



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ATHANASIOS RANTOS

presentate il 7 luglio 2022¹

Causa C-42/21 P

**Lietuvos geležinkeliai AB
contro**

Commissione europea

«Impugnazione – Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Mercato del trasporto ferroviario di merci – Decisione che constata un'infrazione all'articolo 102 TFUE – Accesso alle infrastrutture gestite dalla società nazionale delle ferrovie della Lituania – Smantellamento di un tratto di binario – Nozione di “abuso” – Giurisprudenza Bronner – Indispensabilità dell'accesso – Intento anticoncorrenziale – Esercizio della competenza estesa al merito – Riduzione dell'importo dell'ammenda»

I. Introduzione

1. Con la sua impugnazione, la Lietuvos geležinkeliai AB (in prosieguo: la «LG») chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 18 novembre 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commissione (T-814/17; in prosieguo: la «sentenza impugnata», EU:T:2020:545), con la quale quest'ultimo, da un lato, ha respinto il suo ricorso nella parte in cui era inteso all'annullamento della decisione C(2017) 6544 final della Commissione, del 2 ottobre 2017, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 TFUE (caso AT.39813 – Ferrovie baltiche) (in prosieguo: la «decisione controversa»), e, dall'altro, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, ha ridotto l'importo dell'ammenda inflitta mediante tale decisione alla LG fissandola ad EUR 20 068 650.

2. Nella specie, la decisione controversa aveva accertato un abuso di posizione dominante che consisteva nella rimozione, da parte della LG, impresa ferroviaria nazionale della Lituania e gestore delle sue infrastrutture ferroviarie, di un tratto di binario di 19 km, situato in Lituania e che si estendeva fino alla frontiera con la Lettonia (in prosieguo: il «binario»). Secondo la Commissione, tale rimozione era stata idonea ad impedire ad un'impresa ferroviaria concorrente stabilita in Lettonia di entrare nel mercato lituano della prestazione di servizi di trasporto ferroviario di prodotti petroliferi, o, quantomeno, aveva reso tale ingresso più difficile.

3. I primi tre motivi della presente impugnazione sono diretti, in sostanza, avverso la valutazione, da parte del Tribunale, dell'esistenza di un abuso di posizione dominante. Il quarto motivo dell'impugnazione verte sulla valutazione dell'importo dell'ammenda.

¹ Lingua originale: il francese.

4. La presente impugnazione, da un lato, offre alla Corte l'occasione di precisare la propria giurisprudenza relativa ai criteri applicabili alla constatazione di un abuso di posizione dominante e, più specificamente, di proseguire il chiarimento della portata della giurisprudenza risultante dalla sentenza del 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97; in prosieguo: la «sentenza Bronner», EU:C:1998:569), relativa ai criteri che consentono di qualificare come «pratica abusiva» un diniego di accesso o di fornitura da parte di un'impresa detentrica di una posizione dominante. Dall'altro lato, tale impugnazione consente parimenti di ricavare constatazioni utili concernenti l'esercizio della competenza estesa al merito da parte del Tribunale.

II. Fatti

5. I fatti nonché il contenuto della decisione controversa sono illustrati ai punti da 1 a 48 della sentenza impugnata. Ai fini della presente impugnazione, essi possono essere riassunti come segue.

A. Contesto di fatto

6. La LG è la società nazionale delle ferrovie della Lituania, un'impresa pubblica con sede in tale Stato membro, il cui azionista unico è lo Stato lituano. In quanto impresa verticalmente integrata, la LG è nel contempo gestore delle infrastrutture ferroviarie, che restano tuttavia di proprietà dello Stato lituano, e prestatore di servizi di trasporto ferroviario in Lituania.

7. L'Orlen Lietuva AB (in prosieguo: l'«Orlen») è un'impresa con sede in Lituania, specializzata nella raffinazione di petrolio grezzo e nella distribuzione di prodotti petroliferi raffinati. L'Orlen è una società figlia al 100% dell'impresa polacca PKN Orlen SA. Nell'ambito delle sue attività, l'Orlen gestisce vari impianti in Lituania, tra cui un'importante raffineria (in prosieguo: la «raffineria»), sita in Bugeniai, nel distretto di Mažeikiai, nel nord-ovest della Lituania, in prossimità della frontiera con la Lettonia. Tale raffineria è l'unico impianto di questo tipo nei tre Stati baltici. Alla fine degli anni 2000, il 90% dei prodotti petroliferi raffinati provenienti da tale raffineria era trasportato per ferrovia, il che faceva così dell'Orlen uno dei clienti più importanti della LG.

