

## Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese

(2004/C 31/03)

### I. INTRODUZIONE

1. L'articolo 2 del regolamento n. 139/04 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese <sup>(1)</sup> («regolamento sulle concentrazioni») stabilisce che la Commissione valuta le concentrazioni che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento stesso per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune. A tal fine la Commissione deve valutare, a norma dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, se una concentrazione sia atta ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso.
2. Di conseguenza, la Commissione deve tener conto di qualsiasi ostacolo significativo alla concorrenza effettiva che possa derivare da una concentrazione. La creazione o il rafforzamento di una posizione dominante è la forma principale di ostacolo alla concorrenza che può derivare da una concentrazione. Il concetto di posizione dominante è stato definito nel quadro del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (nel seguito «regolamento n. 4064/89») come: «una situazione di forza economica detenuta da una o più imprese che conferirebbe loro il potere di ostacolare il mantenimento di un'effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi fornendo loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori» <sup>(2)</sup>.
3. Ai fini dell'interpretazione del concetto di posizione dominante nel quadro del regolamento n. 4064/89, la Corte di giustizia ha chiarito che esso «è destinato ad essere applicato a tutte le operazioni di concentrazione aventi dimensioni comunitarie qualora rischino, a causa dei loro effetti sulla struttura concorrenziale nella Comunità, di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal trattato» <sup>(3)</sup>.
4. La creazione o il rafforzamento di una posizione dominante da parte di una singola impresa a seguito di una concentrazione è stato il parametro più comune sulla base del quale una concentrazione è stata ritenuta suscettibile di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva. Inoltre il concetto di posizione dominante è stato applicato anche in un contesto oligopolistico a casi di posizione dominante collettiva. Di conseguenza, si prevede che nella maggior parte dei casi in cui una concentrazione sarà giudicata incompatibile con il mercato comune, ciò continuerà ad avvenire perché è stata riscontrata una posizione dominante. Questo concetto offre perciò un'indicazione importante per quanto riguarda le soglie di pregiudizio alla concorrenza utilizzabili per determinare se una concentrazione sia atta ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva e, quindi, per quanto riguarda la probabilità di un intervento <sup>(4)</sup>. A tal fine, la presente comunicazione si propone di raccogliere gli orientamenti che

possono essere tratti dalla passata prassi decisionale e di tenere pienamente conto della giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari.

5. Scopo della presente comunicazione è di fornire degli orientamenti sul modo in cui la Commissione esamina una concentrazione <sup>(5)</sup> quando le imprese interessate sono concorrenti effettivi o potenziali sul medesimo mercato rilevante <sup>(6)</sup>. Nella presente comunicazione queste concentrazioni sono denominate «concentrazioni orizzontali». Sebbene i presenti orientamenti intendano descrivere l'approccio analitico che la Commissione segue per valutare le concentrazioni orizzontali, essi non possono illustrare in dettaglio tutte le sue possibili applicazioni. La Commissione applica i principi descritti nella presente comunicazione in modo flessibile, adeguandoli ai fatti e alle circostanze particolari di ogni singolo caso.
6. Le indicazioni contenute nella presente comunicazione si fondano sull'esperienza maturata dalla Commissione nella valutazione delle concentrazioni orizzontali, ai sensi del regolamento n. 4064/89, dalla sua entrata in vigore il 21 settembre 1990, nonché sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee. I principi qui enunciati saranno applicati ed ulteriormente sviluppati e perfezionati dalla Commissione nei singoli casi. La Commissione potrà rivedere periodicamente i presenti orientamenti alla luce degli sviluppi futuri.
7. L'interpretazione data dalla Commissione al regolamento sulle concentrazioni per quanto riguarda la valutazione delle concentrazioni orizzontali non pregiudica l'interpretazione che ne potrà essere data dalla Corte di giustizia e dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee.

### II. PROFILI GENERALI

8. La concorrenza effettiva apporta dei benefici ai consumatori, quali prezzi bassi, prodotti di alta qualità, un'ampia gamma di beni e servizi, e innovazione. Grazie alla sua azione di controllo, la Commissione impedisce le concentrazioni suscettibili di privare i consumatori di questi benefici tramite un aumento significativo del potere di mercato delle imprese. Per «aumento del potere di mercato» si intende la possibilità per una o più imprese di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e servizi, diminuire l'innovazione o influenzare in altro modo i parametri di concorrenza per ricavarne un vantaggio. Nella presente comunicazione l'espressione «aumento dei prezzi» viene spesso utilizzata per designare in forma abbreviata questi diversi modi in cui una concentrazione può pregiudicare la concorrenza <sup>(7)</sup>. Un potere di mercato può essere detenuto sia dai fornitori che dagli acquirenti. Tuttavia, per chiarezza, nei presenti orientamenti si utilizzerà normalmente il termine «potere di mercato» per designare il potere di mercato di un fornitore. Quando si tratta del potere di mercato di un acquirente, si adopererà il termine «potere degli acquirenti».

9. Nel valutare gli effetti di una concentrazione sulla concorrenza, la Commissione mette a confronto le condizioni di concorrenza che si determinerebbero a seguito della concentrazione notificata con le condizioni che si sarebbero affermate in assenza della concentrazione<sup>(8)</sup>. Nella maggior parte dei casi le condizioni di concorrenza esistenti al momento della concentrazione costituiscono il termine di paragone pertinente per valutare gli effetti di una concentrazione. Tuttavia, in talune circostanze, la Commissione può prendere in considerazione futuri mutamenti del mercato che possono essere previsti con ragionevole certezza<sup>(9)</sup>. Nello stabilire quale situazione va presa come effettivo termine di paragone, essa può in particolare tener conto della probabile entrata o uscita di imprese concorrenti se la concentrazione non avesse avuto luogo<sup>(10)</sup>.
10. La valutazione di una concentrazione da parte della Commissione comporta normalmente:
- la definizione dei mercati del prodotto e geografico rilevanti
  - la valutazione della concentrazione sotto il profilo della concorrenza.
- Scopo principale della definizione del mercato è individuare sistematicamente i vincoli concorrenziali immediati che l'entità nata dalla concentrazione dovrà affrontare. Indicazioni in merito si trovano nella comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza<sup>(11)</sup>. Diversi dei fattori rilevanti ai fini della definizione dei mercati rilevanti possono essere pertinenti anche per la valutazione della concentrazione sotto il profilo della concorrenza.
11. La presente comunicazione si articola intorno ai seguenti elementi:
- Il modo in cui la Commissione considera le quote di mercato e il grado di concentrazione (sezione III).
  - La probabilità che la concentrazione produca effetti anticoncorrenziali nei mercati rilevanti, in assenza di fattori compensativi (sezione IV).
  - La probabilità che il potere degli acquirenti agisca come contrappeso ad un aumento del potere di mercato derivante dalla concentrazione (sezione V).
  - La probabilità che l'ingresso di nuove imprese mantenga una concorrenza effettiva nei mercati rilevanti (sezione VI).
  - La probabilità che il miglioramento dell'efficienza costituisca un fattore in grado di controbilanciare gli effetti negativi per la concorrenza che potrebbero altrimenti derivare dalla concentrazione (sezione VII).
  - Le condizioni per invocare l'eccezione dell'impresa in stato di crisi (*failing firm defence*) (sezione VIII).
12. Per valutare i prevedibili effetti di una concentrazione sui mercati rilevanti, la Commissione analizza i possibili effetti anticoncorrenziali da questa scaturenti e i rilevanti fattori in grado di controbilanciare tali effetti, quali il potere degli acquirenti, le barriere all'entrata e gli eventuali miglioramenti di efficienza invocati dalle parti<sup>(12)</sup>. In circostanze eccezionali la Commissione verifica se sono soddisfatte le condizioni per invocare l'eccezione dell'impresa in stato di crisi.
13. Alla luce di questi fattori la Commissione determina, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento sulle concentrazioni, se la concentrazione ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, e debba quindi essere dichiarata incompatibile con il mercato comune. Va sottolineato che questi elementi non costituiscono una lista da applicare meccanicamente in ciascun caso. Piuttosto, l'analisi sotto il profilo della concorrenza di un determinato caso si fonderà su una valutazione d'insieme del prevedibile impatto della concentrazione sulla base dei fattori e delle condizioni pertinenti. Non tutti gli elementi saranno sempre necessari per ciascun caso di concentrazione orizzontale e potrà non essere necessario esaminare tutti gli elementi di un determinato caso in modo altrettanto approfondito.
- ### III. QUOTE DI MERCATO E GRADO DI CONCENTRAZIONE
14. Le quote di mercato e il grado di concentrazione offrono una prima utile indicazione sulla struttura del mercato e sull'importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti.
15. Normalmente la Commissione utilizza nella sua analisi concorrenziale le quote di mercato attuali<sup>(13)</sup>. Tuttavia le quote di mercato attuali possono essere rettificata per tenere adeguatamente conto di alcuni cambiamenti futuri, per esempio l'uscita o l'ingresso di determinati operatori o un'espansione del mercato<sup>(14)</sup>. Le quote di mercato derivanti dalla concentrazione sono calcolate sulla base dell'ipotesi che la quota di mercato congiunta detenuta dalle imprese partecipanti alla concentrazione corrisponde alla somma delle loro quote prima della concentrazione<sup>(15)</sup>. Dati storici possono essere utilizzati se le quote di mercato sono volatili, per esempio quando il mercato è caratterizzato da ordini di grande entità e poco frequenti. Le variazioni storiche delle quote di mercato possono fornire informazioni utili sul gioco della concorrenza e sulla presumibile importanza futura dei vari concorrenti, ad esempio indicando se determinate imprese hanno conquistato o perso quote di mercato. In ogni caso la Commissione interpreta le quote di mercato alla luce delle probabili condizioni di mercato, se per esempio il mercato ha un carattere particolarmente dinamico o se la struttura del mercato è instabile a causa di un processo di innovazione o di crescita in atto<sup>(16)</sup>.
16. Il grado complessivo di concentrazione di un mercato può anch'esso fornire informazioni utili sulla situazione concorrenziale. Per misurare il grado di concentrazione, la Commissione utilizza spesso l'indice di Herfindahl-Hirschman («HHI»)<sup>(17)</sup>. Lo HHI si calcola sommando i quadrati delle quote di mercato individuali di tutte le imprese presenti nel mercato<sup>(18)</sup>. Lo HHI dà proporzionalmente maggior peso alle quote di mercato delle imprese più grandi. Benché sia preferibile includere nel calcolo tutte le imprese, la mancanza di informazioni sulle imprese molto piccole può non essere importante perché tali imprese non incidono in misura significativa sullo HHI. Mentre il livello assoluto dello HHI può dare una prima indicazione della pressione concorrenziale nel mercato dopo la concentrazione, la variazione dello HHI (nota come «delta») è un'utile proxy della variazione del grado di concentrazione direttamente prodotta dall'operazione in esame<sup>(19)</sup>.

