

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Quarta Sezione ampliata)

23 febbraio 2006^{*}

Nella causa T-282/02,

Cementbouw Handel & Industrie BV, con sede in Le Cruquius (Paesi Bassi),
rappresentata dagli avv.ti W. Knibbeler, O. Brouwer e P. Kreijger,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata inizialmente dai
sigg. A. Nijenhuis, K. Wiedner e W. Mölls, successivamente dai sigg. Nijenhuis,
É. Gippini Fournier e A. Whelan, in qualità di agenti, con domicilio eletto in
Lussemburgo,

convenuta,

^{*} Lingua processuale: l'inglese.

avente ad oggetto l'annullamento della decisione della Commissione 26 giugno 2002, 2003/756/CE, relativa ad un procedimento a norma del regolamento (CEE) del Consiglio n. 4064/89 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE [Caso COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)] (GU 2003, L 282, pag. 1, rettifica in GU 2003, L 285, pag. 52),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Quarta Sezione ampliata),

composto dal sig. H. Legal, presidente, dalla sig.ra P. Lindh, dal sig. P. Mengozzi, dalla sig.ra I. Wyszewska-Bialecka e dal sig. V. Vadvány, giudici,

cancelliere: sig.ra K. Andová, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 6 luglio 2005,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Antefatti della controversia

- ¹ Il 24 gennaio 2002 l'impresa Franz Haniel & Cie GmbH (in prosieguo: la «Haniel») e la ricorrente hanno notificato alla Commissione, conformemente all'art. 4 del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo

delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1, nuovamente pubblicato, in seguito a rettifiche, in GU 1990, L 257, pag. 13), modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310, (GU L 180, pag. 1), un'operazione di concentrazione. Secondo tale notifica, nel 1999, la Haniel e la ricorrente hanno acquisito il controllo congiunto, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. b), del regolamento n. 4064/89, dell'impresa olandese Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Kalkzandsteenproducenten (in prosieguito: la «CVK») e delle undici imprese ad essa associate mediante contratto e acquisto di quote sociali detenute dalla società tedesca RAG AG (in prosieguito: la «RAG»).

- 2 La Haniel è una holding tedesca diversificata che, nel settore dei materiali da costruzione, si occupa di produzione e vendita di materiali per murature come pietra arenaria calcarea, cemento cellulare e preconfezionato. La Haniel esercita le sue attività principalmente in Germania. Quanto ai Paesi Bassi, prima dell'operazione di concentrazione, la Haniel aveva partecipazioni in numerose imprese di produzione di pietra arenaria calcarea associate alla CVK.
- 3 La ricorrente, che precedentemente era stata parte del gruppo olandese NBM Amstelland BV, esercita le sue attività nei Paesi Bassi sul mercato dei materiali da costruzione e, in generale, nei settori dell'edilizia, della logistica e del commercio di materie prime. Al momento dell'adozione della decisione 2003/756/CE, relativa ad un procedimento a norma del regolamento n. 4064/89, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE [Caso COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)] (in prosieguito: la «decisione impugnata»), la ricorrente era detenuta dalla CVC Capital Partners Group Ltd, una società di capitali.
- 4 La CVK esiste dal 1947 ed era inizialmente incaricata della vendita della produzione dei propri associati, vale a dire i produttori di pietra arenaria calcarea dei Paesi Bassi. Nel 1989 la CVK è stata trasformata in una cooperativa di diritto olandese, allo scopo di migliorare la collaborazione tra i suoi associati.

- 5 Prima della realizzazione dell'operazione di concentrazione, cinque delle imprese associate alla CVK — la Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV (in prosieguo: la «De Hazelaar»), la Kalkzandsteenindustrie Loevestein BV (in prosieguo: la «Loevestein»), la Steenfabriek Boudewijn BV (in prosieguo: la «Boudewijn»), la Kalkzandsteenfabriek Hoogdonk BV (in prosieguo: la «Hoogdonk») e la Kalkzandsteenfabriek Rijsbergen BV (in prosieguo: la «Rijsbergen») — erano filiali della Haniel. Tre stabilimenti di pietra arenaria calcarea — la Kalkzandsteenfabriek Harderwijk BV (in prosieguo: la «Harderwijk»), la Kalkzandsteenfabriek Roelfsema BV (in prosieguo: la «Roelfsema») e la Kalkzandsteenfabriek Bergumermeer BV (in prosieguo: la «Bergumermeer») — erano filiali della ricorrente, mentre due produttrici — l'Anker Kalkzandsteenfabriek BV (in prosieguo: l'«Anker») e la Vogelenzang Fabriek van Bouwmaterialen BV (in prosieguo: la «Vogelenzang») — erano filiali della RAG. Infine, una produttrice, l'impresa Van Herwaarden Hillegom BV (in prosieguo: la «Van Herwaarden»), era detenuta congiuntamente dalla Haniel ([riservato] %),¹ dalla ricorrente ([riservato] %) e dalla RAG ([riservato] %).
- 6 Nel 1998 alla Nederlandse Mededingingsautoriteit (autorità olandese competente per la concorrenza; in prosieguo: la «NMa») è stato notificato un progetto di concentrazione che prevedeva l'acquisizione, da parte della CVK, del controllo sulle imprese ad essa associate. L'assunzione del controllo doveva avvenire mediante la stipulazione di un contratto di pooling nonché mediante una modifica dello statuto della CVK. Il 23 aprile 1998 la NMa ha deciso di avviare il cosiddetto procedimento di «seconda fase». Con decisione 20 ottobre 1998, la NMa ha concluso il procedimento di seconda fase ed ha autorizzato il progetto in questione.
- 7 Prima che venisse realizzata questa operazione, la RAG ha deciso di vendere alla Haniel e alla ricorrente le partecipazioni da essa detenute nelle imprese associate alla CVK. Nel marzo 1999 le parti hanno comunicato le loro intenzioni alla NMa. Quest'ultima, con lettera 26 marzo 1999, ha informato le medesime del fatto che la cessione prevista non avrebbe costituito un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 27 della «wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging» (Mededingingswet) (legge 22 maggio 1997 che stabilisce nuove regole relative alla concorrenza economica) (Stb. 1997, n. 242), a patto che l'operazione autorizzata con decisione 20 ottobre 1998 venisse realizzata non oltre il momento della detta cessione.

1 — Dati riservati secretati.

- 8 Il 9 agosto 1999 la CVK e le imprese ad essa associate hanno stipulato il contratto di pooling di cui sopra al punto 6. Lo statuto della CVK è stato modificato alla medesima data al fine di prendere in considerazione le disposizioni del contratto di pooling (tali due operazioni verranno indicate in prosieguo come il «primo gruppo di operazioni»). Sempre in tale data, la RAG, ha ceduto le quote che essa deteneva in tre delle imprese associate alla CVK (l'Anker, la Vogelenzang e la Van Herwaarden) alla Haniel e alla ricorrente (in prosieguo: l'«operazione RAG»), le quali hanno stipulato, peraltro, un contratto di collaborazione disciplinante la loro collaborazione nell'ambito della CVK (tali due operazioni, considerate congiuntamente, verranno indicate in prosieguo come il «secondo gruppo di operazioni»).
- 9 Essendo venuta a conoscenza dell'operazione del 9 agosto 1999 in occasione dell'esame di altre due operazioni di concentrazione notificate dalla Haniel (casi COMP/M.2495 — Haniel/Fels e COMP/M.2568 — Haniel/Ytong), la Commissione, con lettera 22 ottobre 2001, ha segnalato alla ricorrente e alle altre imprese partecipanti che l'operazione doveva esserle notificata a titolo dell'art. 4 del regolamento n. 4064/89.
- 10 Come è stato osservato sopra al punto 1, il 24 gennaio 2002 la Haniel e la ricorrente hanno notificato l'operazione a titolo dell'art. 4 del regolamento n. 4064/89.
- 11 Il 25 febbraio 2002 la Commissione ha adottato una decisione ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89, considerando che l'operazione di concentrazione notificata suscitava seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune e con l'accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«accordo SEE»).
- 12 Il 25 aprile 2002 la Commissione ha inviato alle parti che avevano proceduto alla notifica una comunicazione degli addebiti. La ricorrente ha risposto alla medesima con lettera 13 maggio 2002.

- 13 Il 16 maggio 2002 la Commissione ha sentito le parti interessate.
- 14 In seguito ad una prima bozza d'impegni presentata il 28 maggio 2002 e considerata insufficiente dalla Commissione ai fini della soluzione del problema da essa constatato sul piano della concorrenza, la Haniel e la ricorrente hanno presentato impegni definitivi il 5 giugno 2002.
- 15 Il 26 giugno 2002 la Commissione ha adottato la decisione impugnata con cui ha considerato che la concentrazione notificata era compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (art. 1 della decisione impugnata), subordinatamente al pieno adempimento, da parte della Haniel e della ricorrente, agli impegni indicati ai punti 27, 28, 32-35 e 40 dell'allegato alla detta decisione (art. 2 della decisione impugnata) e al pieno adempimento agli altri impegni dell'allegato (art. 3 della decisione impugnata). A titolo degli impegni di cui all'art. 2 della decisione impugnata figura in particolare lo scioglimento della CVK entro un termine di [*riservato*] a partire dall'adozione della decisione impugnata. La decisione impugnata, privata dei suoi dati riservati, è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 30 ottobre 2003 (GU L 282, pag. 1, rettifica in GU L 285, pag. 52).

Procedimento e conclusioni delle parti

- 16 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale l'11 settembre 2002, la ricorrente ha proposto il presente ricorso in virtù dell'art. 230 CE.

- 17 In applicazione dell'art. 14 del regolamento di procedura del Tribunale e su proposta della Quarta Sezione, il Tribunale, sentite le parti in conformità dell'art. 51 del detto regolamento, ha deciso di rinviare la causa dinanzi ad un collegio giudicante ampliato.
- 18 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Quarta Sezione ampliata) ha deciso di aprire la fase orale del procedimento e, a titolo di misure di organizzazione del procedimento, ha chiesto alle parti di rispondere per iscritto a taluni quesiti e di presentare diversi documenti. Le parti hanno ottemperato a queste richieste entro il termine stabilito.
- 19 Le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite all'udienza del 6 luglio 2005.
- 20 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:
 - annullare la decisione impugnata;
 - condannare la Commissione alle spese.
- 21 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
 - respingere il ricorso;
 - condannare la ricorrente alle spese.

In diritto

- 22 La ricorrente solleva sostanzialmente tre motivi a sostegno del suo ricorso. Il primo motivo è relativo all'incompetenza della Commissione ad esaminare le operazioni in questione in virtù dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89. Il secondo motivo verte su errori di valutazione della Commissione relativi alla creazione di una posizione dominante mediante l'operazione di concentrazione, in violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89. Infine, il terzo motivo è relativo alla violazione degli artt. 3 e 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 nonché del principio di proporzionalità.

1. Sul primo motivo, relativo all'incompetenza della Commissione ad esaminare le operazioni in questione in virtù dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89

- 23 Tale motivo si suddivide in tre parti. La prima parte verte sull'incompetenza della Commissione ad esaminare le operazioni RAG a causa dell'assenza di una modifica del controllo della CVK. La seconda parte verte sull'incompetenza della Commissione a qualificare come un'unica concentrazione due operazioni distinte e sull'inesistenza, nella fattispecie, di un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89. La terza parte verte sull'incompetenza della Commissione ad esaminare l'assunzione del controllo da parte della CVK delle imprese ad essa associate, a causa dell'autorizzazione della medesima da parte della NMa.

Sulla prima parte del primo motivo, vertente sull'incompetenza della Commissione ad esaminare l'operazione RAG a causa dell'assenza di una modifica del controllo della CVK

Argomenti delle parti

- 24 La ricorrente sostiene che la Commissione è incompetente, a titolo del regolamento n. 4064/89, ad esaminare l'operazione RAG, in quanto da tale operazione non è derivato un controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e di quest'ultima.
- 25 In primo luogo, la ricorrente contesta l'affermazione contenuta nella decisione impugnata secondo cui, prima dell'operazione RAG, vi era la possibilità di maggioranze variabili nell'assemblea dei soci della CVK.
- 26 Innanzi tutto, la ricorrente considera sorprendente tale affermazione poiché le decisioni della NMa in data 23 aprile e 20 ottobre 1998 non menzionano affatto questa eventualità.
- 27 La ricorrente si stupisce poi che la decisione impugnata non contenga alcuna analisi della questione se, in concreto, vi fosse la possibilità di maggioranze variabili nell'assemblea dei soci della CVK prima dell'operazione RAG. La Commissione, ad avviso della ricorrente, non può limitarsi, come ha fatto nella decisione impugnata, a dichiarare che vi erano maggioranze variabili prima di questa operazione senza fornire il minimo elemento di prova relativo all'assenza di solidi interessi comuni agli azionisti o all'assenza di una maggioranza stabile, conformemente al punto 35 della comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento n. 4064/89 (GU 1988, C 66, pag. 5). A parere della ricorrente, la Commissione non è riuscita a dimostrare che, prima dell'operazione RAG, esisteva

una situazione di «assenza di controllo» della CVK. Orbene, la ricorrente precisa che spettava alla Commissione dimostrare l'assenza di controllo prima dell'operazione RAG, tenuto conto della forte comunanza di interessi che esisteva tra gli «azionisti» della CVK prima di tale operazione, in particolare sulla base del contratto di pooling.

- 28 In secondo luogo, la ricorrente ritiene che dagli asseriti diritti di veto che, secondo la decisione impugnata, essa deterrebbe assieme alla Haniel non derivi un controllo congiunto della CVK, la quale è un'entità economica indipendente.
- 29 In primo luogo, la Commissione si sarebbe limitata a presumere l'esistenza di diritti di veto della ricorrente e della Haniel negli organi decisionali della CVK.
- 30 In tal modo, innanzi tutto, la ricorrente afferma che la Commissione non ha tenuto conto delle garanzie che la ricorrente e la Haniel avrebbero fornito alla NMa nell'ambito della notifica della bozza di contratto di pooling approvata con decisione 20 ottobre 1998. Tali garanzie prevedevano, da una parte, che il consiglio d'amministrazione della CVK dovesse essere composto esclusivamente da rappresentanti delle imprese associate alla CVK o da persone indipendenti e non potesse comprendere alcun rappresentante delle società appartenenti ad un gruppo a cui apparteneva la società madre di uno o più associati alla CVK. D'altra parte, quanto al collegio sindacale della CVK, esso doveva essere composto da una maggioranza di membri indipendenti. Secondo la ricorrente, tali regole garantiscono che né la ricorrente né la Haniel siano in grado di influenzare le decisioni commerciali strategiche della CVK.
- 31 La ricorrente sostiene, poi, che, secondo il codice civile olandese, gli organi decisionali di una cooperativa, quale la CVK, devono adottare le loro decisioni

unicamente nell'interesse dell'impresa e non in quello dei suoi azionisti. Di conseguenza, secondo quanto asserito dalla ricorrente, né essa né la Haniel erano in grado, in diritto o in fatto, di influenzare le decisioni commerciali strategiche degli organi decisionali della CVK. Ne consegue che, secondo la ricorrente, la decisione 20 ottobre 1998, in cui venivano accettate le garanzie offerte dalla medesima e dalla Haniel, ha fatto sorgere un legittimo affidamento in capo ad essa, laddove spettava alla Commissione dimostrare concretamente che la Haniel e la ricorrente avevano la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni della CVK.

32 In secondo luogo, la ricorrente contesta la conclusione a cui è giunta la Commissione al punto 19 della decisione impugnata, secondo cui l'accordo di collaborazione concluso tra la ricorrente e la Haniel, la chiusura di tre stabilimenti di pietra arenaria calcarea, associate alla CVK, e taluni documenti per uso interno della Haniel erano elementi che rivelavano il controllo congiunto che la ricorrente e la Haniel esercitavano sulla CVK. Quanto al contratto di collaborazione concluso tra la Haniel e la ricorrente, quest'ultima osserva che le disposizioni citate dalla decisione impugnata riguardano solo l'uso di *[riservato]*, circostanza che non si può automaticamente ritenere che implichi decisioni strategiche della CVK. Per quanto riguarda la chiusura di tre imprese associate alla CVK, la ricorrente ricorda che non è stato stipulato alcun accordo tra la medesima e la Haniel a tal proposito e che, dopo la sottoscrizione dell'accordo di pooling, è stata la CVK che, basandosi sulle proprie analisi commerciali, ha deciso di procedere a tale chiusura. Quanto ai documenti per uso interno della Haniel, la ricorrente sostiene che, essendo stata autorizzata a prendere visione di tali documenti, essa è in grado di affermare che questi ultimi non dimostrano l'esistenza o l'assenza di un controllo congiunto ai fini dell'applicazione del regolamento n. 4064/89, ma espongono interessi soggettivi e non pertinenti nella fattispecie della Haniel.

33 Infine, in terzo luogo, la ricorrente ritiene che la Commissione sia venuta meno al suo obbligo di motivare sufficientemente la decisione impugnata per tre aspetti: innanzi tutto, per quanto riguarda l'asserita esistenza di una modifica delle coalizioni nella CVK prima dell'operazione RAG, in particolare non esponendo le ragioni per cui la Commissione ha adottato una posizione diversa da quella adottata dalla NMa; poi, per quanto riguarda i motivi per cui la Commissione considera che le garanzie

offerte da essa e dalla Haniel alla NMa sono insufficienti per eliminare la possibilità di un controllo congiunto e, infine, per quanto riguarda la constatazione che l'accordo di collaborazione tra essa e la Haniel, la chiusura di taluni stabilimenti di pietra arenaria calcarea e i documenti per uso interno della Haniel rivelerebbero un controllo congiunto della CVK.

34 La Commissione ricorda, in via preliminare, che, nella decisione impugnata, essa non ha considerato l'operazione RAG come un'operazione distinta. Il contratto di pooling, vale a dire l'assunzione del controllo da parte della CVK sulle imprese ad essa associate, e l'operazione RAG, vale a dire l'assunzione del controllo da parte della Haniel e della ricorrente sulla CVK, mediante l'acquisizione di quote sociali precedentemente detenute dalla RAG nel capitale delle società associate alla CVK, costituirebbero un'unica e medesima operazione di concentrazione.

35 Ciò premesso, la Commissione ribatte, innanzi tutto, che, di regola, quando due azionisti si dividono in parti uguali i diritti di voto di un'impresa, tale situazione, descritta al punto 20 della comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione, citata supra al punto 27, conferisce loro un diritto di veto e, pertanto, il controllo congiunto dell'impresa. Nella fattispecie, prima dell'operazione di concentrazione, né la ricorrente, né la Haniel, né la RAG detenevano un diritto di veto. Inoltre, la Commissione sottolinea che, sebbene non sia escluso che, in circostanze del tutto eccezionali, azionisti — di minoranza — non titolari di un diritto di veto possano esercitare, di fatto, un controllo congiunto su un'impresa, la ricorrente non ha sostenuto nel suo ricorso che esistevano forti interessi comuni fra i tre azionisti citati prima che venisse realizzata l'operazione di concentrazione. A tal riguardo la Commissione rileva anche che il tentativo di argomentare in tal senso, abbozzato dalla ricorrente nella sua replica, secondo cui vi sarebbero stati interessi comuni di tali tipo, tenuto conto, in particolare, del contratto di pooling, non tiene conto del fatto che quest'ultimo è parte integrante dell'operazione di concentrazione e non è quindi rilevante per il periodo anteriore al 9 agosto 1999. Ciò premesso, secondo la Commissione, è giocoforza considerare che i tre azionisti avevano interessi diversi e supporre che, prima dell'operazione di concentrazione, vi era la possibilità di maggioranze variabili nella CVK.

36 Quanto poi all'argomento relativo alla mancata presa in considerazione della decisione della NMa 20 ottobre 1998 e delle garanzie ad essa offerte dalla ricorrente e dalla Haniel, la Commissione sottolinea che la NMa ha esaminato un'altra operazione di concentrazione con riferimento ad altre norme giuridiche. Da una parte, l'operazione di concentrazione notificata alla NMa non è stata attuata in quanto tale e un'altra operazione di concentrazione — comprendente il primo e il secondo gruppo di operazioni —, che avrebbe dovuto essere assoggettata all'obbligo di notifica ai sensi del regolamento n. 4064/89, è stata conclusa il 9 agosto 1999. D'altra parte, la NMa ha esaminato la nozione di controllo con riferimento al diritto olandese della concorrenza, mentre la Commissione l'ha fatto con riferimento alle disposizioni del regolamento n. 4064/89. Così, secondo quanto afferma la Commissione, anche se la questione delle maggioranze variabili non era pertinente per la NMa, applicando invece il regolamento n. 4064/89 ad un'altra operazione di concentrazione, essa stessa ha dato importanza a tali maggioranze variabili, ritenendo che il fatto che esse siano divenute possibili a seguito dell'operazione escludesse qualsiasi controllo congiunto precedente della CVK. Le garanzie fornite dalla ricorrente non modificano tale conclusione, in quanto hanno unicamente lo scopo di limitare la possibilità per le persone che esercitano funzioni nell'ambito degli «azionisti finali» della CVK di partecipare ai suoi organi direttivi. I membri di tali organi sono tuttavia nominati dall'assemblea dei soci della CVK, su proposta dei direttori di questi ultimi, a loro volta nominati dei loro rispettivi azionisti. Di conseguenza, la Commissione sostiene che non è affatto probabile che i membri degli organi direttivi della CVK agiscano senza tener conto degli interessi di coloro che decidono, in ultima analisi, della loro nomina o della loro revoca, vale a dire la ricorrente e la Haniel, in quanto «azionisti finali».

37 Inoltre, la Commissione sottolinea che le disposizioni del codice civile olandese non modificano la conclusione secondo cui la ricorrente e la Haniel hanno il controllo congiunto della CVK. Infatti, la Commissione sostiene, da una parte, che, anche se è vero che, nel diritto olandese, le decisioni degli organi direttivi di un'impresa devono essere adottate nell'interesse di quest'ultima, l'interesse degli azionisti è sempre un fattore da tenere in considerazione per stabilire cosa sia nell'interesse dell'impresa. D'altra parte, la Commissione osserva che i rapporti tra la CVK e la ricorrente sono equiparabili a quelli intercorrenti tra una filiale e la sua società madre; orbene, dato che il diritto societario olandese obbliga le filiali a seguire le istruzioni della società

madre, lo stesso dovrebbe accadere nel caso in cui due imprese, la ricorrente e la Haniel, controllano congiuntamente un'impresa comune.

- 38 Parimenti, la Commissione contesta le censure della ricorrente nei confronti del punto 19 della decisione impugnata secondo cui il contratto di collaborazione, la chiusura di tre imprese associate alla CVK e i documenti interni della Haniel costituiscono elementi rivelatori del controllo congiunto esercitato dalla ricorrente e dalla Haniel sulla CVK. A tal proposito la Commissione ricorda che tali elementi servono solo ad illustrare l'esistenza del controllo congiunto, dimostrato nei punti 13-17 della decisione impugnata, come ha peraltro ammesso la ricorrente nella sua replica. Di conseguenza, i diritti di veto della ricorrente e della Haniel sulla nomina degli organi di amministrazione della CVK sarebbero sufficienti di per sé a dimostrare il loro controllo congiunto della CVK. In ogni caso, la Commissione considera che i primi due elementi rivelano effettivamente la possibilità che la ricorrente e la Haniel intervengano nelle attività e nelle decisioni strategiche della CVK. Quanto ai documenti interni della Haniel, la Commissione considera che essi confortano la sua tesi secondo cui la Haniel e la ricorrente avevano l'intenzione di assumere congiuntamente il controllo della CVK.

- 39 Infine, la Commissione contesta anche le affermazioni della ricorrente sull'insufficiente motivazione della decisione impugnata.

Giudizio del Tribunale

— Osservazioni preliminari

- 40 In via preliminare, va ricordato che, a termini dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, intitolato «Definizione della concentrazione»,

«Si ha un'operazione di concentrazione:

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

b) quando:

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

— di una o più imprese,

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

2. La costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma va considerata come un'operazione di concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b).

3. Ai fini dell'applicazione del presente regolamento si ha controllo in presenza di diritti, contratti che conferiscono, da soli o congiuntamente e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa; trattasi in particolare di:

- a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa;
- b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

4. Il controllo è acquisito dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese:

- a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti suddetti; o
- b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano.

(...)».

- 41 Ne consegue che un'operazione di concentrazione viene realizzata, in particolare, mediante l'acquisto del controllo di una o più imprese, mediante un'impresa che agisce da sola, o mediante due o più imprese che agiscono congiuntamente, fermo restando che, indipendentemente dalla forma dell'assunzione di controllo, quest'ultima, tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto specifiche di ogni fattispecie, deve conferire la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa acquisita derivante da diritti, da contratti o da qualsiasi altro mezzo.
- 42 Come ha precisato la Commissione al punto 19 della sua comunicazione sulla nozione di concentrazione, citata supra al punto 27, riprodotta dal punto 14 della decisione impugnata, non contestato dalla ricorrente, si ha controllo congiunto quando due o più imprese o persone hanno la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa, vale a dire hanno il potere di impedire decisioni che determinano l'indirizzo strategico degli affari dell'impresa. Così, il controllo congiunto permette che si verifichi una situazione di stallo per effetto del potere di due o più imprese di respingere le decisioni strategiche proposte. Ne consegue che tali azionisti devono necessariamente trovare un accordo sulla politica commerciale dell'impresa comune.
- 43 Nella fattispecie, la Commissione, ai punti 15-17 della decisione impugnata, ha effettuato le seguenti precisazioni:

«15. Mediante l'acquisizione delle quote di RAG, Haniel e Cementbouw assunsero il controllo congiunto di CVK. La rispettiva partecipazione indiretta del 50 % in CVK offriva ad Haniel e Cementbouw la possibilità di esercitare dei diritti di veto nell'assemblea dei soci (ledenvergadering) di CVK, generati dall'uscita di RAG, la cui presenza nell'assemblea dei soci avrebbe consentito maggioranze variabili, escludendo quindi la possibilità del controllo dell'assemblea da parte dei titolari delle quote.

