

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JULIANE KOKOTT

presentate il 13 dicembre 2007<sup>1</sup>

Indice

I	— Introduzione .....	I - 4963
II	— Contesto normativo .....	I - 4963
III	— Fatti e svolgimento del procedimento .....	I - 4966
	A — L'operazione di concentrazione .....	I - 4966
	B — Il problema della posizione dominante collettiva .....	I - 4967
	C — Procedimento amministrativo e prima decisione di autorizzazione della Commissione .....	I - 4969
	D — Procedimento giurisdizionale di primo grado .....	I - 4970
	E — Ricorso avverso la sentenza di primo grado .....	I - 4970
	F — Nuovo procedimento amministrativo e seconda decisione di autorizzazione della Commissione .....	I - 4971
IV	— Questioni preliminari per l'esame dell'impugnazione .....	I - 4972
	A — Ricevibilità dei singoli motivi .....	I - 4972
	1. Ricevibilità del quinto motivo .....	I - 4973
	2. Ricevibilità degli altri motivi .....	I - 4974
	3. Conclusione provvisoria .....	I - 4974
	B — Idoneità dell'impugnazione a conseguire lo scopo perseguito .....	I - 4975
	1. Sull'asserita mancata impugnazione, da parte delle ricorrenti, di un passaggio determinante della sentenza impugnata .....	I - 4975
	2. Sui motivi della sentenza impugnata che non sono fondamentali per il dispositivo .....	I - 4976

1 — Lingua originale: il tedesco.

3.	Conclusione provvisoria .....	I - 4977
C —	Mantenimento dell'interesse ad agire .....	I - 4977
V —	Fondatezza dell'impugnazione .....	I - 4981
A —	Grado di accertamento e motivazione richiesti per le decisioni di autorizzazione della Commissione (primo, secondo, terzo e sesto motivo) .....	I - 4982
1.	Sulla motivazione di decisioni di autorizzazione nel quadro del controllo di operazioni di concentrazione (primo e terzo capo del sesto motivo) .....	I - 4982
a)	Impugnabilità di decisioni di autorizzazione per carenza di motivazione .....	I - 4983
b)	Portata dell'obbligo di motivazione .....	I - 4985
—	La sentenza impugnata .....	I - 4986
—	Analisi .....	I - 4987
c)	Altre considerazioni .....	I - 4991
d)	Conclusione provvisoria .....	I - 4993
2.	Sui riferimenti del Tribunale alla comunicazione degli addebiti (primo motivo e secondo capo del sesto motivo di ricorso) .....	I - 4993
a)	Sul modo secondo cui il Tribunale in generale intende il rapporto tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti .....	I - 4994
—	La sentenza impugnata .....	I - 4994
—	Analisi .....	I - 4994
b)	Sui riferimenti concreti del Tribunale alla comunicazione degli addebiti .....	I - 4997
c)	Conclusione provvisoria .....	I - 5002
3.	Sul valore probatorio dei fatti addotti in risposta agli addebiti (secondo motivo; prima parte del terzo motivo di ricorso) .....	I - 5002
a)	La sentenza impugnata .....	I - 5002
b)	Analisi .....	I - 5003
4.	Sui requisiti di prova per l'autorizzazione di operazioni di concentrazione (seconda parte del terzo motivo di ricorso) .....	I - 5006
		I - 4961

a)	Sull'asserita asimmetria dei requisiti inerenti alle decisioni di autorizzazione e di divieto nel regolamento sulle concentrazioni .....	I - 5007
—	Natura previsionale delle decisioni in materia di controllo delle concentrazioni .....	I - 5007
—	Simmetria dei requisiti di autorizzazione e di divieto .....	I - 5009
—	Assenza di una presunzione generale di compatibilità con il mercato comune .....	I - 5011
—	Conclusione provvisoria .....	I - 5013
b)	Sui requisiti di prova posti dal Tribunale nel caso di specie .....	I - 5013
c)	Conclusione provvisoria .....	I - 5014
B —	Limiti della libera valutazione dei fatti e degli elementi di prova da parte del Tribunale (quarto motivo) .....	I - 5014
1.	Potere discrezionale della Commissione e suo controllo giurisdizionale ...	I - 5015
a)	La sentenza impugnata .....	I - 5015
b)	Analisi .....	I - 5016
2.	Sulla censura relativa allo snaturamento delle prove .....	I - 5018
a)	Sul punto 425 della sentenza impugnata .....	I - 5019
b)	Sul punto 427 della sentenza impugnata .....	I - 5020
c)	Sul punto 434 della sentenza impugnata .....	I - 5021
3.	Conclusione provvisoria .....	I - 5022
C —	Sull'utilizzo di informazioni riservate nella sentenza impugnata (settimo motivo) .....	I - 5023
D —	Conclusione provvisoria .....	I - 5025
VI —	Sulla presunta impugnazione incidentale .....	I - 5025
VII —	Sulle spese .....	I - 5026
VIII —	Conclusione .....	I - 5027
I -	4962	

## I — Introduzione

1. Il presente procedimento offre l'occasione per sviluppare la giurisprudenza della Corte nel settore del controllo delle concentrazioni in ambito comunitario. In sostanza, si tratta di stabilire — questione di estrema importanza pratica — quale sia il livello dell'impegno istruttorio e di motivazione che si possa pretendere dalla Commissione allorché quest'ultima *autorizza* operazioni di concentrazione tra imprese.

2. Il contesto in cui si situa il caso in esame è quello di una procedura di controllo di un'operazione di concentrazione inerente ai mercati della musica registrata, della musica online e delle edizioni musicali. Sul finire del 2003, i gruppi Bertelsmann e Sony hanno convenuto di fondere, a livello mondiale, le rispettive società operanti nel settore della musica registrata. Dopo alcuni dubbi iniziali, la Commissione ha autorizzato tale progetto di concentrazione con decisione 19 luglio 2004<sup>2</sup> (in prosieguo: la «prima decisione di autorizzazione»).

3. All'operazione di concentrazione si è opposta la Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), un'associazione internazionale di diritto belga che raggruppa 2500 società indipendenti di produzione musicale. A seguito del ricorso da

essa proposto, il Tribunale di primo grado (in prosieguo anche: il «Tribunale») ha annullato la prima decisione di autorizzazione con sentenza 13 luglio 2006<sup>3</sup> (in prosieguo: la «sentenza impugnata»).

4. La Corte è ora chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione proposta dalla Bertelsmann e dalla Sony avverso la sentenza impugnata. Le ricorrenti ritengono in sostanza che il Tribunale abbia posto requisiti giuridici eccessivi in relazione a una decisione di autorizzazione della Commissione e al relativo controllo giurisdizionale.

5. Tuttavia, occorre anzitutto esaminare, in limine, se le ricorrenti ancora continuano ad avere un interesse ad agire, visto che, nel frattempo — in data 3 ottobre 2007 —, la Commissione ha nuovamente autorizzato l'operazione di concentrazione.

## II — Contesto normativo

6. Il contesto normativo del caso di specie è costituito dal regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (in prosieguo: il «regolamento sulle concentrazioni»)<sup>4</sup>, nella

2 — Decisione della Commissione 19 luglio 2004, 2005/188/CE, che dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso n. COMP/M.3333 — SONY/BMG), notificata con il numero C(2004) 2815 (GU 2005, L 62, pag. 30).

3 — Sentenza del Tribunale di primo grado 13 luglio 2006, causa T-464/04, Impala/Commissione (Racc. pag. II-2289).

4 — GU L 395, pag. 1; ripubblicato, a seguito di rettifica, in GU 1990, L 257, pag. 13.

versione modificata dal regolamento (CE) n. 1310/97<sup>5</sup>.

7. Le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria di cui al regolamento sulle concentrazioni sono subordinate a un divieto di realizzazione e devono essere notificate alla Commissione (artt. 4 e 7 del regolamento sulle concentrazioni). Quest'ultima le esamina per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune (art. 2, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni).

8. L'autorizzazione o il divieto di un'operazione di concentrazione dipende dalla possibilità che questa crei o rafforzi una posizione dominante, che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso. A tale riguardo, l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni prevede quanto segue:

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

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

9. La *procedura di controllo delle concentrazioni* si suddivide in due fasi, di cui la prima prevede unicamente un esame preliminare del progetto di concentrazione. Se tale esame preliminare suscita seri dubbi per quanto riguarda la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune, seguirà nella seconda fase un procedimento di indagine formale che la Commissione deve avviare ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni<sup>6</sup>.

10. L'art. 8 del regolamento sulle concentrazioni definisce come segue i *poteri di decisione* della Commissione nel procedimento d'indagine formale:

«1. Ciascuna procedura avviata a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), si conclude mediante una decisione conformemente ai paragrafi da 2 a 5 del presente articolo (...).

5 — Regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310, che modifica il regolamento (CEE) del Consiglio n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 180, pag. 1, con rettifiche in GU 1998, L 3, pag. 16, e GU 1998, L 40, pag. 17).

6 — Se un'operazione di concentrazione, come spesso accade nella pratica, non suscita affatto seri dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune, viene autorizzata già in base all'esame preliminare, *senza* avviare una procedura formale di controllo delle concentrazioni. In tali casi la Commissione, ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni, *decide di non opporvisi* e dichiara l'operazione compatibile con il mercato comune.

2. Se la Commissione accerta che un'operazione di concentrazione notificata, se del caso, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, (...) essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune. (...)

3. Se la Commissione accerta che un'operazione di concentrazione soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3 (...), essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato comune.

(...))».

11. Prima di un'eventuale decisione di divieto ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento sulle concentrazioni, vengono sentite le imprese partecipanti all'operazione di concentrazione. A tale scopo, la Commissione fa pervenire loro per iscritto una *comunicazione degli addebiti*, su cui le imprese possono presentare osservazioni scritte e, se del caso, anche orali. In proposito, l'art. 18 del regolamento sulle concentrazioni dispone quanto segue<sup>7</sup>:

«1. Prima di adottare decisioni contemplate (...) dall'articolo 8, (...) paragrafi da 3 a 5 (...), la Commissione dà modo alle persone, alle

imprese e associazioni di imprese interessate, di manifestare in ogni fase della procedura sino alla consultazione del comitato consultivo il proprio punto di vista relativamente alle obiezioni a loro carico.

(...)

3. La Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni. Nello svolgimento della procedura i diritti della difesa sono pienamente garantiti. (...))».

12. L'intera procedura di controllo delle concentrazioni è improntata a un *dovere di celerità*, realizzato soprattutto attraverso un sistema sofisticato di termini, relativamente rigido, avente lo scopo di limitare la durata della procedura di controllo delle operazioni di concentrazione<sup>8</sup>. Qualora la Commissione non decida, entro i termini stabiliti, sulla compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune, interviene un'*autorizzazione per carenza*, prevista all'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni secondo le seguenti modalità:

7 — V., a titolo integrativo, gli artt. 11-15 del regolamento (CE) della Commissione 1° marzo 1998, n. 447, relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 61, pag. 1).

8 — Sentenze 25 settembre 2003, causa C-170/02 P, Schlißelverlag J. S. Moser e a./Commissione (Racc. pag. I-9889, punto 33), e 22 giugno 2004, causa C-42/01, Portogallo/Commissione (Racc. pag. I-6079, punto 51); v. anche le sentenze del Tribunale di primo grado 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione (Racc. pag. II-2137, punto 113), e 20 novembre 2002, causa T-251/00, Lagardère e Canal+/Commissione (Racc. pag. II-4825, punto 108), nonché le conclusioni da me presentate il 26 aprile 2007 nella causa C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione (Racc. pag. I-12129, paragrafo 41).

«Se la Commissione non ha preso una decisione in virtù dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere b) o c), o in virtù dell'articolo 8, paragrafi 2 o 3, entro i termini (...) stabiliti (...), l'operazione di concentrazione è ritenuta essere dichiarata compatibile con il mercato comune (...)».

13. Per quanto riguarda le conseguenze dell'annullamento di una decisione della Commissione da parte del giudice comunitario, l'art. 10, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni stabilisce quanto segue:

«Se la Corte di giustizia emette una sentenza che annulla totalmente o parzialmente una decisione della Commissione in virtù del presente regolamento, i termini fissati nel presente regolamento si applicano nuovamente a decorrere dalla data in cui è stata emessa la sentenza».

14. Nella maggior parte delle procedure di controllo delle concentrazioni la Commissione opera anche quale autorità di controllo delle concentrazioni dello Spazio economico europeo<sup>9</sup> e decide sulla compatibilità di operazioni di concentrazione con l'accordo SEE.

15. Nel 2004 il regolamento sulle concentrazioni è stato modificato in alcuni punti essenziali. La *nuova formulazione del regolamento*

9 — Art. 57, nn. 1 e 2, lett. a), dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«accordo SEE», GU 1994, L 1, pag. 3).

(CE) *sulle concentrazioni*<sup>10</sup> trova tuttavia applicazione, ai sensi dell'art. 26, n. 1, solo a partire dal 1° maggio 2004, e non è pertanto rilevante ai fini del presente giudizio; in conformità del n. 2 del succitato articolo, ai casi come quello in esame continua a essere applicato il vecchio regime giuridico.

### III — Fatti e svolgimento del procedimento

#### A — L'operazione di concentrazione

16. La Bertelsmann AG<sup>11</sup> è una società internazionale del settore dei media che opera a livello mondiale nel campo della registrazione ed edizione di musica, nel settore radiotelevisivo, nell'edizione di libri, riviste e giornali, della stampa e dei media, ed è inoltre attiva nel campo dei club di libri e di dischi. La Bertelsmann opera nel settore della musica registrata attraverso la sua controllata al 100% Bertelsmann Music Group (BMG)<sup>12</sup>.

10 — Regolamento (CE) del Consiglio 20 gennaio 2004, n. 139, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («regolamento comunitario sulle concentrazioni»), GU L 24, pag. 1 (in prosieguo anche: il «regolamento n. 139/2004»).

11 — In prosieguo: la «Bertelsmann».

12 — V., a questo proposito e sul prosieguo, punti 3-6 della sentenza impugnata.

17. La Sony Corporation of America<sup>13</sup> appartiene al gruppo Sony e opera a livello mondiale nel settore della registrazione ed edizione di musica, in quello dell'elettronica industriale e di largo consumo e in quello dell'intrattenimento. Nel campo della musica registrata opera attraverso la Sony Music Entertainment.

18. La Bertelsmann e la Sony hanno convenuto di fondere le loro attività a livello mondiale nel settore della musica registrata (ad eccezione delle attività della Sony in Giappone) e farle confluire in tre o più nuove società, secondo un «Business Contribution Agreement» (accordo sull'integrazione delle attività) concluso l'11 dicembre 2003. Tali imprese comuni dovrebbero essere gestite congiuntamente con la denominazione «Sony BMG».

19. Secondo l'accordo, la Sony BMG doveva occuparsi della scoperta e dello sviluppo di artisti<sup>14</sup> nonché della successiva promozione e vendita di dischi. Non doveva invece occuparsi di attività correlate quali l'edizione, la produzione e la distribuzione di musica.

20. Come confermato dalla Bertelsmann e dalla Sony nel procedimento dinanzi alla Corte, l'operazione di concentrazione è stata portata a termine nel 2004.

13 — In prosieguo: la «Sony».

14 — La cosiddetta attività di direzione artistica denominata «A & R» («artisti e repertorio»).

## B — Il problema della posizione dominante collettiva

21. Come tutte le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, il progetto della Bertelsmann e della Sony andava esaminato, ai sensi dell'art. 2 del regolamento sulle concentrazioni, per accertare se fosse atto a creare o rafforzare una posizione dominante tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale del medesimo.

22. Nel caso concreto, non si trattava di un'eventuale posizione dominante individuale della Sony BMG, bensì del rischio di creare o rafforzare una *posizione dominante collettiva* tra cinque produttori di dischi operanti a livello mondiale<sup>15</sup>, le cosiddette «grandi case discografiche» («major») mondiali, che, con l'operazione di concentrazione, si riducevano da cinque a quattro.

23. Già nella sentenza «Kali & Salz», la Corte ha precisato che la nozione di posizione dominante ai sensi del regolamento sulle concentrazioni non ricomprende solo la posizione dominante individuale, bensì anche quella collettiva<sup>16</sup>. Due imprese (duopolio) o

15 — Sia la prima decisione di autorizzazione che la sentenza impugnata includono in tale definizione i seguenti produttori: la Bertelsmann Music Group (BMG), la Sony Music Entertainment (SMEI), la Universal Music Group (UMG), la Warner Music Group (WVG) e la EMI Group (in origine: la «Electric and Musical Industries»).

16 — Sentenza 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, «Kali & Salz» (Racc. pag. I-1375, punti 164-178); v. inoltre la sentenza del Tribunale di primo grado 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione (Racc. pag. II-753, punti 123-156).



più (oligopolio) possono occupare una posizione dominante collettiva<sup>17</sup>.

24. Una posizione dominante collettiva non implica gioco forza che le imprese aderenti a un oligopolio agiscano *in collusione*, per esempio prendendo tra loro accordi anti-concorrenziali ai sensi dell'art. 81 CE<sup>18</sup>. La posizione dominante collettiva può, invece, fondarsi anche su un *coordinamento tacito della condotta concorrenziale*<sup>19</sup> di tutte le imprese aderenti a un oligopolio. Gli oligopolisti si accontentano in quel caso delle quote di mercato rispettivamente detenute senza più pervenire a un'effettiva concorrenza interna tra loro<sup>20</sup>.

25. Tuttavia, condizione per considerare l'esistenza di una posizione dominante collettiva è che il mercato interessato consenta anzitutto il mantenersi nel tempo di un coordinamento tacito della condotta concorrenziale delle imprese aderenti all'oligopolio. Questo è il contesto in cui vanno collocati i tre criteri sviluppati dal Tribunale di primo grado nella sua sentenza *Airtours*<sup>21</sup>

ai fini dell'accertamento di una posizione dominante collettiva, sintetizzati nei seguenti termini nella sentenza impugnata nel caso di specie:

«In primo luogo, il mercato dev'essere abbastanza trasparente perché le imprese che coordinano il loro comportamento possano vigilare sufficientemente sul rispetto delle modalità del coordinamento. In secondo luogo, la disciplina impone l'esistenza di una forma di meccanismo di dissuasione in caso di comportamento deviante. In terzo luogo, le reazioni delle imprese che non partecipano al coordinamento, quali i concorrenti attuali o futuri, e le reazioni dei clienti non devono poter mettere in discussione i risultati attesi dal coordinamento»<sup>22</sup>.

26. Nella specie, è al centro dell'interesse il primo dei tre cosiddetti «criteri *Airtours*», ossia la questione se i mercati della musica registrata siano sufficientemente trasparenti da consentire un coordinamento tacito tra le grandi case discografiche. Le parti discutono in sostanza su quali accertamenti e che grado di motivazione il Tribunale potesse pretendere dalla Commissione al riguardo.

17 — Sentenze *Gencor/Commissione* (citata alla nota 16, punti 276 e 277), e 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/Commissione* (Racc. pag. II-2585, punti 59-61).

18 — Sentenza 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione* (Racc. pag. I-1365, punto 45), in riferimento all'art. 82 CE.

19 — Di solito, ciò avviene attraverso una *condotta parallela anticoncorrenziale*. Nel caso COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, la Commissione ha esaminato, tuttavia, l'ipotesi che un'operazione di concentrazione rendesse possibile in modo duraturo un coordinamento tacito della condotta concorrenziale di due imprese aderenti a un duopolio, allontanandosi dalle forme classiche di condotta parallela anticoncorrenziale (decisione 2002/335/EG, GU 2002, L 116, pag. 35, v., in particolare, i punti 33-35).

20 — V., in generale, anche la sentenza *Gencor/Commissione* (citata alla nota 16, punto 276).

21 — Sentenza *Airtours/Commissione* (citata alla nota 17, punto 62).

22 — Punto 247 della sentenza impugnata. Analogamente, v. sentenze 8 luglio 2003, causa T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke e a./Commissione* (Racc. pag. II-2275, punto 186), e — in riferimento all'art. 82 CE — 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Piau/Commissione* (Racc. pag. II-209, punto 111).

*C — Procedimento amministrativo e prima decisione di autorizzazione della Commissione*

27. Il 9 gennaio 2004, la Commissione ha ricevuto la notifica, ai sensi dell'art. 4 del regolamento sulle concentrazioni, di un progetto di concentrazione tra imprese<sup>23</sup>.

28. Nella fase di esame preliminare («fase I» della procedura di controllo delle concentrazioni) la Commissione ha inviato, il 20 gennaio 2004, un questionario a un certo numero di operatori del mercato.

29. La Impala ha risposto a tale questionario e ha presentato inoltre una memoria separata in data 28 gennaio 2004, nella quale ha esposto i motivi per cui, a suo parere, la Commissione avrebbe dovuto dichiarare l'operazione incompatibile con il mercato comune. In tale memoria, la Impala esprimeva timori in ordine all'ulteriore concentrazione nel mercato e al suo impatto sull'accesso al mercato, compresi il settore della distribuzione, i media, Internet, nonché sulla scelta dei consumatori.

30. In seguito a ciò, il 12 febbraio 2004 la Commissione ha avviato la procedura d'indagine formale ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni («fase II») della procedura di controllo delle

concentrazioni), in quanto l'operazione notificata sollevava seri dubbi riguardo alla sua compatibilità con il mercato comune e l'accordo SEE.

31. Il procedimento è stato sospeso dal 7 aprile al 5 maggio 2004, ai sensi dell'art. 11, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni, dal momento che le parti non avevano risposto in maniera esaustiva a una richiesta di informazioni della Commissione<sup>24</sup>.

32. Il 24 maggio 2004, la Commissione ha inviato alle parti della concentrazione una comunicazione degli addebiti, in cui concludeva provvisoriamente che l'operazione notificata era incompatibile con il mercato comune e l'accordo SEE, in quanto avrebbe rafforzato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata e nel mercato all'ingrosso delle licenze per la musica online, e avrebbe coordinato il comportamento delle società controllanti in modo incompatibile con l'art. 81 CE.

33. Le parti della concentrazione hanno risposto alla comunicazione degli addebiti e il 14 e 15 giugno 2004 si è svolta un'audizione dinanzi al consigliere auditore della Commissione, cui ha partecipato anche la Impala.

23 — V., a questo proposito e sul prosieguo, punti 2 e 7-11 della sentenza impugnata.

24 — V., al riguardo, la relazione finale del consigliere auditore (GU 2005, C 59, pag. 2).

34. Con la prima decisione di autorizzazione 19 luglio 2004, la Commissione ha infine dichiarato l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE, ai sensi dell'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni. Tale autorizzazione è stata concessa senza condizioni né oneri a carico.

proprie spese. Le intervenienti sono state condannate a sostenere le proprie spese.

*E — Ricorso avverso la sentenza di primo grado*

*D — Procedimento giurisdizionale di primo grado*

35. Il 3 dicembre 2004, la Impala ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado avverso la prima decisione di autorizzazione, chiedendo l'annullamento della medesima<sup>25</sup> nonché la condanna della Commissione alle spese. Dal canto suo, la Commissione ha chiesto di respingere il ricorso e di condannare la Impala alle spese. Essa è stata sostenuta dalla Bertelsmann e dalla Sony nonché dalla Sony BMG Music Entertainment, ammesse quali intervenienti con ordinanza del presidente del Tribunale (Terza Sezione) 4 febbraio 2005.

37. Con l'impugnazione, proposta congiuntamente e depositata presso la cancelleria della Corte il 13 luglio 2006, la Bertelsmann e la Sony (in prosiegua anche: le «ricorrenti») hanno chiesto che la Corte voglia

— annullare la sentenza impugnata

— respingere la domanda della Impala di annullamento della decisione della Commissione o, in subordine, rinviare la causa al Tribunale di primo grado per una nuova pronuncia, e

36. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha annullato la prima decisione di autorizzazione e condannato la Commissione alle proprie spese nonché al pagamento dei tre quarti delle spese sostenute dalla Impala. La stessa Impala ha sopportato un quarto delle

— condannare la Impala alle spese del presente procedimento.

