



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

13 luglio 2023*

Indice

| | |
|--|----|
| Contesto normativo | 4 |
| Regolamento (CE) n. 139/2004 | 4 |
| Regolamento n. 802/2004 | 9 |
| Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali | 10 |
| Fatti e decisione controversa | 12 |
| Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata | 14 |
| Procedimento dinanzi alla Corte | 15 |
| Conclusioni delle parti | 16 |
| Sull'impugnazione | 16 |
| Sul primo motivo di impugnazione | 17 |
| Argomenti delle parti | 17 |
| Giudizio della Corte | 18 |
| Sul secondo motivo di impugnazione | 22 |
| Sulla prima parte | 22 |
| – Argomenti delle parti | 22 |
| – Giudizio della Corte | 22 |
| Sulla seconda parte | 23 |
| – Argomenti delle parti | 23 |

* Lingua processuale: l'inglese.

| | |
|---|----|
| – Giudizio della Corte | 24 |
| Sul terzo motivo di impugnazione | 26 |
| Sulla prima parte | 26 |
| – Argomenti delle parti | 26 |
| – Giudizio della Corte | 27 |
| Sulla seconda parte | 28 |
| – Argomenti delle parti | 28 |
| – Giudizio della Corte | 30 |
| Sulla terza parte | 33 |
| – Argomenti delle parti | 33 |
| – Giudizio della Corte | 34 |
| Sul quarto motivo di impugnazione | 37 |
| Sulla prima parte | 37 |
| – Argomenti delle parti | 37 |
| – Giudizio della Corte | 38 |
| Sulla seconda parte | 40 |
| – Argomenti delle parti | 40 |
| – Giudizio della Corte | 41 |
| Sul quinto motivo di impugnazione | 43 |
| Argomenti delle parti | 43 |
| Giudizio della Corte | 44 |
| Sul sesto motivo di impugnazione | 46 |
| Sull’operatività del sesto motivo di impugnazione | 47 |
| – Argomenti delle parti | 47 |
| – Giudizio della Corte | 47 |
| Sulla prima parte | 48 |
| – Argomenti delle parti | 48 |

| | |
|---|----|
| – Giudizio della Corte | 49 |
| Sulla seconda parte | 52 |
| – Argomenti delle parti | 52 |
| – Giudizio della Corte | 53 |
| Sul rinvio della causa dinanzi al Tribunale | 55 |
| Sulle spese | 56 |

«Impugnazione – Concorrenza – Regolamento (CE) n. 139/2004 – Controllo delle concentrazioni di imprese – Servizi di telecomunicazione mobile – Decisione che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato interno – Mercato oligopolistico – Ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva – Effetti non coordinati – Livello di prova – Potere discrezionale della Commissione europea in materia economica – Limiti del sindacato giurisdizionale – Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali – Fattori rilevanti per dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva – Nozione di “importante forza concorrenziale” e di “diretti (close) concorrenti” – Prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione – Analisi quantitativa degli effetti della concentrazione prevista sui prezzi – Incrementi di efficienza – Snaturamento – Censura sollevata d’ufficio dal Tribunale dell’Unione europea – Annullamento»

Nella causa C-376/20 P,

avente ad oggetto l’impugnazione, ai sensi dell’articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, proposta il 7 agosto 2020,

Commissione europea, rappresentata inizialmente da G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski e C. Urraca Caviedes, successivamente da F. Castillo de la Torre, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski e C. Urraca Caviedes, in qualità di agenti,

ricorrente,

sostenuta da:

Autorità di vigilanza EFTA, rappresentata inizialmente da C. Simpson, M. Sánchez Rydelski e C. Zatschler, successivamente da C. Simpson e M. Sánchez Rydelski, in qualità di agenti,

interveniente in sede d’impugnazione,

procedimento in cui le altre parti sono:

CK Telecoms UK Investments Ltd, con sede in Londra (Regno Unito), rappresentata inizialmente da J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis, S. Prichard, solicitors, O.W. Brouwer, advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, advocate, e T. Wessely, Rechtsanwalt, successivamente da J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis, solicitors, O.W. Brouwer, advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, advocate, e T. Wessely, Rechtsanwalt,

ricorrente in primo grado,

Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, rappresentato inizialmente da S. Brandon, successivamente da F. Shibli, in qualità di agenti,

EE Ltd, con sede in Hatfield (Regno Unito),

interventanti in primo grado,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, L. Bay Larsen, vicepresidente, A. Arabadjiev (relatore), A. Prechal, M. Safjan, P.G. Xuereb, D. Gratsias e M.L. Arastey Sahún, presidenti di sezione, J.-C. Bonichot, S. Rodin, F. Biltgen, J. Passer e Z. Csehi, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: M. Longar, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 14 giugno 2022,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 20 ottobre 2022,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con la sua impugnazione, la Commissione europea chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 28 maggio 2020, CK Telecoms UK Investments/Commissione (T-399/16; in prosieguo: la «sentenza impugnata», EU:T:2020:217), con la quale tale giudice ha annullato la decisione C(2016) 2796 final della Commissione, dell'11 maggio 2016, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato interno (caso COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), pubblicata in forma di riassunto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 29 settembre 2016 (GU 2016, C 357, pag. 15; in prosieguo: la «decisione controversa»).

Contesto normativo

Regolamento (CE) n. 139/2004

- 2 I considerando 5, 6, 24, 25, 28 e 29 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni») (GU 2004, L 24, pag. 1), così recitano:

«(5) Si dovrebbe (...) garantire che il processo di ristrutturazione non comporti un pregiudizio durevole per la concorrenza. Il diritto comunitario deve pertanto contenere disposizioni applicabili alle concentrazioni che possono ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di questo.

(6) Occorre quindi uno strumento giuridico specifico che consenta un controllo efficace di tutte le concentrazioni in funzione della loro incidenza sulla struttura della concorrenza nella Comunità e che sia il solo applicabile a tali concentrazioni. Il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, [del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 1989, L 395, pag. 1)], ha consentito di sviluppare una politica comunitaria in questo campo. Oggi, tuttavia, alla luce dell’esperienza acquisita, è opportuno rifondere detto regolamento in un atto concepito per far fronte alle sfide di un mercato più integrato e del futuro allargamento dell’Unione europea. In base ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall’articolo 5 [TUE], il presente regolamento si limita a quanto è necessario per garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

(...)

(24) Per garantire che nel mercato comune viga un regime di concorrenza non falsata, in applicazione di una politica condotta conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, il presente regolamento deve consentire un controllo efficace di tutte le concentrazioni sotto il profilo dei loro effetti sulla concorrenza nella Comunità. A tal fine, il regolamento [n. 4064/89] ha sancito il principio secondo cui le concentrazioni di dimensione comunitaria, che creano o rafforzano una posizione dominante a causa della quale risulti ostacolata in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte sostanziale, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune.

(25) Date le conseguenze che le concentrazioni possono avere nelle strutture di mercato oligopolistiche, è ancor più necessario mantenere una concorrenza effettiva in tali mercati. Molti mercati oligopolistici presentano una concorrenza vivace. Tuttavia, in determinate circostanze, le concentrazioni che comportano l’eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, così come una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti possono, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra i membri dell’oligopolio, dar luogo ad ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva. Tuttavia, a tutt’oggi gli organi giurisdizionali comunitari non hanno espressamente interpretato il regolamento [n. 4064/89] nel senso che imponga l’obbligo di dichiarare incompatibili con il mercato comune le concentrazioni che danno luogo a tali effetti non coordinati. Pertanto, nell’interesse della certezza del diritto occorre precisare che il presente regolamento consente un controllo efficace di tutte le concentrazioni di questo tipo, prevedendo che qualsiasi concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una sua parte sostanziale debba essere dichiarata incompatibile con il mercato comune. La nozione di “ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva”, di cui all’articolo 2, paragrafi 2 e 3, dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultante da un comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione.

(...)

- (28) Per chiarire e spiegare il modo in cui la Commissione valuta le concentrazioni a norma del presente regolamento, è opportuno che la Commissione pubblichi orientamenti che stabiliscano un solido quadro economico di riferimento per la valutazione delle concentrazioni allo scopo di determinare se queste possano o meno essere dichiarate compatibili con il mercato comune.
- (29) Per determinare l'impatto di una concentrazione sulla concorrenza nel mercato comune, è opportuno tener conto di qualsiasi documentato e probabile guadagno di efficienza addotto dalle imprese interessate. È possibile che l'incremento di efficienza prodotto dalla concentrazione compensi gli effetti sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori, che questa avrebbe potuto altrimenti produrre, e che di conseguenza la concentrazione stessa non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte sostanziale, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. La Commissione dovrebbe pubblicare degli orientamenti in merito alle condizioni alle quali è disposta a tener conto di considerazioni di efficienza nel valutare una concentrazione».

3 L'articolo 2 di tale regolamento, intitolato «Valutazione delle concentrazioni», così dispone:

«1. Le concentrazioni di cui al presente regolamento sono valutate conformemente agli obiettivi del presente regolamento e alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

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

2. Le concentrazioni che non ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune.

3. Le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune.

4. Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'articolo [101], paragrafi 1 e 3, [TFUE], al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune.

5. In tale valutazione, la Commissione tiene conto segnatamente:
- della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato dell'impresa comune, o su un mercato situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero su un mercato contiguo strettamente legato a detto mercato,
 - della possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il loro coordinamento risultante direttamente dalla costituzione dell'impresa comune, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi di cui trattasi».
- 4 L'articolo 3 di detto regolamento, intitolato «Definizione di concentrazione», al paragrafo 1, lettera b), è così formulato:
- «Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito:
- (...)
- b) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese».
- 5 L'articolo 4 del medesimo regolamento, intitolato «Notificazione preventiva delle concentrazioni e rinvio prima della notificazione su richiesta delle parti notificanti», al paragrafo 1, primo comma, prevede quanto segue:
- «Le concentrazioni di dimensione comunitaria di cui al presente regolamento sono notificate alla Commissione prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo».
- 6 L'articolo 6 del regolamento n. 139/2004, intitolato «Esame della notificazione e avvio del procedimento», ai paragrafi 1 e 2 così dispone:
- «1. La Commissione procede all'esame della notificazione non appena questa le è pervenuta:
- a) se essa conclude che la concentrazione notificata non rientra nel presente regolamento, lo constata mediante decisione;
 - b) se essa constata che la concentrazione notificata, pur rientrando nel presente regolamento, non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di non opporvisi e la dichiara compatibile con il mercato comune.
- Si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie.
- c) fatto salvo il paragrafo 2, se la Commissione constata che la concentrazione notificata rientra nel presente regolamento e suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di avviare il procedimento. Fatto salvo l'articolo 9, ciascun procedimento si conclude mediante una decisione conformemente all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, a meno che le imprese interessate non abbiano dimostrato, in maniera soddisfacente per la Commissione, di aver abbandonato la concentrazione.

2. Se la Commissione constata che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, una concentrazione notificata non suscita più seri dubbi ai sensi del paragrafo 1, lettera c), dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune a norma del paragrafo 1, lettera b).

La decisione adottata a norma del paragrafo 1, lettera b), può essere subordinata dalla Commissione a condizioni ed oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune».

7 L'articolo 7 di tale regolamento, intitolato «Sospensione della concentrazione», al paragrafo 1 è del seguente tenore:

«Una concentrazione di dimensione comunitaria (...) non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione adottata a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), o dell'articolo 8, paragrafo 1 o paragrafo 2, ovvero sulla base della presunzione di cui all'articolo 10, paragrafo 6».

8 L'articolo 8 di detto regolamento, intitolato «Poteri di decisione della Commissione», ai paragrafi da 1 a 3 prevede quanto segue:

«1. Se la Commissione accerta che una concentrazione notificata soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, i criteri di cui all'articolo [101], paragrafo 3, [TFUE], essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune.

Si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie.

2. Se la Commissione accerta che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate una concentrazione notificata soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, i criteri di cui all'articolo [101], paragrafo 3, [TFUE], essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune.

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

Si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie.

3. Se la Commissione accerta che una concentrazione soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3, o, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, non risponde ai criteri di cui all'articolo [101], paragrafo 3, [TFUE], essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato comune».

9 L'articolo 10 del medesimo regolamento, intitolato «Termini per l'avvio del procedimento e per le decisioni», al paragrafo 6 così dispone:

«Se la Commissione non ha preso una decisione in virtù dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b) o c), o in virtù dell'articolo 8, paragrafi 1, 2 o 3, entro i termini rispettivamente stabiliti ai paragrafi 1 e 3 del

presente articolo, si considera che la concentrazione sia stata dichiarata compatibile con il mercato comune (...)).».

- 10 L'articolo 21 del regolamento n. 139/2004, rubricato «Applicazione del presente regolamento e competenza», al paragrafo 2 prevede quanto segue:

«Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal presente regolamento».

Regolamento n. 802/2004

- 11 L'articolo 3 del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 (GU 2004, L 133, pag. 1, e rettifica in GU 2004, L 172, pag. 9), come modificato dal regolamento di esecuzione (UE) n. 1269/2013 della Commissione, del 5 dicembre 2013 (GU 2013, L 336, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento n. 802/2004»), prevede che, ai fini del controllo delle concentrazioni, le notificazioni sono effettuate nella forma prescritta dal formulario CO di cui all'allegato I a tale regolamento.

- 12 La sezione 9 di detto allegato, intitolata «Incrementi di efficienza», è così formulata:

«Se le parti desiderano che la Commissione valuti nello specifico, fin dall'inizio (...), se l'incremento di efficienza generato dalla concentrazione sia suscettibile di aumentare la capacità della nuova entità di comportarsi in maniera proconcorrenziale, o la incoraggi in tal senso, a vantaggio dei consumatori, esse sono tenute a descrivere, producendo i relativi documenti giustificativi, ciascun guadagno di efficienza (compresi i risparmi sui costi, l'introduzione di nuovi prodotti e miglioramenti dei servizi o dei prodotti) che secondo loro risulterà dalla concentrazione proposta per tutti i prodotti interessati (...).

Per ciascun miglioramento di efficienza invocato, fornire le informazioni seguenti:

- i) una spiegazione dettagliata del modo in cui la concentrazione proposta permetterebbe alla nuova entità di conseguire il miglioramento dell'efficienza. Specificare le misure che le parti intendono prendere per migliorare l'efficienza, i rischi che gravano su questo processo e i tempi e i costi necessari per realizzare il miglioramento;
- ii) per quanto possibile, quantificare le efficienze e precisare le modalità di calcolo utilizzate a tal fine. Se del caso, indicare anche una stima della rilevanza delle efficienze relative all'introduzione di nuovi prodotti o in termini di qualità. Per i miglioramenti di efficienza che comportano risparmi sui costi, indicare separatamente il risparmio una tantum sui costi fissi, i risparmi ricorrenti sui costi fissi e i risparmi sui costi variabili (in EUR per unità e in EUR all'anno);
- iii) la misura nella quale i clienti potranno presumibilmente beneficiare del miglioramento dell'efficienza, illustrando in modo particolareggiato come si è giunti a determinarla; e
- iv) il motivo per il quale le parti non potrebbero realizzare il medesimo miglioramento di efficienza con mezzi diversi dalla concentrazione proposta, in una maniera che non farebbe presumibilmente sorgere problemi sotto il profilo della concorrenza».

Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali

- 13 La comunicazione della Commissione intitolata «Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese» (GU 2004, C 31, pag. 5; in prosieguo: gli «orientamenti sulle concentrazioni orizzontali»), in una sezione dedicata agli effetti non coordinati, così recita:

«Effetti non coordinati (...)»

24. Una concentrazione può ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva in un mercato eliminando importanti vincoli concorrenziali per uno o più venditori, che si trovano di conseguenza ad avere un maggiore potere di mercato. L'effetto più diretto di tale concentrazione è il venir meno della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione. Per esempio, se prima della concentrazione una delle imprese avesse aumentato i prezzi, avrebbe perso parte delle sue vendite a beneficio dell'altra impresa partecipante alla concentrazione. La concentrazione elimina questo vincolo specifico. Anche le imprese attive sul medesimo mercato che non partecipano alla concentrazione possono beneficiare della riduzione della pressione concorrenziale che deriva dalla concentrazione, poiché l'aumento dei prezzi da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione può spostare una parte della domanda verso le imprese rivali che, a loro volta, potrebbero considerare redditizio alzare anch'esse i prezzi (...). La riduzione di questi vincoli concorrenziali potrebbe dare luogo a significativi aumenti dei prezzi nel mercato rilevante.
25. Generalmente, una concentrazione che dà origine a simili effetti non coordinati ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva creando o rafforzando la posizione dominante di una singola impresa che, di norma, detiene, a seguito della concentrazione, una quota di mercato sensibilmente più grande del suo più vicino concorrente. Inoltre, anche le concentrazioni che comportano, nell'ambito di mercati oligopolistici (...), l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitavano in precedenza l'una sull'altra, contestualmente alla riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti, possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva anche quando è poco probabile un coordinamento tra i membri dell'oligopolio. Il regolamento sulle concentrazioni precisa che tutte le concentrazioni che producono simili effetti non coordinati vanno dichiarate incompatibili con il mercato comune (...).
26. Una serie di fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente decisivi, possono incidere nell'analisi volta a verificare se è probabile che da una concentrazione derivino effetti non coordinati significativi. Non è necessario che tutti questi fattori siano presenti perché sia probabile che tali effetti si verifichino. La lista qui di seguito menzionata non va dunque considerata esaustiva.

Le imprese che partecipano alla concentrazione detengono quote di mercato elevate

27. Quanto più elevata è la quota di mercato, tanto più è probabile che un'impresa detenga un potere di mercato. Quanto più è elevata la somma delle quote di mercato, tanto più cresce la probabilità che una concentrazione provochi un incremento significativo del potere di mercato. Quanto più aumentano le vendite sulle quali è possibile beneficiare di margini più elevati a seguito di un aumento dei prezzi, tanto più è probabile che le imprese che realizzano la concentrazione trovino conveniente aumentare i prezzi nonostante la riduzione della

produzione che ne potrebbe conseguire. Benché le quote di mercato e la somma delle quote di mercato diano solo una prima indicazione del potere di mercato e dell'aumento del potere di mercato, esse costituiscono di norma fattori importanti per la valutazione di un'operazione (...).