16. L'assemblea dei soci decide la composizione degli organi decisionali di CVK, vale a dire del consiglio direttivo (Raad van Bestuur) e del collegio sindacale (Raad van Commissarissen). Lo statuto e il contratto di pooling le impongono delle limitazioni nelle nomine, poiché nessun membro del consiglio d'amministrazione e solo una minoranza dei membri del collegio sindacale può rivestire cariche anche nelle società dei titolari delle quote delle imprese associate alla CVK.

17. La facoltà di decidere la composizione degli organi decisionali di un'impresa rappresenta un aspetto fondamentale dal punto di vista strategico. Ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, infatti, chiunque possa esercitare un diritto di veto in relazione a tale decisione detiene di fatto il controllo dell'impresa, in questo caso la CVK, poiché i membri degli organi decisionali non possono non tenere conto del parere dei titolari dei diritti di veto nelle proprie decisioni».

44 Al punto 19 della decisione impugnata, la Commissione ha inoltre osservato quanto segue:

«19. L'assunzione, da parte di Haniel e Cementbouw, del controllo su CVK è ulteriormente evidenziata dal contratto di collaborazione, stipulato da tali imprese in concomitanza con il contratto di pooling. Nel contratto di collaborazione, Haniel e Cementbouw definiscono alcuni aspetti della reciproca collaborazione all'interno della CVK (cfr. 'considerando' 11). Inoltre, alcune decisioni strategiche, messe in atto dalla direzione di CVK dopo l'esecuzione dell'operazione qui in discussione e, in particolare, la chiusura di tre degli undici stabilimenti di pietra arenaria calcarea, erano già state illustrate dettagliatamente da Haniel e Cementbouw prima dell'operazione e costituivano quindi evidentemente per le parti la base negoziale per la stipulazione del contratto di pooling. In generale, dai documenti redatti internamente per consentire alla direzione di Haniel di prendere una decisione in merito all'operazione in discussione, emerge chiaramente che, nelle previsioni di Haniel, mediante la stipulazione del contratto di pooling, le parti avrebbero ottenuto la possibilità di controllare congiuntamente CVK».

45 Dai passaggi citati della decisione impugnata emerge che la Commissione ha accertato l'esistenza di un controllo della CVK da parte della Haniel e della ricorrente, indipendentemente dalla questione, sollevata nella seconda parte del presente motivo, se vi siano state nella fattispecie una o più operazioni di concentrazione. Di conseguenza, anche se la Commissione sottolinea, nelle sue memorie, di non essersi pronunciata esclusivamente, nella decisione impugnata, sull'operazione RAG, ma su una concentrazione comprendente il primo e il secondo gruppo di operazioni citati supra al punto 8, è tuttavia giocoforza constatare che, per determinare l'assunzione del controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e della ricorrente, la Commissione si è basata unicamente sul secondo gruppo di operazioni.

46 Va precisato che, in sostanza, la ricorrente lascia intendere, in un primo tempo, che, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, e in particolare prima dell'operazione RAG, vi era un controllo congiunto della CVK esercitato dai suoi tre azionisti, vale a dire la ricorrente, la Haniel e la RAG — come implica la sua affermazione relativa alla «forte comunanza di interessi che esisteva tra gli azionisti della CVK» (v. supra, punto 27), del tipo di quella indicata ai punti 30-35 della comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione menzionata — e contesta alla Commissione di non aver dimostrato «l'assenza di interessi comuni» agli azionisti della CVK prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, precedentemente alla constatazione di un'«assunzione di controllo» della CVK da parte della Haniel e della ricorrente. In un secondo tempo, la ricorrente sostiene che le garanzie offerte alla NMa, nell'ambito della notifica del progetto del primo gruppo di operazioni menzionato supra al punto 8, per quanto riguarda la composizione del consiglio d'amministrazione e del collegio sindacale della CVK escluderebbero qualsiasi controllo congiunto di quest'ultima, vale a dire l'assenza di diritti di veto detenuti dalla Haniel e dalla ricorrente sulle decisioni strategiche dell'impresa.

47 L'esame che segue verterà dunque, in primo luogo, sull'affermazione della ricorrente secondo cui vi era un controllo congiunto della CVK da parte di tre suoi azionisti prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni. In caso di risposta negativa, il Tribunale valuterà, in secondo luogo, se, come sostenuto nella decisione impugnata, il secondo gruppo di operazioni, in particolare l'operazione RAG, abbia

comportato l'assunzione del controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e della ricorrente. Infine, in terzo luogo, il Tribunale esaminerà le censure sollevate dalla ricorrente quanto all'insufficienza di motivazione della decisione impugnata in relazione alla constatazione dell'assunzione di controllo congiunto della CVK.

— Sulle affermazioni della ricorrente relative all'esistenza di un controllo congiunto della CVK prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni

48 Va rilevato che l'accertamento effettuato al punto 15 della decisione impugnata, secondo cui la presenza della RAG nell'assemblea dei soci della CVK avrebbe consentito maggioranze variabili ed escluso l'eventualità dell'assunzione del controllo delle imprese associate da parte degli azionisti, si basa necessariamente sull'interpretazione dei dati relativi alla ripartizione del capitale sociale e dei diritti di voto corrispondenti che figurano al punto 5 della decisione impugnata.

49 Tali dati, indicati in appresso, rappresentano la quota, in percentuale, che ciascuna delle 11 imprese associate alla CVK detiene nel capitale sociale di quest'ultima — e i relativi diritti di voto — conformemente allo statuto della CVK.

— De Hazelaar [riservato] %

— Loevestein [riservato] %

— Boudewijn [riservato] %

— Hoogdonk [riservato] %

— Rijsbergen [riservato] %

— Harderwijk	[riservato] %
— Roelfsema	[riservato] %
— Bergumermeer	[riservato] %
— Anker	[riservato] %
— Vogelenzang	[riservato] %
— Van Herwaarden	[riservato] %

50 Va ricordato che, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, la Haniel era proprietaria delle prime cinque imprese menzionate supra, la ricorrente era la società madre della Harderwijk, della Roelfsema e della Bergumermeer, mentre la RAG deteneva l'Anker e la Vogelenzang. Quanto all'impresa Van Herwaarden, la Haniel deteneva [riservato] % del suo capitale sociale, la ricorrente [riservato] % e la RAG [riservato] %.

51 Ne consegue che, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, la Haniel deteneva indirettamente [dal 40 al 45]² % del capitale sociale della CVK ([riservato] % corrispondente alla quota congiunta delle prime cinque imprese + [riservato] % corrispondente alla sua partecipazione di [riservato] % nella Van Herwaarden), mentre la ricorrente e la RAG ne detenevano rispettivamente [dal 40

2 — Dati riservati secretati.

al 45] % ([riservato] % corrispondente alla quota congiunta delle sue tre filiali + [riservato] % corrispondente alla sua partecipazione di [riservato] % nella Van Herwaarden) e [dal 15 al 20] % ([riservato] % corrispondente alla quota congiunta delle sue due filiali + [riservato] % corrispondente alla sua partecipazione di [riservato] % nella Van Herwaarden).

52 Tenuto conto delle modalità di voto nell'ambito dell'assemblea dei soci della CVK, ne sarebbe risultato, in linea di principio, che, se la RAG avesse conservato le sue partecipazioni nella CVK, nessuno dei tre azionisti della CVK avrebbe avuto la possibilità di impedire l'adozione delle decisioni di tale assemblea, in particolare quella delle decisioni strategiche della CVK.

53 Tale affermazione non viene inficiata dall'affermazione della ricorrente secondo cui vi erano forti interessi in comune tra gli azionisti, simili a quelli indicati dalla Commissione nella sua comunicazione sulla nozione di concentrazione menzionata, per cui, di fatto, esisteva un controllo congiunto della CVK da parte dei tre azionisti prima di tale operazione.

54 Va sottolineato che, al punto 30 della comunicazione citata, la Commissione ha esposto che, anche in assenza di diritti specifici di veto, due o più imprese che acquisiscono partecipazioni di minoranza in un'altra impresa possono ottenerne il controllo congiunto. Da questa comunicazione emerge che un caso di tale tipo presuppone una concertazione tra tali azionisti di minoranza derivante da un accordo giuridicamente vincolante o da circostanze di fatto. Secondo la comunicazione, lo strumento giuridico per garantire l'esercizio in comune dei diritti di voto può assumere diverse forme, come una holding o un accordo con il quale gli azionisti si impegnano ad agire in modo uniforme («pooling agreement»). Quanto alle circostanze di fatto che dimostrano un'azione congiunta, la comunicazione, al suo punto 32, osserva che, in via del tutto eccezionale, un'azione di questo tipo degli azionisti di minoranza può essere dimostrata laddove esistano tra questi interessi comuni talmente forti da impedire uno scontro nell'esercizio dei diritti di voto nel contesto dell'impresa comune.

- 55 La comunicazione precisa, da una parte, che l'acquisizione di partecipazioni di minoranza in un'impresa comune già esistente, l'esistenza di legami preesistenti tra gli azionisti di minoranza o l'acquisizione delle partecipazioni mediante azione concertata potrà indicare un interesse comune di tale natura. D'altra parte, in caso di costituzione ex novo di un'impresa comune, a differenza di quanto avviene in caso di acquisizione di partecipazioni di minoranza in una società già esistente, è più probabile che le imprese fondatrici realizzino una politica volutamente comune, in particolare se ciascuna impresa fondatrice fornisce all'impresa comune un contributo indispensabile al suo funzionamento (tecnologie specifiche, know-how specializzato, accordi di fornitura ecc.). Infine, la comunicazione, al punto 35, rileva che, in assenza di forti interessi comuni quali quelli delineati in precedenza, la variabilità delle alleanze tra azionisti di minoranza fa normalmente escludere l'esistenza di un controllo congiunto. Qualora nel processo decisionale la maggioranza non sia stabile, bensì possa essere rappresentata di volta in volta da una qualsiasi delle varie combinazioni di voto possibili tra azionisti di minoranza, non si può presumere che tali azionisti controllino congiuntamente l'impresa.
- 56 La ricorrente non contesta le valutazioni generali sull'esistenza di interessi comuni effettuate dalla Commissione nella sua comunicazione sulla nozione di concentrazione citata, ma sostiene che, nella fattispecie, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, i tre azionisti possedevano già interessi di tale tipo, ai sensi di tale comunicazione.
- 57 Orbene, va rilevato che, nelle sue memorie, la ricorrente non fornisce alcun elemento di prova atto a suffragare concretamente la sua affermazione. Tutt'al più essa osserva che tali interessi comuni sarebbero basati sul contratto di pooling, vale a dire su una delle operazioni che fanno parte del primo gruppo di operazioni. Tuttavia, a tal riguardo, va ricordato che è pacifico che il contratto di pooling è stato concluso solo il 9 agosto 1999, vale a dire il medesimo giorno del secondo gruppo di operazioni. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, tale contratto non può costituire il fondamento della dimostrazione dell'esistenza di interessi comuni ai tre azionisti, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, atto a determinare se esistesse, in un tale momento, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni strategiche dell'impresa CVK. Il

fatto che la bozza del contratto di pooling sia stata notificata alla NMa non modifica affatto tale affermazione, poiché la possibilità, derivante dal detto contratto, per la ricorrente e per la Haniel, di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni strategiche della CVK non era effettiva prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni.

58 Va infatti rilevato che, se l'influenza determinante, ai sensi dell'art 3, n. 3, del regolamento n. 4064/89, non deve essere necessariamente esercitata per esistere, affinché esista invece un controllo ai sensi dell'art. 3 del regolamento, la possibilità di esercitare tale influenza deve essere effettiva. Orbene, il semplice fatto che la bozza di contratto di pooling sia stata notificata alla NMa non prova che i tre azionisti avrebbero acquisito a causa di tale notifica la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulla CVK, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni.

59 Ne consegue che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, non può essere contestato alla Commissione, nella fattispecie, di non aver dimostrato l'assenza di forti interessi comuni tra gli azionisti di minoranza dell'impresa comune CVK prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, poiché, anche dinanzi al Tribunale, la ricorrente non ha potuto fornire gli elementi di prova su cui si baserebbero tali asseriti interessi comuni.

60 È peraltro inconferente la tesi della ricorrente secondo cui le decisioni 23 aprile e 20 ottobre 1998 della NMa non menzionavano l'eventualità di una modifica delle coalizioni tra gli azionisti e consideravano la CVK come un'entità economica autonoma.

61 Infatti, da una parte, pur supponendo che le decisioni della NMa possano essere opposte alla Commissione, va constatato che la NMa si è pronunciata, in tali decisioni, sulla questione se l'operazione prevista, oggetto del contratto di pooling,

costituìsse una concentrazione ai sensi del diritto olandese. La NMa non era dunque invitata a pronunciarsi sul secondo gruppo di operazioni, di cui essa non era conoscenza quando ha adottato le decisioni menzionate. In ogni caso, la NMa, oltre a non menzionare i cambiamenti di coalizione, non indica, nella sua decisione definitiva 20 ottobre 1998, che esisteva un controllo congiunto della CVK da parte dei tre azionisti, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, tesi sollevata dalla ricorrente nell'ambito della presente parte del motivo.

62 D'altra parte, la ricorrente si sbaglia sulla nozione di entità economica autonoma. Il fatto che un'impresa comune possa essere un'impresa a pieno titolo e quindi, dal punto di vista funzionale, economicamente autonoma non significa che essa goda di autonomia per quanto riguarda l'adozione delle sue decisioni strategiche. Una conclusione in senso opposto condurrebbe ad una situazione in cui non vi sarebbe mai un controllo congiunto su un'«impresa comune» dato che essa sarebbe economicamente autonoma. Orbene, la condizione prevista dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 4064/89 — per poter considerare che la creazione di un'impresa comune, vale a dire controllata da due o più imprese, realizza una concentrazione — secondo cui tale impresa comune deve «esercita[re] stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma» prova che ciò non avviene.

63 Di conseguenza, sulla base dei dati che figurano nella decisione impugnata e degli elementi del fascicolo disponibili al momento dell'adozione di quest'ultima, la ricorrente non ha dimostrato che vi era un controllo congiunto della CVK da parte dei suoi tre azionisti prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni, di cui la Commissione ha erroneamente disconosciuto l'esistenza.

64 Va dunque verificato se la conclusione del secondo gruppo di operazioni abbia comportato l'assunzione del controllo della CVK da parte della Haniel e della ricorrente, concedendo loro un diritto di veto sulle decisioni strategiche della CVK.

— Sull'assunzione del controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e della ricorrente al momento della conclusione del secondo gruppo di operazioni

⁶⁵ Innanzi tutto, è pacifico che, con l'operazione RAG, la Haniel e la ricorrente hanno assunto il controllo congiunto delle tre imprese Anker, Vogelenzang e Van Herwaarden, tutte associate alla CVK. Tale operazione, costituita dall'acquisto di partecipazioni, rispettivamente esclusive e minoritarie, della RAG in tali imprese, costituisce di per sé un'operazione di concentrazione. Il contratto di cessione contiene, inoltre, clausole restrittive tipicamente legate alle operazioni di concentrazione, quale la clausola di non concorrenza, al cui rispetto la RAG si impegna per tutte le imprese del suo gruppo, sul mercato olandese della produzione di materiali da costruzione di muri portanti.

⁶⁶ Va inoltre rilevato che, tenuto conto della ripartizione del capitale sociale della CVK tra i suoi associati, figurante al punto 5 della decisione impugnata, la Haniel e la ricorrente, acquisendo, da una parte, ciascuna [*riservato*] % delle quote sociali dell'Anker e della Vogelenzang e accordandosi, dall'altra, per l'acquisto, da parte della ricorrente, del [*riservato*] % che la RAG deteneva nel capitale sociale della Van Herwaarden, hanno, ognuna indirettamente, acquisito il 50 % del capitale sociale della CVK.

⁶⁷ Orbene, la detenzione in pari misura del capitale sociale e dei diritti di voto collegati nella CVK consente, in linea di principio, a ciascun azionista di impedire le decisioni strategiche dell'impresa comune, come quelle relative alla nomina degli organi decisionali dell'impresa comune, che sono il consiglio d'amministrazione ed il collegio sindacale. Per evitare che una tale situazione di stallo sopravvenga al momento dell'adozione delle decisioni strategiche dell'impresa comune, gli azionisti sono quindi tenuti a collaborare permanentemente.

⁶⁸ A tal proposito la ricorrente sostiene, in primo luogo, che le garanzie concesse alla NMa quanto alla composizione degli organi decisionali della CVK escludono un

diritto di veto per ciascun azionista su tali decisioni. Essa considera, in secondo luogo, che il codice civile olandese imporrebbe agli organi decisionali della CVK di adottare le loro decisioni nel solo interesse di quest'ultima e non in quello degli azionisti. In terzo luogo, essa contesta il giudizio della Commissione secondo cui il contratto di collaborazione da essa concluso con la Haniel e gli altri esempi, figuranti al punto 19 della decisione impugnata, dimostrano l'esistenza di un controllo congiunto della CVK.

69 Tali argomenti non possono essere accolti.

70 Quanto alla prima affermazione, va sottolineato che, conformemente agli artt. 9 e 12 dello statuto della CVK, come modificato, adottato il 9 agosto 1999, ciascun membro del consiglio d'amministrazione e del collegio sindacale è scelto dall'assemblea generale dei soci. Tale statuto, conformemente alle garanzie accordate alla NMa, prevede talune restrizioni relative alle persone che possono far parte degli organi decisionali. Così, per quanto riguarda il consiglio d'amministrazione, l'art. 9, n. 1, dello statuto prevede che tale organo sia costituito unicamente dai rappresentanti degli associati alla CVK o da persone indipendenti e non comprenda alcun rappresentante del gruppo di società a cui appartiene la società madre di uno o di più associati della CVK. Quanto al collegio sindacale, l'art. 12, n. 2, dello statuto indica che la maggioranza dei membri di tale organo, incluso il suo presidente, è costituita da rappresentanti di membri o di persone indipendenti, e una minoranza di membri può essere costituita da rappresentanti di gruppi di società a cui appartiene la società madre di uno o più associati della CVK.

71 Orbene, dato che questo tipo di restrizioni si riferisce solo alla scelta delle persone che partecipano agli organi decisionali della CVK, non si può escludere del tutto la possibilità che gli azionisti degli associati alla CVK esercitino un'influenza determinante su quest'ultima.

72 Va certamente ammesso che gli azionisti delle imprese associate alla CVK non sono direttamente titolari dei diritti di voto nell'assemblea generale della CVK, i quali sono esercitati dagli associati stessi. Tuttavia, occorre ricordare che l'art. 3, n. 1, lett. b), del regolamento n 4064/89 precisa che il controllo può essere acquisito «direttamente od indirettamente» da una o più persone, mentre l'art. 3, n. 4, lett. b), del medesimo regolamento ammette che il controllo possa essere detenuto anche dalle persone che, pur non essendo titolari dei diritti o beneficiarie dei contratti, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano. Orbene, da una parte, dato che le società commerciali si conformano in ogni caso alle decisioni dei loro azionisti esclusivi, maggioritari, oppure esercitano il controllo congiunto della società e, dall'altra, nella fattispecie, dato che le società associate alla CVK sono tutte filiali detenute a titolo esclusivo o in comune dalla ricorrente e dalla Haniel, ne consegue necessariamente che la nomina agli organi decisionali della CVK presuppone l'accordo dei due azionisti. In mancanza, i membri non potranno procedere alla nomina degli organi decisionali della CVK e l'impresa comune non potrà funzionare.

73 La circostanza che rappresentanti delle società madri non possano far parte del consiglio d'amministrazione della CVK o che possano rappresentare solo una minoranza nell'ambito del collegio sindacale di tale impresa non ha conseguenze sul fatto che sono gli associati alla CVK che decidono sulla composizione degli organi decisionali e, tramite tali membri, i loro due azionisti.

74 Va inoltre rilevato che, quanto alla composizione dei due organi decisionali della CVK, non è escluso che tutte le persone che fanno parte di tali organi esercitino esse stesse talune funzioni in tali organi decisionali delle imprese associate alla CVK, come consente la formula alternativa degli artt. 9 e 12 dello statuto della CVK, secondo cui gli organi decisionali della CVK «saranno composti solo da associati della CVK o da persone indipendenti». Orbene, se ciò avviene, tali rappresentanti, nelle loro funzioni nell'ambito delle imprese associate alla CVK, dovranno essere nominati dagli azionisti degli associati della CVK e dovranno necessariamente, nelle loro funzioni all'interno degli organi decisionali della CVK, prendere in considerazione il punto di vista di tali azionisti.

- 75 Ciò premesso, la ricorrente non ha prodotto alcun elemento idoneo a rimettere in questione la conclusione della Commissione secondo cui non è esclusa del tutto la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulla CVK da parte della Haniel e della ricorrente, in seguito alla conclusione del secondo gruppo di operazioni.
- 76 Peraltro, la ricorrente non può opporre alla Commissione un asserito legittimo affidamento che sarebbe basato sull'interpretazione della nozione di controllo che sarebbe stata adottata dalla NMa in applicazione della legge olandese della concorrenza.
- 77 A tal riguardo occorre ricordare che il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento presuppone che siano soddisfatti tre presupposti. In primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione comunitaria. In secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nella persona a cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili (v. sentenza del Tribunale 30 giugno 2005, causa T-347/03, Branco/Commissione, Racc. pag. II-2555, punto 102, e la giurisprudenza citata).
- 78 Nella fattispecie, basta rilevare che la ricorrente non ha ricevuto alcuna assicurazione precisa da parte dell'amministrazione comunitaria secondo cui la Commissione, pur supponendo che essa fosse legittimamente giustificata a vincolarsi in tal modo, valuterebbe la nozione di controllo, a titolo del regolamento n. 4064/89, in modo identico a quello della NMa nella decisione 20 ottobre 1998, in applicazione della legge olandese sulla concorrenza. Inoltre, la ricorrente non ha nemmeno ricevuto assicurazioni precise da parte della NMA, in particolare nella lettera del 26 marzo 1999 citata supra al punto 7, a cui la Commissione avrebbe acconsentito e a termini delle quali avrebbe adottato un'impostazione identica a quella contenuta in tale lettera, una volta concluso il secondo gruppo di operazioni. In ogni caso, pur supponendo che la ricorrente abbia ricevuto assicurazioni di tale tipo, queste non avrebbero potuto far sorgere speranze fondate in capo ad essa, poiché, secondo la tesi esposta precedentemente, assicurazioni di tale tipo non sarebbero fondate su una valutazione conforme all'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

79 Non convince maggiormente il secondo argomento, relativo all'applicazione del codice civile olandese. Ed infatti, sebbene, come sostiene la ricorrente, il codice civile olandese preveda che le decisioni di una società cooperativa debbano essere adottate nell'interesse di questa società, sono tuttavia le persone che detengono, direttamente o indirettamente, i diritti di voto in tale società che hanno il potere di adottare tali decisioni. Di conseguenza, gli argomenti della ricorrente relativi alle disposizioni del codice civile olandese non rimettono in questione l'esistenza di un'influenza determinante della Haniel e della ricorrente sulla CVK dopo la conclusione del secondo gruppo di operazioni.

80 Infine, per quanto riguarda la terza affermazione, come ha ammesso la ricorrente nella sua replica, il contratto di collaborazione da essa concluso con la Haniel, la chiusura di tre imprese associate alla CVK e taluni documenti interni della Haniel, a cui si riferisce il punto 19 della decisione impugnata, non costituiscono la parte essenziale della motivazione giuridica della decisione impugnata relativa al controllo congiunto della CVK — che è incentrata sull'esistenza di diritti di veto a vantaggio della Haniel e della ricorrente —, ma servono ad illustrarla. Di conseguenza, anche supponendo che, come fa valere la ricorrente, tali esempi non dimostrano l'esercizio di un'influenza determinante sulla CVK — da cui deriva la possibilità dell'esistenza di diritti di veto, precedentemente constatata ai punti 13-17 della decisione impugnata ed analizzata supra — e che, pertanto, la decisione impugnata è viziata da errori di valutazione per quanto riguarda tali elementi presentati a titolo d'esempio, ciò non comporterebbe tuttavia l'annullamento della decisione impugnata, in quanto continua ad essere valido il principio della possibilità di un'influenza determinante sulla CVK.

81 Ad abundantiam, il Tribunale rileva che la chiusura delle tre imprese associate alla CVK (Boudewijn, Bergumermeer e Vogelenzang), di cui la ricorrente non contesta seriamente che costituisca una decisione strategica, consente di illustrare sufficientemente l'assunzione di controllo della CVK da parte della Haniel e della ricorrente.

82 Infatti, per quanto riguarda, più in particolare, l'impresa Vogelenzang — che, prima dell'operazione RAG, era una filiale di quest'ultima — a partire dalla conclusione del

secondo gruppo di operazioni, né la Haniel né la ricorrente potevano decidere da sole della chiusura di tale impresa, le cui quote sociali sono detenute in pari misura dai suoi due azionisti. Peraltro, in nessuna fase del procedimento dinanzi al Tribunale la ricorrente ha potuto suffragare l'affermazione secondo cui sarebbe la CVK, in base alla propria politica commerciale, che avrebbe deciso la chiusura di tale impresa. Ne deriva che solo la Haniel e la ricorrente hanno potuto decidere la chiusura dell'impresa Vogelenzang.

- 83 Per tutti questi motivi, occorre constatare che la Commissione ha correttamente considerato che, con la conclusione del secondo gruppo di operazioni, la Haniel e la ricorrente hanno assunto il controllo congiunto della CVK, ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

— Sull'insufficienza della motivazione addotta

- 84 La ricorrente solleva tre censure relative all'insufficienza della motivazione della decisione impugnata per quanto riguarda la constatazione dell'assunzione del controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e della ricorrente stessa (v. punto 33 supra).
- 85 Va innanzi tutto ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, la portata dell'obbligo di motivazione dipende dalla natura dell'atto di cui trattasi e dal contesto nel quale è stato adottato. La motivazione deve evidenziare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento dell'istituzione, in maniera tale, da un lato, da fornire agli interessati sufficienti indicazioni per rendersi conto se tale decisione sia fondata o se eventualmente sia inficiata da un vizio che consenta di contestarne la validità e, dall'altro, da consentire al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato di legittimità (v. sentenza del Tribunale 20 novembre 2002, causa T-251/00, Lagardère e Canal+/Commissione, Racc. pag. II-4825, punto 155, e la giurisprudenza citata).