<sup>25</sup> — In subordine, la Impala ha chiesto di annullare la decisione di autorizzazione nella parte relativa a determinati punti; v., a questo riguardo, il punto 29, terzo trattino, della sentenza impugnata.

38. La Sony BMG Music Entertainment si associa totalmente al ricorso nonché alle conclusioni della Bertelsmann e della Sony.

39. La Commissione chiede che la Corte voglia

— annullare la sentenza impugnata

— respingere il ricorso per annullamento proposto avverso la prima decisione di autorizzazione o, in subordine, rinviare la causa al Tribunale di primo grado per una nuova pronuncia e

— condannare la Impala alle spese sostenute dalla Commissione nel presente procedimento.

40. Da parte sua, la Impala chiede che la Corte voglia

— dichiarare l'impugnazione infondata e/o parzialmente irricevibile o completamente irricevibile,

— mantenere la sentenza impugnata e

— condannare le ricorrenti alle spese del presente procedimento.

41. Le parti hanno presentato alla Corte le loro difese scritte, e, successivamente, in data 6 novembre 2007, quelle orali.

F — *Nuovo procedimento amministrativo e seconda decisione di autorizzazione della Commissione*

42. In seguito all'annullamento, con la sentenza impugnata, della prima decisione di autorizzazione, la Commissione ha avviato su tale progetto una nuova procedura di controllo<sup>26</sup> (v., in proposito, anche l'art. 10, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni), necessariamente *in parallelo al presente ricorso*, dal momento che l'impugnazione non ha effetto sospensivo (art. 60, primo comma, dello Statuto della Corte).

43. Di conseguenza, ai fini di un nuovo esame alla luce del diritto della concorrenza, in data 31 gennaio 2007 l'operazione di concentrazione è stata notificata alla Commissione, la quale ha avviato la procedura d'indagine formale il 1° marzo 2007, ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni («fase II»).

44. La procedura di controllo delle concentrazioni si è conclusa con la decisione

<sup>26</sup> — V., per quanto riguarda questo e i seguenti punti, i comunicati stampa della Commissione 1° marzo 2007 (IP/07/272) e 3 ottobre 2007 (IP/07/1437).

3 ottobre 2007, in cui la Commissione ha nuovamente dichiarato la compatibilità dell'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 8, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni, con il mercato comune e l'accordo SEE (in prosieguo: la «seconda decisione di autorizzazione»). Tale autorizzazione è stata concessa senza condizioni né oneri a carico.

#### IV — Questioni preliminari per l'esame dell'impugnazione

45. Prima di esaminare l'impugnazione nel merito, occorre accertare se i singoli motivi in essa dedotti siano ricevibili (v., al riguardo, poco più avanti, sezione A), e se, in ultima analisi, consentano di raggiungere lo scopo cui mirano le ricorrenti (v. *infra*, sezione B), nonché se sia venuto meno l'interesse di queste ultime a continuare il procedimento d'impugnazione per effetto della seconda decisione di autorizzazione adottata nel frattempo dalla Commissione (v. *infra*, sezione C).

##### A — Ricevibilità dei singoli motivi

46. La Impala contesta la ricevibilità dell'impugnazione nella sua interezza, dal momento che sarebbe unicamente intesa a riconsiderare la valutazione dei fatti cui ha proceduto il Tribunale.

47. Tenuto conto di tale censura, ritengo che occorra richiamare alla mente il criterio di controllo che deriva dall'art. 225, n. 1, CE e dall'art. 58, primo comma, dello Statuto della Corte, e che la Corte applica nella sua costante giurisprudenza nei procedimenti di impugnazione<sup>27</sup>: l'impugnazione è limitata alle questioni di diritto. Solo il Tribunale è dunque competente ad accertare e valutare i fatti pertinenti, nonché a valutare gli elementi di prova. Tali valutazioni, salvo il caso di snaturamento di detti fatti ed elementi di prova, non costituiscono una questione di diritto, che come tale è soggetta al sindacato della Corte nell'ambito del procedimento di impugnazione.

48. Costituisce invece una questione di diritto, che può essere oggetto d'impugnazione, stabilire se il Tribunale abbia posto requisiti eccessivi alla motivazione di una decisione della Commissione, se abbia applicato i criteri corretti nella valutazione da esso operata dei fatti e degli elementi di prova e, in linea del tutto generale, se nella sua sentenza abbia applicato correttamente il diritto<sup>28</sup>. Del pari, rientra tra le questioni di diritto, di cui la Corte può occuparsi, se il Tribunale abbia

27 — V., *ex multis*, sentenze 22 giugno 2006, causa C-24/05 P, Storck/UAMI (Racc. pag. I-5677, punto 36), e causa C-25/05 P, Storck/UAMI (Racc. pag. I-5719, punto 40); v. anche le sentenze 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione (Racc. pag. I-8725, punti 69 e 70); 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, SGL Carbon/Commissione (Racc. pag. I-3921, punto 41), e 25 ottobre 2007, causa C-167/06 P, Komninou e a./Commissione (non pubblicata nella Raccolta, punto 40).

28 — In tal senso, v. sentenza 25 gennaio 2007, cause riunite C-403/04 P e C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel Corp./Commissione (Racc. pag. I-729, punto 40); v. anche le conclusioni da me presentate il 23 febbraio 2006 nella causa C-95/04 P, British Airways/Commissione (Racc. pag. I-2331, paragrafo 113). Per quanto riguarda, in special modo, i requisiti relativi all'obbligo di motivazione, v. sentenze 20 novembre 1997, causa C-188/96 P, Commissione/V (Racc. pag. I-6561, punto 24), e 20 febbraio 1997, causa C-166/95 P, Commissione/Daffix (Racc. pag. I-983, punto 35).

effettuato una corretta qualificazione giuridica dei fatti e degli elementi di prova e ne abbia tratto conseguenze di diritto ammissibili<sup>29</sup>, nonché se abbia rispettato le norme di procedura in materia di onere e di produzione della prova<sup>30</sup>.

49. Sulla base di tale criterio d'esame, la presente impugnazione non può essere considerata in toto irricevibile, contrariamente a quanto ritenuto dalla Impala. A tale riguardo, occorre piuttosto distinguere tra il quinto motivo, da un lato, e gli altri motivi, dall'altro.

#### 1. Ricevibilità del quinto motivo

50. Per quanto attiene anzitutto al quinto motivo, vertente sulle condizioni per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, esso si compone di una parte introduttiva<sup>31</sup> e di più specifici punti di censura<sup>32</sup>.

29 — Sentenze 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe/Commissione (Racc. pag. I-8417, punto 23); Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission (citata alla nota 27, punto 69); Sumitomo Metal Industries/Kommission (citata alla nota 28, punto 39), e SGL Carbon/Commissione (citata alla nota 27, punto 41).

30 — Sentenze Baustahlgewebe/Commissione (citata alla nota 29, punto 24); Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione (citata alla nota 27, punto 70); Sumitomo Metal Industries/Commissione (citata alla nota 28, punti 38 e 39); SGL Carbon/Commissione (citata alla nota 27, punto 41), e Komninou e a./Commissione (citata alla nota 27, punto 40).

31 — Punti 65-69 del ricorso.

32 — Punti 70-80 del ricorso.

51. Nella *parte introduttiva* viene in sostanza sollevata la questione se i criteri a suo tempo elaborati dallo stesso Tribunale nella sentenza *Airtours*<sup>33</sup> per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva debbano essere applicati con diverso grado di rigore a seconda che vada provata l'esistenza di una posizione dominante collettiva già presente o si debba formulare una previsione per il futuro sul rischio circa il sorgere di una posizione dominante collettiva in seguito a una concentrazione. Quindi, tale parte introduttiva del quinto motivo verte sull'interpretazione dei criteri *Airtours*. Si tratta di una questione di diritto che può essere legittimamente oggetto di impugnazione.

52. Diverso è il discorso sulle restanti *critiche specifiche* fatte valere nell'ambito del quinto motivo e riassumibili come segue: il Tribunale avrebbe trascurato i prezzi netti all'ingrosso decisivi per la trasparenza del mercato nonché la rilevanza degli sconti, limitandosi, invece, a prendere in considerazione semplicemente i prezzi pubblici di vendita e i prezzi al dettaglio. Il Tribunale ricaverebbe la trasparenza degli sconti, per giunta in modo inappropriato, dagli effetti di questi ultimi sui prezzi netti medi. Inoltre, nella valutazione della trasparenza, il Tribunale riterrebbe, ingiustamente, irrilevanti complesse strutture dei prezzi. Infine, erroneamente, il Tribunale considererebbe irrilevanti ai fini della trasparenza le differenze e le variazioni di prezzo.

33 — V., al riguardo, il paragrafo 25 delle presenti conclusioni nonché la sentenza *Airtours/Commissione* (citata alla nota 17, punto 62).

53. Tali critiche specifiche non mirano, in realtà, a un riesame di questioni di diritto, bensì piuttosto a mettere in discussione, nella specie, la concreta valutazione dei fatti e degli elementi di prova operata dal Tribunale. Infatti, la questione relativa al valore significativo di prezzi di catalogo, prezzi al dettaglio, prezzi netti all'ingrosso, prezzi netti medi, sconti, nonché della complessità delle strutture dei prezzi e di talune differenze e variazioni di prezzo ai fini della valutazione della trasparenza di un determinato mercato non può avere una soluzione di applicazione generale, bensì dipende dall'analisi concreta di tutte le circostanze del singolo caso, soprattutto delle particolari condizioni del mercato di volta in volta interessato.

54. In altre parole, nel caso di specie si vuole indurre la Corte a sostituire alla valutazione del Tribunale la propria valutazione dei fatti e degli elementi di prova in relazione alla situazione specifica. Tuttavia, ciò è inammissibile in sede di impugnazione. Dinanzi alla Corte si potrebbe tutt'al più eccepire che il Tribunale avrebbe distorto i fatti o gli elementi di prova o infranto le regole della logica nell'ambito della sua valutazione dei fatti e degli elementi di prova. Nondimeno, nella fattispecie *non* si fa valere né l'una né l'altra censura e, in quanto sede di impugnazione, a parte le eccezioni citate, non può competere alla Corte, valutare come siano pertinenti, ai fini della valutazione della trasparenza del mercato in un caso del genere, fattori quali prezzi di catalogo, prezzi al dettaglio, prezzi netti all'ingrosso, prezzi netti medi, sconti, complessità delle strutture dei prezzi nonché talune differenze e variazioni di prezzo.

55. Alla luce di quanto precede, il quinto motivo è ricevibile solo in relazione alla parte introduttiva, ma non per quanto riguarda i punti specifici di censura.

## 2. Ricevibilità degli altri motivi

56. Per contro, ritengo gli altri motivi pienamente ricevibili, dal momento che non vertono sulla valutazione in quanto tale dei fatti e degli elementi di prova condotta dal Tribunale. Essi si riferiscono invece ai *criteri* applicati dal Tribunale per esaminare la legittimità della prima decisione di autorizzazione. Si tratta inoltre dei *requisiti di prova* cui la Commissione è assoggettata nell'autorizzazione di operazioni di concentrazione. Sono tutte questioni di diritto che possono costituire legittimamente l'oggetto di un'impugnazione.

## 3. Conclusione provvisoria

57. Quindi, mentre il quinto motivo è ricevibile solo in relazione alla parte introduttiva, gli altri motivi sono interamente ricevibili.

B — *Idoneità dell'impugnazione a conseguire lo scopo perseguito*

58. A parte la questione, poc'anzi discussa, della ricevibilità dei singoli motivi, nel caso di specie si pone la questione supplementare se l'impugnazione sia idonea a conseguire lo scopo perseguito dalle ricorrenti, vale a dire l'annullamento della sentenza impugnata. Da un lato, è possibile che le ricorrenti abbiano ommesso di impugnare un punto determinante della sentenza impugnata (v., a tale riguardo, poco più avanti, parte 1.), mentre, dall'altro, forse, il ricorso da esse proposto si fonda su passaggi della sentenza che non contengono motivazioni determinanti del dispositivo della sentenza impugnata (su questo aspetto, v. parte 2., infra).

1. Sull'asserita mancata impugnazione, da parte delle ricorrenti, di un passaggio determinante della sentenza impugnata

59. La Impala sostiene anzitutto che l'impugnazione non sarebbe idonea, nel complesso, a far annullare la sentenza impugnata, in quanto, con l'impugnazione proposta, le ricorrenti avrebbero ommesso di impugnare un passaggio determinante della sentenza.

60. Secondo la Impala, infatti, l'impugnazione si limiterebbe a censurare le considerazioni del Tribunale sulla questione del *rafforzamento* di una posizione dominante collettiva già esistente, senza però contestare le considerazioni del Tribunale al punto 528 della sentenza impugnata sulla possibile

creazione di una posizione dominante collettiva. Pertanto, anche se l'impugnazione fosse pienamente accolta, non potrebbe — stando alla Impala — comportare l'annullamento della sentenza impugnata, visto che continuerebbero a sussistere al punto 528 le constatazioni del Tribunale in merito ad altri errori di diritto accertati nella prima decisione di autorizzazione.

61. Tale argomento non è convincente.

62. Vero è che i ricorrenti sono tenuti a indicare in modo preciso gli elementi censurati della sentenza di cui si chiede l'annullamento, nonché gli argomenti di diritto dedotti a specifico sostegno di tale domanda<sup>34</sup>. Tuttavia, ciò non significa che, nel redigere l'impugnazione, essi dovrebbero ispirarsi fin nei minimi dettagli alla struttura della sentenza impugnata e impugnare ogni parte della medesima con un motivo separato.

63. Nel presente procedimento, le ricorrenti non hanno limitato in alcun modo l'impugnazione proposta al primo dei punti della sentenza nella specie controversi, vale a dire alle constatazioni del Tribunale sul rafforzamento di una posizione dominante collettiva esistente nel mercato della musica registrata<sup>35</sup>. Una tale limitazione non soddisferebbe nemmeno lo scopo da esse perseguito di contestare, con l'impugnazione,

34 — Costante giurisprudenza, v. in particolare le sentenze 1° febbraio 2007, causa C-266/05 P, Sison/Consiglio (Racc. pag. I-1233, punto 23), e 11 settembre 2007, causa C-227/04 P, Lindorfer/Consiglio (Racc. pag. I-6767, punto 45).

35 — Punti 44-481 della sentenza impugnata.



la sentenza impugnata nella sua interezza. Infatti, tale obiettivo può essere raggiunto solo intendendo l'impugnazione come contestazione di entrambi i punti contenziosi nella sentenza impugnata<sup>36</sup>, quindi sia il passaggio relativo al rafforzamento di una posizione dominante già esistente come pure quello riguardante la creazione di una tale posizione.

64. Anche dalle osservazioni preliminari formulate dalle ricorrenti all'inizio dell'atto introduttivo del ricorso si evince che l'impugnazione non verte soltanto su una parte della sentenza. In un elenco dei passaggi particolarmente criticati della sentenza impugnata si fa espressamente riferimento al punto 528, controverso nel caso di specie, oltre ai punti 533, 539 e 541, anch'essi vertenti sulla *creazione* di una posizione dominante collettiva<sup>37</sup>. Inoltre, nell'impugnazione, le ricorrenti riprendono più volte espressamente nelle loro riflessioni l'esito complessivo formulato dal Tribunale di primo grado ai punti 542 e 543 della sentenza impugnata<sup>38</sup>.

65. Stando così le cose, non si può affermare che l'impugnazione sia circoscritta unicamente alle considerazioni del Tribunale sulla questione del *rafforzamento* di una posizione dominante collettiva già esistente e che debba, pertanto, essere respinta in toto come inoperante (in francese: «inopérant»).

36 — V. sia i punti 44-481 sia i punti 482-541 della sentenza impugnata.

37 — Punto 17 del ricorso. Riferimenti analoghi sono reperibili anche, in particolare, ai punti 26 e 94 e alla nota 6 del ricorso.

38 — Punti 17, 59 e 81 del ricorso.

2. Sui motivi della sentenza impugnata che non sono fondamentali per il dispositivo

66. La situazione invece è diversa per quanto riguarda la parte introduttiva del quinto motivo che, come già detto<sup>39</sup>, ne costituisce l'unica parte ricevibile.

67. In sostanza, esso solleva la questione se i criteri sviluppati dallo stesso Tribunale nella sentenza *Airtours*<sup>40</sup> per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva debbano essere applicati con diverso grado di rigore a seconda che vada provata la sussistenza di una posizione dominante collettiva già presente o si debba formulare una previsione per il futuro sul rischio circa il sorgere di una posizione dominante collettiva in seguito a una concentrazione. Nella prima ipotesi il Tribunale si pronuncia a favore di un'applicazione meno restrittiva dei criteri *Airtours* rispetto all'altra ipotesi<sup>41</sup>.

68. Il punto principale di censura dedotto dalle ricorrenti a tale proposito riguarda il punto 251 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale afferma che la presenza di una posizione dominante collettiva (già esistente) potrebbe «desumersi indirettamente, se del caso, da un insieme di indizi e di elementi di prova, eventualmente anche molto eterogenei, relativi ai segni, alle manifestazioni e ai

39 — V. supra, paragrafi 50-55 delle presenti conclusioni.

40 — V., a questo riguardo, il paragrafo 25 delle presenti conclusioni nonché la sentenza *Airtours/Commissione* (citata alla nota 17, punto 62).

41 — V., in tal senso, punti 249-253 della sentenza impugnata.

fenomeni inerenti alla presenza di una posizione dominante collettiva».

69. Tuttavia, come hanno giustamente osservato le stesse ricorrenti<sup>42</sup>, il passaggio controverso costituisce un *obiter dictum*, come pure le correlate argomentazioni giuridiche del Tribunale. Infatti, in tutta la parte sviluppata ai punti 245-253 della sentenza impugnata, il Tribunale non esamina, per esempio, un motivo d'annullamento fatto valere dalla Impala in primo grado, bensì formula *obiter dicta* sull'applicazione dei criteri inerenti all'accertamento di una posizione dominante collettiva.

70. Ciò emerge con particolare evidenza dalla lettura del passaggio controverso alla luce del punto 254 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale limita chiaramente la sua analisi della prima decisione di autorizzazione alla questione se i criteri Airtours siano soddisfatti: «(...) [I] Tribunale si limiterà, nell'esame dei motivi dedotti, a verificare se la decisione abbia applicato correttamente le condizioni risultanti dalla giurisprudenza Airtours (...)». Per contro, nella sua sentenza, il Tribunale, espressamente, non approfondisce la questione della possibilità di dimostrare l'esistenza di una posizione dominante «senza che occorra dimostrare positivamente la trasparenza del mercato». Tale questione «non [sarebbe] stata discussa» dinanzi al Tribunale.

42 — Punto 67 del ricorso.

71. Quindi, poiché la parte introduttiva del quinto motivo non si riferisce a motivazioni fondamentali, bensì unicamente a considerazioni aggiuntive del Tribunale, esso non può comportare l'annullamento della sentenza impugnata. Secondo giurisprudenza costante, tale parte dell'impugnazione dev'essere respinta in quanto inoperante («inopérante»)<sup>43</sup>.

### 3. Conclusione provvisoria

72. Pertanto, pur essendo ricevibile, soltanto il quinto motivo va respinto in quanto inoperante. I restanti motivi, invece, sono atti a conseguire lo scopo perseguito dalle ricorrenti.

## C — *Mantenimento dell'interesse ad agire*

73. Per quanto riguarda i motivi ricevibili e non inoperanti, resta ancora aperta la questione se, nel frattempo, le ricorrenti non abbiano perso interesse a proseguire l'impugnazione.

43 — Sentenze 18 marzo 1993, causa C-35/92 P, Parlamento/Frederiksen (Racc. pag. I-991, punto 31); 8 maggio 2003, causa C-122/01 P, T. Port/Commissione (Racc. pag. I-4261, punto 17); 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rorindustri e a./Commissione (Racc. pag. I-5425, punto 148), e 13 settembre 2007, causa C-443/05 P, Common Market Fertilizers/Commissione (Racc. pag. I-7209, punto 137).

74. Grazie al requisito dell'interesse ad agire, viene garantito, sul piano processuale, che gli organi giurisdizionali non vengano aditi per chiarire, a scopo consultivo, questioni di diritto puramente ipotetiche. L'interesse ad agire rappresenta perciò una condizione assoluta di ricevibilità che va esaminata d'ufficio e può risultare rilevante in varie fasi del procedimento. È evidente che l'interesse ad agire deve sussistere già alla data di presentazione del ricorso o dell'impugnazione; tuttavia, esso deve sussistere anche dopo tale data e fino alla decisione del giudice nel merito<sup>44</sup>.

75. L'interesse ad agire sussiste fintantoché il ricorso, con il suo esito, può procurare un beneficio alla parte che lo ha proposto<sup>45</sup>.

76. È pacifico che, alla data di presentazione dell'impugnazione, le ricorrenti avevano interesse ad agire. Infatti, dall'annullamento della prima decisione di autorizzazione da parte del Tribunale, la Bertelsmann e la Sony erano prive, retroattivamente, dell'autorizzazione necessaria secondo il regolamento sulle concentrazioni per la loro operazione di concentrazione. Con l'annullamento della sentenza impugnata, richiesto in sede di impugnazione, tale autorizzazione avrebbe potuto tornare in essere. L'impugnazione avrebbe quindi potuto procurare loro tale beneficio.

77. Dall'adozione della seconda decisione di autorizzazione, le imprese interessate dispongono tuttavia nuovamente, per la loro operazione di concentrazione, di un'autorizzazione in conformità del regolamento sulle concentrazioni. Nel suo dispositivo, tale seconda autorizzazione è del tutto equivalente alla prima, atteso che in entrambe l'operazione di concentrazione è stata dichiarata, rispettivamente, compatibile con il mercato comune e l'accordo SEE senza condizioni né oneri a carico. Anche la *situazione d'incertezza* creatasi in seguito all'annullamento della prima decisione di autorizzazione, in cui le imprese interessate e i mercati non potevano essere sicuri della legittima realizzazione della concentrazione, al momento è superata con la nuova autorizzazione dell'operazione di concentrazione. Infatti, stando alle considerazioni giuridiche di cui all'art. 7, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni<sup>46</sup>, la seconda decisione di autorizzazione ha effetto retroattivo dalla data dell'esecuzione delle transazioni concluse per realizzare tale operazione di concentrazione («effetto ex-tunc»).

78. Peraltro, tutto ciò non comporta necessariamente la *manca*za di oggetto della presente impugnazione. Infatti, quest'ultima non contesta, direttamente, la prima decisione di autorizzazione della Commissione, bensì la sentenza impugnata del Tribunale, tuttora valida. In tal senso, la possibilità di dichiarare il non luogo a statuire nella causa principale (art. 92, n. 2, del regolamento di procedura) non viene neppure in esame in

44 — Per quanto attiene al requisito dell'interesse ad agire in sede di impugnazione, v. sentenza 19 ottobre 1995, causa C-19/93 P, Rendo e a./Commissione (Racc. pag. I-3319, punto 13); nello stesso senso, in riferimento all'interesse ad agire in primo grado, v. sentenza 7 giugno 2007, causa C-362/05 P, Wunenburger/Commissione (Racc. pag. I-4333, punto 42), e ordinanza 17 ottobre 2005, causa T-28/02, First Data e a./Commissione (Racc. pag. II-4119, punti 35-37).

45 — Sentenze Rendo e a./Commissione (citata alla nota 44, punto 13); 13 luglio 2000, causa C-174/99 P, Parlamento/Richard (Racc. pag. I-6189, punto 33), e 3 aprile 2003, causa C-277/01 P, Parlamento/Samper (Racc. pag. I-3019, punto 28).

46 — Poiché l'operazione di concentrazione controversa è stata realizzata a una data in cui era ancora in essere la prima decisione di autorizzazione, l'art. 7, n. 5, del regolamento sulle concentrazioni non è di fatto applicabile al caso di specie. La considerazione, su cui poggia tale disposizione, inerente alla provvisoria inefficacia e alla regolarizzazione retroattiva della situazione d'incertezza mediante una decisione di autorizzazione può, tuttavia, essere applicata anche al caso in esame.

sede di impugnazione (v. art. 118 del regolamento di procedura)<sup>47</sup>.