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

28. I prodotti possono, nell'ambito di un mercato rilevante, essere differenziati (...) in modo tale che alcuni prodotti sono sostituiti più strettamente di altri (...). Quanto più elevato è il grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione, tanto più è probabile che tali imprese aumenteranno i prezzi in misura significativa (...). Per esempio, una concentrazione tra due produttori i cui prodotti sono considerati da un numero importante di consumatori come la loro prima e seconda scelta potrebbe dare luogo ad un significativo aumento dei prezzi. Quindi, il fatto che la rivalità tra le parti abbia costituito un importante fattore di concorrenza nel mercato può costituire un elemento centrale nell'analisi (...). Anche l'esistenza di margini elevati (...) prima della concentrazione può rendere più probabile un significativo aumento dei prezzi. L'incentivo delle imprese partecipanti alla concentrazione ad aumentare i prezzi sarà probabilmente più limitato quando le imprese concorrenti producono strettamente sostituti dei prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione rispetto a quando i concorrenti offrono sostituti meno stretti (...). È perciò meno probabile che una concentrazione ostacolerà in modo significativo una concorrenza effettiva, in particolare creando o rafforzando una posizione dominante, quando vi è un grado elevato di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione e quelli offerti dai produttori concorrenti.
29. Quando sono disponibili dati, il grado di sostituibilità può essere valutato mediante inchieste sulle preferenze dei consumatori, l'analisi dei comportamenti di acquisto, la stima dell'elasticità incrociata rispetto al prezzo dei prodotti di cui trattasi (...), o coefficienti di dirottamento (...). Nei mercati nei quali si acquista mediante gare può essere possibile misurare se nel passato le offerte presentate da una delle imprese partecipanti alla concentrazione sono state condizionate dalla presenza dell'altra impresa partecipante alla concentrazione (...).
30. In alcuni mercati può essere relativamente agevole e non troppo costoso per le imprese che vi operano riposizionare i loro prodotti o ampliare il loro portafoglio di prodotti. In particolare, la Commissione esamina se la possibilità di riposizionare i prodotti o di ampliare la gamma dei prodotti da parte delle imprese concorrenti o delle imprese partecipanti alla concentrazione possa influenzare l'incentivo dell'entità risultante dalla concentrazione ad alzare i prezzi. Tuttavia, il riposizionamento dei prodotti o l'ampliamento della gamma dei prodotti comporta spesso dei rischi ed elevati costi irrecuperabili (...) e può essere meno redditizio della situazione esistente.

(...)

La concentrazione elimina un'importante forza concorrenziale

37. Alcune imprese hanno sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le loro quote di mercato o altri sistemi di misurazione simili. Una concentrazione cui partecipa una simile impresa può modificare le dinamiche concorrenziali in modo significativamente anticompetitivo, in particolare quando il mercato è già

concentrato (...). Per esempio, un'impresa può essere un concorrente entrato recentemente sul mercato da cui ci si aspetta nel futuro una significativa pressione concorrenziale sulle altre imprese operanti sul mercato.

38. Nei mercati in cui l'innovazione è un importante fattore di concorrenza, una concentrazione può accrescere la capacità e l'incentivo di un'impresa di immettere nel mercato nuove innovazioni e quindi la pressione concorrenziale esercitata sulle imprese concorrenti perché innovino anch'esse. Al contrario, la concorrenza effettiva può essere significativamente pregiudicata da una concentrazione tra due importanti innovatori, per esempio tra due imprese dotate di prodotti in fase di sviluppo destinati ad uno specifico mercato del prodotto. Analogamente, un'impresa con una quota di mercato relativamente modesta può rappresentare, ciononostante, un'importante forza concorrenziale se dispone di prodotti in fase di sviluppo promettenti (...).

Fatti e decisione controversa

- 14 I fatti all'origine della controversia sono esposti ai punti da 1 a 25 della sentenza impugnata e possono essere riassunti come segue.
- 15 In data 11 settembre 2015, è stato notificato alla Commissione, ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 139/2004, un progetto di concentrazione (in prosieguo: la «concentrazione prevista»), con il quale la CK Hutchison Holdings Ltd, tramite la propria società figlia indiretta Hutchison 3G UK Investments Ltd, divenuta CK Telecoms UK Investments Ltd (in prosieguo: la «CK Telecoms»), avrebbe dovuto acquisire, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di tale regolamento, il controllo esclusivo della Telefónica Europe plc (in prosieguo: la «O2»).
- 16 All'epoca, sul mercato dei servizi di telecomunicazione mobile al dettaglio del Regno Unito (in prosieguo: il «mercato al dettaglio») erano presenti quattro operatori di telefonia mobile, ossia la EE Ltd, una società figlia della BT Group plc, acquisita da quest'ultima nel 2016 (in prosieguo: la: «BT/EE»), la O2, la Vodafone e la Hutchison 3G UK Ltd (in prosieguo: la «Three»), società figlia indiretta della CK Hutchison Holdings, le cui rispettive quote di mercato in termini di numero di abbonati erano comprese all'incirca tra il 30 e il 40%, tra il 20 e il 30%, tra il 10 e il 20% e tra il 10 e il 20%. A seguito della concentrazione prevista, la Three e la O2 avrebbero rappresentato all'incirca tra il 30 e il 40% del mercato al dettaglio e avrebbero quindi potuto diventare il principale operatore di tale mercato, davanti all'ex operatore storico BT/EE e a Vodafone.
- 17 Il mercato al dettaglio comprendeva anche vari operatori di reti mobili virtuali che non erano proprietari di una rete mobile, come la Tesco Mobile, una società detenuta in parti uguali dalla Tesco e dalla O2, dalla Virgin Mobile e dalla TalkTalk. Tali operatori avevano concluso accordi con operatori di telefonia mobile al fine di avere accesso alle loro reti a prezzi all'ingrosso. Il mercato al dettaglio comprendeva anche rivenditori e rivenditori al dettaglio indipendenti, come Dixons.
- 18 Il mercato al dettaglio era caratterizzato dal fatto che la BT/EE e la Three, da un lato, e la Vodafone e la O2, dall'altro, avevano concluso accordi di condivisione delle reti, denominati rispettivamente MBNL e Beacon, che consentivano loro di condividere i costi di installazione delle loro reti continuando nel contempo a farsi concorrenza sul mercato al dettaglio.

- 19 Il 2 ottobre 2015, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ha chiesto alla Commissione, per il tramite della Competition and Markets Authority (CMA) (Autorità garante della concorrenza e dei mercati, Regno Unito), che la concentrazione prevista gli venisse sottoposta ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 139/2004. Il Regno Unito ha sostenuto che tale concentrazione rischiava di ostacolare in maniera significativa la concorrenza sul mercato al dettaglio e sul mercato all'ingrosso di servizi di accesso e raccolta delle chiamate nell'ambito delle reti pubbliche di telefonia mobile nel Regno Unito (in prosieguo: il «mercato all'ingrosso»). Il Regno Unito sosteneva inoltre di essere nella posizione migliore per trattare detta concentrazione.
- 20 Con decisione C(2015) 8534 final della Commissione, del 4 dicembre 2015, relativa all'articolo 9 del regolamento n. 139/2004 nel caso M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, detta richiesta di attribuzione è stata respinta. A sostegno di tale decisione la Commissione ha invocato, segnatamente, la necessità di garantire un approccio coerente e uniforme nel valutare le concentrazioni nel settore delle telecomunicazioni in diversi Stati membri, nonché la sua significativa precedente esperienza nella valutazione di concentrazioni nei mercati europei delle telecomunicazioni mobili.
- 21 A causa di seri dubbi quanto alla compatibilità della concentrazione prevista con il mercato interno, il 30 ottobre 2015 la Commissione ha deciso di avviare un procedimento ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 139/2004.
- 22 Il 4 febbraio 2016, la Commissione ha emanato una comunicazione degli addebiti. Il 26 febbraio 2016, la CK Telecoms ha trasmesso le proprie osservazioni scritte su tale comunicazione degli addebiti.
- 23 Il 2 marzo 2016, al fine di risolvere i problemi relativi alla concorrenza esposti nella comunicazione degli addebiti, la CK Telecoms ha presentato una prima serie di impegni.
- 24 Su richiesta della CK Telecoms, il 7 marzo 2016 si è svolta un'audizione.
- 25 Il 15 marzo 2016, la CK Telecoms ha presentato impegni rivisti (in prosieguo: la «seconda serie di impegni»).
- 26 Il 17 e il 23 marzo 2016, la Commissione ha inviato alla CK Telecoms comunicazioni in cui venivano evidenziati ulteriori elementi di prova acquisiti agli atti a sostegno dei risultati preliminari della comunicazione degli addebiti. Il 29 marzo e il 4 aprile 2016, la CK Telecoms ha trasmesso osservazioni scritte in risposta a tali comunicazioni.
- 27 Il 6 aprile 2016, CK Telecoms ha presentato una terza serie di impegni.
- 28 Il 27 aprile 2016, il Comitato consultivo in materia di concentrazioni ha espresso parere favorevole sul progetto di decisione della Commissione.
- 29 L'11 maggio 2016, la Commissione ha adottato la decisione controversa, la quale si fonda sull'identificazione di due mercati rilevanti, ossia il mercato al dettaglio e il mercato all'ingrosso.
- 30 La Commissione ha sviluppato tre teorie del pregiudizio tutte fondate sull'esistenza di effetti non coordinati su un mercato oligopolistico.

- 31 La prima teoria del pregiudizio riguarda l'esistenza, sul mercato al dettaglio, di effetti non coordinati collegati all'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali. Essenzialmente, secondo la Commissione, la marcata contrazione della concorrenza a seguito della concentrazione prevista avrebbe verosimilmente comportato un rialzo dei prezzi dei servizi di telecomunicazione mobile nel Regno Unito e una limitazione della scelta offerta ai consumatori.
- 32 La seconda teoria del pregiudizio riguarda l'esistenza di effetti non coordinati sul mercato al dettaglio legati alla condivisione delle reti. Secondo la Commissione, la concentrazione prevista avrebbe potuto influire negativamente sulla qualità dei servizi per i consumatori, ostacolando lo sviluppo dell'infrastruttura della rete mobile nel Regno Unito.
- 33 La terza teoria del pregiudizio riguarda l'esistenza di effetti non coordinati connessi all'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali sul mercato all'ingrosso. Su detto mercato, i quattro operatori di telefonia mobile forniscono servizi di hosting agli operatori che non sono proprietari di una rete mobile i quali, a loro volta, offrono servizi al dettaglio agli abbonati. In particolare, la concentrazione prevista rischiava, secondo la decisione controversa, di produrre significativi effetti non coordinati sul mercato all'ingrosso a seguito di una riduzione del numero di operatori di telefonia mobile da quattro a tre, dell'eliminazione della Three quale «importante forza concorrenziale», dell'eliminazione degli importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati in precedenza dalle imprese partecipanti alla concentrazione e di una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti attori.
- 34 Quanto ai miglioramenti d'efficienza dedotti dalla CK Telecoms, la Commissione non li ha ritenuti verificabili, né specifici della concentrazione, né idonei a garantire benefici ai consumatori.
- 35 Nell'ultima sezione della decisione controversa, la Commissione ha esaminato gli impegni proposti dalla CK Telecoms. In sostanza, la Commissione ha ritenuto che la seconda e la terza serie di impegni non avrebbero eliminato, o non avrebbero eliminato completamente, tutti i problemi concorrenziali individuati.
- 36 Di conseguenza, la Commissione ha dichiarato la concentrazione prevista incompatibile con il mercato interno.

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

- 37 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 25 luglio 2016, la CK Telecoms ha presentato un ricorso diretto ad ottenere l'annullamento della decisione controversa.
- 38 A sostegno del suo ricorso, la CK Telecoms ha dedotto cinque motivi.
- 39 Il primo e il quarto motivo di ricorso vertevano sulla prima e sulla terza teoria del pregiudizio, concernenti l'eliminazione della concorrenza tra la Three e la O2, rispettivamente, sul mercato al dettaglio e sul mercato all'ingrosso. Il secondo motivo di ricorso verteva sulla valutazione dello scenario controfattuale compiuta dalla Commissione, su cui si fondava la valutazione dei mercati al dettaglio e all'ingrosso. Il terzo motivo di ricorso verteva sulla seconda teoria del pregiudizio riguardante il mercato al dettaglio, in relazione alla condivisione di rete, e sugli impegni concernenti la condivisione di rete. Il quinto motivo di ricorso si riferiva agli altri impegni presentati dalla CK Telecoms.

- 40 Il Tribunale ha prima esaminato, in successione, il primo, il terzo e il quarto motivo di ricorso e, poi, il secondo e il quinto motivo di ricorso.
- 41 Con la sentenza impugnata il Tribunale ha anzitutto accolto, in sostanza, la prima parte del primo motivo di ricorso, relativa all'intensità del sindacato giurisdizionale in materia di concentrazioni, al contesto normativo pertinente a seguito dell'adozione del regolamento n. 139/2004, all'onere della prova e ai requisiti di prova a carico della Commissione laddove sia chiamata a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, conformemente all'articolo 2, paragrafo 3, di tale regolamento. Esso ha altresì accolto la seconda parte del primo motivo di ricorso, relativa alla qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale», nonché la terza e la quinta parte di tale motivo, relative, rispettivamente, alla valutazione della prossimità della concorrenza e alla valutazione degli effetti quantitativi della concentrazione prevista sui prezzi. Inoltre, il Tribunale ha accolto l'argomento della CK Telecoms contenuto nella settima parte del suddetto motivo di ricorso, secondo cui la Commissione, nella sua decisione, non avrebbe precisato su quale base essa abbia concluso che gli asseriti ostacoli alla concorrenza risultanti dalla concentrazione sarebbero significativi. Esso ha poi accolto la prima, la terza, la quarta, la quinta e la sesta parte del terzo motivo di ricorso, vertenti su errori relativi agli effetti orizzontali non coordinati prodotti dalla condivisione di rete. Infine, il Tribunale ha accolto le prime tre parti del quarto motivo di ricorso, vertenti sugli effetti non coordinati sul mercato all'ingrosso. Di conseguenza, il Tribunale ha annullato la decisione controversa.

Procedimento dinanzi alla Corte

- 42 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 7 agosto 2020, la Commissione ha proposto la presente impugnazione.
- 43 Con atto separato, depositato in pari data, la Commissione ha chiesto alla Corte di disporre un trattamento riservato, nei confronti della EE, uno dei due intervenienti in primo grado, per taluni passaggi dell'impugnazione che contenevano informazioni coperte dal segreto commerciale e corrispondevano a informazioni in relazione alle quali il Tribunale aveva concesso un trattamento riservato. Con ordinanza del 1° ottobre 2020, Commissione/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2020:789), il presidente della Corte ha accolto tale domanda. Pertanto, alla EE è stata notificata solo una versione pubblica del ricorso.
- 44 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 20 novembre 2020, la CK Telecoms ha chiesto alla Corte di disporre un trattamento riservato, nei confronti della EE, per talune informazioni figuranti nel suo controricorso che erano coperte dal segreto commerciale e, a tale titolo, non dovevano essere comunicate alla sua concorrente EE, e che corrispondevano a informazioni in relazione alle quali il Tribunale aveva concesso un trattamento riservato nei confronti della EE. Con ordinanza del 26 gennaio 2021, Commissione/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, non pubblicata, EU:C:2021:81), il presidente della Corte ha disposto, nei confronti della EE, un trattamento riservato di tale memoria e ad essa è stata notificata solo una versione pubblica del controricorso.
- 45 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 24 marzo 2021, ai sensi dell'articolo 40, terzo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e dell'articolo 130 del regolamento di procedura della Corte, applicabile al procedimento di impugnazione in virtù dell'articolo 190, paragrafo 1, di detto regolamento, l'Autorità di vigilanza EFTA ha chiesto di essere autorizzata a intervenire nella presente causa a sostegno delle conclusioni della

Commissione. Con ordinanza del 4 giugno 2021, Commissione/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:488), il presidente della Corte ha accolto tale istanza, autorizzandola a presentare le sue osservazioni all'udienza di discussione. Una copia di tutti gli atti processuali è stata notificata a tale autorità.

- 46 A seguito di domanda della Commissione del 12 febbraio 2021, il presidente della Corte l'ha autorizzata a depositare una replica.
- 47 Dopo il deposito della controreplica della CK Telecoms, la fase scritta del procedimento nella presente causa è stata dichiarata chiusa il 19 maggio 2021.

Conclusioni delle parti

- 48 La Commissione chiede che la Corte voglia:
- annullare la sentenza impugnata;
 - rinviare la causa dinanzi al Tribunale;
 - condannare la CK Telecoms alle spese del presente giudizio di impugnazione, e
 - riservare le spese del procedimento di primo grado.
- 49 La CK Telecoms chiede che la Corte voglia:
- respingere l'impugnazione, e
 - condannare la Commissione e gli intervenienti alle spese sostenute tanto dinanzi al Tribunale quanto dinanzi alla Corte.

Sull'impugnazione

- 50 A sostegno della sua impugnazione, la Commissione deduce sei motivi. Il primo verte su un errore di diritto dovuto al fatto che il Tribunale avrebbe applicato un requisito probatorio più rigoroso di quello risultante dalla giurisprudenza della Corte in materia di concentrazioni. Il secondo motivo di impugnazione riguarda un'interpretazione erranea dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. Il terzo motivo di impugnazione verte sul fatto che il Tribunale avrebbe violato i limiti del sindacato giurisdizionale nell'interpretare le nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», avrebbe adottato un'interpretazione erranea di tali nozioni e avrebbe proceduto a uno snaturamento tanto della decisione controversa quanto del controricorso della Commissione. Il quarto motivo di impugnazione riguarda lo snaturamento dell'argomento della Commissione concernente l'analisi quantitativa degli effetti della concentrazione prevista sui prezzi, e gli errori di diritto in cui sarebbe incorso il Tribunale nella sua valutazione di tale analisi, mentre il quinto motivo di impugnazione riguarda il fatto che il Tribunale non avrebbe valutato tutti i fattori rilevanti. Il sesto motivo di impugnazione verte su errori relativi alla condivisione di rete.