8. All'epoca, l'Orlen produceva, in seno alla raffineria, circa 8 milioni di tonnellate di prodotti petroliferi raffinati all'anno. I tre quarti di tale produzione erano destinati all'esportazione, principalmente via mare verso i paesi dell'Europa occidentale. Così, da 4,5 a 5,5 milioni di tonnellate di prodotti petroliferi raffinati erano trasportate attraverso la Lituania, per ferrovia, verso il terminale marittimo di Klaipėda (Lituania). Il resto della produzione esportata, ossia da 1 a 1,5 milioni di tonnellate circa, era trasportato, sempre per ferrovia, verso o attraverso la Lettonia ed era principalmente destinato al consumo sui mercati interni estoni e lettoni. Circa il 60% di tale produzione trasportata per ferrovia verso o attraverso la Lettonia percorreva la linea ferroviaria «Bugeniai-Mažeikiai-Rengė», un tragitto che andava dalla raffineria, situata in prossimità del nodo ferroviario di Mažeikiai, alla città di Rengė (Lettonia), di cui 34 km erano situati in territorio lituano (in prosieguo: il «tragitto breve verso la Lettonia»). Il resto di tale produzione trasportata per ferrovia verso o attraverso la Lettonia percorreva la linea ferroviaria «Bugeniai-Kužiai-Joniškis-Meitene», un tragitto più lungo, di cui 152 km erano situati in territorio lituano (in prosieguo: il «tragitto lungo verso la Lettonia»).

9. Al fine di trasportare i propri prodotti sul tragitto breve verso la Lettonia, l'Orlen faceva ricorso ai servizi della LG per la parte lituana del tragitto, e cioè dalla raffineria alla frontiera lettone. La LG aveva allora stipulato un contratto di subfornitura con la Latvijas dzelzceļš, la società nazionale delle ferrovie della Lettonia (in prosieguo: la «LDZ»), per il trasporto su tale parte lituana del tragitto. Non disponendo delle autorizzazioni regolamentari necessarie per esercitare le proprie attività in maniera indipendente sul territorio lituano, la LDZ operava in qualità di subfornitore della LG. Passata la frontiera lituana, la LDZ proseguiva il trasporto dei prodotti dell'Orlen sul territorio lettone in forza di vari contratti.

10. I rapporti commerciali tra l'Orlen e la LG in ordine ai servizi di trasporto di quest'ultima sulla rete ferroviaria lituana, compresi i servizi di trasporto sul tragitto breve verso la Lettonia, erano disciplinati da un accordo firmato nel 1999 (in prosieguo: l'«accordo del 1999»). Oltre a disciplinare le tariffe applicate dalla LG per i servizi di trasporto, l'accordo del 1999 conteneva in particolare un impegno specifico da parte della LG di trasportare le merci dell'Orlen sul tragitto breve verso la Lettonia per tutta la durata dell'accordo, ossia sino al 2024.

11. All'inizio dell'anno 2008 sorgeva una controversia commerciale tra la LG e l'Orlen per quanto riguardava le tariffe corrisposte da quest'ultima per il trasporto dei suoi prodotti petroliferi. A motivo di tale controversia commerciale, l'Orlen prendeva in considerazione la possibilità di stipulare direttamente un contratto con la LDZ per i servizi di trasporto ferroviario delle sue merci sul tragitto breve verso la Lettonia nonché di dirottare le sue attività di esportazione marittime in partenza da Klaipėda, in Lituania, verso i terminali marittimi di Riga e di Ventspils, in Lettonia.

12. Il 12 giugno 2008 si teneva una riunione tra la LG e l'Orlen, nel corso della quale veniva menzionato tale progetto di spostamento delle attività di esportazione dell'Orlen. Inoltre, poiché l'Orlen aveva deciso unilateralmente di applicare un tasso inferiore a quello richiesto dalla LG, quest'ultima, il 17 luglio 2008, avviava un procedimento arbitrale contro l'Orlen.

