

Edizione provvisoria

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 20 ottobre 2022 (1)

Causa C-376/20 P

**Commissione europea
contro
CK Telecoms UK Investments Ltd**

«Impugnazione – Concorrenza – Concentrazioni – Attività di telecomunicazione wireless – Mercato al dettaglio dei servizi di telecomunicazione mobile – Mercato all'ingrosso dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti mobili pubbliche – Acquisizione della Telefónica Europe da parte della Hutchison – Decisione che dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'accordo SEE – Mercato oligopolistico – Ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva – Effetti non coordinati – Onere della prova – Necessità di prova – Potere discrezionale della Commissione in materia economica – Portata del controllo giurisdizionale – Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali – Nozione di “importante forza concorrenziale” – Nozione di “diretti (close) concorrenti” – Analisi quantitativa sulla prevista pressione al rialzo sui prezzi – Incrementi di efficienza – Accordi di condivisione delle reti – Snaturamento – Obbligo di motivazione»

Indice

I. Introduzione

II. Contesto della controversia

- A. Fatti
- B. Decisione controversa
- C. Sentenza impugnata

III. Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

IV. Valutazione

- A. Osservazioni preliminari
- B. Sul primo motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha applicato un requisito probatorio più rigoroso di quello riconosciuto nella giurisprudenza
- C. Sul secondo motivo di impugnazione, relativo ad un'interpretazione erronea dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004
 - 1. Sulla prima parte del secondo motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto per il fatto che il Tribunale ha assimilato le condizioni intese a stabilire che la concentrazione in

questione potrebbe produrre effetti non coordinati a quelle dirette ad accertare l'esistenza di una posizione dominante

2. Sulla seconda parte del secondo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004

D. Sul terzo motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha, segnatamente, oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti» e ad uno snaturamento sia della decisione controversa sia del controricorso in primo grado

1. Sulla prima parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti»

2. Sulla seconda parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione erronea della nozione di «importante forza concorrenziale» e ad uno snaturamento sia della decisione controversa sia del controricorso in primo grado

a) Sulla prima censura

b) Sulla seconda censura

3. Sulla terza parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione erronea della nozione di «diretti (close) concorrenti» e ad uno snaturamento della decisione controversa

a) Sulla prima censura

b) Sulla seconda censura

4. Sulla quarta parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad una violazione dell'obbligo di motivazione concernente l'eventuale incompatibilità degli orientamenti con il regolamento n. 139/2004

E. Sul quarto motivo di impugnazione, relativo ad uno snaturamento della linea argomentativa della Commissione concernente la sua analisi quantitativa e ad errori di diritto

1. Sul carattere operante del quarto motivo di impugnazione

2. Sulla prima parte del quarto motivo di impugnazione, relativa ad uno snaturamento dell'argomentazione della Commissione concernente l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione e ad un errore di diritto del Tribunale nella sua valutazione dell'analisi quantitativa

3. Sulla seconda parte del quarto motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha preteso dalla Commissione l'inclusione nella sua analisi UPP degli incrementi «standard» di efficienza

F. Sul quinto motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale non avrebbe valutato tutti i fattori e gli elementi di prova rilevanti

G. Sul sesto motivo di impugnazione, relativo ad uno snaturamento della decisione controversa e ad una violazione dell'obbligo di motivazione

1. Sul carattere operante del sesto motivo di impugnazione

2. Sulla prima parte del sesto motivo di impugnazione, relativa ad uno snaturamento della decisione controversa

3. Sulla seconda parte del sesto motivo di impugnazione, relativa ad una violazione dell'obbligo di motivazione

V. Sul rinvio della causa al Tribunale

VI. Conclusione

I. Introduzione

1. La presente causa offre alla Corte, dopo le cause Commissione/Tetra Laval (2) e Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (3), una nuova occasione per chiarire questioni di principio relative ai requisiti che disciplinano l'assunzione, l'onere e il livello delle prove che la Commissione europea è tenuta a rispettare in materia di controllo delle concentrazioni, nonché alla portata del controllo che i giudice dell'Unione sono chiamati ad esercitare a tal riguardo.

2. Più precisamente, nelle suddette cause, la Corte era chiamata a pronunciarsi, rispettivamente, su tali requisiti nell'ambito di concentrazioni che davano luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante dell'entità risultante dalla fusione dei tipi «conglomerato» o «collettiva». Per contro, la presente causa è la prima relativa ad una concentrazione su un mercato oligopolistico che comporta, secondo la Commissione, un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004,

relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni») (4), a causa di effetti cosiddetti «non coordinati» o «unilaterali» orizzontali, vale a dire in assenza di posizione dominante dell'entità risultante dalla fusione. Ne consegue che tale causa è parimenti la prima in cui la Corte ha l'occasione di precisare la portata della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» nella misura in cui quest'ultima si basi su siffatti effetti non coordinati o unilaterali. Invero, tale nozione si è trovata al centro della riforma intrapresa con l'adozione del regolamento n. 139/2004, come testimoniano, segnatamente, i suoi considerando 25 e 26, nonché i punti 24 e seguenti degli orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (in prosieguo: gli «orientamenti») (5).

3. Nella specie, con la sua impugnazione, la Commissione chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 28 maggio 2020, CK Telecoms UK Investments/Commissione (in prosieguo: la «sentenza impugnata») (6), con la quale quest'ultimo ha annullato la decisione C(2016) 2796 final della Commissione, dell'11 maggio 2016, che dichiara incompatibile con il mercato interno l'operazione di concentrazione relativa all'acquisizione di Telefónica Europe plc da parte di Hutchison 3G UK Investments Ltd (in prosieguo: la «decisione controversa») (7). Secondo il Tribunale, la Commissione ha disatteso, essenzialmente, i requisiti di prova applicabili in materia di controllo delle concentrazioni che danno luogo ad effetti non coordinati su un mercato oligopolistico. Nell'ambito della sua impugnazione, la Commissione contesta, in sostanza, sia tali requisiti sia la portata del controllo esercitato dal Tribunale al riguardo in quanto incompatibili con i criteri rilevanti scaturiti dalla giurisprudenza della Corte, segnatamente, dalla sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (8).

II. Contesto della controversia

A. Fatti

4. Il Tribunale ha illustrato il contesto della controversia ai punti da 1 a 25 della sentenza impugnata; ai fini del presente giudizio di impugnazione, tale contesto può essere sintetizzato come segue.

5. In data 11 settembre 2015, veniva notificato alla Commissione, ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 139/2004, un progetto di concentrazione con il quale la CK Hutchison Holdings Ltd, tramite la propria controllata indiretta Hutchison 3G UK Investments, divenuta CK Telecoms UK Investments Ltd (in prosieguo: la «CK Telecoms»), intendeva acquisire, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di tale regolamento, il controllo esclusivo della Telefónica Europe (in prosieguo: la «O2»).

6. All'epoca dei fatti oggetto della presente controversia, sul mercato dei servizi di telecomunicazione mobile al dettaglio nel Regno Unito (in prosieguo: il «mercato al dettaglio») erano presenti quattro operatori di telefonia mobile: la EE Ltd, una controllata della BT Group plc, acquisita da quest'ultima nel 2016 (in prosieguo, congiuntamente: la «BT/EE»), la O2, la Vodafone e la Hutchison 3G UK Ltd (in prosieguo: la «Three»), controllata indiretta della CK Hutchison Holdings, le cui rispettive quote di mercato in termini di numero di abbonati erano comprese all'incirca [tra il 30 e il 40 %], [tra il 20 e il 30 %], [tra il 10 e il 20 %] e [tra il 10 e il 20 %]. L'operazione di concentrazione de qua (in prosieguo: la «concentrazione in questione») avrebbe consentito all'entità risultante dalla fusione, riunendo la Three e la O2 (in prosieguo, congiuntamente: le «parti della concentrazione»), di rappresentare all'incirca [tra il 30 e il 40 %] del mercato al dettaglio e di divenire in tal modo il principale attore sul mercato medesimo, davanti al vecchio operatore storico BT/EE e alla Vodafone.

7. Oltre a tali operatori di telefonia mobile, il mercato al dettaglio annoverava anche numerosi operatori di reti mobili virtuali, quali la Tesco Mobile, la Virgin Mobile e la TalkTalk, che non possedevano le reti utilizzate per erogare i servizi di telefonia mobile ai consumatori nel Regno Unito e che avevano quindi concluso accordi con uno degli operatori di rete mobile per accedere alle loro reti a prezzi all'ingrosso. La Tesco Mobile era detenuta in parti uguali dalla Tesco e dalla O2. Sul mercato al dettaglio operavano anche rivenditori (in prosieguo, insieme agli operatori di reti mobili virtuali: i «non-operatori di reti mobili») e rivenditori indipendenti, quali la Dixons.

8. Una caratteristica di tale mercato era che la BT/EE e la Three, da una parte, e la Vodafone e la O2, dall'altra, avevano unito le loro reti in base ad accordi di condivisione delle reti. Ciò consentiva alla BT/EE e alla Three (accordo MBNL; in prosieguo: il «MBNL») e alla Vodafone e alla O2 (accordo Beacon; in prosieguo: il «Beacon»), rispettivamente, di condividere i costi di sviluppo delle loro reti pur continuando a farsi concorrenza sul piano della vendita al dettaglio.

9. Il 2 ottobre 2015, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord chiedeva, per il tramite della Competition and Markets Authority (CMA) (Autorità garante della concorrenza e dei mercati, Regno Unito), che la concentrazione in questione le venisse sottoposta ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 139/2004. In tale richiesta, il Regno Unito rilevava che la concentrazione minacciava di ostacolare in maniera significativa la concorrenza sul mercato al dettaglio e sul mercato all'ingrosso di servizi di accesso e raccolta delle chiamate nell'ambito delle reti pubbliche di telefonia mobile nel Regno Unito (in prosieguo: il «mercato all'ingrosso»), sostenendo, inoltre, che si sarebbe trattato della sede più adeguata per esaminare la concentrazione in questione.

10. Il 4 dicembre 2015, la Commissione adottava la decisione C(2015) 8534 final, relativa all'articolo 9 del regolamento n. 139/2004 nel caso M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, con cui respingeva tale richiesta di sottoposizione. In siffatta decisione essa invocava, segnatamente, la necessità di garantire un approccio coerente e uniforme nel valutare le concentrazioni nel settore delle telecomunicazioni in diversi Stati membri, nonché la sua significativa precedente esperienza nella valutazione di concentrazioni nei mercati europei delle telecomunicazioni mobili.

11. In esito alla prima fase dell'indagine, la Commissione concludeva che l'operazione sollevava seri dubbi quanto alla sua compatibilità con il mercato interno e, il 30 ottobre 2015, decideva di avviare un procedimento ex articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 139/2004.

12. Il 4 febbraio 2016, in esito alla seconda fase dell'indagine, che ha integrato i risultati della prima fase, la Commissione emanava una comunicazione degli addebiti. Il 26 febbraio 2016, la CK Telecoms trasmetteva le proprie osservazioni scritte su tale comunicazione degli addebiti.

13. Ai fini della soluzione dei problemi relativi alla concorrenza esposti nella comunicazione degli addebiti, il 2 marzo 2016 tale società presentava una prima serie di impegni.

14. Su richiesta di detta società, il 7 marzo 2016 si svolgeva un'audizione.

15. Il 15 marzo 2016, questa stessa società presentava degli impegni rivisti (in prosieguo: la «seconda serie di impegni»). Il 18 marzo 2016, la Commissione consultava gli operatori del mercato in merito alla seconda serie di impegni. Detta consultazione era rivolta, in primo luogo, a fornitori, attuali e potenziali, di servizi di telecomunicazione mobile nel Regno Unito, a fornitori di servizi di infrastrutture nel settore delle telecomunicazioni mobili, nonché alle associazioni MVNO Europe e iMVNOx, e, in secondo luogo, alle autorità nazionali di regolamentazione delle telecomunicazioni, tra cui l'autorità di regolamentazione delle telecomunicazioni del Regno Unito (in prosieguo: l'«Ofcom»). Fornivano inoltre il loro parere sulla seconda serie di impegni le autorità nazionali garanti della concorrenza del Regno Unito, della Germania e dei Paesi Bassi.

16. In data 17 e 23 marzo 2016, la Commissione inviava alla CK Telecoms comunicazioni in cui venivano evidenziati ulteriori elementi di prova acquisiti agli atti a sostegno dei risultati preliminari della comunicazione degli addebiti. In data, rispettivamente, 29 marzo e 4 aprile 2016, la CK Telecoms trasmetteva osservazioni scritte in ordine all'esposizione dei fatti del 17 e del 23 marzo 2016.

17. Il 6 aprile 2016, in esito alla consultazione degli operatori del mercato, tale società presentava un'ulteriore serie rivista di impegni.

18. Il Comitato consultivo in materia di concentrazioni esaminava il progetto di decisione della Commissione in data 27 aprile 2016 ed esprimeva parere favorevole.

19. L'11 maggio 2016, la Commissione adottava la decisione controversa.

B. Decisione controversa

20. Nella decisione controversa, la Commissione ha definito due mercati rilevanti: il mercato al dettaglio e il mercato all'ingrosso.

21. La Commissione ha sviluppato tre teorie del pregiudizio tutte fondate sull'esistenza di effetti «non coordinati» su un mercato oligopolistico.

22. Le prime due teorie del pregiudizio riguardano il mercato al dettaglio, mentre la terza concerne il mercato all'ingrosso.

23. Più in particolare, la prima teoria del pregiudizio riguarda l'esistenza, sul mercato al dettaglio, di effetti non coordinati collegati all'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali. Essenzialmente, secondo la Commissione, la marcata contrazione della concorrenza a seguito della concentrazione avrebbe verosimilmente comportato un rialzo dei prezzi dei servizi di telefonia mobile nel Regno Unito e una limitazione della scelta offerta ai consumatori.

24. In base alla seconda teoria del pregiudizio, vertente sull'esistenza di effetti non coordinati sul mercato al dettaglio legati alla condivisione delle reti, la transazione avrebbe anche potuto incidere negativamente sulla qualità dei servizi per i consumatori del Regno Unito ostacolando lo sviluppo dell'infrastruttura della rete mobile in tale paese.

25. La terza teoria del pregiudizio riguarda l'esistenza di effetti non coordinati connessi all'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali sul mercato all'ingrosso. Su tale mercato, i quattro operatori di telefonia mobile forniscono servizi di hosting ai non-operatori di reti mobili, i quali, a loro volta, offrono servizi al dettaglio agli abbonati. In particolare, secondo la Commissione, la concentrazione in questione rischia di produrre significativi effetti non coordinati sul mercato all'ingrosso a seguito di una riduzione del numero di operatori di telefonia mobile da quattro a tre, dell'eliminazione della Three quale importante forza concorrenziale, dell'eliminazione degli importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati in precedenza dalle parti e di una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti attori.

26. Quanto ai miglioramenti dell'efficienza dedotti dalla CK Telecoms, la Commissione non li ha ritenuti verificabili, né specifici per la concentrazione in questione né idonei a garantire benefici ai consumatori.

27. Nell'ultima sezione della decisione impugnata, la Commissione ha esaminato le misure correttive proposte dalla CK Telecoms sotto forma di impegni. Essa ha ritenuto che la seconda serie di impegni non risolvesse i problemi di concorrenza indicati e che la terza serie di impegni, proposta il 6 aprile 2016, non eliminasse del tutto le questioni di concorrenza individuate, non risultando né esaustiva né efficace sotto alcun profilo.

28. Di conseguenza, la Commissione dichiarava la concentrazione in questione incompatibile con il mercato interno.

C. Sentenza impugnata

29. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 25 luglio 2016, la CK Telecoms ha presentato un ricorso diretto ad ottenere l'annullamento della decisione controversa.

30. A sostegno di tale ricorso, la CK Telecoms ha dedotto cinque motivi contestando, in successione, le tre teorie del pregiudizio sviluppate nella decisione controversa e le conclusioni formulate dalla Commissione in relazione agli impegni assunti al fine di rispondere alle preoccupazioni di tale istituzione.

31. Il primo e il quarto motivo in primo grado vertevano, rispettivamente, sulla prima e sulla terza teoria del pregiudizio sviluppate nella decisione controversa, concernenti l'eliminazione della concorrenza tra la Three e la O2 sul mercato al dettaglio (primo motivo) e sul mercato all'ingrosso (quarto motivo). Il secondo motivo verteva sulla valutazione dello scenario controfattuale compiuta dalla Commissione, su cui si fondava la valutazione dei mercati al dettaglio e all'ingrosso. Il terzo motivo verteva sulla seconda teoria del pregiudizio riguardante il mercato al dettaglio, in relazione alla

condivisione di rete, e sugli impegni concernenti la condivisione di rete. Il quinto motivo si riferiva agli altri impegni presentati dalla CK Telecoms.

32. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha annullato la decisione controversa nella sua integralità essenzialmente con la motivazione che la Commissione non aveva soddisfatto i requisiti di prova relativi alla dimostrazione di effetti coordinati comportanti un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. A tal fine, il Tribunale ha accolto talune censure della seconda parte del primo motivo, relative alla qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale», nonché la terza e la quinta parte di tale motivo, relative, rispettivamente, alla valutazione della prossimità della concorrenza e agli effetti quantitativi della concentrazione sui prezzi. Esso ha parimenti accolto la prima, la terza, la quarta, la quinta e la sesta parte del terzo motivo, concernenti la necessità e la portata della convergenza tra le parti degli accordi di condivisione delle reti, la capacità della Three di ostacolare gli sviluppi unilaterali della BT/EE o di ritardarli, l'eventuale impatto negativo della concentrazione sui concorrenti e non sulla concorrenza, il danno alla posizione concorrenziale degli altri operatori di telefonia mobile, e l'impatto di una trasparenza più stringente sull'investimento complessivo nelle reti. Infine, il Tribunale ha accolto le prime tre parti del quarto motivo, vertenti sugli effetti non coordinati sul mercato all'ingrosso.

III. Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

33. Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 7 agosto 2020, la Commissione ha proposto la presente impugnazione.

34. Con un altro atto depositato in pari data, la Commissione ha chiesto alla Corte di riservare un trattamento riservato, nei confronti della sola parte EE, una degli intervenienti in primo grado, a taluni passaggi di tale impugnazione che contenevano informazioni coperte dal segreto commerciale e corrispondevano ad informazioni in relazione alle quali il Tribunale aveva concesso un trattamento riservato in primo grado. Con ordinanza del 1° ottobre 2020, Commissione/CK Telecoms UK Investments ([9](#)), il presidente della Corte ha accolto tale richiesta.

35. Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 20 novembre 2020, la CK Telecoms ha chiesto a quest'ultima di riservare un trattamento riservato, nei confronti della sola parte EE, a talune informazioni figuranti nel suo controricorso che erano coperte dal segreto commerciale e, a tale titolo, non dovevano essere comunicate alla EE, poiché quest'ultima era un concorrente della CK Telecoms, e che corrispondevano ad informazioni in relazione alle quali il Tribunale aveva concesso un trattamento riservato in primo grado nei confronti della EE. Con ordinanza del 26 gennaio 2021, Commissione/CK Telecoms UK Investments ([10](#)), il presidente della Corte ha riservato, nei confronti della EE, un trattamento riservato di tale memoria.

36. Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 24 marzo 2021, l'Autorità di vigilanza AELS ha chiesto di essere ammessa ad intervenire nella presente causa a sostegno delle conclusioni della Commissione. Con la sua ordinanza del 4 giugno 2021, Commissione/CK Telecoms UK Investments ([11](#)), il presidente della Corte ha ammesso l'Autorità di vigilanza AELS a presentare le sue osservazioni all'udienza dibattimentale.

37. La Commissione, sostenuta dall'Autorità di vigilanza AELS, chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata;
- rinviare la causa al Tribunale;
- condannare la CK Telecoms alle spese del presente giudizio di impugnazione, e
- riservare le spese del procedimento di primo grado.

38. La CK Telecoms chiede che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione, e
- condannare la Commissione e gli intervenienti alle spese sia dinanzi al Tribunale sia dinanzi alla Corte.

39. Il 5 maggio 2022, la Corte ha invitato le parti e l'Autorità di vigilanza AELS a rispondere a taluni quesiti scritti, in parte per iscritto, richiesta cui esse hanno ottemperato nei termini impartiti, e in parte all'udienza.

40. Le parti e l'Autorità di vigilanza AELS hanno esposto le loro osservazioni e le loro risposte ai quesiti della Corte all'udienza del 14 giugno 2022.

IV. Valutazione

A. Osservazioni preliminari

41. La presente causa è la prima causa che offre alla Corte la possibilità di pronunciarsi sulla nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», nella misura in cui essa si basi su effetti non coordinati, e di apportare talune precisazioni sia sui requisiti di prova che la Commissione è tenuta a rispettare ai fini dell'attuazione di tale nozione sia sulla portata del controllo della legittimità che il giudice dell'Unione è chiamato ad esercitare al riguardo.

42. Infatti, nella specie, è pacifico che la concentrazione in questione non ha dato luogo ad una creazione o ad un rafforzamento di una posizione dominante sui mercati rilevanti, tutti dotati di una struttura oligopolistica. Tuttavia, essa è idonea, secondo la decisione controversa, a creare ivi effetti non coordinati che sono sufficienti, in linea di principio, per soddisfare la nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. Al fine di dimostrare la presenza di un simile ostacolo creato da effetti non coordinati, la Commissione si è fondata, in tale decisione, su tre teorie del pregiudizio concernenti i mercati rilevanti al dettaglio e all'ingrosso (v. paragrafi da 21 a 25 supra).

43. Avendo il Tribunale ampiamente censurato tale approccio della Commissione, quest'ultima deduce sei motivi relativi, in sostanza, il primo, ad un errore di diritto nella misura in cui il Tribunale avrebbe applicato un requisito probatorio più rigoroso di quello riconosciuto dalla Corte; il secondo, ad un'interpretazione erronea della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004; il terzo, ad un errore di diritto nella misura in cui il Tribunale avrebbe ecceduto i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretare le nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti» e avrebbe erroneamente adottato un'interpretazione basata su uno snaturamento tanto della decisione controversa quanto del controricorso sottoposti al medesimo; il quarto, ad uno snaturamento dell'argomentazione della Commissione concernente la sua analisi quantitativa sulla prevista pressione al rialzo sui prezzi (upward pricing pressure; in prosieguo: l'«analisi quantitativa» o l'«analisi UPP») e ad errori di diritto del Tribunale nella sua valutazione di tale analisi; il quinto, ad un errore di diritto nella misura in cui il Tribunale non avrebbe valutato l'insieme dei fattori e degli elementi di prova rilevanti e, il sesto, ad uno snaturamento della decisione controversa per quanto riguarda l'analisi di un possibile peggioramento della qualità della rete dell'entità risultante dalla fusione e alla violazione dell'obbligo di motivazione.

44. La Commissione ritiene che ciascuno di siffatti presunti errori di diritto sia sufficiente, di per sé, a comportare l'annullamento della sentenza impugnata. Orbene, alla luce dell'importanza delle questioni sollevate dalla presente causa e del fatto che essa dovrebbe essere rinviata dinanzi al Tribunale, la Commissione invita la Corte a chiarire il più possibile le questioni giuridiche sollevate, affinché il Tribunale disponga degli orientamenti necessari per risolvere definitivamente la controversia.

45. I motivi dal primo a terzo, concernenti, rispettivamente, i requisiti probatori e la portata della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», si trovano pertanto al centro del presente procedimento di impugnazione. A tal riguardo, la determinazione esatta dei requisiti che

disciplinano la prova dell'esistenza di effetti non coordinati, da un lato, e il controllo che i giudici dell'Unione devono effettuare sull'applicazione di tale nozione, dall'altro, interagiscono e sono idonei ad anticipare, quantomeno in parte, le risposte che occorre dare alle diverse parti di tali motivi. Una siffatta precisazione risulta a maggior ragione importante in quanto dal contraddittorio tra le parti, anche in udienza, emerge che la nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», la portata del controllo giurisdizionale relativa alla sua attuazione da parte della Commissione, nonché i connessi requisiti probatori rischiano di essere amalgamati oltre misura, ovvero persino di essere confusi (12).

B. Sul primo motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha applicato un requisito probatorio più rigoroso di quello riconosciuto nella giurisprudenza

46. Con il suo primo motivo di impugnazione, la Commissione fa valere che il Tribunale, ritenendo, al punto 118 della sentenza impugnata, che essa fosse tenuta a fornire elementi di prova sufficienti per dimostrare con «seria probabilità» l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, ha commesso un errore di diritto applicando un requisito probatorio più rigoroso di quello riconosciuto nella giurisprudenza della Corte in materia di controllo delle concentrazioni. Inoltre, con il suo secondo motivo di impugnazione, la Commissione afferma che il Tribunale ha commesso un errore di diritto, da un lato, assimilando le condizioni che devono essere soddisfatte per constatare che la concentrazione in questione era idonea a produrre effetti non coordinati a quelle che devono essere soddisfatte per dimostrare l'esistenza di una posizione dominante (prima parte) e, dall'altro, procedendo ad un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 (seconda parte).

47. In via preliminare, occorre respingere l'argomento della CK Telecoms secondo il quale l'impugnazione e, segnatamente, il suo primo motivo sarebbero inoperanti, in quanto la Commissione non ha rimesso in discussione le considerazioni del Tribunale che le addebitavano di avere travisato la nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», in particolare il carattere «significativo» di tale ostacolo asseritamente causato dagli effetti non coordinati censurati, anche per quanto riguarda la valutazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti». Come sostenuto correttamente dalla Commissione, si evince, segnatamente, dai punti 119, 172, 216, 281 e 396 della sentenza impugnata, che il livello probatorio adottato al punto 118 di tale sentenza costituisce la base stessa della successiva valutazione del Tribunale degli elementi di fatto e di prova rilevanti per concludere che la Commissione ha omesso di dimostrare in termini sufficientemente validi l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, e ciò anche nell'ambito del ragionamento, in detta sentenza, vertente sulle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», le quali sono oggetto del terzo motivo.

48. In primo luogo, occorre ricordare, come fatto anche dal Tribunale ai punti 81 e seguenti della sentenza impugnata, che la nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», ai sensi dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004, è stata oggetto di una riforma fondamentale, avvenuta con l'adozione di tale regolamento, come attestato dai suoi considerando 25 e 26. Infatti, ai sensi delle disposizioni precedenti, ossia l'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese(13), tale nozione era ancora strettamente connessa alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante (14). In altre parole, come emerge da detti considerando del regolamento n. 139/2004, il criterio cosiddetto di «posizione dominante», il quale ha come conseguenza che una concorrenza effettiva verrebbe ostacolata in modo significativo, è stato sostituito con il criterio più ampio di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», il quale include non soltanto il concetto di posizione dominante, ma anche quello degli effetti non coordinati su mercati oligopolistici.

49. Non risulta tuttavia da alcun testo normativo né dalla giurisprudenza che questa nuova nozione più ampia di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» sia più facile o più difficile da attuare da parte della Commissione o che la prova di un grado di nocività inferiore per la concorrenza sarebbe sufficiente per autorizzare tale istituzione a vietare un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. Al contrario, tanto prima quanto dopo la

riforma del 2004, la Commissione era e continua ad essere tenuta ad accertare un «ostacolo *significativo* ad una concorrenza *effettiva*», indipendentemente dalla questione se tale ostacolo fosse/sia o meno la conseguenza di una posizione dominante.

50. In secondo luogo, ne consegue che la portata del controllo giurisdizionale in relazione all'attuazione della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», la quale costituisce una *nozione di diritto*, deve essere la stessa, a prescindere da quale sia il tipo di concentrazione interessata idoneo a dare luogo ad un siffatto ostacolo.

51. A tal riguardo, la giurisprudenza ha precisato i criteri che disciplinano il sindacato giurisdizionale di valutazioni economiche complesse, anche prospettive, della Commissione nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Infatti, tale istituzione dispone di un margine di discrezionalità in materia economica ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento n. 139/2004, in particolare del suo articolo 2. Ne deriva che il sindacato del giudice dell'Unione su una decisione della Commissione adottata in materia di concentrazioni si limita alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti di valutazione. In tal senso, non spetta a tale giudice sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione ai fini dell'applicazione di tali norme, anche se ciò non implica che esso debba astenersi dal controllare la qualificazione giuridica, effettuata dalla Commissione, di dati di natura economica (15).

52. I principi enunciati al paragrafo precedente lasciano impregiudicate le precisazioni che la Corte ha apportato in materia di onere, amministrazione e livello delle prove (16), allorché la Commissione esercita il suo potere discrezionale (17), che esamineremo nel prosieguo. Del resto, nella sentenza impugnata, tali principi non sono stati seguiti esplicitamente dal Tribunale, il quale si è limitato a pronunciarsi, a monte, da un lato, sulla «portata della modifica apportata dal regolamento n. 139/2004»(18), e, dall'altro, sull'«onere della prova e sul livello probatorio in materia di concentrazioni» (19). Ciò non toglie che, in tale sentenza, il Tribunale si sia allontanato, in più punti, dalla nozione di «manifesto errore di valutazione» per concludere per l'esistenza di semplici «errori di valutazione» (20). Anche se la Commissione ha rinunciato a contestare direttamente tale approccio nella sua impugnazione, cosicché esso non può essere esaminato ulteriormente nella specie, esso è indice di per sé del fatto che il Tribunale ha proceduto ad un sindacato giurisdizionale più approfondito di quello descritto al paragrafo 51 supra.

53. In terzo luogo, occorre esaminare più da vicino i criteri che disciplinano l'onere e l'amministrazione della prova, nonché il livello di prova che il giudice dell'Unione deve esigere dalla Commissione quando quest'ultima vieta una concentrazione adducendo un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva risultante da effetti non coordinati su un mercato oligopolistico.

54. A tal riguardo, ritengo che due considerazioni di principio si impongano, la prima delle quali non mi sembra essere stata rimessa in discussione da nessuna delle parti, in particolare in udienza.

55. Da un lato, come risulta dalla sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (21), l'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004 non impone requisiti probatori diversi in materia di decisioni che autorizzano o vietano un'operazione di concentrazione, fermo restando che tali requisiti presentano una perfetta simmetria.

56. Dall'altro, anche se la Corte ha rinunciato a definire esplicitamente, in tale sentenza (22), quale criterio rilevante che disciplina il livello di prova richiesto, quello della «ponderazione delle probabilità», ciò non toglie che essa abbia richiesto alla Commissione di apportare la prova della concatenazione causa-effetto «maggiormente probabile» o della «plausibilità» della sua analisi prospettica, la quale consiste nell'esaminare in che termini, alla luce delle diverse concatenazioni causa-effetto ipotizzabili, l'operazione di concentrazione di cui trattasi potrebbe dare luogo ad un «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» (23). Orbene, come fatto valere correttamente sia dalla Commissione sia dall'Autorità di vigilanza AELS, il requisito della dimostrazione della concatenazione causa-effetto maggiormente probabile o della plausibilità dell'analisi economica prospettica della Commissione mi sembra corrispondere appunto al criterio della «ponderazione delle probabilità», come descritto nelle mie conclusioni in tale causa e secondo il quale non è necessario che l'evoluzione del mercato prevista sia «molto probabile» o «particolarmente probabile», ovvero sia

accertata «al di là di ogni ragionevole dubbio» (*beyond reasonable doubt*) secondo il livello particolarmente elevato applicabile nei procedimenti penali o quasi penali (24). Inoltre, contrariamente all'impressione trasmessa dal punto 118 in fine della sentenza impugnata, la Corte non ha adottato, al pari dell'avvocato generale Tizzano, segnatamente nel caso di concentrazioni di tipo «conglomerato», un livello di prova equivalente alla necessità di dimostrare il carattere «molto probabile» della creazione o di un rafforzamento di una posizione dominante e, pertanto, necessariamente anche di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva (25). In ogni caso, solo il livello di prova connesso al criterio della «plausibilità» o della «ponderazione delle probabilità» mi sembra essere compatibile con il potere discrezionale di cui la Commissione dispone nell'ambito delle sue analisi (prospettiche) economiche complesse in materia di concentrazioni, ragion per cui la portata del controllo giurisdizionale è essenzialmente limitata alla ricerca di manifesti errori di valutazione (v. paragrafo 51 supra) (26).

57. Per contro, il punto 118 della sentenza impugnata enuncia, da un lato, che la Commissione è tenuta a fornire elementi di prova sufficienti per dimostrare con «seria probabilità» l'esistenza di ostacoli significativi causati dalla concentrazione in questione, e, dall'altro, che il requisito probatorio applicabile è, di conseguenza, «più rigoroso» di quello secondo cui, in base a una «ponderazione delle probabilità», un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva sarebbe «più probabile che improbabile». Come sostenuto correttamente dalla Commissione, così facendo, il Tribunale ha preteso un livello di prova più elevato in violazione delle premesse giurisprudenziali richiamate ai paragrafi 55 e 56 supra ed è dunque incorso in un errore di diritto.

58. Tale conclusione si impone a maggior ragione in quanto il pronostico del futuro non può essere oggetto di una prova «oggettiva» né è scevro da incertezze o dubbi. Pertanto, su un piano generale o astratto, qualsiasi analisi prospettica relativa ai futuri sviluppi di un mercato rilevante e ai futuri comportamenti degli operatori che sono (o saranno) ivi attivi può fondarsi unicamente sulla determinazione di una più o meno forte probabilità, la cui plausibilità, ai sensi del livello di prova della «ponderazione delle probabilità», è tale da essere sufficiente, in un caso particolare, a dimostrare la fondatezza della tesi della Commissione (27).

59. Infatti, è solo in un caso particolare, nell'ambito dell'esercizio, da parte del giudice dell'Unione, della sua libera valutazione delle prove, che si pone la questione di come, per convincere tale giudice, una siffatta plausibilità possa essere suffragata con l'ausilio di elementi di prova particolarmente rilevanti e convincenti, l'importanza della cui qualità è stata sottolineata dalla giurisprudenza nel caso di concentrazioni che davano luogo a posizioni dominanti di tipo «conglomerato» o «collettiva» (28). Per contro, come è stato precisato dalla giurisprudenza, su un piano generale, né il tipo di concentrazione né il carattere complesso della valutazione della plausibilità degli effetti di una concentrazione hanno, in quanto tali, un impatto sul livello di prova richiesto che resta dunque unitario in tutte le fattispecie (29). Al contrario, alla luce dell'unicità della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», qualunque sia il tipo di concentrazione presa in considerazione (v. paragrafo 49 supra), e della simmetria dei requisiti probatori richiamata al paragrafo 55 supra, non esiste alcuna giustificazione per chiedere un livello di prova più elevato nel caso di concentrazioni che danno luogo ad effetti non coordinati su mercati oligopolistici rispetto al caso di concentrazioni che danno luogo a posizioni dominanti dei tipi «conglomerato» o «collettiva».

