

RICOMINCIO DA TRE:**IL MERGER ENFORCEMENT COMUNITARIO DOPO *TETRA LAVAL*.**

1. L'immagine di Mario Monti nei panni vestiti da Massimo Troisi in un celebre film viene quasi spontanea se solo si considera che la sentenza *Tetra Laval* è l'ultima di un terzetto di sconfitte inanellate nell'arco di cinque mesi dalla Commissione europea nell'analisi delle operazioni di concentrazione¹. Le bocciature pervenute dal Tribunale di prima istanza in *Airtours*², *Schneider*³ e *Tetra Laval* trascendono le singole decisioni annullate e mettono inequivocabilmente sotto accusa l'intero sistema di controllo della *task force* europea, peraltro già nell'occhio del ciclone sin da *GE-Honeywell*⁴.

I punti critici emersi si incentrano sostanzialmente intorno a due elementi -le procedure e il modello economico- e assumono, com'è naturale, quale termine di raffronto l'esperienza nordamericana. Sotto il primo profilo, si segnala così l'anomalia, in termini di onere della prova, dovuta all'accentramento in un organo unico della funzione sia istruttoria che decisoria e simbolicamente racchiusa nelle parole di Jack Welch –“la Commissione Europea è legislatore, poliziotto, pubblico ministero, giudice e giuria”-, laddove nel sistema statunitense è l'*agency* che voglia contrastare un'operazione a dover provare il danno alla concorrenza attivandosi in giudizio davanti ad un giudice federale. Per il secondo aspetto, invece, i dubbi riguardano lo standard valutativo adottato, che si articola intorno alla creazione e/o rafforzamento di una posizione dominante, mentre il test a stelle e strisce ruota intorno alla riduzione sostanziale della concorrenza (*substantial lessening of competition*) conseguente alla concentrazione, senza alcun riferimento alla nozione di dominanza.

¹ Sentenza 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione europea*, in *Foro it.*, 2003, IV, 123, con osservazioni di G. COLANGELO.

² Sentenza 6 giugno 2002, causa T-342/99, in *Foro it.*, 2003, IV, 35 con osservazioni di G. COLANGELO. Per un commento si veda G. COLANGELO, *Airtours e la (lunga) strada che porta alla collective dominance*, in *Dir. Ind.*, 2003, 3, 259; K.U. KUHN, *Closing Pandora's Box? Joint Dominance After the "Airtours" Judgment*, University of Michigan Working Paper 02-013, disponibile online all'indirizzo: www.ssrn.com; id., *An Economists' Guide Through the Joint Dominance Jungle*, University of Michigan Working Paper 02-014, *ibid.*; Europe Economics, *One's a Monopoly, Two's Collectively Dominant, Three's Alright?*, disponibile online all'indirizzo: www.europe-economics.com.

³ Sentenza 22 ottobre 2002, causa T-310/01.

⁴ Caso n. COMP/M.2220, decisione del 3 luglio 2001, in *Giur. comm.* 2002, II, 285 con note di C. OSTI e R. PARDOLESI.

Se è certamente condivisibile la constatazione che “gli oceani non s[ono] a senso unico”⁵ e, sotto un certo punto di vista, persino comprensibile il crescente fastidio con il quale vengono accolte dai guardiani europei le critiche mosse per raffronto con il modello americano, paradigma per antonomasia, (quantomeno per scacciare ogni forma di sudditanza psicologica verso i colleghi che operano al di là dell’Atlantico), è altrettanto vero che i progetti di riforma attualmente in discussione vertono esattamente sui punti elencati.

Il commissario Monti, obiettando alla presunta caduta di credibilità dell’antitrust comunitario, ha annunciato la presentazione di un nuovo progetto di regolamento delle fusioni, con il proposito di rendere più efficienti le procedure di analisi e garantire in modo adeguato i diritti di difesa delle imprese, nonché il rafforzamento del personale della *merger task force* con la nomina di un capo-economista. Particolare, quest’ultimo, significativo se si riportano alla mente gli accenti provocatori usati da William Kolasky, allora esponente –e fra i più prestigiosi- dell’Antitrust Division statunitense, nell’individuare in ragioni di carattere istituzionale una delle possibili spiegazioni del diverso sentire tra Stati Uniti ed Europa⁶.