79. Nondimeno, l'esistenza della seconda decisione di autorizzazione solleva la questione se l'impugnazione continui a procurare un beneficio alle ricorrenti, e, quindi, se queste ultime nutrano ancora interesse a proseguire l'impugnazione.

80. Ad ogni modo, la sola circostanza che, nella sentenza impugnata, le ricorrenti siano state condannate alle spese del procedimento di primo grado non fonda ancora un loro interesse ad agire. Infatti, ai sensi dell'art. 58, secondo comma, dello Statuto della Corte, l'impugnazione non può avere ad oggetto unicamente l'onere delle spese. Per la stessa ragione, la Corte dichiara irricevibile un motivo relativo alla decisione sulle spese in primo grado se si tratta dell'unico motivo rimasto fra tanti ed è pacifico che tutti gli altri motivi invocati dal ricorrente saranno

respinti<sup>48</sup>. Tanto meno, secondo la ratio dell'art. 58, secondo comma, dello Statuto, il mero interesse alla cancellazione dell'onere delle spese in primo grado può giustificare la continuazione di un procedimento d'impugnazione. Pertanto, per poter proseguire un'impugnazione, le ricorrenti devono avere un interesse ad agire che va al di là delle spese del procedimento di primo grado.

81. Nel caso di specie, tuttavia, le ricorrenti hanno un chiaro interesse a ottenere, nel minor tempo possibile, non soltanto un'autorizzazione, bensì anche un'autorizzazione *definitiva* per la loro operazione di concentrazione. Infatti, solo a quel punto per le imprese interessate, nonché per i mercati in generale, sussiste una definitiva certezza del diritto riguardo al fatto che l'operazione di concentrazione sia stata legittimamente realizzata.

82. Per ora la seconda decisione di autorizzazione non può offrire tale certezza del diritto, in quanto non si prevede che diventi definitiva in tempi brevi. Infatti, la decisione — oltre a essere notificata ai destinatari (art. 254, n. 3, CE) — dev'essere pubblicata

47 — Ciò nonostante, in talune occasioni la Corte dichiara il non luogo a statuire in sede di impugnazione, quando è pacifico che il ricorrente ha già raggiunto il suo scopo (ordinanze 23 ottobre 2001, causa C-281/00 P, Una Film «City Revue»/Parlamento e Consiglio (non pubblicata nella Raccolta, punti 4 e 5), e causa C-313/00 P, Davidoff/Parlamento e Consiglio (non pubblicata nella Raccolta, punti 4 e 5), o quando è certo che il ricorrente non può più conseguire l'obiettivo perseguito (sentenza 15 febbraio 2005, causa C-13/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. pag. I-1113, punti 21-23; ordinanze 27 febbraio 2002, causa C-477/01 P[R], Reisebank/Commissione, Racc. pag. I-2117, punti 24-28, e causa C-480/01 P [R], Kommerzbank/Commissione, Racc. pag. I-2129, punti 23-27). Tuttavia, come dimostrerò più avanti, la fattispecie non rientra né nell'uno né nell'altro caso.

48 — V., per esempio, sentenze 14 settembre 1995, causa C-396/93 P, Henrichs/Commissione (Racc. pag. I-2611, punto 66); 12 luglio 2001, cause riunite C-302/99 P e C-308/99 P, Commissione e Francia/TFI (Racc. pag. I-5603, punto 31); 30 settembre 2003, cause riunite C-57/00 P e C-61/00 P, Freistaat Sachsen e a./Commissione (Racc. pag. I-9975, punto 124), e 26 maggio 2005, causa C-301/02 P, Tralli/BCE (Racc. pag. I-4071, punto 88).

nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (art. 20, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni). Solo dopo tale pubblicazione<sup>49</sup>, finora non avvenuta, decorre il termine di impugnazione per terzi<sup>50</sup>. Un'anticipazione generale del dies a quo del termine di impugnazione per terzi verrebbe in esame solo se la seconda decisione di autorizzazione fosse stata diversamente accessibile in versione completa già a una data anteriore, per esempio in Internet, con adeguata segnalazione al riguardo nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*<sup>51</sup>. Per contro, il mero fatto che il testo della decisione sia portato a conoscenza di determinati terzi, vale a dire della Impala, eventualmente con anticipo e in versione non riservata, non incide sul dies a quo del termine di

impugnazione<sup>52</sup> né, quindi, sulla data alla quale la decisione assume, eventualmente, carattere definitivo<sup>53</sup>.

83. Inoltre, qualora il Tribunale dichiarasse nulla anche la seconda decisione di autorizzazione, in seguito a un ricorso proposto da un terzo, si creerebbe una nuova situazione di incertezza in cui le imprese interessate non avrebbero alcuna autorizzazione per la loro operazione di concentrazione, secondo il regolamento sulle concentrazioni. Un siffatto stato di incertezza per più mesi o addirittura anni potrebbe ripercuotersi negativamente sulle imprese interessate e sui mercati in generale.

84. Per evitare, per quanto possibile, una nuova situazione d'incertezza e le relative conseguenze negative, è particolarmente importante, per le ricorrenti, proseguire la presente impugnazione e ottenere, nel minor tempo possibile, una decisione definitiva del giudice comunitario sulla legittimità della *prima decisione di autorizzazione*. Quand'anche la Corte, in caso di accoglimento dell'impugnazione, non si

49 — Più esattamente, il dies a quo del termine di impugnazione di cui all'art. 230, quinto comma, CE decorre, ai sensi dell'art. 102, n. 1, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, dalla fine del quattordicesimo giorno successivo alla data della pubblicazione della decisione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Certo, ciò presuppone che la versione della motivazione non riservata sia stata pubblicata integralmente nella *Gazzetta ufficiale* o, perlomeno, sia stata resa disponibile su Internet in contemporanea. In caso contrario, il termine di impugnazione decorre solo dalla data in cui il potenziale ricorrente — se non ha comunque già potuto disporre — ha potuto accedere alla versione integrale (v., in tal senso, la sentenza 6 luglio 1988, causa 236/86, Dillinger Hüttenwerke/Commissione, Racc. pag. 3761, punto 14).

50 — Sentenze 6 ottobre 1999, causa T-110/97, Kneissl Dachstein/Commissione (Racc. pag. II-2881, punti 41 e 42), e causa T-123/97, Salomon/Commissione (Racc. pag. II-2925, punti 42 e 43), nonché ordinanza 25 maggio 2004, causa T-264/03, Schmoltdt e a./Commissione (Racc. pag. II-1515, punti 51-53 e 56).

51 — Sentenza 15 giugno 2005, causa T-17/02, Olsen/Commissione (Racc. pag. II-2031, punto 80), confermata dall'ordinanza 4 ottobre 2007, causa C-320/05 P, Olsen/Commissione (non pubblicata nella Raccolta), e ordinanza 19 settembre 2005, causa T-321/04, Air Bourbon/Commissione (Racc. pag. II-3469, punti 34 e 37).

52 — Sentenza Olsen/Commissione (citata alla nota 51, punto 81). Sul carattere sussidiario della data alla quale il ricorrente acquisisce conoscenza di una decisione da pubblicare nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, v. anche sentenze 10 marzo 1998, causa C-122/95, Germania/Consiglio (Racc. pag. I-973, punto 35), e 12 dicembre 2000, causa T-296/97, Alitalia/Commissione (Racc. pag. II-3871, punto 61), nonché ordinanza 11 dicembre 2006, causa T-392/05, MMT/Commissione (non pubblicata nella Raccolta, punto 25).

53 — Per pura completezza, occorre aggiungere che non si tiene conto a tal fine di una *notificazione formale* (comunicazione) della decisione a un terzo, a partire dalla quale potrebbe decorrere il termine di impugnazione cui egli deve attenersi. Ai sensi dell'art. 254, n. 3, CE, infatti, le decisioni sono notificate soltanto «ai loro destinatari». Nell'ambito del controllo delle concentrazioni, si tratta delle imprese aderenti alla concentrazione e delle autorità competenti degli Stati membri; nello stesso senso — per casi futuri — si esprime ora l'art. 8, n. 8, del regolamento n. 139/2004.

pronunciasse in via definitiva sulla presente controversia, non consentendoglielo lo stato degli atti, bensì la rinviasse al Tribunale (art. 61, primo comma, dello Statuto della Corte), sarebbe senz'altro probabile che la decisione definitiva sulla legittimità della *prima* decisione di autorizzazione venisse emanata prima di quella inerente alla legittimità della *seconda*.

85. Ciò premesso, anche il dovere di celerità, cui è improntato il controllo delle concentrazioni a livello comunitario<sup>54</sup>, incide a favore del proseguimento della presente impugnazione. In tal modo, sarà anche possibile impedire che eventuali ricorsi per annullamento proposti da terzi rallentino più del dovuto il raggiungimento di una situazione di certezza del diritto per le imprese partecipanti alla concentrazione.

86. Nel complesso, ritengo pertanto che, al momento, la decisione della Corte possa senz'altro procurare ancora un beneficio alle ricorrenti, le quali, di conseguenza, hanno un interesse ad agire sufficiente per il proseguimento della presente impugnazione.

87. Qualora, tuttavia, al termine della fase orale ma prima di una pronuncia della Corte nella presente causa, subentrasse il carattere definitivo della seconda decisione di autorizzazione, ciò dovrebbe comportare, stando alle informazioni di cui attualmente dispongo, il venir meno dell'interesse ad agire delle ricorrenti. In quel caso riterrei

dunque necessaria una nuova audizione delle parti sulla questione dell'interesse ad agire.

88. Comunque, non ritengo convincente l'ipotesi, brevemente discussa all'udienza, di proseguire il presente procedimento esclusivamente perché la Commissione sostiene nella specie taluni dei motivi sollevati dalla Bertelsmann e dalla Sony. Vero è che le istituzioni della Comunità sono privilegiate per quanto riguarda l'impugnazione da esse stesse proposta (art. 56, secondo e terzo comma, dello Statuto della Corte), in particolare non sono tenute a dimostrare un interesse ad agire per tale impugnazione<sup>55</sup>. Di contro, se un'istituzione non è ricorrente, bensì soltanto altra parte nel procedimento, il suo mero interesse all'esito dell'impugnazione e alla soluzione di talune questioni di diritto da parte della Corte non può compensare l'eventuale carenza di interesse ad agire delle ricorrenti.

## V — Fondatezza dell'impugnazione

89. Le ricorrenti contestano la sentenza impugnata con sette motivi di ricorso in totale, con cui si sollevano questioni di diritto di fondamentale importanza per il regime di controllo delle concentrazioni a livello comunitario. Invero, tali questioni di diritto

54 — V., a tale riguardo, paragrafo 12 delle presenti conclusioni.

55 — Sentenze 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni (Racc. pag. I-4125, punto 171), e 22 febbraio 2005, causa C-141/02 P, Commissione/max. mobil (Racc. pag. I-1283, punto 48).

sorgono ancora in relazione al «vecchio» regolamento sulle concentrazioni, ma la loro soluzione è determinante anche per la nuova versione del regolamento (CE) sulle concentrazioni (regolamento n. 139/2004), dal momento che i due regolamenti sono sostanzialmente identici nei punti qui controversi.

90. Poiché i singoli motivi coincidono parzialmente, occorre raggrupparli in funzione dei rispettivi punti comuni di contenuto e, quindi, esaminarli secondo un ordine modificato. Soltanto il quinto motivo non richiede più una discussione nel prosieguo, giacché, come si è detto, è in parte irricevibile e in parte inoperante («inopérant») <sup>56</sup>.

*A — Grado di accertamento e motivazione richiesti per le decisioni di autorizzazione della Commissione (primo, secondo, terzo e sesto motivo)*

91. Il primo, secondo, terzo e sesto motivo di ricorso riguardano in concreto la portata dell'attività istruttoria e della motivazione che la Commissione deve dispiegare quando autorizza una concentrazione tra imprese.

<sup>56</sup> — V. supra, paragrafi 50-55 e 66-71 delle presenti conclusioni.

92. Le ricorrenti ritengono, in sostanza, che il Tribunale abbia ecceduto nel fissare i requisiti giuridici ai fini di una decisione di autorizzazione della Commissione e del suo controllo giurisdizionale. Su tale punto, esse sono sostenute in parte dalla Commissione <sup>57</sup>. La Impala, invece, difende integralmente la sentenza impugnata del Tribunale.

1. Sulla motivazione di decisioni di autorizzazione nel quadro del controllo di operazioni di concentrazione (primo e terzo capo del sesto motivo)

93. Inizio il mio esame dal primo e terzo capo del sesto motivo di ricorso <sup>58</sup>, con cui le ricorrenti fanno valere che il Tribunale avrebbe posto requisiti scorretti ed eccessivi alla motivazione di decisioni di autorizzazione della Commissione nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

94. Occorre anzitutto stabilire se sia proprio possibile annullare le decisioni di

<sup>57</sup> — Secondo quanto risulta dalla comparsa di risposta, la Commissione appoggia il primo e secondo motivo nonché il primo capo del terzo motivo.

<sup>58</sup> — Per la parte in cui con il sesto motivo si censurano, quali errori di diritto, i riferimenti del Tribunale alla comunicazione degli addebiti (secondo capo del sesto motivo), procederò in seguito al suo esame, insieme al primo motivo (v. paragrafi 145-183 delle presenti conclusioni). Per la parte in cui con il sesto motivo vengono discussi i requisiti di contenuto di una decisione di autorizzazione (quarto capo del sesto motivo), tale aspetto coincide con il secondo capo del terzo motivo e con il quarto motivo, per cui la relativa analisi sarà condotta insieme a questi ultimi (paragrafi 201-232 ovvero 233-268 delle presenti conclusioni).

autorizzazione della Commissione per insufficiente motivazione. In caso affermativo, si deve prendere in esame la portata dell'obbligo di motivazione e va accertato se, nel caso di specie, il Tribunale abbia commesso un errore di diritto al riguardo.

deve solo consentire un controllo esterno sull'operato delle istituzioni da parte degli organi giurisdizionali comunitari, bensì dovrebbe anche promuovere l'autocontrollo da parte delle istituzioni e preservarle da provvedimenti avventati o scarsamente ponderati. Inoltre, la motivazione delle decisioni concorre alla trasparenza degli atti amministrativi<sup>60</sup>.

a) Impugnabilità di decisioni di autorizzazione per carenza di motivazione

95. Le ricorrenti ritengono che una decisione di autorizzazione della Commissione nell'ambito del controllo delle concentrazioni non possa in nessun caso essere annullata per carenza di motivazione.

96. Tale argomentazione non mi convince.

97. Ai sensi dell'art. 253 CE, le decisioni della Commissione devono essere motivate. L'obbligo di motivazione discende dal principio dello stato di diritto e ha trovato la sua espressione, in relazione al diritto ad una buona amministrazione, anche nell'art. 41, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>59</sup>. Tale obbligo non

98. L'obbligo di motivazione non è affatto limitato alle decisioni che recano pregiudizio ai loro destinatari. I principi dello stato di diritto e della buona amministrazione impongono, invece, di motivare anche decisioni che procurano un vantaggio ai destinatari. Ciò è tanto più vero quando tali decisioni possono avere effetti negativi sui diritti e sugli interessi di terzi, non da ultimo nell'ambito del diritto in materia di concorrenza. In tal senso, né l'art. 253 CE né il terzo trattino dell'art. 41, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali distinguono tra decisioni che procurano un vantaggio ai loro destinatari e decisioni recanti loro pregiudizio. Specie per il controllo delle concentrazioni, ciò significa che le decisioni di autorizzazione della Commissione vanno motivate proprio come quelle di divieto.

99. Una violazione dell'obbligo di motivazione può essere contestata dinanzi al giudice comunitario, in particolare, in quanto violazione di una forma sostanziale, con il ricorso per annullamento alle condizioni di cui all'art. 230 CE.

59 — GU 2000, C 364, pag. 1. Sebbene la Carta dei diritti fondamentali, in quanto tale, non abbia ancora effetti giuridici vincolanti equiparabili a quelli del diritto primario, essa fornisce, quantomeno come fonte di riferimento giuridica, indicazioni sui diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario; v., a tale riguardo, anche la sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento/ Consiglio, «ricongiungimento familiare» (Racc. pag. I-5769, punto 38), e paragrafo 108 delle conclusioni da me presentate l'8 settembre 2005 nella medesima causa, oltre alla sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet (Racc. pag. I-2271, punto 37).

60 — Sul principio della trasparenza, v. anche l'art. 1, secondo comma, UE, secondo cui nell'Unione europea «le decisioni [sono] prese nel modo più trasparente possibile».



100. L'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni, su cui si basano le ricorrenti nella presente fattispecie, non prevede eccezioni relative all'impugnabilità di decisioni per violazione dell'obbligo di motivazione. Già dalla gerarchia delle norme si evince che le disposizioni di diritto derivato non possono limitare la portata del diritto primario di cui anche gli artt. 230 CE e 253 CE fanno parte. Piuttosto, l'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni dev'essere interpretato e applicato alla luce del diritto di rango superiore, in particolare degli artt. 230 CE e 253 CE<sup>61</sup>.

101. In ogni modo, tuttavia, non risponde né al testo né agli obiettivi o al contesto normativo dell'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni introdurre un'eccezione all'obbligo di motivazione o, addirittura, «immunizzare» decisioni di autorizzazione della Commissione da censure inerenti alla mancanza di motivazione.

102. L'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni introduce una *finzione di autorizzazione* unicamente per il caso in cui la Commissione non decida entro i termini stabiliti sulla compatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione notificata<sup>62</sup>. Dunque, la detta disposizione

non esonera la Commissione dal suo obbligo di legge<sup>63</sup> di deliberare con chiarezza su tutte le operazioni di concentrazione notificate mediante una decisione motivata<sup>64</sup>. Anzi, tale disposizione prevede un rimedio nel caso in cui la Commissione non ottemperi a tale obbligo, in via eccezionale, entro il termine convenuto.

103. Certamente, l'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni riflette anche il dovere di celerità che caratterizza l'intera procedura di controllo delle concentrazioni. Unitamente ai rigidi termini procedurali disciplinati nel medesimo articolo, tale disposizione contribuisce a creare, nel modo più rapido possibile, la certezza del diritto, a vantaggio non soltanto delle imprese partecipanti alla concentrazione, bensì anche dei mercati in generale.

104. Nondimeno, la legittima esigenza di certezza del diritto non può arrivare al punto di sottrarre in toto o in parte al controllo giurisdizionale la decisione inerente a un'operazione di concentrazione. Solo se il termine d'impugnazione ai sensi dell'art. 230, quinto comma, CE è scaduto o è stato proposto, per esempio, un ricorso per annullamento poi respinto, l'autorizzazione della concentrazione diventa definitiva e crea definitivamente una certezza del diritto per tutti gli interessati.

61 — Secondo una giurisprudenza costante, una norma di diritto comunitario derivato va interpretata, nei limiti del possibile, nel senso della sua conformità con le disposizioni del Trattato e con i principi generali del diritto comunitario; v. sentenze 25 novembre 1986, cause riunite 201/85 e 202/85, Klensch e a. (Racc. pag. 3477, punto 21); 27 gennaio 1994, causa C-98/91, Herbrink (Racc. pag. I-223, punto 9); 1° aprile 2004, causa C-1/02, Borgmann (Racc. pag. I-3219, punto 30), e 4 ottobre 2007, causa C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (Racc. pag. I-8075, punto 22).

62 — In tal caso si *presume* che la concentrazione sia compatibile con il mercato comune (sulla nozione di presunzione, v. anche l'art. 7, nn. 1 e 5, del regolamento sulle concentrazioni).

63 — Tale obbligo discende, per la fase d'esame preliminare, dall'art. 6, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni e, per il procedimento d'indagine formale, dall'art. 8, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni.

64 — La Commissione è esonerata da tale obbligo solo se rinvia l'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 9 del regolamento sulle concentrazioni, a un'autorità nazionale in materia di concorrenza, o in caso di ritiro della notifica per rinuncia al progetto di concentrazione.

105. Contrariamente a quanto ritengono le ricorrenti, l'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni non perde assolutamente il suo effetto utile («*effet utile*») per il solo fatto che l'autorizzazione — esplicita o implicita — di un'operazione di concentrazione resta soggetta al controllo di un organo giurisdizionale. Al contrario, il rischio che in caso di superamento dei termini («effetto ghigliottina») entri in gioco una finzione di autorizzazione produce, nell'ambito della procedura di controllo delle concentrazioni, un effetto disciplinante da non sottovalutare sulla Commissione, quale autorità preposta al controllo delle concentrazioni<sup>65</sup>. Inoltre, le imprese interessate sono libere di realizzare le loro concentrazioni non appena ne ottengano l'autorizzazione dalla Commissione o entri in gioco la finzione di autorizzazione<sup>66</sup>; stando a quanto da esse stesse indicato, anche le ricorrenti hanno usufruito di tale possibilità.

106. Pertanto, nel complesso, giungo alla conclusione che l'autorizzazione di un'operazione di concentrazione — poco importa se ottenuta esplicitamente o implicitamente — può essere annullata per difetto di motivazione.

65 — A quanto risulta, nella pluriennale storia del controllo delle concentrazioni a livello europeo, è accaduto una sola volta che la Commissione — per un errore di calcolo — non abbia osservato un termine procedurale (caso IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); v., al riguardo, U. von Koppenfels in: Drauz/Jones (ed.), *EU Competition Law*, volume II — *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, punto 6.27.

66 — Eventuali ricorsi per annullamento proposti da terzi non producono alcun effetto sospensivo in conformità dell'art. 242, prima frase, CE.

b) Portata dell'obbligo di motivazione

107. Le ricorrenti sostengono inoltre che, nella specie, il Tribunale ha considerato, a torto, insufficiente la motivazione della prima decisione di autorizzazione. In tal modo, il Tribunale avrebbe assunto una posizione in contrasto con la costante giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari.

108. In sostanza, si tratta di stabilire quanto dettagliata dovesse essere la motivazione della Commissione nella prima decisione di autorizzazione riguardo alla constatazione secondo cui il mercato non era sufficientemente trasparente da consentire un coordinamento dei prezzi<sup>67</sup>.

109. Tale constatazione è stata rilevante ai fini della valutazione della Commissione secondo la quale non vi sarebbero stati indizi sufficienti per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva delle cinque majors su diversi mercati nazionali della musica registrata e che, con ogni probabilità, l'operazione di concentrazione non avrebbe portato alla creazione di una posizione dominante collettiva di tale genere<sup>68</sup>. L'autorizzazione della concentrazione si fonda, non da ultimo, su detta valutazione.

67 — V., a tale proposito, i punti 278-325, in particolare 287 e 325, della sentenza impugnata.

68 — Punti 153, 158 e 183 della prima decisione di autorizzazione.

## — La sentenza impugnata

110. Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato diverse parti della prima decisione di autorizzazione per stabilire se contenessero una motivazione sufficiente per constatare una mancanza di trasparenza del mercato, giungendo di volta in volta a negare tale carenza.

111. Innanzi tutto, il Tribunale ha analizzato la sezione ad hoc della prima decisione di autorizzazione dedicata alla trasparenza del mercato<sup>69</sup>, rilevando che in tali punti la Commissione «non ha concluso che il mercato era opaco o non sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva». Inoltre, in tale sezione la Commissione avrebbe fatto riferimento «solo a fattori ideonei a determinare una forte trasparenza del mercato e a facilitare la verifica del rispetto di un accordo collusivo, con la sola eccezione dell'affermazione, di portata piuttosto limitata e non confermata, secondo cui gli sconti promozionali potevano ridurre la trasparenza e rendere più difficili gli accordi taciti». Quindi, tale sezione ad hoc della prima decisione di autorizzazione sarebbe stata «palesamente inidonea, di per sé, a giustificare la tesi secondo cui il mercato non sarebbe sufficientemente trasparente»<sup>70</sup>.