60. Risulta dalle considerazioni che precedono che il punto 118 della sentenza impugnata è viziato da un errore di diritto. Lo stesso vale per la constatazione esposta al punto 111 di tale sentenza, secondo la quale, in sostanza, un livello di prova più elevato deve essere richiesto dal giudice dell'Unione quando la Commissione deduce, a sostegno di un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva ipotizzato nei confronti di un'operazione di concentrazione, una teoria del pregiudizio che è complessa o incerta, o deriva da una relazione causa-effetto di difficile accertamento.

61. In tali punti, il Tribunale confonde la convinzione che il giudice dell'Unione deve acquisire, in un caso particolare, nell'esercizio della sua libera valutazione delle prove che gli vengono sottoposte per suffragare la plausibilità delle diverse conseguenze di tale operazione e individuare quelle maggiormente probabili (30), da un lato, con il livello di prova uniforme e generalmente applicabile, il quale è fondato sul criterio della «ponderazione delle probabilità», dall'altro. Inoltre, se, al punto 113 in fine della sentenza impugnata, il Tribunale afferma esso stesso di condividere il criterio della

concatenazione causa-effetto «maggiormente probabile», è in modo sia contraddittorio sia errato che esso alla fine lo respinge al punto 118 di tale sentenza, esigendo un livello di prova più rigoroso. Infine, segnatamente, i punti 332 e 368 di detta sentenza, i quali fanno riferimento al punto 111 di questa stessa sentenza, mostrano che tale errore di diritto ha effettivamente avuto conseguenze nel seguito della valutazione del Tribunale (31).

62. Ne consegue che le considerazioni svolte ai punti da 110 a 118 della sentenza impugnata sono inficiate da errori di diritto.

63. A tal riguardo, l'argomento della CK Telecoms dedotto in udienza, secondo il quale il livello di prova richiesto deve essere più elevato nel caso di specie per evitare che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, la Commissione proceda, in maniera sistematica, al divieto di operazioni di concentrazione orizzontali su mercati oligopolistici a causa di presunti effetti non coordinati, non può essere accolto. La CK Telecoms non invoca alcun elemento convincente diretto a dimostrare che un simile approccio sarebbe previsto o effettivamente possibile alla luce dei criteri giurisprudenziali enunciati ai paragrafi 51 e 56 supra.

64. Ciò è a maggior ragione vero se si considera che, in conformità ai punti da 26 a 38 degli orientamenti, la Commissione deve esaminare e valutare una pluralità di fattori e di elementi di prova che possono dare luogo alla conclusione dell'esistenza di effetti non coordinati e, pertanto, di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, approccio seguito dalla Commissione nella specie. Come riconosciuto dallo stesso Tribunale, al punto 287 della sentenza impugnata, a tal fine, siffatta istituzione aveva esaminato in successione diversi fattori, ai punti da 330 a 1174 della decisione controversa, sintetizzando la propria valutazione qualitativa e quantitativa ai punti da 1175 a 1225 di tale decisione, per poi procedere ad una valutazione globale ai punti 1226 e 1227 di detta decisione.

65. Di conseguenza, il primo motivo di impugnazione deve essere accolto.

66. Ne consegue inoltre che, se la Corte seguisse l'approccio proposto supra, tali errori di diritto sarebbero di per sé sufficienti, in linea di principio, per annullare la sentenza impugnata senza esaminare gli altri motivi della Commissione e per rinviare la causa al Tribunale.

67. Tuttavia, per scrupolo di completezza, conformemente alla richiesta della Commissione e alla luce del numero elevato di addebiti di violazione delle norme applicabili mossi nei suoi confronti dal Tribunale, esaminerò anche gli altri motivi di impugnazione. Mi sembra inoltre utile chiarire il maggior numero possibile di questioni di diritto nell'ottica di un eventuale rinvio della presente causa al Tribunale.

C. Sul secondo motivo di impugnazione, relativo ad un'interpretazione erronea dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004

68. Il secondo motivo di impugnazione consta di due parti, relative, la prima, ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha assimilato le condizioni intese a stabilire che la concentrazione in questione potrebbe produrre effetti non coordinati a quelle dirette a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante e, la seconda, ad un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004.

1. Sulla prima parte del secondo motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto per il fatto che il Tribunale ha assimilato le condizioni intese a stabilire che la concentrazione in questione potrebbe produrre effetti non coordinati a quelle dirette ad accertare l'esistenza di una posizione dominante

69. Con la prima parte del secondo motivo di impugnazione, la Commissione ritiene che, al punto 90 della sentenza impugnata, il Tribunale, utilizzando l'espressione «essa stessa», abbia assimilato le condizioni intese a stabilire che la concentrazione in questione potrebbe produrre effetti non coordinati a quelle dirette ad accertare l'esistenza di una posizione dominante e, pertanto, abbia proceduto ad un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004.

70. Orbene, come fatto valere dalla CK Telecoms, tale argomentazione è inoperante nella misura in cui contesta una considerazione generale del Tribunale che non è servita da fondamento ad una valutazione concreta di un presunto errore della Commissione commesso in sede di applicazione della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. Così, la Commissione non ha individuato alcun passaggio nella sentenza impugnata che si basi su tale considerazione, nel senso che tale istituzione si sarebbe fondata, nella decisione controversa, su un potere di mercato dell'entità risultante dalla fusione che equivarrebbe a quello che sarebbe connesso ad una posizione dominante e le conferirebbe la capacità di determinare (unilateralmente) i parametri della concorrenza, ovvero i prezzi.

71. Di conseguenza, la prima parte del secondo motivo di impugnazione non può essere accolta.

2. Sulla seconda parte del secondo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004

72. Con la seconda parte del secondo motivo di impugnazione, la Commissione afferma che, ai punti 95 e 96 della sentenza impugnata, il Tribunale ha erroneamente ritenuto che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di tale regolamento, dovesse essere interpretato nel senso che, in assenza di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante a seguito di un'operazione di concentrazione, un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva può essere accertato solo qualora la Commissione dimostri il soddisfacimento di due condizioni cumulative ed esaustive, ossia, da un lato, l'eliminazione degli importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, e, dall'altro, la riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti. Essa fa valere, in particolare, che l'approccio del Tribunale rientra in un'interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» nell'ambito della cui applicazione essa sarebbe tenuta a prendere in considerazione non solo la riduzione della pressione concorrenziale esercitata *sui* concorrenti, ma anche quella della pressione concorrenziale esercitata *dai* concorrenti, come avviene nel caso della seconda teoria del pregiudizio applicata nella decisione controversa, qualificata come insufficiente al punto 370 della sentenza impugnata.

73. Aderisco alla tesi della Commissione secondo la quale i punti 95 e 96 (e, infine, 370) della sentenza impugnata, di cui essa ha correttamente richiamato il contenuto, danno prova di una lettura tanto formalista quanto riduttiva della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, limitandola alle due condizioni asseritamente cumulative enunciate al suo considerando 25. È vero che quest'ultimo costituisce, secondo la volontà del legislatore dell'Unione, un elemento importante per determinare la portata di tale nozione. Per contro, tale considerando non è né in quanto tale giuridicamente vincolante (32), né idoneo a giustificare un'interpretazione di tale articolo 2 che sia contraria agli obiettivi perseguiti dal regolamento, ossia, in particolare, il controllo effettivo di ogni operazione di concentrazione rientrante nel suo ambito di applicazione, la quale possa ostacolare significativamente una concorrenza effettiva, anche su mercati oligopolistici. Lo stesso vale per il punto 25 degli orientamenti, il cui testo coincide ampiamente con quello del considerando 25 del regolamento n. 139/2004, fermo restando che siffatte regole di condotta adottate dalla Commissione non vincolano giuridicamente né i giudici dell'Unione né gli Stati membri (33).

74. Orbene, è giocoforza constatare che, se dovesse essere seguita, l'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 figurante al punto 96 della sentenza impugnata avrebbe per effetto di impedire alla Commissione non solo di erudire, di prendere in considerazione e di ponderare la totalità dei rapporti e delle forze concorrenziali che determinano il funzionamento di un mercato oligopolistico, ma anche di sviluppare, in relazione ad un'operazione di concentrazione prevista su un siffatto mercato, teorie del pregiudizio che non soddisfano le due condizioni asseritamente cumulative, ovvero esaustive, enunciate dal Tribunale. In tal senso, nella specie, solo la prima teoria del pregiudizio della Commissione, come descritta ai punti da 128 a 133 della sentenza impugnata, sarebbe idonea a soddisfare tali requisiti, ma non la sua seconda teoria del pregiudizio esaminata ai punti 330 e seguenti di tale sentenza, come è confermato dal suo punto 370.

75. In particolare, l'approccio categorico del Tribunale dovrebbe avere come effetto quello di censurare, in quanto contraria all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, la considerazione di una riduzione della pressione concorrenziale esercitata *dai* concorrenti a seguito di una concentrazione. Orbene, su un piano generale, una simile pressione costituisce parte integrante di ogni analisi finalizzata all'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione, tra cui quella destinata a determinare il mercato rilevante, il potere di mercato esercitato dagli operatori ivi presenti, o un comportamento che può dar luogo ad una preclusione anticoncorrenziale (34). Una simile interpretazione restrittiva non mi sembra dunque giustificata da nessuna considerazione convincente.

76. Un simile approccio è tantomeno possibile in quanto, indipendentemente dalla sua assenza di carattere giuridicamente vincolante, il considerando 25 del regolamento n. 139/2004, nella misura in cui utilizza la congiunzione «così come», può parimenti essere interpretato nel senso che esso si limita a precisare, a titolo di esempi, due situazioni particolarmente rilevanti o ricorrenti che possono dare luogo ad ostacoli significativi a una concorrenza effettiva causati da effetti non coordinati orizzontali. Limitandosi a fornire tali esempi, tale considerando non esclude altre situazioni idonee a creare questi stessi effetti o a contribuirvi, segnatamente quella in cui la pressione concorrenziale esercitata *dai* concorrenti risulterebbe fortemente ridotta. Infine, non sembra escluso che solo una di tali situazioni, i cui effetti possano essere particolarmente dannosi per la concorrenza, sia sufficiente a concludere per l'esistenza di un siffatto ostacolo significativo.

77. Di conseguenza, la valutazione illustrata al punto 96 della sentenza impugnata è doppiamente errata in quanto, da un lato, essa qualifica le due condizioni enunciate al considerando 25 del regolamento n. 139/2004 sia come «cumulative» sia, quantomeno implicitamente, come esaustive, e, dall'altro, si fonda su tale interpretazione al fine di determinare la portata della nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, di tale regolamento.

78. Del resto, come fatto valere correttamente dalla Commissione, dal punto 370 della sentenza impugnata risulta che l'approccio del Tribunale è contraddittorio al riguardo, nella misura in cui esso ha tenuto conto della concorrenza esercitata *dai* concorrenti, sebbene essa non venga presa in considerazione al considerando 25 del regolamento n. 139/2004. Più precisamente, in tale punto, il Tribunale non ha escluso la rilevanza di un eventuale effetto di riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti sul mercato, in termini di qualità, ma ha precisato che questo solo effetto non era sufficiente per dimostrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

79. Inoltre, il Tribunale ha rinunciato a respingere la prima delle sub-teorie avanzate nell'ambito della seconda teoria del pregiudizio, sintetizzata al punto 298 della sentenza impugnata e al punto 1232 della decisione controversa, per il fatto che tale sub-teoria non soddisfaceva le condizioni cumulative enunciate al punto 96 di tale sentenza. Infatti, detta sub-teoria consiste, in sostanza, nel constatare una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti, ossia la BT/EE e la Vodafone, sull'entità risultante dalla fusione a seguito della concentrazione in questione. Nonostante la sua interpretazione (erronea) della portata del considerando 25 del regolamento n. 139/2004, il Tribunale ha esaminato questa stessa sub-teoria e l'ha respinta nel merito, poiché, a suo avviso, la Commissione non era riuscita a fornire prova sufficientemente valida dell'incapacità della BT/EE e della Vodafone di esercitare una pressione concorrenziale efficace sull'entità risultante dalla fusione (35). Infine, malgrado il fatto che, al punto 359 della sentenza impugnata, il Tribunale abbia nuovamente insistito sulla necessità di soddisfare le condizioni cumulative enunciate al punto 96 di tale sentenza, esso ha ommesso di tenere conto della seconda condizione asseritamente cumulativa, in forza della quale la Commissione sarebbe tenuta a dimostrare che la concentrazione in questione comporta «una riduzione della pressione concorrenziale *sui restanti concorrenti*» (il corsivo è mio).

80. Tuttavia, procedendo in tale modo, il Tribunale ha dato prova di un approccio contraddittorio e ha commesso errori di diritto nell'interpretazione dei criteri richiesti per dimostrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, cosicché la seconda parte del secondo motivo di impugnazione deve essere accolta.

D. Sul terzo motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha, segnatamente, oltrepasato i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretazione

delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti» e ad uno snaturamento sia della decisione controversa sia del controricorso in primo grado

81. Il terzo motivo consta, in sostanza, di quattro parti, concernenti, la prima, un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale avrebbe oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti»; la seconda, un'interpretazione erronea della nozione di «importante forza concorrenziale» e uno snaturamento sia della decisione controversa sia del controricorso in primo grado; la terza, un'interpretazione erronea della nozione di «diretti (close) concorrenti» e uno snaturamento di tale decisione e, la quarta, invocata in subordine, la violazione dell'obbligo di motivazione concernente l'eventuale incompatibilità degli orientamenti con il regolamento n. 139/2004.

1. Sulla prima parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale nell'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti»

82. Con la prima parte del terzo motivo di impugnazione, la Commissione fa valere, in sostanza, che il Tribunale, ritenendo, da un lato, al punto 174 della sentenza impugnata, che un'impresa possa essere qualificata come «importante forza concorrenziale» solo se si distingue dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza, e, dall'altro, al punto 242 di tale sentenza, che la Commissione debba dimostrare che le parti della concentrazione sono «concorrenti particolarmente stretti», si è discostato dalle definizioni delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti» figuranti negli orientamenti e dal contesto normativo ivi fissato. Esso avrebbe violato, di conseguenza, il potere discrezionale della Commissione in materia economica e avrebbe indebitamente sostituito la propria valutazione economica a quella di tale istituzione. Così facendo, il Tribunale avrebbe oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale.

83. Come emerge dalle osservazioni preliminari della Commissione nell'ambito del terzo motivo di impugnazione, essa ritiene di disporre di una prerogativa esclusiva, in forza del suo potere discrezionale in materia economica, relativa all'interpretazione delle nozioni economiche che figurano negli orientamenti. Più precisamente, tale istituzione ritiene che, nella misura in cui tali orientamenti sono compatibili con i requisiti del regolamento n. 139/2004 e del diritto primario dell'Unione, il controllo giurisdizionale effettuato dal Tribunale debba essere limitato alla verifica se la decisione controversa sia conforme ai criteri che la Commissione ha ivi definito, nell'esercizio di tale potere discrezionale.

84. È vero che, nell'ambito del suo controllo delle concentrazioni, la Commissione dispone di un potere discrezionale in materia economica. Pertanto, come è stato indicato al paragrafo 51 supra, nella misura in cui essa sia chiamata ad effettuare, in tale contesto, valutazioni economiche complesse, al Tribunale è vietato sostituire la propria valutazione economica a quella di tale istituzione.

85. Orbene, risulta parimenti da una consolidata giurisprudenza, richiamata al paragrafo 73 supra, che gli orientamenti non possono vincolare giuridicamente il giudice dell'Unione. Essi vincolano unicamente la Commissione stessa, la quale, con la loro adozione, si è autolimitata nell'esercizio del suo potere discrezionale, cosicché non può discostarsene, senza una giustificazione obiettiva ovvero pena la violazione, segnatamente, del principio della parità di trattamento (36). È solo in tale contesto che la giurisprudenza non ha escluso che, in presenza di talune condizioni e a seconda del loro contenuto, siffatte norme di comportamento dotate di una portata generale possano produrre effetti giuridici (37). Ciò vale a maggior ragione per le nozioni economiche che la Commissione precisa nell'ambito di tali orientamenti al fine di guidare la sua prassi amministrativa.

86. Per contro, qualora tali nozioni scaturiscano o dipendano da nozioni giuridiche di diritto primario o derivato dell'Unione, la situazione è diversa. Infatti, nel caso di nozioni giuridiche (indeterminate), inclusa la nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», il giudice dell'Unione dispone di una prerogativa di interpretazione esclusiva e di ultimo grado (38).

87. Alla luce di quanto suesposto, la constatazione figurante al punto 100 della sentenza impugnata, secondo la quale, in sostanza, gli orientamenti, come pure la prassi anteriore della Commissione, non

possono in nessun caso vincolare il giudice dell'Unione, che resta il solo competente ai fini dell'interpretazione del diritto dell'Unione, è dunque esente da errori di diritto.