13. Il 28 luglio 2008 la LG informava l'Orlen della risoluzione dell'accordo del 1999 a decorrere dal 1° settembre 2008. L'Orlen precisava, nel corso del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, che la risoluzione dell'accordo del 1999 a decorrere dal 1° settembre 2008 era stata annunciata dalla LG tre giorni dopo che essa aveva formalmente richiesto alla LDZ un preventivo al fine di sostituire i servizi della LG per il trasporto, dalla raffineria e utilizzando il tragitto breve verso la Lettonia, di circa 4,5-5 milioni di tonnellate di prodotti petroliferi raffinati verso i terminali marittimi situati sul territorio lettone. L'Orlen faceva intendere altresì che la LG poteva essere stata informata della richiesta di preventivo direttamente dalla LDZ.

14. Il 2 settembre 2008, a seguito della scoperta di una deformazione del binario di alcune decine di metri (in prosieguo: la «deformazione»), la LG, facendo valere principalmente motivi di sicurezza, sospendeva il traffico sul binario tra Mažeikiai e la frontiera con la Lettonia.

15. Il 3 settembre 2008, la LG nominava una commissione ispettiva composta da dirigenti della sua sede locale al fine di indagare sulle cause della deformazione. La commissione ispettiva presentava due relazioni, e cioè la relazione d'indagine del 5 settembre 2008 e la relazione tecnica dello stesso giorno.

16. Secondo la relazione d'indagine del 5 settembre 2008, la deformazione sarebbe stata provocata dal deterioramento fisico di numerosi componenti strutturali del binario. Tale relazione d'indagine confermava altresì che il traffico doveva rimanere sospeso «sino a quando tutti i lavori di ripristino e di riparazione non fossero ultimati».

17. Le osservazioni contenute nella relazione d'indagine del 5 settembre 2008 venivano confermate dalla relazione tecnica dello stesso giorno, la quale si riferiva unicamente al sito della deformazione e individuava la causa di quest'ultima in vari problemi relativi alla struttura del binario. Tale relazione tecnica concludeva che l'incidente di circolazione verificatosi per effetto di una deformazione del binario doveva essere qualificato come «inconveniente» e che esso era dovuto all'usura fisica dei componenti strutturali superiori del binario.

18. La LDZ presentava all'Orlen un'offerta per il trasporto dei suoi prodotti petroliferi il 29 settembre 2008, in seguito ad una riunione tenutasi il 22 settembre 2008. Secondo l'Orlen, tale offerta era «concreta e allettante». A partire dal 3 ottobre 2008, la LG procedeva allo smantellamento completo del binario. Alla fine del mese di ottobre 2008, il binario era interamente smantellato.

19. Il 17 ottobre 2008, l'Orlen inviava una lettera alla LDZ per confermarle la sua intenzione di trasportare circa 4,5 milioni di tonnellate di prodotti petroliferi a partire dalla raffineria verso i terminali marittimi lettoni e successivamente avveniva un incontro il 20 febbraio 2009 e discussioni più approfondite avevano luogo nel corso della primavera dell'anno 2009.

20. Nel gennaio 2009, un nuovo accordo generale di trasporto veniva concluso tra la LG e l'Orlen per un periodo di quindici anni, sino al 1° gennaio 2024 (in prosieguo: l'«accordo del 2009»). Tale accordo veniva a sostituire un accordo provvisorio che era stato firmato il 1° ottobre 2008.

21. Le trattative tra l'Orlen e la LDZ proseguivano sino alla fine del mese di giugno 2009, quando la LDZ presentava una domanda al fine di ottenere una licenza per operare sulla parte lituana del tragitto breve verso la Lettonia.

22. Il 10 novembre 2009, il collegio arbitrale dichiarava che la risoluzione unilaterale dell'accordo del 1999 da parte della LG era illegittima e che doveva ritenersi che tale accordo fosse rimasto in vigore sino al 1° ottobre 2008, data in cui l'Orlen e la LG avevano concluso l'accordo di trasporto provvisorio citato al paragrafo 20 delle presenti conclusioni.