### Livello delle quote di mercato

17. Secondo una giurisprudenza consolidata quote di mercato molto grandi — 50 % o superiori — possono costituire di per sé la prova dell'esistenza di una posizione di mercato dominante <sup>(20)</sup>. Tuttavia, concorrenti di minori dimensioni possono esercitare un potere sufficientemente condizionante se, per esempio, hanno la capacità e l'incentivo ad accrescere le loro forniture. Una concentrazione che interessa un'impresa la cui quota di mercato dopo la concentrazione rimarrà inferiore al 50 % può comunque dare adito a preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza a causa di altri fattori, quali la forza e il numero dei concorrenti, la presenza di limiti di capacità o nel caso in cui i prodotti delle parti della concentrazione sono stretti sostituti. La Commissione ha in diversi casi ritenuto che concentrazioni a seguito delle quali un'impresa veniva a detenere quote di mercato comprese tra il 40 % e il 50 % <sup>(21)</sup>, e in taluni casi inferiori al 40 % <sup>(22)</sup>, avrebbero dato luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante.
18. Le concentrazioni che, a causa della limitata quota di mercato detenuta dalle imprese interessate, non sono in grado di ostacolare una concorrenza effettiva possono essere ritenute compatibili con il mercato comune. Fatti salvi gli articoli 81 e 82 del trattato, tale effetto è presumibile quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25 % <sup>(23)</sup> né nel mercato comune, né in una sua parte sostanziale <sup>(24)</sup>.

### Livello dello HHI

19. È poco probabile che la Commissione individui problemi sotto il profilo della concorrenza orizzontale in un mercato se dopo la concentrazione lo HHI è inferiore a 1 000. Questi mercati non hanno normalmente bisogno di essere sottoposti ad un'analisi approfondita.
20. È parimenti improbabile che la Commissione formuli obiezioni sotto il profilo della concorrenza orizzontale se, dopo la concentrazione, lo HHI è compreso tra 1 000 e 2 000 ed il delta è inferiore a 250, ovvero se, dopo la concentrazione, lo HHI è superiore a 2 000 ed il delta è inferiore a 150, a meno che siano presenti particolari circostanze come, per esempio, una o più delle situazioni seguenti:
- a) la concentrazione interessa un'impresa che potrebbe entrare nel mercato o che vi è entrata recentemente con una piccola quota di mercato;
  - b) una o più delle parti della concentrazione sono importanti promotori di innovazione secondo modalità che non sono rappresentate dalle loro quote di mercato;
  - c) vi sono significative partecipazioni incrociate tra le imprese presenti nel mercato <sup>(25)</sup>;
  - d) una delle imprese partecipanti alla concentrazione è un'impresa deviante (maverick), con un'elevata probabilità di interferire nella condotta coordinata;

- e) vi sono indicazioni di un coordinamento passato o in atto, o di comportamenti che facilitano tale coordinamento;
- f) una delle imprese partecipanti alla concentrazione già detiene, prima dell'operazione, una quota di mercato del 50 % o superiore <sup>(26)</sup>.

21. Ciascuno di questi livelli dello HHI, in combinazione con i rilevanti delta, possono essere utilizzati come indicatori iniziali dell'assenza di preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza. Tuttavia, essi non danno luogo ad una presunzione né di presenza né di assenza di tali preoccupazioni concorrenziali.

### IV. POSSIBILI EFFETTI ANTICONCORRENZIALI DELLE CONCENTRAZIONI ORIZZONTALI

22. Vi sono due modi principali in cui le concentrazioni orizzontali possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante:
- a) mediante l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali per una o più imprese, in modo tale che le stesse possano, di conseguenza, detenere un maggiore potere di mercato, senza mettere in atto un comportamento coordinato (effetti non coordinati);
  - b) attraverso la modifica della natura del processo concorrenziale in modo tale che sia significativamente più probabile che imprese, le quali precedentemente non coordinavano il loro comportamento, si coordinino ed aumentino i prezzi o ostacolino in altro modo una concorrenza effettiva. Una concentrazione può anche rendere il coordinamento più facile, più stabile o più efficace per imprese che già si coordinavano prima della concentrazione (effetti coordinati).
23. La Commissione valuta se le modifiche prodotte dalla concentrazione provochino uno di questi effetti. Entrambe le possibilità di cui sopra possono essere pertinenti per la valutazione di una determinata operazione.

#### Effetti non coordinati <sup>(27)</sup>

24. Una concentrazione può ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva in un mercato eliminando importanti vincoli concorrenziali per uno o più venditori, che si trovano di conseguenza ad avere un maggiore potere di mercato. L'effetto più diretto di tale concentrazione è il venir meno della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione. Per esempio, se prima della concentrazione una delle imprese avesse aumentato i prezzi, avrebbe perso parte delle sue vendite a beneficio dell'altra impresa partecipante alla concentrazione. La concentrazione elimina questo vincolo specifico. Anche le imprese attive sul medesimo mercato che non partecipano alla concentrazione possono beneficiare della riduzione della pressione concorrenziale che deriva dalla concentrazione, poiché l'aumento dei prezzi da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione può spostare una parte della domanda verso le imprese rivali che, a loro volta, potrebbero considerare redditizio alzare anch'esse i prezzi <sup>(28)</sup>. La riduzione di questi vincoli concorrenziali potrebbe dare luogo a significativi aumenti dei prezzi nel mercato rilevante.

25. Generalmente, una concentrazione che dà origine a simili effetti non coordinati ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva creando o rafforzando la posizione dominante di una singola impresa che, di norma, detiene, a seguito della concentrazione, una quota di mercato sensibilmente più grande del suo più vicino concorrente. Inoltre, anche le concentrazioni che comportano, nell'ambito di mercati oligopolistici<sup>(29)</sup>, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitavano in precedenza l'una sull'altra, contestualmente alla riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti, possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva anche quando è poco probabile un coordinamento tra i membri dell'oligopolio. Il regolamento sulle concentrazioni precisa che tutte le concentrazioni che producono simili effetti non coordinati vanno dichiarate incompatibili con il mercato comune<sup>(30)</sup>.
26. Una serie di fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente decisivi, possono incidere nell'analisi volta a verificare se è probabile che da una concentrazione derivino effetti non coordinati significativi. Non è necessario che tutti questi fattori siano presenti perché sia probabile che tali effetti si verifichino. La lista qui di seguito menzionata non va dunque considerata esaustiva.

*Le imprese che partecipano alla concentrazione detengono quote di mercato elevate*

27. Quanto più elevata è la quota di mercato, tanto più è probabile che un'impresa detenga un potere di mercato. Quanto più è elevata la somma delle quote di mercato, tanto più cresce la probabilità che una concentrazione provochi un incremento significativo del potere di mercato. Quanto più aumentano le vendite sulle quali è possibile beneficiare di margini più elevati a seguito di un aumento dei prezzi, tanto più è probabile che le imprese che realizzano la concentrazione trovino conveniente aumentare i prezzi nonostante la riduzione della produzione che ne potrebbe conseguire. Benché le quote di mercato e la somma delle quote di mercato diano solo una prima indicazione del potere di mercato e dell'aumento del potere di mercato, esse costituiscono di norma fattori importanti per la valutazione di un'operazione<sup>(31)</sup>.

*Le imprese che realizzano la concentrazione sono diretti (close) concorrenti*

28. I prodotti possono, nell'ambito di un mercato rilevante, essere differenziati<sup>(32)</sup> in modo tale che alcuni prodotti sono sostituiti più strettamente di altri<sup>(33)</sup>. Quanto più elevato è il grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione, tanto più è probabile che tali imprese aumenteranno i prezzi in misura significativa<sup>(34)</sup>. Per esempio, una concentrazione tra due produttori i cui prodotti sono considerati da un numero importante di consumatori come la loro prima e seconda scelta potrebbe dare luogo ad un significativo aumento dei prezzi. Quindi, il fatto che la rivalità tra le parti abbia costituito un importante fattore di concorrenza nel mercato può costituire un elemento centrale nell'analisi<sup>(35)</sup>. Anche l'esistenza di margini elevati<sup>(36)</sup> prima della concentrazione può rendere più probabile un significativo aumento dei prezzi. L'incentivo delle imprese partecipanti alla concentrazione ad aumentare i prezzi sarà probabilmente più limitato quando le imprese concorrenti producono strettamente sostituti dei prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione rispetto a quando i concorrenti offrono sostituti meno stretti<sup>(37)</sup>. È perciò meno probabile che una concentrazione ostacolerà in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante, quando vi è un grado elevato di sostituibilità tra i prodotti

delle imprese partecipanti alla concentrazione e quelli offerti dai produttori concorrenti.

29. Quando sono disponibili dati, il grado di sostituibilità può essere valutato mediante inchieste sulle preferenze dei consumatori, l'analisi dei comportamenti di acquisto, la stima dell'elasticità incrociata rispetto al prezzo dei prodotti di cui trattasi<sup>(38)</sup>, o coefficienti di dirottamento<sup>(39)</sup>. Nei mercati nei quali si acquista mediante gare può essere possibile misurare se nel passato le offerte presentate da una delle imprese partecipanti alla concentrazione sono state condizionate dalla presenza dell'altra impresa partecipante alla concentrazione<sup>(40)</sup>.
30. In alcuni mercati può essere relativamente agevole e non troppo costoso per le imprese che vi operano riposizionare i loro prodotti o ampliare il loro portafoglio di prodotti. In particolare, la Commissione esamina se la possibilità di riposizionare i prodotti o di ampliare la gamma dei prodotti da parte delle imprese concorrenti o delle imprese partecipanti alla concentrazione possa influenzare l'incentivo dell'entità risultante dalla concentrazione ad alzare i prezzi. Tuttavia, il riposizionamento dei prodotti o l'ampliamento della gamma dei prodotti comporta spesso dei rischi ed elevati costi irrecuperabili<sup>(41)</sup> e può essere meno redditizio della situazione esistente.

*I clienti hanno limitate possibilità di cambiare fornitore*

31. I clienti delle imprese partecipanti alla concentrazione possono avere difficoltà a passare ad altri fornitori perché esistono pochi fornitori alternativi<sup>(42)</sup> o perché dovrebbero sostenere elevati costi di cambiamento<sup>(43)</sup>. Questi clienti sono particolarmente vulnerabili nel caso di aumenti dei prezzi. La concentrazione può pregiudicare la capacità di questi consumatori di difendersi dagli aumenti dei prezzi. In particolare, questo può verificarsi per gli acquirenti che si sono approvvigionati da entrambe le imprese partecipanti alla concentrazione al fine di ottenere prezzi concorrenziali. Dati relativi ai cambiamenti di fornitore avvenuti nel passato e sulle reazioni degli acquirenti ad aumenti di prezzo possono fornire importanti informazioni in proposito.