Le ultime sentenze, intervenute peraltro in settori diversi tra loro –il mercato dei pacchetti di vacanze in Gran Bretagna (Airtours/First Choice), della produzione di apparecchiature elettriche in Francia (Schneider/Legrand) e dei sistemi di packaging (Tetra Laval/Sidel)-, presentano a mo’ di comune denominatore la circostanza che in tutti e tre i casi il Tribunale ha annullato il veto opposto dalla Commissione giudicando fortemente carente l’analisi economica delle operazioni e ritenendo che gli impianti accusatori non presentassero un’effettiva corrispondenza alla situazione dei mercati interessati. In altre parole, più che le procedure, risultano decisivi il modello economico e l’approccio culturale. Del resto, è il concetto stesso di danno alla concorrenza ad assumere connotazioni diverse: l’Europa vi individua una fase della distorsione competitiva, l’America la considera in termini di limitazione della produzione ed

⁵ L’espressione è di G. TESAURO, *Le concentrazioni cercano chiarezza*, su *Il Sole 24 Ore*, 9 novembre 2002.

⁶ W.J. KOLASKY, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a long way from Chicago to Brussels*, relazione presentata in un simposio presso la George Mason University, Washington DC, 9 novembre 2001 (disponibile *online* al sito: www.usdoj.gov): “In the United States, we have a much larger professional staff, including more than 50 professionally trained Ph.D economists who are integrated into our case teams. We also have many more investigative tools — including the ability to compel production of documents and witnesses by both parties and nonparties”.

aumento dei prezzi per i consumatori⁷. Non è un caso che l'accusa più cocente mossa all'antitrust comunitario, da *GE/Honeywell* in poi, è quella di tutelare i concorrenti piuttosto che la concorrenza: per dirla con Charles James, responsabile antitrust del Dipartimento di Giustizia americano, “what led the United States to clear the transaction –the prospect that it would make the combined firm a more effective competitor- was the very reason the EU opposed it”.

2. In data 18 maggio 2001 viene notificato alla Commissione il progetto di concentrazione con il quale Tetra Laval SA, *subsidiary* francese dell'omonimo gruppo olandese, acquisisce il controllo della società francese Sidel SA mediante offerta pubblica annunciata il 27 marzo 2001: il primo è un gruppo di imprese leader mondiale nella produzione di imballaggi in cartone per bevande, la seconda è una società dominante nella progettazione e produzione di sistemi per imballaggio, in particolare macchinari per l'imbottigliamento di bottiglie in plastica PET (macchinari SBM).

Nonostante le proposte di dismissioni avanzate dalle parti al fine di attenuare le preoccupazioni sollevate dalla Commissione per i possibili effetti anticoncorrenziali, il 30 ottobre 2001 l'operazione viene dichiarata incompatibile con il mercato comune⁸: la concentrazione, intima l'autorità comunitaria, avrebbe prodotto effetti orizzontali – relativi alla sovrapposizione di tre mercati distinti-, verticali –in termini di *foreclosure* per gli operatori indipendenti-, nonché conglomerali.

Il *je d'accuse* comunitario ruota prevalentemente intorno a questi ultimi e, in particolare, alla possibilità, per Tetra Laval, di sfruttare la situazione di dominanza nel mercato della produzione di imballaggi in cartone al fine di conseguire il medesimo potere in quello in plastica PET. Per quanto i prodotti –i due tipi di contenitori- non siano perfettamente fungibili, si tratta comunque di mercati contigui, nei quali le due imprese condividono una fascia di consumatori; se a ciò si aggiunge che il segmento dei prodotti imbottigliati in plastica PET è in rapida crescita e che Sidel vanta una posizione di assoluta preminenza nel mercato dei macchinari SBM, ecco allora che Tetra Laval avrebbe il chiaro incentivo di far leva sulla sua attuale leadership nel mercato degli imballaggi in cartone per acquisire una posizione dominante su quello confinante dei

⁷ E.M. FOX, *United States and European Merger Policy – Fault Lines and Bridges*, relazione presentata in occasione di un convegno tenutosi presso la LUISS-Guido Carli, Roma, 10 dicembre 2001.

⁸ Decisione C-3345/01, causa COMP/M.2416.

sistemi di imbottigliamento PET. Tramite la concentrazione con Sidel, il gruppo olandese da un lato rafforzerebbe la sua dominanza nel mercato dei contenitori in cartone, dall'altro acquisirebbe una testa di ponte sul settore contiguo, col risultato di rendere praticabile la strategia di *leverage*: i concorrenti non potrebbero accedere ai macchinari SBM e la *newco* avrebbe la possibilità di attuare pratiche discriminatorie, fissando selettivamente i prezzi per *target* di consumatori.