23. Secondo l'Orlen, le discussioni con la LDZ venivano interrotte a metà dell'anno 2010, quando essa riteneva alla fine che la LG non avesse l'intenzione di riparare il binario a breve termine. A quel momento, la LDZ ritirava la sua domanda di licenza per operare sulla parte lituana del tragitto breve verso la Lettonia.

B. Procedimento amministrativo

24. Il 14 luglio 2010, l'Orlen presentava alla Commissione una denuncia formale, ai sensi dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1/2003². Nella sua denuncia, l'Orlen affermava sostanzialmente che, in seguito ad una divergenza commerciale tra essa e la LG, quest'ultima aveva rimosso il binario, il che aveva avuto la conseguenza di rendere indisponibile il tragitto

² Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1).

breve verso la Lettonia e di costringerla a percorrere il solo tragitto disponibile, ossia il tragitto lungo verso la Lettonia, per avviare, per ferrovia, la quota della sua produzione destinata ad essere trasportata verso o attraverso la Lettonia.

25. Dopo avere, da un lato, inviato alla LG una comunicazione degli addebiti e successivamente una lettera di esposizione dei fatti, sulle quali le parti hanno presentato le loro osservazioni, e, dall'altro, tenuto un'audizione, la Commissione, il 2 ottobre 2017, ha adottato la decisione controversa.

C. Decisione controversa

1. Definizione dei mercati di riferimento e posizione dominante

26. In tale decisione, la Commissione ha individuato due mercati interessati, e cioè, da un lato, il mercato, a monte, della gestione delle infrastrutture ferroviarie, e, dall'altro, il mercato, a valle, della prestazione di servizi di trasporto ferroviario di prodotti petroliferi (in prosieguo: il «mercato rilevante»).

27. Il mercato nazionale lituano è considerato come il mercato geografico rilevante per la gestione delle infrastrutture ferroviarie. Quanto al mercato geografico rilevante per il trasporto ferroviario di prodotti petroliferi, la Commissione ha ritenuto che si trattasse del mercato del trasporto ferroviario di merci in partenza dalla raffineria e diretto ai tre terminali marittimi di Klaipėda, di Riga e di Ventspils.

28. La Commissione ha accertato che, in applicazione della legislazione lituana, la LG deteneva un monopolio legale sul mercato, a monte, della gestione delle infrastrutture ferroviarie in Lituania. A tal riguardo, la normativa nazionale prevedeva che le infrastrutture ferroviarie pubbliche appartenessero allo Stato lituano e fossero affidate alla LG per la loro gestione.

29. La Commissione ha altresì accertato che la LG era essenzialmente l'unica impresa attiva sul mercato, a valle, della prestazione di servizi di trasporto ferroviario di prodotti petroliferi, il che, pertanto, le conferiva una posizione dominante su tale mercato.

2. Comportamento abusivo

30. La Commissione ha ritenuto che la LG avesse abusato della sua posizione dominante, in quanto gestore delle infrastrutture ferroviarie in Lituania, rimuovendo il binario, il che poteva produrre effetti anticoncorrenziali di preclusione della concorrenza sul mercato rilevante tra la raffineria e i terminali marittimi vicini, erigendo barriere all'ingresso nel mercato senza che esistesse alcuna giustificazione oggettiva. In particolare, la Commissione ha ritenuto che, rimuovendo integralmente il binario, la LG avesse fatto ricorso a metodi diversi da quelli su cui si imperniava la normale concorrenza.

31. A tale riguardo, la Commissione ha rilevato, in primo luogo, che la LG era a conoscenza del progetto dell'Orlen di reindirizzarsi verso i terminali marittimi della Lettonia avvalendosi dei servizi della LDZ; in secondo luogo, che la LG aveva rimosso il binario precipitosamente, senza assicurarsi i fondi necessari e senza adottare alcuna misura preparatoria normale per la sua ricostruzione; in terzo luogo, che la rimozione del binario era in contrasto con la prassi corrente

del settore; in quarto luogo, che la LG era consapevole del rischio di perdere ogni attività di trasporto dei prodotti dell'Orlen in caso di ricostruzione del binario e, in quinto luogo, che la LG si era adoperata per convincere il governo lituano a non ricostruirlo.