86 Nella fattispecie, nonostante la motivazione implicita della decisione impugnata per quanto riguarda l'assenza di un controllo congiunto della CVK da parte dei suoi tre azionisti, prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni e, in particolare, dell'operazione RAG, la decisione impugnata poteva essere intesa nel contesto in cui è stata adottata, in particolare in base ai dati figuranti al punto 5 della decisione impugnata, dello statuto della CVK e dei contratti stipulati il 9 agosto 1999. Come viene evidenziato dall'analisi sopra effettuata, la motivazione della decisione impugnata su tale punto non ostacola nemmeno il sindacato di legittimità esercitato dal Tribunale.

87 La ricorrente, a maggior ragione, non può contestare alla Commissione di aver spiegato insufficientemente le ragioni per cui essa riteneva che le garanzie offerte alla NMa non fossero sufficienti. Infatti, dai punti 25-27 della decisione impugnata emerge che la Commissione ha indicato le ragioni per cui non poteva estendere l'interpretazione della nozione di controllo, adottata dalla NMa, in particolare nella decisione 20 ottobre 1998, sulla base della normativa olandese in materia di concorrenza, all'interpretazione dell'art. 3, n. 3, del regolamento n. 4064/89, la cui competenza spetta alla Commissione, salvo il controllo esercitato dal giudice comunitario. Tali spiegazioni erano, di per sé, sufficienti. Inoltre, non viene nemmeno ostacolato il sindacato di legittimità su tale questione, come dimostrato dagli argomenti che precedono.

88 Una conclusione identica si impone per quanto riguarda gli esempi relativi all'esistenza di un controllo congiunto menzionati al punto 19 della decisione impugnata. Benché la motivazione della decisione impugnata sia, su tale punto, succinta, la ricorrente ha ben potuto comprendere le ragioni che portavano la Commissione a credere che da tali elementi potessero trasparire l'esistenza di un controllo congiunto della CVK da parte della ricorrente stessa e della Haniel, senza che, peraltro, venisse ostacolato il controllo giurisdizionale.

89 Ciò premesso, le censure relative all'insufficienza della motivazione della decisione impugnata devono essere respinte.

90 Occorre pertanto respingere la prima parte del primo motivo.

Sulla seconda parte del primo motivo, relativa all'incompetenza della Commissione a qualificare come un'unica concentrazione due operazioni e all'inesistenza, nella fattispecie, di un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89

Argomenti delle parti

91 In primo luogo, la ricorrente rimprovera alla Commissione di aver considerato, nella decisione impugnata, che l'assunzione di controllo da parte della CVK sulle imprese ad essa associate, mediante la conclusione del contratto di pooling, da una parte, e l'operazione RAG, dall'altra, costituivano un'unica e medesima operazione di concentrazione, a causa della loro interdipendenza dal punto di vista temporale ed economico. Orbene, secondo le memorie della ricorrente, il regolamento n. 4064/89 non conferiva alla Commissione alcuna competenza generale per decidere che due operazioni distinte dovessero essere considerate come un'unica concentrazione.

92 A tal riguardo, la ricorrente rileva che solo l'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 — che autorizza, a determinate condizioni, la Commissione a considerare due o più operazioni come un'unica concentrazione ai fini del calcolo del fatturato delle imprese interessate che acquisiscono quote di una o più imprese — fa riferimento ad una situazione di questo tipo. Tuttavia, la ricorrente sottolinea che tale disposizione non è pertinente nella fattispecie. Da una parte, l'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 è diretto ad evitare che talune imprese eludano l'applicazione del detto regolamento scindendo artificialmente un'operazione in diverse transazioni di modo che tale operazione ricada al di

sotto della soglia di fatturato prevista da tale regolamento. Orbene, nella fattispecie, la decisione impugnata non conterrebbe alcun elemento di prova che indichi che la ricorrente o la Haniel hanno tentato di aggirare l'applicazione del regolamento n. 4064/89. D'altra parte, la ricorrente rileva che, al punto 23 della decisione impugnata, la Commissione conclude che l'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 non è direttamente applicabile alla fattispecie. In ogni caso, la ricorrente sostiene che gli attuali limiti dell'ambito di applicazione del regolamento n. 4064/89 sarebbero stati riconosciuti dalla Commissione stessa nel Libro verde sull'esame del regolamento n. 4064/89 [COM (2001)745 def.] e nella proposta di regolamento del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 2003, C 20, pag. 4), presentato dalla Commissione e diretto a modificare il detto regolamento.

93 In secondo luogo, la ricorrente sottolinea che, pur supponendo che il regolamento n. 4064/89 attribuisca alla Commissione la competenza per qualificare le operazioni multiple come un'unica concentrazione, la Commissione non ha fondato sufficientemente la sua valutazione secondo cui, nella fattispecie, vi sarebbe un'interdipendenza tra i due gruppi di operazioni in questione per cui occorrerebbe considerarle come un'unica concentrazione.

94 Secondo la ricorrente, il fatto che il primo e il secondo gruppo di operazioni siano stati conclusi il medesimo giorno – il 9 agosto 1999 – dinanzi allo stesso notaio non ha un'importanza particolare per quanto riguarda la loro interdipendenza. La ricorrente sottolinea, a tal proposito, che essa aveva già segnalato alla Commissione che sia la condivisione degli utili e delle perdite nell'ambito della CVK, che implica diverse operazioni tecniche commerciali di vasta portata, sia diversi studi ecologici, avevano ritardato la conclusione del contratto di pooling sino al 9 agosto 1999.

95 Inoltre, la ricorrente contesta la valutazione della Commissione secondo cui la conclusione del contratto di pooling sarebbe stata subordinata alla realizzazione del secondo gruppo di operazioni, più in particolare all'operazione RAG. A tal proposito

la ricorrente ricorda, innanzi tutto, che il contratto di pooling era stato notificato alla NMa il 26 febbraio 1998, circostanza che implica che l'intenzione di concludere tale contratto era sufficientemente precisa, senza che, all'epoca, la vendita delle quote sociali della RAG nelle imprese associate alla CVK le fosse nota e, di conseguenza, che fosse rilevante per quanto riguarda l'interdipendenza delle due operazioni. La ricorrente sottolinea poi che non esiste alcun accordo contrattuale vincolante o di altro tipo che lega le due operazioni. Infine, la ricorrente fa valere che va parimenti considerata non pertinente l'opinione della Haniel secondo cui vi è un'interdipendenza tra le operazioni, in quanto la Commissione, per valutare una tale interdipendenza, deve basarsi su fatti e non sui giudizi soggettivi di una delle parti e in quanto, tenuto conto del contesto in cui si inserisce la presente causa, la Haniel poteva avere un interesse allo scioglimento della CVK, come richiesto dalla decisione impugnata. Ad avviso della ricorrente, vi sono dunque due operazioni di concentrazione distinte.

⁹⁶ Quanto, in primo luogo, all'argomento relativo alla competenza generale della Commissione a trattare diverse operazioni come un'unica concentrazione, la Commissione ribatte che l'art. 3 del regolamento n. 4064/89, relativo alla nozione di concentrazione, non esclude che una concentrazione possa comprendere più di un'operazione. Infatti, una concentrazione può consistere, in funzione della realtà economica, in una o più operazioni. Secondo la Commissione, la sua prassi decisionale evidenzia diversi esempi in tal senso.

⁹⁷ Inoltre, secondo la Commissione, il riferimento fatto dalla ricorrente all'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 non è pertinente. Tale disposizione riguarda unicamente il calcolo del fatturato per determinare se un'operazione di concentrazione sia di dimensione comunitaria oppure no ed è diretta ad impedire alle imprese di evitare l'applicazione del regolamento n. 4064/89 frammentando le loro operazioni in più operazioni di concentrazione distinte, realizzate durante un periodo di due anni e che singolarmente non raggiungono la soglia del fatturato. Quanto all'operazione di concentrazione, essa rientrerebbe nell'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

- 98 La Commissione contesta anche il rinvio fatto dalla ricorrente al Libro verde citato e alla proposta della Commissione diretta a modificare il regolamento n. 4064/89. Secondo la Commissione, benché il Libro verde abbia proposto di estendere la competenza della Commissione a taluni tipi particolari di operazioni, esso ha confermato la definizione generale ed ampia della nozione di operazione di concentrazione, mentre la proposta della Commissione era solo diretta a chiarire la prassi decisionale esistente.
- 99 In secondo luogo, la Commissione non concorda con la censura mossale dalla ricorrente secondo cui essa non avrebbe dimostrato sufficientemente l'interdipendenza fra le due operazioni principali in questione.
- 100 Secondo la Commissione, tre elementi, considerati globalmente, consentono di concludere per una tale interdipendenza, come è stato dimostrato dai punti 20-22 della decisione impugnata.

Giudizio del Tribunale

- 101 Nell'ambito del presente motivo, e benché essa abbia attenuato la sua posizione in udienza, la ricorrente contesta, in primo luogo, la competenza generale della Commissione a qualificare come un'unica concentrazione diverse operazioni, in applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89. In secondo luogo, la ricorrente ritiene che la valutazione della Commissione, secondo cui operazioni concluse il 9 agosto 1999 erano interdipendenti e costituivano un complesso dal punto di vista economico, sia erronea.

— Sulla possibilità che la Commissione qualifichi diverse operazioni come un'unica concentrazione, in applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89

102 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 4064/89, si ha un'operazione di concentrazione quando due o più imprese precedentemente indipendenti procedono ad una fusione [art. 3, n. 1, lett. a), del regolamento n. 4064/89], oppure una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'impresa o di una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese [art. 3, n. 1, lett. b), del regolamento n. 4064/89].

103 Mentre l'art. 3, n. 1, lett. a), del regolamento n. 4064/89 qualifica come operazione di concentrazione un fenomeno relativamente semplice ed identificabile — quello della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti —, tale disposizione, alla lett. b), mira a far rientrare tutte le altre situazioni in quelle in cui una o più imprese acquisiscono il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese.

104 Tale definizione generale e finalista di un'operazione di concentrazione — il cui risultato è il controllo di una o più imprese — implica che è indifferente che l'acquisizione, diretta o indiretta, di tale controllo sia stata realizzata in una, due o più tappe mediante una, due o più operazioni, purché il risultato raggiunto costituisca un'unica operazione di concentrazione.

105 Indifferente è anche la circostanza che le parti, quando notificano alla Commissione una concentrazione, progettino di concludere due o più operazioni o che le abbiano già concluse prima della loro notifica. Spetta alla Commissione, in ciascun caso,

valutare se tali operazioni presentino un carattere unitario in modo da costituire un'unica concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

¹⁰⁶ Una valutazione di questo tipo è diretta ad identificare, in funzione delle peculiari circostanze di fatto e di diritto di ogni fattispecie e al fine di cercare la realtà economica sottesa alle operazioni, la finalità economica perseguita dalle parti, esaminando, in presenza di diverse operazioni giuridicamente distinte, se le imprese interessate sarebbero state disposte a concludere ogni operazione presa isolatamente o se, invece, ogni operazione costituisca solo un elemento di un'operazione più complessa, senza la quale essa non sarebbe stata conclusa dalle parti.

¹⁰⁷ In altri termini, per determinare il carattere unitario delle operazioni in questione, si tratta, in ciascuna fattispecie, di valutare se tali operazioni siano interdipendenti per cui l'una non sarebbe stata realizzata senza l'altra.

¹⁰⁸ Tale valutazione tende, da una parte, a garantire alle imprese che notificano un'operazione di concentrazione il vantaggio della certezza del diritto per tutte le operazioni che realizzano la concentrazione e, dall'altra, a consentire alla Commissione di esercitare un controllo efficace sulle operazioni di concentrazione idonee ad ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo. Tali due scopi costituiscono, del resto, l'obiettivo principale del regolamento n. 4064/89 (sentenza del Tribunale 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione, Racc. pag. II-2137, punto 109; ordinanza del presidente del Tribunale 2 dicembre 1994, causa T-322/94 R, Union Carbide/Commissione, Racc. pag. II-1159, punto 36; v. anche, in tal senso, sentenza del Tribunale 24 marzo 1994, causa T-3/93, Air France/Commissione, Racc. pag. II-121, punto 48).

- 109 Ne consegue che un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 4064/89, può essere realizzata anche in presenza di una pluralità di operazioni giuridiche formalmente distinte quando tali operazioni sono interdipendenti per cui non verrebbero realizzate le une senza le altre e il cui risultato consiste nel conferire ad una o più imprese il controllo economico, diretto o indiretto, sull'attività di una o più imprese diverse.
- 110 Tale valutazione non è inficiata dai diversi argomenti invocati dalla ricorrente.
- 111 In primo luogo, quanto all'affermazione relativa all'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89, il quale, dato che sarebbe il solo ad essere esplicitamente diretto alle operazioni multiple e dato che la Commissione avrebbe considerato tale disposizione non direttamente applicabile alla fattispecie, priverebbe la Commissione della competenza a qualificare come un'unica concentrazione, ai sensi de l'art. 3 del regolamento n. 4064/89, due o più operazioni, occorre respingerla in quanto infondata.
- 112 Occorre ricordare che l'art. 5 del regolamento n. 4604/89, intitolato «Calcolo del fatturato», dispone quanto segue:

«1. Il fatturato totale di cui all'articolo 1, paragrafo 2 comprende gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate nell'ultimo esercizio e corrispondenti alle loro normali attività, previa detrazione delle riduzioni sulle vendite, nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di

altre imposte direttamente legate al fatturato. Il fatturato totale di una impresa interessata non tiene conto delle transazioni avvenute tra le imprese di cui al paragrafo 4 del presente articolo.

(...)

2. In deroga alle disposizioni del paragrafo 1, quando la concentrazione ha luogo con l'acquisto di parti — indipendentemente dal fatto che tali parti abbiano o meno personalità giuridica — di una o più imprese, è computato per il cedente o i cedenti il solo fatturato che riguarda le parti oggetto della transazione.

Tuttavia, due o più transazioni del tipo di quelle contemplate dal primo comma, concluse fra le stesse persone o imprese in un periodo di due anni, sono da considerarsi un'unica operazione di concentrazione effettuata il giorno dell'ultima transazione.

(...)».

¹¹³ Dalla stessa lettera di questa disposizione risulta che essa disciplina una questione diversa da quella prevista dall'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

¹¹⁴ Mentre l'art. 3 del regolamento n. 4064/89 definisce i presupposti per l'esistenza di un'«operazione di concentrazione» e si limita a definire, in modo generale e materiale, cosa bisogna intendere per «concentrazione», tale disposizione non disciplina la questione della competenza della Commissione sulle operazioni di concentrazione (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 15 dicembre 1999, causa

T-22/97, Kesko/Commissione, Racc. pag. II-3775, punto 138). Tra le operazioni che corrispondono alla definizione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, solo le operazioni cosiddette di «dimensione comunitaria», come definite all'art. 1 di questo regolamento, rientreranno nella competenza esclusiva della Commissione, salvo disposizione contraria del detto regolamento. Di conseguenza, un'operazione non rientra necessariamente nell'ambito della competenza esclusiva della Commissione solo perché corrisponde alla definizione dell'art. 3 del regolamento n° 4064/89; è, in più, necessario che tale operazione sia di «dimensione comunitaria».

115 Dall'art. 1 del regolamento n. 4064/89 deriva che il legislatore comunitario ha inteso che, nell'ambito della missione conferitale in materia di concentrazione, la Commissione interviene solo se l'operazione prevista, o già realizzata, raggiunge una certa dimensione economica o estensione geografica, vale a dire una «dimensione comunitaria». Inoltre, dall'economia generale dell'art. 5 del regolamento n. 4064/89 risulta che il legislatore comunitario ha inteso precisare l'ambito di applicazione di tale regolamento definendo, in particolare, il fatturato dei partecipanti ad un'operazione di concentrazione che deve essere preso in considerazione per determinare la sua «dimensione comunitaria», ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 4064/89.

116 Così, dall'art. 5, n. 2, del regolamento n. 4064/89 risulta che, nell'ambito dell'acquisizione di parti di un'impresa, per valutare le dimensioni dell'operazione in questione va preso in considerazione solo il fatturato che si riferisce a tali parti dell'impresa effettivamente acquistate (sentenza Air France/Commissione, cit. supra al punto 108, punto 103).

117 Tale valutazione comprende anche l'interpretazione del secondo comma dell'art. 5, n. 2, del regolamento n. 4064/89, per cui, quando l'acquisto di parti di una o più imprese si articola in diverse operazioni per un periodo di due anni, tra le medesime persone o imprese, il fatturato deve essere riferito a tali parti acquistate, considerate congiuntamente.

- 118 La ragione per cui è stato inserito il secondo comma dell'art. 5, n. 2, del regolamento n. 4064/89 – la cui analisi, del resto, è comune alle parti della presente controversia – è quella di evitare che le medesime imprese o le medesime persone frammentino artificialmente un'operazione in più cessioni parziali di attivi, scaglionate nel tempo, allo scopo di eludere le soglie previste dal regolamento n. 4064/89 che determinano la competenza della Commissione in applicazione di tale regolamento.
- 119 Di conseguenza, il fatto che l'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 consenta alla Commissione di considerare due o più operazioni come costituenti un'unica concentrazione ai fini del calcolo del fatturato delle imprese interessate allo scopo di evitare che venga aggirata la competenza che il regolamento le attribuisce non significa che tale disposizione, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, priva la Commissione del diritto di determinare, a monte, in applicazione dell'art. 3 del detto regolamento, se più operazioni che le sono notificate realizzino un'unica concentrazione o se, al contrario, tali operazioni vadano considerate come una pluralità di concentrazioni.
- 120 Se dall'esame effettuato dalla Commissione emerge che le due operazioni ad essa notificate non sono interdipendenti, tali operazioni saranno valutate individualmente. Se l'una e/o l'altra non ha dimensione comunitaria, la Commissione declinerà la competenza per valutare l'una e/o l'altra. Se da tale esame emerge che le operazioni presentano un carattere unitario che consente di considerarle come un'unica concentrazione, in applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, la Commissione verificherà poi se l'operazione così identificata sia di dimensione comunitaria, per stabilire la sua competenza e valutare gli effetti dell'operazione sulla concorrenza.
- 121 In ogni caso, l'applicazione ad una fattispecie dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89 non ha né lo scopo né l'effetto di consentire di concludere sulla competenza della Commissione ad esaminare le operazioni di concentrazione identificate, ma di

verificare se più operazioni che costituiscono l'oggetto di una notifica costituiscano una o più operazioni di concentrazione.

¹²² Ciò premesso, l'argomento della ricorrente basato sull'art. 5, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89 non ha conseguenze sull'interpretazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89 che consente alla Commissione di esaminare se le operazioni in questione rientrassero nell'ambito di applicazione di tale disposizione a causa del loro carattere unitario.

¹²³ In secondo luogo, quanto all'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione, nel contesto della revisione del regolamento n. 4064/89, ha riconosciuto la sua incompetenza a qualificare come operazioni di concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89 due o più operazioni, basta rilevare che, anche qualora ciò avvenisse, una posizione di tale tipo della Commissione non pregiudica l'interpretazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89 adottata supra dal Tribunale.

¹²⁴ Ne consegue che la censura della ricorrente relativa all'incompetenza della Commissione a qualificare diverse operazioni come un'unica concentrazione, in applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, deve essere respinta.

— Sull'interdipendenza delle operazioni concluse il 9 agosto 1999

¹²⁵ La ricorrente rimprovera alla Commissione di aver commesso un errore di valutazione considerando che, nella fattispecie, il primo e il secondo gruppo di operazioni concluse il 9 agosto 1999, menzionate supra al punto 8, erano interdipendenti per cui costituivano un complesso dal punto di vista economico.

126 Va innanzi tutto ricordato che, nella decisione impugnata, la Commissione ha apportato le seguenti precisazioni:

«20. (...) Tali operazioni si svolsero in stretta correlazione, sia sul piano temporale che su quello economico. Infatti, sia gli atti giuridici, che hanno causato l'acquisizione da parte di Haniel e Cementbouw del controllo su CVK, sia quelli all'origine dell'acquisizione da parte di CVK del controllo sulle 11 imprese associate, sono stati redatti lo stesso giorno, il 9 agosto 1999, e sono stati repertoriati dal notaio in un unico documento. Le parti contrattuali intendevano collegare tra loro entrambe le acquisizioni di controllo, affinché l'una non potesse realizzarsi senza l'altra. La stipulazione dei contratti, sottoposti all'autorità olandese competente per la concorrenza, fu quindi rinviata sino alla conclusione delle trattative relative alla cessione delle quote RAG, allo scopo di tenere conto dell'intenzione, nel frattempo espressa da RAG, di uscire dalla CVK, poiché RAG non intendeva partecipare alla nuova struttura societaria, pianificata per la CVK. Entrambe le acquisizioni di controllo sono pertanto da considerarsi come un tutt'uno sul piano economico. Anche se, in queste operazioni, si individuassero due transazioni, separate in termini di tempo da un cosiddetto "secondo logico", esse sono talmente interdipendenti l'una dall'altra da essere considerate come un'unica operazione di concentrazione.

21. Tale parere è stato confermato anche da Haniel nella sua risposta alla comunicazione delle obiezioni e nell'audizione. Cementbouw ha invece sostenuto che, qualora nell'uscita di RAG si individuasse l'assunzione del controllo congiunto da parte di Haniel e Cementbouw su CVK, cosa che Cementbouw contesta, in tal caso la Commissione sarebbe competente solo per tale assunzione di controllo mentre l'acquisizione da parte di CVK del controllo sulle imprese ad essa associate costituirebbe una concentrazione distinta dalla presente. Essa sostiene altresì che dal fatto che il contratto di pooling e la [operazione RAG] siano stati concordati lo stesso giorno non si potrebbe trarre la conclusione che si tratti di un'unica operazione giuridica o economica; la mancata stipulazione del contratto di pooling subito dopo l'autorizzazione della NMa del 20 ottobre 1999 sarebbe invece stata motivata esclusivamente da difficoltà pratiche non meglio specificate. L'acquisizione da parte di CVK del controllo sugli stabilimenti associati sarebbe tuttavia legalizzata dalla valida decisione della NMa del 20 ottobre 1998 e pertanto l'esame della Commissione nel presente procedimento non potrebbe in alcun caso estendersi anche a tale operazione.

22. La Commissione non può condividere il parere di Cementbouw. Tutti i contratti stipulati il 9 agosto 1999 rappresentano un'unica operazione economica, il cui esito consiste nella trasformazione di un'organizzazione consorziale di vendita di 11 stabilimenti di pietra arenaria calcarea, sino a quel momento indipendenti e appartenenti complessivamente a tre diverse case madri, in una impresa a pieno titolo sottoposta al controllo congiunto di Haniel e Cementbouw. Haniel ha più volte confermato che, per le parti coinvolte nell'operazione del 9 agosto 1999, Haniel, Cementbouw e RAG, tutti i suddetti contratti erano interdipendenti e costituivano un tutt'uno dal punto di vista economico. Alla domanda postale in tal senso, Cementbouw non ha saputo fornire valide spiegazioni dei motivi, per cui l'attuazione dell'operazione autorizzata dalla NMA sia stata prorogata di oltre nove mesi e sia stata effettuata solo in concomitanza con l'uscita di RAG. La Commissione ritiene pertanto che RAG non sarebbe stata disposta a partecipare all'attuazione del contratto di pooling in qualità di titolare indiretto delle quote di CVK.

23. Da un punto di vista formale, RAG ha effettivamente stipulato il contratto di pooling, prima che venisse perfezionata la cessione delle sue quote ad Haniel e Cementbouw. Tuttavia, il fatto che l'autentica notarile del contratto di pooling e della modifica dello statuto sia stata effettuata nella stessa riunione, poco prima dell'autentica della cessione delle quote di RAG, e dallo stesso notaio che ha redatto un verbale unico, dimostra chiaramente che solo ad un esame superficialmente formalistico si può parlare di una partecipazione di RAG all'attuazione della nuova struttura di CVK, autorizzata dalla NMA. Tale esame puramente formale non può essere decisivo ai fini della questione da valutarsi ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, ovvero se una o più operazioni economiche di acquisizione rappresentino una concentrazione da sottoporsi a verifica. Anche il disposto dell'articolo 5, paragrafo 2, [secondo comma], del regolamento sulle concentrazioni, non direttamente pertinente al caso di specie, dimostra che a tale riguardo è opportuno un approccio economico. Di conseguenza, si ritiene che i contratti stipulati il 9 agosto 1999 rappresentino un'unica concentrazione, mediante la quale CVK ha assunto il controllo sulle imprese ad essa associate ed Haniel e Cementbouw hanno assunto il controllo sulla CVK».

127 Dalla citata motivazione della decisione impegnata emerge che la Commissione ha concluso per l'interdipendenza delle operazioni sulla base dei tre fattori seguenti: l'interdipendenza economica, la simultanea conclusione delle operazioni dinanzi allo stesso ufficiale di stato civile e la conferma da parte della Haniel dell'interdipendenza delle operazioni.

128 È pacifico che la ricorrente non contesta che il secondo gruppo di operazioni (operazione RAG e contratto di collaborazione tra la Haniel e la ricorrente) sia subordinato alla realizzazione del primo. Di conseguenza, occorre constatare che il secondo gruppo di operazioni non sarebbe stato concluso in assenza del primo.