L'ipotesi formulata dalla Commissione, in definitiva, si affida alla figura dell'abuso di posizione dominante 'per estensione' nella sua duplice versione, ovvero come fattispecie nella quale un'impresa egemone su un mercato X pone in essere, sul mercato non dominato Y, una condotta abusiva destinata a produrre effetti sia sul mercato Y, estendendo a quest'ultimo la propria dominanza, sia sul mercato X, rafforzando pertanto la propria posizione già dominante.

Il Tribunale inizia la ricognizione del caso sgombrando subito il campo dalle obiezioni più fragili: nell'ottica della creazione di una posizione dominante nel segmento PET, gli effetti orizzontali e verticali della concentrazione sono assolutamente marginali in ragione del piano di dismissioni offerto da Tetra Laval.

La questione è decisamente più complessa laddove si valutano gli effetti conglomerati e la fattibilità della strategia di *leverage*. Le premesse sono interessanti: "è appropriato distinguere, da un lato, tra una situazione in cui una concentrazione con effetti conglomerati modifica immediatamente le condizioni della concorrenza sul secondo mercato e determina la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante su quel mercato a causa della dominanza già detenuta sul primo mercato e, dall'altro lato, una situazione nella quale la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul secondo mercato non si verifica immediatamente a seguito dell'operazione di concentrazione ma ... solo dopo un certo lasso di tempo e a seguito di condotte tenute dalla nuova entità sul primo mercato dove essa già deteneva una posizione dominante. In quest'ultimo caso, non è la struttura risultante dall'operazione di concentrazione di per sé a creare o rafforzare una posizione dominante nel senso indicato dall'art.2, comma 3, del Regolamento [n. 4064/89], ma piuttosto il futuro comportamento" dell'impresa (§ 154).

La Commissione è richiamata, dunque, a condurre un'analisi degli effetti conglomerati della concentrazione secondo i canoni già definiti in *Airtours* per le ipotesi

di *collective dominance*: le decisioni devono essere basate su *sound economics* e supportate da elementi di prova solidi. Perseguire una concentrazione conglomerale porta, infatti, a misurarsi con un ostacolo congenito: dal punto di vista della teoria economica, il controllo delle concentrazioni si fonda sul possibile esercizio del potere monopolistico e, più precisamente, sulla restrizione della produzione e l'innalzamento dei prezzi conseguente all'eliminazione di un concorrente nelle concentrazioni orizzontali, di un produttore o di un consumatore chiave in quelle verticali. Questo substrato teorico non è applicabile alle concentrazioni conglomerali, in quanto l'operazione non è in grado di provocare alcun tipo di conseguenza apprezzabile, dato che i soggetti partecipanti fanno parte di mercati diversi; anzi, si è soliti riconoscere a tali concentrazioni la capacità di generare efficienze significative, vuoi sotto il profilo finanziario, vuoi per i consistenti risparmi conseguibili nella promozione pubblicitaria, negli approvvigionamenti, nella produzione, commercializzazione e trasporto, nonché per le economie di scala nel settore della ricerca e dello sviluppo.

Se si vuol rinvenire una giustificazione teorica su cui fondare il controllo di tali operazioni, bisogna allora battere altre strade: è qui che entra in scena la paventata strategia del *leverage* che, nel nostro contesto, si manifesterebbe sotto forma di prezzi predatori, *tie-in*, *bundling* e sconti fedeltà, ossia pratiche idonee ad assicurare il *customers' shifting* o, meglio, a garantire che i consumatori del segmento cartone abbiano in Sidel l'unica controparte per i sistemi di imbottigliamento PET di cui avessero bisogno (§ 156 e 217). A detta del Tribunale, l'analisi della Commissione dimostra che il *leverage*, quale risultato della concentrazione, è un'ipotesi praticabile e che l'incentivo in tal senso per la *newco* sarebbe rappresentato dalla futura crescita del segmento PET. Restano da valutare, però, le pratiche ed i metodi utilizzabili dall'impresa per realizzare la suddetta strategia: nel far ciò, se è opportuno tenere in considerazione gli incentivi che possono spingere a condotte anticompetitive, è altresì doveroso considerare quanto essi possono ridursi in ragione della possibilità che la Commissione le scopra e le sanzioni. A ciò si aggiungono gli impegni assunti dall'impresa sulla sua futura condotta –tra i quali, quello di non adottare pratiche predatorie, prezzi discriminatori, sconti non giustificati da ragioni oggettive e di non offrire offerte congiunte dei prodotti in cartone con i macchinari SBM-, significativi di

una chiara indicazione ad uniformarsi alla speciale responsabilità che grava ex art. 82 su un'impresa dominante.