112. Il Tribunale si è quindi dedicato alle osservazioni della Commissione su una

possibile «politica comune (...) in materia di prezzi»<sup>71</sup> delle cinque majors<sup>72</sup> analizzandole anche sotto profili idonei a chiarire l'asserita mancanza di trasparenza sul mercato<sup>73</sup>. Al riguardo, il Tribunale ha preso in esame sia le indicazioni della Commissione sui prezzi di catalogo che quelle sugli sconti (sconti ordinari e sconti promozionali). In merito, il Tribunale ha dichiarato, da un lato, «che, secondo la stessa decisione, i prezzi di catalogo (...) costituiscono un fattore di trasparenza del mercato»<sup>74</sup>. Dall'altro, «le scarse affermazioni relative agli sconti promozionali (...), essendo imprecise e non confermate, se non addirittura contraddette da altre osservazioni figuranti nella decisione, non [sarebbero] idonee a dimostrare l'opacità del mercato né quella degli sconti promozionali»<sup>75</sup>. Infine, «neanche la sezione relativa ai piccoli paesi [spiegherebbe] i motivi su cui si fonda la conclusione che il mercato non è trasparente a causa degli sconti promozionali»<sup>76</sup>.

113. In merito, nello specifico, agli sconti promozionali menzionati dalla Commissione, il Tribunale non ha trovato la minima precisazione nella prima decisione di auto-

69 — Punti 111-113 della prima decisione di autorizzazione.

70 — Punto 294 della sentenza impugnata.

71 — La versione tedesca del punto 69 della prima decisione di autorizzazione è imprecisa al riguardo e utilizza, per «common price policy», l'espressione «Preisabsprachen» (accordi sui prezzi).

72 — Tali osservazioni della Commissione figurano, in sostanza, ai punti 74-80 della prima decisione di autorizzazione; il Tribunale si limita ad esaminare le indicazioni ivi fornite sulla situazione esistente nel Regno Unito anziché analizzare la motivazione della decisione nel suo complesso.

73 — Punti 295-324 della sentenza impugnata.

74 — Punto 303 della sentenza impugnata.

75 — Punto 320 della sentenza impugnata.

76 — Punto 324 della sentenza impugnata.

rizzazione, ossia «per quanto riguarda, in particolare, la natura degli sconti promozionali, le circostanze in cui essi possono essere applicati, il loro grado di opacità, la loro entità o il loro impatto sulla trasparenza dei prezzi»<sup>77</sup>. Come ha poi censurato il Tribunale, «[inoltre], [le affermazioni della Commissione sugli sconti promozionali nei grandi paesi] si limitano a precisare che gli sconti promozionali sarebbero meno trasparenti degli sconti ordinari, ma non spiegano perché sarebbero rilevanti per la trasparenza del mercato e non consentono di comprendere come, da soli, possano compensare tutti gli altri fattori di trasparenza del mercato individuati nella decisione ed eliminare quindi la trasparenza necessaria perché sussista una posizione dominante collettiva»<sup>78</sup>.

#### — Analisi

114. Non spetta alla Corte, nel contesto di un'impugnazione, sostituire la propria valutazione della prima decisione di autorizzazione a quella del Tribunale. Pertanto, la Corte non deve esaminare, essa stessa, la decisione di autorizzazione, né valutare se la relativa motivazione sia carente o sufficientemente precisa. Piuttosto, la Corte deve decidere se, a sua volta, nella sentenza impugnata, il Tribunale abbia commesso errori di diritto nell'analisi della motivazione della decisione di autorizzazione, e, in particolare se il Tribunale abbia condotto il suo esame in base a criteri adeguati o eccessivamente rigorosi.

77 — Punto 289, in fine, della sentenza impugnata.

78 — Punto 320, in fine, della sentenza impugnata.

115. Secondo la costante giurisprudenza, la motivazione prescritta dall'art. 253 CE dev'essere adeguata alla natura dell'atto e deve fare apparire in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo<sup>79</sup>.

116. La necessità della motivazione dev'essere valutata in funzione delle circostanze del caso di specie, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto, o altre persone da questo riguardate direttamente e individualmente, possano avere a ricevere spiegazioni. La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto per accertare se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'art. 253 CE occorre tener conto non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia<sup>80</sup>.

117. Tra le circostanze particolari di una procedura di controllo delle operazioni di concentrazione rientrano i vincoli tempo-

79 — V., in particolare, sentenze 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, Commissione/Sytraval e Brink's France (Racc. pag. I-1719, punto 63); 24 novembre 2005, cause riunite C-138/03, C-324/03 e C-431/03, Italia/Commissione (Racc. pag. I-10043, punto 54), e Sison/Consiglio (citata alla nota 34, punto 80).

80 — Sentenze Commissione/Sytraval e Brink's France (citata alla nota 79, punto 63); Italia/Commissione (citata alla nota 79, punto 55), e Sison/Consiglio (citata alla nota 34, punto 80).

rali cui la Commissione deve attenersi a causa dell'esigenza di celerità ivi richiesta e dei rigidi termini procedurali<sup>81</sup>. Inoltre, la Commissione può basarsi, per motivare le sue decisioni in materia di concorrenza, sul grado di difficoltà del caso specifico e partire al riguardo dalle informazioni di cui si avvalgono operatori accorti pratici di rapporti commerciali<sup>82</sup>; ciò è tanto più vero quando sono coinvolti diritti o interessi di operatori che sono direttamente parti del procedimento (come la Impala nella specie)<sup>83</sup>. Le ricorrenti hanno evidenziato, a ragione, entrambi i punti di vista.

118. Perciò, alla Commissione non si può certo chiedere di prendere posizione, nella sua decisione inerente a una concentrazione notificata, anche su elementi che sono manifestamente non pertinenti, privi di senso o chiaramente secondari<sup>84</sup>. Ciò che è notorio non necessita di particolare menzione nella decisione. Inoltre, la Commissione non è tenuta a motivare la sua decisione in modo più dettagliato di quanto sembri adeguato in funzione del grado di difficoltà del singolo

caso e assolutamente necessario dal punto di vista di un operatore accorto pratico di rapporti commerciali.

119. In ogni caso, tuttavia, dalla motivazione di una decisione devono sempre potersi desumere le considerazioni di fatto e di diritto essenziali per la sua adozione<sup>85</sup>. Pertanto, la motivazione non può essere così sommaria da non risultare più chiara e conferente<sup>86</sup>. Inoltre, essa dev'essere coerente<sup>87</sup> e non deve contenere contraddizioni interne<sup>88</sup>.

120. Tuttavia, nel caso di specie, il Tribunale lamenta proprio la mancanza di una motivazione sufficientemente conferente, comprensibile e non contraddittoria.

121. In sostanza, nella presente fattispecie il Tribunale rileva una sproporzione nella motivazione della prima decisione di autorizzazione: questa conterrebbe una serie di elementi di prova *a favore* dell'esistenza di trasparenza nel mercato, che per di più esamina in dettaglio<sup>89</sup>, mentre per quanto

81 — Sull'incidenza delle condizioni temporali nelle quali viene adottata la decisione, in relazione all'obbligo di motivazione, v. sentenze 1° dicembre 1965, causa 16/65, *Schwarze* (Racc. pag. 910, in particolare pag. 925); 14 febbraio 1990, causa C-350/88, *Delacre e a./Commissione* (Racc. pag. I-395, punto 16), e *Verband der freien Rohrwerke e a./Commissione* (citata alla nota 22, punto 186).

82 — In tal senso, v. sentenze 28 ottobre 1981, cause riunite 275/80 e 24/81, *Krupp Stahl/Commissione* (Racc. pag. 2489, punto 13), e — nell'ambito della politica in materia di mezzi di comunicazione — 19 febbraio 1998, cause T-369/94 e T-85/95, *DIR International Film e a./Commissione* (Racc. pag. II-357, punti 119-121).

83 — Sentenze 7 aprile 1987, causa 32/86, *SISMA/Commissione* (Racc. pag. 1645, punto 9), e 22 ottobre 1996, causa T-266/94, *Skibsværftsforeningen e a./Commissione* (Racc. pag. II-1399, punto 239).

84 — Sentenza *Commissione/Sytraval e Brink's France* (citata alla nota 79, punto 64, in fine); v. anche sentenze 25 ottobre 2005, cause C-465/02 e C-466/02, *Germania e Danimarca/Commissione, «Feta»* (Racc. pag. I-9115, punto 106), e *Verband der freien Rohrwerke e a./Commissione* (citata alla nota 22, punto 186, in fine).

85 — Sentenze 21 marzo 1955, causa 6/54, *Paesi Bassi/Alta Autorità* (Racc. pag. 205, in particolare pag. 222); 4 luglio 1963, causa 24/62, *Germania/Commissione* (Racc. pag. 129, in particolare pag. 141); 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma/Commissione* (Racc. pag. 661, punto 78), e 21 marzo 2001, causa T-206/99, *Métropole télévision/Commissione* (Racc. pag. II-1057, punto 44, in fine).

86 — Sentenza *Germania/Commissione* (citata alla nota 85, in particolare pag. 141).

87 — Sentenza *ACF Chemiefarma/Commissione* (citata alla nota 85, punto 78).

88 — Sentenze *Germania/Commissione* (citata alla nota 85, in particolare pag. 142), e 7 luglio 1981, causa 158/80, *Rewe-Markt Steffen, «crociere del burro»* (Racc. pag. 1805, punto 26).

89 — V., per esempio, i punti 294, 303, 319, 320, seconda frase, e 321, in fine, della sentenza impugnata.

riguarda il fattore degli sconti promozionali, che assertivamente *depone avverso* una sufficiente trasparenza del mercato, vi sarebbero soltanto vaghe affermazioni<sup>90</sup>. A tale riguardo, non si spiegherebbe perché gli sconti promozionali siano rilevanti per la trasparenza del mercato e non si riuscirebbe a capire come gli sconti promozionali possano compensare, da soli, tutti gli altri fattori di trasparenza del mercato individuati nella decisione eliminando, quindi, la trasparenza necessaria per poter constatare l'esistenza di una posizione dominante collettiva<sup>91</sup>. A parte ciò, il Tribunale evidenzia contraddizioni interne nella motivazione della decisione<sup>92</sup>.

122. Concordo con il Tribunale che la Commissione, in una decisione in cui anzitutto ha descritto in dettaglio una serie di elementi *a favore* della trasparenza del mercato, non possa assumere una mancanza di trasparenza del mercato senza fornire una motivazione più precisa. Qualora, addirittura, vi sia un unico fattore rilevante — nella fattispecie: gli sconti promozionali —, che *depone contro* l'esistenza di una sufficiente trasparenza del mercato e, quindi, l'ipotesi di una posizione dominante collettiva, è tanto più necessario motivare in dettaglio come tale fattore incida sul mercato e in quale misura proprio tale fattore possa compensare tutti gli altri fattori che indicano la presenza di un mercato trasparente.

123. In particolare, non basta spiegare che un determinato fattore comporta o *potrebbe comportare* una *minore* trasparenza del mercato; occorre invece chiarire, perlomeno, perché proprio tale fattore renda il mercato così opaco da non potersi ritenere che esista una posizione dominante collettiva. Altrimenti, la decisione difetta di motivazioni conferenti e comprensibili. Nella sentenza impugnata<sup>93</sup> il Tribunale ha appunto evidenziato, giustamente, tale aspetto.

124. Semplificando, nell'ambito di una decisione relativa al controllo delle operazioni di concentrazione, che ad ampi tratti appare come una decisione di divieto, in definitiva è indispensabile anche per il lettore accorto pratico di rapporti commerciali chiarire in modo sufficientemente preciso le considerazioni che determinano il cambiamento di posizione.

125. Le carenze di motivazione rilevate dal Tribunale sono tanto più gravi per il fatto che la questione della trasparenza del mercato, controversa tra le parti del procedimento, non era meramente marginale, bensì veniva ad essa attribuita notevole importanza per l'esito della procedura di controllo delle concentrazioni<sup>94</sup>. Infatti, la constatazione della Commissione secondo cui il mercato non sarebbe sufficientemente trasparente da consentire il coordinamento dei prezzi ha

90 — Punto 289, in fine, della sentenza impugnata.

91 — Punto 320, seconda frase, della sentenza impugnata; nello stesso senso, punto 289, in fine, della sentenza impugnata.

92 — Punto 320, prima frase, della sentenza impugnata.

93 — V., ancora, in particolare, punti 289, 294 e 320, rispettivamente in fine, della sentenza impugnata.

94 — Ciò è quanto distingue la presente fattispecie dalla causa Kaysersberg/Commissione (sentenza citata alla nota 8, punti 159 e 160), in cui il difetto di motivazione contestato non si riferiva, secondo il Tribunale, a una componente fondamentale della decisione della Commissione.

svolto un ruolo fondamentale nelle sue considerazioni nell'ambito della prima decisione di autorizzazione<sup>95</sup>. È pertanto a ragione che su questo punto il Tribunale ha posto requisiti elevati per la motivazione della prima decisione di autorizzazione e ha assoggettato tale motivazione a un esame approfondito.

126. Nella presente fattispecie porre requisiti elevati era giustificato anche per il fatto che, in relazione alla trasparenza del mercato, si richiedeva alla Commissione di valutare relazioni economiche complesse, operazione per la quale gode — come avviene di norma in sede di controllo delle concentrazioni — di una discrezionalità non irrilevante<sup>96</sup>. Quando però la Commissione dispone di un siffatto potere discrezionale, è di fondamentale importanza il rispetto nei procedimenti amministrativi delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario. Fra queste garanzie si annovera in particolare l'obbligo di motivare la decisione in modo sufficiente<sup>97</sup>.

127. Se, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone, la Commissione tiene

in considerazione fattori che influenzano il funzionamento del mercato, è tenuta non solo a identificare tali fattori nella sua decisione, ma anche a precisarne l'impatto<sup>98</sup>.

128. Tale riflessione è senz'altro applicabile per analogia anche al diritto in materia di concorrenza e al controllo delle concentrazioni: qualora, nell'ambito della sua valutazione di un'operazione di concentrazione sotto il profilo della concorrenza, la Commissione attribuisca speciale importanza a determinati fattori economici, essa è tenuta non solo a identificare tali fattori nella sua decisione, ma anche a descriverne in termini sufficientemente precisi l'impatto sul funzionamento dei mercati interessati.

129. In una fattispecie in cui tutti gli altri fattori fanno dedurre la trasparenza del mercato, l'elemento che secondo la Commissione è determinante e depone contro una sufficiente trasparenza del mercato non può essere citato soltanto in passant. Come ha giustamente sottolineato il Tribunale, la Commissione deve invece suffragare con dati concreti l'impatto di tale fattore nella sua decisione<sup>99</sup>; essa non può limitarsi a rilevare, con esitazione, «che tale esigenza *potrebbe* ridurre la trasparenza nel mercato e rendere più difficili gli accordi taciti»<sup>100</sup>, né tanto meno fondarsi sulla mera supposizione secondo cui «*[r]isulta* (...) che gli sconti

95 — V., a tale riguardo, punti 286 e 289 della sentenza impugnata, stando ai quali — anche secondo la tesi formulata dalla Commissione in primo grado — «la trasparenza costituis[ce] (...) il motivo fondamentale, se non l'unico, su cui si basa l'affermazione che non sussiste una posizione dominante collettiva nei mercati della musica registrata» (punto 289).

96 — Sentenze «Kali & Salz» (citata alla nota 16, punto 223), e 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval (Racc. pag. I-987, punto 38); v., inoltre, le sentenze del Tribunale di primo grado Gencor/Commissione (citata alla nota 16, punto 246), e 14 dicembre 2005, causa T-210/01, General Electric/Commissione (Racc. pag. II-5575, punto 60).

97 — Sentenze 21 novembre 1991, causa C-269/90, Technische Universität München (Racc. pag. I-5469, punto 14), e 7 maggio 1992, cause riunite C-258/90 e C-259/90, Pesqueras De Bermeo e Naviera Laida/Commissione (Racc. pag. I-2901, punto 26), e 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, Spagna/Lenzing (Racc. pag. I-9947, punto 58). V., inoltre, già la sentenza 15 luglio 1960, cause riunite 36, 37, 38 e 40/59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e a./Alta Autorità (Racc. pag. 829, in particolare pagg. 863 e seg.).

98 — V., in tal senso, quale esempio di un caso che rientra nella politica agricola, la sentenza 7 aprile 1992, causa C-358/90, Compagnia italiana alcool/Commissione (Racc. pag. I-2457, punto 42).

99 — Punto 289, in fine, della sentenza impugnata.

100 — V., a tale proposito, il punto 111 della prima decisione di autorizzazione, citato al punto 289 della sentenza impugnata (il corsivo è mio).

promozionali *sono* meno trasparenti rispetto a quelli ordinari»<sup>101</sup>.

130. Nel complesso, il Tribunale ha pertanto giustamente dichiarato che la Commissione non può limitarsi, con riferimento ai fattori determinanti ai fini della sua decisione, a fare «affermazioni (...) vaghe»<sup>102</sup>, «di portata (...) non confermata», «piuttosto limitata»<sup>103</sup> e, per giunta, contraddittorie<sup>104</sup>.

131. In tale contesto, ritengo che il Tribunale non abbia commesso errori di diritto constatando una carenza di motivazione della prima decisione di autorizzazione per quanto attiene alla constatazione della Commissione relativa alla (mancanza di) trasparenza del mercato<sup>105</sup>.

### c) Altre considerazioni

132. Solo per completezza esaminerò ancora, qui di seguito, alcuni argomenti aggiuntivi dedotti dalle ricorrenti nell'ambito del sesto motivo di ricorso.

101 — V., al riguardo, il punto 80 della prima decisione di autorizzazione, citato ai punti 315 e 316 della sentenza impugnata (il corsivo è mio).

102 — Punto 289, in fine, della sentenza impugnata.

103 — Punto 294 della sentenza impugnata.

104 — Punto 320 della sentenza impugnata.

105 — Punto 325 della sentenza impugnata.

133. In primo luogo, le ricorrenti fanno valere che la motivazione di una decisione di autorizzazione dovrebbe essere soggetta a requisiti meno rigorosi di quelli posti nel caso di una decisione di divieto, giacché i terzi, data la loro posizione più debole nel procedimento, non potrebbero pretendere lo stesso livello di precisione della motivazione che si aspettano le imprese partecipanti alla concentrazione in caso di divieto.

134. Tale argomento non è convincente. Né l'art. 253 CE né il terzo trattino dell'art. 41, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali distinguono tra decisioni che procurano un vantaggio ai relativi destinatari e decisioni che recano loro pregiudizio.

135. In ogni caso, se un terzo viene associato alla procedura di controllo dell'operazione di concentrazione e formalmente sentito dalla Commissione — com'è avvenuto nella specie per la Impala —, l'obbligo di motivazione serve anche a tutelare i diritti e gli interessi di tale terzo. Infatti, quest'ultimo può aspettarsi, perlomeno, una motivazione conferente, comprensibile e non contraddittoria in relazione alle considerazioni di fatto e di diritto della Commissione fondamentali per la sua decisione di autorizzazione. La presente fattispecie verte esattamente su tali requisiti minimi<sup>106</sup>.

106 — V. supra, paragrafi 119 e segg. delle presenti conclusioni.



136. Vero è che la posizione procedurale dei terzi nel controllo delle operazioni di concentrazione *in relazione alla loro audizione* è meno solida di quella degli interessati all'operazione di concentrazione<sup>107</sup>. Tuttavia, non ne può conseguire che un terzo sia soggetto a limitazioni anche *quando fa valere difetti di motivazione*. Infatti, chiunque, in qualità di terzo, e in ragione del fatto che il caso lo riguarda direttamente e individualmente, superi l'ostacolo dell'interesse ad agire, può proporre un ricorso alle stesse condizioni di qualsiasi altro ricorrente (art. 230, quarto comma, CE); egli può far valere gli stessi motivi di annullamento degli altri ricorrenti, ivi incluso il difetto di motivazione.

137. In secondo luogo, le ricorrenti fanno valere che, nel caso di specie, sia la Impala sia il Tribunale avrebbero compreso senza difficoltà i motivi alla base della prima decisione di autorizzazione. Da ciò deducono che la detta decisione fosse sufficientemente motivata.

138. Neppure questo argomento è concludente. Invero, il fatto che un ricorrente abbia potuto far valere sufficientemente dinanzi al Tribunale le altre censure da lui formulate potrebbe costituire, in realtà, un primo indizio di una motivazione sufficiente<sup>108</sup>. Tuttavia, in ciò non è dato di ravvisare altro che una presunzione semplice.

107 — Sentenza Kaysersberg/Commissione (citata alla nota 8, punto 105).

108 — V., in tal senso, per esempio le sentenze 10 marzo 2005, causa C-342/03, Spagna/Consiglio (Racc. pag. I-1975, punto 59), e Kaysersberg/Commissione (citata alla nota 8, punto 160).

139. Infatti, la rispondenza di una motivazione ai requisiti giuridici di cui all'art. 253 CE in definitiva dipende da criteri oggettivi, tra cui rientrano la natura conferente, chiara e non contraddittoria delle considerazioni fondamentali in fatto e in diritto<sup>109</sup>. Se una motivazione difetta, come nella fattispecie, di coerenza, chiarezza e non contraddittorietà in un punto sostanziale, la decisione interessata dev'essere annullata anche quando la tutela giurisdizionale del ricorrente non ha subito pregiudizi in relazione alle altre sue censure. Altrimenti, risulterebbe praticamente impossibile a un ricorrente far valere con successo mediante un ricorso di annullamento un difetto di motivazione accanto ad altri motivi di annullamento.

140. A differenza di quanto ritengono le ricorrenti, per il resto non è affatto incongruente, di per sé, che nel caso di specie il Tribunale abbia rilevato nel contempo un difetto di motivazione e un errore manifesto di valutazione della Commissione. Una decisione della Commissione può presentare difetti sia formali che materiali. Il fatto che la motivazione di una decisione sia insufficiente — per esempio in quanto inconferente — non esclude che la stessa decisione sia anche erronea nel contenuto.

141. In terzo luogo, le ricorrenti fanno valere che, nella definizione dei requisiti della motivazione di una decisione in materia di controllo delle operazioni di concentrazione, si dovrebbe tener conto della riservatezza di dati commerciali sensibili. Il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto

109 — V., supra, paragrafo 119 delle presenti conclusioni.

chiedendo alla Commissione, al punto 411 della sentenza impugnata, di rivelare dettagli sulla politica dei prezzi e degli sconti delle altre major.

142. Non è convincente neppure quest'ultimo argomento, fondato manifestamente su un'errata interpretazione del punto 411 della sentenza impugnata. Infatti, in tale punto il Tribunale non ha affatto chiesto alla Commissione di rivelare segreti commerciali di singoli operatori. Ha solo respinto — e a ragione — l'argomento della Commissione secondo cui, a causa del loro carattere riservato, talune cifre non avrebbero affatto potuto essere riportate nella prima decisione di autorizzazione. Infatti, l'obbligo di rispettare il segreto professionale (art. 287 CE) non può essere inteso in senso così lato da privare del suo contenuto essenziale l'esigenza di motivazione<sup>110</sup>.

143. Qualora le cifre riportate comprendano segreti commerciali, è prassi corrente della Commissione in materia di concorrenza sostituire con margini di fluttuazione o altrimenti sintetizzare o riportare in termini diversi tali dati nella sua decisione. Il Tribunale segnala a ragione<sup>111</sup> che, in altri punti della sua prima decisione di autorizzazione, la Commissione ha senz'altro fornito dati numerici sulla politica dei prezzi di singoli operatori del mercato<sup>112</sup>.

110 — Sentenza 13 marzo 1985, cause riunite 296/82 e 318/82, Paesi Bassi e a./Commissione (Racc. pag. 809, punto 27).

111 — Punto 413 della sentenza impugnata.

112 — V., a tale riguardo, per esempio i punti 74, 81, 88, 95 e 102 della prima decisione di autorizzazione.

d) Conclusione provvisoria

144. Nel complesso, quindi, il Tribunale non ha commesso errori di diritto concludendo, ai punti 325 e 542 della sentenza impugnata, che la prima decisione di autorizzazione presenta una carenza di motivazione e perciò deve essere annullata. Ne consegue che il primo e terzo capo del sesto motivo di ricorso sono infondati.

2. Sui riferimenti del Tribunale alla comunicazione degli addebiti (primo motivo e secondo capo del sesto motivo di ricorso)

145. Con il primo motivo e la seconda parte del sesto motivo, le ricorrenti fanno valere che il Tribunale avrebbe ingiustamente adottato la comunicazione degli addebiti come criterio per il controllo giurisdizionale della prima decisione di autorizzazione chiedendo, a torto, alla Commissione di motivare eventuali differenze rispetto agli addebiti nella sua decisione.