Sul primo motivo di impugnazione

Argomenti delle parti

- 51 Con il suo primo motivo di impugnazione la Commissione sostiene che, ritenendo, al punto 118 della sentenza impugnata, che essa sia tenuta a fornire elementi di prova sufficienti per dimostrare, con seria probabilità, l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, il Tribunale avrebbe applicato un requisito probatorio particolarmente elevato, che eccederebbe quello risultante dalla giurisprudenza della Corte in materia di controllo delle concentrazioni e, in tal modo, sarebbe incorso in un errore di diritto. Tale errore avrebbe indotto il Tribunale a constatare, ai punti 119, 172, 216, 268, 281 e 396 della sentenza impugnata, che la Commissione non avrebbe dimostrato, in modo giuridicamente adeguato, che la concentrazione avrebbe comportato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 52 A questo proposito, dal punto 52 della sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), risulterebbe che, quando è chiamata a pronunciarsi su un'operazione di concentrazione, la Commissione è tenuta, in linea di principio, a esprimersi nel senso di autorizzare o vietare una tale operazione, in base alla sua valutazione delle conseguenze economiche attribuibili all'operazione notificata che appaiano maggiormente probabili.
- 53 Orbene, il livello di prova richiesto dal Tribunale al punto 118 della sentenza impugnata per dimostrare l'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva conferirebbe necessariamente un carattere asimmetrico al requisito della prova che potrebbe essere dedotto dall'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004, dato che tale disposizione non stabilisce né una presunzione generale di compatibilità né una presunzione generale di incompatibilità con il mercato interno di una concentrazione notificata.
- 54 La CK Telecoms replica, in primo luogo, che il primo motivo di impugnazione sarebbe inoperante.
- 55 Infatti, dalla sentenza impugnata risulterebbe in particolare che la Commissione sarebbe incorsa in errori di diritto, relativi all'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», in una fase della sua valutazione precedente all'esame degli elementi di prova che l'hanno indotta a constatare l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Il livello di prova asseritamente erroneo richiesto dal Tribunale non avrebbe dunque alcuna incidenza su tali errori.
- 56 Inoltre, la Commissione non avrebbe dimostrato che un livello di prova meno elevato di quello richiesto dal Tribunale avrebbe condotto a un risultato diverso.
- 57 In secondo luogo, la CK Telecoms sostiene che il livello di prova richiesto dal Tribunale sarebbe in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia.
- 58 Essa afferma che nella sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), la Corte non avrebbe aderito alle conclusioni dell'avvocato generale Kokott e non avrebbe adottato la «ponderazione delle probabilità» come livello di prova richiesto per constatare l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

- 59 Un siffatto livello di prova implicherebbe che sarebbe sufficiente che la Commissione si basi su elementi di prova non particolarmente coerenti o solidi per dimostrare che l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva è più probabile che improbabile.
- 60 Orbene, dai punti 27, 39, 41 e 45 della sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), risulterebbe che, per constatare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, le prove devono essere solide al fine di persuadere della fondatezza della tesi contenuta in una decisione in materia di controllo delle concentrazioni, il che presuppone la verifica dell'esattezza materiale, dell'affidabilità e della coerenza di tali prove.
- 61 La CK Telecoms sostiene che, sebbene la Commissione debba applicare lo stesso livello di prova tanto per autorizzare quanto per vietare una concentrazione, ciò non toglie che imporre a tale istituzione un livello di prova più elevato rispetto alla semplice «ponderazione delle probabilità», per dimostrare l'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, non pregiudicherebbe la neutralità stabilita all'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004.
- 62 In tali circostanze, la CK Telecoms deduce che, rinviando, al punto 118 della sentenza impugnata, a una lettura a contrario dei paragrafi da 209 a 211 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790) e considerando che l'onere della prova applicabile alla Commissione fosse più rigoroso della semplice «ponderazione delle probabilità», il Tribunale non sarebbe incorso in un errore di diritto.

Giudizio della Corte

- 63 Per quanto riguarda l'argomento della CK Telecoms secondo cui tale primo motivo di impugnazione sarebbe inoperante, occorre rilevare che dai punti 119, 172, 216, 281, 282, 372 e 396 della sentenza impugnata risulta segnatamente che il Tribunale ha statuito sull'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva facendo ricorso, in particolare, alle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», alla luce del livello di prova enunciato al punto 118 di tale sentenza. Pertanto, indipendentemente dalla questione se, come sostiene la Commissione nell'ambito del suo terzo motivo di impugnazione, l'interpretazione di tali nozioni sia viziata da errori di diritto, tale istituzione può altresì utilmente addebitare al Tribunale di aver richiesto un livello di prova più elevato di quello risultante dalla giurisprudenza della Corte in materia di concentrazioni.
- 64 Peraltro, deve essere respinto l'argomento della CK Telecoms secondo cui la Commissione non avrebbe dimostrato che un livello di prova diverso da quello applicato dal Tribunale avrebbe condotto a un risultato diverso. Infatti, da un lato, spetta in linea di principio alla CK Telecoms dimostrare che il primo motivo di impugnazione è inoperante. Orbene, dall'altro lato, poiché, come emerge dai punti 118 e 119 della sentenza impugnata, il requisito di una seria probabilità relativa all'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva è stato applicato dal Tribunale a tutti gli elementi di prova da esso esaminati, non si può escludere a priori che l'applicazione di un livello di prova meno rigoroso avrebbe potuto condurre al rigetto del ricorso in primo grado.
- 65 Occorre, di conseguenza, respingere l'argomento della CK Telecoms vertente sul carattere inoperante del primo motivo di impugnazione ed esaminare la fondatezza di detto motivo.

- 66 A tale riguardo, si deve ricordare che dal considerando 5 del regolamento n. 139/2004 risulta, in particolare, che quest'ultimo mira a garantire che le ristrutturazioni delle imprese non comportino un pregiudizio durevole per la concorrenza.
- 67 Va inoltre rammentato che, da un lato, l'articolo 2, paragrafo 2, di tale regolamento prevede che un'operazione di concentrazione che non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva deve essere dichiarata compatibile con il mercato interno. Dall'altro lato, dall'articolo 2, paragrafo 3, di tale regolamento si evince che, nel caso opposto, una concentrazione che avrebbe tale effetto deve essere dichiarata incompatibile con il mercato interno.
- 68 Il legislatore dell'Unione ha di conseguenza previsto, all'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004, che, se la Commissione constata che una concentrazione notificata soddisfa il criterio definito all'articolo 2, paragrafo 2, di detto regolamento, essa adotta una decisione che dichiara tale concentrazione compatibile con il mercato interno. Per contro, come risulta dall'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento, quando la Commissione constata che una concentrazione soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento, essa deve adottare una decisione che dichiara tale concentrazione incompatibile con il mercato interno.
- 69 Risulta dunque dal testo tanto dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004 quanto dell'articolo 8, paragrafi 1 e 3, di quest'ultimo che tali disposizioni presentano un carattere simmetrico per quanto riguarda i requisiti probatori imposti alla Commissione per dimostrare che una concentrazione notificata ostacolerebbe, o meno, in modo significativo una concorrenza effettiva e che debba quindi essere dichiarata incompatibile o compatibile con il mercato interno.
- 70 A tale riguardo, occorre anzitutto ricordare che dalla formulazione di tali disposizioni non si evince che il regolamento n. 139/2004 imponga criteri di prova diversi in materia di decisioni che autorizzano un'operazione di concentrazione, da un lato, e di decisioni che vietano una siffatta operazione, dall'altro (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 46).
- 71 In tale contesto, dal regolamento suddetto non si può dedurre una presunzione generale di compatibilità o di incompatibilità con il mercato interno di un'operazione di concentrazione notificata (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 48).
- 72 Se è vero che l'articolo 10, paragrafo 6, di detto regolamento prevede che un'operazione di concentrazione notificata è considerata compatibile con il mercato interno quando la Commissione non ha adottato, nel termine stabilito, una decisione sulla compatibilità di detta operazione, ciò non toglie che questa disposizione, da un lato, è una specifica espressione del dovere di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento e, dall'altro, costituisce un'eccezione all'economia generale del regolamento ai sensi della quale la Commissione adotta una decisione formale sulle operazioni di concentrazione che le vengono notificate (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 49).
- 73 In tali circostanze, si deve giudicare che la Commissione non è tenuta a conformarsi a criteri probatori più rigorosi rispetto al caso di decisioni che autorizzano operazioni di tal genere (v., in questo senso, sentenza del 10 luglio 2008 Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 51).

- 74 Ne consegue che i requisiti in materia di amministrazione della prova, compreso il livello di prova, non variano a seconda del tipo di decisione sul controllo delle concentrazioni adottata dalla Commissione.
- 75 In secondo luogo, dalla giurisprudenza risulta che le decisioni della Commissione sulla compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato interno devono essere suffragate da elementi sufficientemente rilevanti e concordanti (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).
- 76 È vero che la Corte ha dichiarato che, nel contesto dell'analisi di un'operazione di concentrazione di tipo «conglomerato», è particolarmente rilevante la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiari l'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato interno (sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 44).
- 77 Tuttavia la Corte ha precisato che questa giurisprudenza riflette soltanto la funzione essenziale della prova, che è di persuadere in merito alla fondatezza di una tesi o, come in materia di controllo delle operazioni di concentrazione, di suffragare le valutazioni che sono alla base delle decisioni della Commissione (v., in tal senso, sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 41, e del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 51 e giurisprudenza ivi citata). I requisiti specifici relativi alla qualità degli elementi di prova non incidono quindi, in linea di principio, sul livello di prova richiesto.
- 78 Peraltro, la Corte ha parimenti precisato che la complessità intrinseca di un'ipotesi di ostacolo alla concorrenza, formulata nei confronti di un'operazione di concentrazione notificata, costituisce un elemento di cui occorre tener conto in sede di valutazione della plausibilità delle diverse conseguenze di quest'operazione, al fine di individuare quelle maggiormente probabili, ma una siffatta complessità non ha, in quanto tale, nessuna influenza sul livello di prova richiesto (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 51).
- 79 Come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 59 delle sue conclusioni, occorre quindi constatare che il livello probatorio, ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004, non varia né a seconda del tipo di operazione di concentrazione esaminata dalla Commissione né a seconda della complessità intrinseca di una tesi relativa a un ostacolo alla concorrenza formulata rispetto a una concentrazione notificata.
- 80 In terzo e ultimo luogo, dall'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004, che impone di notificare una concentrazione prima della sua realizzazione, e dall'articolo 7, paragrafo 1, di tale regolamento, che prevede l'obbligo di non realizzare tale concentrazione prima della sua notifica e della sua autorizzazione, risulta che il medesimo regolamento istituisce un sistema di controllo preventivo delle concentrazioni.
- 81 Tale controllo si distingue di conseguenza dal controllo ex post degli accordi tra imprese, delle decisioni di associazioni di imprese e delle pratiche concordate di cui all'articolo 101 TFUE, nonché degli abusi di posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE.

- 82 Nell'ambito dell'esercizio di tale controllo ex ante delle concentrazioni, la Commissione dispone di un margine di discrezionalità in materia economica ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento n. 139/2004, in particolare dell'articolo 2 di quest'ultimo (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 144), dal momento che essa effettua analisi economiche prospettive dirette a determinare la probabilità di talune evoluzioni del mercato rilevante in un lasso di tempo prevedibile.
- 83 Orbene, tali analisi prospettive, il più delle volte complesse, sono necessariamente più incerte delle analisi ex post.
- 84 Infatti, l'analisi prospettica necessaria in materia di controllo delle concentrazioni, che consiste nel verificare in che termini una siffatta operazione potrebbe modificare i parametri della concorrenza sui mercati interessati onde accertare se possa conseguire un significativo ostacolo a un'effettiva concorrenza, impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quella maggiormente probabile (sentenze del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 43; del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 47, nonché del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 32). Tale analisi prospettica rientra nel margine di discrezionalità in materia economica di cui la Commissione dispone ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento n. 139/2004, in particolare dell'articolo 2 di quest'ultimo, che giustifica il fatto che il sindacato del giudice dell'Unione su una decisione della Commissione in materia di operazioni di concentrazione sia limitato alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti di valutazione (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 144 e giurisprudenza ivi citata).
- 85 Certamente, una siffatta analisi prospettica deve essere effettuata con notevole attenzione dal momento che non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista (v., in tal senso, sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 42).
- 86 Tuttavia, la natura prospettica dell'analisi economica che la Commissione deve effettuare osta a che tale istituzione, al fine di dimostrare che una concentrazione ostacolerebbe o, al contrario, non ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva, sia tenuta a rispettare un livello di prova particolarmente elevato.
- 87 In tali circostanze, tenuto conto, in particolare, della struttura simmetrica dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004 e della natura prospettica delle analisi economiche della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni, si deve considerare che, per dichiarare che un'operazione di concentrazione è incompatibile o compatibile con il mercato interno, è sufficiente che la Commissione dimostri, mediante elementi sufficientemente rilevanti e concordanti, che è più probabile che improbabile che la concentrazione di cui trattasi ostacoli o meno in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una parte sostanziale di esso.

- 88 Pertanto, considerando, al punto 118 della sentenza impugnata, che la Commissione è tenuta a dimostrare con «seria probabilità l'esistenza di ostacoli significativi» a una concorrenza effettiva a seguito di una concentrazione e che «il requisito probatorio applicabile nel caso di specie è, di conseguenza, più rigoroso di quello secondo cui (...) un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva sarebbe “più probabile che improbabile”», il Tribunale ha applicato un requisito probatorio che non deriva dal regolamento n. 139/2004, come interpretato dalla Corte, ed è quindi incorso in un errore di diritto.
- 89 Occorre dunque accogliere il primo motivo di impugnazione.

Sul secondo motivo di impugnazione

- 90 Il secondo motivo di impugnazione si articola in due parti, con le quali la Commissione contesta l'interpretazione data dal Tribunale all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 nella sentenza impugnata.

Sulla prima parte

– Argomenti delle parti

- 91 Con la prima parte del suo secondo motivo di impugnazione, la Commissione sostiene che, al punto 90 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe assimilato le condizioni richieste per ritenere che una concentrazione possa produrre effetti non coordinati a quelle richieste per dimostrare l'esistenza di una posizione dominante.
- 92 La Commissione precisa di non contestare il fatto che il grado di pregiudizio richiesto per dimostrare un eventuale ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, a causa di effetti non coordinati, sia lo stesso richiesto per dimostrare un simile ostacolo dovuto alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante. Ciò premesso, con l'espressione «essa stessa», utilizzata al punto 90 della sentenza impugnata in associazione con l'espressione «entità risultante dalla concentrazione», il Tribunale avrebbe considerato che la Commissione può vietare una concentrazione solo se può dimostrare che tale soggetto beneficerà di un potere di mercato equivalente a quello garantito da una posizione dominante.
- 93 La CK Telecoms replica che la Commissione contesta un'osservazione generale del Tribunale che non sarebbe servita da fondamento per un'analisi in concreto e che, pertanto, la prima parte del secondo motivo di impugnazione della Commissione sarebbe inoperante.

– Giudizio della Corte

- 94 Al punto 90 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 «consent[e] alla Commissione di vietare, in determinati casi, su mercati oligopolistici, concentrazioni che, pur non comportando la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante individuale o collettiva, possono incidere sulle condizioni di concorrenza sul mercato in misura equiparabile a quella riconosciuta a dette posizioni, conferendo all'entità risultante dalla concentrazione un potere che le permetta di stabilire, essa stessa, i parametri della concorrenza e, in particolare, di fissare i prezzi invece di accettarli».

- 95 Orbene, occorre rilevare che, come osservato dalla CK Telecoms, detto punto 90 contiene una considerazione generale del Tribunale, senza dimostrare alcun nesso con un errore in cui sarebbe incorsa la Commissione nell'applicazione della nozione di «ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 70 delle sue conclusioni, la Commissione non individua alcun punto della sentenza impugnata che si basi su tale considerazione.
- 96 A tale riguardo, secondo una giurisprudenza costante della Corte, le censure dirette contro elementi ultronei della motivazione di una decisione del Tribunale non possono comportare l'annullamento della decisione stessa e sono dunque da considerarsi inoperanti (sentenza del 23 marzo 2023, PV/Commissione, C-640/20 P, EU:C:2023:232, punto 191 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, anche supponendo che la prima parte del secondo motivo di impugnazione sia fondata, essa non sarebbe tale da invalidare la sentenza impugnata, dal momento che tale parte riguarda un punto della motivazione di quest'ultima riguardo al quale non è stato dimostrato che esso contribuisca a sostenere il dispositivo di detta sentenza.
- 97 Ne consegue che la prima parte del secondo motivo di impugnazione deve essere respinta in quanto inoperante.

Sulla seconda parte

– Argomenti delle parti

- 98 Con la seconda parte del suo secondo motivo di impugnazione la Commissione afferma che, ai punti 95 e 96 della sentenza impugnata, il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto allorché ha ritenuto che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di quest'ultimo, debba essere interpretato nel senso che, in assenza di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante a seguito di un'operazione di concentrazione, un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva può essere accertato solo qualora siano soddisfatte le due condizioni cumulative previste in tale considerando ossia, da un lato, l'eliminazione degli importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, e, dall'altro, la riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti.
- 99 Secondo la Commissione, una siffatta interpretazione comprometterebbe l'obiettivo di un controllo effettivo delle concentrazioni enunciato al considerando 24 di tale regolamento e avrebbe l'effetto, in particolare, di impedirle di sviluppare teorie del pregiudizio che non soddisfino le condizioni enunciate al punto 96 della sentenza impugnata quali, ad esempio, la seconda teoria del pregiudizio dedotta nel caso di specie, basata su una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti sul soggetto risultante da detta operazione, a causa della posizione sul mercato di tale ente a seguito della concentrazione.
- 100 La CK Telecoms replica che dalla formulazione del considerando 25 del regolamento n. 139/2004, in particolare dalla congiunzione «così come», che è stata ripresa negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali nonché nella decisione controversa, risulta che detto punto enuncia due condizioni cumulative. Un'interpretazione contraria consentirebbe alla Commissione di vietare tutte le concentrazioni orizzontali, poiché queste comportano necessariamente una riduzione della concorrenza tra le parti interessate.

– *Giudizio della Corte*

- 101 Al punto 96 della sentenza impugnata il Tribunale ha affermato, in sostanza, che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 deve essere interpretato alla luce del considerando 25 di tale regolamento. A questo proposito, esso è partito dalla premessa che detto considerando prevede due condizioni cumulative affinché effetti non coordinati risultanti da una concentrazione possano, in determinate circostanze, avere come conseguenza un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, vale a dire, da un lato, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione e, dall'altro, la riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti.
- 102 Al punto 97 di detta sentenza, il Tribunale ne ha dedotto che «il mero effetto di riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti non è, da solo, sufficiente per dimostrare la sussistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva nel quadro di una teoria del pregiudizio fondata su effetti non coordinati».
- 103 È alla luce di questa interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 che il Tribunale ha esaminato il primo, il terzo e il quarto motivo di ricorso, come risulta dal punto 105 della sentenza impugnata.
- 104 A tale riguardo occorre ricordare, anzitutto, che il preambolo di un atto dell'Unione è idoneo a precisare il contenuto delle disposizioni di detto atto e che i considerando di tale atto costituiscono, infatti, importanti elementi di interpretazione, idonei a chiarire la volontà dell'autore dell'atto stesso (sentenza del 19 dicembre 2019, Puppinck e a./Commissione, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, punto 75 e giurisprudenza ivi citata).
- 105 Ciò premesso, il preambolo di un atto dell'Unione non ha alcun valore giuridico vincolante e non può essere invocato né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto in questione, né per interpretare queste disposizioni in un senso manifestamente contrario al loro tenore letterale (sentenza del 19 dicembre 2019, Puppinck e a./Commissione, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, punto 76 e giurisprudenza ivi citata).
- 106 Come risulta dai considerando 6 e 24 del regolamento n. 139/2004, quest'ultimo mira a istituire un controllo efficace su tutte le concentrazioni in funzione dei loro effetti sulla struttura della concorrenza nell'Unione, in particolare per garantire una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno e per assicurare una politica condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.
- 107 A questo proposito, dal considerando 25 di tale regolamento emerge, in sostanza, che esso comprende anche l'incompatibilità con il mercato interno di una concentrazione tra imprese operanti in un mercato oligopolistico, qualora tale concentrazione costituisca un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva senza che il soggetto risultante dalla concentrazione detenga una posizione dominante.
- 108 In particolare, da detto considerando 25 risulta che, sebbene «[m]olti mercati oligopolistici present[i]no una concorrenza vivace [ciò non toglie che], in determinate circostanze, le concentrazioni che comportano l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, così come una

riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti possono, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra i membri dell'oligopolio, dar luogo ad ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva».