*È improbabile che i concorrenti aumentino le forniture se i prezzi aumentano*

32. Se le condizioni di mercato sono tali che è improbabile che i concorrenti delle imprese partecipanti alla concentrazione accrescano sensibilmente le loro forniture nel caso di aumento dei prezzi, le imprese partecipanti alla concentrazione possono avere un incentivo a fissare la produzione ad un livello inferiore rispetto alla somma dei rispettivi livelli prima della concentrazione, facendo quindi salire i prezzi di mercato<sup>(44)</sup>. La concentrazione accresce l'incentivo a ridurre la produzione in quanto offre all'impresa risultante dalla concentrazione una base di vendite più ampia sulla quale essa può beneficiare di margini più elevati derivanti da un aumento dei prezzi determinato da una riduzione della produzione.
33. Al contrario, quando le condizioni di mercato sono tali che le imprese concorrenti dispongono di capacità sufficiente e un'espansione adeguata delle vendite è per loro profittevole, è improbabile che la Commissione concluda che la concentrazione creerà o rafforzerà una posizione dominante o ostacolerà in altro modo in misura significativa una concorrenza effettiva.
34. Una simile espansione della produzione è, in particolare, improbabile quando i concorrenti si trovano di fronte a rigidi vincoli di capacità e l'espansione della capacità è costosa<sup>(45)</sup>, ovvero se la capacità in eccesso esistente è significativamente più costosa da utilizzare che la capacità correntemente in uso.

35. Benché sia più probabile che i vincoli di capacità abbiano rilevanza quando i beni sono relativamente omogenei, essi possono essere importanti anche quando le imprese offrono prodotti differenziati.

*Capacità dell'impresa risultante dalla concentrazione di ostacolare la crescita dei concorrenti*

36. Alcune concentrazioni, se ne fosse autorizzata la realizzazione, potrebbero ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva permettendo all'impresa risultante dalla concentrazione di acquisire una posizione nella quale essa avrebbe la capacità e l'incentivo a rendere più difficile la crescita delle imprese più piccole e dei concorrenti potenziali, ovvero a limitare in altro modo la capacità delle imprese rivali di farle concorrenza. In tal caso, i concorrenti possono trovarsi in una situazione tale da non riuscire, né individualmente né nel loro complesso, a condizionare il comportamento dell'impresa risultante dalla concentrazione in misura tale che essa non possa aumentare i prezzi o assumere altre iniziative che pregiudichino la concorrenza. Per esempio, l'entità nata dalla concentrazione può avere un tale grado di controllo o di influenza sulla fornitura dei fattori di produzione<sup>(46)</sup> o sui possibili canali di distribuzione<sup>(47)</sup>, che l'espansione o l'ingresso di imprese concorrenti possono risultare più costosi. Analogamente, il controllo dell'impresa risultante dalla concentrazione su brevetti<sup>(48)</sup> o altri tipi di diritti di proprietà intellettuale (per es. marchi<sup>(49)</sup>) può rendere più difficile l'espansione o l'ingresso di imprese concorrenti. Nei mercati in cui è importante l'interoperabilità tra differenti infrastrutture o piattaforme<sup>(50)</sup>, una concentrazione può dare all'impresa derivante dalla concentrazione la capacità e l'incentivo a far aumentare i costi oppure a far diminuire la qualità del servizio dei concorrenti<sup>(51)</sup>. Nella sua valutazione la Commissione può tenere conto, tra l'altro, della forza finanziaria dell'impresa risultante dalla concentrazione rispetto a quella dei concorrenti<sup>(52)</sup>.

*La concentrazione elimina un'importante forza concorrenziale*

37. Alcune imprese hanno sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le loro quote di mercato o altri sistemi di misurazione similari. Una concentrazione cui partecipa una simile impresa può modificare le dinamiche concorrenziali in modo significativamente anticompetitivo, in particolare quando il mercato è già concentrato<sup>(53)</sup>. Per esempio, un'impresa può essere un concorrente entrato recentemente sul mercato da cui ci si aspetta nel futuro una significativa pressione concorrenziale sulle altre imprese operanti sul mercato.
38. Nei mercati in cui l'innovazione è un importante fattore di concorrenza, una concentrazione può accrescere la capacità e l'incentivo di un'impresa di immettere nel mercato nuove innovazioni e quindi la pressione concorrenziale esercitata sulle imprese concorrenti perché innovino anch'esse. Al contrario, la concorrenza effettiva può essere significativamente pregiudicata da una concentrazione tra due importanti innovatori, per esempio tra due imprese dotate di prodotti in fase di sviluppo destinati ad uno specifico mercato del prodotto. Analogamente, un'impresa con una quota di mercato relativamente modesta può rappresentare, ciononostante, un'importante forza concorrenziale se dispone di prodotti in fase di sviluppo promettenti<sup>(54)</sup>.

#### **Effetti coordinati**

39. La struttura di alcuni mercati può essere tale che le imprese considererebbero possibile, economicamente razionale, e quindi preferibile, adottare in modo duraturo un comportamento sul mercato che miri a vendere a prezzi

superiori. Una concentrazione in un mercato già concentrato può ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, creando o rafforzando una posizione dominante collettiva, perché accresce la probabilità che le imprese riescano a coordinare il loro comportamento e ad aumentare i prezzi, senza dover concludere un accordo o ricorrere a una pratica concordata ai sensi dell'articolo 81 del trattato CE<sup>(55)</sup>. Una concentrazione può anche rendere il coordinamento più facile, più stabile o più efficace per imprese che già si coordinavano prima della concentrazione, sia rendendo più forte il coordinamento, sia permettendo alle imprese di coordinarsi su prezzi ancora più elevati.

40. Il coordinamento può assumere varie forme. In alcuni mercati la forma più probabile del coordinamento può essere il mantenimento dei prezzi al di sopra del livello concorrenziale. In altri mercati il coordinamento può mirare a limitare la produzione o il volume di nuova capacità immessa nel mercato. Le imprese possono anche coordinarsi attraverso una divisione del mercato, ad esempio per aree geografiche<sup>(56)</sup> o in base ad altre caratteristiche dei clienti, o aggiudicandosi a turno i contratti nei mercati fondati su gare.
41. È più probabile che un coordinamento si manifesti nei mercati nei quali è relativamente semplice raggiungere un'interpretazione comune circa i termini del coordinamento stesso. Inoltre, perché il coordinamento possa essere sostenibile sono necessarie tre condizioni. Primo, le imprese che si coordinano devono essere in grado di verificare in misura sufficiente se i termini del coordinamento sono rispettati. Secondo, la disciplina richiede che vi siano dei meccanismi deterrenti credibili che possano essere attivati in caso di scoperta di deviazioni. Terzo, le reazioni degli estranei, quali i concorrenti attuali e futuri che non aderiscono al coordinamento, come pure i clienti, non devono essere in grado di pregiudicare i risultati attesi dal coordinamento<sup>(57)</sup>.
42. La Commissione esamina se è possibile stabilire i termini di un coordinamento e se è presumibile che esso possa essere sostenibile. A questo proposito la Commissione considera i cambiamenti prodotti dalla concentrazione. La riduzione del numero delle imprese operanti in un mercato può costituire di per sé un fattore che favorisce il coordinamento. Tuttavia, una concentrazione può accrescere la probabilità o la rilevanza di effetti coordinati anche in altre maniere. Per esempio una concentrazione può coinvolgere un'impresa deviante (maverick) che ha storicamente impedito o contrastato il coordinamento, ad esempio non seguendo gli aumenti di prezzo dei concorrenti, o che possiede caratteristiche che le conferiscono un incentivo a preferire scelte strategiche diverse da quelle che sarebbero gradite dai concorrenti che partecipano al coordinamento. Se l'entità derivante dalla concentrazione dovesse adottare strategie simili a quelle degli altri concorrenti, le imprese rimanenti si troverebbero in grado di coordinarsi più facilmente e la concentrazione accrescerebbe la probabilità, la stabilità o l'efficacia del coordinamento.
43. Nel valutare la probabilità di effetti coordinati, la Commissione tiene conto di tutte le pertinenti informazioni disponibili sulle caratteristiche dei mercati interessati, comprese sia le caratteristiche strutturali che il comportamento delle imprese nel passato<sup>(58)</sup>. Le prove di un coordinamento nel passato sono importanti se le caratteristiche del mercato rilevante non sono mutate sensibilmente, né sono presumibilmente destinate a mutare nel futuro immediato<sup>(59)</sup>. Analogamente, possono costituire un utile indizio le prove di un coordinamento in mercati simili.

*Stabilire i termini del coordinamento*

44. È più probabile che il coordinamento si manifesti se i concorrenti sono facilmente in grado di giungere ad una percezione comune sulle modalità di funzionamento dei meccanismi di coordinamento. Le imprese che si coordinano dovrebbero avere opinioni simili su quali azioni saranno considerate in linea con il comportamento parallelo e quali no.
45. In generale, quanto meno complesso e più stabile è il contesto economico, tanto più facile risulta per le imprese raggiungere un'interpretazione comune circa i termini del coordinamento. Per esempio, è più facile coordinarsi tra pochi operatori che tra molti. È anche più facile coordinarsi in merito al prezzo di un unico prodotto omogeneo che mettersi d'accordo su centinaia di prezzi in un mercato con molti prodotti differenziati. Analogamente è più facile coordinarsi in merito ad un prezzo quando le condizioni della domanda e dell'offerta sono relativamente stabili che quando sono in costante mutamento<sup>(60)</sup>. In questo contesto, una domanda volatile, una sostanziale crescita interna di alcune imprese sul mercato o il frequente ingresso di nuovi concorrenti, possono indicare che la situazione attuale non è sufficientemente stabile da rendere probabile un coordinamento<sup>(61)</sup>. In mercati nei quali l'innovazione ha un ruolo importante, il coordinamento può risultare più difficile in quanto le innovazioni, specie quelle significative, possono consentire ad un'impresa di conquistare un forte vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.
46. Un coordinamento mediante ripartizione del mercato sarà più facile se i clienti hanno caratteristiche semplici che permettono alle imprese partecipanti al coordinamento di ripartirli facilmente tra loro. Queste caratteristiche possono essere di ordine geografico, fondarsi sul tipo di cliente o essere semplicemente dovute all'esistenza di clienti che acquistano di regola da una specifica impresa. Il coordinamento mediante ripartizione del mercato può essere relativamente agevole se è facile individuare il fornitore di ciascun cliente e se il meccanismo di coordinamento consiste nell'attribuzione dei clienti esistenti al loro fornitore attuale.
47. Le imprese che intendono coordinarsi possono tuttavia trovare il modo di superare i problemi derivanti dalla complessità del contesto economico in assenza di una ripartizione del mercato. Esse possono, per esempio, stabilire semplici regole per la fissazione dei prezzi che riducono la complessità del coordinamento su un elevato numero di prezzi. Un esempio del genere consiste nello stabilire un numero ridotto di punti di determinazione del prezzo, riducendo così il problema del coordinamento. Un'altra possibilità è stabilire un rapporto fisso tra una serie di prezzi di base e una serie di altri prezzi, in modo che i prezzi varino fondamentalmente in parallelo. La disponibilità pubblica di informazioni chiave, lo scambio di informazioni tramite associazioni di categoria o le informazioni acquisite attraverso partecipazioni incrociate o imprese comuni, sono altri elementi che possono facilitare la messa a punto dei termini del coordinamento. Quanto più complessa è la situazione di mercato, tanto più è probabile che siano necessarie trasparenza o comunicazioni tra le imprese stesse per raggiungere un'interpretazione comune circa i termini del coordinamento.
48. Potrà essere più agevole raggiungere un'interpretazione comune circa i termini del coordinamento se le imprese sono relativamente simmetriche<sup>(62)</sup>, specie in termini di struttura dei costi, quote di mercato, livelli di capacità produttiva e grado di integrazione verticale<sup>(63)</sup>. Legami strutturali, quali le partecipazioni incrociate o le partecipazioni in imprese comuni, possono contribuire ad allineare

gli incentivi tra le imprese partecipanti al coordinamento<sup>(64)</sup>.