32. La Commissione ha osservato che il binario permetteva di percorrere il tragitto più breve e meno oneroso per collegare la raffineria ad un terminale marittimo lettone. A parere della Commissione, a motivo della sua vicinanza alla Lettonia e alla base logistica della LDZ, tale tragitto offriva altresì alla LDZ la possibilità, assai favorevole, di accedere al mercato lituano.

33. Quanto agli effetti anticoncorrenziali che discendono dal comportamento della LG, la Commissione ha ritenuto che la rimozione del binario fosse stata in grado di impedire alla LDZ di accedere al mercato o, quanto meno, avesse reso molto più difficile il suo ingresso nel mercato, e ciò mentre, a parere della Commissione, prima della rimozione del binario, la LDZ disponeva di una realistica opportunità di trasportare i prodotti petroliferi dell'Orlen destinati all'esportazione marittima, a partire dalla raffineria verso i terminali marittimi lettoni, attraverso il tragitto breve verso la Lettonia. Con la rimozione del binario, qualsiasi trasporto ferroviario dalla raffineria verso un terminale marittimo lettone doveva percorrere un tragitto molto più lungo sul territorio della Lituania. Dopo la rimozione del binario, la sola opzione per la LDZ per fare concorrenza alla LG sarebbe stata quella di cercare di operare sul tragitto verso Klaipėda o sul tragitto lungo verso la Lettonia. La LDZ sarebbe stata pertanto costretta a svolgere le sue attività lontano dalla sua base logistica in Lettonia e sarebbe stata dipendente dai servizi di gestione delle infrastrutture del suo concorrente, la LG. Di conseguenza, la Commissione ha ritenuto che, da un punto di vista ex ante, la LDZ fosse esposta a notevoli rischi commerciali, che essa era meno disposta a sopportare.

34. La Commissione ha altresì ritenuto che la LG non avesse fornito alcuna giustificazione oggettiva in ordine alla rimozione del binario, in quanto le spiegazioni fornite non erano tra loro coerenti ed erano talvolta contraddittorie, risultando poco convincenti.

3. Ammenda e ingiunzione

35. La Commissione ha inflitto alla LG un'ammenda di EUR 27 873 000 e le ha ingiunto di porre fine all'infrazione e di comunicarle, entro il termine di tre mesi dalla notifica della decisione controversa, una proposta di misure a tale scopo.

III. Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

36. La LG ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale diretto, in via principale, all'annullamento della decisione controversa e, in subordine, alla riduzione dell'importo dell'ammenda inflitta.

37. A sostegno della sua domanda di annullamento della decisione controversa, la LG ha dedotto cinque motivi. Questi ultimi erano relativi, in sostanza: il primo, ad errori manifesti di valutazione e di diritto nell'applicazione dell'articolo 102 TFUE per quanto riguarda il carattere abusivo del comportamento della LG; il secondo, ad errori di valutazione e di diritto nell'applicazione dell'articolo 102 TFUE per quanto riguarda la valutazione della pratica controversa; il terzo, alla violazione dell'articolo 296 TFUE e dell'articolo 2 del regolamento n. 1/2003 per insufficienza di prove e carenza di motivazione; il quarto, unicamente nella sua prima parte, ad errori nella determinazione dell'importo dell'ammenda e, il quinto, ad errori attinenti all'imposizione di un rimedio.

38. Nell'ambito della sua domanda diretta alla riduzione dell'importo dell'ammenda, la LG ha fatto valere, con diverse censure e con la seconda parte del quarto motivo, che tale importo era sproporzionato e ha contestato, sostanzialmente, in primo luogo, la percentuale del valore delle vendite presa in considerazione dalla Commissione a titolo di fattore di gravità, in secondo luogo, la durata dell'infrazione e, in terzo luogo, la decisione di includere, nell'importo di base, un importo supplementare a titolo dissuasivo.

39. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto tutti i motivi dedotti dalla LG tanto a sostegno della sua domanda di annullamento della decisione controversa quanto a sostegno della sua domanda diretta alla riduzione dell'importo dell'ammenda. Il Tribunale ha cionondimeno fissato, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, l'importo dell'ammenda a EUR 20 068 650.