129 Invece, la ricorrente rimprovera alla Commissione di aver considerato, erroneamente, che il primo gruppo di operazioni era dipendente dal secondo. La ricorrente ricorda che, al momento della notifica alla NMa, nel febbraio del 1998, della bozza di contratto di pooling tra la CVK e le imprese ad essa associate, la RAG aveva partecipazioni in tre delle imprese associate. La ricorrente si basa su tale elemento per sostenere che, in quel momento, essa ignorava che la RAG intendeva separarsi dalle sue partecipazioni in tali imprese, circostanza che dimostrerebbe che il primo gruppo di operazioni, in cui è compreso il contratto di pooling, è un'operazione di concentrazione autonoma. Peraltro, la ricorrente sostiene che, al momento della conclusione del complesso delle operazioni, il 9 agosto 1999, il contratto con cui è stata conclusa l'operazione RAG ha precisato che le parti l'avevano sottoscritto dopo la conclusione dell'accordo di pooling tra la CVK e le imprese associate, allo scopo di conformarsi, perlomeno formalmente, alla posizione della NMa, espressa nella lettera 26 marzo 1999, secondo cui, affinché l'operazione RAG non venisse considerata una concentrazione, ai sensi della legge olandese della concorrenza, il contratto di pooling tra la CVK e le imprese ad essa associate doveva essere concluso entro la data dell'operazione RAG.

130 Tali argomenti non possono essere accolti.

- 131 In primo luogo, se è vero che bisogna ammettere che nessun elemento del fascicolo consente di inficiare l'affermazione della ricorrente secondo cui essa ignorava, al momento della notifica alla NMa del progetto del primo gruppo di operazioni, nel febbraio del 1998, che la RAG intendeva cedere le sue partecipazioni in tre delle imprese associate alla CVK, ciononostante tale operazione è stata conclusa solo il 9 agosto 1999, vale a dire il medesimo giorno della conclusione del secondo gruppo di operazioni. Orbene, in tale data, non solo era chiaro che la RAG aveva deciso di cedere alla Haniel e alla ricorrente le sue partecipazioni nelle imprese associate alla CVK, ma, inoltre, il primo gruppo di operazioni aveva subito una sensibile modifica a causa della conclusione, alla medesima data, del secondo gruppo di operazioni, tra cui, in particolare, l'operazione RAG, con cui la Haniel e la ricorrente assumevano il controllo congiunto della CVK.
- 132 Di fronte a tale situazione, era giustificato che la Commissione si interrogasse sui motivi per cui il primo gruppo di operazioni non era stato concluso prima del 9 agosto 1999, come essa ha fatto nel procedimento amministrativo e, di nuovo, in assenza di una risposta soddisfacente delle parti, nella motivazione citata della decisione impugnata.
- 133 Infatti, se, in generale, la simultaneità della conclusione di diverse operazioni non è necessariamente determinante per identificare la loro interdipendenza, nella fattispecie, invece, il rinvio della conclusione del primo gruppo di operazioni al momento della conclusione del secondo è un fattore importante in quanto può significare che la RAG non era disposta a partecipare al primo e che, affinché tale gruppo di operazioni potesse tuttavia essere concluso, esso doveva essere necessariamente subordinato all'uscita della RAG dal capitale sociale della CVK o, in altri termini, alla conclusione del secondo gruppo di operazioni.
- 134 Per spiegare il differimento della conclusione del primo gruppo di operazioni al momento della conclusione del secondo, la ricorrente evoca, nelle sue memorie, le difficoltà di ordine tecnico e commerciale intrinseche alla condivisione delle perdite e dei profitti tra le imprese associate. Nella replica la ricorrente fa altresì presente

che dovevano essere condotti vari studi di impatto ambientale e che le vacanze estive nel settore edilizio avrebbero concorso a ritardare la detta conclusione.

135 Tali ragioni non valgono, tuttavia, a spiegare il differimento di più di nove mesi a far data dall'autorizzazione della NMa di una decisione così importante quale quella intesa a concludere il raggruppamento di tutte le attività delle imprese associate alla CVK in una struttura comune.

136 Da un lato, quanto agli studi di impatto ambientale e alle vacanze estive asseritamente concause del ritardo nella conclusione del primo gruppo di operazioni, trattasi di giustificazioni indimostrate e peraltro invocate dalla ricorrente solo in sede di replica.

137 Dall'altro, quanto all'allegazione relativa alle difficoltà di ordine tecnico e commerciale intrinseche alla condivisione delle perdite e dei profitti delle imprese associate alla CVK, essa, oltre che essere a propria volta indimostrata, è largamente ridimensionata dagli stessi elementi del fascicolo. Senza smentite da parte della ricorrente, interrogata su questo specifico punto dal Tribunale all'udienza, risulta, infatti, che, proprio al momento della conclusione del complesso delle operazioni, il 9 agosto 1999, il contratto di collaborazione tra la Haniel e la ricorrente mostrava che il pooling dei conti e dei fondi delle imprese partecipanti alla CVK non era oggetto di una regolamentazione compiuta, specie per le imprese prima detenute dalla RAG. Ebbene, se fosse stata davvero così importante da richiedere il differimento della conclusione del primo gruppo di operazioni, la questione avrebbe certo dovuto giustificare il differimento ad una data anche successiva a quel 9 agosto. Così sicuramente non è stato, proprio perché un differimento siffatto, cioè ad un momento successivo alla conclusione del secondo gruppo di operazioni, avrebbe costituito altresì un indizio significativo della dipendenza del primo gruppo di operazioni dal secondo.

- 138 Non avendo la ricorrente dedotto altri motivi, è gioco forza constatare, allora, che l'elemento condizionante la conclusione del primo gruppo era la conclusione del secondo gruppo di operazioni, vale a dire l'uscita della RAG dal capitale sociale della CVK.
- 139 In secondo luogo, la circostanza che il contratto che ha suggellato la conclusione dell'operazione RAG menzioni la stipula preventiva del contratto di pooling non può valere a riconoscere l'autonomia del primo gruppo di operazioni rispetto al secondo né, di conseguenza, errori di valutazione della Commissione.
- 140 È vero che, contrariamente a quanto indicato dalla Commissione al punto 23 della decisione impugnata, il notaio dinanzi al quale sono stati stipulati i contratti non ha redatto un protocollo unico.
- 141 Non si tratta, tuttavia, di un errore tale da determinare l'annullamento della detta decisione.
- 142 Nel caso di specie, infatti, tale errore nulla può togliere all'importanza della fondamentale constatazione che i contratti sono stati conclusi lo stesso giorno perché la RAG non era disposta ad acconsentire alla conclusione del primo gruppo di operazioni indipendentemente dalla conclusione del secondo, che metteva fine alla sua partecipazione al primo. Dal punto di vista della valutazione economica dell'interdipendenza tra le operazioni, il fatto che il primo gruppo precedesse l'altro di qualche minuto o magari di qualche ora è irrilevante.

¹⁴³ A tale riguardo la ricorrente non può opporre alla Commissione di aver fatto affidamento legittimo sulla lettera della NMa 26 marzo 1999, che le avrebbe suggerito quella modalità di attuazione dei due gruppi di operazioni affinché il secondo gruppo di operazioni, compresa l'operazione RAG, non costituisse una concentrazione nel senso della legge olandese in materia di concorrenza.

¹⁴⁴ Senza necessità qui di considerare il ragionamento svolto dalla NMA in tale lettera, si deve constatare che la ricorrente non ha mai ricevuto assicurazioni precise che l'operazione comprendente i due gruppi di operazioni esulasse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 4064/89 e dalla competenza della Commissione. Atteso che la competenza di quest'ultima non è limitata alle operazioni che le vengono preventivamente notificate (sentenza del Tribunale 28 settembre 2004, causa T-310/00, MCI/Commissione, Racc. pag. II-3253, punto 93), erano le parti, se volevano beneficiare della certezza del diritto connessa alle sue decisioni di approvazione, che avrebbero dovuto partecipare alla Commissione l'intenzione di concludere l'operazione di concentrazione 9 agosto 1999. Ma così non è stato.

¹⁴⁵ In terzo luogo, per quanto sostenga che il primo gruppo di operazioni sia un'operazione di concentrazione autonoma, la ricorrente non ha spiegato per quali finalità e logica economiche i tre azionisti avrebbero dovuto consentire a che le imprese associate alla CVK fossero riunite in un'unica entità economica diretta dalla CVK senza che ne potessero prendere il controllo, laddove la conclusione del primo gruppo di operazioni trovava giustificazione economica piena nel fatto che, in seguito all'uscita di RAG dal capitale sociale della CVK, la Haniel e la ricorrente assumevano il controllo congiunto di quest'ultima.

¹⁴⁶ In quarto luogo, si deve notare che dal contratto di collaborazione tra la Haniel e la ricorrente risulta che entrambe ritenevano preferibile una fusione di diritto delle imprese associate alla CVK in una e che avrebbero preso seriamente in considerazione la possibilità di tale fusione in modo che la CVK si sarebbe

trasformata in una sola ed unica impresa, detenuta congiuntamente dalla Haniel e dalla ricorrente. Quanto ora osservato corrobora la tesi della Commissione mettendo in evidenza che il primo gruppo di operazioni non era, in definitiva, che una fase di un'operazione più ampia, senza effettiva autonomia.

¹⁴⁷ Infine, in quinto luogo, depone nel senso individuato dalla Commissione anche la circostanza che, nel procedimento amministrativo, la Haniel ha sostenuto che le operazioni erano interdipendenti, affermazione ripresa nella decisione impugnata, senza essere smentita della ricorrente. È vero che, come fa valere la ricorrente, la posizione difesa da ciascuna parte notificante è, per definizione, soggettiva e ne riflette necessariamente gli interessi. Ciò non significa, però, che la Commissione, allorché ricerca la realtà economica di un'operazione di concentrazione, debba rinunciare alle spiegazioni delle parti che le permettono di identificare la finalità economica da esse effettivamente perseguita nella conclusione delle operazioni controverse. Anche se le spiegazioni non contestate di una delle parti notificanti non possono essere di per sé determinanti, la Commissione deve tuttavia, come nella fattispecie, potersi fondare su di esse quando valgono a confortare gli elementi di giudizio sui quali poggia la sua analisi.

¹⁴⁸ Ne discende che la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un errore di valutazione nel concludere, nella decisione impugnata, che i due gruppi di operazioni in causa erano interdipendenti di modo da costituire insieme una sola ed unica operazione di concentrazione nel senso di cui all'art. 3 del regolamento n. 4064/89.

¹⁴⁹ Di conseguenza, la seconda parte del primo motivo dev'essere respinta.

Sulla terza parte del primo motivo, vertente sull'incompetenza della Commissione ad esaminare l'assunzione del controllo da parte della CVK sulle imprese ad essa associate, stante l'autorizzazione della medesima da parte della NMa

Argomenti delle parti

¹⁵⁰ Nell'ambito di tale motivo la ricorrente considera, da un lato, che la Commissione, anche a supporre che sia competente ad esaminare, a titolo dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, l'operazione RAG, non può esaminare l'assunzione del controllo da parte della CVK sulle imprese ad essa associate tramite un contratto di pooling visto che tale operazione è già stata autorizzata dalla NMa.

¹⁵¹ A sostegno della sua tesi la ricorrente indica anzitutto che, contrariamente a quanto pretende la Commissione nella decisione impugnata, non sussiste alcuna differenza tra l'operazione che le era stata notificata, poi approvata dalla NMa il 20 ottobre 1998, e l'operazione infine conclusa il 9 agosto 1999. D'altro canto, nota, la Commissione ha riconosciuto che l'operazione non presentava una dimensione comunitaria e non ha ufficialmente contestato la decisione della NMa, come avrebbe invece dovuto fare ai sensi degli artt. 226 CE e 228 CE, così destando nella ricorrente una legittima aspettativa. La ricorrente considera, poi, poco convincente l'argomento della Commissione secondo cui la decisione della NMa non avrebbe alcun peso perché sarebbe basata su una normativa nazionale. Ciò significa, infatti, secondo la ricorrente, dimenticare che le disposizioni della legislazione olandese in materia di concorrenza derivano da quelle del diritto comunitario e vanno interpretate in conformità ad esso. La ricorrente contesta, infine, l'insinuazione della Commissione, contenuta al punto 30 della decisione impugnata, secondo cui le parti interessate non avrebbero rispettato le garanzie che avevano offerto alla NMa perché quest'ultima autorizzasse l'operazione di concentrazione. A suo avviso, trattasi di un'insinuazione gratuita.

- 152 Dall'altro lato, la ricorrente sostiene che la Commissione è venuta meno all'obbligo di spiegare perché ritenesse la decisione della NMa erranea.
- 153 La Commissione respinge la totalità degli argomenti suesposti e ritiene di non aver disatteso né l'art. 3 del regolamento n. 4064/89, né l'obbligo di motivare la decisione impugnata.

Giudizio del Tribunale

- 154 In primo luogo, com'è stato affermato supra, nell'ambito della seconda parte del presente motivo, la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione ha commesso un errore di valutazione nel considerare che il primo e il secondo gruppo di operazioni, di cui al precedente punto 8, costituissero una sola ed unica operazione di concentrazione ai sensi del regolamento n. 4064/89.
- 155 Di conseguenza, l'autorizzazione concessa dalla NMa alla realizzazione del primo gruppo di operazioni certo non permetteva alle parti di porre in atto l'operazione di concentrazione conclusa il 9 agosto 1999. Data la dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione realizzata mediante l'insieme delle operazioni concluse il 9 agosto 1999, valutazione espressa al punto 33 della decisione impugnata e non contestata dalla ricorrente, la Commissione era dunque la sola autorità competente ad esaminarla e, all'occorrenza, ad autorizzarla.
- 156 In secondo luogo, la ricorrente non può utilmente invocare un legittimo affidamento nel fatto che la Commissione non aveva contestato l'autorizzazione accordata dalla NMA alla realizzazione del primo gruppo di operazioni.

157 L'autorizzazione accordata dalla NMa al primo gruppo di operazioni sul fondamento di un'interpretazione delle disposizioni della legge olandese in materia di concorrenza non dà affatto diritto a reclamare, presso la Commissione, la tutela del legittimo affidamento. La detta autorizzazione non proviene, infatti, dall'amministrazione comunitaria in conformità con le disposizioni applicabili nella fattispecie, vale a dire l'art. 3 del regolamento n. 4064/89 (v., in tal senso, sentenza Branco/Commissione, cit. supra al punto 77, punto 102). In ogni caso, il primo gruppo di operazioni non è stato concluso nelle stesse condizioni in cui era stato notificato alla NMa. Il differimento della sua conclusione al giorno in cui a sua volta è stato concluso il secondo gruppo di operazioni ha comportato una notevole modifica degli elementi di fatto e di diritto sui quali si era basata la NMa per autorizzare il primo gruppo di operazioni progettate. Come la Commissione ha giustamente fatto valere, con l'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999 le parti non hanno solo realizzato un'operazione di fusione di fatto tra le associate di CVK e quest'ultima, bensì hanno creato un'impresa comune di pieno esercizio controllata congiuntamente dalla Haniel e dalla ricorrente. In definitiva, la NMa ha autorizzato la realizzazione di un gruppo di operazioni che nei fatti non è stato poi realizzato in quella forma.

158 Siccome in ragione del loro carattere unitario i due gruppi di operazioni non possono essere scissi, la Commissione poteva pronunciarsi solo sull'operazione di concentrazione globalmente intesa, data la sua dimensione comunitaria.

159 Ciò non implica — va detto anche — un non cale della ripartizione delle competenze fra le autorità nazionali della concorrenza e la Commissione, quale prevista dal regolamento n. 4064/89.

160 È vero che il risultato al quale può condurre il comportamento della Commissione può, in talune situazioni, comportare che ad un'operazione che pur non soddisfi i criteri della dimensione comunitaria di cui al regolamento n. 4064/89 quest'ultimo

sia nondimeno applicabile in ragione dell'interdipendenza con una o più altre operazioni.

¹⁶¹ Pure, nel caso in esame, è specioso considerare che la prima operazione è economicamente autonoma.

¹⁶² In terzo luogo, è inconferente l'argomento della ricorrente secondo cui la Commissione avrebbe dovuto avviare un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE. Anzitutto, da nessun elemento del fascicolo risulta che la Commissione abbia contestato la competenza della NMa a pronunciarsi, con la decisione 20 ottobre 1998 adottata sul fondamento della legislazione nazionale, sul primo gruppo di operazioni, così che tale decisione possa costituire un inadempimento al diritto comunitario da parte del governo dei Paesi Bassi. Al contrario, la Commissione ha ammesso tale competenza e ha sottolineato più volte che la decisione impugnata non verteva sulla stessa operazione di concentrazione dato il differimento della conclusione del primo gruppo di operazioni al giorno della conclusione del secondo, ossia al 9 agosto 1999. Secondariamente, tenuto conto del potere discrezionale di cui dispone quanto all'utilizzo delle proprie risorse e alla propria azione, nulla obbliga la Commissione ad avviare un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE contro uno Stato membro che ha adottato una decisione recante valutazione di un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria.

¹⁶³ Infine, in quarto luogo, quanto alle altre censure della ricorrente esposte supra al punto 151, relative, da un lato, alla somiglianza fra le disposizioni della legislazione olandese e quelle del regolamento n. 4064/89 e, dall'altro, all'osservanza delle garanzie offerte alla NMa dalle parti che hanno proceduto alla notifica, esse, respinte nell'ambito della prima parte del primo motivo (v. supra, punti 70-78), in nessun caso potranno comportare l'annullamento della decisione impugnata. Non solo. Va

disattesa anche l'allegazione della ricorrente secondo cui la decisione impugnata sarebbe insufficientemente motivata. Infatti, tenuto conto delle circostanze di specie, la Commissione non era tenuta a spiegare perché la decisione della NMa, adottata sulla base della legislazione nazionale, avrebbe dovuto essere errata.

164 Pertanto, la terza parte del primo motivo dev'essere respinta, così come tale motivo nella sua interezza.

2. Sul secondo motivo, relativo ad errori di valutazione della Commissione relativi alla creazione di una posizione dominante mediante l'operazione di concentrazione, in violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89

165 Il motivo in esame si suddivide in due parti. La prima parte verte su errori di valutazione della Commissione per quanto riguarda l'esistenza di una posizione dominante della CVK. La seconda parte verte sulla mancata dimostrazione di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la creazione della posizione dominante invocata dalla Commissione.

Sulla prima parte del secondo motivo, vertente su errori di valutazione della Commissione per quanto riguarda l'esistenza di una posizione dominante della CVK

Argomenti delle parti

166 La ricorrente contesta la valutazione effettuata dalla Commissione di cinque fattori che l'hanno condotta a constatare l'esistenza di una posizione dominante della CVK sul mercato olandese dei materiali da costruzione di muri portanti (in prosieguo: il «mercato in questione»).

167 In primo luogo, la ricorrente contesta alla Commissione di aver valutato erroneamente il ruolo esercitato dai materiali concorrenti alla pietra arenaria calcarea per la costruzione di muri portanti.

168 Da una parte, la ricorrente considera che l'accertamento della Commissione, esposto al punto 96 della decisione impugnata, secondo cui la CVK è l'unica produttrice e fornitrice di pietra arenaria calcarea nei Paesi Bassi non tiene conto del fatto che i prodotti a base di pietra arenaria calcarea sono importati dalla Germania e che, secondo la decisione impugnata medesima, non esiste un mercato di pietre arenarie calcaree.

169 D'altra parte, la ricorrente contesta la conclusione della Commissione, formulata al punto 97 della decisione impugnata, secondo cui non si può ritenere che il settore del cemento eserciti una forte pressione concorrenziale sulla CVK. La ricorrente sostiene che le informazioni comunicate da terzi sulla stabilità della quota di mercato del cemento sul mercato di materiali da costruzione di muri non possono, di per sé, portare ad una conclusione di tale tipo. Secondo la ricorrente, la Commissione non ha né effettuato un esame dell'evoluzione progressiva delle quote di mercato per determinare la pressione concorrenziale esatta esercitata sulla CVK, né preso in considerazione le dimensioni del settore del cemento e le capacità finanziarie ed economiche importanti degli operatori attivi in tale settore. Tali elementi, a parere della ricorrente, obbligano la CVK a tener conto del settore del cemento per determinare il suo comportamento sul mercato in questione. Infine, per valutare la pressione concorrenziale esercitata nel settore del calcestruzzo gettato in opera, la ricorrente fa valere, nella sua replica, che occorre prendere in considerazione la quota di mercato del calcestruzzo gettato in opera sul mercato in questione ([dal 10 al 15]%) e non solo quella detenuta dal maggior produttore concorrente del calcestruzzo gettato in opera ([dal 2 al 5]%).

170 In secondo luogo, la ricorrente contesta la valutazione della Commissione, contenuta ai punti 99-101 della decisione impugnata, secondo cui vi sono ostacoli rilevanti all'ingresso sul mercato in questione. Nella sua analisi, la Commissione, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, avrebbe dovuto effettuare un esame del

complesso dei costi e degli altri ostacoli potenziali per quanto riguarda l'insieme dei prodotti concorrenti alla pietra arenaria calcarea. Al contrario, la ricorrente sostiene che la Commissione ha essenzialmente limitato la sua analisi ai costi di investimento e ai lunghi termini necessari per la costruzione ed il funzionamento di fabbriche di produzione di pietra arenaria calcarea. La ricorrente contesta peraltro che i termini e le necessità di equipaggiamento possano costituire veri ostacoli all'ingresso sul mercato, ai fini dell'applicazione del regolamento n. 4064/89, in particolare qualora i mercati di capitali funzionino efficacemente. Inoltre, la ricorrente contesta alla Commissione di non aver esaminato chiaramente i costi che gli altri produttori di materiali da costruzione avrebbero sostenuto se avessero dovuto sostituire una parte della loro produzione con materiali concorrenti alla pietra arenaria calcarea, anche se essa, in risposta alla comunicazione degli addebiti, aveva osservato che il cemento poteva essere prodotto per usi diversi, compresa la costruzione di muri, esattamente come gli altri materiali quali la pietra, il gesso e il legno. Infine, la ricorrente rileva che il semplice fatto che, come indica il punto 101 della decisione impugnata, vi siano eccedenze della capacità di produzione di pietra arenaria calcarea, che rende meno interessante l'accesso al mercato, non basta a qualificare tali eccedenze come ostacoli all'ingresso sul mercato in questione.

¹⁷¹ In terzo luogo, la ricorrente contesta diversi elementi della valutazione della Commissione sviluppati nella decisione impugnata, secondo cui né i distributori di materiali da costruzione né gli imprenditori dispongono di un potere d'acquisto idoneo a compensare la posizione dominante della CVK sul piano dell'offerta.

¹⁷² Quanto al potere d'acquisto dei distributori, la ricorrente ricorda che questi ultimi fanno parte di gruppi internazionali o sono costituiti in cooperative d'acquisto, situazione che conferisce loro una posizione di forza nei confronti della CVK. La ricorrente aggiunge che la circostanza, indicata al punto 102 della decisione impugnata, che i cinque principali distributori all'ingrosso di materiali da costruzione nei Paesi Bassi rappresentano circa [dal 60 all'80] % delle vendite della CVK, di cui [dal 20 al 30] % per i maggiori tra questi, dimostra in tutta evidenza che i distributori all'ingrosso dispongono di un potere d'acquisto rilevante e, ad eccezione del calcestruzzo gettato in opera, possono volgersi verso prodotti sostituibili alle

pietre arenarie calcaree. Peraltro, secondo la ricorrente, l'impossibilità, per i distributori all'ingrosso, di proporre alla rivendita il calcestruzzo gettato in opera incoraggerebbe i medesimi a ottenere da parte della CVK prezzi e condizioni che consentano loro di concorrere con i produttori di cemento. Infine, la ricorrente osserva che i distributori all'ingrosso sono anche in grado di importare materiali a base di pietre arenarie calcaree dalla Germania.

173 Quanto ai rapporti tra la CVK, i distributori all'ingrosso e gli imprenditori, la ricorrente contesta diverse valutazioni effettuate ai punti 75 e 103 della decisione impugnata. La ricorrente contraddice in tal modo l'affermazione della Commissione secondo cui la CVK è generalmente ben informata sull'identità degli utilizzatori e sulla destinazione dei suoi prodotti, in particolare tramite l'accesso ai progetti degli architetti, per quanto riguarda le forniture di materiali da costruzione rappresentanti la metà del suo fatturato. Inoltre, benché la ricorrente ammetta che la CVK rifornisce direttamente talune imprese edili, essa contesta che la CVK possa conoscere l'uso a cui sono destinati i prodotti forniti, anche quando essa era a conoscenza dello spessore dei prodotti a base di pietra arenaria calcarea forniti. Inoltre, la ricorrente osserva che gli sconti accordati dalla CVK ai distributori all'ingrosso, in funzione delle vendite per taluni progetti o per talune imprese edili, sono rari o occasionali. Essa aggiunge che tale circostanza non rimette in questione, ad ogni modo, l'esistenza di un potere d'acquisto da parte dei distributori all'ingrosso.

174 In quarto luogo, la ricorrente osserva che l'analisi effettuata dalla Commissione per quanto riguarda la mancata influenza del mercato affine dei materiali da costruzione di muri non portanti, su cui la CVK detiene una posizione più debole, è erronea. Da una parte, la ricorrente sottolinea che la CVK non può conoscere la destinazione dei suoi prodotti per la costruzione di muri portanti o di muri non portanti. Secondo la ricorrente, la CVK sarebbe dunque tenuta a prendere in considerazione la sua situazione concorrenziale sul mercato di muri non portanti per determinare il suo comportamento sul mercato in questione, indipendentemente dal fatto che la CVK smerci [dal 60 all'80] % delle sue pietre arenarie calcaree quest'ultimo mercato. D'altra parte, la ricorrente sostiene che un «effetto costringitivo» esercitato dal mercato dei materiali da costruzione di muri non portanti sul mercato in questione emergerebbe dall'analisi economica effettuata nella relazione dei professori von Wieszäcker e Elberfeld, che è stata comunicata alla Commissione, ma a cui la decisione impugnata non fa riferimento.

