



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6231/2004 proposto da Mediobanca – Banca di
Credito Finanziario s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Franco Gaetano Scoca e Antonio
Lirosi, elettivamente domiciliata in Roma, alla via Paisiello, n. 55;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del
Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,
presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

e nei confronti di

The Liverpool Limited Partnership, in persona del legale rappresentante
p.t.;

per l'annullamento e/o riforma

delle sentenze del T.a.r. Lazio, Sezione I, n. 1631 del 20 febbraio 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

N. 4448/09

Reg.Dec.

N. 6231 Reg.Ric.

ANNO 2004

Disp.vo n. 441/2009

Acc

Sc

M

Visto l'art. 23 bis l. n. 1034/1971;

Relatore alla pubblica udienza del 12 maggio 2009, il Consigliere Roberto Giovagnoli; uditi gli avv.ti Scoca, Lirosi e l'avv. dello Stato Arena;

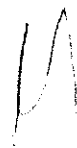
FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con ricorso innanzi al T.a.r. del Lazio, Mediobanca ha impugnato il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato del 10 ottobre 2002, con il quale è stato disposto l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990, nei confronti delle società SAI, Mediobanca, Premafin Finanziaria e La Fondiaria Assicurazioni, per una operazione di concentrazione asseritamente diversa da quella segnata in data 6 agosto 2002, nonché tutti gli atti comunque connessi, ivi compresi gli atti del procedimento avviato con deliberazione AGCM del 3 settembre 2002.

Con successivi motivi aggiunti, Mediobanca ha poi impugnato il provvedimento del 17 dicembre 2002, con il quale è stata disposta, nei confronti delle società succitate, la chiusura dell'istruttoria avviata con il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo per una operazione di concentrazione asseritamente diversa da quella segnalata.

In particolare, con l'ultimo provvedimento citato, l'Autorità riteneva *“di autorizzare l'operazione di concentrazione oggetto del presente procedimento a condizione che le parti diano piena ed effettiva attuazione alle seguenti misure, adottate ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. n. 287/1990:*

a) con riferimento alla partecipazione di Fondiaria-Sai in Generali, le parti non effettuino alcuna operazione per effetto della quale la quota dei diritti di voto complessivamente detenuti a qualunque titolo nelle assemblee




ordinarie di Generali ecceda, in ogni momento, il 2,43% del capitale ordinario complessivo di Generali. Dal predetto impegno resta escluso l'acquisto di n. 3.500.000 azioni ordinarie di Generali (pari allo 0,274% del capitale ordinario complessivo) che potrà avere luogo in caso di esercizio da parte del beneficiario dell'opzione di vendita a suo tempo concessa da Fondiaria e da società da questa controllate;

b) Fondiaria-Sai non partecipi, neppure ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, alle assemblee ordinarie di Generali per l'intera partecipazione detenuta pari al 2,43% del capitale ordinario, eventualmente incrementata al 2,704%, in seguito all'esercizio dell'opzione di cui alla lettera a);

c) Mediobanca si astenga dall'esercitare il diritto di voto nelle assemblee ordinarie di Generali relativamente ad una propria partecipazione del 2%. Ai fini del rispetto della presente misura Mediobanca non esprima nelle stesse assemblee ordinarie di Generali voti in virtù di delega conferita da altri soggetti;

d) le misure di cui alle lettere a), b) e c) hanno efficacia fino al momento in cui, a giudizio dell'Autorità, permane il controllo di Mediobanca su Fondiaria-Sai

e) le parti trasmettano all'Autorità una prima relazione in merito all'esecuzione delle presenti misure entro 120 giorni decorrenti dalla data della presente delibera e successivamente inviino tempestivamente e con regolarità i verbali, completi di allegati, delle assemblee ordinarie di Generali e Fondiaria-Sai".



3. Con la sentenza n. 1631 del 2004, il T.a.r. Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'atto di avvio dell'istruttoria (ritenuto non immediatamente lesivo e, quindi, non autonomamente impugnabile) ed ha respinto, ritenendoli infondati, i motivi aggiunti proposti avverso il successivo provvedimento del 17 dicembre 2002.

4. Avverso tale sentenza Mediobanca ha proposto appello chiedendone la riforma.

Si è costituita in giudizio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, in via pregiudiziale, ha eccepito l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse (alla luce del successivo provvedimento del 12 giugno 2003 con il quale l'Autorità ha revocato le misure di cui alle lett. a), b), e c) del provvedimento del 17 dicembre 2002) e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto.

Alla pubblica udienza del 12 maggio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. L'appello merita accoglimento nei sensi di seguito specificati.

6. Occorre, anzitutto, respingere l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dall'Avvocatura dello Stato nella sua memoria difensiva.