146. È pacifico che la sentenza impugnata contiene numerosi riferimenti alla comunicazione degli addebiti. In prosieguo, esaminerò in una prima fase il modo secondo cui il Tribunale in generale intende il rapporto tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti, per poi addentrarmi nei

riferimenti concreti del Tribunale a singoli passi della comunicazione degli addebiti.

a) Sul modo secondo cui il Tribunale in generale intende il rapporto tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti

147. Le ricorrenti, sostenute dalla Commissione, contestano, in generale, il ragionamento seguito dal Tribunale circa il rapporto tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti. A loro avviso, il Tribunale avrebbe frainteso la natura e la funzione di una comunicazione di addebiti, il che avrebbe visibilmente influenzato il resto della sentenza.

— La sentenza impugnata

148. Analizzando la censura relativa alla carenza di motivazione, il Tribunale ricorda, in un'osservazione preliminare, che nella comunicazione degli addebiti la Commissione «aveva concluso molto chiaramente che la concentrazione era incompatibile con il mercato comune perché, in particolare, esisteva una posizione dominante collettiva già prima della concentrazione proposta e il mercato della musica registrata era molto trasparente e particolarmente favorevole al coordinamento»<sup>113</sup>.

113 — Punto 282 della sentenza impugnata.

149. Il Tribunale descrive l'autorizzazione dell'operazione di concentrazione recentemente concessa come un «capovolgimento della posizione della Commissione» che invero «può sembrare sorprendente, visto in particolare il ritardo con cui è intervenuto»<sup>114</sup>; inoltre, rinvia al requisito del rispetto dei termini imperativi in sede di controllo delle concentrazioni, che, secondo il Tribunale, «non consente [alla Commissione] di prorogare la sua indagine e rende quindi sempre meno probabile un cambiamento fondamentale di posizione man mano che avanza il procedimento amministrativo»<sup>115</sup>.

— Analisi

150. Come nei procedimenti in materia di intese, anche in sede di controllo delle concentrazioni il rispetto dei diritti della difesa, prima dell'adozione di ogni decisione che possa recare pregiudizio alle imprese interessate, è tassativo<sup>116</sup>.

151. In particolare, il principio del contraddittorio, che costituisce un principio fonda-

114 — Punti 282 e 283 della sentenza impugnata.

115 — Punto 285 della sentenza impugnata.

116 — Sentenza 4 marzo 1999, causa T-87/96, Assicurazioni Generali e Unicredito/Commissione (Racc. pag. II-203, punto 88).

mentale del diritto comunitario<sup>117</sup>, sancito ora anche dall'art. 41, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali rientra tra tali diritti della difesa. Inoltre, nel procedimento di controllo delle concentrazioni, tale principio viene fissato nella legislazione ordinaria, all'art. 18, n. 3, seconda frase, del regolamento sulle concentrazioni.

152. Il fatto che nel procedimento in materia di intese e in quello di controllo delle concentrazioni alle imprese interessate sia stata notificata per iscritto una cosiddetta comunicazione degli addebiti<sup>118</sup> è frutto dei loro diritti di difesa. La comunicazione degli addebiti è il mezzo che consente loro di prendere conoscenza degli elementi di prova di cui dispone la Commissione e di conferire ai diritti della difesa la loro piena effettività<sup>119</sup>. Esse hanno occasione di esporre per iscritto e, se ne hanno fatto domanda, oralmente il loro punto di vista sugli addebiti<sup>120</sup>. L'art. 18, n. 3, prima frase, del regolamento sulle concentrazioni stabilisce inoltre che la Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni.

153. Una comunicazione degli addebiti rappresenta, come discende dalla funzione che essa svolge nel procedimento amministrativo, un documento preparatorio le cui valutazioni di fatto e di diritto hanno un carattere puramente provvisorio. Di

conseguenza, la Commissione può e deve tener conto delle risultanze del procedimento amministrativo, tra l'altro per rinunciare agli addebiti che si siano rivelati non sufficientemente motivati<sup>121</sup>.

154. Su tale natura provvisoria della comunicazione degli addebiti non incide neppure il fatto che la Commissione, nel quadro del controllo delle concentrazioni, debba rispettare stretti termini di procedura, a differenza dell'ambito di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE. Anche per le imprese interessate l'esigenza di celerità nelle procedure di controllo delle concentrazioni comporta, per sua stessa natura, termini particolarmente brevi entro cui esse possono esercitare i loro diritti della difesa. Un'ampia salvaguardia dei diritti della difesa impone, tuttavia, che nella procedura di controllo delle concentrazioni le difese degli interessati non possono essere prese in minore considerazione di quanto avvenga nel procedimento di controllo delle intese. Di conseguenza, un argomento come quello in discussione può portare, sia nell'ambito del controllo delle concentrazioni sia nel procedimento di controllo delle intese, a modificare la posizione della Commissione, anche poco prima della scadenza del termine fissato per una decisione di autorizzazione o di divieto.

155. In tale contesto, risulta sicuramente infelice la considerazione del Tribunale nella sentenza impugnata secondo cui il «capovolgimento della posizione della Commissione», verificatosi anteriormente alla

117 — Costante giurisprudenza, a partire dalle sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punti 9 e 11), e 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, Musique Diffusion française e a./Commissione (Racc. pag. 1825, punto 10).

118 — Ai sensi dell'art. 13, n. 2, del regolamento n. 447/98, nella procedura di controllo delle concentrazioni la Commissione rivolge per iscritto le sue obiezioni alle parti notificanti e alle altre parti interessate e impartisce a queste ultime un termine per la presentazione di osservazioni scritte.

119 — Sentenza SGL Carbon/Commissione (citata alla nota 27, punto 55).

120 — V. artt. 13, n. 2, e 14 del regolamento n. 447/98.

121 — Sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione (Racc. pag. I-123, punto 67); nello stesso senso, v. già sentenze Musique Diffusion française e a./Commissione (citata alla nota 117, punto 14), e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione (Racc. pag. 4487, punto 70).

prima decisione di autorizzazione, visto il «ritardo» con il quale è intervenuto, appare «sorprendente»<sup>122</sup>, oltre al fatto che esso abbia ritenuto, in linea generale, «sempre meno probabile» un cambiamento fondamentale di posizione della Commissione, «man mano che avanza il procedimento amministrativo»<sup>123</sup>.

156. Qualora la Commissione, a seguito degli argomenti a difesa avanzati dalle parti in relazione agli addebiti, modifichi la propria valutazione di un'operazione di concentrazione notificata, tale nuovo orientamento dato al caso oggetto di esame non interviene affatto «in ritardo», bensì in una data consueta nell'ambito della procedura di controllo delle concentrazioni. Una dinamica del genere non è neppure «sorprendente» o «meno probabile»<sup>124</sup>, bensì è espressione del rispetto dei diritti della difesa e dà prova del fatto che l'audizione degli interessati non sia una farsa.

157. Diversamente dalle ricorrenti e dalla Commissione, non ritengo tuttavia che la sentenza impugnata presenti, a causa della formulazione, per così dire, un po' infelice del Tribunale in alcuni punti, un errore di diritto da cui emerga una visione scorretta, sul piano giuridico, della natura e della funzione di una comunicazione degli addebiti.

158. Proprio laddove espone i suoi commenti sul carattere «sorprendente» e «tardivo» del «capovolgimento della posizione della Commissione», infatti, il Tribunale sotto-linea nel contempo espressamente il carattere preliminare della comunicazione degli addebiti, anche nel controllo delle operazioni di concentrazione; esso riconosce inoltre che, ai sensi della giurisprudenza pronunciata sugli artt. 81 CE e 82 CE, la Commissione non è tenuta a spiegare eventuali differenze rispetto alla comunicazione degli addebiti<sup>125</sup>.

159. Ritengo perciò che, in definitiva, il Tribunale non abbia frainteso, nelle sue considerazioni generali sul rapporto esistente tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti, la natura e la funzione di tale comunicazione.

160. Anche volendo ammettere, tuttavia, un siffatto errore di diritto, quest'ultimo non giustificerebbe l'annullamento della sentenza impugnata, giacché, come dimostrerò più avanti<sup>126</sup>, esso non si riflette in un errore in diritto della valutazione della prima decisione di autorizzazione e, quindi, a priori non ha potuto influire sul dispositivo della sentenza impugnata<sup>127</sup>.

122 — Punto 283 della sentenza impugnata.

123 — Punto 285 della sentenza impugnata.

124 — Nella storia del controllo delle concentrazioni a livello europeo troviamo numerosi esempi di decisioni di autorizzazione precedute da una comunicazione degli addebiti. Le ricorrenti segnalano giustamente a tale proposito i seguenti casi a titolo di esempio: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals e COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Punti 284 e 285 della sentenza impugnata; nello stesso senso, v. i punti 300, 335, 410 e 446 della sentenza impugnata.

126 — Paragrafi 161-182 delle presenti conclusioni.

127 — Secondo una giurisprudenza costante, occorre ricordare che, anche se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulta una violazione del diritto comunitario, ma il dispositivo della medesima sentenza appare fondato per altri motivi di diritto, il ricorso avverso tale sentenza dev'essere respinto (v. ex multis, sentenza 21 settembre 2006, causa C-167/04 P, JCB Service/Commissione, Racc. pag. I-8935, punto 186; per analogia, v. sentenza Commissione/Tetra Laval, citata alla nota 96, punto 89).

b) Sui riferimenti concreti del Tribunale alla comunicazione degli addebiti

161. Resta da esaminare la critica mossa dalle ricorrenti e dalla Commissione quanto a una serie di riferimenti concreti alla comunicazione degli addebiti operati dal Tribunale in sede di sindacato di legittimità della prima decisione di autorizzazione. Al Tribunale viene contestato di essersi fondato, ingiustamente, per constatare l'illegittimità della prima decisione di autorizzazione, su un confronto tra la decisione e la comunicazione degli addebiti, invece di orientarsi esclusivamente sulla decisione.

162. Anche questo argomento è poco convincente.

163. È vero che nella sentenza impugnata si rinvia a più riprese alla comunicazione degli addebiti. In particolare, il Tribunale evidenzia diverse volte che, nella prima decisione di autorizzazione, la Commissione avrebbe fortemente attenuato<sup>128</sup> o modificato<sup>129</sup> la sua presentazione e valutazione di taluni fatti rispetto alla comunicazione degli addebiti.

164. Tuttavia, soltanto in apparenza il Tribunale si è fondato, per quanto riguarda l'errore di diritto che ha rilevato nella prima

decisione di autorizzazione, su tali mere differenze rispetto alla comunicazione degli addebiti. Infatti, ad un più attento esame emerge che sia il difetto di motivazione individuato dal Tribunale sia l'errore manifesto di valutazione da esso constatato sono tratti dalla decisione di autorizzazione stessa.

165. Per quanto attiene al *difetto di motivazione*, le considerazioni del Tribunale sulla sezione ad hoc della prima decisione di autorizzazione relativa alla trasparenza del mercato<sup>130</sup> non fanno riferimento alla comunicazione degli addebiti<sup>131</sup>. Anche le altre osservazioni del Tribunale sul difetto di motivazione<sup>132</sup> contengono solo rari riferimenti alla comunicazione degli addebiti. Tali rinvii sono reperibili unicamente ai punti 300, 302 e 308 della sentenza impugnata, e nessuno di essi è determinante per l'affermazione del Tribunale, secondo cui la prima decisione di autorizzazione presenterebbe una motivazione insufficiente riguardo alla mancanza di trasparenza del mercato ivi asserita.

— Al punto 308 della sentenza impugnata, dedicato all'evoluzione dei prezzi pubblici di vendita lordi e netti, il Tribunale si basa sul contenuto della prima decisione di autorizzazione. Esso non fa alcun raffronto tra tale decisione e la comunicazione degli addebiti né, di conseguenza, rileva divergenze tra i due documenti. Anzi, il Tribunale sembra voler trarre dai due atti tendenzialmente

128 — V., per esempio, i punti 300, 302 e 338 della sentenza impugnata.

129 — V., per esempio, i punti 378, 379, 398 e 447 della sentenza impugnata.

130 — Punti 111-113 della prima decisione di autorizzazione.

131 — Punti 289-294 della sentenza impugnata.

132 — Punti 295-324 della sentenza impugnata.

la stessa affermazione; quindi, a tale riguardo, la comunicazione degli addebiti serve al Tribunale soltanto quale illustrazione aggiuntiva delle informazioni ricavate dalla decisione stessa.

tra tale decisione e la comunicazione degli addebiti sono state irrilevanti. A differenza di quanto ritengono le ricorrenti e la Commissione, dunque, nella presente fattispecie la comunicazione degli addebiti non è servita come criterio d'esame della prima decisione di autorizzazione.

- Anche al punto 302 della sentenza impugnata, il riferimento alla comunicazione degli addebiti ha carattere puramente descrittivo, visto che, ad avviso dello stesso Tribunale, dalla valutazione fortemente attenuata dei prezzi pubblici di vendita (PPV) di cui alla prima decisione di autorizzazione emerge ancora «un ulteriore elemento che favorisce la trasparenza del mercato».

167. Per quanto attiene ora all'*errore manifesto di valutazione* rilevato dal Tribunale, si deve ammettere che nella sentenza impugnata sono più numerosi i riferimenti alla comunicazione degli addebiti; si tratta dei punti 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 e 538 della sentenza impugnata<sup>135</sup>.

- Infine, per quanto riguarda il riferimento alla comunicazione degli addebiti di cui al punto 300 della sentenza impugnata, lo stesso Tribunale spiega espressamente, al punto immediatamente successivo, che non è stato decisivo per l'argomentazione del Tribunale: «[I]n ogni caso, anche prendendo in considerazione solo le osservazioni riprese nella decisione, la Commissione ha concluso che i prezzi di catalogo erano piuttosto allineati»<sup>133</sup>.

168. I riferimenti alla comunicazione degli addebiti di cui ai punti 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 e 538 della sentenza impugnata fungono, a loro volta, unicamente da descrizione e complemento di quanto il Tribunale ha comunque già desunto direttamente dalla prima decisione di autorizzazione, senza sollevare problemi. Il carattere puramente integrativo di tali riferimenti alla comunicazione degli addebiti è altresì evidenziato, ai punti citati nella sentenza, dall'uso nel linguaggio di intercalari quali «tra l'altro», «del resto», «inoltre», «d'altro canto», «v. anche» e «[c]iò vale a maggior ragione se (...)». Non si contesta mai una qualsivoglia contraddizione tra la decisione di autorizzazione e la comunicazione degli addebiti. Quest'ultima *non* è stata assunta

166. Di conseguenza, ai fini della constatazione da parte del Tribunale del difetto di motivazione, che ha condotto, già di per sé, all'annullamento della prima decisione di autorizzazione<sup>134</sup>, eventuali divergenze

135 — Vero è che anche il punto 491 della sentenza impugnata, altresì contestato dalle ricorrenti e dalla Commissione, contiene innegabilmente un rinvio alla comunicazione degli addebiti. Tuttavia, a priori esso non può motivare un errore di diritto del Tribunale, in quanto vi vengono sintetizzati unicamente gli argomenti della Impala. Per tale ragione, il punto in questione della sentenza impugnata non sarà oggetto di ulteriore analisi.

133 — Punto 301 della sentenza impugnata (il corsivo è mio).

134 — Punto 325 della sentenza impugnata.

quale criterio di controllo giurisdizionale della decisione di autorizzazione.

169. Lo stesso dicasi per i punti 378 e 379 della sentenza impugnata. Leggendoli in combinato disposto con il punto 377, immediatamente precedente, della sentenza impugnata, hanno anch'essi unicamente funzione descrittiva e integrativa di ciò che il Tribunale ha poc'anzi evinto — in relazione alla trasparenza degli sconti — solo ed esclusivamente dalla decisione di autorizzazione, che viene riassunto come segue: «[s]i deve quindi rilevare che gli elementi di prova menzionati nella decisione non consentono di confermare le conclusioni che ne vengono tratte»<sup>136</sup>.

170. Maggiori problemi sembrano porre, invece, i riferimenti alla comunicazione degli addebiti di cui ai punti 335, 398, 408-410, 419, 424, 446, 447, 451 e 528 della sentenza impugnata. A prima vista, in realtà, è come se in tali punti il Tribunale volesse contestare alla Commissione di aver preso le distanze dalla comunicazione degli addebiti, nella prima decisione di autorizzazione, senza fornire sufficienti spiegazioni<sup>137</sup>.

171. Secondo una giurisprudenza cui si richiamano in questo procedimento anche le ricorrenti e la Commissione, quest'ultima *non deve* spiegare, nella sua decisione, eventuali differenze rispetto alla comunica-

zione degli addebiti, in quanto quest'ultima costituisce un documento preparatorio le cui valutazioni sono di natura puramente provvisoria<sup>138</sup>. Ne consegue che una decisione presa dalla Commissione nell'ambito di un procedimento in materia di controllo delle intese o di controllo delle concentrazioni non può essere considerata inficiata da errore di diritto e annullata per il solo fatto che, sotto il profilo del contenuto, differisce dalla comunicazione degli addebiti senza che siano state fornite ulteriori delucidazioni.

172. Tuttavia, ciò non esclude che una decisione che si differenzia dalla comunicazione degli addebiti sia, *per altri motivi*, contenuta nella decisione stessa, inficiata da errore di diritto e che, pertanto, in sede di ricorso, venga annullata.

173. In tale contesto occorre rammentare, in particolare, che nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazione si chiede alla Commissione di valutare complesse relazioni economiche. A tale proposito, vero è che essa dispone, come già detto, di un potere discrezionale non irrilevante<sup>139</sup>, pur restando però sempre assoggettata al controllo del giudice comunitario. Detto giudice è tenuto a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e 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

136 — Punto 377 della sentenza impugnata.

137 — Di seguito presterò speciale attenzione al punto 335 della sentenza impugnata, in quanto contestato dalle ricorrenti con particolare enfasi. Tuttavia, le mie considerazioni si applicano analogamente agli altri punti in discussione della sentenza impugnata.

138 — Sentenza BAT e Reynolds/Commissione (citata alla nota 121, punto 70).

139 — V., a tale riguardo, la giurisprudenza citata alla nota 96.



e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono<sup>140</sup>.

borare le conclusioni che se ne traggono (*capacità probante dei fatti*)<sup>141</sup>.

174. Quindi, anche se la Commissione, nella sua decisione sulla compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, non deve spiegare perché si discosti, dal punto di vista del contenuto, dalla sua comunicazione degli addebiti, dalla relativa decisione si devono però poter trarre tre diversi elementi:

- in primo luogo, che i fatti all'origine della decisione siano corretti sotto il profilo materiale, in particolare che poggino su una deduzione di prove attendibile e coerente (*esattezza sostanziale dei fatti*);
- in secondo luogo, che la decisione non contenga dati rilevanti ignorati, che avrebbero dovuto essere stati presi in considerazione per la valutazione dell'operazione di concentrazione (*completezza della base fattuale*), e
- in terzo luogo, che i fatti all'origine della decisione siano di natura tale da corro-

175. Si possono evincere indizi per stabilire se la Commissione abbia tenuto conto in maniera esaustiva dei dati rilevanti di un singolo caso dall'insieme delle circostanze della specie, in particolare da tutti i documenti agli atti nel procedimento amministrativo. Tali documenti comprendono, non ultima, la comunicazione degli addebiti. Infatti, da tale comunicazione emerge una sintesi di tutti i fatti e gli elementi di prova che la Commissione ha ritenuto determinanti ai fini della decisione in quella fase del procedimento.

176. In tal senso, dunque, il Tribunale poteva ritenere nella sentenza impugnata, senza commettere errori di diritto, che la comunicazione degli addebiti non fosse «totalmente priva di valore o irrilevante»<sup>142</sup>, nonostante la sua natura provvisoria.

177. Senza dubbio, nell'ulteriore corso del procedimento — in particolare in base alla difesa formulata dalle imprese interessate —,

140 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39), nonché sentenza Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 57).

141 — V., in merito a tali tre punti, ancora le sentenze Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39), e Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 57); in particolare, sulla completezza della base fattuale, v. anche le sentenze Technische Universität München (citata alla nota 97, punto 14), Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 58), e Komninou e a./Commissione (citata alla nota 27, punto 51), in cui si evidenzia l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie.

142 — Punto 335, penultima frase, della sentenza impugnata; v. anche punti 410, 419 e 446 della medesima sentenza.

può risultare che i fatti e gli elementi di prova all'origine della comunicazione degli addebiti erano incompleti o scorretti oppure che non erano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne sono tratte. Anche il Tribunale giustamente riconosce quanto sopra quando, nella sentenza impugnata, dichiara che la Commissione deve «tenere conto degli elementi raccolti durante il procedimento amministrativo, nonché degli argomenti dedotti dalle imprese interessate, per rinunciare alle censure che in definitiva risultino infondate»<sup>143</sup>.

178. Tuttavia, il giudice comunitario può e deve accertare se la Commissione, nell'ulteriore corso del procedimento, abbia classificato come non pertinenti o inattendibili e rinunciato a censurare taluni fatti da essa individuati su cui si era ancora fondata nella sua comunicazione degli addebiti. Tale giudice può e deve altresì esaminare se eventuali fatti nuovi, su cui si basa ora la Commissione, siano corretti sotto il profilo materiale, se il complesso fattuale così rilevato sia completo e se sia di natura tale da corroborare le conclusioni tratte dalla Commissione.

179. L'esattezza, la completezza e la capacità di suffragazione dei fatti all'origine di una decisione devono poter essere sottoposte al controllo giurisdizionale<sup>144</sup>. Senza un siffatto esame dei fatti posti alla base della decisione, sarebbe assolutamente impossibile valutare

in modo adeguato se la Commissione abbia agito entro i margini della discrezionalità di cui dispone o se abbia commesso un errore manifesto di valutazione.

180. Pertanto, nella sentenza impugnata il Tribunale ha giustamente proceduto a tale controllo, osservando al riguardo che la Commissione deve «poter spiegare, (...) quanto meno nel procedimento dinanzi al Tribunale, i motivi per cui ritiene che le sue valutazioni provvisorie fossero errate», e soprattutto che «le valutazioni contenute nella decisione» dovevano «essere compatibili con gli accertamenti di fatto effettuati nella comunicazione degli addebiti, quando non sia dimostrato che questi ultimi erano inesatti»<sup>145</sup>.

181. Contrariamente alla tesi delle ricorrenti e della Commissione, l'autorità competente per il controllo delle concentrazioni non è in tal modo esposta a un doppio onere dinanzi al Tribunale. Non le viene chiesto di difendere la propria decisione e, in più, di confutare la comunicazione degli addebiti nei punti che eventualmente si discostino. Essa deve unicamente poter spiegare — a seguito dell'argomento circostanziato sostenuto da un ricorrente — che i fatti posti alla base *della sua decisione* erano corretti e completi nonché di natura tale da corroborare le conclusioni tratte nella decisione. Eventuali chiarimenti sulle ragioni per cui, nel corso del procedimento amministrativo, taluni elementi di fatto siano stati integrati, accantonati o rivalutati sono indissolubilmente connessi con la questione dell'esattezza, della completezza

143 — Punto 335, seconda frase, della sentenza impugnata.

144 — V., a tale riguardo, nuovamente le sentenze Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39), e Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 56); nello stesso senso, v. le sentenze Technische Universität München (citata alla nota 97, punto 14), Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 58), e Komninou e a./Commissione (citata alla nota 27, punto 51).

145 — Punto 335, in fine, della sentenza impugnata; nello stesso senso, v. punti 410, 419 e 446 della medesima sentenza.

e della capacità probante dei fatti su cui si fonda la decisione.

