti, anche alla luce dell'art. 10, n. 5, del regolamento, che contempla espressamente la possibilità di annullamento parziale. A tal fine, ciò che occorre stabilire è se ricorrano le condizioni cui la giurisprudenza comunitaria subordina l'esercizio del potere di annullamento parziale. Si tratta, come affermato dal Tribunale nella sentenza vetro piano [38], di «accertare se la portata del dispositivo della decisione, letto alla luce della sua motivazione, possa venire assoggettata ad una limitazione *ratione materiae*, *ratione personae* o *ratione temporis*, in guisa di limitarne gli effetti senza tuttavia modificarne la sostanza». Nel procedere a tale accertamento è opportuno tenere conto della possibilità, riconosciuta dalla Corte, di «procedere all'annullamento parziale traendone motivo dal fatto che trattasi d'una decisione favorevole, nel suo complesso, agli interessi delle imprese interessate» [39].

27. Come già rilevato, la fissazione delle condizioni cui è subordinata la compatibilità della concentrazione riposa sulla considerazione che, secondo la Commissione, la concentrazione provocherebbe, sul mercato comunitario al di fuori della Germania, la

37 — Ai sensi di tale disposizione «la Commissione ha facoltà di revocare le decisioni adottate a norma dal paragrafo 2: a) quando la dichiarazione di compatibilità sia fondata su indicazioni inesatte di cui sia responsabile una delle imprese interessate, o sia stata ottenuta con frode, oppure b) qualora le imprese partecipanti non osservino uno degli oneri di cui è corredata la decisione».

38 — Sentenza 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89 (Racc. pag. II-1403, punto 320).

39 — Sentenza 23 ottobre 1974, causa 17/74, Transocean (Racc. pag. 1063, punto 21).

creazione di un duopolio suscettibile di ostacolare la concorrenza, che solo il rispetto di tali condizioni farebbe venir meno. Per annullare parzialmente la decisione, quindi, bisognerebbe dimostrare l'infondatezza di tale assunto, e cioè che, non avendo la concentrazione l'effetto ipotizzato dalla Commissione, non sarebbe necessario, per dichiarare compatibile l'operazione, imporre delle condizioni.

Ciò conferma che l'eccezione non può che essere esaminata insieme al merito. Va solo sottolineato sin d'ora che l'eventuale annullamento parziale potrebbe al più implicare l'applicazione dell'art. 10, n. 5, del regolamento [40], vale a dire la riapertura dei termini ed un nuovo esame da parte della Commissione.

b) *Sulla legittimazione ad agire*

28. La Commissione sostiene poi che le ricorrenti non sarebbero riguardate direttamente ed individualmente dalla decisione impugnata. Rilievi analoghi sono stati svolti dalle società K+S e MdK, che ritengono di essere le sole destinatarie delle condizioni imposte dalla decisione.

L'eccezione mi sembra palesemente infondata. Poiché le società francesi impugnano una decisione di cui non sono formali destinatarie, occorre verificare se essa le riguardi direttamente ed individualmente, così come richiesto dall'art. 173. Rilevo, anzittuto, che la decisione impugnata di sicuro riguarda *direttamente* le ricorrenti, posto che il pregiudizio assertivamente subìto dalle società francesi dipende da tale decisione.

29. Relativamente al requisito dell'individualità, va ricordato che, per giurisprudenza costante, «il soggetto che non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguardi individualmente, ai sensi dell'art. 173, secondo comma, solamente qualora il provvedimento lo interessi sulla base di determinate qualità personali o di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità e lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari» [41]. Nel caso di specie, è palese che le ricorrenti versano in una situazione di fatto tale da distinguerle in modo netto rispetto alla generalità dei soggetti.

È in primo luogo significativo che le ricorrenti sono state sentite nel corso del procedimento precontenzioso. Dalla costante giurisprudenza della Corte e del Tribunale sulla legittimazione dei terzi in materia di concorrenza, antidumping e aiuti, risulta infatti che

40 — Testualmente: «Se la Corte di giustizia emette una sentenza che annulla totalmente o parzialmente una decisione della Commissione in virtù del presente regolamento, i termini fissati nel presente regolamento si applicano nuovamente a decorrere dalla data in cui è stata emessa la sentenza».

41 — Sentenze 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann/Commissione (Racc. pag. 195, in particolare pag. 219); 19 maggio 1993, causa C-198/91, Cook (Racc. pag. I-2487, punto 20); 28 ottobre 1993, causa T-83/92, Zunis Holding/Commissione (Racc. pag. II-1169, punto 36).

le persone alle quali un regolamento o lo stesso Trattato conferiscono il diritto di prendere parte ad un procedimento amministrativo sono legittimate ad esperire un'azione «a tutela dei loro legittimi interessi» [42].

30. In secondo luogo, la situazione della concorrenza in uno dei due mercati individuati come rilevanti e gli effetti dell'operazione di concentrazione sono stati valutati dalla Commissione tenendo conto essenzialmente e specificamente della situazione della EMC/SCPA, quale componente di un duopolio con la K+S [43].

31. In terzo luogo, tutte le condizioni imposte alle imprese coinvolte nella concentrazione per dichiararne la compatibilità toccano direttamente e pressoché esclusivamente gli interessi delle ricorrenti e sono idonee a danneggiarne in modo sostanziale la posizione sul mercato [44]. È di immediata percezione che, condizionando l'adozione di una decisione riguardante un soggetto alla modificazione o addirittura alla cessazione di rapporti contrattuali o societari con un soggetto terzo, si incide in modo significativo sull'attività di entrambi i soggetti e non solo del primo.

32. Né al rilievo appena svolto riescono ad opporsi le argomentazioni della Commissione. Con riferimento alla SCPA, non costituisce certo un valido motivo per escluderne la legittimazione ad agire la circostanza che l'altra società componente del cartello d'esportazione Kali-Export, la spagnola Coposa, sia stata parimenti interessata dalla decisione.

Anzitutto, la SCPA è colpita direttamente e specificamente anche dalle altre condizioni previste nella decisione, condizioni che, invece, non incidono su nessun altro soggetto; e ciò è sufficiente a caratterizzarne la situazione rispetto alla generalità, identificandola alla stessa stregua di un destinatario del provvedimento. In secondo luogo, non sarebbe possibile impedire ad un soggetto indiscutibilmente (ed individualmente) colpito da una decisione di agire a tutela dei suoi interessi soltanto perché vi è un altro soggetto che versa in analoga situazione.

33. Ad accogliere la prospettiva qui criticata si rischierebbe di pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale. Inoltre, tale prospettiva non mi sembra nemmeno confortata da una corretta interpretazione della giurispru-

42 — Sentenze 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro/Commissione (Racc. pag. 1875, punto 13); 4 ottobre 1983, causa 191/82, Fediol/Commissione (Racc. pag. 2913, punti 28 e ss.); 28 gennaio 1986, causa 169/84, Cofaz/Commissione (Racc. pag. 391, punto 23). Nella giurisprudenza più recente, v. sentenze 18 maggio 1994, causa T-37/92, BEUC e NCC/Commissione (Racc. pag. II-285, punto 36), e 24 gennaio 1995, causa T-114/92, BEMIM/Commissione (Racc. pag. II-147, punto 26).

43 — Sentenze 6 novembre 1990, causa C-354/87, Weddel (Racc. pag. I-3847, punti 20-23); e 19 maggio 1994, causa T-2/93, Air France (Racc. pag. II-323, punto 45), nella quale il Tribunale ha considerato ricevibile il ricorso della società Air France avverso una decisione della Commissione, riguardante una concentrazione tra due dei suoi concorrenti, anche in ragione del fatto che «la situazione della concorrenza sui due mercati individuati come i mercati interessati, dopo l'operazione di concentrazione, è stata valutata dalla Commissione tenendo conto essenzialmente della situazione dell'Air France».

44 — V., sia pure con riferimento a fattispecie diversa, la sentenza 28 gennaio 1986, Cofaz/Commissione (citata alla nota 42, in particolare punti 28 e 29).

denza sull'art. 173, quarto comma, del Trattato. Nulla autorizza infatti a ritenere, se non attraverso una lettura indebitamente restrittiva [45], che la condizione di chi è «individualmente e direttamente riguardato» debba essere propria di un solo soggetto e non possa invece appartenere a più soggetti, esattamente individuabili in concreto, in quanto immediatamente interessati dal provvedimento. Quel che occorre, ai fini della legittimazione ad agire, è in realtà il rispetto della condizione in parola, e cioè la caratterizzazione specifica e distintiva della situazione rispetto alla generalità; caratterizzazione che, nel caso di specie, non è seriamente contestabile.

34. Osservo, inoltre, che nella specie ricorre anche il nesso di causalità, nel senso che la situazione delle ricorrenti è stata specificamente considerata fino ad essere determinante per la decisione dell'istituzione, e alla base della ragion d'essere dell'atto stesso nella parte impugnata [46]. In altri termini, gli stessi elementi di fatto della causa evidenziano la caratterizzazione non casuale della condizione delle società ricorrenti.

35. Infine, non sembra pertinente il richiamo della Commissione alla sentenza Zunis Holding del Tribunale [47]. Secondo l'istituzione convenuta, la mera titolarità di una partecipazione azionaria in una società coinvolta in un'operazione di concentrazione non sarebbe sufficiente a caratterizzarne la situazione di fatto in modo analogo al destinatario di una decisione, sotto il profilo della legittimazione ad impugnarla.

Al riguardo osservo anzitutto che i principi enunciati nella sentenza Zunis valevano per le società ricorrenti che erano azioniste delle società coinvolte direttamente nell'operazione di concentrazione, quindi in posizione del tutto diversa da quella in cui versano la EMC e la SCPA nel caso che ci occupa. Inoltre, nella pronuncia suddetta il Tribunale non ha affatto dichiarato che la titolarità di un pacchetto azionario è insufficiente a caratterizzare la posizione di un soggetto ai sensi dell'art. 173, così come sostiene la Commissione, ma si è limitato a rilevare che, a questi fini, non basta la possibile incidenza di un atto sui rapporti esistenti fra gli azionisti di una società, occorrendo invece circostanze specifiche per le quali la posizione di uno di essi possa ritenersi «riguardata in modo individuale e diretto». E tra tali circostanze, anche in base ad una lettura in trasparenza della sentenza ora ricordata, non sarebbe irragionevole ricomprendere la particolare consistenza della partecipazione [48].

36. I rilievi da ultimo svolti valgono sia per la SCPA che per la EMC. Quest'ultima, peraltro, viene identificata dalla Commis-

45 — Come chiarito dalla Corte nella sentenza 15 luglio 1963, Plaumann/Commissione (citata alla nota 41) «il significato letterale delle parole [dell'art. 173] e la connessione di esse giustificano la più ampia interpretazione. Se ciò non bastasse, le disposizioni del Trattato relative al diritto d'impugnazione non possono essere interpretate restrittivamente» (Racc. pag. 219).

46 — V., sul punto, Barav e Vandersanden, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, pag. 172.

47 — Sentenza 28 ottobre 1993, causa T-83/92 (Racc. pag. II-1169).

48 — V. sentenza Zunis Holding, punti 34-36; nonché Cook-Kerse, *EC Merger Control*, London, 1996, pagg. 200-201.

sione anche come destinataria della condizione che attiene alla Kali-Export. Invero, nonostante la partecipazione della sola SCPA alla società in parola, la decisione riguarda congiuntamente EMC/SCPA, trattate dunque — a torto o a ragione — come unica entità imprenditoriale [49]. Conseguentemente, appare quantomeno forzato il tentativo della Commissione di separare, al fine di escluderne la legittimazione ad agire, la posizione della EMC da quella della SCPA; e ciò anche a voler prescindere dal rilievo che la stessa EMC ha lamentato di aver subìto pregiudizi "autonomi" rispetto alla SCPA, soprattutto in conseguenza della dissoluzione del cartello di esportazione. Tale dissoluzione la priva infatti della rete di vendita verso i Paesi terzi, ostacolandone così la "grande" esportazione.

È appena il caso di aggiungere che l'insieme delle considerazioni sin qui formulate a proposito della eccezione di irricevibilità relativa alle condizioni soggettive di impugnabilità dell'atto vale a confutare anche le argomentazioni delle società intervenienti, incentratesi soprattutto sul difetto di legittimazione ad agire delle ricorrenti.

c) *Sull'impugnabilità del 'considerando' relativo alla Potacan*

37. Con l'ultima eccezione, la Commissione ritiene non impugnabile la parte della decisione concernente l'assetto della Potacan, in quanto insuscettibile di produrre effetti giuridici vincolanti, tali da incidere sugli interessi delle ricorrenti.

Al riguardo, ricordo anzitutto che, secondo la giurisprudenza della Corte, per stabilire se un atto sia impugnabile ai sensi dell'art. 173, occorre tener conto della sua sostanza e verificare se esso miri a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificandone in misura rilevante la situazione giuridica [50].

38. Orbene, è certo singolare che la Commissione, pur avendo instaurato un procedimento ad hoc per verificare la compatibilità della Potacan con il mercato comune alla stregua dell'art. 85 del Trattato, ipotizzi, anzi suggerisca, una soluzione già nel contesto che ci occupa, inducendo di fatto una delle imprese coinvolte nella concentrazione ad «adoperarsi con il massimo zelo a raggiungere con la EMC/SCPA un accordo per la trasformazione della Potacan» che soddisfi le esigenze esposte dalla Commissione stessa. Sulla correttezza di tale approccio, che all'evidenza crea una commistione fra proce-

49 — 60° 'considerando' della decisione.

50 — In materia di concorrenza, v. sentenze 24 giugno 1986, causa 53/85, Akzo (Racc. pag. 1965), e 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione (Racc. pag. 2639); più in generale, sulla nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173, v., nel senso del testo, sentenza 16 giugno 1993, causa C-325/91, Francia/Commissione (Racc. pag. I-3283, punto 9); nonché sentenza 23 novembre 1995, causa C-476/93P, Nutral (Racc. pag. I-4125, punto 28).

dimenti che, pur avendo oggetto e parti diverse, finiscono per influenzarsi reciprocamente, non può pertanto non nutrirsi più di un dubbio.

Ciò detto, deve tuttavia riconoscersi che la parte del provvedimento qui considerata non sembra rispondere ai requisiti richiesti dall'art. 173 perché un atto possa essere impugnato, più precisamente non è idonea a produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti delle società ricorrenti.

39. Nella decisione *de qua*, nella parte qui in discussione, è infatti contenuta una semplice "presa d'atto" di un impegno assunto dalla K+S, pur se a seguito di un esplicito suggerimento della Commissione, di risolvere la questione Potacan accordandosi con la EMC. A carico di quest'ultima, peraltro, non è imposto alcun obbligo di iniziare trattative, tantomeno di accettare le proposte avanzate dalla K+S. Un qualche effetto, sia pur indiretto, la parte della decisione in parola potrebbe produrlo, come in precedenza rilevato, sul procedimento instaurato ai sensi del regolamento n. 17 [51]; ma si tratta di conseguenze che, quand'anche effettivamente si determinassero, non potrebbero avere rilievo sul piano della valutazione della impugnabilità dell'atto oggetto di questa procedura.

Né mi sembra che possa utilmente invocarsi, nel caso di specie, la soluzione adottata nella sentenza «pasta di legno» [52], in cui la Corte ha equiparato una dichiarazione di impegno delle imprese ricorrenti, ai fini della sua impugnabilità, ad ingiunzioni dirette a far cessare un'infrazione a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17. Anche a voler omettere ogni rilievo sulla diversità della fattispecie, osservo che il presupposto di tale soluzione, e cioè che le ricorrenti si siano limitate ad assentire ad una decisione che la Commissione avrebbe potuto adottare unilateralmente, non sussiste nel caso che ci occupa.

40. Pertanto, suggerisco di accogliere l'eccezione formulata dalla Commissione e dalle società intervenute e di dichiarare irricevibile, relativamente al punto appena esaminato, il ricorso proposto dalle società francesi.

d) *Sul difetto di interesse ad agire*

41. Le società intervenienti hanno infine eccepito l'irricevibilità del ricorso delle società francesi anche sotto il profilo del difetto di interesse ad agire, nella misura in

51 — Regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17 (GU n. 13, pag. 204).

52 — Sentenza 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, Ahlström e a./Commissione (Racc. pag. I-1307, punto 181).

cui esse già hanno dato piena esecuzione agli impegni oggetto delle condizioni della decisione.

Al riguardo, osservo innanzitutto che, sul piano processuale, l'eccezione risulta irricevibile, non trovando riscontro nelle argomentazioni sollevate dalla Commissione. La stessa eccezione, comunque, è superata dall'orientamento della Corte in virtù del quale, ai termini dell'art. 176, anche nel caso in cui l'adempimento dell'obbligo imposto da tale norma dovesse risultare impossibile, «il ricorso per annullamento conserverebbe ancora interesse quale base di un eventuale ricorso per responsabilità» [53].

II — Il merito

42. Nell'affrontare il merito della causa, esaminerò anzitutto i mezzi dedotti dal solo governo francese, relativi dunque alla causa C-68/94. Più precisamente, comincerò con il valutare la fondatezza dell'allegata violazione dell'obbligo di collaborazione con le autorità nazionali (a), per poi passare all'esame dei vizi dedotti relativamente all'apprezzamento della concentrazione sul mercato tedesco (b). Infine, esaminerò i profili attinenti ai vizi che si pretende sussistano nella valutazione della concentrazione sul mercato comunitario ad esclusione di quello tedesco (c), ivi compresa la questione della legittimità dell'imposizione di condizioni ed oneri che ricadono su terzi estranei rispetto all'operazione di concentrazione (d), profili sollevati in entrambi i ricorsi e che pertanto saranno trattati insieme relativamente agli argomenti comuni.

a) *Sull'inosservanza dell'obbligo di collaborazione con le autorità nazionali* (causa C-68/94)

43. Con tale mezzo, il governo francese contesta alla Commissione il mancato rispetto, sotto più profili, del principio del legame stretto e costante con le autorità degli Stati membri, principio sancito dall'art. 19 del regolamento. In particolare, esso fa valere che i dati relativi alla ripartizione delle vendite dei diversi operatori in ciascuno degli Stati membri e, per quanto riguarda SCPA, alla distinzione tra le vendite dei propri prodotti e quelle dei prodotti di terzi — dati da esso ritenuti essenziali al fine di valutare con cognizione di causa sia le obiezioni mosse dalla Commissione alle parti notificanti che il progetto di decisione — sarebbero stati comunicati agli Stati membri solo nel corso della riunione del comitato consultivo del 3 dicembre 1993. Infatti, le ripetute richieste in tal senso del governo francese avrebbero ricevuto una risposta telefonica, il 5 novembre 1993, solo parziale. Infine, esso fa valere che l'erroneità del dato relativo alle vendite della SCPA in Belgio e Lussemburgo, quale comunicato dalla Commissione al comitato consultivo, avrebbe impedito ai rappresen-

53 — Sentenza 5 marzo 1980, causa 76/79, Könecke (Racc. pag. 665, punto 9).

tanti degli Stati di valutare al meglio l'operazione [54].

La Commissione ribatte, in primo luogo, che il principio della collaborazione stretta e costante con gli Stati membri, sancito dall'art. 19, nn. 1 e 2, del regolamento, non costituisce un principio generale ed assoluto, dovendo invece essere coniugato sia con l'osservanza dei termini particolarmente brevi prescritti per la procedura di controllo (art. 10 del regolamento), sia con il rispetto del segreto professionale, invocato nella specie proprio in relazione alle vendite effettuate nei diversi Paesi. In secondo luogo, spetterebbe ad essa Commissione, ai sensi del regolamento, il potere di decidere quali sono i documenti più importanti ai fini della loro trasmissione alle autorità degli Stati membri. In ogni caso, nella specie, sia le autorità degli Stati membri che il comitato consultivo sarebbero stati in possesso di tutte le informazioni necessarie per procedere ad una valutazione ponderata dell'impatto della progettata concentrazione sulla concorrenza. Infine, il dato erroneo evidenziato dal governo francese, che peraltro — e palesemente — altro non sarebbe che un grossolano errore di stampa, non potrebbe comunque essere considerato tale da inficiare l'analisi del comitato consultivo.

44. È opportuno anzitutto ricordare che l'art. 19 del regolamento impone alla Commissione di trasmettere «entro tre giorni feriali alle autorità competenti degli Stati membri copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati o che essa ha emesso a norma del regolamento» (art. 19, n. 1). La norma richiede inoltre alla Commissione di svolgere le procedure previste «in collegamento stretto e costante con le autorità degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni su tali procedure» (art. 19, n. 2). La stessa norma prevede, per quanto qui rileva, la partecipazione di rappresentanti delle autorità nazionali ad un apposito comitato consultivo, che ha il compito di rendere un parere sulla base di «un'esposizione della questione con l'indicazione dei documenti più importanti e un progetto preliminare di decisione» (art. 19, n. 5).