- 109 Orbene, dalla penultima frase del medesimo considerando 25 risulta, in sostanza, che il controllo efficace previsto dal regolamento n. 139/2004 si estende a qualsiasi concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una sua parte sostanziale, comprese le concentrazioni che danno luogo a effetti non coordinati. Tale controllo efficace rientra nell'obiettivo generale del regolamento n. 139/2004, che si riflette nel considerando 5 di quest'ultimo, consistente nell'evitare che un processo di ristrutturazione comporti un pregiudizio durevole per la concorrenza nel mercato interno o in una parte sostanziale di questo.
- 110 Per garantire una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno e per assicurare una politica condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, il regolamento n. 139/2004 mira ad instaurare un controllo efficace di tutte le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva, comprese quelle che producono effetti non coordinati in mercati oligopolistici. Pertanto, oltre alla circostanza che un considerando di tale regolamento non può, in ogni caso, limitare la portata delle disposizioni di detto regolamento, non si può ritenere che il controllo efficace delle operazioni di concentrazione effettuate in tali mercati, che possono dar luogo a effetti non coordinati, debba essere limitato alle situazioni che rientrano simultaneamente nelle due fattispecie enunciate al considerando 25 del medesimo regolamento.
- 111 Come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi da 74 a 76 delle sue conclusioni, la congiunzione «così come» non è sufficiente a inficiare tale interpretazione. Infatti, interpretare l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di tale regolamento, nel senso che queste due fattispecie sarebbero condizioni cumulative per constatare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, risultante da una concentrazione avente effetti non coordinati in un mercato oligopolistico, avrebbe la conseguenza di ridurre l'efficacia del controllo di questo tipo di concentrazioni ai soli casi in cui la Commissione può dimostrare che la concentrazione di cui trattasi è idonea a eliminare importanti vincoli concorrenziali tra le parti di tale operazione, e a ridurre la pressione concorrenziale sugli altri concorrenti operanti sul mercato interessato.
- 112 Secondo tale interpretazione, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle parti della concentrazione e l'aumento unilaterale dei prezzi che potrebbe derivarne non sarebbero dunque mai, di per sé, sufficienti a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 113 Orbene, una siffatta interpretazione restrittiva dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 sarebbe incompatibile con l'obiettivo di tale regolamento, ricordato al punto 109 della presente sentenza, di istituire un controllo efficace su tutte le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva, nel mercato interno o in una sua parte sostanziale, comprese quelle che danno luogo a effetti non coordinati.
- 114 In tali circostanze, dichiarando, al punto 96 della sentenza impugnata, che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di tale regolamento, deve essere interpretato nel senso che, in mancanza di creazione o rafforzamento di una posizione dominante a seguito di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico, un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva può essere constatato solo se la Commissione dimostri

che sono soddisfatte due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione e, dall'altro, la riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti, il Tribunale è incorso in un errore di diritto.

- 115 Alla luce delle precedenti considerazioni, la seconda parte del secondo motivo di impugnazione deve essere accolta.
- 116 Ne consegue che il secondo motivo di impugnazione, vertente su un'erronea interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, è fondato.

Sul terzo motivo di impugnazione

- 117 Il terzo motivo di impugnazione si articola in quattro parti, vertenti, la prima, sul fatto che il Tribunale avrebbe violato i limiti del sindacato giurisdizionale ad esso incombente nell'interpretare le nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», la seconda, su uno snaturamento tanto della decisione controversa quanto del controricorso della Commissione, nonché su un'interpretazione erranea della nozione di «importante forza concorrenziale», la terza, su un'interpretazione erranea della nozione di «diretti (close) concorrenti» e su uno snaturamento della decisione controversa e, la quarta, invocata in subordine, su una violazione dell'obbligo di motivazione per quanto riguarda l'eventuale incompatibilità degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali con il regolamento n. 139/2004.

Sulla prima parte

– Argomenti delle parti

- 118 Con la prima parte del suo terzo motivo di impugnazione, la Commissione afferma, in sostanza, che, procedendo, ai punti 174 e 242 della sentenza impugnata, a un'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», il Tribunale si sarebbe discostato dalle definizioni di tali nozioni economiche contenute negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali nonché dal quadro economico ivi stabilito. Esso avrebbe violato, di conseguenza, il potere discrezionale della Commissione in materia economica e avrebbe sostituito la propria valutazione economica a quella della Commissione. Così facendo, detto giudice avrebbe violato i limiti del sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Commissione che dichiarano una concentrazione compatibile o incompatibile con il mercato interno.
- 119 In particolare, la Commissione sostiene che il Tribunale non avrebbe né la competenza né l'esperienza per discostarsi dai concetti economici contenuti negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali e per seguire un approccio economico diverso da quello ivi indicato. Secondo tale istituzione, la competenza del Tribunale sarebbe limitata al controllo sulla legittimità di detti orientamenti.
- 120 La CK Telecoms replica che il Tribunale non avrebbe violato i limiti del sindacato giurisdizionale in sede di interpretazione e applicazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti». Al contrario, nella sentenza impugnata esso avrebbe valutato gli elementi di prova applicando il criterio derivante da una giurisprudenza consolidata, secondo il

quale il potere discrezionale della Commissione in materia economica non pregiudica la competenza del giudice dell'Unione a controllare l'interpretazione, da parte di quest'ultima, di dati di natura economica.

– *Giudizio della Corte*

- 121 Ai sensi del considerando 28 del regolamento n. 139/2004, per chiarire e spiegare il modo in cui la Commissione valuta le concentrazioni a norma di tale regolamento, è opportuno che la Commissione pubblici orientamenti che stabiliscano un solido quadro economico di riferimento per la valutazione delle concentrazioni allo scopo di determinare se queste possano o meno essere dichiarate compatibili con il mercato interno.
- 122 La Commissione ha pertanto adottato gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, che stabiliscono la metodologia che la Commissione si è imposta ai fini della sua valutazione relativa all'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, ai sensi del regolamento n. 139/2004.
- 123 Tuttavia, benché la Commissione non possa discostarsi da tali orientamenti senza giustificazione, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi generali del diritto, detti orientamenti non possono essere qualificati come norme giuridiche alla cui osservanza l'amministrazione sarebbe, in ogni caso, tenuta e non costituiscono il fondamento giuridico delle decisioni adottate dalla Commissione nella materia interessata (v., in tal senso, sentenza del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti 209, 211 e 213). Il giudice dell'Unione resta tuttavia competente a interpretarli, in particolare, quando, nelle sue decisioni che autorizzano o vietano un'operazione di concentrazione, la Commissione si è basata su tali orientamenti per determinare se l'operazione di concentrazione interessata comportasse o meno un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 124 Certamente, come ricordato al punto 84 della presente sentenza, la Commissione dispone di un potere discrezionale in materia economica ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento n. 139/2004, in particolare del suo articolo 2, che giustifica il fatto che il controllo da parte del giudice dell'Unione di una decisione della Commissione in materia di operazioni di concentrazione sia limitato alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e all'assenza di errore manifesto di valutazione.
- 125 Tuttavia, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti il giudice dell'Unione, il quale, come ricordato dall'avvocato generale ai paragrafi 73 e 85 delle sue conclusioni, non può essere vincolato dagli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali in quanto tali, 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 (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 145 e giurisprudenza ivi citata).
- 126 Detto potere discrezionale della Commissione non implica neppure che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, delle nozioni del diritto dell'Unione che richiedono un'analisi economica al momento della loro attuazione.

- 127 A tale riguardo, occorre ricordare che, nel settore del diritto della concorrenza, il giudice dell'Unione ha già in più occasioni interpretato nozioni che richiedevano un'analisi economica al momento della loro attuazione, come la nozione di «posizione dominante» (sentenza del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, 27/76, EU:C:1978:22, punti 65 e 66), la nozione di «mercato rilevante» (sentenze del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 37, e del 6 ottobre 1994, *Tetra Pak/Commissione*, T-83/91, EU:T:1994:246, punto 63) e la nozione di «compressione dei margini dei concorrenti» (sentenza del 25 marzo 2021, *Slovak Telekom/Commissione*, C-165/19 P, EU:C:2021:239 punto 73 e giurisprudenza ivi citata).
- 128 Orbene, le nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», alle quali si fa riferimento negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, figurano tra i fattori che possono influire sulla probabilità che un'operazione di concentrazione comporti effetti non coordinati significativi e, di conseguenza, sulla constatazione dell'eventuale esistenza di un «ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva» ai sensi dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004.
- 129 Ne consegue che, sebbene le nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti» richiedano un'analisi economica al momento della loro attuazione, il giudice dell'Unione è competente a interpretarle nell'ambito dell'esercizio del suo sindacato sulle decisioni della Commissione adottate in materia di controllo delle concentrazioni.
- 130 Ciò premesso si deve constatare che, nel caso di specie, il Tribunale, procedendo a un'interpretazione delle nozioni di «importante forza concorrenziale» e di «diretti (close) concorrenti», non ha violato i limiti del suo sindacato giurisdizionale.
- 131 Ne consegue che la prima parte del terzo motivo di impugnazione deve essere respinta in quanto infondata.

Sulla seconda parte

– Argomenti delle parti

- 132 Con la seconda parte del suo terzo motivo di impugnazione la Commissione deduce tre censure vertenti, la prima, su uno snaturamento della decisione controversa, la seconda, su uno snaturamento del suo controricorso e, la terza, su un'interpretazione erronea della nozione di «importante forza concorrenziale».
- 133 Con la sua prima censura, la Commissione addebita al Tribunale di aver erroneamente constatato, al punto 171 della sentenza impugnata, che dalla decisione controversa risultava che il fatto che una partecipante alla concentrazione sia qualificata come «importante forza concorrenziale» in un mercato oligopolistico è sufficiente per ritenere che la concentrazione darebbe luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Tale constatazione del Tribunale sarebbe contraddetta dal punto 155 di tale sentenza, secondo cui dai termini della decisione controversa, in particolare dal punto 777 della stessa, risulterebbe che il fatto che la «Three rappresent[i] un'importante forza concorrenziale sul mercato al dettaglio (...), ai sensi del punto 37 degli orientamenti, o esercit[i], in tutti i casi, un importante vincolo concorrenziale su detto mercato», è solo uno dei fattori utilizzati dalla Commissione per concludere che la concentrazione darebbe luogo a effetti non coordinati significativi.

- 134 Con la sua seconda censura, la Commissione sostiene che, al punto 170 di detta sentenza, il Tribunale avrebbe snaturato il punto 39 del suo controricorso, il che avrebbe indotto tale giudice a creare una sua propria definizione della nozione di «importante forza concorrenziale», che differirebbe da quella stabilita al punto 37 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali. Orbene, dal citato punto 39 del controricorso, nonché dal punto 13 della controreplica della Commissione, risulterebbe, in particolare, che quest'ultima avrebbe ivi fornito solo un esempio, senza affermare che un'«importante forza concorrenziale» debba necessariamente esercitare una concorrenza particolarmente aggressiva e forzare i propri concorrenti a seguire detto comportamento.
- 135 Ciò premesso, dai punti 170 e 216 della sentenza impugnata risulterebbe che il Tribunale avrebbe ripreso tale esempio e l'avrebbe convertito in una definizione della nozione di «importante forza concorrenziale».
- 136 Con la terza e ultima censura, la Commissione addebita al Tribunale di averle erroneamente imposto, ai punti 170 e 216 della sentenza impugnata, requisiti eccessivi ai fini della qualificazione di un'impresa come «importante forza concorrenziale», secondo i quali l'impresa interessata dovrebbe distinguersi dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza e, segnatamente, esercitare una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi e costringere gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai suoi prezzi.
- 137 Riguardo alla prima censura della Commissione, la CK Telecoms replica che, nella sua prassi anteriore e in particolare nelle cause menzionate al punto 164 della sentenza impugnata, la Commissione avrebbe qualificato una o due delle partecipanti alle concentrazioni esaminate come «importante(i) forza(e) concorrenziale(i)», constatazione che sarebbe sufficiente per ritenere che la concentrazione interessata potrebbe comportare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 138 Per quanto concerne la seconda censura della Commissione, la CK Telecoms sostiene che il punto 39 del controricorso della Commissione non si sarebbe limitato a fornire un esempio di «importante forza concorrenziale».
- 139 Quanto alla terza e ultima censura della Commissione, la CK Telecoms afferma che il Tribunale non si sarebbe discostato dagli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali e avrebbe giustamente constatato che un'«importante forza concorrenziale» dovrebbe distinguersi dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza.
- 140 Infatti, esigere che un'«importante forza concorrenziale» si distingua dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza sarebbe il minimo richiesto per ritenere che, in un mercato oligopolistico, un'impresa possa rientrare in tale nozione. Se così non fosse, qualsiasi concorrente che operi su un mercato oligopolistico potrebbe essere qualificato come «importante forza concorrenziale» e la Commissione sarebbe in grado di opporsi a quasi tutte le concentrazioni orizzontali.
- 141 Pertanto, per qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale» in un mercato oligopolistico, occorrerebbe dimostrare che essa ponga vincoli particolarmente importanti sugli altri concorrenti.

– *Giudizio della Corte*

- 142 Per quanto riguarda la prima censura, vertente su uno snaturamento della decisione controversa, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, lo snaturamento deve risultare manifestamente dai documenti del fascicolo, senza che sia necessario effettuare una nuova valutazione né dei fatti né delle prove (sentenza del 25 luglio 2018, *Orange Polska/Commissione*, C-123/16 P, EU:C:2018:590, punto 75).
- 143 Nel caso di specie, il Tribunale, al punto 171 della sentenza impugnata, ha affermato che «[p]er quanto attiene all’eliminazione di un’“importante forza concorrenziale”, dalla decisione impugnata emerge che, a parere della Commissione, il semplice allentamento della pressione concorrenziale derivante, in particolare, dalla scomparsa di un’impresa con un ruolo maggiore di quello che lascerebbero supporre le sue quote di mercato, sarebbe esso stesso sufficiente a dimostrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva».
- 144 Il Tribunale ha fondato tale constatazione su una lettura dell’insieme dei punti della decisione controversa dedicati, in particolare, alla natura della nozione di «importante forza concorrenziale».
- 145 Orbene, contrariamente a quanto constatato dal Tribunale al citato punto 171, dalla decisione controversa non risulta che la Commissione abbia considerato che l’eliminazione di un’«importante forza concorrenziale» sarebbe di per sé sufficiente, nel caso di specie, a provare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 146 Al contrario, dai principali elementi contenuti nelle sezioni intitolate «Valutazione concorrenziale» e «Criterio sostanziale», e, più in particolare, dai punti 313 e 321 della decisione controversa risulta che gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali enunciano una serie di fattori rilevanti al fine di determinare se una concentrazione possa comportare effetti non coordinati.
- 147 È vero che, in tali due punti, la Commissione ha segnatamente precisato che non tutti questi fattori devono necessariamente ricorrere affinché simili effetti siano probabili. Tuttavia, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 97 delle sue conclusioni, la Commissione non ne ha desunto che la presenza di uno solo di questi fattori sia sufficiente per constatare che la concentrazione esaminata potrebbe integrare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.
- 148 Infatti, nella nota a piè di pagina 263 relativa al punto 313 della decisione controversa, la Commissione ha fatto un riferimento esplicito al punto 26 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, secondo il quale la circostanza che una delle parti della concentrazione possa essere qualificata come «importante forza concorrenziale» è uno dei fattori menzionati da tali orientamenti come idonei ad essere presi in considerazione, al fine di determinare se tale concentrazione possa comportare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 149 Peraltro, come rilevato dalla Commissione, il Tribunale, al punto 155 della sentenza impugnata, osserva esso stesso che dalla decisione controversa emerge che la qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale» è uno dei fattori di cui la Commissione si è avvalsa per concludere che la concentrazione comporterebbe effetti non coordinati.
- 150 Ne consegue che il Tribunale ha snaturato tale decisione al punto 171 della sentenza impugnata.

- 151 La prima censura della seconda parte del terzo motivo di impugnazione deve pertanto essere accolta.
- 152 Per quanto riguarda la seconda censura, vertente sul fatto che il Tribunale avrebbe snaturato, al punto 170 della sentenza impugnata, il punto 39 del controricorso della Commissione, il che avrebbe indotto tale giudice a elevare un esempio della nozione di «importante forza concorrenziale» a definizione di tale nozione, è sufficiente constatare che, anche supponendo che, al suddetto punto 170, il Tribunale abbia snaturato il controricorso della Commissione, un siffatto snaturamento non può condurre all'annullamento della sentenza impugnata, in particolare perché le osservazioni scritte della Commissione, presentate nell'ambito del procedimento dinanzi al Tribunale e vertenti sulla nozione di «importante forza concorrenziale», non possono essere considerate decisive per determinare il contenuto di tale nozione.
- 153 Ne consegue che la seconda censura della seconda parte del terzo motivo di impugnazione deve essere respinta in quanto inoperante.
- 154 Per quanto riguarda la terza e ultima censura, vertente sul fatto che il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto imponendo requisiti eccessivi per qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale», occorre ricordare che, ai punti 170 e 216 della sentenza impugnata, tale giudice ha accolto una definizione della nozione di «importante forza concorrenziale» secondo la quale l'impresa interessata deve distinguersi dai suoi concorrenti in termini di impatto della sua politica dei prezzi sulle dinamiche concorrenziali sul mercato interessato e, in particolare, deve esercitare una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi e costringere gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai suoi prezzi.
- 155 Il Tribunale ha precisato, ai punti 173 e 175 di detta sentenza, che l'approccio seguito dalla Commissione nella decisione controversa equivarrebbe in pratica a confondere la nozione di «ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva», di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, la nozione di «eliminazione di un importante vincolo concorrenziale», di cui al considerando 25 di tale regolamento, nonché la nozione di eliminazione di un'«importante forza concorrenziale». Una siffatta confusione condurrebbe a un'interpretazione estensiva di detto articolo 2, paragrafo 3, secondo la quale qualsiasi eliminazione di un'«importante forza concorrenziale» equivarrebbe all'eliminazione di un importante vincolo concorrenziale che, a sua volta, giustificherebbe la conclusione dell'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 156 Inoltre, al punto 174 della sentenza impugnata il Tribunale ha dichiarato in sostanza che, se non fosse richiesto che un'impresa si distingua dai suoi concorrenti in termini di impatto sulla concorrenza per poter essere qualificata come «importante forza concorrenziale», qualsiasi impresa su un mercato oligopolistico che eserciti una pressione concorrenziale potrebbe rientrare in tale nozione.
- 157 In tale contesto, il Tribunale ha rilevato, al punto 216 di tale sentenza, che la Commissione non aveva dimostrato, in modo giuridicamente adeguato, che la Three rientri nella suddetta nozione.
- 158 A tale riguardo occorre, in primo luogo, ricordare che, come risulta dai considerando 6, 24 e 25 del regolamento n. 139/2004, quest'ultimo mira a istituire un controllo efficace su tutte le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva, nel mercato interno o in una sua parte sostanziale, comprese le concentrazioni che danno luogo a effetti non coordinati.