IV. Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

40. Con la sua impugnazione, la LG chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata, in tutto o in parte, nei limiti in cui tale sentenza ha respinto il suo ricorso di annullamento della decisione controversa;
- annullare, in tutto o in parte, la decisione controversa;
- in subordine, annullare o ridurre ulteriormente l'importo dell'ammenda inflittale, e
- condannare la Commissione a pagare le spese relative al presente procedimento e a quello di primo grado.

41. La Commissione e l'Orlen chiedono che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione, e
- condannare la LG alle spese.

V. Analisi

42. A sostegno della sua impugnazione, la LG deduce quattro motivi. Con i suoi primi tre motivi, essa contesta, in sostanza, la valutazione, da parte del Tribunale, dell'esistenza di un abuso di posizione dominante. Il suo quarto motivo riguarda la valutazione, da parte del medesimo, dell'ammenda inflittale.

43. La Commissione ritiene che tali motivi debbano essere respinti. Da parte sua, l'Orlen chiede il rigetto dei primi tre motivi, mentre le sue osservazioni non vertono sul quarto motivo.

44. Prima di procedere all'esame di ciascuno di tali motivi, sono necessarie alcune osservazioni preliminari di ordine procedurale.

A. Osservazioni preliminari di ordine procedurale

45. Da un lato, occorre osservare che la LG fa precedere l'esposizione dei motivi dedotti a sostegno dell'impugnazione da una ricostruzione dei fatti a suo avviso rilevanti. Orbene, sia la Commissione sia l'Orlen fanno valere che tale descrizione è ingannevole ed erronea. A tal riguardo, è sufficiente constatare che, in assenza di allegazioni di snaturamento dei fatti e degli elementi di prova da parte della LG, tale ricostruzione dei fatti è irrilevante, poiché tutte le questioni fattuali sono già state risolte in via definitiva dal Tribunale. Non occorre dunque pronunciarsi sul carattere ingannevole o erroneo di detta ricostruzione dei fatti.

46. Dall'altro lato, tanto la Commissione quanto l'Orlen menzionano, nelle loro osservazioni scritte, un comunicato stampa del 30 dicembre 2019, emesso dall'attuale amministratore delegato della LG, che annunciava la fine della ricostruzione del binario e conteneva una valutazione critica degli eventi in oggetto. È giocoforza constatare, come riconosciuto dalla Commissione in udienza, che, poiché tale documento è posteriore ai fatti della controversia in esame, esso non ha alcuna incidenza sulla legittimità, la portata o l'interpretazione della decisione controversa e a fortiori della sentenza impugnata.

B. Sul primo motivo

47. Con il suo primo motivo, la LG addebita, in sostanza, al Tribunale di avere commesso un errore di diritto per essersi astenuto, ai punti da 90 a 99 della sentenza impugnata, dall'applicare i criteri sanciti nella sentenza Bronner in materia di diniego di accesso ad infrastrutture essenziali al fine di stabilire se la rimozione del binario possa costituire una pratica abusiva ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

48. Anzitutto, la LG osserva che, al punto 226 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ritenuto, al pari della Commissione, che la rimozione del binario costituisca una pratica abusiva in quanto poteva comportare effetti preclusivi del mercato per la LDZ, rendendo il suo accesso al mercato più difficile e assoggettando tale accesso a condizioni meno vantaggiose, in quanto la LDZ si vedeva obbligata ad utilizzare il tragitto lungo verso la Lettonia per servire l'Orlen, ove tale tragitto lungo appartiene allo stesso mercato del tragitto breve. Pertanto, secondo la LG, il problema giuridico sollevato nella presente causa si riduce alla questione se l'articolo 102 TFUE imponeva alla LG l'obbligo legale di accordare alla LDZ l'accesso al binario.

49. Orbene, dalla sentenza Bronner emergerebbe che un'impresa detentrica di una posizione dominante è tenuta ad accordare un siffatto accesso solo se il suo diniego può eliminare del tutto la concorrenza sul mercato da parte del richiedente accesso, se tale diniego non è obiettivamente giustificabile e se l'accesso è, di per sé, indispensabile per l'esercizio dell'attività di tale persona. Questi tre criteri cumulativi non sarebbero soddisfatti nella presente causa, segnatamente, in quanto l'accesso al binario non sarebbe «indispensabile» affinché la LDZ possa fare concorrenza alla LG sul mercato di riferimento. Ai punti da 90 a 99 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe tuttavia erroneamente dichiarato che tale giurisprudenza non era pertinente nella specie. Così facendo, esso sarebbe incorso in quattro errori di diritto.