*Monitoraggio delle deviazioni*

49. Le imprese che partecipano ad un coordinamento sono spesso tentate di accrescere la loro quota di mercato dissociandosi dai termini del coordinamento, ad esempio abbassando i prezzi, offrendo sconti segreti, aumentando la qualità dei prodotti o la capacità oppure cercando di aggiudicarsi nuovi clienti. Solo la minaccia credibile di ritorsioni tempestive e sufficienti dissuade le imprese dal dissociarsi. I mercati devono perciò essere sufficientemente trasparenti da permettere alle imprese partecipanti al coordinamento di controllare, con sufficiente certezza, se le altre imprese non si stanno discostando e, quindi, di sapere quando devono adottare misure di ritorsione<sup>(65)</sup>.
50. La trasparenza del mercato è solitamente tanto più alta quanto minore è il numero dei partecipanti attivi al mercato. Inoltre, il grado di trasparenza dipende spesso dalle modalità secondo le quali avvengono le transazioni in un determinato mercato. Per esempio, la trasparenza è presumibilmente elevata in un mercato nel quale le transazioni avvengono in una borsa pubblica o mediante asta pubblica alle grida<sup>(66)</sup>. Al contrario, la trasparenza sarà bassa nei mercati nei quali le transazioni avvengono sulla base di trattative riservate e bilaterali tra venditori ed acquirenti<sup>(67)</sup>. Nel valutare il livello di trasparenza del mercato, è fondamentale stabilire quali informazioni sul comportamento delle imprese le altre imprese possano dedurre dalle informazioni disponibili<sup>(68)</sup>. Le imprese partecipanti al coordinamento dovrebbero essere in grado di capire con una certa sicurezza se un comportamento inatteso è dovuto ad una deviazione dai termini del coordinamento. Per esempio, in situazioni instabili può essere difficile per un'impresa sapere se un calo delle sue vendite è dovuto ad una riduzione del livello complessivo della domanda o al fatto che un concorrente sta offrendo prezzi particolarmente bassi. Analogamente, in una situazione nella quale la domanda complessiva o le condizioni di costo variano, può essere difficile capire se un concorrente sta abbassando i prezzi perché si aspetta che i prezzi coordinati scendano o perché ha deciso di dissociarsi.
51. In alcuni mercati nei quali le condizioni generali sono apparentemente sfavorevoli al controllo delle deviazioni delle altre imprese, le imprese possono tuttavia seguire condotte che hanno l'effetto di facilitare il monitoraggio, anche se non sono necessariamente attuate a tale scopo. Queste pratiche, come le clausole relative all'adeguamento alle condizioni offerte dal concorrente o del cliente più favorito, la pubblicazione volontaria di informazioni, annunci, oppure scambi di informazioni tramite associazioni di categoria, possono accrescere la trasparenza o facilitare ai concorrenti l'interpretazione delle scelte compiute. La presenza di amministratori di un'impresa nel consiglio di amministrazione di un'altra e viceversa, la partecipazione in imprese comuni e incroci simili, sono altri elementi che possono facilitare il monitoraggio.

*Meccanismi deterrenti*

52. Il coordinamento non può durare se le conseguenze di una dissociazione non sono sufficientemente gravi da convincere le imprese partecipanti che è nel loro interesse attenersi ai termini del coordinamento. È quindi la minaccia di ritorsioni future che assicura la sostenibilità del coordinamento<sup>(69)</sup>. Tuttavia la minaccia è credibile solo se è sufficientemente certo che, quando viene scoperta una violazione da parte di un'impresa, un meccanismo deterrente verrà effettivamente attivato<sup>(70)</sup>.

53. Le ritorsioni che hanno effetto con un ritardo significativo, o dove c'è incertezza se saranno messe in atto, probabilmente non sono sufficienti a controbilanciare i vantaggi di una deviazione. Per esempio, se un mercato è caratterizzato da ordini poco frequenti e relativi a grandi quantitativi può essere difficile mettere a punto un meccanismo con un sufficiente effetto deterrente, poiché il vantaggio ottenuto non osservando il coordinamento può essere grande, certo ed immediato, mentre le perdite dovute ad eventuali sanzioni possono essere modeste ed incerte e si manifestano solo dopo un certo tempo. La rapidità di messa in atto dei meccanismi deterrenti è connessa alla trasparenza. Se le imprese sono in grado di osservare le azioni dei concorrenti solo con notevole ritardo, allora le ritorsioni saranno parimenti ritardate e ciò può influire sulla loro capacità di scoraggiare una deviazione.
54. La credibilità del meccanismo deterrente dipende dagli incentivi delle altre imprese partecipanti al coordinamento ad attuare misure di ritorsione. Alcuni meccanismi deterrenti, per esempio punire il colpevole di una deviazione facendogli temporaneamente guerra sui prezzi o incrementando significativamente la produzione, possono comportare una perdita economica a breve termine per le imprese che attuano la ritorsione. Ciò non elimina necessariamente l'incentivo alla ritorsione dato che la perdita a breve termine può essere inferiore al beneficio a lungo termine della ritorsione, derivante dal ritorno al regime di coordinamento.
55. La ritorsione non deve necessariamente avvenire nello stesso mercato della deviazione<sup>(71)</sup>. Se tra le imprese partecipanti al coordinamento vi è interazione commerciale anche in altri mercati, questi possono offrire varie possibilità di ritorsione<sup>(72)</sup>. La ritorsione può assumere molte forme, compreso il ritiro da un'impresa comune o da altre forme di cooperazione o la vendita di azioni in società di proprietà comune.

#### Reazioni dei terzi

56. Affinché il coordinamento abbia successo, il comportamento delle imprese non partecipanti al coordinamento e dei concorrenti potenziali, come pure quello dei clienti, non deve essere in grado di pregiudicare i risultati attesi dal coordinamento. Se, per esempio, il coordinamento mira a ridurre la capacità complessiva sul mercato, esso si tradurrà in un danno per i consumatori unicamente se le imprese che non partecipano al coordinamento non sono in grado ovvero non hanno nessun incentivo a rispondere a tale riduzione con un incremento della propria capacità, in modo sufficiente ad impedire una diminuzione netta della capacità, o almeno a rendere non redditizia la riduzione coordinata della capacità<sup>(73)</sup>.
57. Gli effetti dei nuovi ingressi e del potere degli acquirenti sono trattati nelle sezioni successive. Tuttavia viene data particolare attenzione al possibile impatto di questi elementi sulla stabilità del coordinamento. Per esempio, concentrando una grande parte del suo fabbisogno su un unico fornitore o offrendo contratti a lungo termine, un grande acquirente può essere in grado di rendere instabile il coordinamento, inducendo una delle imprese partecipanti al coordinamento a dissociarsi per aggiudicarsi una notevole quota di nuovi affari.

#### Concentrazione con un concorrente potenziale

58. Le concentrazioni nelle quali un'impresa già attiva in un mercato rilevante si unisce a un concorrente potenziale su tale mercato può aver effetti anticoncorrenziali simili a quelli delle concentrazioni tra due imprese già operanti sul medesimo mercato rilevante e, quindi, ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante.
59. Una fusione con un concorrente potenziale può generare effetti anticoncorrenziali orizzontali, coordinati o non coordinati, se il concorrente potenziale condiziona significativamente il comportamento delle imprese operanti nel mercato. Ciò avviene se il concorrente potenziale possiede beni produttivi che potrebbero essere facilmente utilizzati per entrare nel mercato senza sostenere costi irrecuperabili significativi. Possono esservi effetti anticoncorrenziali anche quando il concorrente potenziale sarebbe probabilmente disposto a sostenere i costi non recuperabili necessari per entrare nel mercato in un arco di tempo relativamente breve e successivamente condizionare il comportamento delle imprese operanti nel mercato<sup>(74)</sup>.
60. Perché una concentrazione con un concorrente potenziale abbia effetti anticoncorrenziali significativi devono essere soddisfatte due condizioni di base. Primo, il concorrente potenziale deve già esercitare un condizionamento significativo oppure vi deve essere una significativa probabilità che si trasformi in una forza concorrenziale effettiva. La prova che un concorrente potenziale ha intenzione di entrare nel mercato in modo significativo potrebbe aiutare la Commissione a giungere ad una simile conclusione<sup>(75)</sup>. Secondo, non deve esistere un numero sufficiente di altri concorrenti potenziali che siano in grado di mantenere una sufficiente pressione concorrenziale a concentrazione avvenuta<sup>(76)</sup>.

#### Concentrazioni che creano o rafforzano il potere degli acquirenti nei mercati a monte

61. La Commissione può anche analizzare fino a che punto l'entità risultante dalla concentrazione accrescerà il suo potere come acquirente nei mercati a monte. Da un lato, una concentrazione che instaura o rafforza il potere di mercato di un acquirente può ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante. L'impresa risultante dalla concentrazione potrebbe essere in grado di ottenere prezzi più bassi riducendo i suoi acquisti dei fattori di produzione. A sua volta ciò può indurla a ridurre il suo livello di produzione nel mercato del prodotto finale, a danno del benessere dei consumatori<sup>(77)</sup>. Tali effetti possono prodursi, in particolare, quando i venditori a monte sono relativamente frammentati. La concorrenza nei mercati a valle potrebbe subire un pregiudizio anche quando, in particolare, l'impresa nata dalla concentrazione potrebbe sfruttare il suo potere di acquirente nei confronti dei suoi fornitori per ostacolare l'accesso al mercato dei suoi rivali<sup>(78)</sup>.
62. D'altro lato, l'aumento del potere di acquisto può essere benefico per la concorrenza. Se l'aumento del potere degli acquirenti abbassa il costo dei fattori di produzione senza limitare la concorrenza a valle o la produzione totale, allora una parte delle riduzioni dei costi sarà probabilmente trasferita ai consumatori nella forma di prezzi più bassi.