L'Avvocatura, a sostegno dell'eccezione di improcedibilità, evidenzia che le misure disposte nel provvedimento impugnato sono ormai venute meno per effetto del successivo provvedimento del 12 giugno 2003, con il quale l'Autorità, accogliendo le istanze della società Premafin e Mediobanca, ha deliberato che "allo stato attuale, risulta venuto meno il controllo congiunto di Premafin Finanziaria s.p.a. e Mediobanca Banca di

Credito Finanziario s.p.a. su Fondiaria – Sai s.p.a. e quindi sono revocate le misure di cui alle lett. a), b) e c) del provvedimento del 17 dicembre 2002, n. 11475”.

Secondo l'Avvocatura, *“tenuto conto che Mediobanca non allega in questa sede effetti pregiudizievoli che le sarebbero derivati dalle anzidette misure né tantomeno (contrariamente a quanto avvenuto in primo grado) formula in questa domanda di risarcimento del danno in relazione alla loro adozione, non si vede quale attuale interesse all'appello essa possa avere”*.

A sostegno della sopravvenuta carenza di interesse, la difesa erariale evidenzia ancora che l'assottigliamento della partecipazione di Mediobanca nella nuova entità Fondiaria-Sai è stato effettuato a seguito della delibera Consob 18 dicembre 2002, tuttora valida ed efficace, e quindi indipendentemente dal provvedimento dell'Autorità 17 dicembre 2002, oggetto dell'impugnativa respinta dall'appellata sentenza.

6.1. L'eccezione non può essere condivisa dal Collegio.

Occorre evidenziare che la delibera del 12 giugno 2003, di revoca delle misure imposte dal provvedimento impugnato, non rappresenta un fatto successivo alla decisione di primo grado. Si tratta, al contrario di una circostanza ben nota, sia alle parti sia al giudice, già al momento della decisione del T.a.r.: basti pensare che nella memoria del 29 ottobre 2003 depositata dall'Avvocatura dello Stato innanzi al T.a.r. Lazio, si dava espressamente atto (cfr. pagina 6) sia dell'istanza presentata dalle società Premafin Fondiaria-Sai e Mediobanca volta ad ottenere la revisione delle misure imposte, sia del provvedimento con cui, in data 12 giugno 2003,

l'Autorità accoglieva tali richieste deliberando la revoca delle misure precedentemente imposte.

Il provvedimento di revoca del 12 giugno 2003, in quanto preesistente alla decisione del T.a.r., non può determinare, quindi, una sopravvenuta carenza dell'interesse all'appello. Tale provvedimento avrebbe, semmai, potuto incidere sull'interesse al ricorso di primo grado.

La distinzione appena tratteggiata (tra carenza originaria di interesse alla decisione del ricorso di primo grado e sopravvenute carenza di interesse alla decisione dell'appello) non è irrilevante.

Ed invero, le circostanze che fanno venire meno l'interesse al ricorso di primo grado (e che si sono manifestate già nel corso del giudizio innanzi al T.a.r.), dovrebbero essere fatte valere dalle parti in quella sede mediante apposita eccezione. In mancanza di eccezione di parte, il T.a.r. potrebbe rilevare anche d'ufficio tali circostanze, in quanto la sussistenza dell'interesse al ricorso rappresenta un presupposto processuale della domanda, una condizione per l'esistenza della *potestas iudicandi*, la cui carenza è rilevabile dal giudice anche in via officiosa.

Ciò significa, però, che in assenza di tale rilievo officioso, la decisione di merito non può non implicare anche una implicita statuizione sull'esistenza di tutte le condizioni dell'azione e, fra queste, anche dell'interesse al ricorso.


Parafrasando quanto hanno recentemente affermato le Sezioni Unite (sentenza n. 24883/2008) in ordine al giudicato implicito sulla giurisdizione, si può infatti affermare che qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della *potestas iudicandi*; tale verifica, in assenza di

formale eccezione o questione sollevata di ufficio, avviene comunque *de plano* (implicitamente) e acquista "visibilità" soltanto nel caso in cui venga negata l'esistenza di una condizione dell'azione.

In linea di principio, se la questione circa l'esistenza di una condizione dell'azione non viene sollevata in alcun modo, significa che non vi è nessuna necessità che il giudice giustifichi la propria *potestas decidendi*. Ma, il fatto che la decisione non sia "visibile", non significa che sia inesistente. Il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere, e quindi, ha già deciso che esistono tutte le condizioni dell'azione, fra cui appunto l'interesse al ricorso.