Orbene, è qui pacifico che la Commissione ha trasmesso agli interessati in tempo utile, come prescritto dall'art. 19, n. 1, sia le obiezioni mosse alle parti notificanti (14 ottobre 1993) che il progetto di decisione relativo all'operazione di concentrazione in oggetto (26 novembre 1993), progetto che conteneva tra l'altro i dati relativi alle quote detenute dagli operatori del settore sul mercato comunitario; inoltre, il 5 novembre 1993 sono stati comunicati al governo francese, su richiesta di quest'ultimo e sia pure telefonicamente, alcuni dei dati relativi al volume delle vendite dei diversi operatori in ciascuno Stato membro. È altrettanto pacifico che i dati richiesti dal governo francese sono stati integralmente comunicati all'insieme degli Stati membri solo durante la riunione del comitato consultivo del 3 dicembre 1993 e che uno dei dati

54 — Il totale delle vendite della SCPA in Belgio e nel Lussemburgo era infatti di 22 000 tonnellate, mentre dai documenti comunicati dalla Commissione risultava di ben 221 000 tonnellate.

in questione, quello relativo alle vendite della SCPA in Belgio e nel Lussemburgo, era sbagliato.

45. Così stando le cose, occorre stabilire se, come sostenuto dal governo ricorrente, la tardiva comunicazione dei dati relativi al volume delle vendite di potassio, unitamente all'errore relativo ad uno di essi, implichi una violazione dell'obbligo a carico della Commissione di collaborare con le autorità nazionali.

Al riguardo, comincio col rilevare che la tardiva comunicazione di tali dati non può nella specie essere giustificata né attraverso l'interesse alla riservatezza che sarebbe stato invocato dalle imprese coinvolte nella concentrazione, poiché in tal caso gli stessi non avrebbero dovuto essere comunicati neppure in ritardo [55], né attraverso un generico richiamo al potere discrezionale di cui la Commissione gode nel decidere quali siano i documenti più importanti ai sensi dell'art. 19, n. 1, del regolamento. Vero è che la tempestiva comunicazione non è fine a se stessa, ma necessaria per garantire il corretto svolgimento del procedimento. In tale prospettiva, ciò che occorre verificare è se i dati qui in discussione fossero essenziali ai fini della valutazione degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione di concentrazione e se la loro comunicazione tardiva sia stata tale da falsare il procedimento.

46. Confesso di nutrire qualche dubbio sul fatto che i dati relativi al volume ed alla ripartizione delle vendite dei diversi operatori del settore, certo importanti al fine di avere un quadro completo degli effetti dell'operazione di concentrazione, siano da ricomprendere tra i documenti più importanti ai sensi dell'art. 19, n. 1, del regolamento. Sul punto, ritengo non priva di fondamento la tesi della Commissione secondo cui i dati relativi alle quote di mercato detenute da ciascun operatore, dati contenuti nel progetto di decisione, erano sufficienti per valutare con cognizione di causa la progettata operazione di concentrazione.

In ogni caso, tenuto conto dei termini particolarmente brevi nei quali deve intervenire la decisione della Commissione, nonché della circostanza che tali dati sono stati comunicati telefonicamente al governo francese già il 5 novembre, ritengo che non possa addebitarsi alla Commissione di aver violato, nei confronti della Francia, gli obblighi ad essa imposti dall'art. 19, nn. 1 e 2, del regolamento. A ciò si aggiunga che la comunicazione tardiva di tali informazioni non può essere considerata di per sé tale da inficiare la validità della decisione, essendo invece necessario a tal fine che l'irregolarità fatta valere integri una violazione di forme sostanziali. Al riguardo, ricordo che, conformemente ad una costante giurisprudenza della Corte, affinché una «violazione dei diritti della difesa comporti un annullamento, occorre (...) che, in mancanza di tale irregolarità, il procedimento potesse condurre ad un risultato differente» [56]. Ora, nella specie il governo ricorrente non ha affatto dimostrato

55 — La stessa Commissione ha peraltro affermato nelle sue memorie che si trattava per lo più di dati statistici facilmente reperibili e che in ogni caso agli Stati membri è garantito, conformemente all'art. 19 del regolamento, l'accesso al fascicolo.

56 — Sentenza 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione (Racc. pag. I-959, punto 48). Nello stesso senso v., fra le altre, sentenza 10 luglio 1980, causa 30/78, Distillers Company/Commissione (Racc. pag. 2229, punto 26), nonché sentenza 10 luglio 1986, causa 234/84, Belgio/Commissione (Racc. pag. 2263, punto 30).

che la decisione della Commissione sarebbe stata diversa in assenza dell'allegata violazione dell'obbligo di costante collaborazione con le autorità nazionali, limitandosi ad affermare che una tale possibiltà non poteva essere esclusa.

47. Resta da considerare la circostanza, pure evidenziata dal governo francese, che il comitato consultivo avrebbe ricevuto tutti i dati rilevanti, tra cui quello errato, solo nel corso della riunione del 5 dicembre, dunque lo stesso giorno in cui è stato chiamato ad esprimere il proprio parere. L'art. 19, n. 5, del regolamento, invece, richiede che il progetto di decisione e tutti i documenti più importanti debbano essere comunicati al comitato consultivo al momento della convocazione, vale a dire almeno 14 giorni prima della riunione in cui viene espresso il parere [57].

La censura in questione, che, come evidenziato dalla Commissione, investe piuttosto le modalità di convocazione e consultazione del comitato consultivo, non sembra possa avere conseguenze sostanziali sulla decisione impugnata. In primo luogo, infatti, non può sottovalutarsi la circostanza che il comitato consultivo, composto da esperti del settore, non ha formulato al riguardo alcun rilievo. In secondo luogo, il governo ricorrente non ha affatto dimostrato che una comunicazione tempestiva dei dati in questione e l'assenza dell'errore relativamente ad uno di essi avrebbe condotto il comitato consultivo ad adottare un parere diverso; tantomeno che la decisione finale della Commissione sarebbe stata diversa [58]. Anzi, i rilievi svolti in proposito dalla Commissione e rimasti incontestati sembrano escludere tale eventualità.

b) *Sugli effetti della concentrazione sul mercato tedesco* (causa C-68/94)

48. Sono due le censure dedotte dal governo francese relativamente alla valutazione della concentrazione sul mercato tedesco: da un lato, esso contesta alla Commissione di avere nella specie erroneamente applicato la c. d. teoria della *failing company defense*, in virtù

57 — Lo stesso art. 19, n. 5, prevede tuttavia che la Commissione può abbreviare tale termine «per evitare un danno grave ad una o più imprese interessate all'operazione di concentrazione».

58 — Al riguardo non è superfluo ricordare che «la Commissione tiene in massima considerazione il parere espresso dal comitato ed informa quest'ultimo del seguito che vi ha dato» (art. 19, n. 6). La Commissione può dunque disattendere il parere del comitato ovvero rivedere la propria posizione ed adottare una decisione finale diversa dal progetto di decisione sottoposto al parere del comitato. Esemplare al riguardo mi sembra il caso che ha condotto alla decisione 31 gennaio 1994, 94/208/CE, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune (Caso n. IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva), in GU L 102, pag. 15. In tale caso, infatti, il progetto di decisione su cui il comitato consultivo ha espresso il proprio parere era nel senso dell'incompatibilità della concentrazione con il mercato comune (v. il parere del comitato consultivo in GU 1994, C 111, pag. 6), mentre la decisione finale della Commissione, non si sa se anche a seguito dell'opinione minoritaria di una parte dei componenti del comitato consultivo, è stata poi di segno opposto. Sul punto in discussione nel testo, v. inoltre, rispetto al comitato consultivo istituito in base al regolamento n. 17/62, sentenza 10 luglio 1991, causa T-69/89, Radio Telefis Eireann/Commissione (Racc. pag. II-485, punti 21-27).

della quale l'acquisizione di un'impresa in situazione (pre)fallimentare deve, a determinate condizioni, essere autorizzata in quanto non creerebbe problemi concorrenziali; dall'altro, di non aver subordinato ad alcuna condizione, relativamente al mercato in questione, l'autorizzazione della concentrazione, malgrado questa conduca alla creazione di un vero e proprio monopolio (98%) dell'impresa comune su quel mercato.

49. Relativamente alla prima censura, anzitutto ricordo che la normativa *antitrust* americana ammette, sia pure entro limiti ristretti per evitare abusi, la possibilità di autorizzare l'acquisizione di un'impresa in stato di insolvenza purché da parte delle imprese parti dell'operazione di concentrazione, come per un test di proporzionalità, si dimostri che: a) l'impresa oggetto dell'acquisizione versi in condizioni tali da rendere probabile il suo prossimo fallimento; b) essa sia incapace di ristrutturarsi con probabilità di successo, ai sensi del capitolo 11 del Bankruptcy Act; c) non vi siano soluzioni alternative e di minor pregiudizio per le condizioni della concorrenza rispetto all'ipotesi della concentrazione; d) l'impresa "insolvente" scomparirebbe dal mercato se la concentrazione non fosse realizzata [59].

La Commissione, come da essa esplicitamente evidenziato nella stessa decisione, non ha applicato la teoria in esame *telle quelle*, ma ha introdotto valutazioni proprie. In particolare, pur ispirandosi a tale teoria, nella specie essa si è basata sui seguenti tre criteri: 1) MdK sarebbe scomparsa dal mercato, ove non fosse stata acquisita da un'altra società; 2) K+S avrebbe comunque assorbito la quota della MdK, dopo l'uscita di quest'ultima dal mercato; 3) non vi erano soluzioni di acquisto alternative meno pregiudizievoli per la concorrenza.

50. Il governo francese essenzialmente contesta la scelta della Commissione di ricorrere ad una teoria elaborata in e per un altro sistema, modificandone in parte i criteri applicativi. In particolare, esso fa valere che la Commissione non avrebbe affatto tenuto conto dei criteri *sub* a) e *sub* b) della teoria americana; avrebbe arbitrariamente introdotto il criterio dell'assorbimento delle quote di mercato; infine, non avrebbe adeguatamente dimostrato né che la MdK sarebbe stata comunque costretta ad uscire dal mercato, né l'assenza di soluzioni alternative di acquisto.

Pur ammettendo, poi, l'opportunità di prendere in considerazione, nella valutazione di una concentrazione, l'obiettivo della coesione economica e sociale di cui agli artt. J.2 e J.3 del Trattato, richiamato anche dal tredicesimo 'considerando' del regolamento [60], il governo francese sostiene che ciò non dovrebbe comunque tradursi nella negazione dello scopo primario del controllo delle

59 — V., sulla previsione delle «Guidelines» del 1992, Leddy, citato alla nota 32.

60 — Tale considerando, lo ricordo, prevede che «la Commissione deve inquadrare la propria valutazione nell'ambito generale della realizzazione degli obiettivi fondamentali di cui all'articolo 2 del Trattato, compreso quello del rafforzamento della coesione economica e sociale della Comunità di cui all'articolo 130 A del Trattato».

concentrazioni, che consiste nella tutela della concorrenza.

51. Orbene, è certo che i criteri alla luce dei quali va valutata la compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune, quali fissati dal regolamento, segnano il prevalere di un'impostazione rigorosamente "economicistica", imperniata dunque — ed essenzialmente — su considerazioni di tutela della concorrenza [61]. Nondimeno, è certo altresì che il tredicesimo 'considerando', come riconosciuto dallo stesso governo francese, rivela una significativa attenzione alle esigenze della coesione economica e sociale, giustificando così la presa in considerazione, beninteso nei limiti in cui non risulti compromessa la tutela della concorrenza, di obiettivi considerati altrettanto fondamentali dallo stesso Trattato.

Va da sé, poi, che non può costituire motivo di invalidità della decisione la circostanza che la Commissione si sia ispirata ad una teoria elaborata in un altro sistema ma ne abbia parzialmente modificato i criteri applicativi. Ciò che qui rileva è che tale teoria non si ponga in contrasto con il regolamento, che l'analisi svolta al riguardo nella decisione non risulti viziata e che, in definitiva, i criteri utilizzati siano stati correttamente applicati.

52. Come evidenziato nella stessa decisione, la Commissione ha ritenuto che un'argomentazione focalizzata sulla teoria della *failing company defense* potesse effettivamente essere presa in considerazione «anche sotto il profilo dell'articolo 2, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni, nel senso che occorre *accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e l'instaurazione o il rafforzamento di una posizione dominante*» [62].

In tale ottica, la contestata introduzione del criterio in base al quale occorre verificare se l'impresa che procede all'acquisizione conseguirebbe comunque la quota di mercato dell'impresa acquistata ha come scopo precisamente di dimostrare che il rafforzamento della posizione dominante sarebbe inevitabile, nel senso che si realizzerebbe anche se la concentrazione fosse vietata.

53. Al riguardo, rilevo anzitutto che la dimostrata impermeabilità del mercato tedesco e la circostanza, pure evidenziata nella decisione, che K+S era in grado di aumentare la produzione senza aumento dei costi e di giungere ad essere l'unico fornitore sul mer-

61 — V. art. 2, n. 3. La stessa prassi della Commissione sembra aver seguito tale direzione. Fino alla decisione qui impugnata, infatti, non si rinvengono decisioni in cui le ricordate considerazioni di tipo sociale siano prevalse sull'esigenza di preservare la concorrenza. Ricordo, a tale proposito, la decisione Aérospatiale-Alenia/de Havilland, nella quale la Commissione non ha accolto l'argomento delle parti fondato sulla probabile eliminazione dal mercato della de Havilland, invero ritenendola improbabile, nell'ipotesi di mancata approvazione della concentrazione (decisione della Commissione 2 ottobre 1991, 91/619/CEE, Caso n. IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland, in GU L 334, pag. 42).

62 — Punto 71 della decisione; il corsivo è mio.

cato tedesco inducono alla inevitabile conclusione che la quota di mercato di MdK sarebbe passata, nell'ipotesi della sua uscita dal mercato, alla K+S; ciò che, peraltro, non è seriamente contestato neppure dal governo francese.

Piuttosto, il governo francese contesta l'applicazione di tale criterio in base alla considerazione che in tal modo si consentirebbe ad imprese già in posizione dominante di rafforzare la loro posizione unicamente in ragione della probabilità che in un futuro prossimo esse comunque finirebbero con l'acquisire la quota di mercato dell'altra impresa presente sul mercato: ciò che proverebbe troppo e sarebbe in contrasto con l'obiettivo di tutelare la concorrenza. Tale affermazione, di per sé inconfutabile, fa tuttavia astrazione dal fatto che il criterio in questione presuppone soddisfatte altre due condizioni: che l'impresa in questione sia comunque destinata ad uscire dal mercato e che non vi siano soluzioni alternative di acquisto meno pregiudizievoli per la concorrenza.

Questo argomento non può essere accolto. È ben vero, infatti, che la Treuhand, l'ente pubblico incaricato della privatizzazione delle imprese della ex DDR e proprietario della MdK, è presente nell'impresa creata per effetto della concentrazione con il 49% del capitale e che pertanto a tale impresa la stessa Treuhand (e dunque lo Stato) ha dato e darà un aiuto consistente. È altrettanto vero, tuttavia, che l'analisi della Commissione è fondata sulle seguenti circostanze: a) le ingenti perdite della Mdk non possono essere durevolmente ripianate dalla Treuhand con aiuti pubblici, in quanto si tratterebbe di una soluzione comunque incompatibile con le norme del Trattato sugli aiuti di Stato; b) i costi di una eventuale ristrutturazione sarebbero comunque superiori agli aiuti previsti dalla concentrazione; c) la dichiarazione della Treuhand, nel quadro delle privatizzazioni cui si sta procedendo, secondo cui chiuderà tutte le attività della MdK, ove non trovi un'impresa privata disposta a rilevarle. È dunque in funzione delle particolari circostanze del caso di specie (privatizzazione di un'impresa statale che non può considerarsi vitale secondo i normali canoni di valutazione aziendale) che la Commissione ha considerato di avere prove sufficienti a dimostrare che la MdK era destinata ad uscire dal mercato nel medio periodo.

54. Rispetto a questi ultimi due criteri, il governo francese, come accennato, sostiene tuttavia che essi non sarebbero stati correttamente applicati nella fattispecie. Per quanto riguarda la probabile uscita di MdK dal mercato, in particolare, esso fa valere che la Commissione non avrebbe affatto dimostrato l'impossibilità del mantenimento in vita della MdK come impresa statale, grazie ad esempio all'erogazione di aiuti compatibili con gli artt. 92 e 93 del Trattato.

55. Infine, ritengo che l'analisi della Commissione sia da condividere anche sotto il profilo dell'assenza di soluzioni alternative di acquisto meno pregiudizievoli per la concorrenza. È infatti incontestato, come ben dimostra la documentazione trasmessa dalla Treuhand alla Commissione, relativa alla procedura di privatizzazione, che tutte le imprese che avevano manifestato un interesse all'acquisto della MdK avevano poi rinun-

ciato alla trattativa. Inoltre, la stessa Commissione ha avviato un'inchiesta supplementare e, in particolare, ha comunicato alle imprese interessate l'esatta entità degli aiuti di cui avrebbe beneficiato l'operazione di concentrazione, aiuti che sarebbero stati dunque elargiti anche in caso di acquisto da parte di un'impresa privata. Ciò nonostante, nessun'altra impresa si è dichiarata disposta all'acquisto della MdK.

In tali condizioni, la conclusione cui è pervenuta la Commissione mi sembra condivisibile. Resta tuttavia da considerare che la Commissione non ha ritenuto che costituisse un'alternativa possibile l'offerta presentata, dopo il raggiungimento dell'accordo sul contratto di fusione, dal gruppo Peine per l'acquisto della miniera di Bischofferode, vale a dire per una delle quattro miniere della MdK *in esercizio*. Ciò è dovuto alla circostanza che la Bischofferode non sarebbe una parte significativa della MdK, nonché a motivi connessi alla questione occupazionale.

56. Quest'ultimo profilo, che peraltro ha finito per avere un peso importante nell'applicazione della teoria della *failing company defense* anche negli Stati Uniti [63], è a mio avviso determinante, in particolare in funzione delle esigenze di coesione economica e sociale cui si è ripetutamente accennato.

La specificità del quadro in cui le concentrazioni si inseriscono, che coinvolge inevitabilmente problemi di politica industriale, ben può autorizzare, anche alla luce degli obiettivi di rafforzamento della coesione economica e sociale di cui agli artt. 2 e 130 B del Trattato, una adeguata considerazione dei profili occupazionali, ed in generale sociali, in sede di valutazione delle concentrazioni. Ciò vale quantomeno per i casi in cui, come nella specie, le varie soluzioni presentano consistenti differenze proprio in termini di possibilità occupazionali [64].

57. In proposito, ricordo poi che in due recenti sentenze, pur se in un contesto e a fini diversi, più precisamente nel quadro dell'analisi della legittimazione ad agire riconosciuta ai rappresentanti sindacali dei lavoratori delle imprese coinvolte nella concentrazione, anche il Tribunale di primo grado ha affermato che, nell'applicazione del regolamento, l'attenzione per la tutela della concorrenza nell'ambito della valutazione di compatibilità di una concentrazione ben può coniugarsi con una adeguata considerazione delle sue conseguenze sociali, nella prospettiva dell'art. 2 del Trattato. In tal senso, la Commissione può, secondo il Tribunale, verificare se la concentrazione possa avere effetti sulla situazione dei lavoratori delle

63 — La teoria della *failing company defense* nasce, infatti, sulla base di preoccupazioni di politica economica e di efficienza imprenditoriale. In seguito, tuttavia, nella sua applicazione hanno cominciato a trovare ingresso considerazioni politiche e sociali, legate per esempio all'esigenza di salvaguardia dei livelli occupazionali. V., sul punto, la pronuncia United States/General Dynamics Corp., 415, U. S. 486, 507 (1974); e Areeda Turner, citata, vol. IV, 1980, pag. 941.

64 — Nel caso in esame, mentre la concentrazione comporta attività per complessivi 3 000 posti di lavoro, l'offerta alternativa del gruppo Peine era limitata all'acquisizione di attività che interessano solo 536 posti di lavoro, cioè il 18% dei posti garantiti dall'operazione di concentrazione. Né il bilanciamento fra gli obiettivi di politica della concorrenza e altri scopi del Trattato, pur essendo compito soprattutto del legislatore, è sconosciuto alla giurisprudenza della Corte: si vedano, per esempio, già la sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Continental Can (Racc. pag. 215); nonché la sentenza 18 marzo 1980, cause riunite 154, 205, 206, 226 a 228, 263 e 264/78, 31, 39, 83 e 85/79, Valsabbia (Racc. pag. 907).

imprese interessate, «in modo da incidere sul livello o sulle condizioni di lavoro all'interno della Comunità ovvero su una parte significativa di quest'ultima» [65]. Né il Tribunale ha mancato di evocare, nelle stesse sentenze, il già ricordato tredicesimo 'considerando' del regolamento.