- 159 In secondo luogo, come confermato dal punto 24 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, l'effetto più diretto di un'operazione di concentrazione è il venir meno della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione.
- 160 In terzo luogo, secondo una lettura combinata dei punti 26, 37 e 38 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, l'eliminazione di un'«importante forza concorrenziale» è, in linea di principio, uno dei fattori che possono influire sulla probabilità che una concentrazione comporti effetti non coordinati significativi e che consentono così di valutare, in particolare, se tale concentrazione comporti l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione.
- 161 In tale contesto, occorre considerare che i requisiti richiesti per qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale», che incidono direttamente sull'utilizzo di tale qualificazione come fattore rilevante per concludere per l'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, non dovrebbero essere tali da escludere la possibilità, per la Commissione, di dichiarare incompatibili con il mercato interno concentrazioni che potrebbero dar luogo a effetti non coordinati significativi e, di conseguenza, nuocere in modo significativo ad una concorrenza effettiva. Infatti, in caso contrario, la piena efficacia dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004 e, in particolare, l'efficacia pratica di tali disposizioni potrebbero essere rimessi in discussione.
- 162 A questo proposito, il fatto che un'impresa partecipante a una concentrazione in un mercato oligopolistico non si discosti dai suoi concorrenti, mostrandosi «particolarmente aggressiva» in termini di prezzo, non implica che una concentrazione a cui partecipi una siffatta impresa non possa modificare la dinamica della concorrenza in modo significativo e dannoso. Infatti, è pacifico che il controllo sulle concentrazioni mira proprio a esaminare in che modo una concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un dato mercato, al fine di verificare se ne conseguirebbe un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, senza che sia determinante al riguardo che un'impresa partecipante a detta concentrazione sia un'impresa «particolarmente aggressiva» su tale mercato.
- 163 Peraltro, come confermato, in sostanza, dal punto 38 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, non si può escludere che, in un determinato mercato oligopolistico, più imprese possano essere qualificate come «importante forza concorrenziale».
- 164 Peraltro, occorre ricordare che la precedente prassi decisionale della Commissione non funge da contesto normativo applicabile in materia di controllo delle concentrazioni e ha solo carattere indicativo (v., per analogia, sentenza del 24 settembre 2009, Erste Group Bank e a./Commissione, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, EU:C:2009:576, punto 233 e giurisprudenza ivi citata). Pertanto, il fatto che la Commissione, in decisioni precedenti, abbia qualificato come «importante forza concorrenziale» talune imprese, che erano uniche nella loro «aggressività» sul mercato interessato e avevano accresciuto la loro presenza su tale mercato in modo più rapido di qualsiasi altro concorrente, non implica che siano queste le sole ipotesi idonee a dar luogo a una siffatta qualificazione.
- 165 Infine, il prezzo spesso non costituisce l'unico parametro importante per valutare le dinamiche concorrenziali, in particolare in mercati di prodotti differenziati nei quali la qualità e l'innovazione potrebbero svolgere un ruolo fondamentale per il posizionamento dei prodotti in

questione. Pertanto, sarebbe necessariamente incompleto un approccio incentrato esclusivamente sui prezzi ai fini della qualificazione di un'impresa come «importante forza concorrenziale».

- 166 Di conseguenza, la nozione di «importante forza concorrenziale» non può essere applicata esclusivamente a imprese che esercitano una concorrenza particolarmente aggressiva in materia di prezzi e che costringerebbero i loro concorrenti sul mercato ad allinearsi ai loro prezzi, o a imprese la cui politica dei prezzi potrebbe modificare in modo significativo le dinamiche concorrenziali sul mercato interessato.
- 167 In tali circostanze si deve ritenere che, per qualificare un'impresa come «importante forza concorrenziale», è sufficiente, come esposto al punto 37 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, che essa eserciti sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le sue quote di mercato o altri sistemi di misurazione simili.
- 168 Pertanto nel caso di specie, nell'affermare, ai punti 170 e 216 della sentenza impugnata, che, per qualificare la Three come «importante forza concorrenziale», la Commissione deve dimostrare che tale impresa esercitava una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi e che costringeva gli altri operatori sul mercato ad allinearsi ai propri prezzi, o che la sua politica dei prezzi era idonea a modificare in modo significativo le dinamiche concorrenziali sul mercato, il Tribunale è incorso in un errore di diritto.
- 169 Alla luce delle constatazioni effettuate ai punti 151 e 168 della presente sentenza, la seconda parte del terzo motivo di impugnazione deve essere accolta.

Sulla terza parte

– Argomenti delle parti

- 170 Con la terza parte del suo terzo motivo di impugnazione, la Commissione deduce due censure.
- 171 Con la sua prima censura la Commissione sostiene che, imponendole, al punto 242 della sentenza impugnata, di dimostrare che le imprese partecipanti alla concentrazione non sono «concorrenti diretti» bensì «concorrenti particolarmente stretti», il Tribunale avrebbe stabilito un requisito eccessivo per quanto riguarda la valutazione della prossimità del rapporto di concorrenza tra dette parti.
- 172 Secondo la Commissione il Tribunale avrebbe erroneamente presunto, al punto 247 della sentenza impugnata, che, in un mercato oligopolistico come quello delle telecomunicazioni mobili nel Regno Unito, che conta quattro operatori di telefonia mobile, tutti questi operatori sarebbero, per definizione, concorrenti più o meno stretti.
- 173 Orbene, al riguardo la Commissione sottolinea che ciascun mercato avrebbe una dinamica propria. Così, in un mercato oligopolistico caratterizzato da un'offerta di prodotti differenziati, sarebbe possibile che i prodotti offerti da due imprese di tale mercato presentino un grado di sostituibilità relativamente debole o siano diretti quasi esclusivamente verso segmenti di mercato diversi. Queste due imprese non potrebbero quindi essere considerate come concorrenti stretti. Pertanto, in caso di concentrazione tra di esse la Commissione non potrebbe basarsi sulla prossimità della concorrenza come fattore rilevante per concludere nel senso dell'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Per contro, secondo la Commissione, se queste

due imprese sono in stretta concorrenza sugli stessi segmenti di tale mercato oligopolistico, evidenziando così che «la rivalità tra [loro ha] costituito un importante fattore di concorrenza nel mercato», ai sensi del punto 28 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, la Commissione non potrebbe essere tenuta a dimostrare che le partecipanti alla concentrazione sono i «concorrenti più stretti» o «concorrenti particolarmente stretti».

- 174 Con la sua seconda censura, la Commissione addebita al Tribunale di aver snaturato la decisione controversa ritenendo, in particolare al punto 249 della sentenza impugnata, che essa si fosse basata sulla premessa secondo cui la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 era sufficiente per ritenere che la prevista concentrazione avrebbe comportato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Come osservato dal Tribunale al punto 227 della sentenza impugnata, la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 era solo uno dei fattori utilizzati nella decisione controversa per affermare che la concentrazione prevista produrrebbe effetti non coordinati.
- 175 La CK Telecoms replica che la prima censura della Commissione deriverebbe da una lettura isolata ed erronea della sentenza impugnata. Infatti, il Tribunale avrebbe tenuto debitamente conto degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali e del fatto che la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 è un fattore importante nel caso di specie.
- 176 Ciò premesso, tali orientamenti non determinerebbero con precisione il grado di prossimità necessario per qualificare le imprese interessate come «diretti (close) concorrenti».
- 177 Inoltre, la Commissione non avrebbe applicato nella decisione controversa i criteri stabiliti in detti orientamenti al fine di esaminare la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2.
- 178 Secondo la CK Telecoms, il requisito di una prossimità «particolare» sarebbe conforme al criterio generale del divieto di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva. Solo un particolare grado di prossimità della concorrenza potrebbe costituire la prova di un tale ostacolo.
- 179 Per quanto riguarda la seconda censura, la CK Telecoms ritiene che il Tribunale non abbia snaturato la decisione controversa al punto 249 della sentenza impugnata.

– *Giudizio della Corte*

- 180 Per quanto riguarda la prima censura, vertente sul fatto che il Tribunale avrebbe erroneamente preteso dalla Commissione, in particolare al punto 242 della sentenza impugnata, di dimostrare che, nel caso di specie, le partecipanti alla concentrazione sono «concorrenti particolarmente stretti», occorre rilevare che la valutazione del Tribunale relativa al grado di prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione fa parte dell'esame della prima teoria del pregiudizio dedotta dalla Commissione nella decisione controversa, relativa agli effetti non coordinati sul mercato al dettaglio.
- 181 Al punto 128 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che, nell'ambito di tale teoria, la Commissione si è fondata sull'importante vincolo concorrenziale esercitato dalla Three e dalla O2, sulla prossimità della concorrenza tra queste due imprese, sulle loro quote di mercato e sugli incentivi per il soggetto risultante dalla concentrazione prevista ad aumentare i prezzi oltre che sulla capacità di concorrenza dei suoi concorrenti, per concludere, al punto 1226 della decisione controversa, che la concentrazione prevista poteva «produrre effetti anticoncorrenziali non coordinati sul mercato al dettaglio».

- 182 In tale contesto il Tribunale ha, in primo luogo, constatato, al punto 234 della sentenza impugnata, che la nozione di «concorrente diretto» figura non nel regolamento n. 139/2004, ma solo negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali.
- 183 In secondo luogo, ai punti 235 e 241 di tale sentenza, il Tribunale ha affermato, in sostanza, che l'applicabilità dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, letto alla luce del considerando 25 di tale regolamento, richiede l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, il che rappresenta l'effetto unilaterale più diretto di una concentrazione su un mercato oligopolistico.
- 184 In terzo luogo, ai punti 242, 247 e 249 di tale sentenza, il Tribunale ha dichiarato essenzialmente che la Commissione doveva dimostrare, nel caso di un mercato oligopolistico sul quale tutti gli operatori sono, per definizione, più o meno stretti, non tanto che tali imprese partecipanti sono concorrenti diretti, quanto invece che sono concorrenti «particolarmente stretti».
- 185 Infine, ai punti 249 e 250 della sentenza impugnata, il Tribunale ha accolto la linea argomentativa della CK Telecoms vertente sulla ridotta efficacia probatoria dell'analisi della prossimità della concorrenza tra la Three e la O2. Il Tribunale ha motivato tale posizione con il fatto che la Three e la O2 erano soltanto concorrenti relativamente stretti su una parte dei segmenti di un mercato concentrato che conta quattro operatori di telefonia mobile. Orbene, secondo detto giudice tale elemento non sarebbe da solo sufficiente per provare, nella fattispecie, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione prevista e per accertare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, salvo vietare, per principio, ogni concentrazione che risulti in una riduzione del numero degli operatori da quattro a tre.
- 186 A questo proposito, come ricordato al punto 159 della presente sentenza, l'effetto più diretto di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico sarà l'eliminazione della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione.
- 187 Orbene, come confermato dai punti 26 e da 28 a 30 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, se la prossimità della concorrenza tra le parti di una concentrazione è un indizio importante per valutare l'eventuale eliminazione di importanti vincoli concorrenziali esercitati tra dette imprese partecipanti, tale prossimità è solo uno dei fattori che consentono di valutare la probabilità che un'operazione di concentrazione compori effetti non coordinati significativi.
- 188 A tale riguardo, la Commissione ha giustamente precisato, al punto 28 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, che i prodotti possono, nell'ambito di un mercato rilevante, essere differenziati in modo tale che alcuni prodotti siano sostituiti più stretti di altri e che tanto più elevato è il grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione, tanto più è probabile che tali imprese aumenti i prezzi in misura significativa dopo la concentrazione. Pertanto, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 121 delle sue conclusioni, un grado di prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti a un'operazione di concentrazione può costituire un indizio del fatto che è più probabile che improbabile che essa ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno, o in una sua parte significativa, mentre un minor grado di prossimità della concorrenza tra tali imprese partecipanti può costituire un indizio in senso contrario.

- 189 In tale contesto esigere, ai fini della valutazione della prossimità della concorrenza tra le parti di una concentrazione, che queste ultime siano concorrenti «particolarmente stretti» implica l'esistenza di un livello molto elevato di sostituibilità tra i prodotti di dette imprese partecipanti su un mercato di prodotti differenziati. Orbene, un siffatto livello di sostituibilità non è necessariamente richiesto. Infatti, anche quando la sostituibilità tra i prodotti delle imprese partecipanti alla concentrazione non è particolarmente elevata, può comunque sussistere un livello inferiore di sostituibilità tra i prodotti di tali imprese partecipanti e quelli delle imprese non partecipanti all'operazione di concentrazione, il che può indurre le parti di detta operazione ad aumentare i prezzi dei loro prodotti.
- 190 Inoltre, come enunciato in sostanza nel punto 28 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, anche l'esistenza di margini elevati prima della concentrazione può rendere più probabile un significativo aumento dei prezzi dopo la concentrazione. Orbene, tali margini possono anche indicare che le imprese partecipanti alla concentrazione interessata non sono i concorrenti più stretti né concorrenti particolarmente stretti.
- 191 Non si può quindi concludere che solo una concentrazione tra concorrenti particolarmente stretti potrebbe ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interessato.
- 192 Pertanto, imponendo alla Commissione, segnatamente ai punti 242 e 247 della sentenza impugnata, di dimostrare che le partecipanti alla concentrazione non sono concorrenti diretti, bensì concorrenti «particolarmente stretti», il Tribunale è incorso in un errore di diritto.
- 193 Ne consegue che la prima censura della terza parte del terzo motivo di impugnazione deve essere accolta.
- 194 Per quanto riguarda la seconda censura, la Commissione con essa addebita al Tribunale di aver snaturato la decisione controversa considerando, in particolare al punto 249 della sentenza impugnata, che in tale decisione essa si era basata sulla premessa secondo cui la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 nel mercato oligopolistico di cui trattasi era sufficiente, di per sé, per ritenere che la concentrazione avrebbe dato luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 195 A tale riguardo, occorre rilevare che, al citato punto 249, il Tribunale ha dichiarato che, «[b]enché si possa, di certo, dimostrare che la Three e la O2 siano concorrenti relativamente stretti su una parte dei segmenti di un mercato concentrato che conta quattro operatori di telefonia mobile, tale elemento non sarebbe da solo sufficiente per provare, nel caso di specie, l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione e neppure per accertare un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, salvo vietare, per principio, ogni concentrazione che risulti in una riduzione del numero degli operatori da quattro a tre».
- 196 Come sostiene la Commissione, la decisione controversa non contiene alcun elemento da cui risulti che la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 fosse sufficiente, di per sé, per ritenere che la concentrazione prevista potesse rappresentare un ostacolo a una concorrenza effettiva. Al contrario, come ricordato al punto 146 della presente sentenza, la Commissione ha rilevato, ai punti 313 e 321 della decisione controversa, che gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali enunciano vari fattori, tra i quali figurano quello della prossimità della concorrenza, rilevanti al fine di stabilire se una concentrazione possa comportare effetti non coordinati.

- 197 Occorre quindi accogliere la seconda censura e, di conseguenza, la terza parte del terzo motivo di impugnazione nel suo insieme.
- 198 Devono dunque essere accolte la seconda e la terza parte del terzo motivo di impugnazione, senza che sia necessario esaminare la quarta parte di quest'ultimo, presentata in subordine.

Sul quarto motivo di impugnazione

- 199 Il quarto motivo di impugnazione si compone di due parti. La prima parte verte, da un lato, su uno snaturamento dell'argomento della Commissione relativo alla sua analisi quantitativa degli effetti della concentrazione prevista sui prezzi e, dall'altro, sul fatto che il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che, nel caso di specie, l'aumento dei prezzi non sarebbe stato significativo. La seconda parte verte sul fatto che il Tribunale avrebbe erroneamente imposto alla Commissione di includere, nella sua analisi, incrementi di efficienza detti «standard».

Sulla prima parte

– Argomenti delle parti

- 200 Con la prima parte del suo quarto motivo di impugnazione, la Commissione deduce due censure.
- 201 Con la sua prima censura la Commissione addebita al Tribunale di aver snaturato le sue memorie considerando, al punto 273 della sentenza impugnata, che era pacifico che l'aumento dei prezzi che poteva derivare dalla concentrazione prevista sarebbe stato del [riservato]¹%, mentre tanto dal punto 157 del controricorso quanto dal punto 61 della controreplica risulterebbe che tale istituzione ha contestato detta cifra dinanzi al Tribunale. Infatti, da tali punti risulterebbe chiaramente che la Commissione contestava le cifre fornite dalla CK Telecoms e sosteneva, dinanzi al Tribunale, che tale aumento dei prezzi era del [riservato]%.
- 202 Con la sua seconda censura, la Commissione imputa al Tribunale di essere incorso in un errore di diritto, al punto 273 della sentenza impugnata, lasciando intendere che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione prevista non era significativo, in quanto inferiore a quelli previsti in alcune decisioni precedenti che autorizzavano, a determinate condizioni, talune concentrazioni.
- 203 A questo proposito, la Commissione sostiene che il Tribunale non avrebbe dovuto confrontare la concentrazione proposta con quelle che hanno dato luogo, da un lato, alla decisione C(2014) 3561 final della Commissione, del 28 maggio 2014, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato interno e con l'accordo SEE (caso M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland), pubblicata in forma sintetica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 13 agosto 2014 (GU 2014, C 264, pag. 6; in prosieguo: il «caso irlandese»), e, dall'altro, alla decisione della Commissione C (2014) 4443, del 2 luglio 2014, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'accordo SEE (caso M.7018) –Telefónica Deutschland/E-Plus), pubblicata in forma sintetica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 13 marzo 2015 (GU 2015, C 86, pag. 10; in prosieguo: il «caso tedesco»). Il confronto operato dal Tribunale sarebbe fondato su una lettura manifestamente erranea delle decisioni della Commissione in questi due casi. Infatti, a differenza della presente caso, la Commissione avrebbe

¹ Dati riservati omissi.

autorizzato le concentrazioni oggetto dei casi irlandese e tedesco, in quanto le parti in essi coinvolte avevano proposto misure correttive considerate sufficienti per eliminare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

- 204 La CK Telecoms replica, in primo luogo, che, con la prima parte del suo quarto motivo di impugnazione, la Commissione contesterebbe elementi di fatto e che, di conseguenza, detta parte sarebbe irricevibile.
- 205 In secondo luogo, la CK Telecoms sostiene che la prima parte del quarto motivo di impugnazione sarebbe inoperante. Ai punti da 264 a 281 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe effettuato una valutazione che l'avrebbe indotto a considerare, al punto 282 di tale sentenza, che l'analisi quantitativa effettuata nel caso di specie sarebbe priva di efficacia probatoria, in quanto la Commissione non avrebbe dimostrato che i prezzi subirebbero un aumento significativo a seguito dell'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione. La CK Telecoms precisa che, al punto 268 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe respinto il valore probatorio dell'analisi quantitativa della Commissione, circostanza che la Commissione non contesterebbe.
- 206 In terzo e ultimo luogo, la CK Telecoms afferma che il Tribunale non sarebbe incorso in errori di diritto nella sua valutazione dell'analisi quantitativa della Commissione. Esso avrebbe al riguardo giustificato la necessità di definire una soglia, oltre la quale il risultato di tale analisi potrebbe indicare che un'operazione di concentrazione può comportare aumenti di prezzo significativi.