175 In quinto luogo, la ricorrente contesta la valutazione della Commissione secondo cui la posizione dominante della CVK sarebbe rafforzata dai nessi strutturali esistenti tra tali società e la ricorrente. Innanzi tutto, la ricorrente ricorda che essa non controlla la CVK, la quale esercita la sua attività in tutta indipendenza. La ricorrente sostiene poi che la Commissione le ha erroneamente attribuito una «posizione forte» sul mercato olandese della fornitura di materiali da costruzione di muri, in quanto la sua quota di mercato, [dal 2 al 5] %, è paragonabile a quella detenuta da diversi altri operatori e non può conferirle una tale posizione. Lo stesso varrebbe per quanto riguarda le attività della ricorrente sul mercato della distribuzione all'ingrosso dei materiali da costruzione, in quanto la Commissione si è accontentata al riguardo di semplici affermazioni e supposizioni, in particolare per quanto riguarda il riferimento alla relazione annuale della NBM Amstelland, gruppo a cui apparteneva la ricorrente, mentre la quota di mercato di quest'ultima ammonterebbe solo [dal 2 al 5] %. Infine, la ricorrente nega che la CVK le accordi un trattamento privilegiato nella fase della distribuzione all'ingrosso dei materiali da costruzione, contrariamente alle affermazioni di terzi menzionate nella decisione impugnata. In ogni caso, pur supponendo che un tale trattamento privilegiato esista, la ricorrente sostiene che gli elementi di prova provenienti da questi terzi non sono idonei, di per sé, a far presumere l'esistenza di una posizione dominante ai fini dell'applicazione del regolamento n. 4064/89.

176 Infine, in sesto luogo, la ricorrente contesta alla Commissione di non aver sufficientemente motivato la decisione impugnata quanto alle ragioni che l'hanno spinta a discostarsi dalla conclusione a cui è giunta la NMa nella decisione 20 ottobre 1998 in relazione all'assenza di una posizione dominante della CVK, sebbene tale decisione e le indagini di mercato della NMa risalissero a meno di tre anni prima dell'adozione della decisione impugnata.

177 In via preliminare, la Commissione osserva che la ricorrente non ha contestato il fattore relativo alla struttura del mercato esaminato ai punti 90-95 della decisione impugnata. Orbene, secondo la Commissione, gli elementi accertati per quanto riguarda le quote di mercato della CVK, della ricorrente e della Haniel costituirebbero già, di per sé, un indizio chiaro dell'esistenza di una posizione dominante.

178 Fatta questa osservazione, la Commissione contesta il complesso delle censure formulate dalla ricorrente nei confronti della valutazione degli altri fattori su cui si basa la conclusione secondo cui la CVK occupa una posizione dominante sul mercato in questione.

179 In primo luogo, da una parte, per quanto riguarda il ruolo dei diversi materiali da costruzione di muri, la Commissione rileva che la ricorrente non contesta né che il mercato geografico si limiti ai Paesi Bassi, in quanto le importazioni di pietre arenarie calcaree provenienti dalla Germania sono solo marginali, né che la CVK, nei Paesi Bassi, sia l'unica produttrice di pietre arenarie calcaree, il materiale da costruzione più popolare in tale paese, come è stato indicato al punto 98 della decisione impugnata. Questa situazione, secondo la Commissione, contribuisce a rafforzare la posizione della CVK sul mercato in questione, dato che il calcestruzzo gettato in opera, se si suppone che esso fa parte di tale mercato, a causa degli elevati costi fissi di investimento, fa concorrenza ai prodotti a base di pietra arenaria calcarea solo nei grandi progetti edili.

180 D'altra parte, la Commissione respinge l'affermazione della ricorrente secondo cui la decisione impugnata non avrebbe dimostrato sufficientemente che il settore del cemento non esercitava una pressione concorrenziale sulla CVK. A tale riguardo, la Commissione sottolinea che la lettera del punto 97 della decisione impugnata fa riferimento solo all'assenza di una pressione concorrenziale rilevante del calcestruzzo gettato in opera e non del settore del cemento in generale. La Commissione precisa anche che tale conclusione non si basa sulla semplice presa in considerazione del settore del calcestruzzo gettato in opera. Per l'esame della pressione concorrenziale esercitata dai produttori del calcestruzzo gettato in opera, la Commissione ribadisce la sua posizione, indicata nella motivazione della decisione impugnata, secondo cui occorre prendere in considerazione le quote di mercato dei produttori concorrenti del calcestruzzo gettato in opera, di cui nessuna eccede [dal 2 al 5] % sul mercato in questione, e non la quota del settore del calcestruzzo gettato in opera, in quanto prodotto ([dal 10 al 15] %), su tale mercato. Un'impostazione di questo tipo si giustifica segnatamente, secondo la Commissione, con il fatto che il

mercato in questione è un mercato differenziato di prodotti e che la percentuale [dal 10 al 15] % «di quote di mercato» tende a sottovalutare la pressione concorrenziale sulla CVK, in quanto include la quota di mercato detenuta dalla ricorrente stessa nel settore del calcestruzzo gettato in opera. Effettuata tale precisazione, la Commissione sostiene che, per i tre anni precedenti l'adozione della decisione impugnata, nessun fornitore di cemento ha potuto ottenere una quota di mercato superiore [dal 2 al 5] %, mentre la quota di mercato della CVK è rimasta [dal 50 al 60] % del mercato in questione. La Commissione contesta in tal modo l'argomento della ricorrente secondo cui l'importanza del settore del cemento ed il peso degli operatori di tale settore potrebbero pregiudicare l'attività dei produttori di pietre arenarie calcaree della CVK e la posizione di questa sul mercato in questione.

- 181 In secondo luogo, la Commissione respinge le affermazioni della ricorrente secondo cui essa non avrebbe valutato correttamente gli ostacoli all'ingresso sul mercato evidenziati nella decisione impugnata.
- 182 Innanzi tutto, la Commissione ricorda che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la decisione impugnata ha fatto riferimento agli ostacoli esistenti per la produzione di tutti i materiali da costruzione per muri portanti, e non solo per i prodotti a base di pietra arenaria calcarea.
- 183 La Commissione rifiuta poi l'affermazione della ricorrente secondo cui i costi di investimento e i termini per accedere al mercato non costituirebbero veri ostacoli all'ingresso, ai fini dell'applicazione del regolamento n. 4064/89. Secondo la Commissione, come ha precisato la decisione impugnata, tali costi e termini sono considerevoli. Nella sua controreplica, la Commissione ricorda che gli ingressi sul mercato sono stati rari e limitati al settore del cemento, accertamento che non è stato contestato dalla ricorrente. Inoltre, la Commissione ritiene infondata la censura della ricorrente secondo cui essa non avrebbe effettuato un'analisi dei costi eventuali sostenuti dalle altre imprese che producono materiali da costruzione per trasferire una parte della loro produzione (pietra, gesso, legno) verso prodotti concorrenti, come il cemento, ai prodotti a base di pietra arenaria calcarea. Infatti, la Commissione sostiene che questa analisi non era pertinente, poiché, a causa della struttura e delle caratteristiche del settore dell'edilizia nei Paesi Bassi, i produttori di materiali da costruzione diversi dal cemento non avrebbero semplicemente dovuto trasferire la loro produzione, ma sarebbero dovuti partire da zero per produrre materiali concorrenti con i prodotti a base di pietra arenaria calcarea.

184 Infine, a differenza della ricorrente, la Commissione considera che l'esistenza di eccedenze di capacità su un mercato determinato svolge un ruolo importante per determinare se un ingresso su tale mercato possa essere prevedibile, vale a dire se sarà sufficientemente redditizio. Orbene, nella fattispecie, secondo la Commissione, le eccedenze di capacità considerevoli sul mercato in questione, dovute alla CVK, rendono poco attraente un ingresso di questo tipo.

185 In terzo luogo, la Commissione osserva che l'analisi effettuata nella decisione impugnata secondo cui la posizione dominante della CVK non è compensata da un potere d'acquisto dei distributori all'ingrosso di materiale edile è corretta.

186 Innanzi tutto, in generale, la Commissione considera che, nel contesto del regolamento n. 4064/89, il potere d'acquisto deve essere inteso come la capacità di grossi clienti — nella fattispecie i distributori all'ingrosso di materiali da costruzione — di ricorrere, entro un termine ragionevole, ad alternative credibili qualora il fornitore decida di aumentare i suoi prezzi o di deteriorare le condizioni di fornitura. Nella fattispecie, la Commissione sottolinea che, anche se i distributori all'ingrosso di materiali da costruzione possono essere incentivati ad assicurare che la CVK offra prezzi competitivi rispetto a quelli praticati dai produttori di cemento, tali distributori non hanno alcuna alternativa, perché non immettono in commercio il calcestruzzo gettato in opera, che rappresenta [dal 10 al 15] % del mercato in questione, e non hanno quindi il potere d'acquisto necessario rispetto alla CVK.

187 Per quanto riguarda poi l'argomento della ricorrente secondo cui i distributori potrebbero importare prodotti a base di pietra arenaria calcarea provenienti dalla Germania, la Commissione ricorda che la ricorrente non ha contestato che tali importazioni fossero marginali e che, in udienza, un distributore avesse osservato che esse erano ostacolate dalla Haniel o dalla CVK.

188 Infine, la Commissione ribadisce la sua valutazione secondo cui la CVK è generalmente informata sull'identità degli utilizzatori e sulla destinazione dei suoi prodotti, contrariamente a quanto sostiene, non senza qualche contraddizione ed imprecisione, la ricorrente. Ciò premesso, la Commissione sottolinea che gli sconti concessi dalla CVK ai distributori all'ingrosso per la fornitura di progetti di costruzione o di imprese edili specifiche mostrano che la CVK è in grado di esercitare un'influenza sulla politica dei prezzi dei distributori nei confronti delle imprese clienti e, quindi, sui loro margini nell'ambito di progetti determinati, circostanza che limita, o addirittura esclude, la loro capacità di usare il loro volume d'acquisto per esercitare una pressione globale sulla politica dei prezzi della CVK.

189 In quarto luogo, per quanto riguarda le censure della ricorrente relative all'influenza della concorrenza sul mercato affine dei materiali da costruzione di muri non portanti, la Commissione considera di aver dimostrato sufficientemente che, da una parte, la CVK era in grado di determinare o di prevedere se i suoi prodotti sarebbero stati utilizzati per muri portanti o non portanti e che, d'altra parte e in ogni caso, la CVK predisponessa la sua strategia in materia di prezzi principalmente con riferimento al mercato in questione. Per quanto riguarda la relazione dei professori von Wieszäcker e Elberfeld che, secondo la ricorrente, dimostrerebbe un effetto di disciplina esercitato dalla posizione della CVK sul mercato dei materiali da costruzione di muri non portanti sulla sua posizione sul mercato in questione, la Commissione, pur ammettendo di non avere esaminato espressamente tale relazione nella decisione impugnata, presenta tre osservazioni. In primo luogo, essa sottolinea che il modello di valutazione dei prezzi presentati in tale rapporto non costituisce una descrizione adeguata del mercato in questione, in particolare in quanto partirebbe dal presupposto che la CVK doveva applicare i medesimi prezzi nei mercati in questione ed in quello dei materiali da costruzione di muri non portanti. In secondo luogo, la Commissione osserva che la relazione esamina la questione, che essa giudica non pertinente, in che circostanze la CVK fisserebbe i suoi prezzi ad un livello talmente elevato da non realizzare più alcuna vendita sul mercato dei materiali da costruzione di muri non portanti. In terzo luogo, la Commissione sottolinea che, supponendo che i medesimi prezzi vengano praticati sui due mercati, la relazione corrisponde pienamente alle conclusioni della decisione impugnata secondo cui la CVK stabilisce i suoi prezzi principalmente in funzione della sua posizione sul mercato in questione. Per questo, secondo la Commissione, non era necessario esaminare espressamente tale relazione nella decisione impugnata.

- ¹⁹⁰ In quinto luogo, la Commissione ripropone la sua analisi effettuata nella decisione impugnata secondo cui la posizione dominante della CVK è rafforzata dai nessi strutturali esistenti tra la medesima e la ricorrente.
- ¹⁹¹ In sesto luogo, la Commissione contesta anche l'argomento della ricorrente relativo all'insufficiente motivazione della decisione impugnata.

Giudizio del Tribunale

— Osservazioni preliminari

- ¹⁹² Prima di procedere all'esame della posizione dominante della CVK, bisogna innanzi tutto rilevare che la ricorrente non contesta la definizione del mercato in questione accolta dalla decisione impugnata, ossia il mercato dei materiali da costruzione per pareti portanti nei Paesi Bassi, definizione che si giustifica in base alla funzione portante delle pareti. Occorre precisare al riguardo che la decisione impugnata non ha risolto il problema di sapere se il calcestruzzo gettato in opera — a causa in particolare dei costi d'investimento che il suo uso implica così elevati (v. punto 77 della decisione impugnata) che tale materiale non entra in concorrenza con la pietra arenaria calcarea salvo taluni progetti molto importanti — dovesse rientrare nella definizione del mercato dei prodotti in questione, dato che, secondo la Commissione, tale problema non influiva sulla valutazione dell'operazione di concentrazione (v. punto 81 della decisione impugnata).
- ¹⁹³ Bisogna altresì notare che dalla decisione impugnata risulta – senza smentita da parte della ricorrente – che i materiali più utilizzati nel mercato in questione sono, in ordine decrescente, i seguenti: la pietra arenaria calcarea (dato che il [50-60] % di

tutte le pareti portanti è costruito con tale materiale), il calcestruzzo gettato in opera ([10-15] %), gli elementi prefabbricati in calcestruzzo ([5-10] %), il mattone ([2-5] %) e il cemento cellulare ([0-2] %).

¹⁹⁴ Inoltre, occorre ricordare che l'art. 2 del regolamento n. 4064/89, intitolato «Valutazione delle operazioni di concentrazione», dispone quanto segue:

«1. Le operazioni di concentrazione di cui al presente regolamento sono valutate in relazione alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

- a) della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce segnatamente della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza reale o potenziale di imprese situate all'interno o esterno della Comunità;
- b) della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dall'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza.

2. Le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune.

3. Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune».

¹⁹⁵ La posizione dominante, di cui all'art. 2 del regolamento n. 4064/89, riguarda 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 in questione fornendo loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori (sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punto 200; v. anche, in tal senso, sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38).

¹⁹⁶ Secondo costante giurisprudenza, le norme sostanziali del regolamento n. 4064/89, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico. Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle regole in materia di concentrazioni, dev'essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle regole di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni [sentenze della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione (Kali e Salz), Racc. pag. I-1375, punti 223 e 224, e 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. pag. I-987, punto 38; sentenze del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, punto 195 supra, punti 164 e 165, e 6 giugno 2002, causa T-342/99, Airtours/Commissione, Racc. pag. II-2585, punto 64]».

¹⁹⁷ Ne consegue che il sindacato esercitato dal giudice comunitario sulle valutazioni complesse di ordine economico effettuate dalla Commissione nell'esercizio del potere discrezionale che le attribuisce il regolamento n. 4064/89 deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere. In particolare, non compete al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione (sentenza del Tribunale 3 aprile 2003, causa T-342/00, *Petrolessence e SG2R/Commissione*, Racc. pag. II-1161, punto 101).

¹⁹⁸ Infine, si deve altresì rilevare che, ai punti 90-108 della decisione impugnata, la Commissione si è fondata su sei fattori per dichiarare la posizione dominante della CVK. Tali fattori sono: in primo luogo, la struttura del mercato; in secondo luogo, l'insussistenza di una pressione concorrenziale forte sulla CVK da parte dei produttori di calcestruzzo gettato in opera, mentre la CVK è l'unico produttore e offerente di pietra arenaria calcarea tradizionalmente usata nei Paesi Bassi per la costruzione di pareti; in terzo luogo, la presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato; in quarto luogo, l'inesistente potere di domanda da parte dei clienti della CVK; in quinto luogo, l'assenza di limitazioni alla libertà di manovra della CVK nel mercato in questione da parte della situazione concorrenziale esistente nel mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti e, in sesto luogo, l'esistenza di un legame strutturale tra la CVK e la ricorrente che consente loro, a livello sia dell'offerta sia della rivendita dei materiali da costruzione per pareti portanti, di godere di una libertà di manovra notevolmente più ampia rispetto ai loro concorrenti.

¹⁹⁹ A tale proposito è pacifico che la ricorrente non contesta nessuna delle valutazioni esposte ai punti 90-95 della decisione impugnata relative al primo fattore, vertente sulla struttura del mercato, cioè relative alle quote di mercato della CVK, delle parti notificanti e dei loro concorrenti.

²⁰⁰ Occorre precisare che dalle citate motivazioni della decisione impugnata risulta che la CVK detiene oltre il [50-60] % di quote nel mercato in questione, se vi si include il

calcestruzzo gettato in opera, mentre, in questa stessa definizione del mercato, il secondo operatore è la ricorrente con circa [2-5] % delle quote di mercato, laddove il concorrente principale delle parti notificanti detiene solo una quota di mercato pari a circa il [2-5] % e gli altri concorrenti possiedono solo quote di mercato inferiori allo [0-2] %. Dai dati esposti al punto 91 della decisione impugnata si evince che tale situazione è quella maggiormente favorevole alle parti notificanti, poiché, supponendo che il calcestruzzo gettato in opera sia totalmente escluso dal mercato in questione, la quota di mercato della CVK raggiungerebbe oltre il [60-70] %, mentre le quote di mercato di tutti i suoi concorrenti arriverebbero, al massimo, allo [0-2] %. È altresì assodato che la configurazione del mercato in questione non è sostanzialmente cambiata nel corso degli ultimi anni.

201 Orbene, l'esistenza di quote di mercato di grande portata è altamente significativa e il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa o dalle imprese partecipanti alla concentrazione e dai loro concorrenti, in particolare quelli che immediatamente li seguono, costituisce un indizio valido dell'esistenza di una posizione dominante. Infatti, questo fattore consente di valutare la capacità concorrenziale dei concorrenti dell'impresa di cui trattasi (sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, punto 195 supra, punti 39, 40 e 48, e sentenza Gencor/Commissione, punto 195 supra, punti 201 e 202). Inoltre, una quota di mercato particolarmente elevata può di per sé costituire la prova dell'esistenza di una posizione dominante, soprattutto quando gli altri operatori sul mercato detengono solo quote molto meno rilevanti (sentenza del Tribunale 28 aprile 1999, causa T-221/95, Endemol/Commissione, Racc. pag. II-1299, punto 134).

202 Per tutte queste ragioni, il fatto che la CVK detenga una quota di mercato almeno quattordici volte superiore a quella del suo concorrente principale, fatto che la ricorrente non contesta, costituisce un indizio forte che la CVK occupa una posizione dominante nel mercato in questione.

203 Si deve verificare se la ricorrente abbia tuttavia potuto dimostrare che la Commissione aveva operato una valutazione manifestamente erranea degli altri cinque fattori analizzati nella decisione impugnata, tale da determinare l'annullamento di quest'ultima.

— Sul fattore attinente all'assenza di una pressione concorrenziale forte sulla CVK da parte dei produttori di calcestruzzo gettato in opera

204 Va ricordato che, ai punti 96-98 della decisione impugnata, la Commissione ha osservato che né il calcestruzzo gettato in opera né i produttori di tale materiale potevano esercitare una forte pressione concorrenziale sulla CVK, la quale è l'unico produttore di pietra arenaria calcarea nei Paesi Bassi, materiale tradizionale per la costruzione di pareti e impiegato massicciamente per la costruzione di pareti portanti. Tale valutazione si fonda in particolare sulle quote di mercato dei concorrenti della CVK e sulla natura differenziata dei prodotti del mercato in questione, che consente a un'impresa come la CVK di rafforzare la sua influenza al di là della sua quota di mercato visibile, per il fatto che essa è la sola ad offrire un prodotto particolarmente apprezzato dai consumatori o per determinati utilizzi.

205 In sostanza, senza contestare la pertinenza del fattore accolto dalla Commissione, la ricorrente sostiene, da un lato, che quanto esposto al punto 97 della decisione impugnata, cioè che la CVK è il solo produttore di pietra arenaria calcarea, non tiene conto del fatto che taluni prodotti in pietre arenaria calcarea sono importati dalla Germania e che non esiste un mercato della pietra arenaria calcarea. Dall'altro, la ricorrente confuta la conclusione della Commissione, formulata al punto 97 della decisione impugnata, secondo la quale il settore del calcestruzzo non eserciterebbe pressione concorrenziale sulla CVK. Secondo la ricorrente, la Commissione avrebbe dovuto esaminare l'andamento delle quote di mercato e tener conto in particolare delle capacità finanziarie ed economiche degli operatori di tale settore. Peraltro, a suo avviso, non si deve tener conto soltanto della quota di mercato ([2-5] %) detenuta dal principale concorrente, produttore di calcestruzzo gettato in opera.

206 Tali affermazioni vanno respinte.

207 In primo luogo, quanto al fatto che la Commissione ha omissis di prendere in considerazione che taluni prodotti in pietra arenaria sono importati nei Paesi Bassi dalla Germania, si deve rilevare che, al punto 84 della decisione impugnata, la Commissione, nell'ambito della definizione del mercato geografico, ha precisato quanto segue:

«Nelle regioni olandesi di confine esistono chiaramente importazioni di materiali da costruzione per pareti da[lla] (...) Germania. Tuttavia si tratta di fenomeni marginali che non giustificano l'inclusione di parti (...) della Germania nel mercato geografico rilevante. L'indagine di mercato ha dimostrato l'esistenza di limiti di accesso al mercato, in particolare a causa delle diverse norme edilizie e di sicurezza sul lavoro. (...) in Germania [ad esempio] le norme edilizie prevedono pareti di maggior spessore con un conseguente aumento dei prezzi rispetto ai Paesi Bassi, a causa della maggior quantità di materiale impiegato».

208 Orbene, si deve altresì ricordare che la ricorrente non contesta né la definizione del mercato rilevante né la constatazione secondo la quale la CVK è l'unico produttore di pietra arenaria calcarea nei Paesi Bassi. Peraltro, la ricorrente si limita a segnalare che i rivenditori all'ingrosso di materiali edili vendono prodotti in pietra arenaria calcarea nel mercato olandese, senza fornire alcuna precisazione circa il volume e il valore di tali importazioni; la ricorrente si è infatti limitata, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti cui essa si è riferita nelle sue memorie scritte, ad esporre che il ventaglio dei prodotti in pietra arenaria calcarea offerto da uno di tali rivenditori all'ingrosso o importatori e quello offerto dalla CVK erano molto simili.

209 In secondo luogo, la ricorrente dà una lettura errata della decisione impugnata ritenendo che vi sia stata constatata l'insussistenza di pressioni concorrenziali da parte del settore del calcestruzzo. Infatti, il punto 97 della decisione impugnata fa presente, per la precisione, che non esiste una pressione concorrenziale forte da parte del settore del calcestruzzo gettato in opera e dei suoi produttori e non da parte del settore del calcestruzzo. Di conseguenza, nelle rilevanti motivazioni della

decisione impugnata, la Commissione non ha negato l'esistenza di una pressione concorrenziale da parte del calcestruzzo gettato in opera, ma l'ha giudicata insufficiente rispetto alla posizione della CVK. A tale proposito occorre rilevare che l'analisi della Commissione, incentrata sul calcestruzzo gettato in opera, è giustificata dal fatto che, quantomeno, i due concorrenti diretti della CVK nel mercato in questione producono solamente calcestruzzo gettato in opera, circostanza che doveva permettere alla Commissione di verificare se la posizione della CVK, come rispecchiata dalle sue quote di mercato, potesse essere controbilanciata dalla presenza di concorrenti che offrivano nel mercato in questione questo tipo di materiale.

210 Sempre a buon diritto la Commissione non ha considerato solamente la quota che il settore del calcestruzzo gettato in opera rappresenta in generale ([10-15] %) nella costruzione di pareti portanti nei Paesi Bassi, ma ha preso in considerazione anche la quota di mercato del primo concorrente della CVK ([2-5] %). Infatti, poiché il primo dato ([10-15] %) comprende anche la quota di mercato della ricorrente, la quale, a causa del controllo precedentemente accertato che essa esercita sulla CVK, non può essere considerata come un'impresa concorrente di quest'ultima, occorre ponderare tale percentuale prendendo in considerazione anche la quota di mercato del diretto concorrente della CVK, onde non sovrastimare l'eventuale pressione concorrenziale esercitata sulla CVK.

211 Peraltro, quanto all'affermazione secondo cui la Commissione doveva tener conto dell'evoluzione delle quote di mercato del settore del calcestruzzo, sempreché tale argomento si riferisca al calcestruzzo gettato in opera, alla Commissione bastava precisare, come osservato al punto 97 della decisione impugnata, che la quota di calcestruzzo gettato in opera appariva stabile, secondo i dati forniti da un'associazione di categoria olandese, o addirittura leggermente calata, secondo taluni operatori, e quindi non poteva dedurne che la pressione concorrenziale di tale segmento del mercato sulla CVK fosse forte. Inoltre, per quanto riguarda le quote delle imprese sul mercato, è pacifico che, dal 2000 fino all'adozione della decisione impugnata, anche la posizione della CVK e quelle dei suoi concorrenti, ricordate supra, erano rimaste sostanzialmente invariate, come sottolineato al punto 95 della decisione impugnata. Orbene, tale valutazione si riferisce necessariamente al segmento del calcestruzzo gettato in opera, nel quale, come emerge dalla tabella

contenuta al punto 91 della decisione impugnata, erano attivi i due principali concorrenti della CVK, ma detenevano, l'uno, una quota inferiore al [2-5] % e, l'altro, una quota inferiore allo [0-2] %.

212 A questo proposito occorre sottolineare che, in via generale, la presenza di concorrenti può costituire un criterio atto, eventualmente, a mitigare o a eliminare la posizione dominante detenuta dall'entità controversa unicamente nell'ipotesi in cui tali concorrenti detenessero una posizione forte, idonea ad esercitare un reale contrappeso (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 3 aprile 2003, causa T-114/02, BaByliss/Commissione, Racc. pag. II-1279, punto 329). Orbene, la ricorrente non ha fornito elementi probatori atti a smentire la valutazione di cui al punto 97 della decisione impugnata secondo cui i produttori di calcestruzzo gettato in opera — tutto sommato concorrenti diretti della CVK nel mercato in questione — non esercitano un siffatto contrappeso.