Infine, è significativo che nel caso di specie la tutela dell'occupazione si inquadra in un più ampio contesto, caratterizzato dall'esigenza di promuovere il superamento delle deficienze strutturali della Germania orientale, area in cui si colloca l'impresa MdK. Anche sotto questo profilo, pertanto, la decisione è sicuramente idonea a perseguire l'obiettivo della coesione economica e sociale di cui al tredicesimo 'considerando' .

58. La seconda censura del governo francese, strettamente collegata a quella appena esaminata, riguarda, come già accennato, la mancata imposizione di condizioni e/o oneri cui subordinare l'autorizzazione dell'operazione di concentrazione relativamente al mercato tedesco, nonostante che di fatto su tale mercato si sia così realizzato un monopolio (98% del mercato). In particolare, la Commissione avrebbe dovuto, ad avviso del governo francese, condizionare la valutazione di compatibilità ad un impegno preciso delle imprese a lasciare aperto alla concorrenza il mercato tedesco, sul modello della decisione Nestlé/Perrier [66].

La Commissione replica che la decisione Nestlé/Perrier non sarebbe affatto pertinente, in quanto nel caso di specie l'apertura del mercato alla concorrenza non dipenderebbe dalla struttura dello stesso, come in quella fattispecie, ma dal comportamento dei compratori, dunque dalla domanda e non dall'offerta. Essa rileva, poi, che il governo francese non ha precisato quali impegni potessero essere imposti a K+S e MdK per «aprire il mercato tedesco alla concorrenza».

59. Orbene, è indubbiamente vero che non spetta al governo francese, come da quest'ultimo eccepito, proporre soluzioni al riguardo, trattandosi di competenza della Commissione, quale organo incaricato dell'applicazione della normativa *antitrust*. Nondimeno, la mancanza di suggerimenti non può che essere indicativa della difficoltà di trovare condizioni cui assoggettare l'operazione di concentrazione sul mercato tedesco, idonee a raggiungere l'obiettivo di aprirlo alla concorrenza.

Al riguardo, basti qui osservare che, anche a voler considerare che per aprire alla concor-

65 — Sentenze 27 aprile 1995, causa T-96/92, CCE de la Société générale des grandes sources e a./Commissione (Racc. pag. II-1213, punti 28 e 29); e causa T-12/93, CCE Vittel e a./Commissione (Racc. pag. II-1247, punti 38 e 39).

66 — Decisione della Commissione 22 luglio 1992, 92/553/CEE, relativa ad una procedura a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (Caso n. IV/M.190 — Nestlé/Perrier), in GU L 356, pag. 1.

renza il mercato tedesco, nonostante le peculiarità evocate dalla Commissione, occorra comunque agire sulla sua struttura, resta che una soluzione come quella adottata in Nestlé/Perrier non era praticabile. Ed infatti, come si è detto, nel caso che ci occupa non sono state trovate soluzioni alternative di acquisto. Così stando le cose, non ritengo che le obiezioni del governo ricorrente siano idonee a confutare le valutazioni della Commissione.

60. In definitiva, anche tenuto conto delle considerazioni dianzi svolte con riguardo alle evidenziate particolarità economico-sociali del caso di specie, suggerisco alla Corte di respingere il mezzo in questione, dovendosi approvare nell'insieme la valutazione degli effetti della concentrazione sul mercato tedesco operata dalla Commissione.

c) *Sugli effetti della concentrazione sul mercato comunitario ad esclusione della Germania* (cause C-68/94 e C-30/95)

61. Sia il governo francese (causa C-68/94) che la SCPA e la EMC (causa C-30/95) contestano la decisione relativamente alla valutazione della concentrazione rispetto al secondo mercato geografico rilevante, vale a dire quello comprendente tutti gli Stati membri tranne la Germania. Invero, le censure dei ricorrenti riguardano già la delimitazione di tale mercato; la possibilità di applicare il regolamento alle posizioni dominanti collettive; l'errata utilizzazione, nella specie, della nozione di posizione dominante collettiva; infine, l'imposizione di condizioni e oneri a terzi estranei all'operazione di concentrazione.

È opportuno qui precisare che, poiché gli argomenti svolti dalla SCPA e dalla EMC sono per lo più ricompresi in quelli proposti dal governo francese (che li ha peraltro articolati in modo più ampio e dettagliato), nella trattazione che segue mi riferirò, in particolare, agli argomenti di quest'ultimo. Beninteso, non mancherò di evidenziare le specificità relative a ciascuno dei ricorsi in oggetto.

1) *La delimitazione del mercato geografico rilevante*

62. L'individuazione della Comunità (esclusa la Germania) come secondo mercato geografico rilevante ai fini della valutazione dell'operazione di concentrazione sarebbe, secondo il governo e le imprese ricorrenti, non sufficientemente motivata e fondata su una analisi errata e comunque parziale degli elementi da prendere in esame. In particolare, il governo francese osserva che i criteri utilizzati dalla Commissione per delimitare il mercato geografico qui in discussione avrebbero dovuto condurre la Commissione, ove conformi a quelli abitualmente impiegati nella prassi applicativa del regolamento, a

negare l'esistenza di un mercato unico costituito dagli altri Stati membri della Comunità. Si tratterebbe, infatti, di un mercato molto eterogeneo, per più ragioni.

La Commissione replica sostenendo la legittimità e la correttezza della definizione dell'insieme della Comunità ad eccezione della Germania come mercato geografico distinto, definizione che sarebbe stata compiuta in funzione del caso specifico, in particolare della natura e delle caratteristiche del prodotto in causa. Ciò spiegherebbe anche, secondo la Commissione, la scarsa pertinenza del richiamo ai criteri utilizzati in altri casi.

63. Osservo anzitutto che la definizione del mercato geografico rilevante, condizione necessaria e preliminare a qualsiasi verifica di un comportamento che si pretende anticoncorrenziale, assume una rilevanza ancora maggiore qualora si voglia, come nel caso di specie, dimostrare la presenza di una posizione dominante [67].

Pur essendo innegabile che la Commissione gode in questa materia di un'ampia discrezionalità, va da sé che al giudice comunitario spetta comunque verificare la correttezza e la congruità dell'analisi effettuata nella decisione e posta a sostegno della constatazione dell'esistenza, nel mercato comunitario ad esclusione della Germania, di una posizione dominante collettiva [68].

64. È bene qui precisare che il regolamento non fornisce indicazioni chiare circa la definizione del mercato geografico rilevante, trattando solo all'art. 9, n. 7, dei criteri necessari per valutare se esiste un mercato distinto all'interno di uno Stato membro e quindi se ricorrono le condizioni perché la Commissione rinvii l'esame di una concentrazione notificata alle autorità competenti dello Stato medesimo. Tali criteri sono stati ripresi nel capitolo 5 del formulario CO [69]: «[Il] mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in questione forniscono prodotti o servizi (...), nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché (...) in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse. Tra gli elementi pertinenti per la determinazione del mercato geografico di cui trattasi rientrano la natura e le caratteristiche dei prodotti o servizi in causa, l'esistenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori, sensibili differenze delle quote di mercato delle imprese tra aree contigue o sostanziali differenze di prezzo».

67 — Con riferimento alla nozione di mercato rilevante *tout court*, il Tribunale ha, nella sentenza 21 febbraio 1995, causa T-29/92, SPO (Racc. pag. II-289), evidenziato la maggiore importanza di tale profilo ai fini dell'applicazione dell'art. 86, piuttosto che ai fini dell'applicazione dell'art. 85. I rilievi in quell'occasione svolti mi paiono utilizzabili anche in relazione alla posizione dominante effetto di una concentrazione.

68 — Sentenza 10 marzo 1992 (citata alla nota 38), punto 360.

69 — Formulario CO, quale previsto dal regolamento (CEE) n. 2367/90, citato alla nota 13.

Tra gli elementi da prendere in considerazione, secondo la richiamata previsione del formulario CO, non sussiste dunque alcun ordine di importanza, di talché qualcuno possa ritenersi prevalente o comunque maggiormente significativo rispetto agli altri. Conseguentemente, pur non potendo ammettersi la pretesa della Commissione di considerare ininfluenti, nel caso che ci occupa, i criteri applicati nelle precedenti decisioni, si deve ritenere che queste ultime costituiscano solo un parametro di riferimento, dovendo verificarsi la congruità e la coerenza delle determinazioni della Commissione alla stregua del peculiare contesto in cui si colloca la singola fattispecie.

65. Tanto premesso, passo ad esaminare i singoli rilievi svolti in argomento. In primo luogo, ad avviso dei ricorrenti, la Commissione avrebbe considerato come omogeneo un mercato composto da Paesi senza alcuna produzione interna (come Belgio, Paesi Bassi, Danimarca, Grecia); Paesi produttori, nei quali la produzione è strutturalmente superiore al consumo (Spagna, Regno Unito); ed altri, in cui il consumo è strutturalmente superiore alla produzione (Francia). A ciò si aggiunga che le strategie di acquisto degli Stati membri importatori sarebbero sostanzialmente diverse, sicché la quasi totalità degli scambi intracomunitari risulterebbe composta da flussi a senso unico e non da scambi reciproci, che invece normalmente caratterizzano un mercato davvero omogeneo.

La Commissione avrebbe pertanto, secondo il governo francese, amalgamato situazioni del tutto diverse, laddove avrebbe potuto individuare una certa omogeneità soltanto con riguardo agli Stati non produttori. Ulteriore prova della non omogeneità del mercato considerato si ricaverebbe dall'esame delle quote di mercato dei fornitori, che variano in misura notevole da Paese a Paese, nonché dalla stessa concentrazione dell'offerta. Anche la valutazione delle caratteristiche della domanda confermerebbe, secondo il governo ricorrente, l'inesistenza di un mercato geografico rilevante costituito dall'insieme dei Paesi membri ad esclusione della Germania. Il giudizio della Commissione circa la sostituibilità dei prodotti sarebbe infatti errato, atteso che la scelta dei prodotti a base di potassio dipenderebbe dalla natura geologica del suolo, dalla superficie agricola, dalle abitudini dei consumatori e dalle politiche agricole, nonché dalla presenza di industrie di potassio sul territorio [70].

66. La Commissione ribatte che l'inclusione in uno stesso mercato di Paesi non produttori e Paesi produttori non implicherebbe affatto una erronea delimitazione del mercato geografico rilevante, così come non sarebbe affatto decisiva la presenza di un solo produttore in uno Stato membro. Peraltro, l'esistenza di flussi commerciali a senso unico non escluderebbe l'omogeneità del mercato interessato, con cui sarebbe, secondo la dottrina economica, perfettamente compatibile. A conclusione diversa non potrebbe pervenirsi in considerazione delle differenti strategie d'acquisto degli Stati membri importatori; tantomeno in ragione della diversa

70 — Le imprese ricorrenti sembrano invece concordare con la Commissione quanto alla sostituibilità dei prodotti, ma fanno valere che ciò dipenderebbe dal modo in cui è stato definito il mercato del prodotto rilevante e non avrebbe pertanto alcuna incidenza sulla delimitazione del mercato geografico rilevante.

quota di mercato detenuta nei vari Paesi dai principali operatori, circostanza che non costituisce un fattore decisivo nella delimitazione del mercato rilevante, potendo dipendere, ad esempio, da barriere commerciali preesistenti o da abitudini radicate dei consumatori.

Quanto alle caratteristiche della domanda dei prodotti in questione, la Commissione ritiene di averle sufficientemente considerate e di aver rilevato, da un lato, un elevato grado di sostituibilità, posto che in nessun Paese ad eccezione della Germania gli utilizzatori hanno una netta preferenza per i prodotti locali; dall'altro, la capacità di tutti i produttori comunitari di potassio di produrne i diversi tipi. Non sussisterebbe, quindi, alcun elemento idoneo a far considerare la struttura della domanda rivelatrice di mercati nazionali distinti; e ciò a differenza di quei casi in cui si era invece riscontrata una preferenza dei consumatori per marchi ben conosciuti [71], o per prodotti nazionali [72], oppure una domanda estremamente debole in un mercato in fase di avvio [73].

67. In secondo luogo, secondo i ricorrenti, l'esame dei costi di trasporto e dei prezzi all'interno del mercato di riferimento, quale operato dalla Commissione, sarebbe del tutto inattendibile. Riguardo alla prima voce, la Commissione non avrebbe in realtà effettuato alcuna analisi, limitandosi ad affermare, in modo apodittico, che i costi di trasporto non costituirebbero un ostacolo ai flussi commerciali.

Altrettanto carente risulterebbe l'indagine sui prezzi del potassio all'interno della Comunità: la Commissione avrebbe omesso di compiere, così come sarebbe stato necessario, un esame comparativo dei prezzi praticati dai diversi operatori in ciascuno degli Stati membri. Per provare l'assenza di sostanziali differenze nel livello dei prezzi dei vari Paesi, essa avrebbe fornito dati statistici vecchi di 5 anni, dunque non attendibili.

68. La Commissione respinge le censure mosse alla sua analisi, obiettando che l'assenza di flussi di scambio fra Paesi produttori e Paesi importatori non sempre e non necessariamente sarebbe causata dai costi di trasporto. D'altra parte, la presenza di scambi fra alcuni Paesi non finitimi (Germania e Portogallo, Spagna e Belgio, Germania e Irlanda) e l'assenza, invece, di flussi tra Stati vicini (Gran Bretagna e Paesi Bassi) dimostrerebbe che i costi di trasporto non sono affatto proibitivi. Al riguardo, la Commissione richiama i rilievi svolti nella decisione impugnata (42° 'considerando'), che evidenzierebbero, a suo dire, come il livello di siffatti costi non sia tale da ostacolare i flussi commerciali relativamente al mercato geografico in questione.

71 — Decisione della Commissione 29 maggio 1991, 91/403/CEE (Caso n. IV/M043 — Magneti Marelli/CEAc), in GU L 222, pag. 38.

72 — Decisione della Commissione 6 novembre 1990 (Caso n. IV/M004 Renault-Volvo), in GU C 281, pag. 2.

73 — Decisione 92/553/CEE, Nestlé/Perrier, citata alla nota 66.

Quanto ai prezzi praticati negli Stati membri al di fuori della Germania, la Commissione rileva poi che essi non sono sensibilmente differenti. Ed infatti, la differenza massima di prezzo all'interno della Comunità sarebbe del 10%, allorché rispetto alla Germania si eleverebbe fino al 20%.

69. Infine, secondo il governo e le imprese ricorrenti, la Commissione avrebbe almeno dovuto isolare, nella valutazione del progetto di concentrazione, i mercati francese e spagnolo, che, per le loro caratteristiche peculiari, presentano condizioni di concorrenza disomogenee rispetto agli altri partners comunitari. In particolare, secondo il governo francese il mercato spagnolo presenterebbe delle caratteristiche analoghe a quelle del mercato tedesco, allorché quello francese avrebbe una situazione molto peculiare, determinata da una produzione inferiore al consumo e dalla presenza di un unico grosso operatore.

Il fatto stesso di non aver «scorporato» il mercato dei due Stati in questione da quello del resto della Comunità finirebbe, ad avviso dei ricorrenti, per falsare completamente l'analisi delle condizioni della concorrenza prima e dopo l'operazione di concentrazione, offrendo una immagine alterata dei reali rapporti di forza tra K+S e SCPA.

70. La Commissione ribatte che la presenza di flussi commerciali importanti, sia pure a senso unico, l'assenza di differenze sensibili nei prezzi e la sostituibilità dei diversi prodotti a base di potassio non potevano che portare ad includere anche la Spagna e la Francia nel mercato comunitario ad esclusione della Germania, tanto più che i metodi di distribuzione utilizzati in questi due Paesi sono ugali a quelli utilizzati nel resto della Comunità (esclusa la Germania).

Relativamente alla Francia, la Commissione contesta poi che le condizioni della concorrenza nel mercato di tale Paese siano diverse dal resto della Comunità, precisando che non può attribuirsi alcun rilievo, a tali fini, alla circostanza che K+S e SCPA/EMC hanno, in modo artificiale, mantenuto separato il mercato francese da quello comunitario. Ciò, infatti, non modificherebbe in alcun modo la sostanziale omogeneità dei due mercati, risultante da fattori obiettivi.

71. Orbene, comincio col rilevare che l'unilateralità dei flussi commerciali, ammessa dalla stessa Commissione, è indubbiamente un fattore importante ai fini della determinazione del mercato geografico rilevante, in quanto potrebbe far presumere la presenza di barriere, all'ingresso dei singoli Paesi, in grado di ostacolare la commercializzazione dei prodotti e provare, per tale via, l'esi-

stenza di mercati nazionali [74]. Tale questione avrebbe pertanto meritato un maggiore approfondimento da parte della Commissione, che si è invece limitata a rilevare la presenza di flussi commerciali importanti tra gli Stati membri in questione.

Egualmente non del tutto convincente appare la mancata considerazione, da parte della Commisione, della circostanza che i più importanti operatori del settore avevano ed hanno quote di mercato importanti nel proprio Paese e sensibilmente diverse negli altri, nonché la scarsa rilevanza attribuita al grado di concentrazione dell'offerta.

72. Le lacune appena evidenziate non sono tuttavia tali da inficiare la valutazione della Commissione, che appare sorretta da elementi obiettivi rimasti sostanzialmente incontestati.

Anzitutto, nella specie non sembrano sussistere le condizioni per ritenere la struttura della domanda rivelatrice di mercati nazionali distinti, tanto più che nell'insieme della Comunità ad esclusione della Germania si riscontrano un elevato grado di sostituibilità dei prodotti a base di potassio e l'assenza di preferenze particolari dei consumatori per prodotti speciali acquistabili solo presso produttori locali.

73. Quanto alla valutazione dei costi di trasporto, elemento comunemente ritenuto tra i fattori più significativi per la definizione della nozione di mercato rilevante, come la stessa Corte ha riconosciuto nella causa Industria Europea dello zucchero [75], è certo vero che la Commissione si è spesso limitata ad affermazioni generiche [76]. Tuttavia, non mi pare che le contestazioni del governo ricorrente riescano a dimostrare che le differenze di costi siano tali da rappresentare «barriere all'ingresso»: è noto infatti che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, costi di trasporto diversi non rilevano, a questi fini, se «non discriminatori» [77].

Analogo rilievo può valere per l'analisi dei prezzi dei prodotti in questione, prezzi che costituiscono un altro fattore importante da prendere in esame, secondo quanto ritenuto dalla stessa Commissione in precedenti casi [78]. Se è vero infatti che le uniche informazioni fornite dall'istituzione, per dimo-

74 — D'altra parte, argomentando *a contrario*, la reciprocità delle correnti di scambio è stata sempre considerata dalla Commissione come un indizio importante, pur se non decisivo, dell'appartenenza ad uno stesso mercato geografico: v. decisione Mannesmann/Vallourec/Ilva, citata alla nota 58, 33°-37° 'considerando'. Sul punto, in tal senso, Cook e Kerse, citato alla nota 48, pag. 145 s.

75 — Sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 (Racc. pag. 1663, punto 372).

76 — Ad esempio, nella decisione essa afferma che «i costi di trasporto tendono a variare (...). Risulta comunque che i costi di trasporto non si situano ad un livello tale da poter ostacolare i flussi commerciali nella Comunità ad esclusione della Germania» (punto 42 della decisione).

77 — V. sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands (Racc. pag. 207, punti 52-53).

78 — V., ad esempio, decisione Magneti Marelli, citata alla nota 71.

strare l'inesistenza di differenze sensibili di prezzo fra Stato e Stato, sono rappresentate da alcuni dati statistici di provenienza FAO e relativi al periodo 1987-1989, nonché dall'indicazione dei prezzi praticati dalla K+S nel 1992 in Belgio, Paesi Bassi e Germania, è altresì vero che alle valutazioni della Commissione né il governo francese né le imprese ricorrenti hanno contrapposto elementi che attestino il contrario. Queste ultime hanno, anzi, esse stesse affermato la non sostanziale diversità dei prezzi, sia pure addebitandola alla trasparenza del mercato e non all'omogeneità dello stesso.

74. Se a quanto sin qui osservato si aggiunge che i ricorrenti non hanno contestato la sostanziale uniformità dei metodi di distribuzione adottati nei diversi Stati, uniformità idonea ad escludere l'esistenza di ostacoli all'ingresso simili a quelli presenti in Germania, la valutazione della Commissione non può che ritenersi sostanzialmente corretta e sufficientemente motivata.

Né potrebbe pervenirsi ad una diversa conclusione in ragione dei rilievi svolti dal governo francese per dimostrare che Francia e Spagna costituirebbero mercati autonomi, non amalgamabili con il resto dei Paesi comunitari, nonostante la posizione della Commissione non sia priva di qualche contraddizione.