Ad ogni modo, si tratterebbe di condotte sanzionabili *ex post* come abusi di posizione dominante e che, pertanto, non possono essere presunte –come, invece, ha fatto la Commissione- per giustificare la decisione di proibire un progetto di concentrazione (§ 218). In altre parole, la concreta attuabilità dell'effetto leva è da valutarsi soltanto con riferimento ai comportamenti che non sarebbero comunque proibiti ex art. 82 (§ 162): ne discende che, nell'analisi del progetto di acquisizione, le uniche condotte commerciali di Tetra Laval che possono essere prese in considerazione sono le offerte di sconti fedeltà legati a volumi di vendita, riduzioni di prezzo che non siano predatorie, *tie-in* e *bundling* che non impongano l'acquisto combinato dei due prodotti.

Se questi sono i binari lungo i quali condurre la valutazione dell'impatto di una concentrazione, appare chiaro allora che la Commissione non è stata in grado di fornire un adeguato supporto probatorio alle proprie tesi e non ha dimostrato come il *leveraging* dal settore dei contenitori in cartone avrebbe consentito a Tetra Laval di conseguire –quantomeno nell'arco dei prossimi tre anni- una dominanza in quello delle attrezzature per plastica PET (§ 308): in special modo, sotto il profilo probatorio risulta carente l'analisi per quanto concerne i macchinari SBM, laddove la Commissione ha sovrastimato un presunto vantaggio da *first mover* e ha, invece, sottostimato l'impatto della *divestiture* di Dynaplast.

A ben vedere, tuttavia, stupisce che il Tribunale non abbia rilevato come, al di là delle carenze probatorie, sia proprio lo schema logico dietro il piano di *leveraging* ad essere inconsistente: è noto, infatti, che l'effetto leva opera soltanto in caso di prodotti complementari e, quindi, per definizione non può produrre effetti contemporaneamente su entrambi i mercati; non è possibile, cioè, ritenere che l'acquisizione di Sidel comporti sia la creazione di una posizione dominante sul mercato dell'imbottigliamento del PET, sia il rafforzamento di quella già detenuta sul segmento dei contenitori di cartone.

Come detto, invece, l'impianto accusatorio abbraccia la fattispecie dell'abuso di posizione dominante 'per estensione' come supporto per entrambe le ipotesi. In merito a quella del rafforzamento della dominanza sul mercato dei contenitori di cartone, l'ardita ricostruzione della Commissione poggia il suo veto sull'assunto che la concentrazione

rafforzerebbe la *leadership* di Tetra Laval sul segmento cartone tramite l'eliminazione/significativa riduzione della concorrenza potenziale sul mercato limitrofo della plastica PET, nel quale Sidel detiene una posizione dominante: la tesi cerca, cioè, di inquadrare Sidel come un concorrente potenziale sul mercato degli imballaggi in cartone, eliminato il quale Tetra Laval vedrebbe consolidata e al riparo da minaccia di sorta la sua posizione nel settore più solida (§ 310-311). A supporto, la Commissione richiama *Tetra Pak II*, sentenza tanto discussa quanto isolata, con la quale, in presenza di *associate links*, si è postulata l'applicazione dell'abuso 'per estensione' anche alle ipotesi in cui non vi è alcun rapporto tra mercato dominato e sfruttamento abusivo, ammettendo la configurabilità di un abuso di posizione dominante anche nel caso di condotte poste in essere sul mercato non dominato e produttive di effetti su questo stesso mercato⁹. Il riferimento, tuttavia, non appare rilevante: in discussione non sono né i legami tra il mercato degli imballaggi in cartone e quello degli imbottigliamenti PET, né la possibilità di valutare la riduzione della concorrenza potenziale guardando al segmento PET, quanto la necessità di dimostrare come la suddetta riduzione comporti il rafforzamento del potere di Tetra Laval nel settore cartone (§ 323).

E' evidente che un'acquisizione, per il fatto stesso di ridurre il numero delle imprese presenti sul mercato, può essere sospettata di incidere negativamente sul livello di concorrenza –a maggior ragione se l'impresa acquisenda è dominante- e, tuttavia, questo non è un fattore sufficiente a stabilire che l'affievolimento della concorrenza potenziale rappresenti il rafforzamento di una posizione dominante: la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che, in caso di significativa riduzione della pressione concorrenziale proveniente dal mercato PET in seguito all'acquisizione di Sidel, Tetra Laval avrebbe avuto un incentivo a non ridurre il prezzo dei propri imballaggi in cartone e ad interrompere gli investimenti in innovazione (§ 325).