213 Infine, si deve rilevare che l'insussistenza di una pressione concorrenziale rilevante da parte del settore del calcestruzzo gettato in opera può, in parte, dedursi anche dalla varietà dei prodotti del mercato in questione, come ha evidenziato la Commissione al punto 98 della decisione impugnata. Infatti, la varietà dei prodotti significa che ciascun prodotto non è un perfetto sostituto dell'altro e che, di conseguenza, l'aumento del prezzo dell'uno non comporta necessariamente che l'impresa che effettua tale aumento perda quote di mercato in favore dei suoi concorrenti che producono l'altro prodotto, come sarebbe il caso dei prodotti perfettamente fungibili. Il fatto che il calcestruzzo gettato in opera non possa perfettamente sostituire la pietra arenaria calcarea, in particolare in ragione dei costi elevati che l'impiego del primo materiale comporta, come esposto ai punti 58-77 della decisione impugnata, e senza smentita della ricorrente, permette dunque anche di relativizzare la pressione concorrenziale che tale materiale e i suoi produttori eserciterebbero sulla CVK.

214 Per giunta, quand'anche si ammettesse che la valutazione della Commissione si è riferita al settore del calcestruzzo in generale, la ricorrente tuttavia non è stata

capace di dimostrare, fornendo indizi precisi concordanti, che i produttori in tale segmento del mercato in questione erano in grado di esercitare un concreto contrappeso alla posizione della CVK.

- ²¹⁵ Ne consegue che la valutazione effettuata dalla Commissione in merito al secondo fattore accolto nella decisione impugnata non è viziata da errore manifesto.

— Sul fattore relativo alla presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato

- ²¹⁶ Ai punti 99-101 della decisione impugnata, la Commissione ha osservato quanto segue:

«99. Pur tenendo conto delle risposte delle parti e di CVK alla comunicazione delle obiezioni e delle deposizioni fatte nell'audizione, la Commissione ritiene che esistano notevoli limitazioni all'accesso al mercato, in quanto CVK controlla tutti gli stabilimenti di pietra arenaria calcarea dei Paesi Bassi e pertanto la produzione del materiale da costruzione di gran lunga più importante da attribuire al mercato in questione del prodotto. L'indagine di mercato della Commissione ha dimostrato che i produttori di altri materiali possono passare alla produzione di pietra arenaria calcarea solo con un notevole investimento di tempo e denaro; lo stesso vale anche per altri materiali come il cemento cellulare. I cicli e pertanto anche i centri di produzione sono diversi per ciascun materiale per pareti.

110. Haniel ha quantificato i costi d'investimento occorrenti per uno stabilimento di pietra arenaria calcarea con una cifra pari ad appena [*riservato*] EUR circa. La

costruzione di un nuovo stabilimento di cemento preconfezionato costa secondo Haniel [*riservato*] EUR; ma Cementbouw ha stimato costi d'investimento nettamente superiori. Inoltre i concorrenti, intervistati nell'ambito dell'indagine di mercato, sostengono in generale di dover affrontare enormi difficoltà, per poter ampliare la propria capacità produttiva o iniziare la produzione di un nuovo materiale per pareti. Un intervistato ha specificato che la costruzione di un nuovo stabilimento di pietra arenaria calcarea richiede un investimento pari a [*riservato*] EUR, che occorre un'autorizzazione difficile da ottenere e i tempi di costruzione dello stabilimento ammontano a due anni. Contrariamente al parere espresso dalle parti, secondo le quali le limitazioni all'accesso al mercato sarebbero scarse, date le circostanze, la Commissione ritiene che i possibili accessi al mercato non esercitino una pressione concorrenziale, tale da incidere sulla libertà di manovra di CVK sul mercato in questione. Di conseguenza, negli ultimi tempi si sono constatati pochi accessi al mercato, comunque circoscritti al settore del calcestruzzo.

101. Per quanto riguarda la pietra arenaria calcarea, esistono inoltre notevoli eccedenze della capacità di produzione che rendono scarsamente interessante un accesso al mercato, anche dopo la chiusura, già effettuata da CVK, di tre degli undici stabilimenti di pietra arenaria calcarea originari. Le restanti unità produttive di CVK sono altresì distribuite uniformemente sul territorio olandese, cosicché CVK può rifornire ogni cliente da uno stabilimento situato nelle vicinanze. L'indagine di mercato condotta dalla Commissione ha dimostrato che anche questo fattore contribuisce a rafforzare il posizionamento di CVK».

217 Orbene, la ricorrente contesta alla Commissione di aver limitato la citata analisi essenzialmente ai costi d'investimento e ai tempi lunghi necessari per la costruzione e il funzionamento degli stabilimenti di produzione di pietra arenaria calcarea, mentre avrebbe dovuto esaminare tutti i costi e le potenziali limitazioni per quanto riguarda tutti prodotti concorrenti della pietra arenaria calcarea. La ricorrente contesta anche che i tempi ed i costi illustrati nella decisione impugnata costituiscano concrete limitazioni all'accesso al mercato, in particolare se i mercati dei capitali funzionano bene. Essa altresì addebita alla Commissione di non aver analizzato i costi cui incorrerebbero altri produttori di materiali edili qualora dovessero rimpiazzare una parte della loro produzione con materiali in concorrenza

con la pietra arenaria calcarea, nonostante la ricorrente abbia fatto presente, nella risposta alla comunicazione degli addebiti, che il calcestruzzo poteva essere prodotto per vari utilizzi, compresa la costruzione di pareti. Infine, la ricorrente contesta che le eccedenze di capacità produttiva esistenti nel segmento della pietra arenaria calcarea possano rappresentare concrete limitazioni all'accesso al mercato in questione.

218 Innanzi tutto, va respinta la censura della ricorrente secondo la quale la Commissione avrebbe analizzato solamente i tempi e i costi necessari per impegnarsi nel segmento della pietra arenaria calcarea. Infatti, la citata analisi della Commissione verte anche sugli altri materiali da costruzione per pareti, quale il calcestruzzo gettato in opera, come risulta in particolare dal punto 100 della decisione impugnata. Anche dal punto 99 della decisione impugnata emerge che la Commissione ha precisato che i lunghi tempi e i forti costi d'investimento non si limitavano all'accesso al segmento della produzione di pietra arenaria calcarea, ma si applicavano anche all'accesso alla produzione di altri materiali edili per il mercato in questione, come il cemento cellulare. Ne consegue che, contrariamente a quanto afferma la ricorrente, la Commissione non ha limitato la sua valutazione circa le limitazioni all'accesso al mercato in questione al segmento della pietra arenaria calcarea.

219 Quanto poi al fatto che i costi d'investimento e i lunghi tempi citati nella decisione impugnata costituiscano «limitazioni all'accesso al mercato», il Tribunale considera, in primo luogo e in via generale, che limitazioni del genere sono costituite da elementi di varia natura, in particolare di ordine economico, commerciale o finanziario, tali da far sopportare al potenziale concorrente delle imprese insediate rischi e costi sufficientemente elevati da dissuaderli dall'accedere al mercato entro un termine ragionevole o da rendere tale accesso particolarmente difficile, privandolo della capacità di esercitare una forza concorrenziale sul comportamento delle imprese insediate.

220 In secondo luogo, non si può escludere, in linea di principio, che, in settori ad alta intensità di capitali, le risorse finanziarie necessarie agli investimenti possano essere

reperite sul mercato di capitali, tuttavia si deve necessariamente rilevare che, nella fattispecie, la ricorrente non è riuscita a dimostrare che la Commissione avrebbe commesso un manifesto errore di valutazione nel constatare la presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato in questione, alla luce di tutti gli elementi accolti a sostegno della decisione impugnata.

221 Per quanto riguarda l'accesso al segmento della pietra arenaria calcarea, occorre rilevare che la Commissione si è basata su una serie di elementi normativi ed economici, legati alla necessità di ottenere un'autorizzazione amministrativa, al lasso di tempo di due anni per la costruzione di uno stabilimento e ai considerevoli costi d'investimento, tenendo conto al tempo stesso del fatto che esistevano rilevanti eccedenze di capacità di produzione, anche dopo la chiusura di tre degli undici stabilimenti associati alla CVK (Boudewijn, Bergumermeer e Vogelenzang), che rendevano scarsamente interessante l'accesso nel mercato, poiché la CVK poteva rifornire ogni cliente nei Paesi Bassi dagli altri otto stabilimenti restanti.

222 Tali elementi, associati alla circostanza, non confutata dalla ricorrente, che le imprese attive negli altri segmenti del mercato potevano iniziare la produzione di un nuovo materiale da costruzione per pareti solo con grande difficoltà, bastano ad escludere qualsiasi errore manifesto da parte della Commissione circa la probabilità che un potenziale concorrente della CVK potesse entrare in questo segmento. Per quanto riguarda i costi d'investimento necessari alla costruzione di uno stabilimento completo, la ricorrente ha del resto dichiarato, rispondendo ai quesiti scritti del Tribunale, la somma di *[riservato]* milioni di euro, una stima che si situa precisamente nella forchetta indicata al punto 100 della decisione impugnata, ma non ha spiegato perché l'investimento di un importo inferiore, anch'esso menzionato nella risposta, sarebbe sufficiente per accedere al mercato in questione.

223 Quanto agli altri segmenti del mercato in questione, occorre dichiarare, da un lato, che la ricorrente non ha mosso critiche contro la valutazione, esposta al punto 100 della decisione impugnata, secondo la quale erano stati accertati solo rari ingressi sul

mercato in questione, limitati unicamente al settore del calcestruzzo. A tale proposito risulta dalle risposte della Commissione ai quesiti posti del Tribunale, risposte non contestate dalla ricorrente, che tali nuove imprese entrate nel mercato, attive nel segmento della produzione del calcestruzzo gettato in opera, hanno potuto acquisire, al massimo, solo lo [0-2] % delle quote di mercato, nonostante, al momento dell'adozione della decisione impugnata, l'operazione di concentrazione fosse stata realizzata da più di due anni. Dall'altro, e malgrado risulti dagli elementi del fascicolo che la ricorrente ha effettivamente sostenuto che i costi d'investimento per la costruzione di un nuovo stabilimento di calcestruzzo gettato in opera, pari a [riservato] milioni di euro, erano notevolmente più elevati della somma dichiarata dalla Haniel ([riservato] milioni di euro) e riportata dalla decisione impugnata, la ricorrente non ha contestato che perfino gli attuali concorrenti della CVK affrontavano enormi difficoltà per poter ampliare la propria capacità produttiva, in particolare a causa delle eccedenze di capacità di produzione esistenti, o iniziare la produzione di un nuovo materiale per pareti, circostanze che sono state peraltro precisate dalla Commissione nelle sue risposte ai quesiti scritti del Tribunale. In base a tutti questi elementi si può dichiarare che la Commissione non ha commesso errori manifesti di valutazione quando ha considerato che esistevano anche notevoli limitazioni all'accesso ad altri segmenti del mercato in questione che impedivano in tal modo qualsiasi efficace concorrenza nei confronti della CVK su tale mercato.

224 Inoltre, si deve rilevare che, in via generale, sebbene la ricorrente non abbia voluto riconoscere che l'esistenza di eccedenze di capacità di produzione su tale mercato costituiscono limitazioni all'accesso al medesimo, essa tuttavia ha ammesso all'udienza, rispondendo a un quesito del Tribunale, che siffatte eccedenze di capacità producevano «effetti simili ad un ostacolo all'accesso al mercato».

225 In terzo luogo, è inoperante l'argomento della ricorrente secondo il quale la Commissione non ha analizzato la capacità dei produttori di mattoni, di gesso e di legno, impiegati per utilizzi diversi dalla costruzione di pareti portanti. Infatti, tenuto conto della struttura del mercato dei prodotti, il mattone è chiaramente impiegato solo in modo marginale nella costruzione di pareti portanti (v. i punti 61 e 66 della decisione impugnata), mentre né il gesso né il legno sono materiali impiegati per la costruzione di pareti portanti (v. i punti 53 e 60 della decisione impugnata). Ne

consegue che l'analisi della capacità dei produttori di mattoni, di gesso e di legno ad impiegare tali materiali per la costruzione di muri portanti non avrebbe evidentemente potuto modificare la valutazione, effettuata nella decisione impugnata, che ha rivelato la presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato in questione.

226 Per tutte queste ragioni, occorre respingere le critiche mosse dalla ricorrente contro la valutazione operata dalla Commissione relativa al terzo fattore attinente alla presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato.

— Sul fattore relativo all'assenza di potere di domanda da parte dei clienti della CVK

227 Ai termini dei punti 102 e 103 della decisione impugnata:

«102. Pur tenendo conto delle risposte delle parti e di CVK alla comunicazione delle obiezioni e delle deposizioni fatte nell'audizione, la Commissione ritiene che i clienti di CVK non dispongano di potere di domanda. Non esistono singoli clienti che detengano una quota sostanziale del fatturato di CVK. Circa il [60-80] % delle vendite di CVK è destinato ai cinque maggiori rivenditori di materiali da costruzione, dei quali il principale incide sul fatturato con una quota del [20-30] %. Tuttavia, nemmeno una quota delle vendite complessive di tale entità conferisce al più grosso cliente un qualsivoglia potere di domanda, in quanto ci sono molti altri rivenditori alternativi a disposizione. Spesso si tratta inoltre di consorzi d'acquisto ("inkoopcombinaties" in olandese). Tuttavia, ciò che conta è che l'esistenza stessa dei rivenditori dipenda dalla commercializzazione dei prodotti di CVK, poiché la pietra arenaria calcarea rappresenta il più importante materiale per la costruzione di pareti nei Paesi Bassi. Il secondo materiale in ordine di importanza è il calcestruzzo che tuttavia non rappresenta un'alternativa, poiché né il calcestruzzo gettato in opera né quantità significative di elementi prefabbricati in calcestruzzo vengono distribuiti attraverso i rivenditori di materiali. Pertanto, per

questi ultimi, nessun altro materiale può sostituire la vendita della pietra arenaria calcarea. Ciò è stato confermato anche dalla Raab Karcher nell'audizione. Può anche essere, come esposto da Haniel, che, con un'offerta di prezzo inadeguata per la pietra arenaria calcarea, il rivenditore rischi di perdere il progetto, poiché il cliente può optare per il calcestruzzo. Ciò però indica solo che il rivenditore e indirettamente anche CVK, con l'offerta di pietra arenaria calcarea, sono in concorrenza con i fornitori di calcestruzzo, ma non che il rivenditore è in grado di esercitare un potere di domanda su CVK.

103. D'altro canto, CVK influisce notevolmente sulla formazione dei prezzi nei confronti delle imprese di costruzioni. I rivenditori di materiali si accollano il rischio finanziario, connesso alla vendita, ma non sono loro a scegliere i materiali bensì le imprese di costruzioni. Come già illustrato dettagliatamente, CVK è generalmente ben informata in merito all'identità degli utilizzatori e alla destinazione dei suoi prodotti. Infatti, la consegna viene effettuata direttamente dallo stabilimento di produzione della pietra arenaria più vicino al relativo cantiere. Secondo quanto dichiarato da CVK, ai rivenditori vengono concessi sconti, ma questi ultimi possono essere vincolati alla fornitura a determinate imprese di costruzioni o per determinati progetti. Inoltre, le imprese di costruzioni sono però sparse e quindi non sono in grado di esercitare direttamente il potere di domanda. Anche la percentuale di domanda dei grossi gruppi edili olandesi, come Bam Groep, Koninklijke Volker Wessels Stevin, Heijmans, Ballast Nedam e HBG è singolarmente troppo scarsa, perché questi possano esercitare un potere di domanda, tale da compensare la posizione dominante di CVK sul piano dell'offerta».

228 La ricorrente sostiene che le cifre fornite dalla Commissione dimostrano che i rivenditori esercitano un potere di domanda sulla CVK, tanto più che essi appartengono a gruppi internazionali o sono costituiti in cooperative d'acquisto. Secondo la ricorrente, i rivenditori possono dunque indirizzarsi verso prodotti concorrenti della pietra arenaria calcarea, eccetto il calcestruzzo gettato in opera. Il fatto che i rivenditori non vendano calcestruzzo gettato in opera li spingerebbe ancor più a ottenere prezzi e condizioni vantaggiose da parte della CVK per fare concorrenza ai produttori di calcestruzzo. La ricorrente ribadisce che i rivenditori si

riforniscono di pietra arenaria calcarea anche dalla Germania. Infine, essa contesta le valutazioni della Commissione secondo le quali la CVK sarebbe ben informata in merito agli utilizzatori e alla destinazione dei suoi prodotti e respinge altresì l'entità e la frequenza degli sconti concessi ai rivenditori, circostanza che, comunque, non altera l'esistenza di un potere di domanda di questi ultimi nei confronti della CVK.

229 Tali affermazioni non possono essere accolte.

230 Si deve innanzi tutto notare che, come sostenuto dalla Commissione nelle sue difese scritte e senza smentita della ricorrente, il potere di acquisto dei clienti di un fornitore può compensare il potere di mercato di quest'ultimo se tali clienti sono in grado di reperire, entro un termine ragionevole, fonti alternative credibili di approvvigionamento qualora il fornitore decida di aumentare i suoi prezzi o di peggiorare le condizioni di fornitura.

231 Nella specie, per poter escludere l'esistenza di un potere di domanda dei rivenditori di materiali edili che compensa il potere della CVK derivante in particolare dalle sue quote di mercato e dalla struttura dell'offerta precedentemente esaminate, la Commissione si è fondata, da un lato, sul fatto che tali operatori sono sparsi sul mercato, ossia sulla struttura poco concentrata del mercato della distribuzione dei materiali da costruzione per pareti portanti nei Paesi Bassi, e, dall'altro, sul fatto che tali operatori non trovano alternative credibili di rifornimento sul mercato, cioè, in definitiva, sulla dipendenza di tali operatori dalla CVK.

232 Occorre rilevare che queste due condizioni, senza essere necessariamente esaustive per affermare o negare l'esistenza di un potere di acquisto dei clienti tale da contrastare il potere economico di un fornitore, sono molto pertinenti. Infatti, da un lato, il criterio del grado di concentrazione del mercato degli acquirenti significa che

il fatto di essere pochi può consentire loro di rafforzare il loro potere di negoziazione nei confronti del fornitore. Dall'altro, in base al criterio della presenza di alternative credibili di rifornimento si può stabilire se è altamente probabile che il fornitore sia costretto a limitare gli aumenti di prezzo, o addirittura a non praticarli.

233 Nel caso di specie, quanto al fatto che rivenditori sono sparsi, e benché sia pacifico che circa il [60-80] % delle vendite della CVK è destinato ai cinque maggiori rivenditori di materiali da costruzione, dei quali il principale incide sul fatturato con una quota del [20-30] %, il Tribunale considera che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, tali dati non possono, di per sé, avvalorare la tesi dell'esistenza di un potere di domanda dei rivenditori sulla CVK. Infatti, da un lato, è altrettanto pacifico che nessun cliente incide in modo rilevante sul fatturato della CVK. Dall'altro, la ricorrente non contesta che esistano altri rivenditori, organizzati in gruppi d'acquisto, in grado perciò di effettuare grossi rifornimenti, nei confronti dei quali la CVK potrebbe, eventualmente, riorientare la sua produzione, come non ha negato il fatto che la CVK rifornisce direttamente talune imprese di costruzioni (i clienti finali), il che ovviamente aumenta il numero delle imprese cui può indirizzare la sua offerta di pietra arenaria calcarea.

234 Inoltre, si deve sottolineare che, secondo le informazioni della CVK allegate alla controreplica, la ricorrente stessa figura tra i cinque principali rivenditori citati nella decisione impugnata. Orbene, grazie al controllo che la ricorrente esercita sulla CVK, è quantomeno molto poco probabile che la ricorrente partecipi alla creazione di un eventuale potere di domanda dei clienti della CVK in grado di controbilanciare il potere economico di quest'ultima.

235 Quanto alla mancanza di fonti di rifornimento alternative credibili, la ricorrente ammette che i rivenditori di materiali edili non vendono quantità significative di calcestruzzo gettato in opera, e non si pronuncia in merito all'informazione secondo la quale essi non vendevano elementi prefabbricati in calcestruzzo. Ciò premesso,

per quanto riguarda il calcestruzzo gettato in opera, i fornitori di tale materiale, benché siano i principali concorrenti della CVK nel mercato in questione, non possono rappresentare un'alternativa credibile per i rivenditori. Lo stesso dicasi per il rifornimento presso produttori di elementi prefabbricati in calcestruzzo, materiale che è utilizzato per il [5-10] % di tutte le pareti portanti nei Paesi Bassi.

236 Tale valutazione non è invalidata dall'argomento della ricorrente secondo il quale i rivenditori avrebbero la possibilità di rifornirsi di prodotti in pietra arenaria calcarea dalla Germania. Infatti, basta rilevare che le importazioni di pietra arenaria calcarea provenienti da tale Stato sono notoriamente marginali e che la ricorrente non fornisce alcun dato concreto a suffragio della sua affermazione.

237 Per giunta, bisogna rilevare che uno dei principali rivenditori di materiali edili per pareti portanti nei Paesi Bassi, la Raab Karcher, ha confermato, in occasione dell'audizione dinanzi alla Commissione il 16 maggio 2002, che la CVK non era soggetta ad alcun potere di domanda, senza che tale affermazione fosse smentita dalla ricorrente. La Raab Karcher ha inoltre precisato che la tentata ricerca di alternative, seppure minime, era fallita data l'importanza della pietra arenaria calcarea nel mercato in questione.

238 Per quanto riguarda poi la valutazione della Commissione secondo cui la CVK sarebbe in genere ben informata circa l'identità degli utilizzatori e la destinazione dei suoi prodotti, così da poter influenzare notevolmente la determinazione dei prezzi agli imprenditori (clienti finali), tale possibilità non influisce in alcun modo sull'eventuale potere di domanda che i rivenditori avrebbero sulla CVK. Orbene, poiché la Commissione ha potuto affermare senza commettere errori manifesti di valutazione che i rivenditori non detenevano un siffatto potere di domanda, è sufficiente dichiarare che l'argomento della ricorrente è inoperante, senza che peraltro sia stato fatto valere un eventuale potere di domanda sulla CVK da parte degli stessi imprenditori edili.

239 Ne consegue che le censure della ricorrente mosse nei confronti del quarto fattore di cui alla decisione impugnata, relativo all'inesistenza di un potere di domanda da parte dei clienti della CVK, devono essere respinte.

— Sul fattore attinente all'assenza di limitazioni alla libertà di manovra della CVK nel mercato dei materiali da costruzione per pareti portanti da parte della situazione concorrenziale esistente nel mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti

240 Al punto 104 della decisione impugnata, la Commissione ha esposto quanto segue:

«104. La libertà di manovra di CVK sul mercato [in questione] non è limitata nemmeno dalla situazione concorrenziale, esistente sul mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti, nel quale il posizionamento di CVK risulta più debole. La constatazione, fatta dalla Commissione nella comunicazione delle obiezioni, secondo cui CVK è in grado di applicare prezzi differenti, a seconda che i suoi prodotti vengano impiegati per pareti portanti o non portanti e di adeguare i propri prezzi alla situazione concorrenziale del mercato delle pareti portanti, più importante per CVK, non è stata confutata dalle parti e da CVK. A tale proposito si rimanda a quanto esposto ai 'considerando' 75 e 76».

241 Ai termini dei detti punti:

«75. Nella formazione dei prezzi per i prodotti impiegati nelle pareti portanti, CVK, in qualità di unico produttore di pietra arenaria calcarea dei Paesi Bassi, non è limitata da prezzi richiesti sul mercato per prodotti destinati a pareti non portanti.

L'indagine di mercato della Commissione mostra che CVK conosce molto bene l'impiego concreto dei propri prodotti. CVK, in molti casi, conosce la destinazione dei propri prodotti, poiché spesso è responsabile della consegna dei prodotti a un determinato cantiere. Inoltre, per la fornitura di elementi che rappresentano la metà del suo fatturato, essa ha accesso ai progetti degli architetti. Haniel ha inoltre dichiarato che lo spessore di una parte consistente dei prodotti in pietra arenaria calcarea consente di stabilire se il materiale viene impiegato per pareti portanti o non portanti. Tali informazioni sono state confermate anche dalla Raab Karcher durante l'audizione. La Commissione, pur tenendo conto delle posizioni espresse dalle parti e da CVK rispetto alla comunicazione delle obiezioni e della discussione udita in proposito in occasione dell'audizione, ritiene CVK sia in grado di differenziare i prezzi in funzione della situazione concorrenziale. Nel presente contesto, sussiste quindi la possibilità di un'implicita differenziazione dei prezzi tra i grandi e i piccoli progetti edili, grazie a sconti per quantità e prezzi standardizzati per il trasporto. CVK ha dichiarato di concedere ai rivenditori di materiali edili sconti specifici per progetto e appaltatore.

76. Anche se CVK non fosse in grado di differenziare i prezzi dei prodotti in pietra arenaria calcarea per pareti portanti da quelli per le pareti non portanti, si presume che essa orienti la propria strategia di prezzi innanzitutto in base ai requisiti imposti dal mercato [in questione], dal momento che vende il [60-80] % dei suoi prodotti proprio su quest'ultimo».

242 La ricorrente afferma, da un lato, che la CVK avrebbe l'obbligo di tener conto della sua situazione concorrenziale nel mercato dei materiali da costruzione per pareti non portanti, a prescindere dal fatto di vendere il [60-80] % della sua pietra arenaria calcarea nel mercato in questione. Dall'altro, essa sostiene che esisterebbe un «effetto limitativo» da parte del mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti sul mercato in questione, che emergerebbe dalla relazione dei professori von Wieszäcker e Elberfeld, inviata alla Commissione, ma alla quale la decisione impugnata non fa riferimento.