– *Giudizio della Corte*

- 207 Con la sua prima censura, la Commissione non critica elementi di fatto, ma invoca lo snaturamento del contenuto delle sue memorie in primo grado. Pertanto, tale censura non può essere respinta in quanto irricevibile [v., in tal senso, sentenza del 29 novembre 2018, Alcohol Countermeasure Systems (International)/EUIPO, C-340/17 P, EU:C:2018:965, punto 39].
- 208 Per quanto riguarda la ricevibilità della seconda censura, è sufficiente constatare che, con essa, la Commissione solleva una questione di diritto, nella parte in cui addebita al Tribunale di aver erroneamente confrontato l'aumento dei prezzi che poteva risultare dall'operazione di concentrazione prevista con quelli individuati nei casi irlandese e tedesco, nei quali la Commissione ha autorizzato le operazioni di concentrazione di cui trattasi, salvo il rispetto di talune condizioni. Detta censura è quindi ricevibile.
- 209 Per quanto riguarda l'operatività della prima parte del quarto motivo di impugnazione, il Tribunale ha certamente considerato, al punto 268 della sentenza impugnata, che l'analisi quantitativa non è un elemento di prova determinante per dimostrare l'eventuale esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Tuttavia, esso non ha dichiarato che tale analisi fosse, in linea di principio, priva di efficacia probatoria. Infatti, il Tribunale ha constatato che tale analisi non era sufficiente a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 210 Orbene, per giungere alla constatazione di cui al punto 282 della sentenza impugnata, secondo cui la Commissione non ha dimostrato che i prezzi subirebbero un aumento significativo a seguito della concentrazione prevista, il Tribunale ha rilevato, in primo luogo, al punto 273 di tale sentenza, che, nel presente caso, l'aumento dei prezzi che poteva risultare da tale concentrazione sarebbe del *[riservato]*% e che tale cifra non era stata contestata dalla Commissione. In secondo luogo, al fine di verificare se tale aumento possa essere qualificato come significativo, il Tribunale

l'ha confrontato con gli aumenti dei prezzi previsti nei casi irlandese e tedesco, rispettivamente del 9,5% e del 6,6%. Orbene, il Tribunale ha constatato che, in tali casi, la Commissione ha autorizzato le concentrazioni di cui trattasi subordinatamente al rispetto di talune condizioni.

- 211 Pertanto, si deve considerare che la Commissione può utilmente addebitare al Tribunale, da un lato, di aver snaturato il suo argomento relativo al valore esatto dell'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione prevista e, dall'altro, di aver erroneamente confrontato il caso di specie con decisioni precedenti della Commissione in altri casi di concentrazione. Infatti, tali censure non possono essere respinte in quanto inoperanti poiché, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 141 delle sue conclusioni, ciascuno di tali argomenti potrebbe incidere sulla constatazione del Tribunale di cui al punto 282 della sentenza impugnata. Occorre quindi respingere l'argomento della CK Telecoms secondo cui la prima parte del quarto motivo di impugnazione sarebbe inoperante ed esaminare la fondatezza di tale parte.
- 212 A questo proposito, per quanto riguarda la prima censura di tale parte, vertente sul fatto che, al punto 273 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe snaturato gli argomenti della Commissione di cui al punto 157 del suo controricorso e al punto 61 della sua controreplica, occorre ricordare che il ricorrente, qualora deduca uno snaturamento dei propri argomenti, deve indicare, conformemente all'articolo 256 TFUE, all'articolo 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e all'articolo 168, paragrafo 1, lettera d), del regolamento di procedura della Corte, in modo preciso gli elementi che sarebbero stati snaturati dal Tribunale e dimostrare gli errori di valutazione che, a suo avviso, avrebbero portato quest'ultimo a tale snaturamento (v., in tal senso, sentenza del 1° luglio 2010, Knauf Gips/Commissione, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).
- 213 Nel caso in esame, dal punto 273 della sentenza impugnata risulta che il Tribunale ha constatato che, «nella specie, il previsto aumento dei prezzi sarebbe – secondo la [CK Telecoms], non contraddetta su questo punto dalla Commissione – di [riservato]%, mentre un previsto incremento dei prezzi del 6,6% nel caso irlandese e del 9,5% nel caso tedesco non ha impedito alla Commissione di autorizzare tali operazioni subordinatamente al rispetto di determinate condizioni».
- 214 Orbene, dal punto 157 del controricorso della Commissione risulta chiaramente che quest'ultima aveva effettivamente contestato in primo grado la cifra proposta dalla CK Telecoms e aveva affermato che, nel caso di specie, l'aumento di prezzo che poteva risultare dalla concentrazione prevista era del [riservato]%. Tale constatazione è corroborata anche dai punti 159 e 160 della suddetta memoria nonché dal punto 61 della controreplica della Commissione.
- 215 Dai documenti del fascicolo risulta quindi che il Tribunale, al punto 273 della sentenza impugnata, ha snaturato le memorie della Commissione in primo grado.
- 216 La prima censura della prima parte del quarto motivo di impugnazione deve pertanto essere accolta.
- 217 Per quanto riguarda la seconda censura della prima parte del quarto motivo di impugnazione, vertente sul fatto che il Tribunale avrebbe erroneamente confrontato il presente caso con i casi irlandese e tedesco e, di conseguenza, avrebbe erroneamente considerato, al punto 273 della sentenza impugnata, che l'aumento dei prezzi che poteva risultare dalla concentrazione prevista, del [riservato]%, non era significativo in quanto inferiore a quelli previsti nei casi irlandese e

tedesco, occorre, da un lato, rilevare che tale valutazione del Tribunale si basa, come risulta dal punto 215 della presente sentenza, sullo snaturamento da parte del Tribunale del controricorso della Commissione relativo al valore esatto di tale aumento dei prezzi.

- 218 Dall'altro lato, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 147 delle sue conclusioni, i casi irlandese e tedesco non erano paragonabili al presente caso su un punto essenziale dal momento che, a differenza di quest'ultimo, le partecipanti alle concentrazioni di cui trattasi in quei due casi avevano formulato impegni che sono stati considerati sufficienti per eliminare le preoccupazioni della Commissione in materia di concorrenza.
- 219 In ogni caso, come rilevato al punto 164 della presente sentenza, la prassi decisionale anteriore della Commissione non funge da contesto normativo applicabile in materia di controllo delle concentrazioni e ha solo carattere indicativo.
- 220 Il Tribunale è quindi incorso in un errore di diritto quando, al punto 273 della sentenza impugnata, ha giudicato che l'aumento dei prezzi del *[riservato]*% risultante dalla concentrazione non era significativo in quanto inferiore a quelli previsti nei casi irlandese e tedesco.
- 221 Ne consegue che la seconda censura della prima parte del quarto motivo di impugnazione deve essere accolta.
- 222 Alla luce di quanto precede, occorre accogliere integralmente la prima parte del quarto motivo di impugnazione.

Sulla seconda parte

– Argomenti delle parti

- 223 Con la seconda parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione sostiene che il Tribunale avrebbe erroneamente considerato, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, che essa avrebbe dovuto includere nella sua analisi quantitativa gli incrementi «standard» di efficienza che sarebbero «propri[i] di ogni concentrazione».
- 224 La Commissione sottolinea che, secondo il considerando 29 del regolamento n. 139/2004, spetta alle imprese interessate fornire una descrizione di ciascun guadagno di efficienza addotto, nonché documenti giustificativi ad esso relativi.
- 225 Contrariamente a quanto avrebbe constatato il Tribunale al punto 277 della sentenza impugnata, il legislatore dell'Unione non avrebbe stabilito una presunzione secondo cui qualsiasi concentrazione dia necessariamente luogo a incrementi di efficienza, che dovrebbero essere sistematicamente presi in considerazione nell'ambito dell'analisi quantitativa effettuata dalla Commissione. Infatti, dai punti da 77 a 87 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali discenderebbe, in sostanza, che gli incrementi di efficienza devono essere a vantaggio dei consumatori, propri della concentrazione e verificabili.
- 226 Inoltre, la Commissione ritiene che il regolamento n. 139/2004 non operi alcuna distinzione tra diverse tipologie di incrementi di efficienza.

- 227 In ogni caso la Commissione deduce che, nella sua analisi quantitativa, essa avrebbe tenuto conto degli incrementi di efficienza che potevano rientrare nella nozione di incrementi «standard» di efficienza, accolta dal Tribunale al punto 277 della sentenza impugnata, e li avrebbe esclusi, in quanto non avrebbero potuto incidere sugli incentivi al soggetto risultante dalla concentrazione prevista ad aumentare i prezzi.
- 228 La CK Telecoms replica, in primo luogo, che l'argomento della Commissione sarebbe inoperante in quanto la conclusione del Tribunale, secondo cui l'analisi quantitativa nella decisione controversa era errata, non si baserebbe esclusivamente sulla constatazione che la Commissione non aveva debitamente tenuto conto degli incrementi di efficienza generati dalla concentrazione prevista.
- 229 In secondo luogo, la CK Telecoms afferma anzitutto che l'argomento della Commissione deriverebbe da una lettura erronea della sentenza impugnata. Infatti il Tribunale avrebbe ritenuto, in sostanza, che il valore probatorio di un'analisi quantitativa sia ridotto se quest'ultima non prende in considerazione anche i fattori compensativi, ivi compresi gli incrementi di efficienza. Il Tribunale avrebbe concluso che il valore probatorio dell'analisi quantitativa sarebbe accresciuto se la Commissione presupponesse un certo livello di incrementi di efficienza che possano risultare dalla concentrazione prevista.
- 230 Inoltre, secondo la CK Telecoms la valutazione del Tribunale risponderebbe alla natura dell'analisi quantitativa, che sarebbe stata concepita allo scopo di misurare tanto gli effetti restrittivi, quanto gli effetti favorevoli alla concorrenza causati dalle concentrazioni. Si dovrebbe quindi tener conto degli incrementi di efficienza provati o presunti.
- 231 Inoltre, il regolamento n. 139/2004 terrebbe conto del fatto che le concentrazioni comportano generalmente effetti favorevoli alla concorrenza nonché effetti anticoncorrenziali. La constatazione del Tribunale, secondo cui le conclusioni dell'analisi quantitativa della Commissione hanno un valore probatorio limitato, in quanto tale analisi non tiene conto degli incrementi «standard» di efficienza, sarebbe quindi conforme ai principi sottesi a tale regolamento.
- 232 Infine, la CK Telecoms sostiene che, poiché gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali non prescriverebbero il modo in cui dovrebbe essere effettuata l'analisi quantitativa della Commissione, non si potrebbe ritenere che le constatazioni del Tribunale sul valore probatorio di tale analisi siano in contraddizione con tali orientamenti.

– *Giudizio della Corte*

- 233 Per quanto riguarda l'operatività della seconda parte del quarto motivo di impugnazione, dal punto 279 della sentenza impugnata risulta in sostanza che, secondo il Tribunale, gli incrementi «standard» di efficienza sono «propri di ogni concentrazione» e costituiscono «una componente di un modello quantitativo che mira a stabilire se una concentrazione possa produrre (...) effetti restrittivi».
- 234 Pertanto, tenuto conto dell'importanza che il Tribunale ha attribuito a tale categoria di incrementi di efficienza ai fini dell'analisi quantitativa, si deve giudicare che la Commissione può utilmente addebitare al Tribunale di averle imposto, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, di includere in tale analisi gli incrementi «standard» di efficienza che, secondo il Tribunale, sono propri di ogni concentrazione.

- 235 L'argomento della CK Telecoms, secondo cui la seconda parte del quarto motivo di impugnazione sarebbe inoperante, deve quindi essere respinto.
- 236 Quanto alla fondatezza di tale parte occorre ricordare che, al punto 277 della sentenza impugnata, il Tribunale ha constatato che ogni concentrazione comporta miglioramenti di efficienza la cui portata dipende anche dalla pressione concorrenziale esterna. Secondo il Tribunale, tali incrementi derivano segnatamente dalla razionalizzazione e dall'integrazione dei processi di produzione e distribuzione da parte del soggetto risultante dalla concentrazione, che potrebbe portare detto soggetto a ridurre i suoi prezzi.
- 237 Ai punti 278 e 279 di tale sentenza, il Tribunale ha differenziato due tipologie di incrementi di efficienza, vale a dire, da un lato, quelli menzionati negli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, la cui esistenza deve essere dimostrata dalla parte notificante e che devono essere presi in considerazione nella valutazione concorrenziale globale della concentrazione, al fine di verificare se essi siano idonei a controbilanciare gli effetti restrittivi della concentrazione, e, dall'altro, quelli menzionati al punto 277 di tale sentenza, propri di ogni concentrazione, che sono «una componente di un modello quantitativo che mira a stabilire se una concentrazione possa produrre tali effetti restrittivi». Come si evince dal punto 278 della sentenza impugnata, il Tribunale ha giudicato, in sostanza, che la Commissione è obbligata, nell'ambito della sua analisi quantitativa, a prendere in considerazione, d'ufficio, quest'ultima categoria di incrementi «standard» di efficienza.
- 238 Orbene, dal considerando 29 del regolamento n. 139/2004 risulta che, per determinare l'effetto di una concentrazione sulla struttura della concorrenza nel mercato interno, occorre tener conto dei probabili incrementi di efficienza dimostrati dalle imprese interessate.
- 239 Parimenti, dalla sezione 9 dell'allegato I al regolamento n. 802/2004, risulta che incombe all'impresa interessata descrivere, producendo i relativi documenti giustificativi, i guadagni di efficienza adottati.
- 240 I criteri relativi alla presa in considerazione degli incrementi di efficienza sono contemplati ai punti da 76 a 88 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali.
- 241 Pertanto occorre constatare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 153 delle sue conclusioni, che né il regolamento n. 139/2004, né il regolamento n. 802/2004, né gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali fanno riferimento a una categoria di incrementi «standard» di efficienza, come quella menzionata ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, o stabiliscono una presunzione secondo cui qualsiasi concentrazione comporti siffatti incrementi di efficienza.
- 242 È vero che talune operazioni di concentrazione possono comportare incrementi di efficienza loro propri. Tuttavia, tale possibilità non implica affatto che tutte le operazioni di concentrazione comportino simili incrementi di efficienza. In ogni caso, spetta alle parti notificanti dimostrarli affinché la Commissione possa prenderli in considerazione in occasione del suo controllo.
- 243 Peraltro, riconoscere che qualsiasi concentrazione comporti incrementi «standard» di efficienza equivarrebbe a creare una presunzione e, di conseguenza, un'inversione dell'onere della prova per una categoria particolare di incrementi di efficienza mentre, come risulta dai punti 238 e 239 della presente sentenza, tale onere grava sulle imprese.

- 244 Una siffatta inversione dell'onere della prova potrebbe ridurre l'efficacia del controllo sulle concentrazioni e, di conseguenza, mettere in discussione l'efficacia pratica dell'articolo 2, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 139/2004. Infatti, l'obiettivo di controllo effettivo sulle concentrazioni perseguito da tale regolamento, come ricordato al punto 106 della presente sentenza, segnatamente quello di evitare, da un lato, di vietare concentrazioni che non presentino rischi di effetti anticoncorrenziali e, dall'altro, di autorizzare concentrazioni che pregiudichino una concorrenza effettiva, è garantito, in particolare, dalla ripartizione dell'onere della prova stabilita dal legislatore dell'Unione in materia di controllo delle concentrazioni.
- 245 L'inversione dell'onere della prova che deriverebbe dal riconoscimento di una presunzione secondo cui qualsiasi concentrazione comporti siffatti incrementi di efficienza nuocerebbe a tale equilibrio.
- 246 Ciò premesso, si deve constatare che il Tribunale è incorso in un errore di diritto nel considerare, ai punti da 277 a 279 della sentenza impugnata, che la Commissione avrebbe dovuto includere nella sua analisi quantitativa gli incrementi «standard» di efficienza propri di ogni concentrazione.
- 247 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre accogliere anche la seconda parte del quarto motivo di impugnazione e, di conseguenza, il quarto motivo di impugnazione nel suo insieme.

Sul quinto motivo di impugnazione

Argomenti delle parti

- 248 Con il suo quinto motivo di impugnazione, la Commissione imputa al Tribunale di non aver analizzato se l'insieme dei fattori rilevanti consentisse di ritenere che essa fosse riuscita, nel caso di specie, a dimostrare che la concentrazione prevista avrebbe comportato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Il Tribunale avrebbe erroneamente limitato il suo esame ad alcuni fattori a sostegno della prima teoria del pregiudizio e alla questione se, considerati separatamente, tali fattori fossero sufficienti a dimostrare un siffatto ostacolo. Così facendo, il Tribunale avrebbe snaturato la decisione controversa, sostituito la propria valutazione economica a quella della Commissione, applicato erroneamente i criteri giuridici rilevanti e violato il suo obbligo di motivazione.
- 249 La Commissione afferma, più precisamente, che il Tribunale avrebbe esaminato solo quattro dei fattori che suffragavano la prima teoria del pregiudizio dedotta nella decisione controversa. Più in particolare, il Tribunale avrebbe esaminato le dimensioni e l'evoluzione delle quote di mercato, la qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale», la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 e l'analisi quantitativa degli effetti della concentrazione.
- 250 Limitando in tal modo il suo esame e annullando su questo solo fondamento la decisione controversa il Tribunale non avrebbe valutato se questi quattro fattori, combinati con gli altri fattori e constatazioni contenuti nella decisione controversa, consentissero di concludere che la concentrazione prevista darebbe luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

- 251 Ai punti 149, da 171 a 173, 249 e 268 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe esaminato detti quattro fattori separatamente per stabilire se ciascuno di essi sarebbe sufficiente, di per sé, a dimostrare un siffatto ostacolo. Orbene, la Commissione non avrebbe affatto considerato nella decisione controversa che ciascuno di tali fattori, considerati separatamente, fosse sufficiente a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 252 Del resto, dal punto 26 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali risulterebbe che, considerati separatamente, i fattori di cui ai punti da 27 a 38 di tali orientamenti non sono necessariamente determinanti.
- 253 La CK Telecoms sostiene, anzitutto, che non spetterebbe al Tribunale, bensì alla Commissione procedere a una valutazione globale di tutti i fattori rilevanti che possono influire sulla probabilità che l'operazione di concentrazione comporti effetti non coordinati significativi. Pertanto, il quinto motivo di impugnazione sarebbe irricevibile e inoperante in particolare perché, con tale motivo, la Commissione chiederebbe, in sostanza, di dichiarare che il Tribunale deve colmare le lacune della decisione controversa e riesaminare la concentrazione prevista, il che non sarebbe compatibile con la portata del suo sindacato giurisdizionale.
- 254 Inoltre, secondo la CK Telecoms il Tribunale avrebbe esaminato tutti i fattori rilevanti relativi alla prima teoria del pregiudizio enunciata nella decisione controversa. A tale riguardo essa sottolinea che, al punto 139 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe correttamente rilevato che, all'udienza di discussione, la Commissione ha precisato che tale prima teoria si basava essenzialmente su tre fattori, ossia il fatto che la Three costituisce un'«importante forza concorrenziale», la prossimità della concorrenza tra la Three e la O2 e l'analisi quantitativa degli effetti della concentrazione prevista sui prezzi. Ad avviso della CK Telecoms, sarebbe stato quindi legittimo e logico che il Tribunale concentrasse il suo esame su tali elementi.
- 255 Infine, il Tribunale non avrebbe ritenuto che ciascuno dei fattori relativi alla prima teoria del pregiudizio della Commissione, considerati separatamente, dovesse essere sufficiente a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Infatti, esso avrebbe considerato che la Commissione non ha dimostrato che tali fattori siano sufficienti a ritenere che la concentrazione prevista comporti un siffatto ostacolo.