63. Per valutare se una concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva creando o rafforzando un potere degli acquirenti, è quindi necessaria un'analisi delle condizioni di concorrenza nei mercati a monte e una valutazione dei possibili effetti positivi e negativi sopra descritti.

#### V. POTERE DI CONTRASTO DEGLI ACQUIRENTI

64. La pressione concorrenziale su un'impresa non è esercitata solo dai concorrenti, ma può provenire anche dai suoi clienti. Anche imprese con elevatissime quote di mercato possono non essere in grado, dopo una concentrazione, di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare prescindendo in misura apprezzabile dal comportamento dei loro clienti, se questi sono in grado di opporsi in quanto detengono un potere di contrasto quali acquirenti<sup>(79)</sup>. In questo contesto, il potere di contrasto degli acquirenti va inteso come il potere contrattuale di cui l'acquirente dispone nei confronti del venditore nelle trattative commerciali grazie alle sue dimensioni, all'importanza commerciale che esso riveste per il venditore e alla sua capacità di passare a fornitori alternativi.

65. La Commissione esamina, se del caso, fino a che punto i clienti sono in grado di contrastare l'aumento del potere di mercato che risulterebbe altrimenti da una concentrazione. Una fonte di potere di contrasto degli acquirenti è data dalla possibilità per il cliente di minacciare in modo credibile il ricorso, in tempi ragionevoli, a fonti di approvvigionamento alternative, qualora il fornitore decida di aumentare i prezzi<sup>(80)</sup> o di peggiorare la qualità o le condizioni di consegna. Questa possibilità esiste se il cliente è in grado di passare immediatamente ad altri fornitori<sup>(81)</sup>, minacciare credibilmente di integrarsi verticalmente nel mercato a monte o promuovere l'espansione o l'ingresso di un'altra impresa a monte<sup>(82)</sup>, ad esempio convincendo un concorrente potenziale a fare il suo ingresso mediante l'impegno a commissionargli grossi quantitativi. È più probabile che questo tipo di potere degli acquirenti sia detenuto da clienti grandi e sofisticati piuttosto che da imprese piccole in un settore frammentato<sup>(83)</sup>. Un acquirente può anche esercitare un potere di contrasto rifiutandosi di comprare altri prodotti del fornitore o, specie nel caso di beni durevoli, rinviando gli acquisti.

66. In alcuni casi, può essere importante esaminare con particolare attenzione gli incentivi degli acquirenti ad utilizzare il loro potere<sup>(84)</sup>. Per esempio, un'impresa a valle può non essere disposta ad investire per promuovere l'ingresso di nuovi fornitori se i benefici di tale ingresso, in termini di minor costo dei fattori di produzione, potrebbero essere goduti anche dai suoi concorrenti.

67. Si ritiene che il potere di mercato degli acquirenti non possa compensare a sufficienza i potenziali effetti negativi di una concentrazione se esso assicura che soltanto una particolare categoria di clienti<sup>(85)</sup>, dotata di una particolare forza contrattuale, è protetta da prezzi significativamente più elevati o da un deterioramento delle condizioni dopo la concentrazione<sup>(86)</sup>. Inoltre, non basta che esista un potere degli acquirenti prima della concentrazione; esso deve sussistere e rimanere efficace anche dopo; ciò, in quanto una concentrazione tra due fornitori può ridurre il potere degli acquirenti se elimina un'alternativa credibile per gli stessi acquirenti.

#### VI. INGRESSO NEL MERCATO

68. Se l'ingresso in un mercato è sufficientemente facile, è improbabile che una concentrazione dia luogo a problemi

significativi sotto il profilo della concorrenza. Perciò, l'analisi delle possibilità di nuovi ingressi costituisce un importante elemento della valutazione concorrenziale complessiva. Perché un nuovo ingresso possa essere considerato un vincolo concorrenziale sufficiente per le imprese partecipanti alla concentrazione, occorre dimostrare che l'ingresso sarebbe probabile, rapido e sufficiente, per impedire o controbilanciare ogni potenziale effetto anticoncorrenziale della concentrazione.

#### *Probabilità dell'ingresso*

69. La Commissione esamina se è probabile che l'ingresso oppure l'ingresso potenziale possano condizionare il comportamento delle imprese presenti sul mercato dopo la concentrazione. Perché un ingresso sia probabile esso deve essere sufficientemente redditizio tenuto conto degli effetti sui prezzi risultanti dall'immissione di un'offerta supplementare sul mercato e dalle potenziali reazioni delle imprese già presenti sul mercato. L'ingresso è quindi meno probabile qualora esso risultasse economicamente conveniente solo su larga scala, facendo quindi scendere in misura significativa il livello dei prezzi. Ed è probabile che l'ingresso risulti più difficile se gli operatori già presenti sono in grado di difendere le loro quote di mercato offrendo contratti a lungo termine o concedendo sconti mirati a quei clienti che il nuovo entrante cerca di conquistarsi. Inoltre, l'entità dei rischi e dei costi di un ingresso fallito possono rendere meno probabile un ingresso. I costi di un ingresso mancato saranno tanto più alti, quanto più è elevato il livello dei costi irrecuperabili da sostenere per l'ingresso<sup>(87)</sup>.

70. I candidati all'ingresso possono trovarsi di fronte barriere all'entrata che determinano rischi e costi di ingresso e quindi incidono sulla convenienza dell'ingresso. Le barriere all'entrata sono caratteristiche specifiche del mercato che conferiscono alle imprese già insediate dei vantaggi sui concorrenti potenziali. Quando le barriere all'entrata sono basse, è più probabile che le imprese partecipanti alla concentrazione saranno condizionate da un eventuale ingresso. Se, al contrario, le barriere all'entrata sono elevate, un aumento dei prezzi da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione non sarebbe significativamente impedito dalla possibilità di un nuovo ingresso. Esempi storici di ingresso e di uscita dal mercato interessato possono offrire utili informazioni sulla dimensione delle barriere all'entrata.

71. Le barriere all'entrata possono assumere diverse forme:

a) Si hanno vantaggi giuridici quando esistono ostacoli normativi che limitano il numero dei partecipanti al mercato limitando, ad esempio, il numero delle licenze<sup>(88)</sup>. Essi includono anche barriere al commercio tariffarie e non tariffarie<sup>(89)</sup>.

b) Le imprese già insediate possono anche beneficiare di vantaggi tecnici, come l'accesso preferenziale a infrastrutture essenziali, risorse naturali<sup>(90)</sup>, innovazione e R & S<sup>(91)</sup>, ovvero diritti di proprietà intellettuale<sup>(92)</sup>, che rendono difficile per qualsiasi altra impresa competere con successo. Per esempio, in certi settori può essere difficile ottenere fattori di produzione essenziali, oppure i prodotti e i processi possono essere coperti da brevetto. Anche altri fattori quali economie di scala e di diversificazione, reti di distribuzione e di vendita<sup>(93)</sup> e l'accesso a tecnologie importanti possono costituire barriere all'entrata.

- (c) Inoltre possono esistere barriere all'entrata a causa della posizione consolidata delle imprese presenti sul mercato. In particolare, può essere difficile entrare in un dato settore perché per affermarsi occorrono esperienza o reputazione, elementi che difficilmente possono essere acquisiti da un nuovo operatore. In questo contesto, si terrà conto di fattori quali la fedeltà dei consumatori ad un determinato marchio<sup>(94)</sup>, le strette relazioni tra fornitori e clienti, l'importanza della promozione e della pubblicità o altri vantaggi connessi alla reputazione<sup>(95)</sup>. Le barriere all'entrata comprendono anche situazioni nelle quali le imprese presenti hanno già deciso di costruire ampie capacità in eccesso<sup>(96)</sup>, oppure quando l'ingresso può essere inibito dai costi che i clienti dovrebbero sostenere per passare ad un nuovo fornitore.
72. Nel valutare se l'ingresso sia o no profittevole, occorre tenere conto della prevedibile evoluzione del mercato. È più probabile che l'ingresso sarà redditizio in un mercato che secondo le previsioni è destinato a crescere rapidamente in futuro<sup>(97)</sup> piuttosto che in un mercato maturo o di cui si attende un declino<sup>(98)</sup>. Le economie di scala o gli effetti di rete rendono non conveniente l'ingresso a meno che il nuovo concorrente abbia la possibilità di ritagliarsi una quota di mercato sufficientemente elevata<sup>(99)</sup>.
73. Un ingresso è particolarmente probabile se il concorrente potenziale possiede impianti di produzione che potrebbero essere facilmente utilizzati per entrare nel mercato in questione, riducendo quindi i costi irrecuperabili dell'ingresso. Quanto minore è la differenza di redditività tra ingresso e non ingresso prima della concentrazione, tanto più è probabile che si verifichi un simile cambiamento nell'utilizzazione degli impianti di produzione.

#### Tempestività

74. La Commissione esamina se l'ingresso sia abbastanza rapido e duraturo da impedire o vanificare l'esercizio di un potere di mercato. Quali siano da considerare tempi adeguati dipenderà dalle caratteristiche e dalla dinamica del mercato, come anche dalle capacità specifiche dei nuovi concorrenti potenziali<sup>(100)</sup>. Tuttavia, un ingresso viene di norma considerato tempestivo solo se ha luogo entro due anni.

#### Sufficienza

75. L'ingresso deve avere portata e dimensioni sufficienti per impedire o annullare gli effetti anticoncorrenziali della concentrazione<sup>(101)</sup>. Un ingresso su piccola scala, per esempio in una qualche nicchia di mercato, può non essere considerato sufficiente.

### VII. CONSIDERAZIONI DI EFFICIENZA

76. Il processo di ristrutturazione delle imprese che si esplica attraverso le concentrazioni può rispondere alle esigenze di una concorrenza dinamica ed essere in grado di aumentare la competitività di un'industria, e quindi di migliorare le condizioni della crescita ed elevare il tenore di vita nella Comunità<sup>(102)</sup>. È possibile che miglioramenti di efficienza prodotti da una concentrazione controbilancino gli effetti negativi per la concorrenza e, in particolare, i potenziali pregiudizi che essa potrebbe altrimenti arrecare ai consumatori<sup>(103)</sup>. Per valutare se una concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante, ai sensi

dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3 del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione procede ad un'analisi complessiva della concentrazione sotto il profilo della concorrenza. Nel compiere tale analisi, la Commissione tiene conto dei fattori citati all'articolo 2, paragrafo 1, compresa l'evoluzione del progresso tecnico ed economico, purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca un impedimento alla concorrenza<sup>(104)</sup>.