75. Al riguardo, deve infatti riconoscersi che, nella valutazione delle c. d. "barriere all'entrata" [79], l'esistenza del monopolio legale di SCPA (sia pure limitato al transito delle importazioni dai Paesi terzi), ritenuto dalla Commissione importante barriera all'ingresso del territorio della Francia [80], non viene poi in alcun modo presa in considerazione per stabilire se la Francia possa o no rappresentare un mercato distinto. Né tale incongruenza potrebbe spiegarsi, così come pretende la Commissione, con la distinzione fra barriere che ostacolano il commercio intracomunitario e barriere impeditive degli scambi con i Paesi terzi. Appare perlomeno dubbio, infatti, che il monopolio distributivo di SCPA produca effetti sul piano dell'ingresso dei prodotti dei Paesi terzi nel mercato degli altri Stati membri, giacché alcuni dati forniti dal governo francese, e non contestati dalla Commissione, dimostrerebbero il contrario [81].

Le contraddizioni ora evidenziate, tuttavia, non paiono sufficienti a giustificare l'accoglimento della tesi del governo francese: sia la Spagna che la Francia, infatti, stando alle valutazioni espresse dalla Commissione e rimaste incontestate, presentano caratteristiche concorrenziali analoghe al resto del mercato comunitario sotto il profilo della sostituibilità dei prodotti, dell'apertura dei

79 — Fra le barriere all'entrata, assumono una certa rilevanza i monopoli statali di distribuzione: v., per esempio, decisione della Commissione del 29 aprile 1991 (Caso n. IV/M.063 — ELF/Ertoil), in GU C 124, pag. 13.

80 — Così punto 53 del controricorso.

81 — Ricordati al punto 78 della replica.

mercati (confermata dai consistenti volumi delle importazioni), del livello dei prezzi e dei sistemi di distribuzione. Anche rispetto a questi due Paesi, dunque, sussistono elementi sufficienti per ritenere fondata la scelta della Commissione di includerli nel mercato di tutti gli Stati membri ad eccezione della Germania.

76. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che la delimitazione del mercato geografico operata nella decisione sia, nelle sue linee essenziali e soprattutto nelle sue conclusioni, da condividere.

La Commissione avrebbe potuto e forse dovuto argomentare in modo più puntuale le proprie valutazioni, che, invece, ad un esame analitico risultano non esenti da qualche approssimazione. Non mi sembra, tuttavia, che una certa omogeneità delle condizioni concorrenziali nel mercato costituito da tutti gli Stati membri esclusa la Germania possa essere fondatamente contestata; né, soprattutto, le obiezioni del governo francese riescono a rendere persuasiva la conclusione opposta. Non va dimenticato, d'altronde, che, secondo la giurisprudenza della Corte, la «omogeneità» delle condizioni di concorrenza ai fini che qui interessano non significa perfetta uguaglianza di condizioni nelle differenti parti del territorio considerato come mercato rilevante. Ciò che occorre è, piuttosto, che le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee per risultare non discriminatorie [82], siano tali cioè da consentire agli operatori economici di competere alla pari.

77. Nel caso di specie, non mi pare che le deduzioni del governo ricorrente consentano di ritenere disomogenee, nel senso qui precisato, le condizioni concorrenziali all'interno del mercato definito come rilevante dalla Commissione. Così stando le cose, suggerisco alla Corte di disattendere il mezzo di ricorso proposto dal governo francese.

2) *La possibilità di utilizzare il regolamento sulle concentrazioni per intervenire su posizioni dominanti collettive*

78. Le condizioni cui la decisione ha subordinato l'autorizzazione della concentrazione esaminata, lo ricordo, avrebbero precisamente come scopo, in base all'analisi effettuata dalla Commissione, di eliminare i presupposti di un dominio oligopolistico di K+S e SCPA sul mercato pertinente.

Sia il governo francese che la SCPA e la EMC, che comunque contestano l'esistenza nella specie di una posizione dominante collettiva, fanno valere che il regolamento neppure si applicherebbe ad ipotesi di tale tipo.

82 — Sentenza 14 febbraio 1978 (citata alla nota 77), punti 44 e 52-53.

79. I ricorrenti sostengono infatti che non sarebbe possibile, già sotto il profilo teorico e generale, ricorrere alla nozione di posizione dominante collettiva in sede di applicazione delle norme sul controllo delle concentrazioni. I motivi sarebbero più di uno:

— In primo luogo, si opporrebbe un elemento testuale: l'art. 2 del regolamento, a differenza dell'art. 86 del Trattato — «(...) una o più imprese (...)» —, non contempla *espressamente* l'*ipotesi di posizione* dominante collettiva.

— In secondo luogo, né le basi giuridiche del regolamento — artt. 235 e 87 del Trattato — né l'intenzione del legislatore consentirebbero l'applicazione delle *norme sulle concentrazioni a situazioni di* dominio oligopolistico.

— Infine, un'ulteriore conferma viene individuata nelle garanzie procedurali offerte ai terzi dal regolamento; in particolare, i soggetti che fossero parti della posizione dominante collettiva, *ma non della concentrazione*, avrebbero mezzi di tutela insufficienti.

80. A tali argomenti, la Commissione oppone:

— Il tenore del regolamento, in particolare la mancata espressa previsione dell'ipotesi di posizione dominante di «più imprese», non consente affatto di escluderne l'applicazione alle ipotesi di costituzione o rafforzamento di *posizioni dominanti collettive*. Al riguardo, non sarebbe senza rilievo che l'art. 2, n. 3, collega la posizione dominante all'operazione di concentrazione, e non alle imprese interessate, prendendone in considerazione le conseguenze sulla concorrenza effettiva.

— Le basi giuridiche del regolamento indicherebbero che il suo obiettivo è di colmare una lacuna nella disciplina della concorrenza lasciata dagli artt. 85 e 86 con riguardo al controllo della dominanza oligopolistica. Nulla nei lavori preparatori o nelle dichiarazioni richiamate dal governo francese autorizzerebbe a ritenere che il Consiglio abbia inteso escludere l'applicazione del regolamento per censurare ed eliminare posizioni dominanti collettive.

— Una decisione di autorizzazione di una concentrazione vincola solo ed esclusivamente le imprese notificanti. Dal momento che l'atto conclusivo della procedura instaurata ai sensi del regolamento

non potrebbe causare alcun pregiudizio a terzi, anche qualora parti della posizione dominante collettiva di cui si tratta, sarebbe pertanto improprio parlare di carenza od insufficienza di garanzie per i terzi. In ogni caso, le modalità procedurali di applicazione del regolamento tutelerebbero ampiamente i diritti e gli interessi dei terzi.

con il mercato comune dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di «una o più imprese».

All'evidenza, l'art. 2, n. 3, che pure, come sostenuto dalla Commissione, collega la posizione dominante all'operazione di concentrazione e non alle imprese interessate, si riferisce alla posizione dominante della concentrazione e non anche alla posizione dominante che coinvolga imprese terze rispetto all'operazione di concentrazione. In tali condizioni, sarebbe fin troppo facile evocare il noto brocardo *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.*

— La possibilità di vietare una concentrazione che rafforzi l'assetto oligopolistico del mercato scaturisce dalla teoria economica che ritiene la concorrenza comunque pregiudicata, ove ricorrano determinate condizioni, all'interno di un mercato oligopolistico. L'utilizzazione del regolamento per intervenire su posizioni dominanti collettive sarebbe dunque indispensabile per garantire una concorrenza effettiva.

— Il dato testuale

81. Comincio col rilevare che la tesi dei ricorrenti è difficilmente contestabile: il regolamento, e in particolare l'art. 2, non contiene alcun riferimento, neppure indiretto, al concetto di posizione dominante oligopolistica. Tale assenza è tanto più significativa ove si consideri, come evidenziato dagli stessi ricorrenti, che l'art. 86 del Trattato prevede invece, ed espressamente, l'incompatibilità

82. Se è vero, tuttavia, che il dato testuale non può non condurre alla conclusione che il regolamento è diretto unicamente a scoraggiare concentrazioni che creino o rafforzino una posizione dominante di una sola impresa, mentre non contempla quelle che sfociano in un dominio di più imprese [83], è altresì vero che la lettera dell'art. 2 del regolamento non può essere considerata decisiva, dovendo tale disposizione essere letta alla luce del regolamento nel suo insieme e della *ratio* dello stesso.

83 — In tal senso v., ad esempio, Siragusa-Subiotto, *Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione*, in *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I, 233, in particolare pagg. 271-272. La posizione di alcuni è più sfumata, in quanto si limita ad evidenziare le difficoltà di accogliere la tesi opposta: così, fra gli altri, Cook e Kerse, citato alla nota 48, pag. 134 ss.; Korah, *EC Competition Law and Practice*, London, 1994, pag. 242; Bellamy e Child, *Common Market Law of Competition*, London, 1993, pagg. 343-344.

Vengono così in rilievo gli altri argomenti avanzati dalle ricorrenti e relativi alle basi giuridiche, alla volontà del legislatore (quale si evince dai lavori preparatori e come tradotta nel testo del regolamento) e alle garanzie procedurali, nonché le considerazioni di carattere economico fatte valere dalla Commissione, considerazioni strettamente collegate alle finalità delle norme di concorrenza.

— Basi giuridiche e volontà del legislatore

83. Dirò subito che non condivido affatto la tesi delle ricorrenti secondo cui la stessa scelta delle basi giuridiche deporrebbe nel senso che il regolamento non è applicabile alle posizioni dominanti collettive. In via di principio, infatti, gli artt. 87 e 235 ben possono essere utilizzati a tal fine. In senso diverso non mi sembra possa essere invocata né la circostanza che il regolamento sarebbe fondato essenzialmente sull'art. 235, piuttosto che sull'art. 87, né la dichiarazione del Consiglio e della Commissione sull'art. 22 del regolamento, nella parte in cui esclude l'applicabilità degli artt. 85 ed 86 alle concentrazioni [84].

84 — Oltre al fatto che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, le dichiarazioni a verbale hanno una valenza limitata (v., ad esempio, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-292/89, Antonissen, Racc. pag. I-745, punto 18) e che la dichiarazione in questione non può comunque essere interpretata in modo tale da restringere il campo di applicazione degli artt. 85 e 86, resta che tale dichiarazione non può certo essere utilizzata per pervenire alla conclusione che la base giuridica costituita dall'art. 87 del Trattato avrebbe in realtà una portata ridotta, con la conseguenza che non sarebbe possibile collegare il concetto di posizione dominante collettiva all'art. 86.

È appena il caso di aggiungere, poi, che non si vede quale altra possibilità sarebbe idonea a raggiungere lo scopo di intervenire in via preventiva su posizioni dominanti collettive create o rafforzate a seguito di concentrazioni, a meno di ritenere, ma sarebbe irragionevole, che sia lo stesso Trattato ad escludere tale possibilità.

84. Da una siffatta conclusione non riesco tuttavia a dedurre, a differenza della Commissione, che il regolamento effettivamente *consenta, nella sua attuale formulazione,* d'intervenire sulle posizioni dominanti collettive. Al riguardo, mi limito ad osservare che la circostanza che il fondamento giuridico prescelto sia sicuramente idoneo ad attribuire determinati poteri non implica di per sé che tali poteri siano stati effettivamente attribuiti. Resta infatti che, fondandosi su quella base giuridica, sono stati previsti *alcuni poteri e non altri.*

Ciò che rileva, in definitiva, è se il testo del regolamento confermi, espressamente o anche in modo implicito, che sia stato attribuito alla Commissione il potere di intervenire su posizioni dominanti collettive. Orbene, a me sembra che il testo nel suo insieme porti piuttosto ad avallare un'interpretazione restrittiva dell'art. 2.

85. In questo senso depone, ad esempio, come fatto valere dalle imprese ricorrenti, la formulazione del quindicesimo 'consideran-

do' del regolamento, in base al quale «le operazioni di concentrazioni possono essere presunte compatibili con il mercato comune qualora, data la modesta quota di mercato delle imprese interessate, non siano tali da ostacolare la concorrenza effettiva» e che è ammessa tale presunzione «qualora la quota di mercato delle imprese interessate non sia superiore al 25%». Ad avviso delle imprese ricorrenti, la scelta di tale quota risulterebbe inadeguata ove il regolamento fosse applicabile anche alle posizioni dominanti collettive [85].

Orbene, è ben vero che la presunzione di incompatibilità di una posizione dominante in funzione di una quota di mercato globale più elevata del 25%, quale contenuta nel considerando, non è invece presente nella parte dispositiva del regolamento [86]. Ed è altresì vero che le quote di mercato costituiscono, nelle decisioni adottate ai sensi del regolamento, solo il punto di partenza per valutare gli effetti dell'operazione, dovendosi tener conto di molti altri fattori [87]. Se, però, si vuole dare al quindicesimo 'considerando' una qualche portata, non sarebbe irragionevole considerarlo come un indizio della volontà del legislatore di non comprendere nel regolamento le ipotesi di dominanza collettiva, essendo sicuramente la quota del 25% alquanto bassa per poter riguardare un oligopolio [88].

86. A ciò si aggiunga che i lavori preparatori sembrerebbero piuttosto confermare la volontà del legislatore di *non* applicare il regolamento alle posizioni dominanti collettive. Se è infatti ben nota la volontà della Commissione, manifestata durante l'iter di formazione dell'atto ed espressa a più riprese, di applicare la disciplina *de qua* agli oligopoli [89], è altresì vero che la stessa Commissione ha evidenziato che l'attuale formulazione dell'art. 2, n. 3, è il risultato di un faticoso compromesso raggiunto precisamente in ordine alla questione delle posizioni dominanti collettive [90].

Al riguardo, non è qui superfluo evidenziare che da un confronto tra l'ultima proposta

85 — In tal senso, v. anche Cook e Kerse (citato alla nota 48), pag. 134.

86 — La Commissione lo ha evidenziato, ad esempio, nella decisione del 18 dicembre 1991 (Caso n. IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) in GU 1992, C 6, pag. 23, 22° 'considerando'.

87 — V., ad esempio, la decisione della Commissione 21 dicembre 1993, 94/359/CE, che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso n. IV/M.358 — Pilkington— Techint/SIV), in GU 1994, L 158, pag. 24. Ricordo, peraltro, che anche nella giurisprudenza della Corte sull'art. 86 la quota di mercato, pur costituendo un indice significativo di una posizione dominante, se pari o superiore all'80%, non è necessariamente un fattore determinante, ma deve essere valutato insieme ad altri fattori: in tal senso v., tra le altre, sentenza 5 ottobre 1988, causa 247/86, Alsatel/Novasam (Racc. pag. 5987, punto 19).

88 — In proposito, ad esempio, la legge tedesca sulle restrizioni della concorrenza, che è fondata proprio su una concezione strutturalista ancorata ad un sistema di presunzioni in funzione delle quote di mercato detenute dalle imprese, prevede soglie di almeno il 50%. Più precisamente, il par. 23, art. 2, n. 2, di tale legge dispone: «Agli effetti del controllo delle concentrazioni anche una collettività di imprese è considerata dominante, quando essa
1. consiste di tre o meno di tre imprese, che detengono la più alta quota di mercato e raggiungono nel complesso una quota del 50 per cento, ovvero,
2. consiste di cinque o meno di cinque imprese, che detengono la più alta quota di mercato e raggiungono nel complesso una quota di due terzi, salvo che tali imprese dimostrino che le condizioni della concorrenza generano l'aspettativa di una concorrenza significativa tra di esse anche successivamente alla concentrazione, ovvero qualora la collettività di tali imprese non detenga una posizione dominante nei confronti dei concorrenti restanti (...)».

89 — È sufficiente richiamare, a questi fini, già il *XVI Rapporto sulla concorrenza*, del 1986, in particolare punto 333.

90 — V. pag. 36 della controreplica.

modificata presentata dalla Commissione [91] e il testo definitivo emerge che il riferimento agli ostacoli al mantenimento e allo sviluppo di una concorrenza effettiva, quale contenuto nella prima, è stato poi sostituito dalla nozione «posizione dominante», nozione che innegabilmente richiama il testo dell'art. 86. In tali condizioni, è giocoforza ritenere che il testo definitivo costituisca il frutto di una scelta consapevole, determinata, come ammesso dalla stessa Commissione, dalla difficoltà di pervenire ad un accordo su tale punto.

87. Orbene, la circostanza che il Consiglio abbia deciso secondo la volontà di alcuni suoi componenti e con il dissenso di altri può essere causa di rammarico, ma non può essere superata se non dallo stesso legislatore. La tesi della Commissione secondo cui tale situazione, in assenza di una norma che espressamente escluda l'applicabilità del regolamento alle posizioni dominanti collettive, implicherebbe che la questione sarebbe stata lasciata aperta non mi sembra convincente. In ogni caso, non ritengo che la Commissione possa, come invece da essa preteso, ritenere che le sia stato attribuito il potere di sciogliere i nodi lasciati deliberatamente irrisolti dagli Stati membri.

Pensare diversamente, a voler essere chiari, equivarrebbe ad avallare un criterio *sui generis* di sussidiarietà in virtù del quale la Commissione, ogni qualvolta lo ritenga opportuno od anche doveroso, potrebbe esercitare un ruolo supplente rispetto ad altre istituzioni ed in particolare rispetto al legislatore. Sicuramente più rispettosa delle regole del gioco sarebbe, sotto questo profilo, un'iniziativa della Commissione volta a sollecitare una modifica del regolamento nel senso qui in discussione. In mancanza, avrei non poche esitazioni ad affermare che la Commissione e la Corte possano, in sede di applicazione e/o interpretazione, colmare lacune normative dovute ad una scelta deliberata del legislatore [92].

88. In definitiva, gli stessi lavori preparatori sembrano confermare che la volontà del legislatore, quale tradottasi nel testo del regolamento, è nel senso della non applicabilità dello stesso alle posizioni dominanti collettive. Tale constatazione non è tuttavia decisiva ai fini che qui rilevano. Resta, infatti, che i lavori preparatori possono al più fornire qualche indicazione ma non sono determinanti, dovendo in ogni caso, al fine di stabilire quale sia la corretta interpretazione di una norma, rifarsi alla lettera e alle finalità del testo di cui si tratta.

— Le garanzie procedurali

89. E passo così all'esame di un profilo che indubbiamente riveste, in tale contesto, un'importanza fondamentale. Sia il governo francese che le imprese ricorrenti sostengono

91 — COM(88) 734/Rev. def.

92 — Già Trabucchi (citato alla nota 31), pag. 503, riferendosi alla giurisprudenza in materia di concorrenza, ammoniva che «Il frequente riferimento ai dati economici ed il significato che vi si attribuisce per le decisioni giudiziarie non contrastano affatto con la *funzione essenziale della Corte, che è quella di rispettare e far rispettare il Trattato ed il diritto che ne deriva* (...). Dove la norma esiste, questa va rispettata integralmente (...)».

infatti, come già accennato, che una conferma decisiva del fatto che il regolamento non vuole e non potrebbe essere applicato alle posizioni dominanti collettive risulterebbe dalla mancata predisposizione di garanzie procedurali idonee a tutelare i diritti di imprese che, pur se non coinvolte nell'operazione di concentrazione, siano parti di una posizione dominante collettiva.

Ho già evidenziato, nell'esaminare la ricevibilità del ricorso delle imprese ricorrenti, l'infondatezza della tesi della Commissione secondo cui l'atto conclusivo della procedura instaurata ai sensi del regolamento vincolerebbe soltanto le parti della concentrazione, con la conseguenza che in nessun caso potrebbe arrecare un pregiudizio ai terzi. A tacer d'altro, è precisamente il caso di specie a fornire indicazioni oltremodo significative di segno opposto [93].

90. Ciò premesso, si tratta qui di stabilire se le garanzie procedurali previste dal regolamento a tutela dei terzi possano essere considerate adeguate anche nell'ipotesi in cui i "terzi" siano parti dell'oligopolio su cui la decisione della Commissione interviene.

Dirò subito che la partecipazione dei terzi alla procedura, quale prevista dal regolamento, non sembra, rispetto all'ipotesi qui in discussione, essere tale da fornire una tutela adeguata dei diritti di difesa. Anzitutto, i presunti oligopolisti estranei alla concentrazione non sono destinatari di alcuna informativa specifica. In secondo luogo, conformemente all'art. 18, n. 4, l'audizione dei terzi ha luogo solo nell'ipotesi in cui la Commissione o le autorità competenti degli Stati membri ritengano necessario sentire anche altre persone fisiche o giuridiche (fra le quali devono evidentemente essere ricomprese anche le imprese terze rispetto alla concentrazione) ovvero su iniziativa di queste ultime, qualora dimostrino di avervi interesse. Si tratta dunque, come confermato dal regolamento n. 2367/90 [94] (applicabile,

93 — È fin troppo evidente, infatti, che il pregiudizio subito dalle società ricorrenti a seguito della decisione è la diretta conseguenza del comportamento adottato dalle imprese coinvolte nell'operazione di concentrazione in ottemperanza a quanto richiesto dalla Commissione. Ciò, del resto, è stato già colto dal presidente del Tribunale di primo grado, adito in sede cautelare. Nell'ordinanza 15 giugno 1994 (citata alla nota 30), che ha sospeso l'esecuzione dell'art. 1 della decisione impugnata, nella parte in cui impone il recesso dalla società Kali-Export, si rileva che non può escludersi che la condizione in parola «sia lesiva dei diritti dei terzi, nel caso di quelli degli altri due soci della Kali-Export, (...) i quali non erano parti nel procedimento dinanzi alla Commissione» (punto 28).