In definitiva, si deve ritenere che il principio del giudicato implicito espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 24883/2008, sia applicabile per tutte quelle condizioni dell'azione (presupposti della *potestas iudicandi*) che il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio. Ogni statuizione di merito contiene infatti, implicitamente quella sull'antecedente logico da cui è condizionata e, cioè, sull'esistenza dei presupposti processuali, fra cui rientra anche l'esistenza dell'interesse al ricorso, in difetto del quale non avrebbe potuto essere adottata.

Da ciò discende, applicando ancora i principi espressi dalle Sezioni Unite, che la decisione sul merito implica la decisione non solo sulla giurisdizione, ma su tutte le condizioni dell'azioni rilevabili d'ufficio, con la conseguenza che se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano ma non eccepiscono la carenza del presupposto processuale, pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, la statuizione implicita passa in giudicato.



Nel caso di specie, poiché il fatto che avrebbe dovuto determinare l'esistenza dell'interesse al ricorso già esisteva al momento della decisione di primo grado, si deve ritenere che la sentenza del T.a.r. abbia implicitamente statuito in ordine all'esistenza dell'interesse al ricorso nonostante il successivo provvedimento di revoca delle misure. Tale implicita statuizione, non impugnata dall'Autorità è ormai coperta dal giudicato implicito.

7. L'appello deve, pertanto, essere deciso nel merito.

Sotto tale profilo, Mediobanca impugna la decisione del T.a.r. Lazio lamentando che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente:


a) confermato la competenza dell'Autorità a valutare l'operazione di concentrazione, operazione che invece avrebbe avuto una dimensione comunitaria:

b) respinto con motivazione non condivisibile le censure relative alla sussistenza del controllo congiunto di Mediobanca e Premafin su Fondiaria/Sai;

c) ritenuto legittimo, con argomentazioni infondate, il provvedimento dell'Autorità nella parte in cui accerta l'esistenza del controllo di Mediobanca su Generali;

d) illegittimamente ritenuto ammissibile il ricorso introduttivo di Mediobanca proposto avverso il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 10 ottobre 2002.

8. Il Collegio ritiene che sia fondato il primo motivo di appello, quello in cui si contesta la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a valutare l'operazione di concentrazione.



La questione controversa è se, ai fini dell'individuazione dell'autorità competente, occorra includere o meno il fatturato di Generali nel computo del fatturato rilevante.

L'AGCM ha ritenuto di non dover tener conto del fatturato di Generali, pur avendo sostenuto che essa fosse soggetta al controllo di fatto di Mediobanca già prima della concentrazione tra Sai e Fondiaria.

Secondo l'Autorità, ai sensi dell'art. 5.4. del Regolamento CEE n. 4064/1989 (oggi sostituito dal Regolamento CEE n. 139/2004) che definiva i criteri di calcolo del fatturato rilevante ai fini della determinazione della competenza, non sempre il fatturato delle imprese sottoposte al controllo di fatto sarebbe computabile. Ciò in quanto la nozione di controllo rilevante ai fini del calcolo del fatturato dettata dal citato art. 5.4. sarebbe diversa e più ristretta da quella prevista dall'art. 3.3. del medesimo Regolamento, che individua i rapporti di controllo che danno luogo ad un concentrazione tra imprese.

Il Tribunale ha confermato la competenza dell'Autorità a valutare la concentrazione, ritenendo corretta l'interpretazione secondo cui il fatturato di Generali non avrebbe dovuto essere preso in considerazione poiché il controllo di Mediobanca sull'impresa assicurativa sarebbe stato "sempre negato dalle parti interessate, di difficile accertamento, ed emerso solo da elementi acquisiti nel corso della procedura".

Secondo il T.a.r., in particolare, il concetto di controllo recepito dell'art. 5.4. del Regolamento si fonderebbe su elementi di immediata ed agevole rilevabilità ed avrebbe, pertanto, una portata più ristretta rispetto alla nozione delineata dall'art. 3.3., del medesimo Regolamento. Ciò in



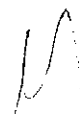
quanto la norma sulla competenza viene in rilievo all'avvio dei procedimenti. Da qui la conclusione secondo cui gli elementi valorizzati dall'art. 5.4., assumano rilievo esclusivamente quando la loro esistenza sia *a priori* manifesta o almeno pacifica tra le parti, e non solo ipotetica.

9. Tale interpretazione non è condivisa dal Collegio.

Ai sensi del citato art. 5.4., per valutare la rilevanza comunitaria di una operazione di concentrazione, occorre tener conto non solo del fatturato dell'impresa interessata, ma anche del fatturato di quelle imprese nelle quali essa dispone direttamente o indirettamente: a) di oltre la metà del capitale; b) del potere di esercitare più della metà dei diritti di voto; c) del potere di designare più della metà dei membri del Consiglio di Vigilanza o di Amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa; d) del diritto di gestire gli affari dell'impresa.