88. Mi preme precisare che l'assenza di effetti giuridici vincolanti in senso stretto di un atto della Commissione, come gli orientamenti, non impedisce alla Corte di interpretarlo segnatamente nel contesto di un procedimento di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), TFUE (39). Inoltre, non è escluso che il giudice dell'Unione si lasci ispirare da concetti economici risultanti da norme di comportamento o dalla prassi amministrativa della Commissione al fine di precisare la portata delle nozioni giuridiche del diritto dell'Unione, e rispettivamente per riconoscere nuovi concetti o criteri giuridici. Al contrario, a tal riguardo, esistono numerosi esempi giurisprudenziali, anche in materia di concorrenza in senso ampio (40). La considerazione svolta ai punti 101 e 163 della sentenza impugnata, secondo la quale il Tribunale può, se del caso, far propri gli orientamenti e le valutazioni economiche o giuridiche contenute nella prassi decisionale della Commissione o negli orientamenti, è dunque esente da errori di diritto.

89. Ne risulta che, in linea di principio, nulla impedisce al giudice dell'Unione di precisare la portata delle nozioni di «diretti (close) concorrenti» e di «importante forza concorrenziale» figuranti ai punti 28, 37 e 38 degli orientamenti, al fine di stabilire, segnatamente, se la Commissione abbia applicato correttamente tali nozioni nel caso di specie per concludere nel senso dell'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva o se essa si sia tenuta nei limiti delle norme di comportamento che la stessa si è imposta.

90. Di conseguenza, procedendo ad una siffatta interpretazione concettuale, il Tribunale non ha né travisato il potere discrezionale della Commissione in materia economica né sostituito indebitamente la propria valutazione economica a quella di tale istituzione, né oltrepassato i limiti del controllo giurisdizionale.

91. La prima parte del terzo motivo di impugnazione non può dunque essere accolta.

2. Sulla seconda parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione erronea della nozione di «importante forza concorrenziale» e ad uno snaturamento sia della decisione controversa sia del controricorso in primo grado

92. La seconda parte del terzo motivo di impugnazione consta di due censure.

a) Sulla prima censura

93. Con la prima censura della seconda parte del terzo motivo di impugnazione, la Commissione fa valere che il Tribunale ha snaturato sia la decisione controversa sia il controricorso in primo grado, il che inficerebbe di errori la valutazione illustrata ai punti da 173 a 175 della sentenza impugnata. Da un lato, la Commissione addebita al Tribunale di avere erroneamente ritenuto, al punto 171 di tale sentenza, che, nella decisione controversa, essa avrebbe considerato che il fatto che una parte della concentrazione sia qualificata come «importante forza concorrenziale» su un mercato oligopolistico sia sufficiente per ritenere che la concentrazione in questione dia luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Dall'altro, essa afferma che, al punto 170 di detta sentenza, il Tribunale ha snaturato il punto 39 di tale controricorso, il che ha portato tale giudice a creare una propria definizione della nozione di «importante forza concorrenziale», diversa da quella adottata al punto 37 degli orientamenti.

94. In primo luogo, per quanto riguarda il presunto snaturamento della decisione controversa, da un raffronto tra i punti 155 e 171 della sentenza impugnata emerge che il ragionamento del Tribunale contiene, invero, una contraddizione.

95. Al punto 155 della sentenza impugnata, il Tribunale constata correttamente che dal punto 777 della decisione controversa risulta che «uno dei fattori di cui la Commissione si è avvalsa per concludere che la concentrazione comporterebbe effetti non coordinati è il fatto che la “Three rappresenta un'importante forza concorrenziale sul mercato al dettaglio (...), ai sensi del punto 37

degli orientamenti, o esercita, in tutti i casi, un importante vincolo concorrenziale su detto mercato, che essa continuerebbe probabilmente ad esercitare se l'operazione non fosse realizzata» (41).

96. Per contro, al punto 171 della sentenza impugnata, viene enunciato che «[p]er quanto attiene all'eliminazione di un'«importante forza concorrenziale», dalla decisione [controversa] emerge che, a parere della Commissione, *il semplice allentamento della pressione concorrenziale* derivante, in particolare, dalla scomparsa di un'impresa con un ruolo maggiore di quello che lascerebbero supporre le sue quote di mercato, *sarebbe esso stesso sufficiente* a dimostrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» (42).

97. Inoltre, contrariamente a quanto emerge dal punto 171 della sentenza impugnata, la Commissione ha ritenuto, nelle sezioni generali intitolate «Valutazione concorrenziale» e «Quadro di analisi» (43) della decisione controversa, nonché nella sezione intitolata «Criterio sostanziale» (44), e, in particolare, nei punti 313 e 321 di tale decisione, che gli orientamenti contengano una *serie di fattori* che potrebbe incidere sulla questione se l'operazione di concentrazione possa o meno comportare effetti non coordinati orizzontali sul mercato rilevante. Se è vero che la Commissione ha ivi parimenti precisato che non tutti questi fattori devono necessariamente ricorrere affinché simili effetti siano probabili e che la presenza di detti fattori potrebbe incidere sul grado di tali effetti non coordinati, ciò non toglie che essa non ne ha desunto che la presenza di uno solo di questi stessi fattori sarebbe sufficiente per constatare che tale operazione di concentrazione potrebbe integrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

98. Infine, né la decisione controversa né le memorie della CK Telecoms indicano che, nell'ambito della sua valutazione della concentrazione in questione, la Commissione sarebbe effettivamente pervenuta alla conclusione illustrata al punto 171 della sentenza impugnata. Ciò appare ancor meno credibile in quanto, in conformità al punto 26 degli orientamenti, attuato dalla Commissione nella specie, la circostanza che una delle parti dell'operazione di concentrazione possa essere qualificata come «importante forza concorrenziale» non è che uno dei fattori, elencati ai punti da 27 a 38 di tali orientamenti, che possono incidere sulla probabilità che dall'operazione di concentrazione derivino effetti non coordinati significativi.

99. Pertanto, ritengo che, in effetti, il punto 171 della sentenza impugnata integri uno snaturamento che risulta manifestamente dai documenti del fascicolo, senza che sia necessario effettuare una nuova valutazione né dei fatti né delle prove (45). Come emerge, segnatamente, dai punti da 172 a 174 di tale sentenza, siffatto snaturamento ha avuto conseguenze nella misura in cui, tra le altre considerazioni, esso ha indotto il Tribunale a concludere per l'esistenza di un errore di diritto e per quella di un errore «errore di valutazione» inficiante il punto 326 della decisione controversa.

100. Di conseguenza, la prima censura deve essere accolta nella misura in cui addebita al Tribunale uno snaturamento della decisione controversa, effettuato al punto 171 della sentenza impugnata.

101. In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento secondo il quale il Tribunale avrebbe creato la sua propria definizione della nozione di «importante forza concorrenziale», è sufficiente respingerlo per le ragioni enunciate ai paragrafi da 83 a 90 supra.

102. In terzo luogo, ritengo che occorra accogliere la prima censura nella misura in cui la Commissione addebita al Tribunale di avere snaturato il punto 39 del suo controricorso constatando, al punto 170 della sentenza impugnata, che la Commissione avrebbe ivi «riconosciuto che un'«importante forza concorrenziale» deve rivestire un ruolo maggiore di quello che lascerebbero supporre le quote di mercato da essa detenute, deve esercitare una concorrenza particolarmente aggressiva e forzare gli altri operatori sul mercato a seguire detto comportamento».

103. Infatti, come risulta dall'ultima parte di frase del punto 216 di tale sentenza, il Tribunale si fonda su tale definizione della nozione di «importante forza concorrenziale», asseritamente adottata in tale controricorso, per verificare se la Commissione abbia fornito prova sufficientemente valida del fatto che la Three esercitasse una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi e costringesse gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai suoi prezzi o che la sua politica dei prezzi fosse idonea a modificare, in maniera significativa, le dinamiche concorrenziali sul mercato. Esso ha alla fine

concluso nel senso dell'esistenza di un «errore di valutazione» della Commissione a tal riguardo, sulla base del rilievo che tale impresa non può essere qualificata come «importante forza concorrenziale».

104. Tuttavia, è gioco forza constatare che dalla decisione controversa non emerge alcuna definizione del genere, neanche dal suo punto 326, di cui il Tribunale afferma di avere controllato la legittimità in tale contesto (46). Occorre aggiungere che le ultime due frasi del punto 39 del controricorso indicano unicamente un esempio inteso a suffragare la tesi della Commissione secondo la quale «non tutti i concorrenti su un mercato oligopolistico hanno sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le loro quote di mercato o altri sistemi di misurazione similari».

105. Pertanto, la prima censura della seconda parte del terzo motivo di impugnazione deve essere accolta nella misura in cui essa addebita al Tribunale uno snaturamento della decisione controversa e del controricorso in primo grado.

b) Sulla seconda censura

106. Con la seconda censura, la Commissione addebita, in sostanza, al Tribunale di avere commesso un errore di diritto imponendo requisiti eccessivi per qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale». A tal riguardo, occorre ricordare che, al punto 174 della sentenza impugnata, viene indicato che, per procedere a una siffatta qualificazione, la Commissione deve segnatamente esaminare se tale impresa si distingue dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza. Inoltre, ai punti 170 e 216 di tale sentenza, viene precisato che la Commissione è tenuta a fornire prova sufficientemente valida che detta impresa «esercit[i] una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi» e «costring[a] gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai suoi prezzi o che la sua politica dei prezzi [sia] idonea a modificare, in maniera significativa, le dinamiche concorrenziali sul mercato conformemente alla definizione della nozione di “importante forza concorrenziale”».

107. Per contro, il punto 37 degli orientamenti, applicato dalla Commissione nella specie, si limita ad enunciare che «[a]lcune imprese hanno sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le loro quote di mercato o altri sistemi di misurazione similari» e che «[u]na concentrazione cui partecipa una simile impresa può modificare le dinamiche concorrenziali in modo significativamente anticompetitivo, in particolare quando il mercato è già concentrato». Tale punto menziona dunque l'esempio di un'impresa entrata recentemente sul mercato e idonea ad esercitare «nel futuro una significativa pressione concorrenziale sulle altre imprese operanti sul mercato» (47).

108. Di conseguenza, né il punto 37 né il punto 38 di tali orientamenti presuppongono che un'impresa qualificata come «importante forza concorrenziale» debba distinguersi dai suoi concorrenti sotto il profilo della sua incidenza sulla concorrenza, ovvero dare prova di una «concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi» che costringa tali concorrenti ad allinearsi ai suoi prezzi. È sufficiente che essa abbia sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le sue quote di mercato o altri sistemi di misurazione similari, indipendentemente da detti altri concorrenti sul mercato.

109. Pertanto, il Tribunale non era legittimato a contestare alla Commissione, neanche implicitamente, di essersi discostata, nella decisione controversa, dai criteri che la stessa si era imposta ai punti 37 e 38 degli orientamenti. Inoltre, i due criteri enunciati ai punti 170 e 216 della sentenza impugnata, non adottati in tale decisione, riguardavano, in realtà, soltanto un esempio fornito nel controricorso in primo grado, il cui contenuto è stato snaturato dal Tribunale (v. ai paragrafi 102 e 103 supra). Infatti, tale esempio prende in considerazione una situazione in cui si potrebbe ritenere che un'impresa rientri nella nozione di «importante forza concorrenziale», e non è inteso a precisare la portata di tale nozione su un piano generale. Analogamente, il fatto che la Commissione, nella sua prassi decisionale anteriore, come richiamata ai punti da 164 a 167 della sentenza impugnata e che non vincola il giudice dell'Unione (48), abbia ritenuto che talune imprese rivestissero un ruolo unico, in quanto «soggetti perturbatori del mercato», non implica che si tratti delle uniche fattispecie in cui la nozione di «importante forza concorrenziale» è presente.

110. Inoltre, non è stato addotto alcun argomento convincente inteso a dimostrare che la portata della nozione di «importante forza concorrenziale», ai sensi dei punti 37 e 38 degli orientamenti, debba essere interpretata in maniera altrettanto restrittiva o in maniera diversa da quella adottata a tale punto

37 e al punto 326 della decisione controversa. Al contrario, una siffatta interpretazione rischierebbe di sottovalutare a priori le forze concorrenziali esistenti all'interno di un mercato oligopolistico, già concentrato. Anche se l'aggettivo «importante» presuppone l'attribuzione all'impresa interessata di un comportamento concorrenziale *sostanziale* su tale mercato, la cui qualità sia idonea a «modificare le dinamiche concorrenziali in modo significativamente anticompetitivo» e che va oltre il suo significato in termini di quote di mercato o di altri sistemi di misurazione simili, esso non può essere interpretato nel senso che esige l'esercizio di una «concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi».

111. A tal riguardo, l'argomento, tuttavia accolto al punto 175 della sentenza impugnata, secondo il quale ogni altra interpretazione renderebbe estremamente probabile che la Corte vieti sistematicamente qualsiasi operazione di concentrazione orizzontale su un mercato oligopolistico, non può prosperare. A parte il fatto che una siffatta evoluzione non è accertata (v. paragrafo 63 supra), tale argomento si basa in definitiva su un requisito probatorio più elevato imposto alla Commissione al fine di dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva risultante da effetti non coordinati, per il quale non sussiste alcuna giustificazione convincente (v. ai paragrafi da 46 a 65 supra). È dunque esattamente in tale contesto che l'inosservanza, da parte del Tribunale, del livello di prova richiesto, accertata in risposta al primo e al secondo motivo, ha conseguenze. Per le stesse ragioni, alla Commissione non può essere addebitato, come fatto dal Tribunale al punto 173 della sentenza impugnata, di avere «ampia[to] considerevolmente il campo di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004», ovvero di avere amalgamato nozioni giuridiche diverse.

112. Ne consegue che, ai punti da 173 a 175 della sentenza impugnata, il Tribunale, da un lato, è incorso in un errore di diritto nel ritenere che, qualora l'interpretazione della Commissione fosse adottata, ogni impresa un mercato oligopolistico che eserciti una pressione concorrenziale potrebbe essere qualificata come «importante forza concorrenziale». Dall'altro, è parimenti in modo erroneo che il Tribunale ha concluso che dall'interpretazione della Commissione conseguirebbe che il fatto che una parte della concentrazione sia qualificata come «importante forza concorrenziale» su un mercato oligopolistico sarebbe sufficiente per ritenere che la concentrazione in questione dia luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

113. Di conseguenza, la seconda censura della seconda parte del terzo motivo di impugnazione deve essere accolta.

3. Sulla terza parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad un'interpretazione erronea della nozione di «diretti (close) concorrenti» e ad uno snaturamento della decisione controversa

114. La terza parte del terzo motivo di impugnazione consta di due censure.

a) Sulla prima censura

115. Con la prima censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale di avere erroneamente ritenuto, al punto 242 della sentenza impugnata, che essa fosse tenuta a dimostrare che le parti della concentrazione erano «concorrenti particolarmente stretti». Secondo la Commissione, così facendo, il Tribunale si è fondato su un requisito probatorio eccessivo e contrario agli orientamenti. Infatti, non sarebbe necessario che le parti della concentrazione siano concorrenti particolarmente stretti al fine di constatare l'esistenza di una prossimità della concorrenza tra gli stessi, quale fattore rilevante per concludere per l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Il fatto che altri concorrenti siano parimenti stretti, o addirittura più stretti, non può inficiare una siffatta conclusione.

116. La valutazione del Tribunale vertente sul livello di prossimità della concorrenza tra le parti della concentrazione fa parte del suo esame della prima teoria del pregiudizio avanzata dalla Commissione relativa agli effetti non coordinati sul mercato al dettaglio. In conformità a quanto indicato al punto 128 della sentenza impugnata, nel quadro di tale teoria, la Commissione si è fondata sull'importante vincolo concorrenziale esercitato dalla Three e dalla O2, sull'intensità del loro rapporto concorrenziale, sulle loro quote di mercato e sugli incentivi per l'entità risultante dalla concentrazione ad aumentare i prezzi, oltre che sulla capacità di concorrenza dei suoi concorrenti. Essa ne ha concluso, al punto 1226 della decisione controversa, che la concentrazione in questione «p[oteva] produrre effetti anticoncorrenziali non coordinati sul mercato al dettaglio».

117. Al punto 234 della sentenza impugnata, il Tribunale ha riconosciuto che la nozione di «concorrente diretto» non figurava nel regolamento n. 139/2004, ma solo negli orientamenti. Orbene, ai punti 235 e 241 di tale sentenza, viene indicato, in sostanza, che l'applicabilità dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di tale regolamento, richiede «l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali» reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, il che rappresenta l'effetto unilaterale più diretto di una concentrazione su un mercato oligopolistico. Ai punti 242, 247 e 249 di detta sentenza, il Tribunale ne ha desunto essenzialmente che la Commissione doveva dimostrare, nel caso di un mercato oligopolistico sul quale tutti gli operatori sono, per definizione, più o meno stretti, che tali parti costituivano «concorrenti particolarmente stretti» invece che «diretti (close) concorrenti».

118. Infine, ai punti 249 e 250 della sentenza impugnata, il Tribunale ha accolto la linea argomentativa della CK Telecoms vertente sulla ridotta efficacia probatoria dell'analisi della prossimità del rapporto di concorrenza tra la Three e la O2. Il Tribunale ha motivato tale posizione con il fatto che la Three e la O2 erano soltanto concorrenti relativamente stretti su una parte dei segmenti di un mercato concentrato che conta quattro operatori di telefonia mobile. Orbene, ciò sarebbe insufficiente alla luce dei summenzionati requisiti, salvo vietare, per principio, ogni concentrazione che comporti una riduzione del numero degli operatori da quattro a tre.