94 — Citato alla nota 13. Tale regolamento, infatti, disciplina in modo analogo al regolamento della Commissione 25 luglio 1963, n. 99/63/CEE, relativo alle audizioni previste all'art. 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 17 del Consiglio (GU n. 127, pag. 2268), soltanto le audizioni delle parti dell'operazione (artt. 13 e 14), mentre per i terzi — quali sono considerate dalla Commissione le imprese ricorrenti nel caso che ci occupa — prevede un regime di audizioni, su loro richiesta, senza alcuna garanzia procedurale (art. 15). Il governo francese ha a questo proposito evidenziato che tali audizioni sono nella pratica semplici contatti con i funzionari della Commissione, del tutto inidonei a soddisfare le esigenze di informazione e di tutela di soggetti coinvolti a pieno titolo nella procedura, quali le "parti" dell'oligopolio che si sarebbe venuto a creare a seguito della concentrazione. Va qui precisato che il regolamento n. 2367/90 è stato sostituito dal regolamento n. 3384/94 (citato alla nota 13), le cui previsioni sono, per taluni aspetti, più protettive. Per quanto qui rileva, tuttavia, i termini del problema sono rimasti essenzialmente immutati. Se è vero, infatti, che i terzi che abbiano presentato osservazioni scritte possono, ai sensi dell'art. 16 del nuovo regolamento, partecipare ad un'audizione ufficiale, è altresì vero che una tale possibilità è rimessa alla discrezionalità della Commissione.

*ratione temporis*, al caso che ci occupa), di una procedura non obbligatoria ed avente carattere informale, atteso che si svolge senza la partecipazione dei rappresentanti delle autorità degli Stati membri e senza la forma solenne e le garanzie previste per l'audizione delle parti. Si tratta, in buona sostanza, di una procedura idonea a tutelare i diritti di chi sia effettivamente "terzo" (in tutti i sensi), ma non di chi è "parte" della posizione dominante.

91. L'analisi condotta dal governo francese, che ha posto a confronto le modalità procedurali previste dal regolamento n. 2367/90 in attuazione dell'art. 18, n. 4, del regolamento con il meccanismo previsto per i procedimenti instaurati ai sensi degli artt. 85 e 86, non fa che confermare l'insufficienza delle garanzie apprestate ai diritti della difesa dei soggetti componenti un oligopolio, ma estranei all'operazione di concentrazione [95].

Tale analisi, infatti, ben mostra come, a differenza delle imprese detentrici di una posizione dominante collettiva ai sensi dell'art. 86, le imprese parti di un oligopolio che si pretende creato o rafforzato da una concentrazione, ma rispetto alla quale sono estranee, sono trattate come "terzi", con le inevitabili conseguenze negative che ne derivano sul piano dei diritti della difesa.

92. Orbene, è appena il caso di ricordare che il rispetto dei diritti della difesa nelle procedure amministrative costituisce un valore imprescindibile dell'ordinamento comunitario. Ed infatti, come ripetutamente affermato dalla Corte, «il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento instaurato a carico di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario e va garantito anche se non vi è alcuna normativa che riguardi il procedimento in questione» [96].

In tale prospettiva, potrebbe apparire non del tutto priva di fondamento la tesi della Commissione secondo cui, siccome il rispetto dei diritti della difesa costituisce un diritto fondamentale, l'eventuale carenza di garanzie procedurali *ad hoc* nel regolamento non avrebbe alcun rilievo ai fini dell'applicabilità del regolamento alle posizioni dominanti collettive. In ogni caso, infatti, resterebbe

95 — Come ricorda il governo francese (pagg. 20-23 del ricorso), la procedura ai sensi dell'art. 86 si svolge infatti, conformemente ai regolamenti n. 17/62 (citato alla nota 51) e n. 99/63 (citato alla nota precedente), costantemente in contraddittorio con le imprese ritenute detentrici della posizione dominante, che vengono sin dall'inizio informate della procedura avviata nei loro confronti e messe in condizioni di difendersi.

96 — Sentenza 10 luglio 1986, causa 234/84, Belgio/Commissione (Racc. pag. 2263, punto 27). Ciò significa, come evidenziato nella stessa sentenza, che «la persona a carico della quale la Commissione ha avviato un procedimento amministrativo dev'esser posta in grado, durante detta procedura, di manifestare efficacemente il proprio punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze addebitatele e sui documenti di cui si è servita la Commissione per suffragare le proprie asserzioni circa l'esistenza di una trasgressione del diritto comunitario». Nello stesso senso v. già sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punti 9 e 11).

integro il diritto del terzo, o parte che sia, a che gli sia assicurata la necessaria protezione.

Ciò detto, riconosco che la Corte potrebbe superare il problema che ci occupa attraverso l'affermazione che sarebbe sufficiente estendere le garanzie previste per le parti dell'operazione di concentrazione alle parti del presunto oligopolio. Resta, tuttavia, che l'assenza di una previsione in tal senso nel regolamento non può che confermare, così come sostenuto dai ricorrenti, che il regolamento non ha, o almeno non aveva nelle intenzioni del legislatore, vocazione ad essere applicato alle posizioni dominanti collettive. Infine, è appena il caso di aggiungerlo, nella specie il rispetto delle prerogative della difesa, cui le imprese ricorrenti avrebbero (secondo la Commissione) avuto comunque diritto, non è stato certo garantito [97].

— Considerazioni economiche e finalità del regolamento

93. Si tratta di una prospettazione certo suggestiva, che tuttavia non riesco a condividere. Se è vero infatti che le prerogative della difesa vanno comunque rispettate, al di là di singole ed espresse previsioni in tal senso rispetto ad ogni ipotesi suscettibile di verificarsi, è nondimeno vero che sarebbe paradossale consentire alla Commissione di rifugiarsi dietro un tale paravento quando non abbia predisposto, pur avendo adottato una regolamentazione *ad hoc* in materia, quale sicuramente è il regolamento n. 2367/90, le necessarie garanzie a favore di coloro che possono essere lesi dall'applicazione della disciplina in questione.

94. Restano da prendere in considerazione le argomentazioni di carattere economico avanzate dalla Commissione, argomentazioni strettamente collegate all'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva.

In sostanza, la tesi della Commissione è che sarebbe indispensabile sottoporre a controllo le situazioni oligopolistiche [98], in quanto da queste può derivare un pregiudizio alla concorrenza non meno grave di quello che deriva da una posizione dominante individuale. L'applicabilità del regolamento alle posizioni dominanti collettive si fonderebbe,

97 — Ed infatti, è bene ricordarlo, i rappresentanti delle società ricorrenti sono stati ricevuti dai funzionari della Commissione, dietro loro ripetute richieste, soltanto il 1° dicembre, cioè due giorni prima della riunione del comitato consultivo e quindi a giochi ormai fatti. Anche se fosse vero quanto afferma la Commissione — ma che i ricorrenti smentiscono — e cioè che i rappresentanti della SCPA siano stati ricevuti dai funzionari dell'istituzione già il 3 novembre 1993, la situazione non muterebbe, restando comunque confermata una sostanziale "opacità" per i terzi nel corso dell'intera vicenda. Tanto più che la stessa Commissione afferma che solo nella riunione del 1° dicembre si sarebbe discusso con i rappresentanti della società francese degli impegni assunti dalla K+S.

98 — Tale esigenza troverebbe conferma nella circostanza che tutti i principali sistemi antitrust applicano le norme sul controllo delle concentrazioni anche al dominio oligopolistico: per un'analisi comparativa, v. Briones, *Oligopolistic dominance: is there a common approach in different jurisdictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation*, in *ECLR*, 6, 1995, pag. 334 ss.

in definitiva, sulla necessità di un controllo degli oligopoli al fine di salvaguardare la concorrenza [99].

95. Al riguardo, comincio col rilevare la fondatezza della preoccupazione della Commissione, soprattutto se analizzata alla luce delle implicazioni economiche e giuridiche delle situazioni oligopolistiche. È appena il caso di osservare, infatti, che l'oligopolio, il c. d. mercato dei pochi [100], può produrre effetti nocivi che si avvicinano di molto a quelli solitamente imputati al monopolio [101]. A ciò si aggiunga che è innegabile, da un lato, una certa correlazione fra concentrazione e potere di mercato, inteso appunto come potere di elevare i prezzi contraendo la produzione ed ottenendo un profitto extra; dall'altro, che le concentrazioni possano favorire la collusione fra concorrenti o l'adozione di comportamenti paralleli, pur se non concertati.

La stessa Commissione ha inoltre evidenziato che il problema neppure potrebbe essere risolto attraverso l'utilizzazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, atteso che questi ultimi non consentono, sempre e comunque, di intervenire efficacemente sugli oligopoli. Talvolta, infatti, non può contrarsi l'oligopolio sul piano del divieto di intese restrittive, dal momento che, come chiarito dalla Corte nel caso «pasta di legno», il parallelismo dei comportamenti, in cui si riassume l'idea stessa di oligopolio, «può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione possibile. È infatti importante tener presente che l'art. 85 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti» [102]. D'altra parte, l'utilizzazione dell'art. 86 incontra i limiti insiti nella sua natura di previsione idonea ad incidere solo su situazioni di dominanza già esistente.

96. Le lacune appena evidenziate non mi sembrano tuttavia sufficienti a giustificare l'applicazione del regolamento alla dominanza oligopolistica; né mi pare che dalla pronuncia «pasta di legno» possano ricavarsi

99 — È precisamente in questa prospettiva che alcuni autori non hanno affatto escluso che il regolamento possa essere applicato anche a situazioni di dominio oligopolistico, laddove la concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo da più imprese che, congiuntamente, siano in grado di agire in modo indipendente dai concorrenti e dai clienti. V., ad esempio, Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, pag. 168 ss.; nonché Venit, *The evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast*, in *International Mergers and Joint Ventures, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, pag. 519, in particolare pagg. 540 ss..

100 — Dal pionieristico inquadramento di Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1848, la teoria economica dell'oligopolio ha prodotto una grande quantità di contributi di rilievo: v., riassuntivamente, Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, Paris, 1983, Cap. III, pagg. 151-260.

101 — Areeda and Turner, *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, pag. 359: «oligopoly with monopoly-like results». Tale prospettazione trova sostegno nella teoria economica che individua in situazioni siffatte le medesime condizioni di esercizio del potere di mercato giustificanti l'applicazione della normativa antitrust alle situazioni di monopolio; e che anzi ritiene l'oligopolio capace di creare maggiori pericoli per la concorrenza rispetto alla posizione dominante individuale, in quanto questa tende a ridursi nel tempo sotto l'effetto della concorrenza delle imprese minori, mentre un forte oligopolio, in determinate condizioni, può durare per un lungo periodo di tempo. V., in argomento, Scherer e Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Sentenza «pasta di legno» (citata alla nota 52), punto 71.

elementi nel senso voluto dalla Commissione: la circostanza che esistano comportamenti paralleli non sanzionabili ex art. 85 [103] non significa di per sé che detti comportamenti debbano comunque essere sanzionati; né, soprattutto, può giustificare l'interpretazione estensiva del regolamento proposta dalla Commissione.

Peraltro, proprio la riflessione che precede testimonia in modo assai significativo l'incongruenza dell'impostazione seguita nel caso di specie dalla Commissione: questa, come si è visto, lamenta l'inadeguatezza degli strumenti normativi apprestati dagli artt. 85 e 86 per intervenire sugli oligopoli, inadeguatezza che, a suo parere, giustificherebbe l'interpretazione estensiva dell'art. 2, n. 3, del regolamento. Senonché, a ben guardare, l'intervento della Commissione sul presunto duopolio K+S/SCPA/EMC è consistito nella "ingiunzione" rivolta alla prima di interrompere i rapporti contrattuali intercorrenti con le seconde. Così stando le cose, in presenza cioè di evidenti tracce di "concertazione", perchè non utilizzare l'art. 85 [104]?

97. Rilevo, infine, che neppure la prassi applicativa del regolamento, richiamata a più riprese nel corso della procedura, offre argomentazioni tali da poter condurre ad una diversa soluzione. Invero, nella decisione Nestlé/Perrier, in cui la Commissione non ha nascosto la scelta di elaborare una nozione autonoma di dominanza collettiva, l'applicabilità del regolamento agli oligopoli è stata essenzialmente fondata sull'art. 3, lett. g), del Trattato [105].

Ora, è ben vero che tale disposizione è genericamente richiamata nel primo 'considerando' del regolamento e che essa, fissando come obiettivo la tutela di una concorrenza effettiva, non può che riguardare ogni ipotesi di situazione anticompetitiva, non importa se dovuta ad una od a più imprese. È altresì vero, tuttavia, che tale disposizione sancisce anche che la sua applicazione, non lo si dimentichi, avviene solo «alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente Trattato».

98. Il complesso dei fattori sin qui esaminati alimenta non pochi dubbi quanto alla possi-

103 — Su tale questione, in tutte le sue implicazioni, v. le approfondite conclusioni dell'avvocato generale Darmon nel caso «pasta di legno» (Racc. 1993, pag. I-1445). V., altresì, per una recente ricostruzione complessiva della giurisprudenza in materia, Soames, *An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference*, in *ECLR* 1996, pag. 24.

104 — È possibile che la risposta al quesito si trovi nell'esigenza di speditezza. Lo confermerebbe, ad esempio, la circostanza che uno degli impegni originariamente previsti, quello relativo all'impresa Potacan, poi trasformatosi nella irrituale presa d'atto analizzata in precedenza (a proposito della ricevibilità), costituiva in realtà materia di una procedura instaurata ai sensi del regolamento n. 17/62.

105 — Decisione 92/553/CEE, citata alla nota 66. Nella stessa decisione si aggiunge che, se il regolamento non fosse applicabile alle situazioni oligopolistiche, ne conseguirebbe che le autorità nazionali, che prima della sua introduzione avrebbero potuto sanzionare tali situazioni in applicazione delle proprie norme interne, si troverebbero ad aver rinunciato del tutto al proprio ruolo di controllo al riguardo «senza che vi si supplisca a livello comunitario» (punto 115).

bilità di utilizzare la nozione di posizione dominante collettiva nel quadro delle disposizioni del regolamento sulle concentrazioni. In definitiva, ritengo che le disposizioni del regolamento non siano applicabili alle posizioni dominanti oligopolistiche e che questa sia l'interpretazione delle norme conferenti più in sintonia non solo con la loro formulazione, ma anche con la logica cui sono ispirate e, più in generale, con l'assetto complessivo del sistema. La soluzione opposta, pur trovando qualche giustificazione sul piano economico, provocherebbe più di una conseguenza negativa; e soprattutto, stante anche l'assenza di parametri normativi e/o regolamentari di riferimento analoghi a quelli esistenti in altri sistemi *antitrust*, finirebbe per alimentare incertezze. Ciò che, peraltro, contrasterebbe con l'esigenza, ripetutamente affermata, che la norma comunitaria sia chiara e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti [106].

Naturalmente, come ho in precedenza rilevato, le preoccupazioni manifestate dalla Commissione per le conseguenze negative, sul piano della repressione dei comportamenti anticompetitivi, che la mancata applicazione del regolamento agli oligopoli potrebbe avere non possono e non devono essere trascurate. Pure, sarebbe più corretto, io credo, tradurre tali preoccupazioni nella loro naturale dimensione e farne oggetto di una proposta di modifica che integri le norme conferenti.

106 — Sentenza 22 febbraio 1984, causa 70/83, Kloppenburg (Racc. pag. 1075, punto 11).

3) *L'errata utilizzazione, nel caso di specie, della nozione di posizione dominante collettiva*

99. Con tale mezzo, sia il governo francese che le società ricorrenti deducono una serie di errori di diritto e di fatto che sarebbero stati commessi nella valutazione della concentrazione sul mercato comunitario al di fuori della Germania.

In via generale, il governo francese rimprovera alla Commissione di non aver seguito, al fine di accertare la sussistenza di una posizione dominante collettiva, né i criteri elaborati dalla giurisprudenza relativa all'art. 86, né i criteri fissati nelle sue precedenti decisioni, che peraltro sarebbero più flessibili di quelli indicati dal giudice comunitario. A sostegno della propria censura, il governo francese svolge poi una serie di contestazioni puntuali in ordine a tutti i fattori di analisi presi in considerazione nella decisione, sottolineando al contempo la rilevanza dei criteri che la Commissione avrebbe omesso di prendere in considerazione. Tali contestazioni evidenzierebbero gli errori di cui sarebbe viziata la decisione relativamente alla sussistenza di una posizione dominante collettiva e comunque l'insufficiente motivazione della stessa.

Le società ricorrenti, che pure contestano alcuni dei fattori presi in considerazione nella decisione, con argomenti analoghi a quelli del governo francese, lamentano in particolare la mancata dimostrazione, da parte della Commissione, dell'esistenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e la pretesa creazione di una posizione dominante collettiva.

100. La Commissione ribatte che i criteri da essa utilizzati nella decisione impugnata non si porrebbero affatto in contrasto con quelli utilizzati in precedenti decisioni. Ed infatti, al fine di stabilire l'esistenza di una posizione dominante collettiva, nella specie essa si sarebbe essenzialmente basata su tre criteri: il grado di concentrazione del mercato, quale si sarebbe determinato a seguito dell'operazione di concentrazione; gli elementi strutturali relativi alla natura del mercato ed alle caratteristiche del prodotto; i legami strutturali tra le imprese interessate.

Inoltre, essa fa valere che il caso di specie si differenzierebbe, in ragione di talune caratteristiche peculiari, da altri casi su cui è intervenuta. In primo luogo, già prima dell'operazione di concentrazione non esisteva una concorrenza effettiva tra i due più importanti fornitori di prodotti a base di sali di potassio, a causa dell'assenza di K+S dal mercato francese e dei legami esistenti tra questa e SCPA. In secondo luogo, a seguito del rafforzamento del potenziale competitivo risultante dalla concentrazione con MdK, K+S e SCPA si troverebbero in una posizione dominante rispetto agli altri fornitori di potassio.

101. Più in generale, la Commissione, rispondendo alle obiezioni del governo francese, sostiene che i criteri elaborati in relazione all'art. 86, che pure non sarebbero assenti nella decisione, non avrebbero un carattere decisivo in materia di controllo delle concentrazioni. In tale contesto, infatti, l'esistenza di una posizione dominante collettiva — a differenza di quanto avviene rispetto all'art. 86, in cui è definita principalmente sulla base delle quote di mercato — non può che essere il frutto di un'analisi basata sul futuro. Le quote di mercato detenute costituirebbero pertanto solo un punto di partenza; per il resto, sarebbe essenziale la verifica concernente la possibilità per i concorrenti attuali e potenziali di formare un contrappeso rispetto alla posizione eventualmente dominante della nuova impresa. Ed è precisamente all'esito di una tale valutazione che non poche concentrazioni, pure aventi quote di mercato significative e quasi sicuramente tali da condurre alla dichiarazione d'incompatibilità con l'art. 86, sono state approvate ai sensi del regolamento.

Quanto poi ai criteri fissati nella sua prassi decisionale, la Commissione rileva, da un lato, che le decisioni su cui si basa il governo francese, eccezion fatta per Nestlé/Perrier [107], sono tutte successive alla decisione impugnata; dall'altro, che sono le caratteristiche di ciascun caso concreto a far sì che sia attribuito un maggior peso o addirittura una valenza decisiva ad alcuni criteri piuttosto che ad altri. È dunque in funzione delle peculiarità del caso di specie che essa avrebbe attribuito un valore preponderante ai criteri prima ricordati.

102. Comincio col ricordare che la nozione di posizione dominante collettiva, quale sviluppata in relazione all'art. 86 del Trattato, il cui tenore letterale è nel senso che l'egemonia da cui può derivare l'abuso è riferibile

107 — Decisione 92/553/CEE, citata alla nota 66.

tanto ad un'impresa singola quanto a più imprese [108], è stata puntualizzata nel corso degli anni. In particolare, con la sentenza «Vetro Piano», il Tribunale ha chiarito che la posizione dominante collettiva è detenuta da più imprese che, pur essendo indipendenti, si presentano sul mercato unite da vincoli economici particolarmente intensi, come ad esempio la comune disponibilità di un vantaggio tecnologico che consenta loro di tenere «comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori» [109]. Tale nozione è stata sostanzialmente confermata dalla Corte nella sentenza Comune d'Almelo, con il rilievo che la posizione dominante collettiva presuppone che le imprese interessate «siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato» [110].