243 Quanto al primo argomento si deve rilevare che, a prescindere dal sapere se la CVK conosca o meno la destinazione dei suoi prodotti, e anche ammettendo che, come sostiene la ricorrente, la CVK ignori la destinazione dei suoi prodotti, ciò tuttavia non significa che la CVK sia limitata, per quanto riguarda la formazione dei suoi prezzi nel mercato in questione, dalla sua situazione concorrenziale nel mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti, poiché è certo che la CVK vende il [60-80] % della sua produzione di pietra arenaria calcarea nel primo mercato. Pertanto, non è manifestamente errato dichiarare, come ha fatto la Commissione al punto 104 della decisione impugnata, con riferimento al punto 76 della detta decisione, che la CVK «adeguа i propri prezzi alla situazione concorrenziale del mercato delle pareti portanti, più importante per CVK».

244 Per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente in relazione all'esistenza di un «effetto limitativo» esercitato dal mercato dei materiali da costruzione per pareti non portanti nei Paesi Bassi sul mercato in questione, come sarebbe stato rilevato dallo studio dei professori von Wieszäcker e Elberfeld, occorre rilevare che tale studio effettivamente non è stato citato nella decisione impugnata. Tuttavia, tale circostanza non altera la citata valutazione di cui ai punti 76 e 104 della decisione impugnata. Infatti, si deve notare che le analisi di tale studio corrispondono alla valutazione esposta nella decisione impugnata secondo la quale la CVK adeguа i propri prezzi soprattutto in funzione del mercato in questione. In particolare, risulta da tale studio che, se è vero che la presa in considerazione dei fattori della domanda sul «segmento marginale», cioè sul mercato dei materiali da costruzione per pareti non portanti, porta ad un livello dei prezzi sul «segmento principale», cioè sul mercato in questione, inferiore al prezzo che risulterebbe dal tener conto soltanto di quest'ultimo segmento, resta il fatto che la CVK, anche in tali circostanze, adeguа i propri prezzi soprattutto in funzione della sua posizione sul segmento principale, cioè sul mercato in questione.

245 Va aggiunto che, nella sua replica, la ricorrente, limitandosi a considerazioni generiche già esposte nel ricorso, non ha seriamente contestato i motivi, esposti dalla Commissione nelle sue memorie scritte e riassunti al precedente punto 189, con cui quest'ultima aveva giustificato il fatto che non ci fossero riferimenti allo studio dei professori von Wieszäcker e Elberfeld tra le motivazioni della decisione impugnata.

246 Ne consegue che la ricorrente non ha dimostrato che l'analisi del quinto fattore, attinente all'assenza di limitazioni alla libertà di manovra della CVK nel mercato in questione da parte della situazione concorrenziale nel mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti, era viziata da un manifesto errore di valutazione.

— Sul fattore attinente all'esistenza di un legame strutturale tra la CVK e la ricorrente che consente loro, a livello sia dell'offerta sia della rivendita dei materiali da costruzione per pareti portanti, di godere di una libertà di manovra notevolmente più ampia rispetto ai loro concorrenti

247 Bisogna ricordare che, al punto 105 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che le posizione dominante della CVK fosse caratterizzata dal legame strutturale con la ricorrente, impresa fondatrice che la controlla. In primo luogo, per quanto riguarda il mercato in questione, la decisione impugnata ha rilevato, al punto 106, che, tenuto conto del fatto che la ricorrente forniva calcestruzzo gettato in opera ed elementi prefabbricati in calcestruzzo, essa poteva offrire insieme alla CVK, secondo la definizione del mercato accolta, due o tre dei principali materiali da costruzione per pareti portanti. La Commissione ha ritenuto che tale situazione fosse in grado di procurare a tali imprese una libertà di manovra più ampia di ognuno dei loro concorrenti. In secondo luogo, per quanto riguarda il mercato a valle della rivendita di materiali edili, la Commissione ha precisato, al punto 107 della decisione impugnata, che la ricorrente rappresentava una delle maggiori aziende di vendita all'ingrosso nei Paesi Bassi e che, secondo taluni rivenditori, la ricorrente sarebbe stata favorita dalla CVK rispetto ad altri rivenditori indipendenti.

248 Si deve altresì ricordare che la ricorrente nega di detenere il controllo della CVK e sostiene di non occupare una posizione forte sul mercato in questione, dato che la sua quota di mercato è soltanto pari al [2-5] %. Essa espone anche che, per quanto riguarda le sue attività di rivendita di materiali edili, la sua quota di mercato è soltanto dello [0-2] %, che essa non gode di alcun trattamento privilegiato da parte

della CVK e che, quand'anche fosse così, dalle dichiarazioni di terzi non si può presumere l'esistenza di una posizione dominante ai sensi del regolamento n. 4064/89.

249 Queste affermazioni devono essere respinte.

250 Innanzi tutto occorre respingere l'argomento della ricorrente secondo cui essa non ha il controllo della CVK, per le ragioni esposte nell'ambito della valutazione della prima parte del primo motivo. Bisogna aggiungere che niente impedisce che la Commissione prenda in considerazione il legame strutturale esistente tra la ricorrente e la CVK come un elemento che caratterizza il potere economico della CVK o che può, in una certa misura, rafforzarlo. Infatti, dal momento che la ricorrente è presente nel mercato dell'impresa comune e su quello, a valle, della rivendita all'ingrosso, il fatto di controllare l'impresa comune può consentire alla CVK di godere di una forza economica ulteriore inevitabilmente derivante dal futuro coordinamento tra tali due imprese sul mercato. Orbene, il regolamento n. 4064/89 non vieta di esaminare, alla luce delle sue disposizioni, gli eventuali aspetti di coordinamento verticale tra l'impresa comune e l'una o l'altra delle sue imprese fondatrici che risultano da un'operazione di concentrazione, senza, tuttavia, dare un giudizio anticipato sull'autonomia dell'impresa comune.

251 Inoltre, quanto alla pretesa posizione forte della ricorrente nel mercato in questione di cui avrebbe tenuto conto la decisione impugnata, la ricorrente dà una lettura errata del punto 100 della decisione impugnata. Infatti, quest'ultima si limita a rilevare una posizione forte della ricorrente nel segmento degli elementi di dimensioni ridotte, utilizzati principalmente nell'edilizia residenziale e non nel mercato in questione in generale. Ad ogni modo, il fatto che la ricorrente possieda una quota di mercato pari al [2-5] % del mercato in questione, grazie alla sua offerta di elementi prefabbricati in calcestruzzo e di calcestruzzo gettato in opera, mentre il diretto concorrente della CVK detiene solo circa il [2-5] % di quote di mercato, autorizzava la Commissione ad affermare, senza commettere un manifesto errore di

valutazione, che la CVK e la ricorrente potevano offrire una gamma di prodotti, secondo la definizione del mercato in questione accolta, che nessuno dei loro concorrenti era in grado di fornire.

252 Infine, quanto alla presenza della ricorrente nel mercato della rivendita all'ingrosso di materiale edile, che la ricorrente non contesta, è consentito dedurre, in mancanza di dimostrazione contraria, che tale presenza permette alla CVK di approfittare della rete di rivendita della sua impresa fondatrice a prescindere, peraltro, dalle dimensioni e dalla posizione nel mercato di tale rete, in particolare se i concorrenti non godono per conto loro di un'integrazione verticale. Interrogata su quest'ultimo punto dal Tribunale, la Commissione, senza essere contraddetta dalla ricorrente, ha dichiarato all'udienza che, in base agli elementi del fascicolo, un unico produttore di mattoni beneficiava di un simile vantaggio. Occorre tuttavia precisare che tale circostanza è priva di significato concreto sotto il profilo della concorrenza, poiché, tenuto conto in particolare della struttura del mercato, i mattoni, che rappresentano soltanto circa il [2-5] % di tutti i materiali utilizzati per la costruzione di pareti portanti nei Paesi Bassi, costituiscono un materiale del tutto secondario nel mercato in questione. Di conseguenza, non può invalidarsi la valutazione della Commissione circa la potenza della rete di rivendita della ricorrente e il trattamento privilegiato da parte della CVK. Comunque, pur ammettendo che tale valutazione sia viziata da errore, tale errore non potrebbe determinare l'annullamento della decisione impugnata, poiché una valutazione del genere è stata fatta unicamente ad abundantiam.

253 Per di più, quanto alle critiche della ricorrente in merito all'insufficienza della motivazione della decisione impugnata, in quanto si discostava dalla conclusione della NMa (v. precedente punto 176), basti ricordare, da un lato, che dalla risposta fornita al primo motivo risulta che le operazioni concluse il 9 agosto 1999 costituivano un'unica operazione di concentrazione rientrante nella competenza esclusiva della Commissione e, dall'altro, che l'esame sopra effettuato in merito ai fattori considerati dalla decisione impugnata ha permesso di verificare che la Commissione non aveva commesso un manifesto errore di valutazione nel rilevare che la CVK occupava una posizione dominante nel mercato in questione. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la Commissione non

era tenuta ad indicare specificamente le ragioni per le quali non condivideva, all'occorrenza, l'asserita diversa valutazione della NMa.

254 Per tutte queste considerazioni, occorre dichiarare che la Commissione ha giustamente ritenuto che la CVK occupasse una posizione dominante nel mercato in questione.

255 Di conseguenza, la prima parte del secondo motivo deve essere respinta.

Sulla seconda parte del secondo motivo, attinente alla mancata dimostrazione di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la creazione della posizione dominante

Argomenti delle parti

256 La ricorrente sostiene, in primo luogo, che quand'anche si ammettesse, come ritiene la Commissione, che l'operazione RAG costituisce un'operazione di concentrazione, tale operazione è distinta dal contratto di pooling, notificato alla NMa, con cui la CVK ha assunto il controllo delle sue imprese associate e palesemente non comporta la creazione di una posizione dominante. Infatti, secondo la ricorrente, l'operazione RAG avrebbe semplicemente comportato una modifica della struttura del controllo della CVK, senza avere effetti sulla situazione di quest'ultima nel mercato.

257 In secondo luogo, la ricorrente afferma che la Commissione non ha dimostrato, contrariamente a quanto le impone l'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione di cui trattasi e

la creazione o il rafforzamento della posizione dominante. Secondo la ricorrente, anche prima dell'operazione RAG, la CVK, come cooperativa olandese, esercitava le sue attività in quanto entità economica unica e adottava le decisioni strategiche riguardanti le imprese associate raggruppate al suo interno che riguardavano non soltanto la commercializzazione dei prodotti in pietra arenaria calcarea, ma anche la determinazione dei prezzi, le condizioni di vendita, la produzione e gli acquisti.

258 Contrariamente a quanto esposto nella decisione impugnata, la ricorrente considera che il fatto che sia più semplice sciogliere i legami economici esistenti in seno ad un'organizzazione consorziale di vendita che quelli esistenti in un'impresa comune polivalente è un elemento che non rileva ai fini di sapere se l'operazione di concentrazione abbia determinato una posizione dominante. La Commissione deve invece, secondo la ricorrente, dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la creazione della posizione dominante. Nella specie, la ricorrente rileva che la decisione impugnata non ha effettuato alcuna analisi delle quote di mercato della CVK né prima né dopo l'operazione RAG. Secondo la ricorrente, se la Commissione avesse proceduto ad un'analisi del genere, questa avrebbe dimostrato che tale operazione non avrebbe avuto alcun effetto sulla quota di mercato della CVK, come si evince dal confronto tra la decisione della NMa del 20 ottobre 1998 e la decisione impugnata.

259 Infine, la ricorrente rileva che le ragioni per le quali, secondo la decisione impugnata, dall'operazione RAG risulta che la quota di mercato detenuta dalla ricorrente nel mercato della rivendita all'ingrosso dei materiali edili per pareti deve essere attribuita alla CVK non sono chiare. A parere della ricorrente, una valutazione analoga avrebbe potuto benissimo essere fatta prima della cessione delle quote sociali. Comunque, la ricorrente ritiene che l'attribuzione alla CVK delle quote di mercato della ricorrente nel mercato della rivendita all'ingrosso dei materiali edili per pareti non possa determinare la creazione di una posizione dominante.

260 In terzo luogo, la ricorrente sostiene che la Commissione non ha fornito gli ulteriori elementi di prova che rivelano che l'operazione RAG sarebbe sfociata nella creazione di una posizione dominante.

261 Innanzi tutto, la ricorrente contesta che dagli aumenti di prezzo della pietra arenaria calcarea, descritti al punto 117 della decisione impugnata, possa risultare la creazione di una posizione dominante. Allo stesso modo in cui si è difesa la CVK all'audizione del 16 maggio 2002, la ricorrente sostiene che tali aumenti di prezzo sono imputabili all'aumento dei costi e dipendono dalle fluttuazioni generali dei prezzi e non dal cambiamento della struttura del mercato ingenerato dall'operazione RAG. Peraltro la ricorrente rileva che i periodi presi in considerazione nella decisione impugnata sono tutti successivi all'operazione RAG, e la Commissione non ha cercato di confrontare i prezzi anteriori e posteriori a tale operazione per accertare l'effetto concreto provocato da tale operazione sui prezzi praticati dalla CVK. Nella sua replica, la ricorrente aggiunge che non sono rilevanti neanche le dichiarazioni dei concorrenti e acquirenti, riportate nella decisione impugnata, secondo le quali il prezzo dei prodotti della CVK sarebbe aumentato in modo anormale a partire dal 1999, in quanto il fascicolo della Commissione cui la ricorrente ha avuto accesso conterrebbe numerose dichiarazioni di operatori di senso opposto.

262 La ricorrente afferma inoltre che le dichiarazioni di operatori e di clienti, richiamate ai punti 119-121 della decisione impugnata, relative al comportamento della CVK, non rivelano nemmeno che l'operazione RAG abbia creato una posizione dominante. Del pari, secondo la ricorrente, le dichiarazioni di operatori riguardanti il comportamento della Haniel, menzionate al punto 120 della decisione impugnata, non sono pertinenti poiché, nonostante riguardino un'azionista di talune società associate alla CVK, si riferiscono a un terzo soggetto estraneo alla posizione dominante. Inoltre, dal momento che l'operazione RAG non ha causato un aumento della quota di mercato della CVK, la ricorrente contesta quanto dichiarato dalla Commissione, e cioè che la CVK, dopo tale operazione, possedeva una maggiore libertà di azione a prescindere dai suoi concorrenti e dai suoi clienti.

263 Infine, la ricorrente considera che anche il riferimento alla procedura antitrust dinanzi alla NMa, di cui al punto 125 della decisione impugnata, non è un elemento rilevante ai fini di sapere se l'operazione RAG abbia determinato la creazione di una posizione dominante. La ricorrente rileva che tale riferimento è, del resto, difficilmente conciliabile con la posizione generale difesa dalla Commissione che ritiene di non essere vincolata dalle decisioni di altre autorità adottate in applicazione di altre normative.

264 Dopo aver ricordato il contenuto delle motivazioni pertinenti della decisione impugnata, la Commissione contesta tutti gli argomenti della ricorrente.

265 In primo luogo, la Commissione considera che, se l'affermazione della ricorrente secondo la quale la CVK esercitava già le sue attività nel mercato in questione come un'entità economica unica prima dell'operazione di concentrazione fosse corretta, ciò priverebbe di efficacia il successivo controllo sull'operazione di concentrazione. Infatti, secondo la Commissione, ciò verrebbe a significare che, ove imprese indipendenti, appartenenti ad un'organizzazione consorziale di vendita, raggruppino le loro attività in seno ad un'impresa comune a pieno titolo, quest'ultima non determinerebbe la creazione di una posizione dominante. La Commissione sostiene che la trasformazione di un'organizzazione consorziale di vendita in un'impresa a pieno titolo rappresenta invece una modifica della situazione di mercato, idonea a creare una posizione dominante e, di conseguenza, dovrebbe, in linea di principio, essere soggetta al controllo sulle operazioni di concentrazione.

266 Nella fattispecie, la Commissione rammenta che, in seguito all'operazione di concentrazione, la CVK ha la guida unica di undici imprese associate per tutto il settore della produzione di pietra arenaria calcarea olandese, così da poter centralizzare tutti i parametri concorrenziali per massimizzare le entrate dell'impresa comune, assumendo nettamente più funzioni di quelle attinenti all'attività di commercializzazione dei prodotti che la CVK esercitava prima dell'operazione di concentrazione. La Commissione rileva del pari che le affermazioni della ricorrente secondo le quali, prima dell'operazione di concentrazione, la CVK riuniva, tra l'altro, le funzioni di produzione e d'acquisto sono imprecise e non sono mai state sostenute nel corso del procedimento amministrativo. Inoltre, la Commissione nota che la ricorrente non spiega perché se, come essa sostiene, la CVK costituiva già un'«entità economica unica» prima dell'operazione di concentrazione, era allora necessario che la ricorrente concludesse un accordo di cooperazione con la Haniel e che le parti avviassero un procedimento di notificazione alla NMa. Secondo la Commissione, la differenza in termini di stabilità tra l'impresa comune e un'organizzazione di vendita è un elemento rilevante che dimostra che il mercato subisce un cambiamento strutturale duraturo.

²⁶⁷ In secondo luogo, per quanto riguarda il nesso di causalità, la Commissione respinge l'argomento della ricorrente secondo cui non avrebbe analizzato le quote di mercato prima e dopo l'operazione RAG. La Commissione rammenta che tale operazione non è distinta dall'operazione di concentrazione e che la CVK non possedeva quote di mercato prima dell'operazione di concentrazione. A questo proposito, la Commissione osserva che la quota di mercato calcolata dalla NMa nella decisione 20 ottobre 1998, cui la ricorrente fa riferimento, rappresentava il totale delle quote delle imprese indipendenti prima della concentrazione. Inoltre, secondo la Commissione, l'attribuzione alla CVK delle quote di mercato della ricorrente nel mercato della rivendita all'ingrosso di materiali edili si spiega con il fatto che la ricorrente, a causa del controllo congiunto esercitato sulla CVK assieme alla Haniel, non può essere considerata un operatore concorrente della CVK.

²⁶⁸ In terzo luogo, quanto agli elementi di «ulteriore prova» necessari a stabilire l'esistenza di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la creazione di una posizione dominante, la Commissione ricorda, in generale, che l'operazione di concentrazione era già stata attuata al momento dell'adozione della decisione impugnata, il che spiega che essa ha potuto effettuare, ai punti 117-121 della decisione impugnata, un'analisi ex post che ha confermato che l'operazione di concentrazione aveva creato una posizione dominante. Per il resto, la Commissione contesta gli altri argomenti dedotti dalla ricorrente.

Giudizio del Tribunale

²⁶⁹ Si deve innanzi tutto rilevare che dall'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89 deriva che, allorché un'operazione di concentrazione non provochi la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante che ostacoli in modo significativo la situazione concorrenziale sul mercato in questione, essa va dichiarata compatibile con il mercato comune (sentenza Kali e Salz, punto 196 supra, punti 109 e 110).

270 Nella fattispecie, si deve dunque verificare se l'operazione di concentrazione realizzata il 9 agosto 1999 sia la causa della posizione dominante analizzata nella prima parte del motivo in esame. Infatti, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, il controllo del Tribunale non può vertere solamente sul legame tra la posizione dominante della CVK e l'operazione RAG, poiché, come è stato dichiarato nell'ambito dell'esame della seconda parte del primo motivo, il primo e il secondo gruppo di operazioni, di cui al precedente punto 8, presentano un carattere unitario in ragione della loro interdipendenza, cosicché formano una sola operazione di concentrazione. Occorre inoltre sottolineare che, dal momento che l'analisi della prima parte del motivo in esame ha portato il Tribunale a rilevare l'esistenza di una posizione dominante della CVK nel mercato in questione, si potrebbe logicamente negare il nesso di causalità tra la creazione di tale posizione dominante e l'operazione di concentrazione, come afferma la ricorrente, solo se prima della realizzazione dell'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999 esisteva già un'eventuale posizione dominante.

271 Si deve poi ricordare che, ai punti 110-115 della decisione impugnata, la Commissione ha escluso l'esistenza sia di una posizione dominante individuale della CVK sia di una posizione dominante collettiva dei tre gruppi di produttori di pietra arenaria calcarea, ossia i produttori dei quali la ricorrente aveva il controllo, quelli interamente controllati dalla Haniel e quelli di cui la RAG deteneva talune quote sociali, prima dell'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999, precisando le quote di mercato di tali tre gruppi nel mercato in questione. Inoltre occorre sottolineare anche che, ai punti 116-125 della decisione impugnata, la Commissione ha individuato determinati elementi che confermano il nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la posizione dominante della CVK.

272 In primo luogo, per quanto riguarda le affermazioni della ricorrente circa l'asserita posizione dominante individuale della CVK prima dell'operazione di concentrazione, va respinto quanto essa desume, da un lato, dal fatto che nella decisione impugnata manca un'analisi delle quote di mercato della CVK prima dell'operazione di concentrazione e, dall'altro, dal fatto che la Commissione rifiuta, in particolare ai punti 113 e 114 della decisione impugnata, di considerare la CVK come un'entità economica indipendente prima dell'operazione di concentrazione.

273 Sul primo punto, basti rilevare che la citata mancata analisi si spiega con la circostanza che il problema dell'imputazione di quote di mercato alla CVK è condizionata dal problema posto dal secondo punto, cioè se, prima dell'operazione di concentrazione, tale entità dovesse essere considerata un'impresa a pieno titolo ai sensi del regolamento n. 4064/89 e non soltanto uno strumento di collaborazione tra i suoi associati per la commercializzazione della pietra arenaria calcarea nei Paesi Bassi; in questo caso le quote di mercato devono essere imputate ai gruppi cui appartenevano le imprese associate alla CVK.

274 Quanto al secondo punto, si deve rammentare che, come precisato dal contratto di pooling concluso il 9 agosto 1999, le «parti formano un'entità economica, sotto la guida della CVK, che ha come scopo la produzione e la commercializzazione dei prodotti di pietra arenaria calcarea e di tutto quanto può contribuirvi in senso ampio» (punto B del contratto di pooling). Dall'art. 1 di tale contratto risulta che la gestione è centralizzata a livello della CVK sotto la guida del consiglio d'amministrazione, il quale s'incarica «dell'amministrazione della CVK e delle fabbriche, nel senso che, per quanto riguarda la totalità della produzione e della commercializzazione della (...) pietra arenaria calcarea e di tutto quanto può contribuirvi in senso ampio, il consiglio d'amministrazione è incaricato della direzione centrale della CVK e delle fabbriche, in base al proprio giudizio, tenendo conto degli interessi della CVK e dei suoi associati». Secondo la stessa disposizione, i compiti del consiglio d'amministrazione includono eventuali istruzioni alle imprese associate alla CVK riguardanti, in particolare, lo sviluppo dei prodotti, la commercializzazione e la vendita, gli acquisti, gli investimenti e i disinvestimenti, le commesse, la valorizzazione della sabbia e il personale. Inoltre, in base ai suoi artt. 5 e 6, i profitti e le perdite delle imprese associate sono condivisi.

275 Dal fascicolo non risulta invece che una simile unità economica esistesse prima dell'operazione del 9 agosto 1999. Infatti, prima dell'operazione di concentrazione, la CVK esisteva come organizzazione consorziale di vendita dei prodotti in pietra arenaria calcarea delle imprese associate alla CVK nei Paesi Bassi, la quale, peraltro, non esercitava nessun'altra funzione economica. Prima dell'operazione di concentrazione, la Commissione poteva dunque assimilare la CVK ad uno sportello di

vendita per i suoi associati. Nonostante la ricorrente affermi, nella sua replica, che la CVK a quell'epoca esercitava anche funzioni relative alla produzione della pietra arenaria calcarea, tuttavia essa non ha dimostrato che fosse effettivamente così.

276 È vero che, in via generale, non è escluso che un'organizzazione consorziale di vendita possa eventualmente rivestire il carattere di un'impresa a pieno titolo se, al suo livello, i prodotti e servizi che essa distribuisce acquisiscono un forte valore aggiunto o se essa opera come un vero attore del mercato rifornendosi, in quantità notevole, presso altri fornitori in concorrenza con le proprie imprese associate.

277 Tuttavia, ciò non è quanto sostenuto nella fattispecie dalla ricorrente.

278 La ricorrente contesta, infatti, solamente il carattere meno duraturo dell'organizzazione consorziale di vendita, considerato al punto 114 della decisione impugnata, rispetto ad un'impresa comune cosiddetta «a pieno titolo». A questo proposito è sufficiente rilevare che la valutazione di cui al citato punto 114, introdotta dalla locuzione avverbiale «[i]noltre», è formulata solo ad abundantiam. Per il resto, la ricorrente ha ommesso di contestare la valutazione della Commissione secondo cui grazie all'operazione di concentrazione la CVK era divenuta un'impresa a pieno titolo che esercitava diverse funzioni proprie delle imprese precedentemente distinte, facendo sì che le quote di mercato venissero imputate a tale nuova entità e condizionando di conseguenza la sua eventuale posizione dominante nel mercato in questione.

279 In secondo luogo, per quanto riguarda l'inesistenza di una posizione dominante collettiva dei tre gruppi di produttori di pietra arenaria calcarea, basta rilevare che la ricorrente non ha affermato che i tre gruppi occupavano una posizione del genere. Si

deve aggiungere che nessuno degli elementi del fascicolo, in particolare le quote di mercato attribuite ai tre gruppi prima dell'operazione di concentrazione, cioè rispettivamente il [20-30] % alla Haniel e alla ricorrente e il [5-10] % alla RAG, può di per sé portare alla conclusione che esistesse una posizione dominante collettiva prima dell'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999.

280 In terzo luogo, quanto agli elementi che confermano l'esistenza di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999 e la posizione dominante della CVK, il Tribunale dichiara che, sebbene la Commissione possa tenere conto di siffatti elementi in una situazione, come quella del caso di specie, in cui l'operazione di concentrazione è già stata realizzata al momento dell'adozione della decisione impugnata, elementi del genere non sono, per definizione, strettamente necessari alla constatazione criticata dalla ricorrente secondo cui la posizione dominante della CVK risulta dall'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999. Ne consegue che, anche ove si ritenessero fondati gli argomenti della ricorrente, questi non potrebbero avere l'effetto di invalidare la valutazione che risulta dai precedenti punti.

281 Comunque, per quanto riguarda in particolare l'analisi, esposta al punto 117 della decisione impugnata, relativa al comportamento della CVK in materia di prezzi dopo l'operazione di concentrazione, si deve rilevare che la ricorrente non ha dimostrato, sulla scorta di precisi indizi concordanti, che tale analisi era manifestamente errata.