119. A tal riguardo, occorre ricordare che, allorché la Commissione, nella decisione controversa, ha valutato il criterio della prossimità della concorrenza tra le parti della concentrazione, sulla base di una valutazione qualitativa dei coefficienti di dirottamento fondata su dati di portabilità dei numeri di telefonia mobile (49), essa ha attuato, segnatamente, il punto 26 degli orientamenti. Secondo quest'ultimo, un siffatto criterio costituisce solamente un fattore rilevante fra gli altri che possono incidere nell'analisi volta a verificare se è probabile che da una concentrazione derivino effetti non coordinati significativi. Ai sensi di tale disposizione, tale probabilità deve essere valutata alla luce di una serie di fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente decisivi e non devono essere necessariamente tutti presenti a tal fine. Come è confermato dal mio esame della seconda censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione, illustrato ai paragrafi da 127 a 131 infra, in conformità a tale disposizione, il criterio della prossimità della concorrenza costituisce unicamente uno dei fattori valutati dalla Commissione a sostegno della sua prima teoria del pregiudizio (50).

120. Inoltre, dal punto 28 degli orientamenti risulta che la prossimità della concorrenza viene valutata in funzione del grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti ad una concentrazione. Secondo tale punto, da un lato, i prodotti possono, nell'ambito di un mercato rilevante, essere differenziati in modo tale che alcuni prodotti sono sostituiti più stretti di altri, e, dall'altro, quanto più elevato è il grado di sostituibilità tra i prodotti di tali imprese, tanto più è probabile che esse aumenteranno i prezzi in misura significativa (51). Come è indicato al punto 444 della decisione controversa, il punto 29 di tali orientamenti prevede che il grado di sostituibilità possa essere valutato mediante, segnatamente, coefficienti di dirottamento (52), come fatto dalla Commissione nella specie.

121. Ne consegue che gli orientamenti prendono le mosse dalla premessa che esistono, effettivamente, diversi livelli di prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti ad un'operazione di concentrazione. Orbene, non ne risulta tuttavia che, ai fini della valutazione del criterio della prossimità della concorrenza, quale fattore rilevante per concludere nel senso dell'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, il livello di prossimità rilevante debba essere, come richiesto ai punti 242, 247 e 249 della sentenza impugnata, quello di «concorrenti particolarmente stretti».

122. Pertanto, il Tribunale non era legittimato a contestare alla Commissione, neppure implicitamente, di non avere rispettato, nella decisione controversa, i criteri che essa si era imposta ai punti 26, 28 e 29 degli orientamenti. Ciò mi sembra essere tanto meno possibile in quanto il criterio della prossimità della concorrenza costituisce unicamente un fattore che deve essere preso in considerazione congiuntamente ad altri fattori rilevanti per consentire alla Commissione di ritenere che la concentrazione in questione potesse comportare effetti non coordinati dannosi e, pertanto, dare luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Orbene, tenendo conto di questo solo fattore, senza prendere in considerazione gli altri fattori valutati dalla Commissione, il Tribunale non poteva concludere per l'assenza di una prova dell'esistenza di un siffatto ostacolo.

123. Analogamente, diversamente da quanto emerge da una lettura complessiva dei punti 235, 241, 242, 245 e 247 della sentenza impugnata, l'asserito requisito del carattere «particolarmente» stretto del rapporto concorrenziale delle imprese partecipanti alla concentrazione non è suffragato dal testo del considerando 25 del regolamento n. 139/2004, ai sensi del quale l'articolo 2, paragrafo 3, di tale regolamento richiede l'eliminazione degli «importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione», né dalla nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva» in quanto tale.

124. Al pari di quanto illustrato al paragrafo 111 supra, tale asserito requisito si basa in definitiva sul livello di prova eccessivo che il Tribunale ha imposto alla Commissione al fine di dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva risultante da effetti non coordinati, per il quale non esiste alcuna giustificazione convincente (v. paragrafi da 46 a 65 supra). È dunque parimenti in tale contesto che l'inosservanza da parte del Tribunale del livello di prova richiesto, come accertata in risposta al primo e al secondo motivo, ha delle conseguenze. Ciò è confermato dalla constatazione figurante al punto 249 della sentenza impugnata, secondo cui la dimostrazione da parte della Commissione che la Three e la O2 erano «concorrenti relativamente stretti» su una parte soltanto dei segmenti di un mercato concentrato che conta quattro operatori di telefonia mobile, non sarebbe sufficiente per accertare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, salvo vietare, per principio, ogni concentrazione comportante una riduzione del numero degli operatori da quattro a tre.

125. Pertanto, ritengo che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto nel ritenere, al punto 250 della sentenza impugnata, che l'analisi della Commissione della prossimità del rapporto concorrenziale tra la Three e la O2 fosse viziata.

126. La prima censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione deve pertanto essere accolta.

b) Sulla seconda censura

127. Con la seconda censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale di avere snaturato la decisione controversa e concluso erroneamente, segnatamente al punto 249 della sentenza impugnata, che, in tale decisione, essa era partita dalla premessa secondo la quale la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 sul mercato rilevante era sufficiente, di per sé, per ritenere che la concentrazione in questione avrebbe dato luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. A tal riguardo, la Commissione afferma che, come rilevato dal Tribunale stesso al punto 227 della sentenza impugnata, si trattava in tal caso soltanto di uno dei fattori che avevano indotto tale istituzione a concludere che tale concentrazione avrebbe creato effetti non coordinati.

128. Ai sensi del punto 249 della sentenza impugnata, in sostanza, la dimostrazione del mero fatto che la Three e la O2 siano concorrenti relativamente stretti su una parte dei segmenti di un mercato concentrato che conta quattro operatori di telefonia mobile non sarebbe da sola sufficiente né per provare l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione né per accertare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, salvo vietare, per principio, ogni concentrazione che comporti una riduzione del numero degli operatori da quattro a tre.

129. È vero che, come asserito dalla Commissione, la decisione controversa non contiene alcun motivo né elemento contestuale che consenta di interpretarla nel senso che essa afferma che la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 era sufficiente, *di per sé*, per ritenere che la concentrazione in questione potesse rappresentare un ostacolo a una concorrenza effettiva. Al contrario, come ricordato ai paragrafi da 119 a 121 supra, dal combinato disposto dei punti 313, 321, 444 e 463 di tale decisione si evince che, nell'ambito della sua prima teoria del pregiudizio, la Commissione ha attuato i criteri enunciati ai punti 26, 28 e 29 degli orientamenti prevedendo diversi fattori, tra cui quello della prossimità della concorrenza determinata sulla base dei coefficienti di dirottamento, per accertare che la concentrazione in questione poteva comportare effetti non coordinati sul mercato rilevante.

130. Ciò non toglie che il ragionamento del Tribunale figurante al punto 249 della sentenza impugnata sia ambiguo e non debba essere necessariamente inteso nel senso che addebita alla Commissione di avere ritenuto essa stessa, nella decisione controversa, che una siffatta prova fosse, *di per sé*,

sufficiente. Una siffatta lettura della decisione controversa risulta tantomeno possibile in quanto, come rilevato peraltro correttamente dalla Commissione, il Tribunale ha riconosciuto, al punto 227 di tale sentenza, che la prossimità del rapporto concorrenziale era soltanto «[u]n (...) fattore utilizzato dalla Commissione per affermare che la concentrazione [in questione] produrrebbe effetti non coordinati» (53). Piuttosto che costituire uno snaturamento del contenuto di tale decisione, siffatto ragionamento si integra in una valutazione inficiata da una serie di errori di diritto commessi dal Tribunale, tra cui quello constatato ai paragrafi 124 e 125 supra, nella misura in cui ha richiesto un livello di prova eccessivamente elevato, anche in relazione a ciascuno degli elementi valutati dal medesimo per stabilire se essi fossero idonei a dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

131. In tale misura, la seconda censura si sovrappone alla prima censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione (paragrafi da 115 a 125 supra) e deve essere respinta nei limiti in cui essa addebita al Tribunale di avere snaturato la decisione controversa.

4. Sulla quarta parte del terzo motivo di impugnazione, relativa ad una violazione dell'obbligo di motivazione concernente l'eventuale incompatibilità degli orientamenti con il regolamento n. 139/2004

132. Con la quarta parte del terzo motivo di impugnazione, la Commissione fa valere, in subordine, che, poiché la CK Telecoms non aveva contestato dinanzi al Tribunale la compatibilità degli orientamenti con l'articolo 2 del regolamento n. 139/2004, tale giudice non può esaminare di propria iniziativa siffatta questione.

133. A tal riguardo, è sufficiente rilevare che, da un lato, le parti dalla prima alla terza di tale motivo, sollevate in via principale, devono essere essenzialmente accolte (v. paragrafi da 82 a 131 supra), e, dall'altro, nella sentenza impugnata, il Tribunale non ha concluso che tali orientamenti erano incompatibili con l'articolo 2 del regolamento n. 139/2004. Ne consegue che la quarta parte del terzo motivo di impugnazione non deve essere esaminata.

E. Sul quarto motivo di impugnazione, relativo ad uno snaturamento della linea argomentativa della Commissione concernente la sua analisi quantitativa e ad errori di diritto

1. Sul carattere operante del quarto motivo di impugnazione

134. Con la prima parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione afferma, da un lato, che il Tribunale ha snaturato i suoi argomenti svolti nel controricorso e nella controreplica in primo grado, nella misura in cui ha constatato, al punto 273 della sentenza impugnata, che era pacifico tra le parti che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione fosse di [riservato] %, mentre tale cifra è stata contestata dalla Commissione nel corso del giudizio. Dall'altro, la Commissione addebita al Tribunale di essere incorso in un errore di diritto in tale punto concludendo che tale aumento dei prezzi non era significativo in quanto era inferiore all'aumento dei prezzi di cui a cause precedenti concernenti operazioni di concentrazione autorizzate dalla Commissione a determinate condizioni.

135. Con la seconda parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione fa valere, in sostanza, che il Tribunale le ha erroneamente imposto, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, di includere nella sua analisi UPP gli incrementi «standard» di efficienza che, secondo tale giudice, sono propri di ogni operazione di concentrazione.

136. L'argomentazione della CK Telecoms secondo la quale il presente motivo di impugnazione sarebbe inoperante non può essere accolta.

137. A tal riguardo, in primo luogo, occorre ricordare che, ai punti da 255 a 259 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto l'argomentazione della CK Telecoms secondo la quale l'analisi UPP era priva di efficacia probatoria e non sarebbe possibile avvalersene quale prova concordante di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

138. In secondo luogo, anche se, al punto 268 di tale sentenza, il Tribunale ha ritenuto che l'analisi UPP non fosse un elemento di prova determinante, esso non ne ha tuttavia negato l'efficacia probatoria. Lo stesso ha constatato, piuttosto, che l'analisi de qua non è sufficiente a dimostrare che l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle parti comporterebbe un incremento significativo dei prezzi e, quindi, un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

139. In terzo luogo, per pervenire alla sua conclusione, illustrata al punto 282 della sentenza impugnata, secondo la quale la Commissione non aveva dimostrato con sufficiente probabilità che i prezzi subirebbero un siffatto incremento «significativo», il Tribunale ha rilevato, al punto 273 di tale sentenza, che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione era, «secondo la [CK Telecoms], non contraddetta su questo punto dalla Commissione», di [riservato] %. Orbene, tale aumento sarebbe inferiore agli aumenti di prezzo di cui ai casi COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (in prosieguo: il «caso irlandese») e COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus in prosieguo: il «caso tedesco»), pari rispettivamente al 6,6 % e al 9,5 %, il che non ha impedito alla Commissione di autorizzare le operazioni di concentrazione di cui trattasi subordinatamente al rispetto di determinate condizioni.

140. In quarto luogo, ai punti da 277 a 281 della sentenza impugnata, il Tribunale ha addebitato, in sostanza, alla Commissione, di non avere incluso nella sua analisi UPP gli incrementi di efficienza generati dalla concentrazione in questione, i quali ne costituirebbero tuttavia una parte integrante. Pertanto, secondo il Tribunale, era parimenti per questa ragione che la Commissione non era riuscita a dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva a causa di un deterioramento della qualità della rete, sulla quale era fondata in parte la sua seconda teoria del pregiudizio.

141. Alla luce di quanto suesposto, l'argomentazione della Commissione intesa a dimostrare, primo, che essa aveva contestato la percentuale esatta dell'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione; secondo, che il Tribunale ha erroneamente comparato il caso di specie ad altri casi di concentrazione trattati in precedenza e, terzo, che essa non era tenuta ad includere nella sua analisi UPP incrementi di efficacia, come quelli enunciati ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, non può essere qualificata come inoperante. Infatti, ciascuna di queste tre censure è idonea a rimettere in discussione la fondatezza in diritto della conclusione alla quale il Tribunale è pervenuto al punto 282 della sentenza impugnata.

142. Dette censure devono pertanto essere esaminate nel merito.

2. Sulla prima parte del quarto motivo di impugnazione, relativa ad uno snaturamento dell'argomentazione della Commissione concernente l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione e ad un errore di diritto del Tribunale nella sua valutazione dell'analisi quantitativa

143. Con la prima censura della prima parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale di avere snaturato i suoi argomenti illustrati al punto 157 del controricorso e al punto 61 della controreplica in primo grado ritenendo, erroneamente, al punto 273 della sentenza impugnata, che fosse pacifico che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione fosse di [riservato] %, mentre tale cifra era stata contestata dalla Commissione nel corso del giudizio.

144. Come è stato ricordato al paragrafo 139 supra, il Tribunale ha rilevato, al punto 273 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva contestato, nel corso del giudizio, l'argomento della CK Telecoms secondo il quale l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione era di [riservato] %.

145. Tuttavia, è giocoforza constatare che, al punto 157 del controricorso, la Commissione aveva effettivamente contestato tale cifra e aveva affermato che essa doveva essere di [riservato] %, il che è confermato dai punti 159 e 160 di tale controricorso e dal punto 61 della controreplica. In conformità alla giurisprudenza citata al paragrafo 99 supra, emerge dunque manifestamente dai documenti del fascicolo che il Tribunale, al punto 273 della sentenza impugnata, non solo ha snaturato gli argomenti della Commissione illustrati al punto 157 di detto controricorso, ma, avendo riconosciuto un fatto

rilevante, ossia un eventuale aumento dei prezzi di [riservato] %, come pacifico tra le parti, sebbene fosse vero il contrario, ha altresì proceduto ad un'applicazione erronea delle norme che disciplinano l'onere e l'amministrazione della prova (54).

146. È sufficiente rilevare, in risposta alla seconda censura della prima parte del presente motivo di impugnazione, che, già solo per questa ragione, il Tribunale non era autorizzato ad addebitare alla Commissione, al punto 273 della sentenza impugnata, di avere omesso di dimostrare in maniera convincente che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione in questione non era significativo per il motivo (implicito) che tale aumento era inferiore di solo [riservato] % a quello di cui al caso irlandese (6,6 %) e ampiamente inferiore a quello di cui al caso tedesco (9,5 %), nei quali le concentrazioni interessate erano state autorizzate a determinate condizioni. Un simile approccio, fondato su un fatto non accertato, è contrario alle norme relative alla valutazione delle prove e dunque erroneo in diritto.

147. Inoltre, in assenza di una spiegazione figurante nella sentenza impugnata relativa alla comparabilità delle situazioni in questione, il Tribunale non era legittimato a fondare tale conclusione su una comparazione con questi altri casi, in cui le imprese partecipanti alla concentrazione avevano offerto taluni impegni ed erano riuscite a dissipare le preoccupazioni concorrenziali della Commissione. Detti casi non erano dunque necessariamente comparabili al caso di specie, le cui circostanze specifiche hanno dato luogo al divieto della concentrazione in questione, segnatamente, sulla base della prima teoria del pregiudizio. Pertanto, parimenti per tale ragione, erroneamente il Tribunale, al punto 273 della sentenza impugnata, ha respinto in quanto non convincenti le prove apportate dalla Commissione a sostegno di tale teoria.

148. Per contro, non ritengo che tale errore integri anche, come fatto valere dalla Commissione, una sostituzione vietata della sua valutazione economica complessa, nell'ambito della sua analisi UPP, relativa al carattere significativo dell'aumento dei prezzi. Infatti, dal punto 273 della sentenza impugnata si evince che il Tribunale non era persuaso dalla linea argomentativa della Commissione. Pertanto, per pervenire alla sua conclusione, il Tribunale si è limitato ad applicare le norme relative all'amministrazione e all'onere della prova e ad avvalersi della sua libertà di valutazione delle prove, senza tuttavia avere proceduto ad un calcolo proprio del carattere significativo dell'aumento dei prezzi.

149. Alla luce delle considerazioni svolte ai paragrafi da 145 a 147 supra, la prima parte del quarto motivo di impugnazione deve pertanto essere accolta.

3. Sulla seconda parte del quarto motivo di impugnazione, relativa ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale ha preteso dalla Commissione l'inclusione nella sua analisi UPP degli incrementi «standard» di efficienza

150. Con la seconda parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale di avere erroneamente ritenuto, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, che essa avrebbe dovuto includere nella sua analisi UPP incrementi «standard» di efficienza che, secondo tale giudice, sono propri di ogni operazione di concentrazione.