3. Sul valore probatorio dei fatti addotti in risposta agli addebiti (secondo motivo; prima parte del terzo motivo di ricorso)

182. Nel complesso, quindi, il Tribunale ha legittimamente utilizzato la comunicazione degli addebiti *quale elemento di riferimento*, dovendo esaminare se la prima decisione di autorizzazione fosse stata emanata su una base di merito corretta e completa, di natura tale da corroborare le conclusioni tratte dalla Commissione. Tuttavia, il Tribunale ha *annullato* la prima decisione di autorizzazione non per eventuali differenze rispetto alla comunicazione degli addebiti, bensì a causa della sua motivazione insufficiente e di un errore manifesto di valutazione. Il Tribunale ha constatato l'esistenza di tale errore di valutazione in quanto i fatti alla base della decisione sarebbero stati incompleti e non di natura tale da sostenere la conclusione, tratta dalla Commissione, relativa alla mancanza di trasparenza del mercato<sup>146</sup>.

184. Il secondo motivo di ricorso è strettamente connesso con la prima parte del terzo motivo; pertanto, propongo di esaminarli congiuntamente. In sostanza, a questo proposito le ricorrenti rimproverano il Tribunale per aver posto requisiti eccessivi per l'efficacia probatoria dei loro argomenti in risposta alla comunicazione degli addebiti. A torto, inoltre, il Tribunale presupporrebbe un obbligo della Commissione di condurre nuove indagini di mercato dopo la comunicazione degli addebiti.

c) Conclusione provvisoria

183. In sintesi, occorre quindi rilevare che il primo motivo e la seconda parte del sesto motivo di ricorso sono infondati.

a) La sentenza impugnata

185. Nell'ambito del suo esame della prima decisione di autorizzazione vertente su errori manifesti di valutazione in relazione con la trasparenza del mercato, il Tribunale afferma, in particolare, «che le parti della concentrazione non [possono] attendere l'ultimo momento per sottoporre elementi di prova alla Commissione allo scopo di confutare gli addebiti da essa contestati in tempo utile, dato che, in tal caso, la Commissione non sarebbe più in grado di effettuare le necessarie verifiche. In tal caso, occorre quanto meno che tali elementi di prova risultino particolarmente affidabili, oggettivi, pertinenti e persuasivi per potere vali-

146 — Punti 459 e 475 della sentenza impugnata.

damente confutare gli addebiti mossi dalla Commissione»<sup>147</sup>.

186. Il Tribunale reputa inoltre che la Commissione «non può spingersi fino a delegare senza controlli la responsabilità dello svolgimento di alcuni aspetti dell'indagine alle parti della concentrazione, soprattutto quando, come nel caso di specie, tali aspetti costituiscano l'elemento chiave su cui si basa la decisione e i dati e le valutazioni sottoposti dalle parti della concentrazione siano diametralmente opposti alle informazioni raccolte dalla Commissione durante l'indagine e alle conclusioni che essa ne aveva tratto»<sup>148</sup>.

187. Per giunta, in diversi punti della sentenza impugnata il Tribunale muove alla Commissione la censura di non aver condotto nuove indagini di mercato, in seguito alla risposta delle parti della concentrazione sulla comunicazione degli addebiti, per esaminare la validità del nuovo orientamento dato alla sua valutazione del progetto di concentrazione<sup>149</sup>.

147 — Punto 414 della sentenza impugnata.

148 — Punto 415 della sentenza impugnata; analogamente, punto 452 della medesima sentenza.

149 — V., per esempio, punti 398, 428 e 451 della sentenza impugnata.

b) Analisi

188. Come ho già menzionato in relazione al primo motivo di ricorso, nei procedimenti di controllo delle concentrazioni è tassativo il rispetto dei diritti della difesa prima dell'adozione di ogni decisione che possa pregiudicare le imprese interessate<sup>150</sup> (v. anche art. 18, n. 3, seconda frase, del regolamento sulle concentrazioni).

189. Pertanto, non si può rimproverare alle imprese interessate di non aver presentato taluni argomenti, fatti o elementi probatori, forse decisivi nella specie, fin dall'atto della notifica dell'operazione di concentrazione o nel corso dell'indagine di mercato della Commissione, bensì di averlo fatto solo nell'ambito della loro difesa a fronte della comunicazione degli addebiti<sup>151</sup>. Infatti, solo da tale comunicazione degli addebiti le parti della concentrazione possono apprendere nei dettagli le obiezioni che la Commissione ha sollevato avverso il loro progetto di concentrazione e su quali argomenti ed elementi

150 — V. supra, su questo aspetto, in particolare paragrafi 150-152 delle presenti conclusioni.

151 — Resta naturalmente impregiudicato l'obbligo delle imprese interessate di presentare una notifica dell'operazione di concentrazione dal contenuto corretto e completo (v., in merito, l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 447/98). Inoltre, le parti della concentrazione sono tenute a soddisfare eventuali richieste di informazioni formulate dalla Commissione in modo esauriente e veridico, entro i termini stabiliti (art. 11, n. 1, in combinato disposto con i nn. 4 e 5, del regolamento sulle concentrazioni).

di prova essa si fondi nello specifico al riguardo<sup>152</sup>.

190. Di conseguenza, la mera circostanza che le parti della concentrazione deducano taluni argomenti, fatti o elementi probatori soltanto in risposta alla comunicazione degli addebiti non giustifica affatto l'ipotesi che abbiano trattenuto tali informazioni fino «all'ultimo momento»<sup>153</sup>. Dai diritti della difesa delle imprese interessate discende, anzi, il loro diritto a produrre, nell'ambito del relativo contraddittorio scritto e orale, vale a dire dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti, tutti gli elementi che esse ritengono idonei a confutare gli addebiti mossi e a indurre la Commissione a dare l'autorizzazione all'operazione di concentrazione. Siffatti elementi non sono prodotti tardivamente, bensì in un momento stabilito ad hoc della procedura di controllo delle concentrazioni.

191. Tanto meno è possibile porre all'argomentazione delle imprese interessate in risposta alla comunicazione degli addebiti

152 — Invero, anche prima della comunicazione degli addebiti, le parti della concentrazione sono informate dello sviluppo del procedimento [hanno luogo riunioni, dopodiché i soggetti notificanti apprendono, con l'avvio del procedimento d'indagine formale ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni, in quali ambiti la Commissione nutre *seri dubbi* quanto alla compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune]; tuttavia, tali informazioni sono molto meno dettagliate di una comunicazione degli addebiti e possono anche variare ancora, a seconda degli sviluppi dell'indagine di mercato.

153 — Ovviamente, qualora si dimostrasse che le imprese interessate hanno fornito indicazioni inesatte o incomplete all'atto della notifica dell'operazione di concentrazione o in risposta a richieste di informazioni della Commissione, ciò costituirebbe, da un lato, una violazione dell'obbligo incombente loro di collaborare con la Commissione nella procedura di controllo delle concentrazioni, e potrebbe, dall'altro, produrre le conseguenze giuridiche di cui agli artt. 8, n. 5, lett. a), e 14, n. 1, lett. b) e c), del regolamento sulle concentrazioni (revoca della decisione di autorizzazione e imposizione di ammende).

requisiti più elevati, circa la sua forza probatoria e il carattere convincente, rispetto a quelli posti all'argomentazione di concorrenti, clienti e altri terzi sentiti dalla Commissione nel corso della procedura di controllo delle concentrazioni. Vero è che la Commissione è tenuta a esaminare gli argomenti delle parti della concentrazione con riferimento all'esattezza, alla completezza e al carattere convincente e a non tenerne conto, in caso di dubbi giustificati; tuttavia deve applicare a tale proposito gli stessi criteri utilizzati per l'esame degli argomenti presentati da terzi.

192. I diritti della difesa delle imprese interessate risulterebbero sminuiti di valore se a queste ultime fosse preclusa la difesa su singoli addebiti mossi dalla Commissione o se in tal caso alla loro difesa fossero riconosciuti a priori un valore probatorio inferiore e una minore forza di persuasione di quelli, per esempio, attribuiti alle informazioni fornite da terzi nell'ambito dell'indagine di mercato.

193. Inoltre, non ha nulla a che vedere con una «delega» di accertamenti alle imprese interessate il fatto che la Commissione, nella sua decisione, ne esamini le difese e colga l'occasione per riconsiderare gli esiti degli accertamenti cui è pervenuta fino a quel momento e le conclusioni provvisorie tratte sulla base della comunicazione degli addebiti, nonché per discostarvisi, se del caso.

194. Infine, la Commissione non può essere tenuta, in ogni singolo caso, a svolgere ulteriori indagini di mercato dopo la comunicazione degli addebiti e l'audizione delle

imprese interessate. Già i vincoli temporali, derivanti dai termini procedurali relativamente rigidi, impediscono alla Commissione di trasmettere ancora a numerosi operatori, poco prima dell'invio della sua prima bozza di decisione al comitato consultivo in materia di concentrazioni di imprese<sup>154</sup>, richieste di informazioni dettagliate in relazione a complesse questioni economiche. Nel breve tempo che rimane, soltanto di rado sarebbe realistico aspettarsi risultati d'indagine di qualche utilità. Inoltre, le imprese interessate dovrebbero essere nuovamente sentite riguardo ai risultati d'indagine se si volesse, per esempio, fondare una decisione di divieto su tali risultati. Pertanto, le ricorrenti hanno giustamente osservato che la conseguenza giuridica di uno stato delle prove incerto *dopo* l'audizione delle imprese interessate non può essere l'avvio di nuove indagini di mercato, bensì l'adozione di una decisione sulla base delle informazioni disponibili; si esprime in tal senso anche l'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni, che prevede un'autorizzazione per carenza qualora la Commissione non prenda una decisione entro i termini impartite.

195. In tali circostanze, ritengo che il Tribunale abbia misconosciuto la situazione giuridica nell'affermare che le parti della concentrazione non potrebbero «attendere l'ultimo momento per sottoporre elementi di prova alla Commissione allo scopo di confutare gli addebiti da essa contestati in tempo utile» e che tali elementi di prova dovrebbero risultare «*particolarmente* affidabili, oggettivi, pertinenti e convincenti» per confutare validamente gli addebiti mossi dalla Commissione; a torto, il Tribunale ha

altresì contestato la mancanza di altre indagini di mercato dopo la comunicazione degli addebiti e equiparato la ripresa da parte della Commissione degli argomenti di difesa delle ricorrenti a una delega illegittima dell'indagine alle parti della concentrazione<sup>155</sup>.

196. Di conseguenza, il secondo motivo e la prima parte del terzo motivo di ricorso sono fondati.

197. Tuttavia, da quanto precede non deriva che la sentenza impugnata andrebbe annullata<sup>156</sup>. Infatti, il Tribunale non contesta soltanto che, per valutare la trasparenza del mercato, la Commissione si sia fondata sugli argomenti di difesa della Bertelsmann e della Sony e che non abbia proceduto a nuove indagini di mercato. Esso verifica, piuttosto, anche sotto il profilo del contenuto, le riflessioni della Commissione sulla trasparenza del mercato per individuare errori manifesti di valutazione.

198. A tale proposito, occorre sottolineare che il Tribunale constata un errore manifesto di valutazione non soltanto nei passaggi della sentenza impugnata controversi nel caso di specie, bensì già ben prima, al punto 377: «Si deve quindi rilevare che gli elementi di prova menzionati nella decisione non consentono di confermare le conclusioni che ne vengono

155 — V., a tale riguardo, ancora una volta, in particolare i punti 414 e 415 della sentenza impugnata (il corsivo è mio).

156 — V., a tale proposito, ancora la giurisprudenza citata alla nota 127.

154 — Art. 19, nn. 3-7, del regolamento sulle concentrazioni.

tratte». Tale constatazione non ha ancora alcun nesso con l'argomento di difesa delle parti della concentrazione, controverso nella fattispecie, relativo agli sconti promozionali, né con la relativa presa in considerazione da parte della Commissione.

199. Anche ai punti 384-387 della sentenza impugnata il Tribunale constata un errore manifesto di valutazione della Commissione, fondato non sulla considerazione dell'argomento di difesa delle parti della concentrazione sugli sconti promozionali, bensì sull'analisi, contenutisticamente errata, dei risultati dell'indagine di mercato, in particolare delle risposte dei rivenditori, da parte della Commissione.

200. Ciascuno dei due errori manifesti di valutazione citati fonda, già di per sé, l'annullamento della prima decisione di autorizzazione da parte del Tribunale. A prescindere da quanto precede, come già detto, anche la carenza di motivazione, che il Tribunale ha rilevato senza commettere errori di diritto, giustificava l'annullamento della prima decisione di autorizzazione<sup>157</sup>.

4. Sui requisiti di prova per l'autorizzazione di operazioni di concentrazione (seconda parte del terzo motivo di ricorso)

201. Con la seconda parte del terzo motivo, le ricorrenti fanno valere che il Tribunale avrebbe posto, sbagliando sotto il profilo giuridico, requisiti di prova errati ed eccessivi per l'autorizzazione di operazioni di concentrazione da parte della Commissione<sup>158</sup>.

202. Le ricorrenti motivano la critica mossa alla sentenza impugnata adducendo che, in linea generale, il Tribunale avrebbe ignorato che la Commissione non sarebbe assoggettata agli stessi requisiti di prova per le decisioni di autorizzazione e per le decisioni di divieto; esse sostengono che esista un'asimmetria nei requisiti di prova e una presunzione generale di compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato comune. In concreto, nel caso di specie il Tribunale avrebbe chiesto, a torto, alla Commissione di fornire la prova positiva della *manca nza di trasparenza del mercato*; più esattamente, secondo le ricorrenti, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare unicamente se, al momento della prima decisione di autorizzazione, la Commissione disponesse di prove sufficienti dell'*esistenza della trasparenza del mercato*.

157 — V. supra, paragrafi 93-144 delle presenti conclusioni.

158 — Le considerazioni che seguono sono altresì applicabili al capo del sesto motivo di cui ai punti 98-100 nonché 102 del ricorso.

a) Sull'asserita asimmetria dei requisiti inerenti alle decisioni di autorizzazione e di divieto nel regolamento sulle concentrazioni

203. Mi occuperò anzitutto dell'argomento delle ricorrenti secondo cui i requisiti di prova stabiliti dal regolamento sulle concentrazioni sarebbero asimmetrici ed esisterebbe una presunzione generale di compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune.

— Natura previsionale delle decisioni in materia di controllo delle concentrazioni

204. Per cominciare, è d'uopo sottolineare che le decisioni prese dalla Commissione in materia di controllo delle concentrazioni si distinguono per un aspetto sostanziale dalle decisioni adottate nei procedimenti per comportamenti anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 81 CE e nelle procedure di sanzionamento di abusi di posizione dominante in forza dell'art. 82 CE: nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazione, alla Commissione non viene chiesto di valutare ed eventualmente perseguire la condotta — che si suppone illegittima — tenuta in passato da imprese, bensì piuttosto di fornire una *previsione* sull'evoluzione futura del mercato. Essa deve valutare se una concentrazione sia tale da creare o rafforzare una posizione dominante che ostacoli in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale dello stesso (artt. 2, nn. 2 e 3, nonché 8, nn. 2 e 3, del regolamento sulle concentrazioni).

205. La decisione della Commissione di autorizzare o vietare una determinata operazione di concentrazione si fonda, quindi, necessariamente su una valutazione di probabilità realizzata *ex ante*. La Corte lo riconosce nella sentenza Commissione/Tetra Laval, quando afferma che, in materia di controllo delle concentrazioni, occorre «prevedere [gli eventi] che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità»<sup>159</sup>.

206. All'atto del controllo giurisdizionale di una siffatta valutazione del grado di probabilità, non può trattarsi tanto della *dimostrabilità*, quanto piuttosto della *plausibilità* della previsione della Commissione in merito alle conseguenze positive o negative sulla concorrenza prodotte da una concentrazione. La Commissione deve poter esibire prove soltanto per i fatti su cui essa ha basato la sua previsione, come, per esempio, per le strutture del mercato da essa individuate (nel caso di specie, per esempio, i differenti fattori pro o contro l'ipotesi dell'esistenza di trasparenza del mercato). In tal senso, la Corte constata nella sentenza Commissione/Tetra Laval che «tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali (...) sarebbe *plausibile* il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione»<sup>160</sup>.

207. Il criterio in base al quale una previsione della Commissione sull'evoluzione che ci si può attendere del mercato dev'essere

159 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 42); v. anche la sentenza General Electric/Commissione (citata alla nota 96, punto 64).

160 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 44; il corsivo è mio).



considerata come *plausibile* o *non plausibile* dovrebbe essere definito alla luce delle peculiarità della procedura di controllo delle concentrazioni. Ai sensi dell'art. 8 del regolamento sulle concentrazioni, nelle sue decisioni in materia di controllo delle concentrazioni la Commissione non impone sanzioni, né tanto meno influisce sulla libertà di movimento o sull'integrità fisica delle persone fisiche. Al contrario, la Commissione può solo concedere o negare autorizzazioni di natura amministrativa per un'operazione economica, vale a dire la concentrazione tra imprese. Inoltre, ciò avviene nell'ambito di una procedura improntata a un dovere di celerità e caratterizzata da un sistema sofisticato di termini, relativamente rigido<sup>161</sup>.

208. Alla luce di tali caratteristiche della procedura di controllo delle concentrazioni, mi sembra appropriato che la Commissione debba fondarsi sull'evoluzione del mercato che ritiene più probabile al termine di un esame approfondito, della durata di più mesi, di un'operazione di concentrazione (in inglese: «balance of probabilities»). Il Tribunale di primo grado ha riassunto tale concetto molto correttamente nella sentenza *General Electric/Commissione*, relativamente recente: «L'analisi prospettica (...) impone di postulare le varie concatenazioni causa-effetto, *al fine di accogliere quelle maggiormente probabili*»<sup>162</sup>.

209. Ne consegue che, se la creazione o il rafforzamento di una posizione domi-

nante sul mercato è più probabile della sua assenza, la concentrazione dev'essere vietata; se, invece, la creazione o il rafforzamento di una siffatta posizione è meno probabile della sua assenza, la concentrazione va autorizzata. È compito del giudice comunitario esaminare la previsione della Commissione per individuare errori manifesti di valutazione e, quindi, stabilire se la Commissione si sia poggiata su una base fattuale corretta e completa e se tale base fattuale fosse di natura tale da corroborare la previsione<sup>163</sup>.

210. Riterrei poco indicato spostare più in alto la mira nell'ambito del controllo delle concentrazioni ed esigere, per esempio, che l'evoluzione del mercato prevista dalla Commissione sia «molto probabile» o «particolarmente probabile» per garantirne la sussistenza dinanzi al Tribunale<sup>164</sup>. Da un lato, un criterio di probabilità così elevato indebolirebbe chiaramente la Commissione nella sua funzione in materia di politica della concorrenza. La Commissione dovrebbe infatti consapevolmente autorizzare operazioni di concentrazione, anche quando ravvisi la probabilità che portino alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante producendo, dunque, effetti negativi sulla concorrenza. La Commissione potrebbe intervenire soltanto qualora tali effetti negativi di una concentrazione sulla concorrenza siano «molto probabili» o «particolarmente probabili». Dall'altro

161 — V. paragrafo 12 delle presenti conclusioni.

162 — Sentenza *General Electric/Commissione* (citata alla nota 96, punto 64, in fine; il corsivo è mio).

163 — Sentenze *Commissione/Tetra Laval* (citata alla nota 96, punto 39); *Spagna/Lenzing* (citata alla nota 97, punto 57), e *General Electric/Commissione* (citata alla nota 96, punto 63); v., inoltre, i paragrafi 173 e 174 delle presenti conclusioni.

164 — Al contrario, l'avvocato generale Tizzano, nelle sue conclusioni presentate il 25 maggio 2004 nella causa *Commissione/Tetra Laval*, C-12/03 P (citata alla nota 96, paragrafo 74), ha richiesto, per il suo divieto, che la concentrazione notificata porti *molto probabilmente* alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante.

lato, un criterio di probabilità di tale portata si armonizzerebbe solo difficilmente con il margine di valutazione di cui dispone la Commissione per valutare complesse situazioni economiche<sup>165</sup>, di cui la previsione sull'evoluzione che ci si può attendere del mercato, in seguito a una concentrazione tra imprese, rappresenta il nucleo.

211. Non può essere importante, a fortiori, se la Commissione, alla fine del suo esame approfondito, della durata di più mesi, di un'operazione di concentrazione, sia in grado di assumere o escludere *al di là di ogni ragionevole dubbio* la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante<sup>166</sup>. Questo criterio particolarmente elevato si riscontra soprattutto nei procedimenti penali o quasi penali. Nella procedura di controllo delle concentrazioni esso si applica unicamente nella fase d'esame preliminare («fase I»), per compensare il fatto che l'operazione di concentrazione può essere esaminata soltanto in maniera sommaria. I «seri dubbi» inerenti alla sua compatibilità con il mercato comune ostano infatti unicamente a che la concentrazione *sia autorizzata in modo precipitoso*, e costringono la Commissione a procedere prima a un esame approfondito nel quadro della procedura d'indagine formale («fase II») [art. 6, n. 1, lett. b) e c), del regio-

lamento sulle concentrazioni]<sup>167</sup>. Tuttavia, dopo tale esame approfondito, la concentrazione dev'essere autorizzata, malgrado eventuali dubbi non ancora fugati, purché la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante risulti, stando alla previsione della Commissione, meno probabile della sua assenza. Per converso, la concentrazione dev'essere vietata, nonostante restino eventuali dubbi, se la Commissione ritiene, dopo aver condotto un esame approfondito, che la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sia più probabile della sua assenza.

— Simmetria dei requisiti di autorizzazione e di divieto

212. Orbene, per quanto riguarda i requisiti giuridici relativi alle decisioni di autorizzazione, da un lato, e alle decisioni di divieto, dall'altro, non rilevo differenze tra le due sfere. Contrariamente alla tesi delle ricorrenti, differenze del genere non esistono né in relazione al livello di plausibilità della previsione che la Commissione deve formulare né quanto alla solidità della base fattuale su cui essa poggia.

213. Sia l'art. 2 del regolamento sulle concentrazioni, che stabilisce la procedura generale d'esame per il controllo di un progetto

165 — V., a tale riguardo, già i punti 126 e 173 della sentenza impugnata.

166 — Analogamente, l'avvocato generale Tizzano, nelle sue conclusioni presentate il 25 maggio 2004 nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, paragrafo 74), afferma: «Non si può quindi pretendere che, per vietare un'operazione di concentrazione, la Commissione stabilisca *con assoluta certezza* che questa darebbe luogo alla creazione o al rafforzamento di 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» (il corsivo è mio).

167 — Come esempio tratto dal diritto ambientale, v. sentenza 7 settembre 2004, causa C-127/02, Waddervereniging und Vogelbeschermingsvereniging (Racc. pag. I-7405, punti 44 e 55-59).

di concentrazione, sia l'art. 8 del medesimo regolamento, che elenca i poteri di decisione della Commissione, presentano una perfetta simmetria nella struttura dei loro nn. 2 e 3.

214. Tale simmetria rispecchia, in definitiva, il fatto che la Commissione deve determinare in ogni singolo caso un giusto equilibrio nella ponderazione degli interessi di pari grado sanciti nel diritto primario<sup>168</sup>, vale a dire, da un lato, i diritti e gli interessi delle parti della concentrazione e, dall'altro, l'interesse generale a che la concorrenza non sia falsata [art. 3, n. 1, lett. g), CE]<sup>169</sup>. Così, se è vero che la libertà d'impresa delle aziende interessate nonché i diritti di proprietà dei loro soci (artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali) contemplano senza dubbio il diritto di realizzare concentrazioni tra imprese, ciò vale tuttavia soltanto purché non sia giustificato imporre talune condizioni o oneri o addirittura vietare la concentrazione in esame per non falsare la concorrenza.

215. La sentenza Commissione/Tetra Laval invocata dalle ricorrenti non mette

in discussione tale simmetria dei requisiti relativi alle decisioni di autorizzazione e di divieto. Infatti, l'esigenza colà posta di fornire «prove convincenti» (in inglese: «convincing evidence»)<sup>170</sup> non fa che sollecitare la Commissione a fondare la sua valutazione del grado di probabilità su una base fattuale attendibile. Del resto, ciò emerge anche in un altro punto della sentenza Commissione/Tetra Laval, in cui la Corte definisce la «qualità» degli elementi di prova presentati dalla Commissione come «particolarmente rilevante», «dal momento che tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali (...) sarebbe plausibile il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione»<sup>171</sup>.