282 Più precisamente, la ricorrente, in primo luogo, non ha contestato né il fatto che la CVK ha praticato aumenti di prezzo dopo l'operazione di concentrazione ([5-10] % nel 2001 e [5-10] % nel 2002) né quanto precisato dalla Commissione nelle sue memorie scritte, e cioè che le sue informazioni relative all'evoluzione dei prezzi dopo il 1997 si basavano su un'indagine metodologica condotta presso tutti i produttori e i diciotto rivenditori di materiali da costruzione per pareti, che spiegava che il livello d'aumento dei prezzi per gli anni 1999 e 2000 (0-5 %) era un esempio che rispecchiava il periodo anteriore alla data in cui gli effetti concreti dell'operazione di concentrazione si sono fatti sentire sul mercato. La ricorrente non ha contestato neanche le eccedenze della capacità produttiva del segmento della

pietra arenaria calcarea, né che la domanda di materiali edili per pareti è alquanto diminuita nel periodo di riferimento considerato dalla Commissione. Ciò premesso, l'affermazione indimostrata della ricorrente secondo la quale l'aumento dei prezzi sarebbe stato unicamente dovuto all'aumento dei costi di produzione e all'evoluzione del livello generale dei prezzi sembra poco realistica dal momento che, dopo la realizzazione dell'operazione di concentrazione, sarebbe stato più verosimile che una flessione della domanda e l'esistenza di eccedenze della capacità produttiva determinassero la diminuzione o, almeno, la stabilità dei prezzi della pietra arenaria calcarea.

283 A tale proposito, le critiche della ricorrente circa la pertinenza delle dichiarazioni raccolte dalla Commissione presso gli operatori del mercato quanto al livello — stabile o decrescente — dei prezzi di altri materiali da costruzione tra il 1999 e il 2002 non possono essere accolte. Infatti, dalla dichiarazione del mese di febbraio 2002 del rivenditore Stenncentrum Utrecht, contenuta nel fascicolo della Commissione e richiamata dalla ricorrente nelle sue memorie scritte a sostegno della sua tesi secondo cui i prezzi della pietra arenaria calcarea praticati dalla CVK non sarebbero aumentati e che, al contrario, i prezzi degli altri materiali edili sarebbero aumentati, risulta in particolare che «i prezzi praticati da taluni produttori di mattoni erano scesi del [20-30] % tenuto conto dei meccanismi di mercato», che «la stessa cosa si era verificata nel settore del cemento preconfezionato», mentre «la CVK, unico fornitore di pietra arenaria calcarea, non riscontrava questo handicap e aveva aumentato i prezzi in maniera significativa nel 2001 e nel 2002». Tale dichiarazione dunque non suffraga, quantomeno, le asserzioni della ricorrente.

284 Inoltre, la ricorrente non ha neanche chiarito perché fossero errate le spiegazioni della Raab Karcher, fornite in occasione dell'audizione davanti alla Commissione il 16 maggio 2002, secondo cui, prima dell'operazione di concentrazione, in taluni casi era ancora possibile avviare trattative di prezzo con i singoli stabilimenti di pietra arenaria calcarea, mentre, dopo l'operazione, tali imprese rifiutavano di tenere colloqui diretti con i clienti e li indirizzavano alla CVK.

285 Ne consegue che la valutazione della Commissione relativa al comportamento della CVK in materia di prezzi dopo la realizzazione dell'operazione di concentrazione conferma a sufficienza la creazione di una posizione dominante da parte dell'operazione di concentrazione di cui trattasi, atta a permettere a tale impresa di agire, in larga misura, indipendentemente dai suoi concorrenti e dai suoi clienti. Non è pertanto necessario esaminare le altre censure della ricorrente.

286 Date tali circostanze, la Commissione non ha disatteso l'art. 2 del regolamento n. 4064/89, quando ha dichiarato, al punto 126 della decisione impugnata, che l'operazione di concentrazione di cui trattasi aveva determinato la creazione di una posizione dominante della CVK nel mercato in questione in grado di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso.

287 La seconda parte del secondo motivo deve pertanto essere respinta così come l'intero motivo.

3. Sul terzo motivo, attinente alla violazione dell'art. 3 e dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 nonché del principio di proporzionalità

Argomenti delle parti

288 La ricorrente sostiene, innanzi tutto, che la Commissione non aveva la competenza a richiedere impegni ulteriori, in base al regolamento n. 4064/89, rispetto alla bozza d'impegno proposta dalla Haniel e dalla ricorrente, che doveva metter fine al controllo congiunto che tali imprese esercitavano sulla CVK, consentendo nuovi cambiamenti di coalizioni in seno alla CVK, dato che, con tale bozza, la concentrazione che doveva essere notificata ai sensi del regolamento n. 4064/89

cessava di esistere. Secondo la ricorrente, dopo la bozza d'impegno, la Commissione, non trovandosi più di fronte una concentrazione, ai sensi del regolamento n. 4064/89, non poteva più pretendere, in base a tale regolamento, ulteriori impegni diretti a smantellare la CVK, come risulta dalla decisione impugnata. Nella sua replica, la ricorrente precisa che tale regola si applica anche nel caso di una concentrazione che è già stata realizzata, come nella fattispecie. La ricorrente sottolinea altresì che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, è inconferente il fatto che, malgrado i primi impegni, la CVK occupi ancora una posizione dominante nel mercato in questione. Infatti, secondo la ricorrente, il regolamento n. 4064/89 impone di adottare decisioni giuridicamente vincolanti solo per quanto riguarda operazioni di concentrazione di dimensioni comunitarie e non autorizza la Commissione a disporre misure dirette allo smantellamento di ogni impresa che si asserisce occupare una posizione dominante. Di conseguenza, a parere della ricorrente, avendo richiesto ulteriori impegni rispetto alla bozza iniziale, la Commissione ha ecceduto la sua competenza, in violazione dell'art. 3 e dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89.

289 In secondo luogo, la ricorrente considera che, avendo richiesto impegni diretti allo scioglimento della CVK, che vanno oltre il ripristino della situazione esistente prima dell'operazione di concentrazione, la Commissione ha violato anche il principio di proporzionalità. Secondo la ricorrente, qualora degli impegni soddisfino i presupposti previsti dal regolamento n. 4064/89, la Commissione è tenuta ad accettare la serie meno restrittiva di impegni proposti; ma di ciò non è stato tenuto conto nella fattispecie.

290 Quanto al problema della sua competenza, la Commissione ammette innanzi tutto che, qualora delle parti, che le hanno notificato un'operazione di concentrazione, decidano di non proseguire tale operazione e ritirino la notificazione, essa non deve insistere sull'assunzione di impegni.

291 Tuttavia, nel caso di specie, secondo la Commissione la situazione è diversa, perché l'operazione in questione è già stata realizzata. In un caso del genere, la Commissione ritiene di dover agire in base all'art. 8, n. 4, del regolamento

n. 4064/89 per sciogliere la concentrazione o ristabilire una concorrenza effettiva con altre azioni adeguate. La Commissione ricorda altresì che, nella fattispecie, l'operazione di concentrazione si compone di due operazioni. A parere della Commissione, l'abbandono del controllo congiunto della Haniel e della ricorrente sulla CVK non basterebbe a ristabilire condizioni di concorrenza effettiva, poiché la CVK continuerebbe ad occupare una posizione dominante sul mercato in questione. Orbene, ove le parti assumessero l'impegno di eliminare il controllo congiunto, la Commissione, a suo avviso, non perderebbe per questo la propria competenza ad esaminare l'operazione in base al regolamento n. 4064/89. Infatti, secondo tale istituzione, la sua competenza è unicamente determinata dall'operazione all'origine dell'obbligo di notificazione, e non dalla presentazione di una proposta d'impegno. La Commissione ne conclude che, a condizione che fossero rispettati gli impegni indicati nell'allegato della decisione impugnata, essa era tenuta a dichiarare l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89.

292 Quanto alla pretesa violazione del principio di proporzionalità, la Commissione considera di aver pienamente rispettato il detto principio. Secondo la Commissione, la prima serie di impegni semplicemente non le consentiva di garantire una concorrenza effettiva nel mercato comune, in quanto la CVK avrebbe sempre occupato una posizione dominante nel mercato in questione. Solamente la seconda serie di impegni avrebbe rimediato a tale situazione.

Giudizio del Tribunale

293 In via preliminare, si deve innanzi tutto rammentare che l'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 dispone quanto segue:

«Se la Commissione accerta che un'operazione di concentrazione notificata, se del caso, dopo che le imprese interessate vi abbiano apportato modifiche, soddisfa al criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, essa, mediante decisione, dichiara l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune.

La decisione può essere subordinata a condizioni e obblighi destinati a garantire che le imprese interessate adempiano gli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune (...)».

294 Occorre altresì sottolineare che, nell'ambito del regolamento n. 4064/89, la Commissione può accettare solamente impegni atti a rendere l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune. In altre parole, gli impegni proposti dalle imprese interessate devono consentire alla Commissione di concludere che l'operazione di concentrazione di cui trattasi non creerebbe o non rafforzerebbe una posizione dominante ai sensi dell'art. 2, n. 2, di tale regolamento (sentenza Gencor/Commissione, punto 195 supra, punto 318).

295 Inoltre, nella fattispecie, risulta dal punto 127 della decisione impugnata e dal punto 13 del suo allegato che la Commissione ha rifiutato, in un primo tempo, una bozza d'impegno che prevedeva che la Haniel e la ricorrente risolvessero il contratto di collaborazione e vendessero a un terzo acquirente indipendente le partecipazioni acquisite in seguito all'operazione RAG nelle imprese Anker, Vogelenzang e Van Herwaarden, mantenendo il contratto di pooling e lo statuto della CVK.

296 Al punto 132 della decisione impugnata, la Commissione ha così motivato tale rifiuto:

«Gli impegni, di cui le parti hanno proposto l'assunzione nella bozza, a parere della Commissione, non sono sufficienti ad ovviare alle obiezioni avanzate per quanto riguarda il mercato [in questione]. La proposta si limita infatti ad eliminare il controllo congiunto di Haniel e Cementbouw su CVK, senza eliminare contemporaneamente la posizione dominante di mercato di CVK, generata dalla concentrazione. La bozza si basa sull'ipotesi, infondata come esposto alla sezione II della presente decisione, che solo l'assunzione del controllo congiunto da parte di Haniel

e Cementbouw su CVK costituisca oggetto della verifica della Commissione nel presente procedimento e che, in virtù della decisione della NMa del 20 ottobre 1998, la contemporanea acquisizione del controllo da parte di CVK sulle imprese associate sia sottratta alla competenza della Commissione».

²⁹⁷ La Commissione ha tuttavia accettato gli impegni definitivi descritti ai punti 129-131 della decisione impugnata, ritenendo che fossero sufficienti per poter dichiarare la concentrazione compatibile con il mercato comune.

²⁹⁸ Il contenuto di tali impegni è il seguente:

- entro un periodo di [*riservato*] dall'adozione della decisione impugnata, rescissione del contratto di pooling, annullamento della modifica dello statuto della CVK e scioglimento della stessa;
- rescissione del contratto di collaborazione con effetto immediato;
- contestualmente alla rescissione del contratto di pooling, impegno della ricorrente e della Haniel a cessare il controllo congiunto sulle imprese Anker e Van Herwaarden, secondo le modalità descritte al punto 129 della decisione impugnata;
- impegno della ricorrente e della Haniel a cessare il controllo congiunto sulla Vogelenzang con le stesse modalità previste per l'Anker e la Van Herwaarden, qualora la Vogelenzang riprendesse la produzione;

- impegno della ricorrente e della Haniel a [dichiarazione sull'organizzazione interna della CVK]³;
- nomina di un fiduciario, incaricato di sorvegliare il rispetto degli impegni assunti dalle parti.

²⁹⁹ Senza contestare che le parti notificanti siano state in grado di proporre le misure correttive adeguate per ovviare ai «problemi sotto il profilo della concorrenza» individuati dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti, la ricorrente sostiene, in sostanza, che, poiché solamente il secondo gruppo di operazioni doveva essere notificato alla Commissione in applicazione del regolamento n. 4064/89, la prima bozza d'impegno, che prevedeva l'annullamento del secondo gruppo di operazioni ripristinando la situazione antecedente all'operazione di concentrazione, come intesa dalla ricorrente, modifica l'operazione in modo tale da cancellarla. Date queste circostanze, la ricorrente sostiene che la Commissione non era più competente a richiedere alle parti di proporre altri impegni, in particolare lo scioglimento della CVK, dal momento che era venuto a mancare il fondamento della sua competenza in base al regolamento n. 4064/89. Corrispettivamente, la ricorrente sostiene che la Commissione aveva l'obbligo di accettare la prima bozza di impegni, poiché era sufficiente e meno restrittiva degli impegni definitivi. La ricorrente ritiene dunque che la Commissione abbia violato il principio di proporzionalità.

³⁰⁰ Tale argomento va però respinto.

³⁰¹ In primo luogo, occorre rilevare che le pretese della ricorrente si fondano ancora una volta su una premessa sbagliata, respinta dal Tribunale nell'ambito dell'esame della seconda parte del primo motivo. Infatti, esiste un'unica operazione di

³ — Dati riservati secretati.

concentrazione, conclusa il 9 agosto 1999, costituita dal primo e dal secondo gruppo di operazioni, che rientra nella competenza della Commissione ai sensi del regolamento n. 4064/89. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la prima bozza di impegno non modifica l'operazione di concentrazione in modo tale da cancellarla.

302 L'argomento relativo all'incompetenza della Commissione deve pertanto essere respinto.

303 In secondo luogo, una conclusione identica si impone quanto alla censura attinente al carattere asseritamente proporzionato della prima bozza d'impegni e sproporzionato degli impegni definitivi accettati dalla Commissione, in particolare quello dello scioglimento della CVK entro un termine di [*riservato*] dall'adozione della decisione impugnata, dal quale dipende la dichiarazione di compatibilità.

304 Da un lato, occorre rilevare che la ricorrente non ha spiegato in che modo la prima bozza d'impegno, illustrata al precedente punto 295, avrebbe consentito alla Commissione di dichiarare la compatibilità dell'operazione di concentrazione, mentre è pacifico che, nell'ambito di tale bozza di impegni, la posizione dominante della CVK, come risulta dall'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999, sarebbe rimasta immutata. Infatti, in particolare, malgrado l'abbandono del controllo congiunto della CVK, l'impresa avrebbe continuato, secondo la definizione del mercato, a detenere almeno il [50-60] % del mercato in questione, senza che, peraltro, aumentassero le quote di mercato dei suoi principali concorrenti.

305 Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la Commissione non era quindi tenuta ad accettare la prima bozza d'impegno, in applicazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, poiché tale bozza non le consentiva di dichiarare che l'operazione di concentrazione del 9 agosto 1999 non avrebbe creato una posizione dominante, ai sensi dell'art. 2, n. 2, di tale regolamento.

- 306 Tale valutazione è peraltro confortata dalla lettera del punto 8 del regolamento (CE) n. 1310/97, citato dalla ricorrente nelle sue memorie scritte, ai termini del quale «la Commissione ha facoltà di dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune nella seconda fase della procedura, a seguito di impegni delle parti che siano proporzionali al problema sotto il profilo della concorrenza e lo risolvano interamente (...)».
- 307 Quindi, per poter essere accettati dalla Commissione nell'ottica dell'adozione di una decisione ex art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, gli impegni delle parti devono non soltanto essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza individuato dalla Commissione nella sua decisione, ma risolverlo interamente, obiettivo che, nella fattispecie, la prima bozza d'impegno proposta dalle parti notificanti palesemente non conseguiva.
- 308 Dall'altro lato, quanto all'impegno definitivo con cui le parti hanno proposto di sciogliere la CVK entro un termine di *[riservato]* dall'adozione della decisione impugnata — il solo impegno veramente dibattuto dalle parti nel presente procedimento —, se è vero che esso eccede il ripristino della situazione precedente l'operazione di concentrazione, poiché, alla scadenza del detto termine, la CVK avrebbe cessato di esistere anche nella sua forma anteriore di sportello di vendita, resta il fatto che le parti notificanti non sono obbligate a limitarsi a proporre impegni strettamente diretti a ristabilire la situazione di concorrenza precedente all'operazione di concentrazione, affinché la Commissione possa dichiarare tale operazione compatibile con il mercato comune. Infatti, ai sensi dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, la Commissione può accettare tutti gli impegni delle parti che le consentano di adottare una decisione che dichiari la concentrazione compatibile con il mercato comune.
- 309 Occorre del resto rimarcare che, di fronte a impegni definitivi delle parti notificanti, riassunti al precedente punto 298, la Commissione non aveva la facoltà di rifiutarli e di adottare o una decisione che dichiarava la concentrazione incompatibile con il mercato comune, ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 4064/89, o una decisione che dichiarava la concentrazione compatibile con il mercato comune, ai

sensi dell'art. 8, n. 2, di tale regolamento, ma corredata da condizioni dirette al ripristino della situazione precedente all'operazione di concentrazione, che essa avrebbe imposto unilateralmente.

310 Infatti, nel primo caso — quello dell'adozione di una decisione negativa — la Commissione avrebbe disatteso quanto disposto dall'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, che la obbliga ad adottare una decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune se accerta che tale operazione, se del caso dopo che le imprese interessate vi abbiano apportato modifiche, soddisfa al criterio di cui all'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89.

311 Nel secondo caso — quello di una decisione positiva corredata da condizioni dirette strettamente a ripristinare la situazione anteriore — la Commissione sarebbe ugualmente andata contro il dettato dell'art. 8, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89, il quale non prevede che la Commissione possa far dipendere la sua dichiarazione di compatibilità di un'operazione di concentrazione da condizioni da essa unilateralmente imposte, a prescindere dagli impegni assunti dalle parti notificanti.

312 Ciò premesso, la ricorrente non può utilmente far valere il fatto che è stato disatteso il principio di proporzionalità. Considerate le circostanze della fattispecie, soltanto gli impegni definitivi sottoscritti dalle parti notificanti potevano consentire alla Commissione di dichiarare l'operazione di concentrazione di cui trattasi compatibile con il mercato comune, in applicazione dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89.

313 Tale conclusione non è invalidata dall'affermazione della ricorrente secondo cui le parti notificanti sarebbero state arbitrariamente costrette dalla Commissione a proporre l'impegno di sciogliere la CVK entro il termine di *[riservato]* dall'adozione della decisione impugnata.

- 314 Vero è che, leggendo la comunicazione degli addebiti e la relativa risposta della ricorrente, va ammesso che la Commissione ha potuto esercitare una certa influenza sul contenuto degli impegni proposti dalle parti e che alla fine ha accettato nella decisione impugnata. Infatti, nella comunicazione degli addebiti la Commissione faceva presente di essere disposta, in applicazione dell'art. 8, n. 4, del regolamento n. 4064/89, ad adottare misure atte a ripristinare una concorrenza effettiva, tra cui lo scioglimento della CVK, qualora le parti non avessero proposto misure correttive.
- 315 È altrettanto vero che, per quanto riguarda la Haniel, la proposta di sciogliere la CVK poteva essere motivata dal fatto che così avrebbe potuto acquisire partecipazioni nell'impresa Ytong Netherlands, attiva nella produzione di cemento cellulare, secondo i punti 141, 142 e 151 della decisione della Commissione 9 aprile 2002, 2003/292/CE, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/M.2568 — Haniel/Ytong) (GU 2003, L 111, pag. 1).
- 316 Tuttavia, è pacifico che, come esposto al punto 138 della decisione impugnata, le parti hanno sottoscritto l'impegno di sciogliere la CVK entro il citato termine «perché riten[evano] che in caso di rescissione del contratto di pooling non era concepibile che la CVK continuasse ad esistere come organizzazione consorziale di vendita».
- 317 Inoltre, la decisione della Commissione 9 aprile 2002 (v. precedente punto 315), che riguarda soltanto la Haniel, non impone alcuna particolare modalità circa la futura struttura della CVK, affinché venga rimossa la condizione relativa all'alienazione delle partecipazioni della Haniel nella Ytong Netherlands. Infatti, tale decisione dichiara che l'impegno di vendita sottoscritto dalla Haniel si intenderebbe superfluo qualora la CVK venisse posta in liquidazione o nessuna delle imprese, nelle quali Haniel partecipa direttamente o indirettamente, facesse più parte della CVK (punto 142). Il punto 151 della decisione 9 aprile 2002 aggiunge che il citato impegno si intenderebbe superfluo anche qualora la CVK venisse posta in

liquidazione. Ad ogni modo, dalle motivazioni di tale decisione non si può dedurre che quest'ultima abbia potuto costringere la ricorrente a proporre gli impegni definitivi citati nella controversia in esame, giacché la decisione 9 aprile 2002 non riguardava la ricorrente.

318 Infine, la ricorrente non spiega in che modo il termine di [*riservato*] per sciogliere la CVK a decorrere dall'adozione della decisione impugnata, accettato dalla Commissione tenuto conto delle circostanze eccezionali del caso di specie, sarebbe stato proposto sotto l'arbitraria costrizione della Commissione e sarebbe sproporzionato.

319 Pertanto, si deve necessariamente rilevare che non è stato dimostrato che le parti notificanti siano state arbitrariamente costrette dalla Commissione a proporre la misura correttiva consistente nello scioglimento della CVK entro un termine di [*riservato*] dall'adozione della decisione impugnata. Dagli elementi del fascicolo non si evince neppure che le dette parti siano state arbitrariamente obbligate a proporre le altre misure correttive di cui ai loro impegni definitivi, che hanno lo scopo di ristabilire una concorrenza effettiva.

320 Ciò premesso, e dato il fatto che la ricorrente non sostiene che la Commissione avrebbe commesso un manifesto errore di valutazione nel considerare che gli impegni definitivi proposti dalle parti, compreso quello di sciogliere la CVK entro un termine di [*riservato*] dall'adozione della decisione impugnata, consentivano di ristabilire una concorrenza effettiva, occorre considerare che la Commissione è giustamente pervenuta alla conclusione che in base a tali impegni, purché rispettati dalle parti, poteva dichiarare l'operazione di concentrazione di cui trattasi compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE.

321 Ne consegue che il terzo motivo dev'essere respinto, così come l'intero ricorso.

Sulle spese

³²² Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La ricorrente, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese, conformemente alle conclusioni della Commissione.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Quarta Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.**
- 2) La ricorrente è condannata alle spese.**

Legal

Lindh

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 23 febbraio 2006.

Il cancelliere

Il presidente

E. Coulon

H. Legal

Indice

Antefatti della controversia	II - 332
Procedimento e conclusioni delle parti	II - 336
In diritto	II - 338
1. Sul primo motivo, relativo all'incompetenza della Commissione ad esaminare le operazioni in questione in virtù dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89	II - 338
Sulla prima parte del primo motivo, vertente sull'incompetenza della Commissione ad esaminare l'operazione RAG a causa dell'assenza di una modifica del controllo della CVK	
	II - 339
Argomenti delle parti	II - 339
Giudizio del Tribunale	II - 344
— Osservazioni preliminari	II - 344
— Sulle affermazioni della ricorrente relative all'esistenza di un controllo congiunto della CVK prima della conclusione del secondo gruppo di operazioni	II - 350
— Sull'assunzione del controllo congiunto della CVK da parte della Haniel e della ricorrente al momento della conclusione del secondo gruppo di operazioni	II - 356
— Sull'insufficienza della motivazione addotta	II - 361
Sulla seconda parte del primo motivo, relativa all'incompetenza della Commissione a qualificare come un'unica concentrazione due operazioni e all'inesistenza, nella fattispecie, di un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89	
	II - 363
Argomenti delle parti	II - 363
Giudizio del Tribunale	II - 366
— Sulla possibilità che la Commissione qualifichi diverse operazioni come un'unica concentrazione, in applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89	II - 367
— Sull'interdipendenza delle operazioni concluse il 9 agosto 1999 ...	II - 373

Sulla terza parte del primo motivo, vertente sull'incompetenza della Commissione ad esaminare l'assunzione del controllo da parte della CVK sulle imprese ad essa associate, stante l'autorizzazione della medesima da parte della NMa	II - 382
Argomenti delle parti	II - 382
Giudizio del Tribunale	II - 383
2. Sul secondo motivo, relativo ad errori di valutazione della Commissione relativi alla creazione di una posizione dominante mediante l'operazione di concentrazione, in violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89	II - 386
Sulla prima parte del secondo motivo, vertente su errori di valutazione della Commissione per quanto riguarda l'esistenza di una posizione dominante della CVK	II - 386
Argomenti delle parti	II - 386
Giudizio del Tribunale	II - 395
— Osservazioni preliminari	II - 395
— Sul fattore attinente all'assenza di una pressione concorrenziale forte sulla CVK da parte dei produttori di calcestruzzo gettato in opera	II - 400
— Sul fattore relativo alla presenza di notevoli limitazioni all'accesso al mercato	II - 404
— Sul fattore relativo all'assenza di potere di domanda da parte dei clienti della CVK	II - 409
— Sul fattore attinente all'assenza di limitazioni alla libertà di manovra della CVK nel mercato dei materiali da costruzione per pareti portanti da parte della situazione concorrenziale esistente nel mercato affine dei materiali da costruzione per pareti non portanti	II - 414
— Sul fattore attinente all'esistenza di un legame strutturale tra la CVK e la ricorrente che consente loro, a livello sia dell'offerta sia della rivendita dei materiali da costruzione per pareti portanti, di godere di una libertà di manovra notevolmente più ampia rispetto ai loro concorrenti	II - 417
	II - 443

Sulla seconda parte del secondo motivo, attinente alla mancata dimostrazione di un nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e la creazione della posizione dominante	II - 420
Argomenti delle parti	II - 420
Giudizio del Tribunale	II - 424
3. Sul terzo motivo, attinente alla violazione dell'art. 3 e dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 nonché del principio di proporzionalità	II - 430
Argomenti delle parti	II - 430
Giudizio del Tribunale	II - 432
Sulle spese	II - 441