151. È effettivamente procedendo ad un approccio piuttosto innovativo che il Tribunale ha ritenuto, al punto 277 della sentenza impugnata, che ogni concentrazione comportasse miglioramenti di efficienza la cui portata dipendeva anch'essa dalla pressione concorrenziale esterna. A suo avviso, tali incrementi derivano, segnatamente, da sforzi di razionalizzazione e di integrazione dei processi di produzione e di distribuzione da parte dell'entità risultante dalla fusione, che possono portarla a ridurre i suoi prezzi. Come risulta dai punti 278 e 279 di tale sentenza, il Tribunale ha distinto detti incrementi di efficacia da quelli figuranti negli orientamenti dei quali la parte notificante deve dimostrare l'esistenza, esistenza che la Commissione ha respinto nella specie (55). Il Tribunale ha precisato che, mentre questi stessi incrementi di efficienza dovevano essere esaminati nel quadro dell'analisi complessiva della concentrazione sotto il profilo della concorrenza, al fine di determinare la loro capacità di controbilanciare i suoi effetti restrittivi, gli incrementi «standard» di efficienza erano propri di ciascuna concentrazione ed erano «soltanto una componente di un modello quantitativo che mira a stabilire se una concentrazione possa produrre tali effetti restrittivi». Ne desumo che il Tribunale ha ritenuto che la

Commissione fosse tenuta a prendere in considerazione gli incrementi «standard» di efficienza in maniera sistematica e di propria iniziativa in tutte le fattispecie.

152. Questa nuova categoria di incrementi di efficienza cosiddetti «standard» individuata dal Tribunale, che si presuppone siano inerenti a ciascuna operazione di concentrazione orizzontale, corrisponde alla tipologia degli incrementi di efficienza «per default» il cui riconoscimento è auspicato da taluni autori, segnatamente economisti, per controbilanciare le incertezze risultanti da un'analisi UPP (56). In tal senso, si propone di includere in una siffatta analisi un «credito» di una certa percentuale, ad esempio del 10 %, a titolo di incrementi di efficienza «per default», direttamente connessi alla concentrazione, in grado di controbilanciare la percentuale in termini di aumento di prezzi stimato nell'ambito di un'analisi UPP (57).

153. Orbene, il riconoscimento di una siffatta categoria di incrementi di efficienza in materia di controllo delle concentrazioni dell'Unione non risulta né dal regolamento n. 139/2004 né dal regolamento (CE) n. 802/2004 (58) né dagli orientamenti. Inoltre, il Tribunale ha ommesso di indicare le basi giuridiche che potrebbero indurre la Corte a riconoscere la rilevanza di tali incrementi di efficienza e a fondare un obbligo per la Commissione di prenderli in considerazione al di fuori del contesto normativo applicabile, senza invadere il suo potere discrezionale in materia di gestione della politica della concorrenza e di controllo delle concentrazioni.

154. È vero che la Corte ha già dichiarato che la Commissione doveva tenere conto di aspetti favorevoli alla concorrenza specifici connessi ad un accordo, i quali sono stati invocati dalle parti, nell'ambito del suo contesto economico, al fine di valutare se tali presunti aspetti favorevoli alla concorrenza fossero idonei a rimettere in discussione la constatazione secondo la quale tale accordo costituisce una restrizione della concorrenza «per oggetto» e di valutare la necessità di spostare l'esame verso quello di una restrizione della concorrenza «per effetto», ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (59). Tuttavia, la Corte ha parimenti precisato che un siffatto approccio non rientrava nell'ambito di applicazione di una «regola di applicazione ragionevole» (*rule of reason*), come quella riconosciuta nel diritto della concorrenza degli Stati Uniti, la quale presupporrebbe la ponderazione d'ufficio da parte della Commissione della totalità degli effetti favorevoli per la concorrenza e di quelli anticoncorrenziali nell'ambito del solo paragrafo 1 di tale articolo (60), poiché una siffatta ponderazione deve essere effettuata nell'ambito del suo paragrafo 3 (61).

155. Analogamente, non esiste alcuna ragione convincente per riconoscere, al di fuori del contesto normativo applicabile al controllo delle concentrazioni, un dovere della Commissione di includere, nella sua valutazione dell'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, segnatamente risultante da effetti non coordinati orizzontali creati da un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico, un esame «per default» di incrementi di efficienza del tipo richiesto dal Tribunale nella specie. Rientra tutt'al più nel compito della Commissione, a titolo dell'esercizio del suo potere discrezionale in materia, in particolare nell'ambito di un'eventuale revisione degli orientamenti, verificare la necessità di effettuare una siffatta analisi di propria iniziativa.

156. Orbene, allo stato attuale del diritto dell'Unione, il considerando 29 del regolamento n. 139/2004 si limita ad enunciare il documentato e probabile guadagno di efficienza addotto dalle imprese interessate di cui la Commissione deve tenere conto per determinare l'impatto di una concentrazione sulla concorrenza nel mercato interno, cui il Tribunale fa riferimento al punto 279 della sentenza impugnata. Analogamente, in conformità alla sezione 9 dell'allegato I del regolamento n. 802/2004, incombe all'impresa interessata descrivere, producendo i relativi documenti giustificativi, tali guadagni di efficienza adottati. Infine, i criteri rilevanti che disciplinano la considerazione di detti guadagni di efficienza sono contemplati ai punti da 76 a 88 degli orientamenti.

157. In tali circostanze, ritengo che il Tribunale, esigendo dalla Commissione, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, di includere nella sua analisi UPP incrementi «standard» di efficienza, non previsti da tale normativa, sia incorso in un errore di diritto.

158. Pertanto, occorre parimenti accogliere la seconda parte del quarto motivo di impugnazione, nonché, di conseguenza, tale motivo in toto.

F. Sul quinto motivo di impugnazione, relativo ad un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale non avrebbe valutato tutti i fattori e gli elementi di prova rilevanti

159. Con il quinto motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale di non avere verificato se la totalità dei fattori e degli elementi di prova rilevanti consentissero di ritenere che essa fosse riuscita, nella specie, ad accertare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Il Tribunale si sarebbe erroneamente limitato ad esaminare alcuni dei fattori e degli elementi a sostegno della prima teoria del pregiudizio e della questione se, considerati separatamente, essi fossero sufficienti a tal fine. A tal riguardo, il Tribunale avrebbe snaturato la decisione controversa, avrebbe sostituito la propria valutazione economica a quella della Commissione, avrebbe applicato erroneamente i criteri giuridici rilevanti e avrebbe violato il suo obbligo di motivazione.

160. In via preliminare, ritengo che, contrariamente a quanto fatto valere dalla CK Telecoms, il presente motivo di impugnazione non sia né irricevibile né inoperante per il fatto che la Commissione chiederebbe alla Corte di dichiarare che il Tribunale dovrebbe colmare le lacune nella decisione controversa e riesaminare la concentrazione in questione. La Commissione solleva in questa sede una questione di diritto relativa al carattere completo dell'esame da parte del Tribunale dei fattori giuridici e degli elementi di prova rilevanti, e, pertanto, alle norme che disciplinano l'amministrazione e la valutazione delle prove. Orbene, tale questione di diritto può incidere sulla fondatezza della conclusione del Tribunale secondo la quale la Commissione non ha fornito prova sufficientemente valida dell'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Infatti, la Commissione addebita al Tribunale di non avere proceduto né ad un'analisi globale né ad una ponderazione della totalità di tali fattori e di tali elementi di prova, come valutata nella decisione controversa nell'ambito delle diverse teorie del pregiudizio, ma di essersi limitato ad esaminare taluni fattori ed elementi a supporto della prima teoria del pregiudizio e il loro carattere sufficiente a tal fine.

161. Nel merito, occorre ricordare che la Commissione è tenuta a suffragare una decisione che constata che un'operazione di concentrazione comporta o meno un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva con prove particolarmente rilevanti e concordanti (62), fermo restando, come rilevato al paragrafo 55 supra, che i requisiti probatori sono perfettamente simmetrici al riguardo (63).

162. Da parte sua, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono (64). Di conseguenza, tale giudice è tenuto, in linea di principio, a verificare il valore probatorio dell'*insieme* degli elementi di prova rilevanti e concordanti, ma contestati dalle parti ricorrenti, sui quali la Commissione si basa al fine di dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Del resto, al punto 76 della sentenza impugnata, il Tribunale sembra avere condiviso tali principi.

163. Al pari dei requisiti probatori che governano l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (65), è effettivamente possibile che ciascuna delle prove apportate dalla Commissione non sia di per sé sufficiente a dimostrare che un'operazione di concentrazione comporta effetti non coordinati che danno luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Tuttavia, una siffatta dimostrazione può risultare da una serie di fattori e di elementi di prova, valutati globalmente. Ciò corrisponde all'approccio della Commissione definito al punto 26 degli orientamenti, ai sensi del quale una serie di fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente decisivi, possono incidere nell'analisi volta a verificare se è probabile che da una concentrazione derivino effetti non coordinati significativi, senza che sia necessario che tutti questi fattori, non elencati esaustivamente ai punti da 27 a 38 di tali orientamenti, siano presenti perché sia probabile che tali effetti si verifichino (66). Inoltre, come è stato enunciato ai paragrafi 64, 97 e 119 supra e riconosciuto al punto 287 della sentenza impugnata, la Commissione ha seguito tale approccio nella decisione controversa (67).

164. Viceversa, non è escluso che taluni fattori o elementi di prova possano essere particolarmente importanti, ovvero decisivi nell'ambito dell'analisi intesa ad accertare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. In una fattispecie del genere, può dunque essere sufficiente

per il giudice dell'Unione constatare l'assenza di valore probatorio sufficiente di tali fattori o elementi di prova decisivi per invalidare l'approccio della Commissione.

165. Quest'ultima premessa sembra avere guidato il Tribunale, quantomeno implicitamente, nelle sue conclusioni figuranti ai punti 149, da 171 a 173, 249 e 268 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione nell'ambito del presente motivo di impugnazione, nei quali esso ha constatato, in sostanza, che il fattore o l'elemento di prova esaminato, rispettivamente, non era sufficiente, di per sé, ad accertare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

166. Orbene, come emerge dalla valutazione esposta ai paragrafi da 93 a 100 e da 118 a 122 supra, il punto 171 della sentenza impugnata, il quale verte sull'esame della nozione di «importante forza concorrenziale», da un lato, e il punto 249 di tale sentenza, il quale riguarda l'esame del criterio della prossimità della concorrenza, dall'altro, sono inficiati da errori di diritto. Infatti, in tali punti, il Tribunale addebita a torto alla Commissione di avere considerato questi due fattori come sufficienti di per sé per stabilire l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Così facendo, nell'ambito della sua valutazione delle prove, il Tribunale ha attribuito loro, erroneamente, un'importanza eccessiva ovvero li ha qualificati come decisivi ai fini della prima teoria del pregiudizio, sebbene la Corte li abbia esaminati soltanto quali fattori tra vari altri fattori per dimostrare l'esistenza di un siffatto ostacolo.

167. Inoltre, come fatto valere dalla Commissione, il Tribunale ha valutato soltanto alcuni dei fattori e degli elementi di prova sui quali si basa la conclusione nella decisione controversa relativa all'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. In tal senso, mentre i punti da 128 a 136 della sentenza impugnata riassumono il fulcro delle considerazioni svolte in tale decisione concernenti la prima teoria del pregiudizio (68), il Tribunale ha reputato sufficiente confutare tale teoria e, pertanto, detta decisione nella sua integralità, segnatamente adducendo che i due fattori richiamati al paragrafo 166 supra non erano idonei a giustificare il carattere «significativo» degli effetti non coordinati individuati e del conseguente ostacolo ad una concorrenza effettiva. Esso ha dunque rinunciato a valutare il valore probatorio degli altri fattori ed elementi di prova esaminati a tal fine ai punti da 330 a 1174 della decisione controversa.

168. Analogamente, al punto 268 della sentenza impugnata, in relazione alla stessa teoria del pregiudizio, il Tribunale ha ritenuto che l'analisi UPP non fosse un elemento di prova determinante e che essa non sarebbe sufficiente a dimostrare che l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle parti comporterebbe un incremento significativo dei prezzi e, quindi, un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

169. Inoltre, come affermato dalla Commissione, il Tribunale ha ritenuto, al punto 455 della sentenza impugnata, che non fosse necessario pronunciarsi sul carattere indipendente o interdipendente delle tre teorie del pregiudizio o sugli altri argomenti o motivi dedotti dalla CK Telecoms. Tale giudice ha dunque omesso di effettuare esso stesso un'analisi globale dei diversi fattori ed elementi di prova, contestati dalla CK Telecoms, che si trovavano alla base di tali teorie e su cui era fondata la conclusione finale della decisione controversa relativa all'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

170. Infine, emerge, segnatamente, dai punti 291, 397, 417, 418 e 454 della sentenza impugnata, nonché dal paragrafo 32 supra, che il Tribunale ha definito la controversia limitandosi a valutare e ad accogliere o respingere una parte dei motivi, delle parti, delle censure e degli argomenti sollevati dalla CK Telecoms.

171. Ne consegue che la Commissione è legittimata ad addebitare al Tribunale di avere proceduto, ai fini dell'annullamento della decisione controversa, ad una valutazione selettiva e squilibrata, ovvero lacunosa, dei fattori e degli elementi di prova, tuttavia qualificati come rilevanti in tale decisione alla luce dei punti da 26 a 38 degli orientamenti, nonché dei motivi e delle censure dedotti dalla CK Telecoms a tal riguardo. Orbene, un siffatto approccio è contrario ai requisiti che disciplinano il controllo giurisdizionale delle prove, come richiamati ai paragrafi 162 e 163 supra.

172. La CK Telecoms non può rimettere in discussione tale conclusione fondandosi sui punti da 284 a 291 della sentenza impugnata concernenti la valutazione globale degli effetti non coordinati, anche se

la Commissione ha ommesso di contestare tale valutazione nell'ambito della sua impugnazione.

173. È vero che, a sostegno del presente motivo di impugnazione, la Commissione tiene conto solo marginalmente di detta valutazione (69). Analogamente, essa non ha rimesso direttamente in discussione il punto 289 di tale sentenza, nel quale il Tribunale ha addebitato alla Commissione di non avere «precisato [nella decisione controversa] se gli effetti non coordinati identificati siano “significativi” o comportino (...) un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, come affermato al punto 1227 [di tale] decisione» (70).

174. Tuttavia, è giocoforza constatare che, ai punti da 284 a 291 della sentenza impugnata, il Tribunale si è limitato a replicare alla censura della CK Telecoms secondo la quale la Commissione non avrebbe «precisato», nell'ambito della sua valutazione complessiva, le ragioni per cui essa ha concluso nel senso del carattere «significativo» dei presunti effetti non coordinati e, pertanto, di un presunto ostacolo ad una concorrenza effettiva (71). Il fatto che il punto 288 di tale sentenza enunci a tal fine tre fattori rilevanti nell'ambito di tale valutazione, non implica che il Tribunale abbia proceduto ad un nuovo esame del loro valore probatorio. Ciò è confermato dalla formula utilizzata all'inizio del punto 289 di detta sentenza («[a] prescindere dal valore probatorio di detto complesso di prove e di circostanze»). Pertanto, l'esame del Tribunale a tal riguardo si avvicina piuttosto a quello di una carenza di motivazione nella decisione controversa a sostegno della valutazione complessiva dei fattori e degli elementi di prova rilevanti, come mostrano anche l'impiego del verbo «precisare» e quello dell'espressione «richiamo sommario».

175. Ne consegue che, contrariamente a quanto ritenuto dalla CK Telecoms, i punti da 284 a 291 della sentenza impugnata non sono idonei a stabilire che il Tribunale avrebbe adempiuto al suo dovere di controllo di tali elementi di prova, come previsto ai paragrafi 162 e 163 supra.

176. Ne concludo che il Tribunale, non rispettando la portata del controllo che lo stesso avrebbe dovuto effettuare in relazione alla totalità dei fattori e degli elementi di prova rilevanti sui quali la decisione controversa era fondata per dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, ha commesso un errore di diritto.

177. Di conseguenza, il presente motivo di impugnazione deve essere accolto, senza che sia necessario pronunciarsi sulla questione se, procedendo in tal modo, il Tribunale abbia parimenti sostituito la propria valutazione economica a quella della Commissione, non abbia rispettato i criteri giuridici rilevanti o abbia violato l'obbligo di motivazione ad esso incombente.

G. Sul sesto motivo di impugnazione, relativo ad uno snaturamento della decisione controversa e ad una violazione dell'obbligo di motivazione

1. Sul carattere operante del sesto motivo di impugnazione

178. Con il suo sesto motivo di impugnazione, la Commissione addebita al Tribunale, da un lato, di avere snaturato la decisione controversa concludendo, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che essa non aveva esaminato un eventuale deterioramento della qualità della rete dell'entità risultante dalla fusione dopo la concentrazione in questione e, dall'altro, di avere violato il suo obbligo di motivazione allorché ha accolto la sesta parte del terzo motivo invocata in primo grado.

179. La CK Telecoms replica che il sesto motivo di impugnazione è inoperante in quanto la Commissione non contesta le principali considerazioni del Tribunale relative alla seconda teoria del pregiudizio. Più specificamente, essa non rimetterebbe in discussione le considerazioni svolte ai punti 325, 330, 340, 344, 346 e 347 della sentenza impugnata, le quali avrebbero indotto il Tribunale a ritenere, al punto 348 di tale sentenza, che la Commissione avesse erroneamente concluso che una destabilizzazione duratura di un accordo di condivisione delle reti poteva costituire un ostacolo significativo alla concorrenza esercitata da parte di un partner dell'accordo medesimo. La Commissione non rimetterebbe in discussione neanche le principali considerazioni del Tribunale, esposte ai punti da 362 a 397 della sentenza impugnata, relative agli effetti della concentrazione in questione sulla BT/EE e sulla Vodafone. Orbene, tutte queste considerazioni non contestate avrebbero indotto il Tribunale a respingere la seconda teoria del pregiudizio.