Quanto ai criteri elaborati nella prassi decisionale in materia, è ben vero; come sostenuto dai ricorrenti, che in sede di valutazione delle concentrazioni la Commissione ha elaborato una nozione di dominanza collettiva più ampia, e comunque parzialmente diversa, di quella definita dalla giurisprudenza in relazione all'art. 86. Al riguardo, deve tuttavia riconoscersi che il regolamento, sebbene si riferisca agli stessi fattori utilizzati dalla Corte per individuare la dominanza, ne evita qualsiasi definizione, con ciò non escludendo una prevalenza di valutazioni "strutturali" e dunque la possibilità di costruire una nozione in qualche misura autonoma rispetto a quella elaborata con riguardo all'art. 86 [111].

103. All'evidenza, una nuova nozione di dominanza collettiva, diversa da quella elaborata dalla giurisprudenza relativa all'art. 86, pur potendo giustificarsi con la specificità del controllo delle concentrazioni, rischia di rendere ancora più problematica e imprevedibile l'applicazione della nozione in questione alla disciplina delle concentrazioni. Se è vero, poi, che l'art. 2, n. 1, del regolamento — sempre ammesso che i criteri in esso elencati ai fini della valutazione della compatibiltà delle operazioni di concentrazione con il mercato comune siano applicabili anche all'ipotesi qui in discussione — non indica alcuna gerarchia tra i fattori da prendere in considerazione, resta che la Commissione non può fare astrazione dai criteri elencati e

108 — Malgrado ciò, la Corte è sembrata inizialmente restia a riconoscere la nozione di dominanza collettiva, anche a causa della difficoltà di individuare, nel silenzio della norma, gli elementi necessari per la sua concreta configurabilità. Anzi, in un'occasione è sembrata riservare l'applicazione dell'art. 86 alle ipotesi di posizioni dominanti individuali. Nella sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche (citata alla nota 96), punto 39, la Corte ha infatti affermato che «la posizione dominante va pure distinta dai parallelismi di comportamento tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti s'influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione è, in gran parte, determinato unilateralmente». V. in argomento Korah, *Concept of a dominant position within the meaning of Article 86*, in *Common Market Law Review*, 1980, pag. 395, in particolare pag. 398.

109 — Sentenza 10 marzo 1992 (citata alla nota 38), punto 358. Nello stesso senso v. già sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche (citata alla nota 96), punti 38 e 48.

110 — Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92 (Racc. pag. I-1477, punto 42). Le enunciazioni della pronuncia appena citata sono state ribadite dalla Corte nella sentenza 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP SpA e a. (Racc. pag. I-3257, punti 24-26). V., in argomento, le conclusioni presentate in tale causa dall'avvocato generale Fennelly, il quale ha rilevato, tra l'altro, che il concetto di posizione dominante collettiva non può essere impiegato per sopperire all'assenza di qualsiasi prova diretta dell'esistenza, e ancor meno dell'abuso, di una posizione dominante (punto 64).

111 — In tal senso v. Venit, citato alla nota 99, pag. 527 ss., in particolare pagg. 530-531. Un tale orientamento trova anche conforto nell'idea che la nozione di «limitazione della concorrenza», quale contenuta nell'art. 2, n. 3, dello stesso regolamento, consentirebbe alla Commissione di elaborare un nuovo concetto di "dominanza", basato su un'analisi di tipo probabilistico in relazione alle caratteristiche del mercato. V. Brittan, *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*, in *European Law Review*, 1990, pag. 354.

che la discrezionalità ad essa lasciata, dallo stesso regolamento, non può sconfinare nell'arbitrio. Insomma, è sicuramente da escludersi che la Commissione possa *inventare* i criteri che più ritiene opportuni rispetto ad ogni singola fattispecie.

In tali condizioni, peraltro, la prassi della Commissione, indubbiamente complessa e non priva di qualche contraddizione, può nondimeno rivelarsi uno strumento utile al fine di evidenziare eventuali incongruenze e contraddizioni presenti nella decisione e nelle difese della Commissione e pervenire così, anche per tale via, a concludere nel senso della correttezza o no dei criteri utilizzati nella specie. Posto in questi termini il problema, a me sembra che non abbia fondamento la pretesa della Commissione che non si tenga conto dei criteri e delle valutazioni contenuti nelle decisioni successive a quella che ci occupa. Invero, la prassi della Commissione, che si tratti di decisioni precedenti — come il caso Nestlé/Perrier, cui le ricorrenti si sono spesso richiamate [112] — o successive, non costituisce certo un parametro di legittimità della decisione impugnata, ma è quantomeno indicativa del metodo finora seguito dalla Commissione nell'applicare il regolamento alle posizioni dominanti collettive.

112 — In proposito, osservo peraltro che l'impostazione ed il metodo della decisione Nestlé-Perrier non sembrano esenti da critiche, principalmente perché tendono ad elaborare un test di verifica della posizione dominante collettiva dai contorni giuridici piuttosto incerti. V., sul punto, i rilievi di Winckler e Hansen, *Collective dominance under the EC Merger Control Regulation*, in *Common Market Law Review* (1993) 30, pag. 787 ss., in particolare pag. 828, per i quali «if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of "probability" or "facilitation", then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ("collective abuses") it wishes to avoid making "much easier"» (tale affermazione si riferisce al punto 120 della decisione).

104. Tutto ciò premesso, passo ora ad esaminare le contestazioni mosse dal governo francese, nonché dalle imprese ricorrenti, sui criteri applicati nella decisione per affermare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, suscettibile, su base di previsione, di tradursi in una significativa alterazione della concorrenza.

Ritengo opportuno trattare, subito dopo l'aspetto preliminare del grado di concentrazione del mercato, il nodo dei legami strutturali che, per stessa ammissione della Commissione, rappresenta l'elemento essenziale su cui essa si è fondata per affermare l'esistenza di una posizione dominante congiunta di K+S/MdK e SCPA. Passerò poi ad esaminare gli altri criteri utilizzati nella decisione, nonché la rilevanza di criteri utilizzati in altre decisioni ma del tutto assenti in quella che ci occupa.

— Il grado di concentrazione del mercato

105. La valutazione della Commissione è anzitutto fondata sull'aumento del grado (già elevato) di concentrazione del mercato, ritenuto idoneo a determinare, in prospettiva, il rafforzamento di una posizione dominante collettiva suscettibile di ostacolare la concorrenza in maniera significativa.

Il governo francese e le imprese ricorrenti contestano tale valutazione, affermando che l'aumento non sarebbe sostanziale, atteso che le quote di mercato detenute da K+S e SCPA sono passate, per effetto della concentrazione, dal 54% al 61%. Il governo francese fa valere, inoltre, che l'analisi della Commissione sarebbe arbitraria in quanto, da un lato, non terrebbe conto della circostanza che, a seguito dell'operazione di concentrazione, i fornitori di potassio sono passati da 10 a 9; dall'altro, non avrebbe preso in debita considerazione il ruolo di due operatori importanti, quali CPL e Coposa. Infine, l'analisi della Commissione non sarebbe attendibile, atteso che quest'ultima calcolerebbe le quote di mercato in due diversi modi, in funzione del risultato da raggiungere: in base a un primo metodo, sarebbe preso in considerazione unicamente il volume delle vendite dei diversi operatori nella Comunità; in base al secondo metodo, le vendite effettuate sul mercato francese sarebbero invece inglobate nel volume delle vendite di SCPA e dunque, correlativamente, sottratte al volume delle vendite di K+S.

106. Va qui premesso che il semplice incremento quantitativo delle quote di mercato detenute dalle imprese interessate, sul quale la Commissione ha posto un'enfasi finanche eccessiva nella decisione, è di per sé insufficiente a configurare la creazione di una posizione dominante collettiva, come ricordato anche nella sentenza «Vetro Piano», in cui il Tribunale è stato sul punto molto chiaro. Ciò è tanto più vero nel caso che ci occupa, atteso che la concentrazione ha portato ad un incremento del solo 7%.

Deve pertanto riconoscersi che l'aumento del grado di concentrazione del mercato, per effetto dell'acquisizione, non è di particolare rilievo, essendo limitato sia sul piano del numero dei concorrenti presenti sul mercato (passati da 10 a 9), sia sul piano dell'incremento della quota di mercato cumulativamente detenuta da K+S e SCPA sullo stesso mercato. In tali condizioni, l'importanza attribuita nella decisione al criterio in esame appare eccessiva [113]. In ogni caso, l'analisi svolta sul punto può al più dimostrare che il grado di concentrazione del mercato non è tale da far escludere *a priori* l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

— I legami strutturali fra K+S e SCPA

107. Per concorde giudizio delle parti, l'elemento centrale della decisione impugnata è rappresentato dalla constatazione dell'esistenza di «un intreccio eccezionalmente stretto di rapporti esistente da molto tempo fra K+S e SCPA» [114], tanto da far presumere che non sussista una concorrenza effettiva fra le due imprese. E sono precisamente tali legami ad aver costituito il fattore decisivo su cui ha fatto leva la Commissione per formulare la propria valutazione, tant'è vero che la stessa Commissione ha considerato la dissoluzione di tali legami, attraverso le condizioni imposte, idonea a far venir meno l'esistenza della pretesa posizione dominante collettiva.

113 — V. dal 52° al 56° 'considerando'.
114 — 57° 'considerando' della decisione.

108. Secondo il governo francese, la Commissione avrebbe commesso una serie di errori di apprezzamento nell'esaminare i legami strutturali fra K+S e SCPA, legami che non sarebbero in realtà idonei a dimostrare il nesso di causalità fra la concentrazione e la creazione di un duopolio K+S/SCPA, non essendo sufficienti a provare che, attraverso l'operazione in questione, si siano create le condizioni per un comportamento collusivo delle due imprese. In particolare: 1) pur avendo la Commissione individuato nella Comunità al di fuori della Germania il mercato rilevante, i legami in questione avrebbero un'incidenza limitata alla Francia; 2) la decisione avrebbe dovuto comprendere nell'oligopolio l'impresa spagnola Coposa [115]; 3) la scarsa presenza di K+S sul mercato francese non basterebbe a dimostrare l'esistenza di una dominanza di tale impresa unitamente a SCPA; 4) non sarebbe stato provato che l'acquisizione di MdK da parte di K+S sarebbe tale da determinare la creazione di una posizione dominante duopolistica detenuta da K+S e SCPA.

Le imprese ricorrenti focalizzano la loro attenzione soprattutto su quest'ultimo aspetto, evidenziando l'esistenza di talune contraddizioni di fondo nella posizione della Commissione, in particolare la circostanza che l'operazione di concentrazione, secondo la stessa istituzione, avrebbe creato, e non semplicemente rafforzato, una posizione dominante collettiva sul mercato pertinente.

115 — Ricordo che si tratta della società che commercializza il potassio prodotto da alcune imprese spagnole, recentemente raggruppate in un ente statale denominato INI.

109. Rispetto al primo di tali argomenti, osservo che, in effetti, i rapporti fra le società interessate investono direttamente o indirettamente solo il mercato francese; solo in questo, pertanto, potrebbero ritenersi idonei ad incidere sul rapporto di concorrenza effettiva fra K+S e SCPA. Ciò vale, in primo luogo, per la risoluzione dei rapporti di distribuzione intercorrenti fra K+S e SCPA, rapporti che trovano attuazione esclusivamente nel mercato francese. Ma ciò vale, in secondo luogo, anche rispetto alla partecipazione al cartello Kali-Export. Secondo la Commissione, infatti, tale partecipazione, che pure non riguarda le vendite sul mercato comunitario ma solo l'esportazione verso i Paesi terzi, sarebbe tale da interferire con le vendite in Francia. L'asserzione non è verificabile, in assenza di elementi probatori [116]; se, però, fosse provata, al più dimostrerebbe l'assenza di una concorrenza effettiva fra K+S e SCPA sul mercato francese, cioè su un mercato che, a parere della stessa Commissione, non costituisce un autonomo mercato rilevante. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui la tesi della Commissione fosse fondata, anche la partecipazione al cartello per le esportazioni avrebbe riflessi, in ambito comunitario, solo sul mercato francese, che, lo ripeto, non costituisce un mercato rilevante ai sensi della decisione.

Al riguardo, appare pertanto fondata l'affermazione conclusiva del governo francese secondo cui la Commissione non ha dimo-

116 — Invero, la Commissione ha sostenuto nelle sue memorie di aver sufficientemente dimostrato, nei 57°, 59°, 61° e 67° 'considerando' della decisione, l'esistenza di tali interferenze. Una lettura dei 'considerando' appena citati evidenzia tuttavia che in essi la Commissione si è limitata a porre l'accento sui legami strutturali che esisterebbero tra K+S e SCPA.

strato in che modo l'acquisizione di MdK da parte di K+S determinerebbe la nascita di un duopolio suscettibile di ostacolare la concorrenza sul mercato della Comunità ad esclusione della Germania. Non è infatti sufficiente, a questo fine, basarsi sui rapporti esistenti tra K+S e SCPA in Francia, che non costituisce un mercato autonomo.

110. Per quanto riguarda invece il profilo relativo alla società spagnola Coposa, il governo francese fa valere che la Commissione avrebbe erroneamente escluso la società in parola dal presunto oligopolio costituito da K+S e SCPA. In ogni caso, la Commissione non potrebbe sostenere, al fine di dimostrare la correttezza dell'individuazione del mercato geografico comunitario ad esclusione della Germania, che Coposa esporta in maniera significativa in Francia; per poi affermare, ma al fine di dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, che la stessa Coposa è poco presente in Francia e che comunque le sue vendite sarebbero canalizzate.

Al riguardo, dirò subito che la difesa della Commissione, basata sul rilievo che i legami tra K+S e SCPA sarebbero tali da caratterizzare i loro rapporti rispetto a tutti gli altri operatori e sulla pretesa che l'eventuale inclusione di Coposa nell'oligopolio sarebbe stata comunque irrilevante ai fini della decisione, provocando in ipotesi solo un rafforzamento della posizione dominante collettiva, è poco convincente. È fin troppo evidente, infatti, che l'individuazione esatta dei componenti di un oligopolio è questione prioritaria rispetto alla sua valutazione, al pari della verifica delle condizioni concorrenziali all'esterno dell'oligopolio medesimo [117]. Nella specie, sembra pertanto difficile, sulla base dei dati disponibili ed applicando gli stessi criteri utilizzati per includere nella posizione dominante collettiva la K+S e la SCPA, escludere la Coposa da detto oligopolio. In proposito, basti qui ricordare che anche la Coposa partecipa al cartello Kali-Export e che la stessa impresa vende in Francia essenzialmente attraverso la SCPA.

111. Analogamente non decisive, al fine di stabilire l'assenza di concorrenza fra K+S e SCPA, e quindi l'esistenza di una loro posizione dominante collettiva, mi paiono le circostanze, oggetto del terzo argomento proposto dal governo, che K+S sarebbe poco presente in Francia e che per una parte delle sue vendite in tale Paese utilizzerebbe i canali distributivi di SCPA. La prima circostanza evidenziata potrebbe infatti avere più di una giustificazione: la struttura del mercato francese, le preferenze dei consumatori, le strategie imprenditoriali della società tedesca. Peraltro, ove si volesse attribuire un maggiore rilievo a tale profilo, sarebbe necessario chiedersi perché situazioni analoghe, cioè l'assenza in importanti mercati nazionali, si verifichino per tutti i più grandi operatori del settore; in particolare, perché nella decisione impugnata, trattando del mercato tedesco, la

117 — In proposito, ricordo, ad esempio, che la lista di verifica per il controllo delle concentrazioni adottata nel 1990 dall'Ufficio Federale dei cartelli in Germania (in versione inglese pubblicata in *Ford. Corp. Law Inst.*, 1991, pag. 161 ss.) considera l'assenza di concorrenza fra gli oligopolisti e i concorrenti "esterni" come un fattore essenziale per qualificare come dominante l'oligopolio.

Commissione abbia imputato l'assenza di SCPA non ai legami con K+S, bensì a fattori strutturali propri di quel mercato.

Quanto alle vendite di prodotti della K+S attraverso SCPA, va qui sottolineato che, se è ben vero che una larga parte delle importazioni francesi di prodotti della K+S avviene per il tramite della SCPA, è altresì vero che si tratta di un'entità talmente esigua (l'1,4% del mercato rilevante) da non poter costituire una prova sufficiente della tesi della Commissione.

112. E vengo, infine, all'ultimo argomento del governo francese, relativo alle implicazioni dell'acquisizione di MdK da parte di K+S: in particolare, esso sostiene che la Commissione non avrebbe affatto provato che, per effetto di tale acquisizione, si sia venuta a creare una posizione dominante duopolistica pregiudizievole per la concorrenza. Anche le imprese ricorrenti hanno svolto un analogo rilievo, ponendo l'accento in particolare sulla contraddittorietà della posizione della Commissione, la quale, da un lato, ha applicato la teoria della *failing company defense* sul presupposto che la MdK sarebbe comunque scomparsa dal mercato, perché in crisi ormai irreversibile; dall'altro, ha invece ritenuto che l'acquisizione della MdK da parte di K+S — e con essa la concentrazione che ne risulta — fosse tale da creare una posizione dominante duopolistica in grado di ostacolare la concorrenza.

Sul punto, la Commissione ribatte che la creazione della posizione dominante congiunta di K+S/MdK e SCPA sarebbe effettivamente una conseguenza dell'operazione di concentrazione, atteso che quest'ultima avrebbe sostanzialmente modificato le condizioni strutturali del mercato. In particolare, la Commissione evidenzia i seguenti fattori: a) MdK assicura il 25% della produzione totale di potassio nella Comunità; b) al momento della decisione il tasso di utilizzazione della capacità produttiva della MdK era ridotto del 50%; c) infine, la quota di mercato del 7% costituirebbe un elemento cruciale, tenuto conto del fatto che l'offerta, al di fuori del gruppo K+S/MdK e SCPA, è atomizzata e che la quota di mercato di tale gruppo, secondo l'analisi della Commissione, sarebbe destinata ad aumentare.

113. Osservo anzitutto che le riportate affermazioni della Commissione non rispondono alle obiezioni dei ricorrenti. Sia il governo francese che le imprese fanno infatti valere l'assenza di nesso causale tra la *creazione* del dominio oligopolistico e l'operazione di concentrazione, assenza che deriverebbe dalla circostanza che MdK, secondo l'analisi svolta al riguardo dalla stessa Commissione, sarebbe stata comunque destinata ad uscire dal mercato. Insomma, in che modo l'acquisizione di MdK avrebbe provocato la creazione di una posizione dominante collettiva, allorché — con o senza concentrazione — la quota di mercato di MdK sarebbe comunque stata rilevata, a seguito della sua uscita dal mercato, dagli altri operatori del settore?

Anche a voler considerare corretta l'analisi della Commissione secondo cui non sarebbe

ragionevole ritenere che la quota detenuta da MdK nel mercato comunitario al di fuori della Germania sarebbe passata quasi sicuramente a K+S [118] e che pertanto non risulterebbe soddisfatto uno dei criteri cui è subordinata l'applicabilità della *failing company defense*, resta che l'intera ricostruzione operata dalla Commissione appare, sotto il profilo assolutamente imprescindibile del nesso di causalità tra concentrazione e creazione di una posizione dominante congiunta di K+S e SCPA, piuttosto debole. Ne consegue che il rilievo attribuito in tale contesto alla quota del 7%, detenuta dalla MdK sul mercato geografico rilevante, si rivela assolutamente non decisivo.

— Le caratteristiche del concorrente eliminato

114. Secondo il governo francese, la Commissione avrebbe omesso di analizzare, a differenza della valutazione operata nella decisione Nestlé/Perrier, le caratteristiche del concorrente eliminato dal mercato in conseguenza della concentrazione, dunque di MdK. Ad avviso dello stesso governo, l'esame di tali caratteristiche avrebbe necessariamente condotto alla conclusione che la scomparsa di MdK dal mercato non poteva avere alcuna influenza sulla concentrazione, trattandosi peraltro, secondo l'analisi della stessa Commissione, di un'impresa comunque destinata, sia pure a medio termine, ad uscire dal mercato.

118 — V. 79° 'considerando'.