216. Il requisito relativo a prove «convincenti» non dev'essere frainteso nel senso che a tale riguardo la mira sarebbe posta più in alto per le decisioni di divieto rispetto a quelle di autorizzazione. Infatti, come ha spiegato la Corte nella sentenza Commissione/Tetra Laval, il requisito delle prove «convincenti» «non ha in alcun modo aggiunto un requisito relativo al grado di prova richiesto, ma si è semplicemente limitato a rammentare la funzione essenziale della prova, che è *di persuadere* in merito alla fondatezza di una tesi o (...) di una decisione (...)»<sup>172</sup>.

168 — V., a tale riguardo, il terzo e quarto 'considerando' del regolamento sulle concentrazioni, da un lato, nonché il quinto 'considerando' del medesimo regolamento, dall'altro.

169 — V., inoltre, il primo, secondo e quinto 'considerando' del regolamento sulle concentrazioni. La protezione della concorrenza contro le distorsioni è funzionale agli interessi di tutti gli operatori del mercato, ivi compresi i consumatori (v., a tale riguardo, sentenze 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 25; 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 125, e 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, British Airways/Commissione, Racc. pag. I-2331, punto 106).

170 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 41); v., inoltre la sentenza «Kali & Salz» (citata alla nota 16, punto 228), dove si parla di «elementi significativi e concordanti» (in inglese: «cogent and consistent evidence»). La versione tedesca della sentenza Commissione/Tetra Laval, in cui si utilizza l'espressione «eindeutige Beweise» (in italiano «prove solide»), non mi pare renda correttamente l'espressione inglese «convincing evidence»; pertanto, qui e in prosieguo utilizzerò sempre l'aggettivo «convincente» per «convincing».

171 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 44).

172 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 41); il corsivo è mio.

217. Né dai brani citati della sentenza Commissione/Tetra Laval né dall'invito rivolto dalla Corte alla Commissione di procedere «con cautela» nella sua decisione previsionale, si può desumere l'applicazione di requisiti più rigidi per il *divieto* di un progetto di concentrazione rispetto alla sua autorizzazione<sup>173</sup>. Infatti, la Commissione non può in alcun caso procedere «senza cautela» all'*autorizzazione* di un'operazione di concentrazione e fondarsi su prove meno «convincenti» di quelle su cui basa il divieto di un'operazione. In caso contrario, essa non adempirebbe il suo compito principale di proteggere la concorrenza nel mercato unico da distorsioni.

218. Quindi, se la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante risulta più probabile della sua assenza, la concentrazione dev'essere vietata; al contrario, se la creazione o il rafforzamento di una posizione del genere è meno probabile della sua assenza, la concentrazione va autorizzata. Queste due valutazioni del grado di probabilità costituiscono due facce della stessa medaglia. Ognuna dev'essere adottata con cautela e deve poggiare su una base fattuale che non sia soltanto corretta e completa — per la quale occorrono prove «convincenti» —, bensì anche di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono<sup>174</sup>.

173 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 42).

174 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39), e General Electric/Kommission (citata alla nota 96, punto 63); v., inoltre i paragrafi 173 e 174 delle presenti conclusioni.

— Assenza di una presunzione generale di compatibilità con il mercato comune

219. Dalla simmetria descritta in precedenza e dal pari grado di importanza degli interessi in questione<sup>175</sup> discende altresì che il regolamento sulle concentrazioni è avulso da una *presunzione generale* a favore della compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato comune. In ogni singolo caso la Commissione deve pronunciarsi espressamente sulla compatibilità o sull'incompatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune<sup>176</sup>, ed è esplicitamente vietato alle imprese interessate realizzare la loro concentrazione prima dell'adozione di tale decisione (art. 7, nn. 1 e 5, del regolamento sulle concentrazioni).

220. Non emergono conclusioni diverse neppure dalla sentenza EDP/Commissione<sup>177</sup>, cui fanno riferimento le ricorrenti. Vero è che in tale giurisprudenza il Tribunale spiega chiaramente che semplici dubbi della Commissione non giustificano ancora il divieto di una concentrazione. Tuttavia, non se ne può desumere, a contrario, una presunzione generale di compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune. Ciò è quanto emerge anche dal quindicesimo 'considerando' del regolamento sulle concentrazioni, secondo cui, tutt'al più, si può presumere che siano compatibili con il mercato comune

175 — Tali interessi sono, da un lato, i diritti e gli interessi delle parti aderenti alla concentrazione e, dall'altro, l'interesse generale a che la concorrenza non sia falsata; v., a tale riguardo, ancora una volta il paragrafo 214 delle presenti conclusioni.

176 — In tal senso, v. anche sentenza General Electric/Commissione (citata alla nota 96, punto 61).

177 — Sentenza 21 settembre 2005, causa T-87/05, EDP/Commissione (Racc. pag. II-3745, punto 64).

le operazioni di concentrazione con una modesta quota di mercato.

221. Ritengo che soltanto in via del tutto eccezionale si possa presumere, nei due gruppi di casi seguenti, la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune.

222. Il primo gruppo riguarda concentrazioni notificate in merito alle quali la Commissione non ha preso una decisione entro il termine stabilito, contrariamente al suo obbligo di legge. La compatibilità di tali concentrazioni con il mercato comune è presunta per legge ai sensi dell'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni (v. anche art. 7, nn. 1 e 5, del regolamento sulle concentrazioni). Tuttavia, dal disposto dell'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni *non* si può trarre una più ampia presunzione *generale* di compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune, a causa del carattere eccezionale della disposizione e della sua posizione sistematica in relazione alla disciplina dei termini procedurali<sup>178</sup>.

223. Il secondo gruppo riguarda concentrazioni dal cui esame la Commissione ha individuato elementi probatori così poco chiari da rendere impossibile una previsione affidabile in merito alla possibilità che, in definitiva, essi portino o meno alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante. L'av-

vocato generale Tizzano ha coniato per tali casi l'espressione «zona grigia»<sup>179</sup>. Ritengo che tale espressione non debba però essere fraintesa nel senso che includerebbe un gran numero di casi. A mio avviso, può trattarsi unicamente di alcuni casi limite, isolati e rari, in cui non è chiaro, neppure dopo aver condotto impegnative indagini di mercato, da che parte pende la bilancia. Solo tali casi di «*non liquet*» dovrebbero essere dichiarati compatibili con il mercato comune e autorizzati in forza del principio «*in dubio pro libertate*». Tuttavia, neanche dall'esistenza di tale gruppo di casi si può trarre una presunzione *generale* più estesa della compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune.

224. Indipendentemente dall'esatta portata di questi due gruppi di casi, nondimeno, è chiaro che la fattispecie non rientra in nessuno dei due. La Commissione non ha fatto scadere, violando l'obbligo incombenente, il termine utile per decidere sull'operazione di concentrazione, né si sono configurati elementi probatori oscuri stando alle constatazioni del Tribunale<sup>180</sup>. Invero, la stessa Commissione ha parlato più volte, nella sua prima decisione di autorizzazione, di insufficienza di prove per taluni fatti<sup>181</sup>, pur non attribuendo mai al caso di specie, a quanto consta, la natura di caso limite in cui si sarebbe giunti a un «*non liquet*». Anzi, all'udienza dinanzi alla Corte, ha espres-

179 — Conclusioni presentate dall'avvocato generale Tizzano il 25 maggio 2004 nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, paragrafi 76-81, in particolare paragrafo 76).

180 — V., ex multis, i punti 290, 294, 303, 347, 362, 407 e 435 della sentenza impugnata.

181 — V., per esempio, i punti 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 e 158 della prima decisione di autorizzazione.

178 — V., in merito all'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni, anche quanto osservato al precedente paragrafo 102 delle presenti conclusioni.

samente sostenuto che la discussione sui casi limite, in cui gli elementi probatori non sarebbero chiari, è puramente ipotetica<sup>182</sup>.

— Conclusione provvisoria

225. Di conseguenza, è d'uopo respingere, nel complesso, l'argomento delle ricorrenti secondo cui all'origine del regolamento sulle concentrazioni risiederebbero un'asimmetria di requisiti relativi alle decisioni di autorizzazione e di divieto nonché una presunzione generale di compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato comune. Tanto meno si deve assumere che la presente fattispecie possa rientrare in uno dei due gruppi di casi nei quali sussisterebbe, in via eccezionale, una presunzione di compatibilità della concentrazione con il mercato comune.

b) Sui requisiti di prova posti dal Tribunale nel caso di specie

226. Resta da accertare se nella specie il Tribunale abbia posto i corretti requisiti di prova riguardo agli accertamenti della Commissione sulla trasparenza del mercato.

227. Le ricorrenti adducono che il Tribunale non avrebbe dovuto esigere dalla Commissione la prova positiva della *manca*za di *trasparenza del mercato*; al contrario, esso avrebbe dovuto limitarsi a esaminare se, alla data della prima decisione di autorizzazione, la Commissione disponesse di prove sufficienti dell'*esistenza di trasparenza del mercato*<sup>183</sup>. Tale argomentazione si fonda chiaramente sull'idea che i requisiti di prova dovrebbero essere più modesti per l'autorizzazione di una concentrazione rispetto a quelli relativi al suo divieto.

228. Tale argomentazione non mi pare convincente per due ragioni.

229. Da un lato, infatti, dalla simmetria dei requisiti di prova inerenti a decisioni di autorizzazione e di divieto<sup>184</sup> emerge che non può far differenza che la Commissione esamini la trasparenza di un mercato in vista di un'eventuale autorizzazione o di un eventuale divieto di un'operazione di concentrazione. La constatazione negativa che un mercato *non è sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva* porta allo stesso risultato e richiede le medesime prove della constatazione positiva secondo cui il detto mercato è *così opaco da escludere la presenza di una posizione dominante collettiva*. Le due constatazioni rappresentano le due facce della stessa medaglia. Entrambe giustificano l'esclusione del

182 — Anche in primo grado la Commissione ha sostenuto di essere in grado di difendere la prima decisione di autorizzazione secondo principi di «balance of probabilities» (v. punto 7 del controricorso in primo grado).

183 — Le ricorrenti rinviano nello specifico ai punti 289, 366, 381-387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449-457 e 459 della sentenza impugnata.

184 — V., supra, paragrafi 212-218 delle presenti conclusioni.

rischio di creazione o rafforzamento di una posizione dominante collettiva, purché i fatti all'origine siano esatti, completi e di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono.

230. Dall'altro lato, la critica delle ricorrenti riguardo ai requisiti di prova posti dal Tribunale mi pare fondata su un'errata interpretazione della sentenza impugnata. Infatti, a un esame più attento, il Tribunale non contesta affatto alla Commissione di non aver soddisfatto i criteri di prova nella sua valutazione della concentrazione sotto il profilo del diritto della concorrenza. Anzi, per esaminare la prima decisione di autorizzazione, il Tribunale stesso si orienta sulla constatazione della Commissione, stando alla quale il mercato «non è sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva»<sup>185</sup>. Il Tribunale ha quindi persino accertato, come richiesto dalle ricorrenti, se effettivamente risultasse l'asserita insufficienza di prove dell'esistenza di trasparenza del mercato.

231. L'errore manifesto di valutazione rilevato dal Tribunale non risiedeva nel fatto di non aver fornito una prova positiva della mancanza di trasparenza del mercato, bensì piuttosto nel fatto che nella prima decisione di autorizzazione non erano stati presi in considerazione tutti i dati rilevanti e che i fatti di cui si era tenuto conto non erano di natura tale da corroborare le conclusioni che la Commissione ne aveva tratto<sup>186</sup>.

185 — Punti 289 e 459 della sentenza impugnata; v., inoltre, i punti 287, 366 e 371 della medesima sentenza.

186 — V., in particolare, punti 377, 390, 459 e 542 della sentenza impugnata.

### c) Conclusione provvisoria

232. Pertanto, la seconda parte del terzo motivo di ricorso è infondata. Lo stesso dicasi per le osservazioni formulate ai punti 98-100 e 102 dell'atto di impugnazione, coincidenti, quanto al contenuto, con la seconda parte del terzo motivo.

### B — *Limiti della libera valutazione dei fatti e degli elementi di prova da parte del Tribunale (quarto motivo)*

233. Con il quarto motivo di ricorso, le ricorrenti censurano il Tribunale per aver esteso eccessivamente il controllo giurisdizionale della decisione della Commissione, non rispettando il potere discrezionale di quest'ultima e sostituendo più volte la propria valutazione dei fatti e degli elementi di prova a quella della Commissione, con conseguenti errori manifesti e uno snaturamento delle prove<sup>187</sup>.

234. Mentre la Commissione sostiene tale motivo, la Impala difende la sentenza impugnata.

187 — Le osservazioni che seguono sono altresì applicabili al capo del sesto motivo contenuto ai punti 101 e 102 dell'atto di impugnazione.

1. Potere discrezionale della Commissione e suo controllo giurisdizionale

— Il Tribunale ha attribuito agli sconti promozionali «solo un'incidenza limitata sui prezzi»<sup>190</sup>.

a) La sentenza impugnata

235. Per suffragare la loro censura secondo cui il Tribunale non avrebbe rispettato il margine di valutazione discrezionale della Commissione e avrebbe sostituito più volte la propria valutazione dei fatti e degli elementi di prova a quella della Commissione, le ricorrenti rinviano ai seguenti esempi tratti dalla sentenza impugnata.

— Il Tribunale parla di una «forte trasparenza dei prezzi» ovvero di una «forte trasparenza del mercato»<sup>191</sup> e considera le relazioni settimanali dei rappresentanti commerciali come un «fattore supplementare di trasparenza del mercato»<sup>192</sup>; il Tribunale ritiene che gli sconti promozionali siano «destinat[i] (...) ad avere carattere pubblico»<sup>193</sup> e abbiano «carattere pubblico e trasparente»<sup>194</sup>.

— Il Tribunale ha definito l'allineamento dei prezzi di catalogo «effettivamente molto marcato», mentre la Commissione ha parlato soltanto di prezzi di catalogo «piuttosto allineati»<sup>188</sup>.

— Secondo il Tribunale, le differenze tra le gamme di sconti potrebbero «dipendere da differenze nei risultati» e non si potrebbe escludere «che gli sconti si basino su una serie nota di regole»<sup>195</sup>.

— Il Tribunale ha qualificato come «molto modesta» la variazione dei livelli generali di sconto applicati dalle parti della concentrazione<sup>189</sup>.

— Il Tribunale negherebbe, a torto, la rilevanza dei dati economici presentati per stabilire se gli sconti promozionali svol-

188 — Punto 299 della sentenza impugnata.

189 — Punto 307 della sentenza impugnata; le ricorrenti fanno inoltre riferimento ai punti 421, 419, 424, 444 e 457 della sentenza impugnata, nei quali individuano dichiarazioni analoghe del Tribunale.

190 — Punto 317 della sentenza impugnata.

191 — Punti 347 e 361 della sentenza impugnata.

192 — Punto 354 della sentenza impugnata.

193 — Punto 402 della sentenza impugnata. È d'uopo notare che tale censura si fonda sulla versione inglese — facente fede — della sentenza («destined to become *public knowledge*»), mentre la versione francese recita che uno sconto promozionale «semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de publicité», il che ha davvero poco a che fare con l'espressione inglese «*public knowledge*»; il corsivo è mio.

194 — Punti 403, 405, 406 e 436 della sentenza impugnata.

195 — Punto 420 della sentenza impugnata.



gano una funzione importante anche per quanto riguarda gli album più venduti<sup>196</sup>.

controllo delle concentrazioni per quanto riguarda gli *errori manifesti di valutazione*<sup>199</sup>.

## b) Analisi

236. Come si è già osservato in precedenza<sup>197</sup>, nell'ambito del controllo delle concentrazioni la Commissione dispone di un margine discrezionale non irrilevante per la valutazione di complesse relazioni economiche. Secondo una giurisprudenza costante, il sindacato esercitato al riguardo dal giudice comunitario deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto e di sviamento di potere<sup>198</sup>.

238. Al riguardo la Corte ha di recente dichiarato quanto segue, nella sentenza Commissione/Tetra Laval:

«Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, 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»<sup>200</sup>.

237. Con la censura sollevata nei confronti dei passaggi della sentenza impugnata citati al precedente paragrafo 235, le ricorrenti sollevano in definitiva la questione circa i limiti posti dal margine di valutazione discrezionale della Commissione al controllo giurisdizionale delle sue decisioni in materia di

239. Alla luce di tale criterio d'esame, sarebbe un errore supporre che il potere discrezio-

196 — Punto 456 della sentenza impugnata.

197 — V., in particolare, le osservazioni sul primo e sul sesto motivo di ricorso, punti 126 e 173 della sentenza impugnata.

198 — Sentenze 3 aprile 2003, causa T-342/00, *Petrolesence e SG2R/Commissione* (Racc. pag. II-1161, punto 101); *EDP/Commissione* (citata alla nota 177, punto 151), e 4 luglio 2006, causa T-177/04, *easyjet/Commissione* (Racc. pag. I-1931, punto 44).

199 — Segnalo, soltanto a margine, che alcune delle constatazioni contestate dalle ricorrenti, vale a dire quelle ai punti 299, 307 e 317 della sentenza impugnata, rientrano, stante la loro posizione sistematica, nell'*esame formale* della prima decisione di autorizzazione volto a individuare un *difetto di motivazione*. A tal fine si applica innanzi tutto quanto detto in precedenza in merito alla terza parte del sesto motivo (v., in particolare, i paragrafi 114-131 delle presenti conclusioni). Tuttavia, poiché le ricorrenti sembrano ipotizzare che i punti 299, 307 e 317 della sentenza impugnata contengano, inoltre, elementi caratterizzanti un esame del contenuto della prima decisione di autorizzazione in relazione a errori manifesti di valutazione, li esaminerò qui di seguito anche sotto tale punto di vista.

200 — Sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39); v. ora anche le sentenze Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punti 56 e 57), e General Electric/Commissione (citata alla nota 96, punto 63).

nale della Commissione precluda, a priori, al giudice comunitario qualsivoglia valutazione propria dei fatti e degli elementi di prova. Tutt'altro, una siffatta valutazione del giudice comunitario è indispensabile quando si tratta di stabilire se i fatti posti alla base della decisione della Commissione fossero corretti, attendibili, coerenti e completi nonché di natura tale da corroborare le conclusioni tratte dalla Commissione. In caso contrario, il giudice comunitario non potrebbe valutare utilmente se la Commissione abbia rispettato i limiti del potere discrezionale attribuitole o se abbia commesso un errore manifesto di valutazione<sup>201</sup>.

240. Il Tribunale eccede i limiti del controllo giurisdizionale di una decisione della Commissione nell'ambito del controllo delle concentrazioni solo allorché, di fronte a fatti ed elementi di prova che fanno apparire giustificabili le diverse valutazioni, tra cui la Commissione ha operato una scelta, il Tribunale, operandone una diversa, sostituisce la propria diversa valutazione a quella della Commissione.

241. Considerando da tale prospettiva gli esempi tratti dalle ricorrenti dalla sentenza impugnata, risulta che il Tribunale ha proceduto, invero, alla propria valutazione dei fatti e degli elementi di prova, nel pieno rispetto, però, dei limiti del controllo giurisdizionale di una decisione della Commissione presa nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

242. Da un lato, non si può contestare al Tribunale, sotto il profilo giuridico, di aver controllato i fatti accertati dalla Commissione onde verificare se e in quale misura contenessero indizi pro o contro la trasparenza del mercato. Di conseguenza, le constatazioni di cui ai punti 299, 307, 317, 347, 354 e 361 della sentenza impugnata, che le ricorrenti criticano, come per esempio l'affermazione «che tre fattori (...) rilevati nella decisione sono idonei a determinare una forte trasparenza dei prezzi» (punto 347), erano legittime.

243. Dall'altro lato, il Tribunale poteva formarsi una propria opinione sulla questione se e in quale misura i fatti accertati dalla Commissione in relazione agli sconti, segnatamente agli sconti promozionali, bastassero a escludere una sufficiente trasparenza del mercato per consentire una posizione dominante collettiva. Ne consegue che anche le constatazioni di cui ai punti 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 e 457 della sentenza impugnata, che le ricorrenti criticano, come per esempio l'affermazione che gli sconti promozionali rappresentavano solo una quota molto modesta del prezzo di vendita lordo degli album (punto 457), erano legittime.

244. In sostanza, il Tribunale ha infatti applicato ai punti controversi della sentenza impugnata i criteri sviluppati dalla Corte stessa<sup>202</sup> e ha verificato, in particolare, se i fatti all'origine della prima decisione di auto-

201 — V., già a tale proposito — in un altro contesto —, paragrafo 179 delle presenti conclusioni.

202 — V., ancora una volta, la sentenza Commissione/Tetra Laval (citata alla nota 96, punto 39), confermata di recente dalla sentenza Spagna/Lenzing (citata alla nota 97, punto 57).

rizzazione fossero di natura tale da corroborare le conclusioni tratte dalla Commissione, secondo cui il mercato non era sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva.

245. Per esempio, il Tribunale non ha sostituito la propria valutazione della trasparenza del mercato a un'altra valutazione, altresì giustificabile, della Commissione, non permettendosi in alcun modo, del resto, di pronunciarsi sulla compatibilità o sull'incompatibilità della concentrazione controversa con il mercato comune<sup>203</sup>. Esso è unicamente pervenuto alla convinzione che le conclusioni tratte dalla Commissione nel caso di specie non erano sostenute dai fatti alla base della sua prima decisione di autorizzazione<sup>204</sup>. Quest'ultima constatazione del Tribunale forma parte della sua valutazione dei fatti e degli elementi di prova nel procedimento di primo grado e non può più, in quanto tale, essere esaminata in sede di impugnazione (fatta salva la questione, ancora da esaminare, dello snaturamento dei fatti e degli elementi di prova).

246. Nel complesso, concludo che, all'atto del controllo nel merito della prima decisione di autorizzazione, il Tribunale non ha ignorato il potere discrezionale di cui dispone la Commissione.

2. Sulla censura relativa allo snaturamento delle prove

247. Le ricorrenti contestano inoltre che il Tribunale avrebbe snaturato le prove ai punti 425, 427 e 434 della sentenza impugnata. Nei passaggi controversi della sentenza impugnata, il Tribunale discute dell'opinione della Commissione, secondo cui gli sconti promozionali non sarebbero trasparenti.

248. Prima di affrontare nello specifico i suddetti punti della sentenza impugnata, mi permetto di rammentare i rigidi criteri posti dalla Corte nella sua giurisprudenza costante per l'esame della censura inerente allo snaturamento delle prove. Secondo tale giurisprudenza, uno snaturamento degli elementi di prova esiste allorché, *senza che occorra ricorrere a nuovi elementi di prova*, la valutazione degli elementi di prova esistenti appare *manifestamente erronea*<sup>205</sup>. Quindi, non si tratta di stabilire se la valutazione delle prove realizzata dal Tribunale sia *convincente*; in caso contrario, infatti, la Corte sostituirebbe la propria valutazione delle prove a quella del Tribunale, il che non rientra tra i suoi compiti in sede di impugnazione. Fintantoché la valutazione delle prove da parte del Tribunale è, perlomeno, *giustificabile*, non esiste alcuno snaturamento delle prove.

203 — V. il punto 479 della sentenza impugnata: «Infatti, al Tribunale non spetta pronunciarsi sulla compatibilità della concentrazione, bensì effettuare un controllo di legittimità degli accertamenti effettuati in proposito».

204 — Punto 452 della sentenza impugnata.

205 — Sentenze 18 gennaio 2007, causa C-229/05 P, PKK e KNK/Consiglio (Racc. pag. I-439, punto 37); 18 luglio 2007, causa C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés/Commissione (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 60), e 22 novembre 2007, causa C-260/05 P, Sniace/Commissione (Racc. pag. I-10005, punto 37).