180. Come fatto valere dalla Commissione, nella decisione controversa, e, in particolare, nell'ambito della sua seconda teoria del pregiudizio, essa non ha concluso per l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva sulla sola base di un disallineamento degli interessi tra i partner di un accordo di condivisione delle reti, poiché tale disallineamento è stato soltanto uno dei fattori di cui essa aveva tenuto conto nell'ambito della sua analisi (72). Pertanto, il fatto che, nell'ambito del presente motivo di impugnazione, la Commissione non contesti le considerazioni svolte ai punti 347 e 348 della sentenza impugnata non può rendere tale motivo inoperante. Infatti, da tali considerazioni emerge, in sostanza, che un possibile disallineamento degli interessi tra i partner di un accordo di condivisione delle reti e una destabilizzazione degli accordi di condivisione delle reti preesistenti non costituiscono, in quanto tali, un ostacolo significativo alla concorrenza. La Commissione avrebbe dunque concluso, erroneamente, che una siffatta destabilizzazione duratura potrebbe costituire un ostacolo significativo alla concorrenza esercitata da un partner di un siffatto accordo. Orbene, il presente motivo di impugnazione riguarda parimenti gli altri fattori che la Commissione ha preso in considerazione per dimostrare, nell'ambito della seconda teoria del pregiudizio, che la concentrazione in questione darebbe luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.

181. Inoltre, come è stato esposto, segnatamente, al punto 361 della sentenza impugnata, il Tribunale ha verificato, ai punti da 362 a 397 di tale sentenza, se l'analisi compiuta dalla Commissione concernente gli effetti della concentrazione sulla BT/EE e sulla Vodafone si basava su un «ragionamento particolarmente solido e convincente». A tal fine, il Tribunale è partito dalla premessa, da cui muovono i punti da 358 a 361 di detta sentenza e che è contestata nell'ambito della prima parte del presente motivo di impugnazione, secondo la quale la decisione controversa non conteneva un'analisi di «un peggioramento dei servizi offerti dall'entità risultante dalla fusione o della qualità della sua rete». Orbene, dal momento che tali considerazioni costituiscono il fondamento stesso della valutazione del Tribunale del valore probatorio degli elementi esaminati nella decisione controversa per stabilire gli effetti della concentrazione in questione sulla BT/EE e sulla Vodafone, effettuata ai punti da 362 a 397 di questa stessa sentenza, il mero fatto che la Commissione non contesti quest'ultima valutazione non implica che il sesto motivo di impugnazione sia inoperante.

182. Di conseguenza, occorre esaminare la fondatezza delle due parti del presente motivo di impugnazione.

2. Sulla prima parte del sesto motivo di impugnazione, relativa ad uno snaturamento della decisione controversa

183. Con la prima parte del sesto motivo di impugnazione, la Commissione fa valere che il Tribunale, ritenendo a torto, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che essa non avesse proceduto alla valutazione di un possibile deterioramento della qualità della rete dell'entità risultante dalla fusione, ha snaturato la decisione controversa e ha concluso, erroneamente, che la seconda teoria del pregiudizio doveva essere respinta. La Commissione precisa, in sostanza, che, segnatamente, ai punti da 1558 a 1562 e da 1732 a 1742 di tale decisione, essa ha valutato il rischio di peggioramento della qualità della rete dell'entità risultante dalla fusione, nonché la riduzione della pressione concorrenziale esercitata sugli altri operatori di reti mobili che ne risulterebbe.

184. La CK Telecoms ricorda che la seconda teoria del pregiudizio consta di due sub-teorie relative agli accordi di condivisione delle reti. I punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione, farebbero parte dell'analisi del Tribunale concernente la prima sub-teoria del pregiudizio, ossia quella secondo la quale esisterebbe una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti, ossia la BT/EE o la Vodafone, sull'entità risultante dalla fusione. Secondo la CK Telecoms, nessuno dei punti della decisione controversa invocati dalla Commissione e che essa ritiene contengano un'analisi del deterioramento della rete dell'entità risultante dalla fusione, sarebbero riconducibili alla prima sub-teoria. Tali punti sarebbero riconducibili soltanto alla seconda sub-teoria del pregiudizio, ossia quella relativa all'eventuale riduzione degli investimenti globali risultanti da un'accresciuta trasparenza, la quale è stata esaminata ai punti da 398 a 418 della sentenza impugnata.

185. In via preliminare, occorre ricordare che, come risulta dal punto 292 della sentenza impugnata, nel corso del procedimento amministrativo, la Three ha presentato due piani di consolidamento delle reti, ossia il «piano [A]» e il «piano [B]» (73). Tali piani si fondavano sui due accordi di condivisione delle reti, da un lato, tra la BT/EE e la Three, vale a dire il MBNL, e, dall'altro, tra la Vodafone e la O2, vale a dire il Beacon, tramite i quali tali operatori avevano consolidato le loro reti rispettive per poter condividere i costi di sviluppo delle loro reti pur continuando a farsi concorrenza sul piano della vendita al dettaglio. In forza di tali piani, l'entità risultante dalla fusione non doveva mantenere due reti separate a lungo termine, ma, come indicato ai punti 410, 413 e 416 della sentenza impugnata, si prevedeva di creare una sola rete consolidata.

186. Nell'ambito della seconda teoria del pregiudizio relativa agli accordi di condivisione delle reti, la Commissione ha elaborato due sub-teorie (74). La prima di tali sub-teorie consiste, in sostanza, nel ritenere che la concentrazione in questione potrebbe dar luogo ad una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti, ossia la BT/EE o la Vodafone, sull'entità risultante dalla fusione (75), mentre la seconda riguarda la situazione di condivisione delle reti che ne risulta, la quale condurrebbe a una riduzione degli investimenti a livello del settore delle infrastrutture di rete. Invero, dal punto 1233 della decisione controversa risulta che tale concentrazione potrebbe comportare una riduzione delle sinergie che lederebbe i partner degli accordi di condivisione delle reti e consentirebbe all'entità risultante dalla fusione di tenere un comportamento opportunistico in materia di investimenti, il che ridurrebbe gli investimenti a livello di settore e, di conseguenza, il livello di concorrenza effettiva che sarebbe prevalso in mancanza della concentrazione (76). Inoltre, dopo avere sottolineato, ai punti da 1235 a 1243 di tale decisione, l'importanza di un allineamento degli interessi tra i partner di un accordo di condivisione delle reti, è alla luce di dette due sub-teorie del pregiudizio che la Commissione ha esaminato, ai punti da 1244 a 1784 di detta decisione, i piani di consolidamento delle reti.

187. I potenziali sviluppi del mercato a seguito della concentrazione in questione sono illustrati ai punti da 1368 a 1784 della decisione controversa, i cui punti da 1391 a 1567 riguardano gli effetti del piano [A] e i punti da 1598 a 1749 vertono su quelli del piano [B]. È in tale ambito che la Commissione ha esaminato, rispettivamente, tali effetti, anzitutto, sulla BT/EE e segnatamente sulla rete MBNL, quindi, sulla Vodafone e segnatamente sulla rete Beacon e, infine, sull'investimento complessivo nelle reti interessate. Inoltre, nell'ambito della sua analisi dell'impatto di tali piani sull'investimento complessivo nelle rispettive reti, la Commissione ha rilevato, segnatamente, ai punti da 1556 a 1562 e ai punti da 1732 a 1742 della decisione controversa, rispettivamente, che l'accresciuta trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile potrebbe ridurre il loro incentivo a investire nelle reti e avere dunque un significativo impatto negativo sugli investimenti in tali reti a livello di settore.

188. In particolare, da un lato, ai punti da 1559 a 1561 e 1734 della decisione controversa, la Commissione ha constatato, in sostanza, che, a causa di tale accresciuta trasparenza, l'entità risultante dalla fusione poteva essere informata di investimenti da parte della BT/EE in una tecnologia a favore della rete MBNL e decidere quindi di attuare essa stessa una siffatta tecnologia a favore della rete Beacon [*riservato*]. Viceversa, sempre secondo la Commissione, la Vodafone potrebbe venire a conoscenza del fatto che l'entità risultante dalla fusione preveda di attuare tale tecnologia ed essere dunque indotta a rinunciare ad effettuare siffatti investimenti tecnologici fino a quanto non lo faccia l'entità risultante dalla fusione. Dall'altro, ai punti 1735 e 1736 di tale decisione, la Commissione ha ritenuto che, in forza del piano [B], l'entità risultante dalla fusione potrebbe essere informata degli investimenti previsti dalla BT/EE o dalla Vodafone ed essere indotta ad effettuare investimenti analoghi, tanto nella parte est quanto nell'ovest del Regno Unito [*riservato*]. Al punto 1737 di detta decisione, essa ne ha concluso che l'accresciuta trasparenza comporterebbe il rischio che la BT/EE e la Vodafone attendano che l'entità risultante dalla fusione effettui tali investimenti in materia di sviluppo di nuove tecnologie importanti, prima di investire a loro volta.

189. In conformità alla premessa enunciata al punto 1275 della decisione controversa, secondo la quale un altro modo per indebolire la posizione concorrenziale esercitata da un partner di un accordo di condivisione delle reti consiste nel diminuire la qualità della rete impedendo o frustrando investimenti nella rete da parte di un altro partner di tale accordo, la Commissione ha dunque effettuato un'analisi del possibile deterioramento della qualità sia della rete MBNL sia della rete Beacon istituendo un nesso tra l'impedimento o la frustrazione di investimenti, da un lato, e tale deterioramento, dall'altro. Ne

risulta inoltre che la Commissione ha ritenuto sin dall'inizio che la riduzione della pressione concorrenziale potrebbe consistere, segnatamente, in un siffatto deterioramento da parte dell'entità risultante dalla fusione della qualità della sua rete, come enunciato al punto 358 della sentenza impugnata.

190. Emerge dunque manifestamente dalla motivazione della decisione controversa che erroneamente il Tribunale ha contestato alla Commissione, ai punti 358 e 361 della sentenza impugnata, da un lato, di avere omesso di analizzare, in tale decisione, «gli effetti non coordinati della concentrazione [in questione] in relazione a un possibile esercizio del potere di mercato, sotto forma di un peggioramento dei servizi offerti dall'entità risultante dalla fusione o della qualità della sua rete». Dall'altro, è sempre erroneamente che il Tribunale ha ritenuto che l'«omesso esame approfondito di detta problematica costituisca un punto debole [della sua] analisi (...) nella decisione [controversa], che, per essere accolta, necessiterebbe di un ragionamento particolarmente solido e convincente quanto agli effetti sui concorrenti».

191. Tale valutazione non può essere confutata dall'argomento formalistico della CK Telecoms secondo il quale, dal punto di vista della struttura della decisione controversa, la Commissione ha valutato gli effetti dei piani [A] e [B] sull'investimento complessivo nelle rispettive reti sotto due titoli distinti.

192. È vero che, da un lato, «[g]li effetti del piano [A o B] sull'investimento complessivo nelle reti» vengono esaminati, rispettivamente, ai punti 1555 e seguenti e ai punti 1725 e seguenti di tale decisione, ossia nell'ambito della valutazione della *seconda* sub-teoria del pregiudizio. Dall'altro, i punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione, illustrano considerazioni generali del Tribunale relative alla *prima* sub-teoria del pregiudizio, secondo la quale sarebbe osservabile una riduzione delle pressioni concorrenziali esercitate sui concorrenti dell'entità risultante dalla fusione. Tuttavia, nella sua analisi degli effetti dei due piani di consolidamento delle reti sulla BT/EE e sulla Vodafone nonché sull'investimento complessivo in tali reti, come richiamata ai paragrafi 187 e 188 supra, la Commissione non ha formalmente operato una distinzione in funzione della sub-teoria avanzata, ma, al contrario, ha effettuato riferimenti incrociati alle diverse parti rilevanti della decisione controversa (77).

193. Pertanto, concludo nel senso che il Tribunale ha snaturato il contenuto della decisione controversa e che occorre accogliere la prima parte del sesto motivo di impugnazione.

3. Sulla seconda parte del sesto motivo di impugnazione, relativa ad una violazione dell'obbligo di motivazione

194. Con la seconda parte del sesto motivo di impugnazione, la Commissione fa valere che il Tribunale ha violato l'obbligo di motivazione ad esso incombente. La motivazione della sentenza impugnata non consentirebbe né alla Commissione di conoscere le ragioni per le quali il Tribunale ha accolto la sesta parte del terzo motivo dedotta in primo grado né alla Corte di esercitare, a tal riguardo, il proprio potere di controllo sulla sentenza impugnata.

195. Si ricorda che, con la sesta parte del terzo motivo invocata dinanzi al Tribunale, la CK Telecoms aveva addebitato alla Commissione di essere incorsa in un errore di diritto e in manifesti errori di valutazione nell'ambito della sua analisi degli effetti della concentrazione in questione sugli investimenti nelle reti, segnatamente in relazione al meccanismo, previsto dal piano [B], che dà luogo ad un'accresciuta trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile che potrebbe ridurre il loro incentivo a investirvi (78). Più precisamente, secondo la CK Telecoms, tali errori consistevano, da un lato, nella qualificazione erronea da parte della Commissione delle sue preoccupazioni come connesse ad «effetti non coordinati», ai sensi del punto 22 degli orientamenti, e, dall'altro, nella sua omessa considerazione del fatto che gli impegni offerti dalla CK Telecoms non dovevano affrontare la preoccupazione relativa ad una riduzione di tali investimenti in siffatte reti.

196. Ai punti da 402 a 407 della sentenza impugnata, il Tribunale ha anzitutto esaminato i punti della decisione controversa che vertevano sull'eventuale riduzione degli investimenti complessivi in dette reti a causa di tale accresciuta trasparenza. Il Tribunale ha poi ritenuto, al punto 408 di tale sentenza, di far fronte, «nella specie, [a] una particolare difficoltà connessa al sindacato giurisdizionale che esso

d[oveva] esercitare sulla decisione [controversa], vale a dire che la Commissione [aveva] omissivo di indicare il contesto temporale nell'ambito del quale essa intende[va] dimostrare la sussistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva».

197. Inoltre, al punto 410 della sentenza impugnata, viene indicato che, come emerge segnatamente ai punti 1239 e 1244 della decisione controversa, le parti della concentrazione, a prescindere dal piano di consolidamento della rete da esse infine accolto, non manterrebbero a lungo termine due reti separate (79), e che «n[on] sembra che il lungo termine sia stato considerato [dalla Commissione] come il quadro temporale adeguato per valutare gli effetti della concentrazione [in questione]».

198. Al punto 415 della sentenza impugnata, viene precisato che «l'analisi degli effetti di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico nel settore delle telecomunicazioni che necessita di investimenti a lungo termine e in cui i consumatori sono di frequente legati da contratti pluriennali è un'analisi prospettica dinamica che deve tener conto di eventuali effetti coordinati o unilaterali su un lasso di tempo relativamente esteso in futuro».

199. Il Tribunale ha concluso, in sostanza, ai punti 416 e 417 della sentenza impugnata, che, alla luce del fatto che le parti della concentrazione non manterrebbero a lungo termine due reti separate, la Commissione era incorsa in un errore di diritto nel qualificare come effetto non coordinato l'impatto di una trasparenza più stringente sull'investimento complessivo nelle reti, «fondandosi [la seconda sub-teoria] sull'ipotesi [errata] dell'esistenza di due reti separate».

200. Tuttavia, è giocoforza constatare che, né nel ricorso (80) né nella replica (81) presentati in primo grado, la CK Telecoms ha addebitato alla Commissione di non avere precisato o analizzato il contesto temporale adeguato nell'ambito del quale essa intendeva dimostrare la sussistenza di effetti non coordinati e di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Al contrario, come risulta dal paragrafo 195 supra, la valutazione del Tribunale richiamata al paragrafo 199 supra non trova alcun riscontro nelle censure invocate dalla CK Telecoms. Infatti, il suo ragionamento illustrato ai punti 408 e 415 della sentenza impugnata, richiamato al paragrafo 196 supra, indica che il Tribunale ha esaminato di propria iniziativa (82) la censura relativa all'assenza di precisazione del «contesto temporale» e di analisi degli effetti non coordinati «a lungo termine».

201. Ne consegue che la risposta del Tribunale alla sesta parte del terzo motivo invocata dinanzi al medesimo, sviluppata ai punti da 398 a 416 della sentenza impugnata e fondata su un aspetto che lo stesso ha sollevato di propria iniziativa, non corrisponde né alle censure sollevate dalla CK Telecoms né alla conclusione figurante al punto 417 di tale sentenza sulla base della quale il Tribunale ha accolto tale parte. Di conseguenza, tali punti sono viziati da una motivazione contraddittoria contraria all'obbligo di motivazione delle sentenze (83).

202. Pertanto, occorre parimenti accogliere la seconda parte del sesto motivo di impugnazione e, dunque, tale motivo in toto.