77. Nella valutazione complessiva di una concentrazione, la Commissione prende in considerazione ogni miglioramento di efficienza debitamente comprovato. Essa può decidere che, a causa dei miglioramenti di efficienza prodotti dalla concentrazione, non vi è motivo di dichiarare la concentrazione incompatibile con il mercato comune, a norma dell'articolo 2, paragrafo 3 del regolamento sulle concentrazioni. Ciò avviene quando la Commissione è in grado di concludere, sulla base di prove sufficienti, che l'incremento di efficienza generato dalla concentrazione probabilmente accrescerà la possibilità e l'incentivo dell'impresa risultante dalla concentrazione a comportarsi in modo pro-concorrenziale a vantaggio dei consumatori, controbilanciando gli effetti negativi per la concorrenza che l'operazione potrebbe altrimenti produrre.
78. Perché la Commissione possa tener conto delle considerazioni di efficienza e giungere alla conclusione che, grazie ad esse, non vi è motivo di dichiarare una concentrazione incompatibile con il mercato comune, i miglioramenti di efficienza devono andare a beneficio dei consumatori, essere specificamente legati alla concentrazione ed essere verificabili. Queste condizioni sono cumulative.

#### Vantaggi per i consumatori

79. Il criterio fondamentale in base al quale sono valutate le considerazioni di efficienza è che i consumatori<sup>(105)</sup> non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione. A tal fine i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza.
80. Le concentrazioni possono produrre diversi tipi di miglioramenti dell'efficienza suscettibili di tradursi in prezzi più bassi o altri vantaggi per i consumatori. Per esempio, riduzioni dei costi di produzione o di distribuzione possono dare all'entità risultante dalla concentrazione la possibilità e l'incentivo a praticare prezzi più bassi dopo la concentrazione. In linea con la necessità di accertare se l'incremento di efficienza porterà ad un beneficio netto per i consumatori, nella valutazione delle efficienze dal lato dei costi sarà presumibilmente più importante il miglioramento di efficienza che rende possibile una diminuzione dei costi variabili o marginali<sup>(106)</sup> rispetto a quello che permette una riduzione dei costi fissi, poiché è il calo dei primi che, in linea di massima, ha maggiori probabilità di tradursi in una diminuzione dei prezzi al consumo<sup>(107)</sup>. Le riduzioni dei costi che risultano esclusivamente da limitazioni anticoncorrenziali della produzione non possono essere considerate come miglioramenti di efficienza a vantaggio dei consumatori.
81. I consumatori possono anche beneficiare di prodotti o servizi nuovi o migliorati, per esempio grazie a miglioramenti dell'efficienza nel campo della R & S e dell'innovazione. Un'impresa comune costituita per sviluppare un nuovo prodotto può generare tale tipologia di efficienza che la Commissione può prendere in considerazione.

82. Nell'ambito degli effetti coordinati, gli incrementi di efficienza possono accrescere l'incentivo dell'entità risultante dalla concentrazione ad accrescere la produzione e a ridurre i prezzi, riducendo così il suo incentivo a coordinare il suo comportamento con le altre imprese che operano sullo stesso mercato. Una maggiore efficienza può quindi diminuire il rischio di effetti coordinati sul mercato rilevante.
83. In generale, quanto più lontani nel futuro siano gli incrementi di efficienza che dovrebbero realizzarsi, tanto minore è il peso che la Commissione può attribuire a tali fattori. Ciò implica che i miglioramenti di efficienza devono essere tempestivi, affinché siano considerati idonei a controbilanciare gli eventuali effetti negativi di una concentrazione.
84. L'incentivo per l'impresa risultante dalla concentrazione a trasferire ai consumatori gli incrementi di efficienza è spesso legato all'esistenza di una pressione concorrenziale da parte delle altre imprese presenti sul mercato e di potenziali nuovi ingressi. Quanto maggiori sono i possibili effetti negativi per la concorrenza, tanto più la Commissione deve essere certa che i miglioramenti dell'efficienza indicati siano di sostanziale entità, che vi sia un'elevata probabilità che essi si materializzino e che siano trasferiti, in misura sufficiente, ai consumatori. È altamente improbabile che una concentrazione che dia luogo ad una posizione di mercato prossima al monopolio, o che porti ad un analogo livello di potere di mercato, possa essere dichiarata compatibile con il mercato comune sulla base del fatto che il miglioramento dell'efficienza sarebbe sufficiente a controbilanciare i suoi potenziali effetti anticoncorrenziali.

#### *Nesso specifico con la concentrazione*

85. Gli incrementi di efficienza sono rilevanti nella valutazione concorrenziale quando sono una diretta conseguenza della concentrazione notificata e non possono essere prodotti, nella stessa misura, da modalità alternative meno anticoncorrenziali. In tal caso, si considera che i miglioramenti di efficienza sono prodotti dalla concentrazione ed hanno quindi un nesso specifico con la concentrazione stessa<sup>(108)</sup>. Spetta alle parti della concentrazione fornire tempestivamente tutte le informazioni necessarie per dimostrare che non esistono alternative realistiche e realizzabili meno anticoncorrenziali rispetto alla concentrazione notificata, sia di natura non concentrativa (per esempio accordi di licenza o un'impresa comune avente natura di cooperazione), sia di natura concentrativa (un'impresa comune avente natura di concentrazione o una concentrazione diversamente strutturata), in grado di produrre i medesimi incrementi di efficienza. La Commissione prende in considerazione solamente alternative che siano ragionevolmente praticabili con riferimento alla situazione in cui si trovano le imprese partecipanti alla concentrazione, tenuto conto della prassi consolidata del settore economico interessato.

#### *Verificabilità*

86. I miglioramenti dell'efficienza devono essere verificabili, in modo che la Commissione possa essere ragionevolmente certa che essi si realizzino e siano di entità sufficiente per controbilanciare i potenziali effetti negativi della concentrazione per i consumatori. Quanto più precisi e convincenti sono gli argomenti addotti per sostanziare i miglioramenti di efficienza, tanto meglio la Commissione è in

grado di valutare la loro fondatezza. Quando è ragionevolmente possibile, gli incrementi di efficienza ed i benefici che ne derivano per i consumatori devono quindi essere quantificati. Se i dati necessari per una precisa analisi quantitativa non sono disponibili, deve essere possibile prevedere un chiaro ed identificabile effetto positivo per i consumatori, non solamente marginale. In generale, quanto più distante nel futuro è il momento nel quale dovrebbero iniziare a manifestarsi gli incrementi di efficienza, tanto più bassa è la probabilità che la Commissione potrà attribuire alla loro effettiva realizzazione.

87. La maggior parte delle informazioni necessarie alla Commissione per valutare se la concentrazione potrà produrre miglioramenti di efficienza del tipo che le consentirebbero di autorizzare la concentrazione sono in possesso unicamente delle imprese partecipanti alla concentrazione stessa. Spetta dunque alle parti notificanti comunicare tempestivamente tutte le informazioni pertinenti, necessarie per dimostrare che gli incrementi di efficienza addotti hanno un nesso specifico con la concentrazione e che è probabile che si realizzino. Analogamente tocca alle parti notificanti dimostrare in che misura gli incrementi di efficienza sono atti a controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza che sarebbero altrimenti prodotti dalla concentrazione, e che quindi andranno a beneficio dei consumatori.
88. Le prove utili per la valutazione degli incrementi di efficienza addotti includono, in particolare, i documenti interni utilizzati dai dirigenti delle imprese per decidere la concentrazione, dichiarazioni rese dai dirigenti ai proprietari e ai mercati finanziari in merito ai miglioramenti di efficienza attesi, esempi storici di incrementi di efficienza e dei benefici per i consumatori, nonché studi effettuati da esperti esterni prima della concentrazione sulla natura e sull'entità degli incrementi di efficienza, nonché sulla misura in cui è probabile che ne beneficino i consumatori.

#### **VIII. STATO DI CRISI DELL'IMPRESA (FAILING FIRM DEFENSE)**

89. La Commissione può decidere che una concentrazione, che darebbe normalmente adito a problemi, sia ciononostante compatibile con il mercato comune se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versa in stato di crisi. Il requisito fondamentale è che il deterioramento della struttura della concorrenza che segue alla concentrazione non possa essere attribuito alla concentrazione stessa<sup>(109)</sup>. Ciò si verifica se, in assenza della concentrazione, la struttura della concorrenza nel mercato si deteriorerebbe almeno nella medesima misura<sup>(110)</sup>.
90. Per l'ammissibilità dell'eccezione dell'impresa in stato di crisi la Commissione considera che siano particolarmente rilevanti i tre criteri che seguono. Primo, l'impresa che si presume sia sul punto di fallire sarebbe, entro breve tempo, costretta ad uscire dal mercato a causa di difficoltà finanziarie, se non venisse rilevata da un'altra impresa. Secondo, non vi è un'acquisizione alternativa che avrebbe effetti anticoncorrenziali meno gravi di quelli derivanti dalla concentrazione notificata. Terzo, in assenza della concentrazione, i beni produttivi dell'impresa in stato di crisi uscirebbero inevitabilmente dal mercato<sup>(111)</sup>.
91. Spetta alle parti notificanti produrre tempestivamente tutte le informazioni necessarie per dimostrare che il deterioramento della struttura della concorrenza, successivo alla concentrazione, non è causato dalla concentrazione stessa.