3. Le tre sonore sconfitte subite dall'*enforcement* comunitario in tema di concentrazioni presentano, si è detto, un filo conduttore comune: carenza dell'analisi economica svolta ed inadeguatezza del bagaglio probatorio a sostegno delle tesi accusatorie. Una contestazione, quella del Tribunale, che va al cuore del *merger review*: l'essenza -

⁹ Corte giust. 14 novembre 1996, causa C-333/94, in *Foro it.*, 1997, IV, 71 con nota di S. BASTIANON.

nonché il dilemma- delle concentrazioni risiede, infatti, nella valutazione prognostica dei loro effetti, nel dover ipotizzare l'evoluzione futura di un dato mercato.

Al riguardo, le divergenze tra l'approccio statunitense e quello europeo sono relative all'ampiezza della prospettiva utilizzata: l'uno guarda agli effetti di breve termine e all'impatto immediato sul benessere dei consumatori, l'altro a quelli di medio-lungo termine e al possibile insorgere o rafforzarsi di una posizione dominante. Nella scelta tra il minore dei mali, è evidente allora che il percorso comunitario è decisamente più esposto ai rischi di *overshooting* e costretto a convivere con il *trade-off* tra sicuri benefici immediati e incerti danni futuri. Significativo il richiamo del Tribunale a distinguere tra l'ipotesi in cui l'operazione abbia un impatto diretto e subitaneo sul cambiamento delle condizioni concorrenziali di un mercato, favorendo la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, e quella in cui gli effetti si concretizzano soltanto dopo un certo periodo di tempo e attraverso condotte illecite, in quanto tali sindacabili *ex post* come abusive e, in ogni caso, non presumibili *ex ante* e tantomeno valutabili ai fini della compatibilità di un progetto di concentrazione.

In vista della discussione sul Libro Verde, la novità e rilevanza delle recenti sentenze risiedono nell'aver vivacizzato la riflessione sul ruolo dello standard valutativo delle concentrazioni, lasciando trasparire come, in alcuni casi, la distanza tra Europa e Stati Uniti sia riconducibile principalmente all'adozione del *dominant test* piuttosto che *substantial lessening standard*¹⁰. Se l'obiettivo condiviso è quello di impedire che, a seguito di una concentrazione, si verifichi un aumento dei prezzi a danno dei consumatori, l'analisi si sposta sull'incapacità del criterio valutativo comunitario di operare in modo efficace nei casi di effetto unilaterale riconducibili a mercati oligopolistici concentrati o che interessano prodotti differenziati in mercati confinanti: rispettivamente, le vicende *Airtours* e *Tetra Laval* rappresentano il tentativo -fallito- della Commissione di allargare i confini di applicazione dello standard valutativo alle suddette ipotesi.

¹⁰ In questo senso P. SABBATINI, *Alcune osservazioni in merito ai tre casi di concentrazione persi dalla Commissione di fronte al Tribunale di Primo Grado*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 159. Di diverso avviso, invece, K.U. KUHN, *Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes*, University of Michigan Working Paper 02-012, disponibile online all'indirizzo: www.ssrn.com. Si vedano anche G. GHIDINI, *Due culture? Il ruolo dell'efficienza sulle due sponde dell'Atlantico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 169; J. FINGLETON – D. NOLAN, *Mind the Gap: Reforming the EU Merger Regulation*, *ibid.*.

In *Tetra Laval*, ovvero laddove sussista la possibilità che una concentrazione determini un aumento rilevante dei prezzi senza accrescere né il rischio di collusione né il rafforzamento di una posizione dominante, la limitatezza del *dominant test* emerge platealmente. E' evidente, allora, l'affanno con il quale la Commissione ha dovuto articolare alcune argomentazioni per contrastare il progetto di concentrazione: non potendosi limitare a denunciare un rilevante affievolimento del livello di concorrenza sul mercato, essa è rimasta imprigionata tra la necessità di soddisfare il *dominant test* e l'impossibilità di utilizzare, a tal fine, presuntivamente la futura attuazione di condotte abusive. Nel caso in esame, una vera *probatio* diabolica.

GIUSEPPE COLANGELO