V. Sul rinvio della causa al Tribunale

203. In conformità all'articolo 61 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quando l'impugnazione è accolta, la Corte annulla la decisione del Tribunale. In tal caso, essa può statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta, oppure rinviare la causa al Tribunale affinché sia decisa nuovamente da quest'ultimo.

204. Risulta dall'insieme delle considerazioni che precedono che l'impugnazione è fondata e che la sentenza impugnata deve essere annullata in toto, segnatamente, sulla base degli errori di diritto individuati nell'ambito della valutazione dei motivi di impugnazione dal primo al terzo.

205. Orbene, indipendentemente dalla questione se la Corte doveva essere chiamata a valutare anche gli altri motivi di impugnazione ai fini di un siffatto annullamento, ritengo che essa non disponga degli elementi necessari per statuire definitivamente sulla totalità dei motivi dedotti in primo grado. Infatti, risulta, segnatamente, dai punti 291 (84), 397 (85), 417, 418 (86) e 454 (87) della sentenza impugnata, nonché dal paragrafo 32 delle presenti conclusioni che il Tribunale ha definito la controversia

limitandosi a valutare e ad accogliere o respingere una parte dei motivi, delle parti, delle censure e degli argomenti sollevati dalla CK Telecoms. Inoltre, esso ha omesso di pronunciarsi sul quinto motivo, il quale contesta la valutazione di taluni impegni offerti da tale società (88). Infine, così facendo, il Tribunale ha evitato di pronunciarsi sulla totalità dei fattori e degli elementi di prova che la Commissione ha valutato nella decisione controversa (89) per giungere alla conclusione secondo la quale la concentrazione in questione dava luogo ad effetti non coordinati e soddisfaceva le condizioni di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, e che sono stati contestati dalla CK Telecoms.

206. Di conseguenza, ritengo, al pari della Commissione, che lo stato degli atti non consenta di statuire definitivamente sulla causa e che essa debba essere rinviata al Tribunale, riservando al contempo le spese, affinché quest'ultimo statuisca sulla controversia nella sua integralità.

VI. Conclusione

207. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue:

- 1) La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 28 maggio 2020, CK Telecoms UK Investments/Commissione (T-399/16, EU:T:2020:217), è annullata.
- 2) La causa è rinviata dinanzi al Tribunale dell'Unione europea.
- 3) Le spese sono riservate.

[1](#) Lingua originale: il francese.

[2](#) Sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87).

[3](#) Sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392).

[4](#) GU 2004, L 24, pag. 1.

[5](#) GU 2004, C 31, pag. 5.

[6](#) T-399/16, EU:T:2020:217.

[7](#) Caso COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK.

[8](#) C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 46 e segg.

[9](#) C-376/20 P, non pubblicata, EU:C:2020:789.

[10](#) C-376/20 P, non pubblicata, EU:C:2021:81.

[11](#) C-376/20 P, non pubblicata, EU:C:2021:488.

[12](#) Sulla necessità di distinguere in modo chiaro tra questi diversi concetti, v. Kalintiri, A., *Evidence Standards in EU Competition Enforcement – The EU Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pag. 78 e segg.; Nehl, H.P., «Judicial review of complex socio-economic, technical, and scientific assessments in the European Union», in Mendes, J. (a cura di), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press, 2019, pag. 180 e 181.

[13](#) GU 1989, L 395, pag. 1, e - rettifica – GU 1990, L 257, pag. 13.

[14](#) «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» (il corsivo è mio).

[15](#) Sentenze del 31 marzo 1998, Francia e a./Commissione (C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, punti 223 e 224); del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 38), e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 144 e 145).

[16](#) Come già ricordato nelle mie conclusioni nella causa T-Mobile Netherlands e a. (C-8/08, EU:C:2009:110, paragrafo 80, nota 60), dal *grado di intensità* della prova devono essere tratti i presupposti per ritenere dimostrato un fatto. Esso deve essere distinto dall'*onere della prova*, non controverso nel caso presente. L'*onere della prova* indica chi è tenuto ad addurre i fatti e a produrre eventualmente i mezzi di prova ad essi relativi (*onere della prova soggettivo o formale*, chiamato anche onere di deduzione delle prove); dall'altro lato, dalla ripartizione dell'onere della prova risulta chi sopporta il rischio dell'impossibilità di chiarire dei fatti ovvero dell'impossibilità di dimostrare un'affermazione (*onere della prova obiettivo o sostanziale*). V., a titolo integrativo, Kokott, J., *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlino/Heidelberg, 1993, pag. 12 e segg.

[17](#) Sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 39).

[18](#) Punti da 77 a 105 della sentenza impugnata.

[19](#) Punti da 106 a 119 della sentenza impugnata.

[20](#) Punti 174, 189, 190, 197, 198, 216 e 225 della sentenza impugnata.

[21](#) C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti da 46 a 52; v. parimenti le mie conclusioni nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafi da 203 a 225).

[22](#) V. la mia presa di posizione più esplicita su tale punto nelle mie conclusioni nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafi 207 e 208).

[23](#) Sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 47, 51 e 52); v. anche sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 43).

[24](#) V. le mie conclusioni nella causa Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafi 210 e 211); v. anche, in tal senso, sentenza dell'11 dicembre 2013, Cisco Systems e Messagenet/Commissione (T-79/12, EU:T:2013:635, punto 47).

[25](#) Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, paragrafi 74 e 76). Il fatto che, nella specie, il Tribunale abbia avallato tale livello di prova più esigente e abbia respinto quello da me proposto nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790) è confermato dal punto 118 in fine della sentenza impugnata, che contiene un riferimento alle mie conclusioni in detta causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (paragrafi da 209 a 211), preceduto dalla locuzione «a contrario».

[26](#) V. le mie conclusioni nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafo 210). Per quanto riguarda la sovrapposizione tra il concetto di manifesto errore di valutazione e quello di livello di prova richiesto, v. Nehl, H. P. (nota 12 delle presenti conclusioni), pag. 180 e 181.

[27](#) V., in tal senso, sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punti 41 e 44), e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 51). V. parimenti le mie conclusioni nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafi 204 e segg.).

[28](#) Sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 39), e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 145).

[29](#) V., in tal senso, sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 44), e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 50 e 51). V. parimenti le mie conclusioni nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, paragrafi 204 e segg.).

[30](#) Punto 110 in fine della sentenza impugnata che fa riferimento alla sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 51).

[31](#) V. parimenti infra ai paragrafi 99 e 111 delle presenti conclusioni.

[32](#) V. parimenti, in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, paragrafo 71), e dell'avvocato generale Richard de la Tour nella causa Sofiyska rayonna prokuratura e a. (Processo di un imputato espulso dal territorio) (C-420/20, EU:C:2022:157, paragrafo 68).

[33](#) Sentenze del 13 dicembre 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punto 29); dell'11 luglio 2013, Ziegler/Commissione (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punti 59 e 60); del 6 ottobre 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punto 52), e del 20 gennaio 2016, DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) (C-428/14, EU:C:2016:27, punto 33).

[34](#) V. punti 9 e segg. e 20 della comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [10]2 [TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (GU 2009, C 45, pag. 7), che prendono in considerazione, segnatamente, le pressioni imposte dalle forniture esistenti offerte dai concorrenti effettivi e loro posizione sul mercato, le pressioni imposte dalla minaccia credibile di una futura espansione dei concorrenti effettivi o

dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, e le pressioni imposte dalla forza negoziale dei clienti dell'impresa.

[35](#) Punti 336 e segg., segnatamente, punti 360, 367, 375 e 396 della sentenza impugnata.

[36](#) V., in tal senso, sentenze del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione (C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti da 209 a 211), e dell'11 luglio 2013, Ziegler/Commissione (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punti 59 e 60).

[37](#) Sentenze del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione (C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punto 211), e dell'11 luglio 2013, Ziegler/Commissione (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punto 60).

[38](#) V. per le nozioni analoghe di «restrizione della concorrenza» e di «abuso di posizione dominante», rispettivamente, sentenze del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punti 63 e segg. e 146 e segg.), e del 12 maggio 2022, Servizio Elettrico Nazionale e a. (C-377/20, EU:C:2022:379, punti 42 e segg.).

[39](#) V. sentenza del 15 luglio 2021, FBF (C-911/19, EU:C:2021:599, punti da 53 a 56) e le mie conclusioni nella causa Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, paragrafo 46 e la giurisprudenza ivi citata).

[40](#) Siffatti esempi di concettualizzazione giuridica sono ravvisabili, segnatamente, nelle sentenze del 24 luglio 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, punti 88 e segg.), concernente il concetto di vantaggio connesso all'esecuzione di un «servizio di interesse economico generale»; del 6 settembre 2006, Portogallo/Commissione (C-88/03, EU:C:2006:511, punti 52 e segg.), concernente il concetto di selettività del vantaggio in materia fiscale, e del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punti 163 e segg.), concernente il concetto della «compressione dei margini dei concorrenti» (margin squeeze) quale abuso.

[41](#) Il corsivo è mio.

[42](#) Il corsivo è mio.

[43](#) V. punti 308 e segg. della decisione controversa.

[44](#) V. punti 316 e segg. della decisione controversa.

[45](#) V. sentenza del 25 luglio 2018, Orange Polska/Commissione (C-123/16 P, EU:C:2018:590, punto 75).

[46](#) V. punti 169 e 174 della sentenza impugnata.

[47](#) Il corsivo è mio.

[48](#) V. la giurisprudenza citata al paragrafo 85 delle presenti conclusioni.

[49](#) V. punto 463 della decisione controversa e punto 227 della sentenza impugnata.

[50](#) V. sintesi figurante ai punti da 128 a 136 della sentenza impugnata.

[51](#) V. anche punti 238 e 239 della sentenza impugnata.

[52](#) In conformità alla definizione illustrata alla nota 39 figurante al punto 29 degli orientamenti, si tratta del coefficiente di dirottamento dal prodotto A al prodotto B, il quale misura la proporzione in cui le vendite del prodotto A, perse a causa di un aumento del prezzo di A, sono catturate dal prodotto B.

[53](#) V. anche la sintesi della prima teoria del pregiudizio illustrata ai punti da 128 a 136 della sentenza impugnata.

[54](#) Per quanto riguarda l'applicazione di tali norme nel diritto della concorrenza, v., segnatamente, le mie conclusioni nella causa *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione* (C-105/04 P, EU:C:2005:751, paragrafi da 72 a 74).

[55](#) V. punti 1197, 1223 e 2340 e segg. della decisione controversa.

[56](#) V. riferimenti in Monti, G., «EU Merger Control After *CK Telecoms UK Investments v. Commission*», *World Competition*, vol. 43, n. 4, 2020, pag. 447, da 453 a 456, in particolare alla nota 34.

[57](#) Monti, G. (nota 51 delle presenti conclusioni), pag. 455.

[58](#) Regolamento della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 133, pag. 1).

[59](#) Sentenza del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.* (C-307/18, EU:C:2020:52, punti 103 e 105); v., parimenti, le mie conclusioni nella causa *Generics (UK) e a.* (C-307/18, EU:C:2020:28, paragrafi da 158 a 166).

[60](#) Sentenza del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.* (C-307/18, EU:C:2020:52, punto 104); v., parimenti, le mie conclusioni nella causa *Generics (UK) e a.* (C-307/18, EU:C:2020:28, paragrafi 148 e segg.).

[61](#) V., in tal senso, sentenze del 18 settembre 2001, *M6 e a./Commissione* (T-112/99, EU:T:2001:215, punti 77 e 78), e del 30 giugno 2016, *CB/Commissione* (T-491/07 RENV, non pubblicata, EU:T:2016:379, punti 69 e 70).

[62](#) V., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala* (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata).

[63](#) V., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala* (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 46 e 51).

[64](#) Sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 39), e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 145).

[65](#) V. sentenza del 26 gennaio 2017, Commissione/Keramag Keramische Werke e a. (C-613/13 P, EU:C:2017:49, punto 52 e la giurisprudenza ivi citata).

[66](#) V. anche, in tal senso, sentenza del 9 luglio 2007, Sun Chemical Group e a./Commissione (T-282/06, EU:T:2007:203, punti 56 e 57).

[67](#) V., segnatamente, punti da 1175 a 1225 e, in particolare, punti 1226 e 1227 della decisione controversa.

[68](#) V. punti da 330 a 1174 della decisione controversa. In particolare, il Tribunale ha preso in considerazione i seguenti fattori ed elementi: prima della concentrazione, la O2 esercitava una pressione concorrenziale importante e, in assenza di concentrazione, essa continuerebbe ad esercitare tale pressione (punti da 778 a 872 della decisione controversa; v. punto 132 della sentenza impugnata); l'entità risultante dalla fusione sarà meno incline ad esercitare una concorrenza aggressiva dopo l'operazione di concentrazione (punti da 873 a 906 della decisione controversa; v. punto 133 della sentenza impugnata); gli altri due operatori di reti mobili hanno incentrato la concorrenza principalmente sulla produzione di valore e sulla conservazione della clientela, ed è poco probabile che essi abbiano la stessa capacità concorrenziale dopo la concentrazione in questione e, in ogni caso, essi sarebbero probabilmente poco inclini a competere efficacemente (punti da 907 a 960 della decisione controversa; v. punto 135 della sentenza impugnata); i non-operatori di reti mobili non possono compensare la perdita importante di concorrenza risultante dalla concentrazione in questione, ed è probabile che la pressione concorrenziale limitata che essi esercitano sia ulteriormente ridotta dopo tale concentrazione (punti da 961 a 1148 della decisione controversa; v. punto 136 della sentenza impugnata). Per contro, il Tribunale non ha richiamato il contenuto dei punti da 1149 a 1174 della decisione controversa concernenti la concorrenza esercitata dai rivenditori al dettaglio specializzati indipendenti.

[69](#) V. punto 116, alla nota 53, della sua impugnazione, e punti 146 e 147 del controricorso della CK Telecoms.

[70](#) Al punto 120 della sua impugnazione, senza tuttavia prendere direttamente in considerazione il punto 289 della sentenza impugnata, la Commissione si limita ad affermare che la soglia del carattere «significativo» si riferisce alla nozione di «ostacolo significativo a una concorrenza effettiva», come attuata dagli orientamenti, e non, in maniera individuale, alle diverse constatazioni facenti parte di una teoria del pregiudizio. Analogamente, alla nota 68 figurante al punto 127 di tale impugnazione, la Commissione menziona unicamente a titolo di esempio il fatto che il Tribunale «non ha tentato di stabilire se, combinato agli altri effetti negativi causati dalla concentrazione [in questione], il pregiudizio concorrenziale globale che può risultare dalla concentrazione sia significativo».

[71](#) Con la settima parte del primo motivo in primo grado, alla quale viene risposto ai punti da 286 a 291 della sentenza impugnata, la CK Telecoms aveva contestato alla Commissione, in sostanza, di non avere proceduto ad una valutazione complessiva dell'esistenza di effetti non coordinati, né di avere precisato le ragioni per le quali essa aveva concluso, ai punti 1226 e 1227 della decisione controversa, che gli asseriti vincoli eliminati dalla concentrazione in questione sarebbero importanti ai sensi del punto 25 degli orientamenti e che gli asseriti ostacoli alla concorrenza risultanti dalla concentrazione sarebbero significativi ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004.

[72](#) V. punti 1228 e segg. della decisione controversa.

[73](#) Dati riservati tra parentesi quadre ai quali è fatto riferimento, nella versione pubblica della sentenza impugnata, come «piani [A] e [B]».

[74](#) V. punti da 1229 a 1234 della decisione controversa e punto 295 della sentenza impugnata.

[75](#) V. punto 1232 della decisione controversa e punto 298 della sentenza impugnata.

[76](#) V. anche punto 299 della sentenza impugnata.

[77](#) V. punti 1733 e 1737 della decisione controversa.

[78](#) V. punti da 1732 a 1742 della decisione controversa e punti 398 e 399 della sentenza impugnata.

[79](#) V. anche punto 416 della sentenza impugnata.

[80](#) V. punti da 205 a 215 del ricorso.

[81](#) V. punti da 133 a 138 della replica.

[82](#) In assenza di una censura esplicita in tal senso della Commissione, non è necessario verificare se tale approccio violi il principio «ne ultra petita»; v., a tal riguardo, sentenza del 14 novembre 2017, *British Airways/Commissione* (C-122/16 P, EU:C:2017:861, punto 81 e la giurisprudenza ivi citata).

[83](#) V. sentenze del 19 gennaio 2017, *Commissione/Total e Elf Aquitaine* (C-351/15 P, EU:C:2017:27, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata), e dell'11 giugno 2020, *Commissione/Di Bernardo* (C-114/19 P, EU:C:2020:457, punto 55 e la giurisprudenza ivi citata).

[84](#) Tale punto accoglie il primo motivo della *CK Telecoms*, senza tuttavia pronunciarsi sulla sesta e sulla settima parte del medesimo.

[85](#) Tale punto si limita ad accogliere la terza, la quarta e la quinta parte del terzo motivo della *CK Telecoms*.

[86](#) Tali punti accolgono la sesta parte del terzo motivo, senza tuttavia pronunciarsi «su[lle] altr[e]», ossia sulla prima, sulla seconda e sulla settima parte del medesimo.

[87](#) Tale punto accoglie le prime tre parti del quarto motivo, senza tuttavia pronunciarsi sulla quarta, sulla quinta e sulla sesta parte di tale motivo.

[88](#) V. punti 125 e 455 della sentenza impugnata.

[89](#) V., segnatamente, ai paragrafi 122 e 180 delle presenti conclusioni.