249. La Corte effettua il suo esame esclusivamente sulla base degli atti di causa<sup>206</sup>.

concesso allo stesso cliente per ciascuno dei suoi venti migliori album. Ciò emergerebbe dai punti 19-22 della memoria della Commissione del 21 settembre 2005<sup>207</sup> e discenderebbe chiaramente dall'allegato E.2 di tale memoria.

a) Sul punto 425 della sentenza impugnata

250. Al punto 425 della sentenza impugnata, il Tribunale esamina alcune tabelle esibite dalla Commissione e constata:

«(...) Va infatti rilevato che il calcolo del differenziale tra gli sconti minimi e massimi per cliente (...) realizzato da ciascuna delle parti della concentrazione è stato erroneamente effettuato, nella maggior parte dei casi, in considerazione degli sconti concessi dall'altra parte, mentre (...) tale calcolo va effettuato in base al differenziale tra gli sconti minimi e massimi concessi da un'unica parte ai suoi vari clienti».

252. Per poter esaminare in modo adeguato la censura relativa allo snaturamento, è d'uopo stabilire, innanzi tutto, a quali tabelle fa esattamente riferimento il Tribunale al punto 425 della sentenza impugnata. Purtroppo, la versione inglese della sentenza, facente fede, è estremamente imprecisa al riguardo. Tuttavia, già da tale versione inglese del punto 425 emerge, dopotutto, che il Tribunale rinvia a tabelle «che sono intese a evidenziare gli sconti promozionali massimi concessi dalla Sony e dalla BMG sui loro album più venduti»<sup>208</sup> e nelle quali viene calcolato un differenziale tra gli sconti minimi e massimi concessi per cliente.

251. Le ricorrenti ritengono che in tale punto si configuri uno snaturamento delle prove. Infatti, la Commissione avrebbe dichiarato in primo grado dinanzi al Tribunale di aver calcolato il differenziale tra gli sconti minimi e massimi con l'ausilio degli sconti su fattura che una parte della concentrazione avrebbe

253. La versione francese della sentenza impugnata è più precisa al riguardo. Pur non facendo fede nel caso di specie, tale versione, che corrisponde alla lingua nella quale è stato redatto il progetto della sentenza impugnata e nella quale essa è stata deliberata, può fornire spunti supplementari in merito a ciò cui il Tribunale voleva riferirsi in realtà al punto 425, ossia alle «tabelle dell'allegato

206 — Sentenze 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione (Racc. pag. I-3173, punto 54); JCB Service/Commissione (citata alla nota 127, punto 108), e Wunnenburger/Commissione (citata alla nota 44, punto 67).

207 — Memoria della Commissione del 21 settembre 2005 in risposta ai quesiti scritti del Tribunale.

208 — «As regards the tables, which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums, ...» (il corsivo è mio).

E.4.2»<sup>209</sup>. In effetti, anche nel fascicolo di causa, sul frontespizio dell'allegato E.4.2, si trova un titolo che assomiglia molto alle parole introduttive del punto 425 della sentenza impugnata<sup>210</sup> e le tabelle dell'allegato E.4.2 mostrano il differenziale tra gli sconti minimi e massimi per cliente, citato al punto 425.

254. Pertanto, parto dal presupposto che il punto 425 della sentenza impugnata si riferisca alle tabelle dell'allegato E.4.2. Tuttavia, da tale allegato non si può desumere che il Tribunale sia incorso in un *errore manifesto* nelle dichiarazioni di cui al punto in questione. Se è vero che le tabelle figuranti in tale allegato — fatta eccezione per il titolo del frontespizio dell'allegato — non contengono nessun elemento chiarificatore, tuttavia, già da una rapida occhiata alla prima e alla seconda tabella dell'allegato E.4.2, emerge che la critica del Tribunale è giustificata: in effetti, nel calcolo del differenziale tra gli sconti minimi e massimi per cliente, si sono talvolta messi nello stesso calderone i valori della Bertelsmann e della Sony; in termini colloquiali, si potrebbe dire che si sono messe a confronto mele e pere<sup>211</sup>.

209 — Nella versione francese l'incipit del punto 425 della sentenza impugnata è il seguente: «S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, (...)» (il corsivo è mio).

210 — Il titolo sul frontespizio dell'allegato E.4.2 così recita: «Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums».

211 — Per esempio, nella terza colonna della prima tabella dell'allegato E.4.2 si confrontano lo sconto più basso concesso dalla Sony (SMEI) e lo sconto più alto accordato dalla Bertelsmann (BMG); lo stesso iter viene seguito nella terza colonna della seconda tabella dell'allegato E.4.2.

255. Neanche dalle considerazioni della Commissione ai punti 19-22 della sua memoria del 21 settembre 2005 discende che il Tribunale avrebbe interpretato in maniera manifestamente errata le tabelle dell'allegato E.4.2. Infatti, tali considerazioni della Commissione fanno riferimento, già basandosi sulla lettera del loro testo, esclusivamente agli allegati B.6, B.8 ed E.2. Nei passaggi della memoria della Commissione citati dalle ricorrenti non sono reperibili, invece, spiegazioni sulle tabelle dell'allegato E.4.2 in questione nella fattispecie.

256. In tale contesto, ritengo infondata la censura relativa allo snaturamento delle prove per quanto attiene al punto 425 della sentenza impugnata.

b) Sul punto 427 della sentenza impugnata

257. Al punto 427 della sentenza impugnata il Tribunale afferma quanto segue:

«In ogni caso, quand'anche le varie tabelle elaborate dalle parti della concentrazione e prodotte dalla Commissione fossero effettivamente idonee a dimostrare le pretese variazioni più o meno importanti, ciò non toglie che (...) si può dubitare della rilevanza di tali variazioni, dato che (...) le tabelle riportano solo le fasce senza analizzare le medie ponderate e le variazioni rispetto a tali medie (...)».

258. Secondo le ricorrenti, molti dati figuranti nelle tabelle e nei grafici presentati in primo grado dalla Commissione al Tribunale, nel controricorso 11 febbraio 2005, si baserebbero invece su medie ponderate. A tale proposito, esse rinviano agli allegati B.4, B.8, B.9, B.10 e B.13 nonché ai chiarimenti aggiuntivi della Commissione presentati in primo grado nella sua memoria del 14 marzo 2007.

259. A tale proposito è d'uopo osservare che il Tribunale, nella sua sentenza, ha distinto in termini chiari tra *tabelle* e *grafici*<sup>212</sup>. Al punto 427 della sentenza impugnata il Tribunale si riferisce espressamente alle diverse *tabelle* prodotte dalla Commissione. Pertanto, mi sarei aspettata che, a sostegno della censura mossa in relazione allo snaturamento delle prove, anche le ricorrenti facessero riferimento a parti degli atti processuali contenenti *tabelle*. Dopo l'esame degli allegati B.4, B.8, B.9, B.10 e B.13, devo tuttavia constatare che vi si ritrovano, invero, molti *grafici*, ma nessuno degli allegati in questione contiene *tabelle*. Stando così le cose, gli allegati di cui sopra sono poco idonei a provare il presunto snaturamento delle prove, esattamente come eventuali spiegazioni della Commissione sui medesimi allegati.

260. È ben più probabile che il Tribunale, al punto 427, si sia riferito a tabelle quali,

per esempio, quelle figuranti negli allegati B.6 e B.7, relative a sconti su fattura («invoice discounts») e che contengono, del resto, anche le «fasce» citate dal Tribunale. Tuttavia, le ricorrenti non si esprimono in merito.

261. In tale contesto, ritengo infondata la censura relativa allo snaturamento delle prove per quanto attiene al punto 427 della sentenza impugnata.

c) Sul punto 434 della sentenza impugnata

262. Ai punti 431-434 della sentenza impugnata, il Tribunale prende in esame la questione se, con un «ragionamento a contrario» (il cosiddetto «reverse engineering»), i prezzi di vendita netti ai rivenditori si possano determinare in base ai prezzi di vendita al dettaglio. Sullo sfondo si riconosce l'argomento formulato dalla Impala in primo grado, secondo cui i margini dei rivenditori sarebbero in generale trasparenti e conosciuti con un grado elevato di precisione<sup>213</sup>.

263. Il punto 434 della sentenza impugnata recita per estratto quanto segue:

212 — V., per esempio, i punti 393, 401, 415, 416, 420-428 e 455-457 della sentenza impugnata, in cui si parla di tabelle (in inglese: «tables»), mentre, per esempio, ai punti 129 e 419 della medesima sentenza si menzionano grafici (in inglese: «charts»).

213 — Tale circostanza emerge dai punti 431 e 433 della sentenza impugnata.

«(...) lo studio predisposto dagli economisti delle parti della concentrazione non presenta dati sufficientemente affidabili, pertinenti e comparabili, né consente di confermare le conclusioni che ne trae la Commissione. (...). Se è indubbiamente probabile che i vari tipi di rivenditori (supermercati, indipendenti, catene di negozi specializzati, ecc.) applichino una politica di margine diversa e che esistano differenze all'interno di ciascuna categoria di operatori, e anche per ogni singolo operatore, in funzione del tipo di album o del suo grado di successo, tuttavia è assai poco probabile, e lo studio non contiene alcun dato in proposito, che un rivenditore applichi una politica di vendita diversa per lo stesso tipo di album. (...)».

264. Le ricorrenti contestano che il Tribunale avrebbe ignorato lo studio condotto dagli economisti da loro incaricati e prodotto dalla Commissione come allegato B.17<sup>214</sup>, in particolare con riferimento alla sua sezione 2. Quest'ultima conterrebbe dati economici esaustivi da cui emergerebbe l'erroneità della tesi del Tribunale, secondo cui i rivenditori perseguirebbero una politica di margine comune.

265. Tale argomento non mi pare convincente. Basta semplicemente leggere il punto 434 della sentenza impugnata, qui controverso, per capire che il Tribunale non ha affatto ignorato il detto studio, anzi, lo ha preso in esame.

266. Ora, per quanto riguarda il contenuto dello studio, vero è che la relativa sezione 2 analizza la *politica di margine* dei rivenditori, segnatamente la questione se questi applichino margini standard («standard mark-ups»). Nondimeno, il Tribunale non ha individuato nello studio alcun dato per stabilire se «un rivenditore applichi una *politica di vendita* diversa per lo stesso tipo di album»<sup>215</sup>. Dopo aver esaminato lo studio di cui all'allegato B.17, giungo al riguardo alla stessa conclusione del Tribunale.

267. In tale contesto, ritengo infondata la censura riguardante lo snaturamento delle prove in relazione al punto 434 della sentenza impugnata.

### 3. Conclusione provvisoria

268. Pertanto, il quarto motivo di ricorso è interamente infondato. Lo stesso dicasi per le considerazioni risultanti ai punti 101 e 102 dell'atto di impugnazione, coincidenti sul piano del contenuto con tale quarto motivo.

214 — Si tratta dell'allegato B.17 del controricorso della Commissione in primo grado.

215 — Punto 434 della sentenza impugnata (il corsivo è mio).

C — *Sull'utilizzo di informazioni riservate nella sentenza impugnata (settimo motivo)*

269. Con il settimo motivo di ricorso le ricorrenti contestano al Tribunale di aver commesso un errore di diritto, avendo questi fondato la sua sentenza su prove di cui esse sarebbero state tenute all'oscuro, rispetto alle quali non avrebbero mai potuto prendere posizione e che non sarebbero state neppure presentate alla Commissione alla data di adozione della prima decisione di autorizzazione. Poiché tali elementi probatori non avrebbero potuto costituire la base della decisione della Commissione, essi non potrebbero neppure essere all'origine dell'annullamento della prima decisione di autorizzazione.

270. La critica principale del motivo in esame riguarda le affermazioni del Tribunale sulla trasparenza dei prezzi e, in particolare, sulla possibilità — controversa — di un controllo del mercato al dettaglio da parte delle majors mediante le relazioni di controllo settimanali dei loro rappresentanti commerciali<sup>216</sup>. A tale proposito, il Tribunale sottolinea innanzi tutto la constatazione della Commissione secondo cui la Sony e la Bertelsmann avrebbero istituito un *sistema di relazioni settimanali* contenenti anche informazioni sui concorrenti<sup>217</sup>. A questo proposito, a titolo integrativo, nella sua sentenza il Tribunale fa tuttavia riferimento anche a determinati documenti esibiti dalla Impala, considerati riservati<sup>218</sup>.

216 — Punti 352-361 e 451 della sentenza impugnata.

217 — V. punto 352 della sentenza impugnata, in cui si cita il punto 113 della prima decisione di autorizzazione.

218 — Punti 356-360, 389 e 451 della sentenza impugnata.

271. Poiché le ricorrenti contestano, inter alia, di non aver potuto prendere posizione su questi ultimi documenti *dinanzi al Tribunale*, occorre innanzi tutto esaminare una possibile violazione del principio del contraddittorio *dinanzi al Tribunale*.

272. Senza dubbio, non si possono porre alla base di una decisione giurisdizionale fatti e documenti di cui *le parti stesse*, o una di esse, non abbiano potuto prendere conoscenza e sui quali non abbiano dunque potuto esprimersi<sup>219</sup>. Tuttavia, nella fattispecie, nel procedimento di primo grado, le ricorrenti non avevano affatto la qualità di *parte*, bensì hanno preso parte alla controversia unicamente come *intervenienti* a sostegno della Commissione. In quanto tali, esse rivestivano un ruolo più debole nel procedimento rispetto alla ricorrente e alla convenuta.

273. In particolare, l'art. 116, n. 2, seconda frase, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado dispone espressamente che, a richiesta di una delle parti, il presidente può escludere dalla comunicazione agli intervenienti documenti segreti o riservati, il che accade non di rado nelle cause in materia di concorrenza<sup>220</sup>. In special modo, infatti, nelle cause riguardanti

219 — Sentenze 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59, Snuapat/Alta Autorità (Racc. pag. 99, in particolare pag. 157); 10 gennaio 2002, causa C-480/99 P, Plant e a./Commissione e South Wales Small Mines (Racc. pag. I-265, punto 24), e 2 ottobre 2003, causa C-199/99 P, Corus UK/Commissione (Racc. pag. I-11177, punto 19). V. anche le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 maggio 1986, causa Feldbrugge/Paesi Bassi (Serie A, n. 99, pag. 16, § 44), e 31 ottobre 2006, causa Aksoy (Eroglu)/Turchia (n. 59741/00, § 21 e la giurisprudenza ivi citata).

220 — V., per esempio, ordinanza 15 giugno 2006, causa T-271/03, Deutsche Telekom/Commissione (Racc. pag. II-1747).



il diritto comunitario della concorrenza la fase istruttoria è caratterizzata dal fatto che i documenti esaminati contengono spesso segreti commerciali o altre informazioni che non possono essere divulgate o possono esserlo solo nell'osservanza di notevoli limiti<sup>221</sup>. Di conseguenza, è già insito nell'economia del regolamento di procedura che il Tribunale può, se del caso, fondare la sua sentenza su elementi probatori cui gli intervenienti non hanno avuto accesso (v., al riguardo, anche l'art. 67, n 3, prima frase, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado nonché l'art. 287 CE).

274. Quindi, il trattamento riservato dei documenti esibiti dalla Impala — a differenza di quanto può sembrare a prima vista — non rappresenta tanto un problema legato al contraddittorio *dinanzi al Tribunale* quanto una questione di rispetto dei diritti della difesa delle parti della concentrazione *nel corso del procedimento amministrativo*.

275. Le ricorrenti fanno valere, giustamente, che il Tribunale non avrebbe dovuto fondarsi sui documenti controversi forniti dalla Impala per annullare la prima decisione di autorizzazione, visto che la Commissione, dal canto suo, non avrebbe potuto utilizzarli a causa del loro carattere riservato. Infatti, se il Tribunale considera taluni documenti così riservati da celarne del tutto il contenuto alle imprese partecipanti alla concentrazione<sup>222</sup>, non ci si poteva neppure aspettare ragione-

volmente che la Commissione si basasse su tali atti nel procedimento amministrativo per motivare un'eventuale decisione di divieto o anche soltanto per invalidare determinati argomenti delle parti della concentrazione.

276. Stando così le cose, il Tribunale ha commesso un errore sotto il profilo giuridico per il fatto di essersi fondato sui documenti riservati esibiti dalla Impala per annullare la prima decisione di autorizzazione.

277. Nondimeno, tale errore di diritto non comporta l'annullamento della sentenza impugnata. Infatti, le dichiarazioni del Tribunale erano giustificate anche da altri motivi, del tutto estranei ai documenti riservati forniti dalla Impala. Così, i riferimenti a tali documenti rappresentavano, in definitiva, soltanto elementi supplementari, dai quali discende, secondo il Tribunale, «che la già forte trasparenza (...) è ulteriormente rafforzata»<sup>223</sup>. Pertanto, anche se il Tribunale, tenuto conto dei diritti della difesa, avesse rinunciato ai documenti riservati prodotti dalla Impala, ciò non priverebbe in alcun modo di fondamento le conclusioni che esso trae nella sentenza impugnata<sup>224</sup>.

278. Pertanto, anche il settimo motivo è infondato.

221 — Sentenza 25 gennaio 2007, causa C-411/04 P, Salzgitter Mannesmann/Commissione (Racc. pag. I-959, punto 43).

222 — Anche se, dopo aver esaminato il fascicolo di causa del procedimento di primo grado, nutro seri dubbi che una siffatta impostazione fosse giustificata nella fattispecie, non spetta alla Corte, nell'ambito della presente impugnazione, mettere in discussione la valutazione del Tribunale sulla riservatezza dei detti documenti.

223 — Punti 348-362, in particolare il punto 362, della sentenza impugnata.

224 — V., nello stesso senso, le sentenze Aalborg Portland e a./Commissione (citata alla nota 121, punto 72); Musique Diffusion française e a./Commissione (citata alla nota 117, punto 30), e 29 giugno 1995, causa T-30/91, Solvay/Commissione (Racc. pag. II-1775, punto 58).

D — *Conclusione provvisoria*

279. Di conseguenza, l'impugnazione dev'essere respinta nella sua integralità.

## VI — Sulla presunta impugnazione incidentale

280. Nella comparsa di risposta della Commissione figura, verso la fine, una sezione speciale contenente «altre osservazioni»<sup>225</sup> riguardo a quelli che il Tribunale definisce i «motivi fondamentali» della prima decisione di autorizzazione.

281. In tale sezione la Commissione fa valere che il Tribunale avrebbe ingiustamente qualificato come motivo fondamentale della prima decisione di autorizzazione, ai punti 474 e 476 della sentenza impugnata, le sue constatazioni sui mezzi di dissuasione<sup>226</sup>. Infatti, se nel caso di specie dovesse risultare che le conclusioni della Commissione sulla mancanza di trasparenza del mercato non erano viziate da un errore di diritto, in contrasto con quanto ha ritenuto il Tribunale, la prima decisione di autorizzazione dovrebbe essere mantenuta, a prescindere dal fatto che contenga o meno errori di diritto in relazione ai mezzi di dissuasione.

225 — Punti 37-39 della comparsa di risposta della Commissione, intitolati «6. Additional observations: On the "essential grounds" of the Decision».

226 — Punti 114-118 della prima decisione di autorizzazione.

282. La Impala ha inteso tali osservazioni della Commissione come *impugnazione incidentale* e ha risposto mediante memoria separata riferendosi all'art. 117, n. 2, del regolamento di procedura. Su autorizzazione del presidente della Corte, sono state depositate altre memorie sull'argomento in questione.

283. Tuttavia, ciò non significa affatto, di per sé, che nella fattispecie la Corte abbia già constatato in modo definitivo l'esistenza di un motivo incidentale. La qualificazione di un argomento quale motivo incidentale presuppone, in forza dell'art. 117, n. 2, del regolamento di procedura, che con esso si chieda l'annullamento totale o parziale della sentenza impugnata da un punto di vista non invocato nell'atto di impugnazione. Per stabilire se la fattispecie rientri in tale categoria, occorre esaminare il testo, lo scopo e il contesto del passo in questione della comparsa di risposta della Commissione.

284. A tale proposito è d'uopo sottolineare che la nozione di «impugnazione incidentale» non viene mai utilizzata dalla Commissione nella sua memoria. Il titolo «altre osservazioni» indica invece che si tratta di osservazioni integrative utili unicamente a comprendere meglio gli effettivi argomenti della Commissione in risposta all'impugnazione della Bertelsmann e della Sony. In particolare, con le «altre osservazioni» essa ha inteso evidenziare le conseguenze che l'annullamento (eventualmente parziale) della sentenza impugnata, su domanda della Bertelsmann e della Sony, avrebbe per il mantenimento in essere dalla prima decisione di autorizzazione<sup>227</sup>.

227 — V., in particolare, il punto 39, in fine, della comparsa di risposta della Commissione.

285. Nell'ulteriore corso del procedimento, la Commissione stessa ha precisato di non aver affatto avuto intenzione di proporre un'impugnazione incidentale con le «altre osservazioni», e ha inoltre scartato espressamente l'idea di sostenere eventuali spese al riguardo; essa ha altresì fatto notare che le «altre osservazioni» non avrebbero alcun significato autonomo, ma assumerebbero rilevanza soltanto qualora l'impugnazione presentata dalla Bertelsmann e dalla Sony venisse (parzialmente, se del caso) accolta<sup>228</sup>.

286. Ciò premesso, si deve ritenere che le «altre osservazioni» della Commissione non contengano affatto un'impugnazione incidentale e quindi non occorra una decisione separata della Corte al riguardo, che potrebbe addirittura risultare *ultra petita*.

## VII — Sulle spese

287. Qualora l'impugnazione venga respinta, come propongo nel caso di specie, la Corte statuisce sulle spese (art. 122, primo comma, del regolamento di procedura), in conformità di quanto specificato dall'art. 69 in combinato disposto con l'art. 118 del regolamento di procedura.

228 — Lettera 15 maggio 2007 della Commissione alla cancelleria della Corte.

288. L'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura prevede che la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda; qualora vi siano più soccombenti, la Corte decide sulla ripartizione delle spese. In deroga a ciò, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, la Corte può ripartire le spese ai sensi del n. 3, primo comma, dello stesso articolo; lo stesso dicasi quando un'impugnazione è stata respinta, ma il ricorrente ha avuto ragione su alcuni capi della domanda<sup>229</sup>.

289. Poiché, in conclusione, le ricorrenti Bertelsmann e Sony sono rimaste soccombenti nel loro ricorso, seppure una parte dei motivi da esse dedotti fosse fondata nel merito, le spese vanno ripartite. Pertanto, propongo che la Bertelsmann e la Sony siano condannate rispettivamente alle proprie spese e a tre quarti delle spese sostenute dalla Impala; nella misura in cui sopportano le spese della Impala, appare inoltre adeguato condannare in solido la Bertelsmann e la Sony<sup>230</sup>. Per contro, la Impala dovrebbe sostenere un quarto delle proprie spese.

290. Le altre parti nel procedimento intervenute a sostegno dell'impugnazione con la presentazione di conclusioni dinanzi alla Corte possono essere condannate rispettivamente alle proprie spese, in applicazione

229 — Sentenze 30 settembre 2003, causa C-93/02 P, Biret International/Consiglio (Racc. pag. I-10497, punto 72), e causa C-94/02 P, Biret e Cie/Consiglio (Racc. pag. I-10565, punto 75).

230 — Sentenza 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, D e Svezia/Consiglio (Racc. pag. I-4319, punto 65).

dell'art. 69, n. 4. Poiché la Commissione e la Sony BMG Music Entertainment hanno sostenuto l'impugnazione della Bertelsmann e della Sony con le loro conclusioni e sono rimaste soccombenti, appare adeguato decidere che esse sopportino le proprie spese<sup>231</sup>.

## VIII — Conclusione

291. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di decidere nei seguenti termini:

- 1) Il ricorso avverso la sentenza del Tribunale di primo grado è respinto.
  
- 2) La Bertelsmann AG e la Sony Corporation of America sopportano le proprie spese e, in solido, tre quarti delle spese sostenute dalla Independent Music Publishers and Labels Association; la Independent Music Publishers and Labels Association sopporta un quarto delle proprie spese.
  
- 3) La Commissione delle Comunità europee e la Sony BMG Music Entertainment BV sopportano le proprie spese.

231 — V., in tal senso, per esempio, le sentenze 26 febbraio 2002, causa C-23/00 P, Consiglio/Boehringer (Racc. pag. I-1873, punto 56), e 2 ottobre 2003, cause riunite C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P e C-180/01 P, International Power e a./NALOO (Racc. pag. I-11421, punto 187).