Il rilievo del governo francese non è privo di fondamento. Nella decisione resa nel caso Nestlé/Perrier, in cui il concorrente eliminato (Perrier) rappresentava una quota oscillante fra il 35,9% ed il 44,2% del mercato, la Commissione aveva ritenuto che «la riduzione da tre fornitori a due (duopolio) non è una mera modifica cosmetica della struttura del mercato. La concentrazione porterebbe anzi all'eliminazione di uno dei concorrenti principali che detiene le maggiori riserve di capacità e i più alti volumi di vendite nel mercato. Le fonti e le marche Perrier verrebbero suddivise fra i due fornitori restanti. Inoltre, la riduzione da tre a due soli fornitori nazionali renderebbe molto più facile il comportamento parallelo anticoncorrenziale e i conseguenti abusi collettivi» [119]. In tal modo, la Commissione aveva evidenziato la portata e gli effetti dell'acquisizione della Perrier, che per dimensioni e quota di mercato era un fattore essenziale di concorrenza effettiva.

115. Nel caso che ci occupa, invece, l'analisi della decisione risulta perlomeno lacunosa. Anche a non voler attribuire eccessivo rilievo alla modesta entità della quota detenuta sul mercato comunitario dalla MdK (7%) [120], non può non avanzarsi qualche dubbio in ordine alla effettiva incidenza della scomparsa di MdK sull'assetto concorrenziale del mercato. Per di più, nella decisione non vi è riferimento alcuno alle «impressionanti capacità di produzione» della MdK evocate dalla

119 — Decisione 92/553/CEE, citata alla nota 66, 120° 'considerando'.

120 — Tale quota, peraltro, è uguale a quella detenuta dalla società SIV, la cui acquisizione da parte della Pilkington e della Techint è stata autorizzata, senza condizione alcuna, con la decisione 94/359/CE, citata alla nota 87.

Commissione nelle proprie difese [121], che peraltro appaiono difficilmente conciliabili con la qualificazione della stessa impresa come entità economica non più vitale [122]. Infine, la decisione non contiene alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che MdK rivesta, anche al di là del suo peso effettivo, un ruolo essenziale per il mantenimento della concorrenza.

In definitiva, ritengo che la Commissione non abbia dimostrato che l'uscita della MdK dal mercato comunitario ad esclusione della Germania sia tale da, o quantomeno concorra a, determinare la creazione di un duopolio costituito da K+S/MdK e SCPA e suscettibile di ostacolare in modo significativo la concorrenza.

— La posizione dei concorrenti

116. Il governo francese fa poi valere la contraddittoria ed insufficiente analisi, quale contenuta nella decisione, della posizione dei concorrenti presenti sul mercato in causa. In particolare, esso evidenzia l'incoerenza della posizione della Commissione, che minimizza la posizione sul mercato di CPL e Coposa, mentre, ai fini dell'individuazione del mercato geografico rilevante, pone l'accento precisamente sulle esportazioni della Spagna e del Regno Unito verso altri Stati membri. Lo stesso governo contesta, inoltre, la tesi della Commissione secondo cui la canalizzazione attraverso SCPA delle importazioni provenienti da Paesi terzi dimostrerebbe che la pressione concorrenziale di tali Paesi sul duopolio sarebbe pressoché nulla.

Anche sotto tale profilo, la doglianza del governo francese sembra cogliere alcune oggettive lacune della decisione.

117. In primo luogo, non è condivisibile il metodo seguito dalla Commissione, che, per dimostrare l'assenza di pressione concorrenziale sul presunto oligopolio, adduce come prova la canalizzazione delle importazioni dai Paesi terzi in Francia attraverso la SCPA [123]. Al di là di ogni altro rilievo, infatti, la Francia non costituisce ai fini che qui interessano un mercato autonomo. Conseguentemente, l'analisi dei fattori di valutazione della concentrazione non può svolgersi con esclusivo riguardo al mercato francese, dovendo piuttosto, e comunque, prendere in considerazione il territorio individuato quale mercato rilevante dalla decisione, mercato che è costituito dall'intera Comunità ad esclusione della Germania.

121 — Pag. 32 del controricorso.
122 — 76° 'considerando' della decisione.
123 — V. pagg. 33 e 34 del controricorso, nonché pag. 54 della controreplica.

Del pari insufficienti e contraddittorie sembrano essere le considerazioni della Commissione circa la rilevanza delle importazioni dalla CSI, che, secondo i dati forniti dal governo francese [124] e non contestati dalla Commissione, sarebbero progressivamente aumentate, fino a raggiungere l'11% delle vendite all'interno della Comunità, livello certo non irrilevante. Si consideri, poi, che i nove operatori rimasti sul mercato in seguito alla concentrazione hanno quote tali da determinare una situazione nella quale il peso dei concorrenti del presunto duopolio costituito da K+S/MdK e SCPA appare di indubbio rilievo [125].

— Il confronto tra le situazioni di K+S/MdK e SCPA

118. Il governo francese contesta inoltre, nel confutare i criteri applicati nella specie al fine di affermare l'esistenza di una dominanza oligopolistica, sia l'eccessivo peso attribuito dalla Commissione alla quota di mercato detenuta cumulativamente da K+S e SCPA, sia la mancata presa in considerazione dell'assenza di simmetria fra le due imprese, assenza che pure, in precedenti decisioni, avrebbe invece costituito un fattore significativo per negare la sussistenza di una posizione dominante oligopolistica.

La Commissione ribatte che una quota di mercato del 60% ben dimostrerebbe l'esistenza di una posizione dominante collettiva, in particolare allorché vi sia, come nella specie, una sensibile differenza con le quote di mercato detenute dai concorrenti. Pur ammettendo, poi, che le imprese in questione presentano notevoli differenze tra loro, essa contesta l'assunto secondo cui un duopolio sarebbe concepibile unicamente in presenza di imprese aventi caratteristiche simili.

119. Relativamente al primo profilo evocato, osservo anzitutto che la stessa Commissione ha in passato escluso la possibilità di fissare soglie presuntive di dominanza collettiva; e che comunque ha autorizzato, in recenti decisioni [126], concentrazioni con quote cumulate equivalenti a quelle calcolate nella fattispecie. Pertanto, pur non potendosi in astratto negare una certa rilevanza ad una quota del 60%, questa non può, in ogni caso non da sola, assumere un valore decisivo e costituire una prova dell'esistenza di un dominio oligopolistico.

A ciò si aggiunga che i precedenti giurisprudenziali citati dalla Commissione non sono conferenti, in quanto relativi a posizioni di dominanza individuale [127], ciò che giustifica il valore presuntivo riconosciuto ad una quota compresa fra il 45% e l'80% del mercato. La quota è analizzata peraltro, in tali

124 — V. pag. 42 della controreplica.

125 — V. i dati della tabella riportati a pag. 43 della replica del governo francese, che la Commissione non ha contestato.

126 — V., ad esempio, la decisione 94/359/CE, Pilkington-Techint/SIV, citata alla nota 87.

127 — Il riferimento è alle sentenze 13 febbraio 1979, citata alla nota 96; 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin (Racc. pag. 3461); e 3 luglio 1991, causa 62/86, Akzo (Racc. pag. 3359).

sentenze, sempre congiuntamente ad altri fattori, quali ad esempio il divario (di almeno il 50%) fra la prima e la seconda impresa presenti sul mercato.

120. Neppure ritengo di poter condividere la posizione della Commissione relativa al secondo profilo qui evocato, vale a dire alla mancata presa in considerazione dell'assenza di simmetria fra i presunti componenti della dominanza collettiva.

Osservo anzitutto che l'assenza di simmetria fra le imprese interessate, nella specie incontestata [128], è stata dalla Commissione considerata decisiva in altri casi per escludere la sussistenza di un duopolio [129]; e ciò sia dal punto di vista delle quote di mercato, considerate nel loro insieme e in relazione ai mercati dei singoli Paesi, sia da quello della "potenza economica", sia, infine, sotto l'aspetto della capacità produttiva. In proposito, va qui ricordato che nella decisione Nestlé-Perrier la Commissione ha chiarito le implicazioni della simmetria delle imprese interessate e le ragioni della sua presa in considerazione ai fini della valutazione degli effetti della concentrazione [130], evidenziando, in particolare, come la simmetria delle imprese sia un chiaro deterrente per la concorrenza e faciliti comportamenti coordinati e collusivi. Conseguentemente, ritengo che la difesa della Commissione, limitandosi a dedurre l'irrilevanza della differenza fra K+S e SCPA ai fini della configurazione di un duopolio, sia inadeguata. Né credo possa giustificarsi la pretesa della stessa Commissione di considerare del tutto irrilevante, nel caso di specie, la sua prassi applicativa del regolamento. Se è ben vero, infatti, che la prassi costituisce un parametro di riferimento non cogente, suscettibile di adattamenti in funzione del caso concreto, è altresì vero che essa non può nemmeno essere considerata, nel contesto in esame, priva di qualsivoglia valore.

121. L'insieme dei rilievi fin qui svolti evidenzia una serie di lacune e contraddizioni nella valutazione e nell'applicazione dei criteri elaborati dalla Commissione, tali da indurre alla conclusione che la decisione sia non congruamente motivata. La Commissione non è infatti riuscita a provare in modo adeguato, neppure alla stregua della sua stessa prassi, l'esistenza sul mercato rilevante di una posizione dominante collettiva di K+S/MdK e SCPA, creatasi per effetto della progettata concentrazione.

Ciò mi induce a trattare solo sinteticamente gli ulteriori argomenti svolti dal governo francese in ordine agli altri fattori presi in considerazione nella decisione. Più precisamente, mi soffermerò sul modo in cui sono stati esaminati i profili inerenti al potere economico della clientela, alle barriere all'entrata

128 — V. controricorso della Commissione, pagg. 37-58.

129 — Ad esempio in Pilkington-Techint/SIV (citata alla nota 87), 55° 'considerando'; *a contrario*, in Mannesmann/Vallourec/Ilva (citata alla nota 58), la simmetria delle imprese coinvolte nella concentrazione, detentrici di quote rispettivamente del 36 e 33%, è stata considerata dalla Commissione come un incentivo ad adottare un parallelismo di comportamenti.

130 — Decisione citata alla nota 66, 123° 'considerando'.

e alle caratteristiche del mercato e del prodotto, nonché sul parallelismo dei comportamenti.

— Il potere economico della clientela

122. Il governo francese rimprovera alla Commissione di non aver affatto preso in considerazione il criterio relativo al potere economico della clientela, in particolare di non aver analizzato la natura ed il peso dei produttori e degli importatori di sali di potassio, ciò che avrebbe potuto (e dovuto) condurre alla conclusione che la creazione di un dominio oligopolistico da parte di K+S/MdK e SCPA sarebbe altamente improbabile.

La Commissione ammette la valenza del potere economico della clientela come "contrappeso" rispetto al duopolio, idoneo dunque a scoraggiarne un parallelismo di comportamenti; aggiunge tuttavia che si tratterebbe solo di uno tra i tanti fattori da prendere in considerazione al fine di pervenire ad una valutazione definitiva degli effetti dell'operazione di concentrazione di cui si tratta.

123. Orbene, è indubbio che nel caso che ci occupa non si è dato conto del peso e delle caratteristiche dei diversi tipi di clientela dei prodotti considerati. Ciò non consente di stabilire se effettivamente, come sostenuto dal governo francese, le grandi multinazionali produttrici di concimi composti abbiano un potere d'acquisto tale da precludere agli oligopolisti il rafforzamento della loro posizione o se invece, come asserito dalla Commissione, siano i "bulk-blenders", cioè i miscelatori all'ingrosso di concimi, ad occupare un posto di rilievo fra la clientela. Tantomeno viene specificato se tali "bulk-blenders" siano realmente piccoli e medi imprenditori non in grado di esercitare una adeguata pressione sui produttori; o se, come afferma il governo ricorrente, la loro attività venga esercitata anche dalle filiali delle grandi multinazionali. All'evidenza, una risposta a tale quesito sarebbe stata indispensabile per accertare se la clientela abbia o no un effettivo potere contrattuale.

La posizione della Commissione appare pertanto debole, tanto più che, in effetti, la forza contrattuale dei consumatori è un fattore di indubbio rilievo nell'accertamento delle condizioni della concorrenza, potendo scoraggiare l'adozione di comportamenti anticompetitivi. In tal senso, del resto, devono leggersi le valutazioni della Commissione sia nel caso Pilkington-Techint/SIV, sia nel caso Nestlé/Perrier [131].

131 — In tale decisione, citata alla nota 66, il peso della clientela è stato considerato, dopo un'analisi puntuale che nella odierna fattispecie manca, inidoneo ad esercitare una pressione reale sui produttori (v. in particolare 77°-89° 'considerando').

124. Le incertezze fin qui elencate consentono di trascurare altri profili, pure inerenti alle caratteristiche della clientela, evocati dal governo francese. Aggiungo soltanto, per motivi di chiarezza, che l'affermazione del Tribunale, contenuta nella sentenza «Vetro Piano», secondo cui la Commissione «non è tenuta a discutere nelle sue decisioni ogni argomento presentato dalle imprese interessate» [132], contrariamente a quanto sostenuto dalla stessa istituzione nel corso della procedura, non offre argomenti a sostegno delle sue tesi.

Il profilo della forza della clientela non costituisce infatti un argomento fatto valere dai ricorrenti durante la fase amministrativa e non ripreso nella decisione, ma un fattore d'analisi rilevante per accertare se esiste o no una posizione dominante oligopolistica. In quanto tale, esso deve essere necessariamente esaminato, potendo la sua mancata valutazione tradursi in una lacuna argomentativa della decisione tale da pregiudicarne l'attendibilità. Del resto, precisamente nella sentenza appena richiamata, il Tribunale ha affermato, con riferimento all'art. 86, che l'analisi degli aspetti del mercato di cui i ricorrenti avevano lamentato la mancata considerazione «sarebbe stata necessaria per l'esame della questione della posizione dominante» [133], con ciò ribadendo la necessità che le determinazioni della Commissione siano sorrette da indagini quanto più possibile complete ed esaurienti.

132 — Sentenza 10 marzo 1992 (citata alla nota 38), punto 363.
133 — *Idem*, punto 363.

— Le barriere all'entrata

125. Alla Commissione viene imputato di non aver effettuato alcuna analisi, nella parte della decisione dedicata all'esistenza di una posizione dominante collettiva, relativamente all'esistenza di barriere all'entrata, fattore ritenuto di grande rilievo nella prassi della Commissione. Ciò sarebbe tanto più inspiegabile dal momento che l'assenza di ostacoli di tale tipo sarebbe evidenziata nella stessa decisione ai fini della delimitazione del mercato geografico rilevante.

Invero, la Commissione ammette l'assenza di ostacoli all'entrata all'interno della Comunità. Essa aggiunge, tuttavia, che nella specie vi sarebbero ben due tipi di barriere all'entrata rispetto alle imprese dei Paesi terzi e cioè: le misure antidumping per le importazioni provenienti dalla CSI; nonché il monopolio legale di SCPA, in virtù del quale tutte le importazioni in Francia provenienti da Paesi terzi sono canalizzate attraverso tale impresa.

126. Dirò subito di nutrire non pochi dubbi sul fatto che gli elementi appena ricordati possano costituire barriere all'ingresso. Sicuramente non lo sono i dazi antidumping, che, per esplicita ammissione della stessa Commissione, tendono a ristabilire la concorrenza

e non ad intralciare gli scambi [134]. A ciò si aggiunga che non è stata in alcun modo dimostrata, tantomeno fondandosi su dati obiettivi, la loro reale incidenza sul livello delle importazioni. Anzi, le valutazioni relative ai diversi mercati nazionali, quali contenute nella decisione (64° 'considerando'), sono piuttosto tali da far presumere il contrario.

Relativamente al monopolio di SCPA, osservo poi che sul punto si ripropone il difetto di impostazione già rilevato a più riprese; vale a dire la tendenza della Commissione a svolgere un'analisi limitata alla Francia come se quello francese costituisse il mercato geografico rilevante ai sensi della decisione. Rilevo inoltre che, anche a non volersi soffermare sulla portata degli effetti di tale monopolio, la presenza in diversi Paesi comunitari, riconosciuta dalla stessa Commissione [135], di consistenti flussi di importazioni da Paesi terzi, al punto di rappresentare una parte preponderante del mercato, induce piuttosto a concludere nel senso che non risulta dimostrata la presenza di barriere all'ingresso.

— Le caratteristiche del mercato e del prodotto

127. Infine, circa le caratteristiche del mercato e del prodotto, usualmente ritenute fattori significativi di analisi, mi limito ad osservare, con il governo francese, che fra le valutazioni della Commissione, peraltro caratterizzate da una certa laconicità, non si rinvengono verifiche approfondite e puntuali né dei prezzi praticati da K+S e SCPA [136], fattore assolutamente essenziale per stabilire la trasparenza del mercato (che, com'è noto, facilita comportamenti uniformi) e valutare l'elasticità della domanda; né della struttura dei costi delle due imprese, che possono, se diversi, costituire un incentivo per esercitare un'azione concorrenziale.

È inutile ribadire che siffatte omissioni, investendo profili qualificanti, concorrono ad indebolire l'indagine effettuata dalla Commissione ed i relativi risultati. Ritengo pertanto che non sia necessario approfondire gli altri elementi "strutturali" di cui si è discusso, quali ad esempio quelli relativi all'omogeneità del prodotto, in ordine ai quali, peraltro, non condivido, conformemente a quanto già evidenziato nell'esame della delimitazione del mercato geografico rilevante, la posizione espressa dal governo francese.

— Il parallelismo di comportamenti

128. Le valutazioni della Commissione al riguardo, come correttamente fatto valere dal governo francese, non sono affatto convin-

134 — V. pag. 61 della controreplica.
135 — V. pag. 61 della controreplica.
136 — V. sul punto quanto ho già sottolineato a proposito della delimitazione del mercato geografico rilevante.

centi. Invero, le circostanze dalle quali la Commissione ha inteso ricavare elementi probanti rispetto all'esistenza della dominanza congiunta di K+S/MdK e SCPA, soprattutto se confrontate con quelle valorizzate in altre decisioni, si rivelano prive di significato.

È fin troppo evidente, infatti, che l'accordo fra K+S e SCPA, dichiarato incompatibile con l'art. 85 nel 1973 [137], non può non essere considerato un indizio troppo debole da cui presumere — a più di 20 anni di distanza — la mancanza di concorrenza fra K+S e SCPA [138]. Del pari non decisive, sotto il profilo ora considerato, si rivelano le considerazioni sulla scarsa presenza di K+S sul mercato francese che, come evidenziato nell'esaminare il profilo dei legami strutturali tra K+S e SCPA, ben possono essere giustificate da ragioni diverse.

129. Tali rilievi trovano peraltro conforto nella circostanza che di ben altra natura sono stati i profili considerati, a questi fini, in precedenti decisioni. In Nestlé/Perrier, ad esempio, la Commissione, dopo aver evidenziato il grado assai ridotto di concorrenza sotto il profilo dei prezzi, ha constatato la sussistenza di un alto grado di parallelismo dei prezzi praticati dai tre produttori interessati dalla concentrazione, accompagnato dalla messa a punto di strumenti di trasparenza atti a facilitare un coordinamento delle politiche dei prezzi ed un controllo reciproco su di esse [139]. Inoltre, nello stesso caso, la Commissione ha preso in considerazione, come indice dei legami fra le imprese interessate, la reazione manifestata dalle stesse al tentativo di acquisto attuato da un operatore esterno; reazione considerata come «un'azione congiunta di deterrenza all'ingresso sul mercato» [140]. Nel caso Pilkington-Techint/SIV, invece, la stessa Commissione ha ritenuto che fossero in grado di stimolare comportamenti paralleli anticoncorrenziali talune intese fra le imprese interessate, condannate nel 1988, dunque solo 5 anni prima della decisione; e dal Bundeskartellamt addirittura pochi mesi prima della decisione [141].

Si tratta, già a prima vista, di elementi ben più significativi e probanti di quelli presi un considerazione nella fattispecie che ci occupa.

130. Alla luce dell'insieme delle considerazioni sin qui svolte, ritengo che la Commissione non abbia coerentemente applicato, nel caso di specie, i criteri da essa stessa elaborati per individuare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Non solo; pur ammet-

137 — GU 1973, L 217, pag. 3. Sul punto v. 57° 'considerando' della decisione.

138 — E ciò anche a non voler tener conto, sul piano sistematico, dell'orientamento espresso nella sentenza «Vetro Piano», in cui si è precisato che «per dimostrare una violazione dell'art. 86 del Trattato, non è sufficiente (...) "riciclare" i fatti costitutivi di un'infrazione all'art. 85, traendone la constatazione che le parti di un accordo o di una pratica illecita detengono insieme una parte di mercato rilevante, che per questo solo fatto esse detengono una posizione dominante collettiva e che il loro comportamento illecito costituisce un abuso di questa posizione» (sentenza 10 marzo 1992, citata alla nota 38, punto 360).

139 — V. 59°, 121° e 122° 'considerando' della decisione.

140 — 127° 'considerando' della decisione.