- (<sup>1</sup>) Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004 (GU L 24 del 29.1.2004, pag. 1).
- (<sup>2</sup>) Causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punto 200. Cfr. cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a. contro Commissione (nel seguito «Kali & Salz»), Racc. [1998] I-1375, punto 221. In circostanze eccezionali, una concentrazione può dare luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante da parte di un'impresa che non partecipa all'operazione notificata (cfr. caso IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punti 225-229; caso COMP/M.2434 — Grupo Vilar MIR/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico, punti 67-71).
- (<sup>3</sup>) Cfr. anche cause riunite C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, punto 170.
- (<sup>4</sup>) Cfr. i considerando 25 e 26 del regolamento sulle concentrazioni.
- (<sup>5</sup>) Il termine concentrazione quale è utilizzato nel regolamento sulle concentrazioni comprende vari tipi di operazioni quali fusioni, acquisizioni e taluni tipi di imprese comuni. Nel seguito della presente comunicazione, se non diversamente specificato, il termine concentrazione verrà utilizzato per tutti i tipi di operazioni.
- (<sup>6</sup>) La presente comunicazione non tratta della valutazione degli effetti di una concentrazione sulla concorrenza in altri mercati, compresi gli effetti verticali e conglomerati. Neppure si occupa della valutazione degli effetti di un'impresa comune di cui all'articolo 2, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni.
- (<sup>7</sup>) Tale nozione copre anche situazioni nelle quali, ad esempio, i prezzi scendono di meno, o la probabilità che scendano diventa minore, ovvero aumentano di più, o la probabilità che aumentino diventa maggiore, rispetto a quel che sarebbe accaduto in assenza della concentrazione.
- (<sup>8</sup>) Per analogia, nel caso di una concentrazione realizzata senza essere stata notificata, la Commissione valuta l'operazione alla luce delle condizioni di concorrenza che sarebbero esistite se la concentrazione non fosse stata realizzata.
- (<sup>9</sup>) Cfr. per esempio decisione della Commissione 98/526/CE nel caso IV/M.950 — Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim, GU L 234 del 21.8.1998, pag. 14, punto 13; caso IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, punti 70-72; caso COMP/M.2547 — Bayer/Aventis Crop Science, punti 324 e segg.
- (<sup>10</sup>) Cfr. per es. causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punti 247-263.
- (<sup>11</sup>) GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5.
- (<sup>12</sup>) Cfr. per es. causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punto 262 e causa T-342/99, Airtours contro Commissione, Racc. [2002] II-2585, punto 280.
- (<sup>13</sup>) Per il calcolo delle quote di mercato si veda anche la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GU C 372 del 9.12.1997, pag. 3, punti 54-55.
- (<sup>14</sup>) Cfr. per es. il caso COMP/M.1806 — Astra Zeneca/Novartis, punti 150 e 415.
- (<sup>15</sup>) Se necessario le quote di mercato possono essere corrette, in particolare, al fine di tener conto delle partecipazioni di controllo in altre imprese (cfr. per es. caso IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punti 446-458; caso COMP/M.1879 — Boeing/Hughes, punti 60-79; caso COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, punti 66-75), o di altri accordi con terzi (cfr. per es. per i subappaltatori, decisione della Commissione 2001/769/CE nel caso M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema, GU L 289 del 6.11.2001 pag. 8, punto 142).
- (<sup>16</sup>) Cfr. per es. caso COMP/M.2256 — Philips/Agilent Health Care Technologies, punti 31-32, e caso COMP/M.2609 — HP/Compaq, punto 39.
- (<sup>17</sup>) Cfr. per es. caso IV/M.1365 — FCC/Vivendi, punto 40; caso COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, punto 50. Eventualmente la Commissione può utilizzare anche altri criteri per misurare la concentrazione, come per esempio i coefficienti di concentrazione che misurano la quota di mercato aggregata di un piccolo numero (solitamente tre o quattro) delle imprese più importanti su un mercato.
- (<sup>18</sup>) Ad esempio un mercato con cinque imprese le cui quote di mercato sono rispettivamente del 40 %, 20 %, 15 %, 15 % e 10 % ha uno HHI di 2 550 ( $40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2 550$ ). Lo HHI può andare da un numero vicino a zero (in caso di mercato atomistico) fino a 10 000 (in caso di monopolio puro).
- (<sup>19</sup>) L'aumento del grado di concentrazione misurato dallo HHI può essere calcolato indipendentemente dalla concentrazione complessiva del mercato raddoppiando il prodotto delle quote di mercato delle imprese partecipanti alla concentrazione. Ad esempio una concentrazione di due imprese con quote di mercato rispettivamente del 30 % e del 15 % farebbe salire lo HHI di 900 ( $30 \times 15 \times 2 = 900$ ). La spiegazione di questa tecnica è la seguente: per calcolare lo HHI prima della concentrazione, le quote di mercato delle imprese partecipanti alla concentrazione sono elevate al quadrato individualmente:  $(a)^2 + (b)^2$ . Dopo la concentrazione il loro contributo è il quadrato della somma delle loro quote:  $(a + b)^2$ , che è uguale a  $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$ . L'incremento dello HHI è quindi rappresentato da  $2ab$ .
- (<sup>20</sup>) Causa T-221/95, Endemol contro Commissione, Racc. [1999] II-1299, punto 134, e causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punto 205. Se per effetto della concentrazione si crei o si rafforzi una posizione dominante è una questione distinta.
- (<sup>21</sup>) Cfr. per es. caso COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, punti 48-50.
- (<sup>22</sup>) Cfr. per es. decisione della Commissione 1999/674/CE nel caso IV/M.1221 — Rewe/Meinl, GU L 274 del 23.10.1999, pag. 1, punti 98-114; caso COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, punti 44-47.
- (<sup>23</sup>) Il calcolo delle quote di mercato dipende in modo critico dalla definizione del mercato. Si deve sottolineare che la Commissione non accetta necessariamente la definizione del mercato proposta dalle parti.
- (<sup>24</sup>) Vedi considerando 32 del regolamento sulle concentrazioni. Questa presunzione non si applica però nei casi in cui la concentrazione progettata crea o rafforza una posizione dominante collettiva detenuta insieme dalle «imprese interessate» e da terzi (cfr. cause riunite C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, Racc. [1998] I-1375, punti 171 e segg. e causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punti 134 e segg.).
- (<sup>25</sup>) In mercati con partecipazioni incrociate o imprese comuni la Commissione può utilizzare uno HHI modificato che tiene conto di tali partecipazioni (cfr. per es. caso IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punto 256).

- (26) Cfr. sopra, punto 17.
- (27) Spesso detti anche effetti «unilaterali».
- (28) Le prevedibili reazioni dei concorrenti potrebbero costituire un fattore rilevante tale da influenzare gli incentivi dell'entità nata dalla concentrazione ad alzare i prezzi.
- (29) Un mercato oligopolistico si riferisce ad una struttura di mercato con un numero limitato di imprese importanti. Poiché il comportamento di ciascuna impresa incide sensibilmente sulle condizioni generali del mercato, e quindi indirettamente sulla situazione di ciascuna delle altre imprese, le imprese oligopolistiche sono interdipendenti.
- (30) Vedi considerando 25 del regolamento sulle concentrazioni.
- (31) Cfr. in particolare più sopra i punti 17 e 18.
- (32) I prodotti possono essere differenziati secondo diverse modalità. Può esservi, per esempio, differenziazione in termini di ubicazione geografica, basata sull'ubicazione delle filiali o dei negozi; l'ubicazione è importante per i mercati della distribuzione al dettaglio, bancario, delle agenzie di viaggio o dei distributori di benzina. La differenziazione può analogamente essere fondata sull'immagine di marca, le specifiche tecniche, la qualità o il livello del servizio. Il livello della pubblicità in un mercato può essere un indicatore dello sforzo delle imprese di differenziare i loro prodotti. Per altri prodotti, il passaggio ai prodotti di un concorrente può comportare dei costi di cambiamento per gli acquirenti.
- (33) Per la definizione del mercato rilevante, cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, citata sopra.
- (34) Cfr. per es. caso COMP/M.2817 — Barilla/BPS/Kamps, punto 34; decisione della Commissione 2001/403/CE nel caso COMP/M.1672 — Volvo/Scania, GU L 143 del 29.5.2001, pag. 74, punti 107-148.
- (35) Cfr. per es. decisione della Commissione 94/893/CE nel caso IV/M.430 — Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), GU L 354 del 21.6.1994, pag. 32; causa T-290/94, Kaysersberg contro Commissione, Racc. [1997] II-2137, punto 153; decisione della Commissione 97/610/CE nel caso IV/M.774 — Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, GU L 247 del 10.9.1997, pag. 1, punto 179; decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, GU L 57 del 27.2.2002, pag. 1, punti 94-108; causa T-310/01, Schneider contro Commissione, Racc. [2002] II-4071, punto 418.
- (36) Tipicamente, il margine (m) è la differenza tra il prezzo (p) e il costo incrementale (c) della fornitura di una unità di prodotto in più espressa in percentuale del prezzo [ $m = (p - c)/p$ ].
- (37) Cfr. per es. caso IV/M.1980 — Volvo/Renault VI, punto 34; caso COMP/M.2256 — Philips Agilent/Health Care Solutions, punti 33-35; caso COMP/M.2537 — Philips/Marconi Medical Systems, punti 31-34.
- (38) L'elasticità incrociata della domanda rispetto al prezzo misura l'ampiezza della variazione della domanda di un prodotto in risposta ad una variazione del prezzo di un altro prodotto, a parità di altre condizioni. L'elasticità diretta rispetto al prezzo misura l'ampiezza della variazione della domanda di un prodotto in risposta ad una variazione del prezzo del prodotto stesso.
- (39) Il coefficiente di dirottamento dal prodotto A al prodotto B misura la proporzione in cui le vendite del prodotto A, perse a causa di un aumento del prezzo di A, sono catturate dal prodotto B.
- (40) Decisione della Commissione 97/816/CE nel caso IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, GU L 336 dell'8.12.1997, pag. 16, punti 58 e segg.; caso COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, punti 125 e segg.
- (41) Si tratta delle spese che non sono recuperabili in caso di uscita dal mercato.
- (42) Cfr. per es. decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso IV/M. 877 — Boeing/McDonnell Douglas, GU L 336 del dell'8.12.1997, pag. 16, punto 70.
- (43) Cfr. per es. caso IV/M.986 — Agfa Gevaert/DuPont, GU L 211 del 29.7.1998, pag. 22, punti 63-71.
- (44) Cfr. per es. caso COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, punti 162-170.
- (45) Nell'analizzare la possibilità che i concorrenti espandano la capacità, la Commissione considera fattori simili a quelli descritti nella sezione VI relativa all'ingresso di nuovi concorrenti. Cfr. per es. caso COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, punti 162-173.
- (46) Cfr. per es. causa T-221/95, Endemol contro Commissione, Racc. [1999] II-1299, punto 167.
- (47) Cfr. per es. causa T-22/97, Kesko contro Commissione, Racc. [1999] II-3775, punti 141 e segg.
- (48) Cfr. per es. decisione della Commissione 2001/684/CE nel caso COMP/M.1671 — Dow Chemical/Union Carbide, GU L 245 del 14.9.2001, pag. 1, punti 107-114.
- (49) Cfr. per es. decisione della Commissione 96/435/CE nel caso IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott, GU L 183 del 23.7.1996, pag. 1; causa T-114/02, BabyliSS SA contro Commissione («Seb/Moulinex»), Racc. [2003] II-000, punti 343 e segg.
- (50) È il caso, per esempio, delle industrie a struttura di rete quali i settori dell'energia e delle telecomunicazioni, come pure di altri settori delle comunicazioni.
- (51) Decisione della Commissione 99/287/CE nel caso IV/M.1069 — Worldcom/MCI, GU L 116 del 4.5.1999, pag. 1, punti 117 e segg.; caso IV/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint, punti 145 e segg.; caso IV/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, punti 44 e segg.
- (52) Causa T-156/98 RJB Mining contro Commissione, Racc. [2001] II-337.
- (53) Decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, GU L 336 dell'8.12.1997, pag. 16, punto 58; caso COMP/M.2568 — Haniel/Ytong, punto 126.
- (54) Per un esempio di prodotti in fase di sviluppo di una delle imprese partecipanti alla concentrazione che avrebbero probabilmente fatto concorrenza a prodotti in fase di sviluppo o esistenti dell'altra impresa partecipante, vedi per es. caso IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, punto 188.
- (55) Causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punto 277; causa T-342/99, Airtours contro Commissione, Racc. [2002] II-2585, punto 61.
- (56) Questo può accadere se gli oligopolisti hanno cercato di concentrare le loro vendite in aree diverse per ragioni storiche.