Giudizio della Corte

- 256 Per quanto riguarda l'argomento della CK Telecoms, secondo cui il quinto motivo di impugnazione sarebbe irricevibile e inoperante, si deve osservare che, con tale motivo, la Commissione solleva una questione di diritto la cui risposta può incidere sulla fondatezza della constatazione del Tribunale secondo cui tale istituzione non è riuscita a dimostrare, in modo giuridicamente adeguato, l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Infatti, con detto motivo la Commissione addebita, in sostanza, al Tribunale di aver annullato la decisione controversa senza aver proceduto a un'analisi globale o a una ponderazione di tutti i fattori rilevanti presi in considerazione nella decisione controversa, ma di essersi limitato ad esaminare taluni fattori che suffragavano, in particolare, la prima teoria del pregiudizio e il loro carattere sufficiente ai fini di tale analisi.
- 257 Occorre pertanto esaminare la fondatezza di tale quinto motivo di impugnazione.

- 258 A tale riguardo va ricordato che, come risulta dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 139/2004, nell'ambito del suo controllo di una concentrazione la Commissione deve tener conto della posizione sul mercato delle imprese partecipanti a tale concentrazione nonché del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utenti, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza.
- 259 Occorre altresì ricordare che i punti da 26 a 38 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali enunciano fattori che possono effettivamente influire sulla probabilità che da un'operazione di concentrazione derivino effetti non coordinati significativi.
- 260 Il punto 26 di tali orientamenti precisa giustamente al riguardo che tali fattori, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti. Inoltre, non è necessario che tutti questi fattori siano presenti perché sia probabile che si verifichino effetti non coordinati significativi.
- 261 In tale contesto, occorre considerare che detti fattori possono, in linea di principio, costituire indizi del fatto che un'operazione di concentrazione comporti effetti non coordinati significativi, che devono essere oggetto di una valutazione globale.
- 262 Pertanto, al fine di poter effettuare un sindacato giurisdizionale effettivo delle decisioni della Commissione che dichiarano una concentrazione incompatibile con il mercato interno, spetta al giudice dell'Unione, dopo aver esaminato la fondatezza delle censure dirette contro la valutazione, da parte della Commissione, dei fattori rilevanti e alla luce del risultato che ne deriva, valutare se tutti i fattori e gli elementi rilevanti sui quali si è basata la Commissione e che possono essere considerati dimostrati, compresi quelli non contestati, siano sufficienti a dimostrare l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Questa valutazione globale non implica che il giudice dell'Unione sia tenuto a procedere a un esame d'ufficio della fondatezza della valutazione di fattori o di altri elementi che non sono stati messi in discussione dalle parti del procedimento.
- 263 Nel caso di specie, per quanto riguarda la prima teoria del pregiudizio dedotta dalla Commissione, i punti da 128 a 136 della sentenza impugnata contengono una sintesi della decisione controversa.
- 264 Ai punti da 141 a 283 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato gli argomenti della CK Telecoms sollevati nell'ambito del primo motivo del ricorso in primo grado e vertenti, in sostanza, sui fattori che potevano influire sulla probabilità che la prevista concentrazione comportasse effetti non coordinati significativi, ossia l'analisi delle quote di mercato, la qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale», la valutazione della prossimità del rapporto di concorrenza tra le partecipanti alla concentrazione prevista, nonché l'analisi quantitativa degli effetti di tale concentrazione sui prezzi.
- 265 Al punto 154 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto la quarta parte del primo motivo del ricorso in primo grado. Come risulta, in sostanza, dal punto 152 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente in primo grado, la Commissione ha ritenuto, nella decisione controversa, che le dimensioni e l'evoluzione delle quote di mercato della Three e della O2 costituissero una prima indicazione del forte vincolo concorrenziale da esse esercitato, che sarebbe stato eliminato dalla concentrazione prevista.

- 266 Per contro, ai punti 176, 190, 198, 216, 226, 250 e 283 della sentenza impugnata, il Tribunale ha accolto talune censure e parti del primo motivo di ricorso, vertenti sulla qualificazione della Three come «importante forza concorrenziale», sulla valutazione della prossimità del rapporto concorrenziale tra la Three e la O2 e sull'analisi quantitativa degli effetti della concentrazione prevista sui prezzi.
- 267 Infine, ai punti da 284 a 291 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato e accolto la settima parte del primo motivo del ricorso in primo grado, secondo la quale la Commissione, da un lato, non avrebbe proceduto a una valutazione globale dell'esistenza di effetti non coordinati e, dall'altro, non avrebbe precisato su quale base essa ha concluso che gli asseriti ostacoli alla concorrenza derivanti dalla concentrazione prevista sarebbero significativi.
- 268 Orbene, per quanto riguarda la questione se la Commissione abbia effettuato, nel caso di specie, una valutazione globale dell'esistenza di effetti non coordinati, il Tribunale ha constatato, al punto 287 della sentenza impugnata, che nella decisione controversa la Commissione ha effettuato tale valutazione. Il Tribunale ha precisato che, al fine di dimostrare l'esistenza di effetti non coordinati sul mercato al dettaglio, tale istituzione ha esaminato in successione diversi fattori rilevanti.
- 269 Ciò premesso, il Tribunale non ha esaminato esso stesso se poteva ritenersi che la Commissione avesse dimostrato, in modo giuridicamente adeguato, l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva alla luce, da un lato, del risultato del suo esame dell'argomento della CK Telecoms in primo grado, vertente su alcuni dei fattori rilevanti, e, dall'altro, degli altri fattori e constatazioni rilevanti che hanno fatto parte dell'analisi globale della Commissione i quali, non essendo stati contestati, potevano quindi essere considerati dimostrati quali, ad esempio, la valutazione specifica del vincolo concorrenziale esercitato dalla O2, il probabile comportamento del soggetto risultante dalla concentrazione prevista, nonché la valutazione della posizione concorrenziale tanto degli operatori di telefonia mobile quanto degli operatori di reti mobili virtuali di cui ai punti da 778 a 1174 della decisione controversa.
- 270 In tali circostanze si deve giudicare che il Tribunale è incorso in un errore di diritto quando, in seguito al suo esame della fondatezza dei fattori e delle constatazioni contestati dalla CK Telecoms in primo grado e alla luce del risultato che ne deriva, non ha proceduto a una valutazione complessiva dei fattori e delle constatazioni rilevanti per verificare se la Commissione avesse dimostrato l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 271 Occorre dunque accogliere il quinto motivo di impugnazione.

Sul sesto motivo di impugnazione

- 272 Il sesto motivo di impugnazione si compone di due parti. Con la prima parte, la Commissione addebita al Tribunale di aver snaturato la decisione controversa per aver concluso, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che tale istituzione non aveva esaminato un eventuale peggioramento della qualità della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista. Con la seconda parte di tale motivo di impugnazione, la Commissione sostiene che il Tribunale avrebbe sollevato d'ufficio una censura che non figurava nella sesta parte del terzo motivo del ricorso in primo grado.

Sull'operatività del sesto motivo di impugnazione

– Argomenti delle parti

- 273 La CK Telecoms deduce che il sesto motivo sarebbe inoperante, in quanto la Commissione non metterebbe in discussione le principali considerazioni del Tribunale che l'hanno indotto a respingere la seconda teoria del pregiudizio della Commissione relativa agli accordi di condivisione di rete.
- 274 Da un lato, nell'ambito della presente impugnazione, la Commissione non avrebbe messo in discussione le considerazioni esposte ai punti 325, 330, 340, 344 e da 346 a 348 della sentenza impugnata, con le quali il Tribunale ha considerato, in sostanza, che la Commissione aveva erroneamente concluso che un possibile disallineamento degli interessi tra i partner di un accordo di condivisione di rete e la destabilizzazione duratura degli accordi di condivisione di rete potevano costituire, di per sé, un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, secondo una teoria del pregiudizio fondata su effetti non coordinati.
- 275 Dall'altro lato, nell'ambito della sua impugnazione, la Commissione non avrebbe contestato l'analisi del Tribunale contenuta ai punti da 362 a 397 della sentenza impugnata, relativa agli effetti della concentrazione di cui trattasi sulla BT/EE e sulla Vodafone.
- 276 Orbene, tutte queste considerazioni non contestate avrebbero indotto il Tribunale a respingere la seconda teoria del pregiudizio.
- 277 La Commissione sostiene che il sesto motivo di impugnazione sarebbe operante.

– Giudizio della Corte

- 278 In primo luogo occorre ricordare che, ai punti 325, 330, 340, 344 e da 346 a 348 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato la questione se la destabilizzazione duratura del buon funzionamento degli accordi di condivisione di rete a causa, in particolare, di un eventuale disallineamento degli interessi tra i partner di tali accordi potrebbe costituire, di per sé, un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 279 Orbene, la Commissione non ha ritenuto esistente un siffatto ostacolo esclusivamente sulla base di detto disallineamento degli interessi, essendo tale disallineamento degli interessi solo uno dei fattori presi in considerazione nella decisione controversa.
- 280 Pertanto, il fatto che la Commissione non contesti la constatazione del Tribunale secondo cui il disallineamento degli interessi tra i partner degli accordi di condivisione di rete, in quanto tale, era insufficiente a dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva non può rendere inoperante il sesto motivo d'impugnazione della Commissione.
- 281 In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento della CK Telecoms, secondo cui il sesto motivo di impugnazione sarebbe inoperante in quanto la Commissione non avrebbe contestato l'analisi del Tribunale di cui ai punti da 362 a 397 della sentenza impugnata, relativa agli effetti della concentrazione prevista sulla BT/EE e sulla Vodafone, occorre rilevare, come risulta segnatamente dal punto 361 di tale sentenza, che il Tribunale ha esaminato se l'analisi della Commissione relativa agli effetti della concentrazione sulla BT/EE e sulla Vodafone fosse

particolarmente solida e convincente. Orbene, il Tribunale ha ritenuto necessario procedere a tale esame partendo dalla premessa, esposta ai punti da 358 a 361 di detta sentenza e contestata nell'ambito della prima parte del presente motivo di impugnazione, secondo la quale la decisione controversa non conteneva un'analisi di «un peggioramento dei servizi offerti dall'entità risultate dalla fusione o della qualità della sua rete».

- 282 In tali circostanze, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 181 delle sue conclusioni, poiché le considerazioni del Tribunale contenute ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata costituiscono il fondamento della valutazione degli effetti della concentrazione prevista sulla BT/EE e sulla Vodafone, effettuata ai punti da 362 a 397 di tale sentenza, il fatto che la Commissione non contesti direttamente tale valutazione del Tribunale non può rendere inoperante il sesto motivo di impugnazione.
- 283 Occorre, di conseguenza, respingere l'argomento della CK Telecoms vertente sul carattere inoperante del sesto motivo di impugnazione ed esaminare la fondatezza di tale motivo.

Sulla prima parte

– Argomenti delle parti

- 284 Con la prima parte del suo sesto motivo di impugnazione, la Commissione sostiene che il Tribunale, ritenendo, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che la Commissione non abbia proceduto alla valutazione di un possibile deterioramento della qualità della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista, avrebbe snaturato la decisione controversa e avrebbe concluso erroneamente che la seconda teoria del pregiudizio doveva essere respinta.
- 285 A tale riguardo, la Commissione sottolinea che la probabile riduzione degli incentivi degli operatori di telefonia mobile, compreso il soggetto risultante dalla concentrazione prevista, a investire nel miglioramento della qualità delle reti a causa di tale concentrazione costituirebbe un elemento fondamentale dell'analisi contenuta nella decisione controversa.
- 286 In primo luogo, dai punti da 1293 a 1297 della decisione controversa risulterebbe che la Commissione ha esaminato l'ipotesi principale di una probabile riduzione dell'incentivo del soggetto risultante dalla concentrazione prevista a investire nel miglioramento della qualità della sua rete, rispetto alla situazione precedente a tale concentrazione.
- 287 In secondo luogo, la Commissione avrebbe esaminato diversi scenari possibili, fondati principalmente sui piani di consolidamento delle reti prospettati dalla Three. Da un lato, dai punti da 1558 a 1562 della decisione controversa risulterebbe che la Commissione ha esaminato la riduzione degli incentivi del soggetto risultante dalla concentrazione prevista a investire nell'ambito del piano [A]. Dall'altro lato, dai punti da 1732 a 1742 di tale decisione risulterebbe che la Commissione ha esaminato, nell'ambito del piano [B], una riduzione dell'investimento globale nelle reti a causa dell'accresciuta trasparenza degli investimenti realizzati da ciascun operatore di rete mobile, compresi gli investimenti del soggetto risultante dalla concentrazione prevista.
- 288 In tale contesto, la Commissione afferma di aver valutato il rischio di riduzione della qualità della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista, nonché la riduzione della pressione concorrenziale sugli altri operatori di telefonia mobile che ne risulterebbe.

- 289 La CK Telecoms replica che il Tribunale non avrebbe snaturato il contenuto della decisione controversa e non avrebbe ignorato i punti di tale decisione ai quali la Commissione fa riferimento.
- 290 Tale società sottolinea che, per comprendere gli argomenti della Commissione, occorrerebbe tener conto della struttura della seconda teoria del pregiudizio.
- 291 A questo proposito, detta società ricorda che tale teoria del pregiudizio comporterebbe due sub-teorie relative agli accordi di condivisione di rete. La prima riguarderebbe l'eventuale riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti (BT/EE e/o Vodafone) sul soggetto risultante dalla concentrazione prevista (Three), mentre la seconda sub-teoria riguarderebbe la situazione di condivisione di rete risultante da tale concentrazione, che aumenterebbe la trasparenza globale e ridurrebbe gli investimenti a livello del settore delle infrastrutture di rete.
- 292 La Commissione avrebbe esaminato queste due sub-teorie del pregiudizio alla luce dei piani di consolidamento della rete presentati dalla CK Telecoms.
- 293 In tale contesto, secondo detta società, i punti della decisione controversa ai quali la Commissione rinvia e che, secondo tale istituzione, comprendono un'analisi del deterioramento della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista, si riferirebbero non alla prima sub-teoria del pregiudizio, bensì alla seconda.
- 294 Orbene, i punti da 358 a 361 della sentenza impugnata farebbero parte dell'analisi effettuata dal Tribunale della prima sub-teoria del pregiudizio, relativa a una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti, vale a dire la BT/EE e/o la Vodafone, sul soggetto risultante dalla concentrazione prevista.
- 295 Pertanto, non si potrebbe addebitare al Tribunale di non aver tenuto conto, in detti punti, dei punti della decisione controversa ai quali la Commissione rinvia e di aver in tal modo snaturato tale decisione.
- 296 In tali circostanze la CK Telecoms precisa che il Tribunale avrebbe esaminato e respinto la seconda sub-teoria del pregiudizio non ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, bensì ai punti da 398 a 418 di tale sentenza e che esso avrebbe tenuto conto proprio dei punti della decisione controversa, ai quali la Commissione rinvia segnatamente ai punti da 400 a 403 di detta sentenza.

– *Giudizio della Corte*

- 297 Con la prima parte del sesto motivo di impugnazione la Commissione afferma, in sostanza, che il Tribunale, ritenendo, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che la Commissione abbia ommesso di valutare un possibile deterioramento della qualità della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista, avrebbe snaturato la decisione controversa e avrebbe concluso erroneamente che la seconda teoria del pregiudizio doveva essere respinta.
- 298 In via preliminare occorre ricordare che, come risulta dal punto 292 della sentenza impugnata, nel corso del procedimento amministrativo la Three ha presentato due piani di consolidamento delle reti, ossia il «piano [A]» e il «piano [B]». Tali piani erano basati sui due accordi di condivisione di rete menzionati al punto 18 della presente sentenza, vale a dire, da un lato, l'accordo MBNL,

concluso tra la BT/EE e la Three, e, dall'altro, l'accordo Beacon, concluso tra la Vodafone e la O2. Mediante detti accordi, gli operatori summenzionati avevano consolidato le loro rispettive reti al fine di poter condividere i costi di installazione continuando nel contempo a farsi concorrenza sul mercato al dettaglio. Secondo tali piani, il soggetto risultante dalla concentrazione prevista non avrebbe dovuto mantenere due reti separate a lungo termine, ma si prevedeva la creazione di una sola rete consolidata.