Nonostante la diversità tra la nozione di controllo recepita per la definizione di una operazione di concentrazione (art. 3.3. del regolamento CEE n. 4064/89) e quella da utilizzare, invece, per l'individuazione della competenza nazionale o comunitaria (art. 5.4.), nel caso di specie, i rapporti di fatto esistenti tra Mediobanca e Generali, per come ricostruiti dall'Autorità, erano sicuramente tali da attribuire all'operazione di concentrazione una rilevanza comunitaria e da radicare, quindi, la competenza della Commissione.

L'Autorità ha, infatti, accertato (e il T.a.r. ha condiviso tale conclusione) che Mediobanca controllava Generali sulla base di due dei criteri espressamente previsti dall'art. 5.4., ovvero: 1) il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto in assemblea; 2) il potere di designare la



maggioranza dei membri degli organi sociali dell'impresa, che conferisce il diritto di gestire gli affari dell'impresa.

L'accertamento di tali rapporti di fatto imponeva di includere, ai fini del calcolo del fatturato, anche quello di Generali, il che, come è pacifico, determina la competenza della Commissione.

A differenza di quanto sostenuto dal T.a.r, il Collegio ritiene che le condizioni fissate dall'art. 5.4. abbiano carattere oggettivo ed assumano, pertanto, rilevanza a prescindere dal momento o dalle modalità con cui la sussistenza di tali condizioni è divenuta nota all'autorità procedente. Non si può, dunque, negare rilievo all'accertamento delle condizioni previste dall'art. 5, comma 4, per il mero fatto che esso sia avvenuto nel corso del procedimento.

Una diversa conclusione (come quella accolta dal primo giudice), pur ispirata dal meritorio intento di evitare che la competenza possa risultare carente solo al termine di una lunga e complessa istruttoria, finirebbe, tuttavia, per inserire tra i criteri per definire la competenza, un elemento (l'immediata ed evidente percepibilità dei rapporti di controllo sin dall'inizio dell'istruttoria) di cui non vi è traccia nel testo normativo. Si finirebbe, in tal modo, per introdurre una deroga, priva di fondamento normativo, al principio di competenza esclusiva della Commissione europea a valutare le concentrazioni di dimensione comunitaria.

In tal modo, come rileva l'appellante, si consentirebbe alle parti interessate dall'operazione di concentrazione di influire con i propri comportamenti (ammettendo o negando l'esistenza di rapporto di controllo che le legano ad altre impresa) sulla definizione della competenza.

M

Nella presente fattispecie, peraltro, il provvedimento impugnato presenta un evidente elemento di contraddittorietà laddove, per un verso, attribuisce rilievo alla pretesa disponibilità della maggioranza dei voti nelle assemblee di Generali e al potere di designare più della metà dei membri dei suoi organi amministrativi per fondare l'esistenza di un controllo di Mediobanca su Generali e, per altro verso, nega poi il valore di questi stessi elementi ai fini della determinazione della competenza.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve essere accolto il primo motivo di appello, riconoscendo la competenza della Commissione europea a valutare l'operazione di concentrazione per cui è causa.

Il riconosciuto difetto di competenza dell'Autorità che ha emanato il provvedimento impugnato comporta, ai sensi dell'art. 26, comma 2, l. n. 1034/1971, l'assorbimento degli altri motivi di ricorso.

11. Le spese del doppio grado di giudizio devono essere interamente compensate tra le parte, sussistendo giusti motivi in considerazione della complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, accoglie l'appello.

Spese compensate.

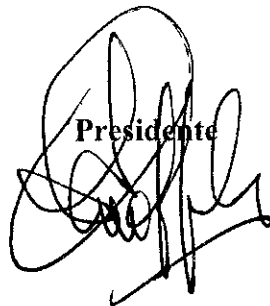
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio del 12 maggio 2009, con l'intervento dei Signori:

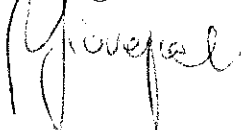
Giovanni Ruoppolo

Presidente

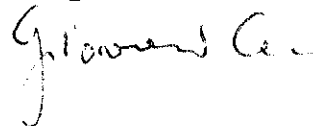
Rosanna De Nictolis	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere
Roberto Garofoli	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere rel. ed est.

Presidente


Consigliere



Segretario

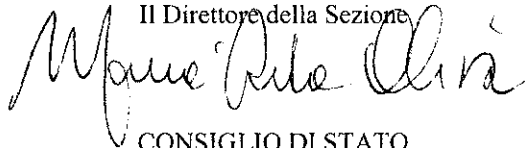


DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 16.07.09

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione



CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 16.07.09.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero ECONOMIA E FINANZE - AUT. GARANTE
CONC. E MERCATO

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