141 — Decisione 94/359/CE, citata alla nota 87, 32° 'considerando'. Non è qui superfluo aggiungere che l'elemento in questione non è stato considerato tale da condurre all'imposizione di condizioni, tantomeno da negare l'autorizzazione della concentrazione.

tendo, come già ipotizzato, la possibilità di adattare la nozione di posizione dominante collettiva alle peculiarità del controllo sulle concentrazioni, nonchè alle caratteristiche del caso di specie, resta comunque ferma la necessità che la Commissione fornisca, in sede di verifica delle concentrazioni, elementi sufficienti che provino il legame causale tra la concentrazione e la posizione dominante collettiva [142].

Di tali elementi non vi è è traccia nel caso che ci occupa; anzi, sussistono indicazioni non prive di rilievo che inducono a negare l'assunto della Commissione. In definitiva, ritengo che la Commissione non abbia affatto dimostrato che la concentrazione esaminata crei una dominanza congiunta di K+S/MdK e SCPA suscettibile di ostacolare in modo significativo la concorrenza.

d) *Sull'imposizione di condizioni ed oneri che ricadono su terzi estranei all'operazione di concentrazione* (cause C-68/94 e C-30/95)

131. La valutazione del mezzo relativo all'illegittimità dell'imposizione di oneri a soggetti terzi rispetto all'operazione di concentrazione evidentemente presuppone, da un lato, che una posizione dominante collettiva sia rilevante ai fini dell'applicazione del regolamento; dall'altro, che la Commissione abbia effettivamente dimostrato la sussistenza nella specie di una posizione dominante collettiva.

Tenuto conto delle conclusioni cui sono fin qui pervenuto, in particolare quanto all'utilizzazione nella specie della nozione di posizione dominante collettiva, non sarebbe necessario esaminare il mezzo in questione. Per motivi di completezza, ritengo tuttavia opportuno soffermarmi anche sulle censure fatte valere in argomento dai ricorrenti.

132. Orbene, il governo francese sostiene che il regolamento, anche a volerlo considerare applicabile alle posizioni dominanti collettive, comunque non consentirebbe di subordinare la dichiarazione di compatibilità della concentrazione a condizioni ed oneri che, come nella specie, abbiano un'incidenza diretta sulla posizione di soggetti terzi estranei all'operazione. A tal fine, esso fa valere che l'art. 8, n. 2, del regolamento consentirebbe alla Commissione unicamente di accettare, da parte delle imprese notificanti, impegni che riguardano la concentrazione in senso stretto e non anche impegni che si ripercuotono sostanzialmente su terzi.

Le imprese ricorrenti, che pure concordano con il governo francese quanto all'impossibilità, in base al regolamento, di imporre condizioni ed oneri che ricadano sui terzi, fanno

142 — Ove così non fosse, si finirebbe per rendere l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, pregiudizievole per la concorrenza, oggetto di una previsione fondata su mere supposizioni, sganciate da qualsivoglia elemento concreto e per ciò stesso del tutto inattendibili.

sostanzialmente valere che, anche a voler considerare provata nella specie la sussistenza di una posizione dominante collettiva, resterebbe che le condizioni previste non sarebbero né idonee né appropriate ai fini del mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato pertinente.

1) *Sulla possibilità di applicare l'art. 8, n. 2, ad imprese terze rispetto all'operazione di concentrazione*

133. Dirò subito che la tesi del governo francese non può non essere condivisa. L'art. 8, n. 2, del regolamento, infatti, consente alla Commissione unicamente di subordinare la dichiarazione di compatibilità «a condizioni e oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per modificare il progetto iniziale di concentrazione». Una tale formulazione lascia intendere che non rientra affatto fra i poteri della Commissione quello di intervenire nei confronti di operatori estranei alla concentrazione, anche qualora ritenuti componenti di un oligopolio con le imprese notificanti.

In altre parole, l'art. 8, n. 2, circoscrive espressamente ed inequivocabilmente il potere della Commissione alla facoltà di pretendere dalle imprese interessate impegni diretti a «modificare il progetto iniziale di concentrazione»; sicché preclude qualsivoglia possibilità di adottare cambiamenti strutturali del contesto concorrenziale in cui si svolge l'operazione. Il potere di modifica del progetto non può pertanto essere trasformato, in assenza di un'espressa previsione in tal senso, in un più generale potere di ristrutturazione di un intero mercato e/o settore industriale.

134. Siffatta conclusione non mi sembra poter essere seriamente contraddetta dalle argomentazioni della Commissione secondo cui: a) la decisione avrebbe imposto condizioni ed oneri unicamente rispetto alle imprese parti alla concentrazione, condizioni ed oneri destinati ad assicurare il rispetto degli impegni assunti dalle parti notificanti; b) il divieto di una concentrazione, in ragione del fatto che le condizioni di cui si tratta sarebbero tali da pregiudicare gli interessi dei terzi, sarebbe contrario agli obiettivi perseguiti dal regolamento e non sarebbe compatibile con il principio di proporzionalità.

Rispetto a quest'ultimo profilo, rinvio a quanto già detto nell'esaminare l'applicabilità del regolamento alle posizioni dominanti collettive, tenuto conto di considerazioni di carattere economico e delle finalità del regolamento stesso [143]. Quanto al primo profilo, basti qui osservare che, se è ben vero, come sostenuto dalla Commissione, che sarebbe nella natura stessa del controllo delle concentrazioni che gli impegni assunti dalle parti notificanti possano avere effetti, sia pure indiretti, sui terzi, è altresì vero che nella specie non si tratta certo di condizioni che hanno un riflesso su terzi, bensì di condizioni che oggettivamente e soggettivamente

143 — V. *supra*, punti 94-98.

riguardano dei terzi, e ciò quantomeno nella stessa misura in cui riguardano le parti. Né la prassi invocata dalla Commissione è tale da spostare i termini del problema: si tratta infatti di decisioni che non impongono condizioni riguardanti direttamente i terzi e che pertanto non sono equiparabili alla decisione impugnata [144]. In ogni caso, poi, resta che «una semplice prassi non può prevalere sulle norme del Trattato» [145]; né, aggiungo, su disposizioni contenute in un atto di diritto derivato che chiaramente contrastino con la prassi della Commissione. Come già rilevato in altra occasione, sarebbe infatti paradossale ammettere che una violazione delle regole diventi legittima solo perché ... ripetuta!

sarebbero inidonee al raggiungimento dell'obiettivo di cui all'art. 2, n. 2, del regolamento.

In buona sostanza, SCPA ed EMC evidenziano il carattere arbitrario delle condizioni previste dalla decisione impugnata, che non riguardavano e non riguardano in alcun modo il progetto di concentrazione, ma toccano esclusivamente rapporti contrattuali e societari ad esso soggettivamente ed oggettivamente estranei, per di più aventi attuazione in ambiti geografici diversi dal mercato in considerazione [146].

2) *Sull'idoneità delle condizioni imposte nella specie al fine di mantenere una concorrenza effettiva*

135. Sul profilo in questione, si soffermano in particolare le imprese ricorrenti, facendo valere che si tratterebbe di condizioni non necessarie, né appropriate, al fine di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato pertinente; in quanto tali, dette condizioni

136. Al riguardo, osservo preliminarmente che l'efficacia delle condizioni previste sul piano concorrenziale solleva più di un dubbio, sia per il divario geografico già evidenziato fra l'oggetto delle condizioni ed il mercato rilevante, sia per la carenza di elementi probatori che dimostrino l'idoneità di tali condizioni a garantire la conformità della concentrazione alle prescrizioni del regolamento. Sotto tale profilo, mi sembra pertanto condivisibile il rilievo delle imprese ricorrenti secondo cui, nell'individuazione delle condizioni da imporre in applicazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento, la Commissione deve basarsi su valutazioni serie ed approfondite e non già su considerazioni ipotetiche, quali quelle utilizzate nelle difese

144 — In particolare, la Commissione fa riferimento alla decisione 4 maggio 1993, Caso KNP/BT e VRG (GU L 217, pag. 35); alla decisione 19 dicembre 1991 — Caso Courtaulds/SNIA (GU C 333, pag. 16); nonché alla decisione 31 luglio 1991 — Caso Varta/Bosch (GU L 320, pag. 26)

145 — Sentenza 9 agosto 1994, causa C-327/91, Francia/Commissione (Racc. pag. I-3641, punto 36).

146 — La portata di tali condizioni, piuttosto, dimostra che la Commissione avrebbe potuto agire, ove ne avesse ravvisato l'opportunità, nei confronti dei presunti componenti del duopolio (SCPA/EMC e K+S) utilizzando altri strumenti e segnatamente l'art. 85, così come ha peraltro fatto, parallelamente alla vicenda in esame, in relazione alla filiale comune canadese Potacan, oggetto di indagine ai sensi del regolamento n. 17/62 (citato alla nota 51).

della Commissione per giustificare la legittimità delle condizioni imposte nelle fattispecie.

Atteso che, lo ricordo, ho considerato irricevibile il ricorso delle imprese ricorrenti nella parte in cui è diretto ad ottenere l'annullamento della condizione relativa alla impresa comune Potacan, la breve analisi che seguirà sarà dedicata alle condizioni concernenti il ritiro dalla società Kali-Export e la risoluzione dei contratti di distribuzione, beninteso solo richiamando quei profili già esaurientemente trattati nell'analisi dedicata ai legami strutturali tra K+S e SCPA [147].

— Sulla condizione riguardante l'uscita di K+S dal cartello Kali-Export

137. Le imprese ricorrenti fanno innanzitutto valere che l'esistenza di Kali-Export e la partecipazione di K+S, MdK e SCPA in tale impresa non sono suscettibili di avere il benché minimo effetto sulle condizioni di concorrenza all'interno della Comunità. In ogni caso, poi, la Commissione non avrebbe affatto dimostrato l'effetto anticoncorrenziale della partecipazione di K+S al cartello Kali-Export.

147 — V. *supra*, punti 107-113.

La Commissione ribatte che la struttura del mercato in questione era tale da non poter escludere che la cooperazione di K+S e di SCPA in seno al cartello Kali-Export avesse un effetto indiretto sul comportamento anticoncorrenziale dei membri del cartello sul mercato comunitario. In particolare essa evidenzia che: a) K+S è presente in modo molto marginale sul mercato francese; b) CPL ha avuto accesso al mercato francese, incrementando le sue vendite su tale mercato del 13% in 6 anni, solo dopo essere uscita dal cartello Kali-Export; c) Coposa è poco presente sul mercato francese, in cui, peraltro, una parte importante di potassio da essa prodotto è venduto da SCPA.

138. I rilievi svolti dalla Commissione, quali appena evidenziati, non mi sembrano tali da rispondere alle obiezioni delle imprese ricorrenti. Resta, infatti, che la Commissione ha omesso di dimostrare che la scarsa presenza di K+S sul mercato francese sia dovuta all'appartenenza al cartello di esportazione Kali-Export, allorché tale situazione, come sottolineato dalle imprese ricorrenti, ben potrebbe essere determinata da fattori storici e geografici. Peraltro, se è vero, come sostenuto dalla Commissione, che in materia di concentrazioni non possono valere gli stessi principi relativi all'applicazione degli artt. 85 e 86, è altresì vero che la Commissione non può certo basare la sua valutazione su mere presunzioni e probabilità. In ogni caso, le spetta infatti dimostrare che le condizioni di cui si discute siano necessarie per assicurare il mantenimento di una concorrenza effettiva.

Orbene, nella specie la Commissione non solo non ha spiegato in maniera convincente in che modo la mancata collaborazione in seno ad un cartello che produce i suoi effetti sul mercato extracomunitario sia tale da garantire una concorrenza effettiva sul mercato comunitario ad eccezione della Germania, ma neppure ha dimostrato che la scarsa presenza di K+S ovvero di Coposa sul mercato francese sia dovuta all'appartenenza al cartello in questione. Quanto alla circostanza che CPL avrebbe aumentato le sue esportazioni in Francia solo dopo essere uscita da Kali-Export, va da sè che tale circostanza potrebbe essere dovuta precisamente ad una scelta di CPL di concentrarsi sul mercato comunitario ovvero, come sostenuto dalle ricorrenti e non contestato dalla Commissione, alle difficoltà di sfruttamento che la stessa CPL ha dovuto affrontare nel periodo in cui era parte di Kali-Export.

— Sulla condizione relativa alla risoluzione dei legami di distribuzione tra K+S e SCPA

139. Ad avviso delle imprese ricorrenti, la Commissione non avrebbe affatto dimostrato in che modo e perché la risoluzione dei contratti di distribuzione tra K+S e SCPA sarebbe tale da garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato comunitario ad eccezione della Germania. Tali legami, infatti, avrebbero effetti solo ed esclusivamente sul mercato francese.

Peraltro, i legami in questione consisterebbero in un contratto del 28 giugno 1985 per la distribuzione di prodotti non contenenti potassio, bensì kieserite. Per il resto, la SCPA si limiterebbe all'acquisto di potassio utilizzato dalla stessa EMC ovvero destinato alla vendita fuori del mercato francese. Infine, SCPA acquista da K+S prodotti potassici contenenti magnesio e che sono venduti in Francia, ma tali prodotti, come evidenziato nella stessa decisione, non sono ricompresi nel mercato del prodotto in questione.

140. Tenuto conto della situazione appena descritta, peraltro non contestata dalla Commissione, che si è invero limitata a sostenere l'importanza della costituzione, da parte di K+S, di una propria rete di distribuzione sul mercato francese, appare fin troppo evidente che K+S e SCPA non avevano alcun rapporto privilegiato per la distribuzione di prodotti a base di potassio. E tuttavia, non è superfluo ricordarlo, la formulazione della decisione ha indotto K+S a porre fine all'unico legame distributivo esistente con SCPA: il contratto relativo alla kieserite, cioè, lo ripeto, a un prodotto che la stessa decisione ha considerato non compreso nel mercato pertinente.

Tale episodio, al di là di valutazioni di altra natura, vale a confermare la fondatezza della tesi delle ricorrenti circa l'immediata incidenza della decisione sui loro interessi; e rafforza altresì il dubbio quanto all'utilità delle condizioni imposte ai fini dell'eliminazione della posizione dominante duopolistica che si pretende sia stata creata dalla concentrazione.

## Conclusioni

141. Le considerazioni sin qui svolte evidenziano, a mio parere, che nella fattispecie sono stati commessi errori nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme del regolamento "concentrazioni".

Si tratta, a questo punto, di stabilire se tali errori giustifichino l'annullamento totale della decisione ovvero la sua caducazione solo parziale, limitata cioè alla parte contenente le condizioni concernenti le società ricorrenti. Per le ragioni che passo a spiegare, ritengo sia quest'ultima la soluzione più appropriata.

142. Rilevo anzitutto l'infondatezza dell'assunto della Commissione secondo cui l'annullamento parziale della decisione costituirebbe una forma di alterazione dell'equilibrio istituzionale, non avendo il giudice comunitario la competenza di riformare la determinazione della Commissione, sostituendosi ad essa nella valutazione dell'operazione di concentrazione.

Al riguardo, mi limito ad osservare che è dallo stesso regolamento, oltre che da una consolidata giurisprudenza della Corte [148], che discende la facoltà per la Corte di annullare solo parzialmente le decisioni rese *in subiecta materia*. Sarebbe peraltro paradossale sostenere che l'esercizio da parte della Corte di un potere espressamente attribuitole integri una lesione delle prerogative e delle competenze della Commissione. Piuttosto, ribadisco che ai fini dell'annullamento parziale occorre che siano soddisfatte le condizioni stabilite in materia dalla giurisprudenza e tendenti, in buona sostanza, a garantire che l'annullamento parziale non finisca per svuotare la decisione impugnata di ogni contenuto [149].

143. Tenuto conto di quanto precede, ritengo sia ben possibile procedere all'annullamento parziale della decisione e che tale soluzione sia praticabile qualunque

148 — Sentenza 20 marzo 1957, causa 2/56, Uffici vendita della Ruhr (Racc. pag. 9).

149 — Così già sentenza 28 giugno 1972, causa 37/71, Jamet/Commissione (Racc. pag. 483, punti 11/12).

sia la censura, fra quelle proposte dalle parti e da me ritenute non infondate, che la Corte intenda accogliere. Ed infatti, sia che la Corte propenda per l'inapplicabilità, in linea teorica, del regolamento alle posizioni dominanti collettive, sia che ritenga insussistente o comunque non sufficientemente provata l'esistenza di una posizione dominante collettiva, verrebbe comunque meno il presupposto sulla base del quale la Commissione ha imposto le condizioni impugnate dalle imprese ricorrenti. Ricordo infatti che queste sono state previste per evitare che la concentrazione creasse una situazione di dominio oligopolistico suscettibile di ostacolare la concorrenza sul mercato comunitario.

Analoghi rilievi valgono, a mio avviso, per l'ipotesi in cui la Corte, superati i problemi connessi all'applicazione delle norme del regolamento agli oligopoli e "accertata" l'esistenza di una posizione dominante collettiva, dovesse pervenire alla conclusione che l'art. 8, n. 2, del regolamento non consenta alla Commissione di imporre condizioni che abbiano un'incidenza diretta sugli interessi di terzi estranei all'operazione di concentrazione. Del pari, ove le condizioni in questione fossero considerate inefficaci al fine di garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato in causa, la soluzione più corretta risulterebbe, ancora una volta, l'annullamento delle condizioni, dunque l'annullamento parziale della decisione.

144. In definitiva, in tutte le ipotesi appena prospettate, sarebbe possibile annullare le condizioni senza privare di ogni sostanza la decisione nel suo complesso [150]. Sul punto, è appena il caso di evidenziare la oggettiva piena autonomia della valutazione degli effetti della concentrazione sul mercato comunitario — nel cui quadro le condizioni contestate si inseriscono — da quella relativa al mercato tedesco, autonomia in ragione della quale può configurarsi una limitazione *ratione materiae* del dispositivo, limitazione atta a soddisfare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza in materia.

Né, d'altra parte, l'annullamento parziale della decisione sarebbe tale da stravolgerne la portata. Aggiungo, poi, che nella fattispecie la decisione impugnata è nel

150 — In tale eventualità, peraltro, sarebbe ipotizzabile da parte della Commissione, per effetto della riapertura dei termini di cui all'art. 10, n. 5, del regolamento, o l'individuazione di nuove e diverse condizioni, oppure l'illustrazione, più ampia ed articolata, della efficacia delle originarie condizioni sul piano della tutela della concorrenza. Una tale prospettazione, pur pienamente ammissibile in linea teorica, non mi sembrerebbe tuttavia probabile, implicando il riesame di un'operazione che ha ormai prodotto i suoi effetti e che quindi renderebbe assai difficoltosa una valutazione condotta alla luce dello *status quo ante*.

complesso favorevole alle imprese interessate; ciò che costituisce, conformemente alla giurisprudenza della Corte, un elemento rilevante ai fini dell'accoglimento di un ricorso per annullamento parziale [151].

145. Quanto alle spese, suggerisco, in applicazione dell'art. 69, n. 3, del regolamento di procedura, che esse siano compensate in relazione alla causa C-68/94. Relativamente alla causa C-30/95, ritengo invece, sulla base della stessa disposizione, che la sostanziale soccombenza della Commissione ne imponga la condanna alle spese, ivi comprese quelle sostenute dalle imprese intervenienti. I governi intervenuti nelle cause in oggetto sopporteranno invece ciascuno le proprie spese.

146. Alla luce delle osservazioni che precedono, concludo pertanto suggerendovi di:

— *nella causa C-68/94*:

a) annullare l'art. 1 della decisione della Commissione 14 dicembre 1993, 94/449/CE, relativa ad un progetto di concentrazione fra le imprese tedesche Kali und Salz/Mdk/Treuhand, nella parte in cui subordina la dichiarazione di compatibilità dell'operazione di concentrazione all'osservanza delle condizioni e degli oneri citati nel 63° 'considerando';

b) respingere per il resto il ricorso;

c) compensare tra le parti le spese di giudizio, restando a carico del governo tedesco le spese sostenute per l'intervento.

— *nella causa C-30/95*:

a) dichiarare ricevibili i ricorsi proposti dalle società SCPA e EMC, con l'esclusione del mezzo relativo all'impegno concernente la società canadese Potacan;

151 — Sentenza 23 ottobre 1974, Transocean (citata alla nota 39), punto 21.

b) annullare l'art. 1 della decisione della Commissione 14 dicembre 1993, 94/449/CE, relativa ad un progetto di concentrazione fra le imprese tedesche Kali und Salz/Mdk/Treuhand, nella parte in cui subordina la dichiarazione di compatibilità dell'operazione di concentrazione all'osservanza delle condizioni e degli oneri citati nel 63° 'considerando';

c) condannare la Commissione alle spese di giudizio, ivi comprese quelle sostenute dalle imprese intervenienti. Il governo francese sopporterà le proprie spese.