- 299 Al punto 295 della sentenza impugnata il Tribunale ha precisato che, nell'ambito della seconda teoria del pregiudizio relativa agli accordi di condivisione di rete, la Commissione ha sviluppato due sub-teorie.
- 300 Dal punto 298 di tale sentenza risulta che la prima sub-teoria consiste, in sostanza, nel ritenere che, a seguito della concentrazione prevista, vi sarebbe una riduzione della pressione concorrenziale esercitata dagli altri concorrenti (la BT/EE e/o la Vodafone) sul soggetto risultante da tale concentrazione (la Three).
- 301 Per quanto riguarda la seconda sub-teoria, dal punto 299 di detta sentenza risulta che tale sub-teoria consiste, in sostanza, nel considerare che la situazione di condivisione di rete che risulterebbe dalla concentrazione prevista condurrebbe a una riduzione degli investimenti a livello del settore delle infrastrutture di rete. Infatti, al punto 1233 della decisione controversa, la Commissione afferma che tale concentrazione potrebbe comportare una riduzione delle sinergie, che lederebbe i partner degli accordi di condivisione di rete e consentirebbe al soggetto risultante dalla stessa di tenere un comportamento opportunistico in materia di investimenti il che ridurrebbe gli investimenti, a livello di settore e, di conseguenza, il livello di concorrenza effettiva che sarebbe prevalso in mancanza della suddetta concentrazione.
- 302 In tale contesto, occorre rilevare che, dopo avere sottolineato, ai punti da 1235 a 1243 della decisione controversa, l'importanza di un allineamento degli interessi tra i partner di un accordo di condivisione di rete, è alla luce di tali due sub-teorie del pregiudizio che la Commissione ha esaminato, ai punti da 1244 a 1784 della decisione stessa, i piani di consolidamento delle reti.
- 303 Ai punti da 1293 a 1297 di tale decisione, la Commissione ha poi esaminato l'ipotesi principale di una probabile riduzione dell'incentivo, per il soggetto risultante dalla concentrazione prevista, a investire nel miglioramento della qualità della sua rete rispetto alla situazione precedente a tale concentrazione.
- 304 I potenziali sviluppi del mercato a seguito della concentrazione prevista sono illustrati ai punti da 1368 a 1784 della decisione controversa, i cui punti da 1391 a 1567 riguardano gli effetti del piano [A] e i punti da 1598 a 1749 vertono su quelli del piano [B]. La Commissione ha quindi esaminato gli effetti di questi piani, in primo luogo, su BT/EE e in particolare sulla rete MBNL, in secondo luogo, sulla Vodafone e in particolare sulla rete Beacon e, in terzo luogo, sull'investimento complessivo nelle reti interessate.
- 305 Nell'ambito della sua analisi dell'impatto dei suddetti piani sull'investimento complessivo nelle reti mobili, la Commissione ha rilevato, segnatamente, ai punti da 1556 a 1562 e da 1732 a 1742 della decisione controversa, che l'accresciuta trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile potrebbe ridurre il loro incentivo a investire nelle reti e potrebbe avere dunque un significativo impatto negativo sugli investimenti in tali reti a livello di settore.

- 306 In particolare, da un lato, ai punti da 1559 a 1561 e 1734 della decisione controversa, la Commissione ha constatato in sostanza che, a causa di tale accresciuta trasparenza, il soggetto risultante dalla concentrazione prevista poteva essere informato di investimenti da parte della BT/EE in una tecnologia a favore della rete MBNL e decidere quindi di attuare essa stessa una siffatta tecnologia a favore della rete Beacon *[riservato]*. Secondo la decisione controversa, la Vodafone potrebbe venire a conoscenza del fatto che il soggetto risultante dalla concentrazione prevista intende attuare tale tecnologia e quindi essere incentivata a rinunciare a procedere a siffatti investimenti tecnologici fino a quando tale soggetto non lo faccia.
- 307 Dall'altro lato, ai punti 1735 e 1736 di tale decisione la Commissione ha ritenuto che, in forza del piano [B], il soggetto risultante dalla concentrazione prevista potrebbe essere informato degli investimenti previsti dalla BT/EE o dalla Vodafone ed essere indotto ad effettuare investimenti analoghi, nella parte tanto orientale quanto occidentale del Regno Unito *[riservato]*. Al punto 1737 di detta decisione, essa ha concluso che l'accresciuta trasparenza comporterebbe il rischio che la BT/EE e la Vodafone attendano che il soggetto risultante dalla concentrazione prevista effettui tali investimenti in materia di sviluppo di nuove tecnologie importanti, prima di investire a loro volta.
- 308 In tale contesto, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 189 delle sue conclusioni, si deve giudicare che la Commissione ha effettuato un'analisi del possibile deterioramento della qualità tanto della rete MBNL quanto della rete Beacon. Nell'effettuare tale analisi, la Commissione è partita dalla premessa, enunciata al punto 1275 della decisione controversa, secondo cui un altro mezzo per ridurre la pressione concorrenziale esercitata da un partner di un accordo di condivisione di rete consiste nel deteriorare la qualità della rete, impedendo o ritardando gli investimenti nella rete da parte di un altro partner di tale accordo. Ne consegue che la Commissione ha considerato fin dall'inizio che la riduzione della pressione concorrenziale potrebbe consistere, in particolare, in un siffatto deterioramento da parte del soggetto risultante dalla concentrazione prevista della qualità della propria rete.
- 309 Ciò premesso, si deve constatare che dalla decisione controversa risulta che la Commissione ha proceduto alla valutazione di un possibile deterioramento della qualità della rete del soggetto risultante dalla concentrazione prevista.
- 310 Pertanto, constatando, ai punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva effettuato una siffatta valutazione, il Tribunale ha snaturato tale decisione.
- 311 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 191 delle sue conclusioni, tale constatazione non può essere inficiata dall'argomento della CK Telecoms secondo cui, tenuto conto della struttura della decisione controversa, la Commissione avrebbe valutato gli effetti dei piani [A] e [B] sull'investimento complessivo nelle rispettive reti sotto due titoli distinti.
- 312 È vero che, poiché le valutazioni della Commissione relative agli effetti del piano [A] e del piano [B] sull'investimento globale nelle rispettive reti sono state effettuate in due sezioni di detta decisione, intitolate, rispettivamente, «Gli effetti del piano [A] sull'investimento complessivo nelle reti», e «Gli effetti del piano [B] sull'investimento complessivo nelle reti», esse possono sembrare più strettamente connesse alla seconda sub-teoria del pregiudizio. Inoltre, i punti da 358 a 361 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione, illustrano considerazioni generali del Tribunale relative alla prima sub-teoria del pregiudizio, secondo la quale sarebbe osservabile una riduzione delle pressioni concorrenziali esercitate sui concorrenti del soggetto risultante dalla concentrazione prevista. Tuttavia, nella sua analisi degli effetti dei due piani di consolidamento

delle reti sulla BT/EE e sulla Vodafone nonché sull'investimento complessivo in tali reti, la Commissione non ha operato distinzioni in funzione della sub-teoria avanzata ma, al contrario, ha effettuato riferimenti incrociati alle diverse parti rilevanti della decisione controversa.

- 313 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve accogliere la prima parte del sesto motivo di impugnazione.

Sulla seconda parte

– Argomenti delle parti

- 314 Con la seconda parte del suo sesto motivo di impugnazione la Commissione, pur invocando un difetto di motivazione, afferma in sostanza che, per accogliere, al punto 417 della sentenza impugnata, la sesta parte del terzo motivo del ricorso in primo grado della CK Telecoms, il Tribunale avrebbe esaminato d'ufficio una questione non sollevata da tale società e che, di conseguenza, il ragionamento di cui ai punti da 408 a 416 della sentenza impugnata non corrisponderebbe alle censure della CK Telecoms formulate nell'ambito di tale parte.
- 315 A tale riguardo la Commissione ricorda che, con la sesta parte del suo terzo motivo del ricorso in primo grado, la CK Telecoms aveva dedotto, da un lato, che la Commissione sarebbe incorsa in un errore di diritto qualificando come effetto non coordinato l'eventuale riduzione degli investimenti globali risultante da una maggiore trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile e, dall'altro, che la Commissione non avrebbe tenuto pienamente conto degli impegni formulati dalla CK Telecoms.
- 316 Secondo la Commissione, i motivi esposti ai punti da 398 a 416 della sentenza impugnata non consentirebbero di comprendere le ragioni per le quali il Tribunale ha dichiarato, al punto 417 di tale sentenza, che la Commissione è incorsa in un errore di diritto qualificando l'eventuale riduzione degli investimenti globali risultante da una maggiore trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile come effetto non coordinato.
- 317 La Commissione precisa che, ai punti da 408 a 416 di detta sentenza, il Tribunale avrebbe affrontato d'ufficio un'altra questione, non sollevata dalla CK Telecoms in primo grado, ossia se la Commissione abbia omissis di enunciare, nella decisione controversa, il contesto temporale adeguato nel quale essa intendeva dimostrare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 318 In tali circostanze, la Commissione sostiene che il ragionamento del Tribunale esposto ai punti da 404 a 416 della sentenza impugnata non corrisponderebbe alla constatazione cui esso è giunto al punto 417 della sentenza impugnata. Tale sentenza non conterrebbe quindi alcun ragionamento relativo alla questione, se la Commissione abbia erroneamente qualificato l'eventuale riduzione degli investimenti globali risultante da una maggiore trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile come effetto non coordinato, e se essa sia incorsa in errori manifesti di valutazione nella sua analisi dell'impatto della concentrazione sugli investimenti a livello del settore.

- 319 La CK Telecoms replica che il Tribunale avrebbe esposto in modo chiaro ed esaustivo il ragionamento che l'ha condotto a respingere la seconda sub-teoria del danno, consentendo agli interessati di conoscere i motivi della decisione del Tribunale, e alla Corte di esercitare il suo sindacato.
- 320 A tale riguardo, la CK Telecoms deduce, in primo luogo, che, al punto 408 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe considerato che la Commissione non aveva precisato il periodo in cui riteneva che si sarebbe verificato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Per giungere a tale constatazione al punto 415 di detta sentenza, il Tribunale avrebbe ritenuto che l'analisi degli effetti di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico nel settore delle telecomunicazioni, che necessita di investimenti a lungo termine e in cui i consumatori sono di frequente legati da contratti pluriennali, è un'analisi prospettica dinamica che deve tener conto di eventuali effetti coordinati o unilaterali su un lasso di tempo relativamente esteso in futuro.
- 321 In secondo luogo, il Tribunale avrebbe ritenuto che la Commissione non abbia specificato quale dei molteplici scenari di consolidamento delle reti previsti nella decisione controversa fosse il più probabile.
- 322 A questo proposito, ai punti da 410 a 413 della sentenza impugnata il Tribunale avrebbe stabilito che, indipendentemente dal piano di consolidamento delle reti alla fine adottato dalle partecipanti alla concentrazione prevista, il soggetto risultante da tale concentrazione non manterrebbe due reti separate a lungo termine. Tale soggetto si concentrerebbe dunque, a lungo termine, su uno dei due accordi di condivisione di rete.
- 323 In tali circostanze, il Tribunale avrebbe giustamente ritenuto che la seconda sub-teoria del pregiudizio dovesse essere respinta in quanto fondata sull'ipotesi – contraria ai fatti accertati dal Tribunale – dell'esistenza a lungo termine di due reti separate.

– *Giudizio della Corte*

- 324 Dalle norme che disciplinano il procedimento dinanzi ai giudici dell'Unione, segnatamente dall'articolo 21 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea nonché dall'articolo 76 e dall'articolo 84, paragrafo 1, del regolamento di procedura del Tribunale, emerge che, in linea di principio, la controversia è determinata e circoscritta dalle parti e che il giudice dell'Unione non può statuire ultra petita (v., in tal senso, sentenza del 10 dicembre 2013, Commissione/Irlanda e a., C-272/12 P, EU:C:2013:812, punto 27).
- 325 Sebbene taluni motivi possano, o anche debbano, essere rilevati d'ufficio, quale un difetto o un'insufficienza di motivazione della decisione di cui trattasi, rientrando nelle forme sostanziali, un motivo vertente sulla legalità sostanziale della predetta decisione, riconducibile alla violazione dei Trattati o di qualsiasi norma di diritto relativa alla loro applicazione, ai sensi dell'articolo 263 TFUE, può invece essere esaminato dal giudice dell'Unione solo se è dedotto dal ricorrente (sentenza del 10 dicembre 2013, Commissione/Irlanda e a., C-272/12 P, EU:C:2013:812, punto 28).
- 326 Nel caso di specie occorre rilevare che, con la sesta parte del suo terzo motivo del ricorso in primo grado, la CK Telecoms aveva dedotto, da un lato, che la Commissione è incorsa in un errore di diritto qualificando l'eventuale riduzione degli investimenti globali risultante da una maggiore

trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile come effetto non coordinato e, dall'altro, che la Commissione non ha tenuto pienamente conto degli impegni formulati dalla CK Telecoms.

- 327 Ai punti da 398 a 401 della sentenza impugnata il Tribunale ha ricordato, in sostanza, tale sesta parte del terzo motivo di ricorso nonché l'argomentazione della Commissione. Ai punti da 402 a 407 della suddetta sentenza, il Tribunale ha esaminato i punti della decisione controversa vertenti sull'eventuale riduzione degli investimenti globali nelle reti a causa dell'accresciuta trasparenza degli investimenti tra gli operatori di telefonia mobile che risulterebbe dalla concentrazione prevista.
- 328 Orbene, in tale contesto, anziché esaminare se la Commissione abbia erroneamente qualificato tale eventuale riduzione degli investimenti come effetto non coordinato e se essa non abbia pienamente tenuto conto degli impegni formulati dalla CK Telecoms, il Tribunale ha considerato, al punto 408 della sentenza impugnata, che, nel caso di specie, esso si trovava di fronte a «una particolare difficoltà» connessa al sindacato giurisdizionale che esso doveva esercitare sulla decisione controversa, in quanto la Commissione aveva omesso di indicare il contesto temporale adeguato nel quale intendeva dimostrare la sussistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 329 Al punto 410 della sentenza impugnata tale giudice ha rilevato in sostanza che, nella decisione controversa, il lungo termine non è stato considerato dalla Commissione come il contesto temporale adeguato per valutare gli effetti della concentrazione prevista.
- 330 A tale riguardo il Tribunale ha precisato, al punto 415 di detta sentenza, che l'analisi degli effetti di un'operazione di concentrazione su un mercato oligopolistico nel settore delle telecomunicazioni, che necessita di investimenti a lungo termine e in cui i consumatori sono di frequente legati da contratti pluriennali, è un'analisi prospettica dinamica che deve tener conto di eventuali effetti coordinati o unilaterali su un lasso di tempo relativamente esteso in futuro.
- 331 Il Tribunale ha concluso, in sostanza, ai punti 416 e 417 della sentenza impugnata, che, alla luce del fatto che le partecipanti alla concentrazione non manterrebbero a lungo termine due reti separate, la Commissione era incorsa in un errore di diritto nel qualificare come effetto non coordinato l'impatto di una trasparenza più stringente sull'investimento complessivo nelle reti, «fondandosi [la seconda sub-teoria] sull'ipotesi [errata] dell'esistenza di due reti separate».
- 332 Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 200 delle sue conclusioni, è giocoforza constatare che, nelle sue memorie in primo grado, la CK Telecoms non ha addebitato alla Commissione di aver omesso di precisare o analizzare il contesto temporale adeguato nel quale tale istituzione intendeva dimostrare la sussistenza di effetti non coordinati e di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva.
- 333 Si deve quindi constatare che, senza esaminare le censure presentate dalla CK Telecoms nell'ambito del motivo in questione, il Tribunale ha sollevato d'ufficio la censura relativa alla mancanza di precisione del contesto temporale e dell'analisi degli effetti non coordinati a lungo termine.
- 334 Orbene, è evidente che tale censura non può essere qualificata come motivo di ordine pubblico ai sensi della giurisprudenza della Corte richiamata al punto 325 della presente sentenza.

- 335 Pertanto, dal momento che, per accogliere, al punto 417 della sentenza impugnata, la sesta parte del terzo motivo del ricorso in primo grado della CK Telecoms, il Tribunale ha sollevato d'ufficio, ai punti da 408 a 416 della sentenza impugnata, una censura che non può essere qualificata come motivo di ordine pubblico e, di conseguenza, il ragionamento che figura in tali punti non corrisponde alle censure della CK Telecoms formulate nell'ambito di tale parte, si deve ritenere che tale giudice sia incorso in un errore di diritto.
- 336 Di conseguenza, la seconda parte del sesto motivo di impugnazione è fondata e il sesto motivo deve pertanto essere accolto integralmente.
- 337 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono e tenuto conto dell'ampiezza, della natura e della portata degli errori in cui il Tribunale è incorso, individuati nella presente sentenza, i quali incidono sul ragionamento del Tribunale nel suo insieme, la sentenza impugnata deve essere annullata.

Sul rinvio della causa dinanzi al Tribunale

- 338 In conformità all'articolo 61 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quando l'impugnazione è accolta, la Corte annulla la decisione del Tribunale. In tal caso, essa può statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta, oppure rinviare la causa dinanzi al Tribunale, affinché sia decisa da quest'ultimo.
- 339 Nel caso di specie, dai punti 291, 397, 417, 418, 454 e 455 della sentenza impugnata risulta che, avendo accolto i motivi del ricorso in primo grado elencati al punto 41 della presente sentenza, il Tribunale ha annullato la decisione controversa e ha ritenuto che non occorresse esaminare la sesta parte del primo motivo di ricorso, vertente sul fatto che la Commissione avrebbe erroneamente ritenuto che gli incentivi a competere, per il soggetto risultante dalla concentrazione prevista, sarebbero probabilmente inferiori a quelli della Three e della O2 prima di tale concentrazione. Esso non ha neppure esaminato il secondo motivo di ricorso, riguardante la valutazione dello scenario controfattuale effettuata dalla Commissione, sul quale si fonderebbe la valutazione dei mercati al dettaglio e all'ingrosso né la seconda e la settima parte del terzo motivo di ricorso, vertente, da un lato, sull'evoluzione dei due accordi di condivisione di rete esistenti nello scenario controfattuale e, dall'altro, sulla valutazione degli impegni relativi alla condivisione di rete. Il Tribunale non si è neppure pronunciato sulla quarta, quinta e sesta parte del quarto motivo di ricorso vertenti, rispettivamente, sulla valutazione della Commissione secondo cui il soggetto risultante dalla concentrazione prevista sarebbe stato meno indotto ad affrontare la concorrenza, sulla valutazione di tale istituzione secondo cui i concorrenti di detto soggetto non avrebbero avuto né la capacità né gli incentivi necessari per concorrere con esso, nonché sulla presa in considerazione, da parte della Commissione, di talune affermazioni di terzi. Infine, il Tribunale non si è pronunciato sul quinto motivo del ricorso in primo grado, con il quale CK Telecoms ha contestato la valutazione da parte della Commissione di alcuni suoi impegni.
- 340 I motivi che non sono stati esaminati dal Tribunale implicano l'esame di diverse questioni di fatto e di diritto sulla base di elementi che, da un lato, non sono stati valutati dal Tribunale nella sentenza impugnata e, dall'altro, non sono stati discussi dinanzi alla Corte. Inoltre, la natura e la portata degli errori in cui il Tribunale è incorso, individuati nella presente sentenza, sono tali per cui l'esame dei motivi dedotti in primo grado, viziato da tali errori, richiede essenzialmente che il Tribunale proceda a una nuova analisi di tali motivi di ricorso, che differisca sostanzialmente da quella contenuta nella sentenza impugnata.

341 In tale contesto, occorre constatare che, nel caso di specie, la Corte non dispone degli elementi necessari per statuire definitivamente sull'insieme dei motivi dedotti in primo grado.

342 Ciò premesso, la causa deve essere rinviata al Tribunale, riservando la decisione sulle spese.

Sulle spese

343 Dato che la causa è stata rinviata dinanzi al Tribunale, occorre riservare la decisione sulle spese.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

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

Firme