- (57) Causa T-342/99, *Airtours contro Commissione*, Racc. [2002] II-2585, punto 62.
- (58) Cfr. decisione della Commissione 92/553/CE nel caso IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, GU L 356 del 5.12.1992, pag. 1, punti 117-118.
- (59) Cfr. per es. caso IV/M.580 — *ABB/Daimler-Benz*, punto 95.
- (60) Cfr. per es. decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, GU L 57 del 27.2.2002, pag. 1, punto 148.
- (61) Cfr. per es. caso IV/M.1298 — *Kodak/Imation*, punto 60.
- (62) Causa T-102/96, *Gencor contro Commissione*, Racc. [1999] II-753, punto 222; decisione della Commissione 92/553/CE nel caso IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, GU L 356 del 5.12.1992, pag. 1, punti 63-123.
- (63) Nel valutare se una concentrazione accresca o no la simmetria delle varie imprese presenti sul mercato, i miglioramenti di efficienza possono fornire indicazioni importanti (cfr. anche più sotto, punto 82 della comunicazione).
- (64) Cfr. per es. decisione della Commissione 2001/519/CE nel caso COMP/M.1673 — *VEBA/VIAG*, GU L 188 del 10.7.2001, pag. 1, punto 226; caso COMP/M.2567 — *Nordbanken/Postgirot*, punto 54.
- (65) Cfr. per es. caso COMP/M.2498 — *Shell/DEA*, punti 112 e segg.; caso COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, punti 102 e segg.
- (66) Cfr. anche decisione della Commissione 2000/42/CE nel caso IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, GU 20 del 25.1.2000, pag. 1, punti 176-179.
- (67) Cfr. per es. caso COMP/M.2640 — *Nestlé/Schöller*, punto 37; decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9, punti 67-68.
- (68) Cfr. per es. caso IV/M.1939 — *Rexam (PLM)/American National Can*, punto 24.
- (69) Cfr. caso COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, punto 121, e caso COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, punto 111.
- (70) Anche se talvolta per designare i meccanismi deterrenti si usa il termine «punizione», questo non va inteso nel senso stretto che un meccanismo del genere punisce individualmente un'impresa che si è dissociata. La previsione che il coordinamento verrà meno per un lungo periodo di tempo se una deviazione viene individuata come tale, può costituire di per sé un meccanismo deterrente sufficiente.
- (71) Cfr. per es. decisione della Commissione 2000/42/CE nel caso IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, GU L 20 del 25.1.2000, pag. 1, punto 177.
- (72) Cfr. causa T-102/96, *Gencor contro Commissione*, Racc. [1999] II-753, punto 281.
- (73) Questi elementi sono analizzati allo stesso modo che per gli effetti non coordinati.
- (74) Cfr. per es. caso IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, punti 201 e segg. Per un esempio di un'operazione in cui l'ingresso dell'altra impresa partecipante alla concentrazione non era sufficientemente probabile a breve-medio termine, cfr. causa T-158/00, *ARD contro Commissione*, Racc. [2003] II-000, punti 115-127.
- (75) Decisione della Commissione 2001/98/CE nel caso IV/M.1439 — *Telia/Telenor*, GU L 40 del 9.2.2001, pag. 1, punti 330-331 e caso IV/M.1681 — *Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet*, punto 64.
- (76) Caso IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, punto 219; decisione della Commissione 2002/164/CE nel caso COMP/M.1853 — *EDF/EnBW*, GU L 59 del 28.2.2002, pag. 1, punti 54-64.
- (77) Cfr. decisione della Commissione 1999/674/CE nel caso IV/M.1221 — *Rewe/Meinl*, GU L 274 del 23.10.1999, pag. 1, punti 71-74.
- (78) Causa T-22/97, *Kesko contro Commissione*, Racc. [1999] II-3775, punto 157; decisione della Commissione 97/816/CE nel caso IV/M.877 — *Boeing/McDonnell Douglas*, GU L 336 dell'8.12.1977, pag. 16, punti 105-108.
- (79) Cfr. per es. caso IV/M.1882 — *Pirelli/BICC*, punti 73-80.
- (80) Cfr. per es. caso IV/M.1245 — *Vale/ITT Industries*, punto 26.
- (81) Anche un piccolo gruppo di clienti potrebbe non avere un potere sufficiente in quanto acquirenti se essi sono in larga misura «prigionieri» a causa di costi di cambiamento elevati (cfr. caso COMP/M.2187 — *CVC/Lenzing*, punto 223).
- (82) Decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9, punti 89-91.
- (83) Può anche essere opportuno mettere a confronto il grado di concentrazione esistente sul versante degli acquirenti con quello sul versante dell'offerta (caso COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, punto 119, e decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9, punto 97).
- (84) Caso COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, punti 129-130.
- (85) Decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, GU L 57 del 27.2.2002, pag. 1, punto 88. La discriminazione nei prezzi tra le varie categorie di clienti può in taluni casi essere rilevante nel contesto della definizione del mercato (cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante, citata sopra, punto 43).
- (86) Di conseguenza, la Commissione potrà valutare se ciascuno degli acquirenti deterrà un potere di contrasto, cfr. decisione della Commissione 1999/641/CE nel caso COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9, punti 84-97.
- (87) Decisione della Commissione 97/610/CE nel caso IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, GU L 247 del 10.9.1997, pag. 1, punto 184.
- (88) Caso IV/M.1430 — *Vodafone/Airtouch*, punto 27; caso IV/M.2016 — *France Télécom/Orange*, punto 33.
- (89) Decisione della Commissione 2002/174/CE nel caso COMP/M.1693 — *Alcoa/Reynolds*, GU L 58 del 28.2.2002, pag. 25, punto 87.
- (90) Decisione della Commissione 95/335/CE nel caso IV/M.754 — *Anglo American Corp./Lonrho*, GU L 149 del 20.5.1998, pag. 21, punti 118-119.
- (91) Decisione della Commissione 97/610/CE nel caso IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, GU L 247 del 10.9.1997, pag. 1, punti 184-187.
- (92) Decisione della Commissione 94/811/CE nel caso IV/M.269 — *Shell/Montecatini*, GU L 332 del 22.12.1994, pag. 48, punto 32.

- <sup>(93)</sup> Decisione della Commissione 98/327/CE nel caso IV/M.883 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, dell'11 settembre 1997, GU L 145 del 15.5.1998, pag. 41, punto 74.
- <sup>(94)</sup> Decisione della Commissione 98/327/CE nel caso IV/M.883 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, dell'11 settembre 1997, GU L 145 del 15.5.1998, pag. 41, punti 72-73.
- <sup>(95)</sup> Decisione della Commissione 2002/156/CE nel caso COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, GU L 57 del 27.2.2002, pag. 1, punti 83-84.
- <sup>(96)</sup> Caso M.1813 — Industri Kapital Nordkem/Dyno, del 12 luglio 2000, GU L 154 del 9.6.2001, pag. 41, punto 100.
- <sup>(97)</sup> Cfr. per es. decisione della Commissione 98/475/CE nel caso IV/M. 986 — Agfa-Gevaert/Dupont, GU L 211 del 29.7.1998, pag. 22, punti 84-85.
- <sup>(98)</sup> Causa T-102/96, Gencor contro Commissione, Racc. [1999] II-753, punto 237.
- <sup>(99)</sup> Cfr. per es. decisione della Commissione 2000/718/CE nel caso IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, GU L 294 del 22.11.2000, pag. 1, punto 114.
- <sup>(100)</sup> Cfr. per es. decisione della Commissione 2002/174/CE nel caso COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds, GU L 58 del 28.2.2002, pag. 25, punti 31-32, 38.
- <sup>(101)</sup> Decisione della Commissione 91/535/CEE nel caso IV/M.68 — Tetra Pak/Alfa Laval, GU L 290 del 22.10.1991, pag. 35, punto 3.4.
- <sup>(102)</sup> Cfr. considerando n. 4 del regolamento sulle concentrazioni.
- <sup>(103)</sup> Cfr. considerando n. 29 del regolamento sulle concentrazioni.
- <sup>(104)</sup> Cfr. articolo 2, paragrafo 1, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni.
- <sup>(105)</sup> Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), il concetto di «consumatori» comprende sia i consumatori intermedi che quelli finali, ossia gli utilizzatori del prodotto interessato dalla concentrazione. In altri termini, i consumatori ai sensi di questa disposizione comprendono i clienti, potenziali e/o effettivi, delle imprese partecipanti alla concentrazione.
- <sup>(106)</sup> Per costi variabili si intendono i costi che variano al variare del livello della produzione o delle vendite nell'arco di tempo preso in considerazione. I costi marginali sono quelli sostenuti per accrescere (al margine) la produzione o le vendite.
- <sup>(107)</sup> Generalmente, ai risparmi sui costi fissi non viene attribuito altrettanto peso poiché il rapporto tra costi fissi e prezzi al consumo è normalmente meno diretto, almeno nel breve periodo.
- <sup>(108)</sup> In linea con il principio generale enunciato al punto 9 della presente comunicazione.
- <sup>(109)</sup> Cause riunite C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, punto 110.
- <sup>(110)</sup> Cause riunite C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, punto 114. Cfr. anche decisione della Commissione 2002/365/CE nel caso COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, GU L 132 del 17.5.2002, pag. 45, punti 157-160. Questo requisito è connesso al principio generale enunciato al punto 9 della presente comunicazione.
- <sup>(111)</sup> L'inevitabilità dell'uscita dal mercato interessato dei beni produttivi dell'impresa in stato di crisi può, in particolare nel caso di una concentrazione che dà luogo ad un monopolio, portare alla constatazione che la quota di mercato di tale impresa sarà comunque acquisita dall'altro partecipante alla concentrazione. Cfr. cause riunite C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, punti 115-116.
-