50. In primo luogo, contrariamente a quanto il Tribunale avrebbe rilevato al punto 90 della sentenza impugnata, non esisterebbe, nella giurisprudenza della Corte, alcuna regola secondo la quale i criteri enunciati nella sentenza Bronner (in prosieguo: i «criteri Bronner») si applicano solo se sussiste una necessità di proteggere l'incentivo di un'impresa in posizione dominante ad investire nella realizzazione di impianti essenziali. Neanche le conclusioni dell'avvocato generale

Jacobs³, citate dal Tribunale, consentirebbero di ritenere che una siffatta regola esista.

51. In secondo luogo, contrariamente a quanto il Tribunale avrebbe dichiarato ai punti 91 e 92 della sentenza impugnata, non esisterebbe alcuna regola secondo la quale i criteri Bronner non sarebbero applicabili qualora il contesto normativo in vigore imponga già (ex ante) un obbligo di fornitura. Infatti, anzitutto, la non applicazione di tale test in un caso simile implicherebbe che il diritto nazionale, o il diritto derivato dell'Unione, definisca l'ambito di applicazione del diritto primario, il che sarebbe incompatibile con il primato del diritto dell'Unione e con il requisito dell'applicazione coerente del diritto della concorrenza dell'Unione in tutto il territorio della medesima. Inoltre, il controllo ex post ai sensi dell'articolo 102 TFUE e la normativa ex ante perseguirebbero obiettivi diversi. Peraltro, sarebbe contrario al principio di certezza del diritto assoggettare le imprese dei settori regolamentati a criteri legali diversi ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Infine, nella specie, al momento della rimozione del binario, la LG non era soggetta ad alcun obbligo di accordare alla LDZ un accesso al binario, poiché quest'ultima non aveva chiesto, né ottenuto, una licenza per operare in Lituania. Tale circostanza consentirebbe di distinguere la presente causa da quella sfociata nella sentenza del 13 dicembre 2018, *Slovak Telekom/Commissione* (T-851/14, EU:T:2018:929), con la quale il Tribunale ha dichiarato che i criteri enunciati nella sentenza Bronner non erano applicabili se il contesto normativo imponeva già un obbligo di fornitura.

52. In terzo luogo, nessuna delle disposizioni del contesto normativo generale menzionate dal Tribunale ai punti 96 e 97 della sentenza impugnata imporrebbe ad un gestore di infrastrutture, come la LG, l'obbligo legale assoluto di accordare l'accesso a ciascun tratto di binario della sua rete, in particolare qualora siano disponibili tragitti alternativi. Nessuna di tali disposizioni imporrebbe, neanche, un obbligo assoluto di ripristinare un binario fatiscente ricorrendo ad una soluzione che il gestore dell'infrastruttura considererebbe inefficace ed economicamente irragionevole. Infatti, l'articolo 5 della direttiva 2001/14/CE⁴, in combinato disposto con il considerando 5 di quest'ultima, prevedrebbe unicamente un accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura ferroviaria esistente e in servizio. Analogamente, l'articolo 29, paragrafo 1, di tale direttiva si limiterebbe ad enunciare un obbligo generico di «adottare tutte le misure necessarie per il ripristino della normalità» in caso di incidente del traffico ferroviario.

53. In quarto luogo, contrariamente a quanto il Tribunale avrebbe dichiarato ai punti 91 e 93 della sentenza impugnata, nessuna norma di diritto indicherebbe che i criteri Bronner non sono applicabili qualora la posizione dominante derivi da un monopolio di Stato. Una simile considerazione non può essere desunta dal punto 23 della sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172), citata dal Tribunale, la quale si limiterebbe a formulare un'osservazione di natura generale secondo la quale occorre tenere conto della circostanza che una siffatta posizione tragga origine da un precedente monopolio legale. Non si tratterebbe, in un caso come quello di cui alla presente causa, di stabilire se la LG fosse tenuta a fornire l'accesso ad una rete funzionale costruita in passato con fondi pubblici, ma di sapere se essa fosse tenuta, in forza dell'articolo 102 TFUE, ad investire i propri capitali nella riparazione e nella sostituzione di un impianto fatiscente al fine di rendere l'accesso al mercato meno difficile e più vantaggioso per un concorrente particolare a valle. La ponderazione tra gli interessi di queste due società si

³ Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner (C-7/97; in prosieguo: le «conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner», EU:C:1998:264).

⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001 relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza (GU 2001, L 75, pag. 29).

troverebbe al centro dei criteri enunciati nella sentenza Bronner. Infine, questa stessa conclusione non può essere rimessa in discussione dal riferimento ad una soglia inferiore fissata dal giudice dell'Unione in situazioni che non implicano una siffatta ponderazione di interessi⁵.

54. Al fine di agevolare l'analisi del presente motivo (sub 3), occorre anzitutto collocare la sentenza Bronner nel panorama normativo dell'articolo 102 TFUE (sub 1), e richiamare poi l'analisi del Tribunale contestata dalla LG (sub 2).

1. La sentenza Bronner nel panorama normativo dell'articolo 102 TFUE

55. In via preliminare, ricordo che l'articolo 102 TFUE dichiara incompatibile con il mercato interno e vieta, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. All'impresa che detiene una posizione dominante incombe dunque una responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno⁶.

56. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, la nozione di «sfruttamento abusivo di una posizione dominante», ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è fondata su una valutazione oggettiva del comportamento di cui trattasi. Tale nozione riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante i quali, in un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa in questione, il grado di concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impenna la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza⁷.

57. In tal senso, per quanto riguarda le pratiche escludenti, categoria in cui rientra il comportamento controverso, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il carattere abusivo di simili pratiche presuppone, in particolare, che esse abbiano la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti escludenti addebitati, fermo restando che tale valutazione deve essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti che accompagnano detto comportamento⁸.

58. È alla luce di siffatte precisazioni di ordine generale che occorre analizzare la giurisprudenza relativa ad infrastrutture qualificate come «infrastrutture essenziali» (essential facilities) nel senso che sono indispensabili per esercitare un'attività in un mercato, in quanto non esistono sostituti reali o potenziali, cosicché negare l'accesso ad esse può portare all'eliminazione di qualsiasi concorrenza⁹. Tale giurisprudenza riguarda, in sostanza, le circostanze in cui un «rifiuto di

⁵ A tal riguardo, la LG rimanda alla sentenza del 1° luglio 2010, AstraZeneca/Commissione (T-321/05, EU:T:2010:266).

⁶ Sentenza del 25 marzo 2021, Slovak Telekom/Commissione (C-165/19 P; in prosieguo: la «sentenza Slovak Telekom», EU:C:2021:239, punto 40 e la giurisprudenza ivi citata).

⁷ Sentenza del 12 maggio 2022, Servizio Elettrico Nazionale e a. (C-377/20, EU:C:2022:379, punto 68 e la giurisprudenza ivi citata).

⁸ V. sentenze del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09 EU:C:2011:83, punto 68), e del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punto 154).

⁹ V., in tal senso, sentenze del 15 settembre 1998, European Night Services e a./Commissione (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, EU:T:1998:198, punti 208 e 212 e la giurisprudenza ivi citata) e del 10 novembre 2021, Google e Alphabet/Commissione (Google Shopping) (T-612/17; in prosieguo: la «sentenza Google Shopping», EU:T:2021:763, punto 215, attualmente oggetto di impugnazione).

fornitura»¹⁰ da parte di un'impresa in posizione dominante a concorrenti possa costituire un abuso di posizione dominante. Tale giurisprudenza, che trae le sue origini dalla dottrina cosiddetta delle «infrastrutture essenziali»¹¹, attiene alle situazioni in cui il libero esercizio di un diritto esclusivo può essere limitato nell'interesse di una concorrenza non falsata nel mercato interno¹².

59. Anzitutto, sottolineo che il giudice dell'Unione ha tradizionalmente ritenuto che un siffatto rifiuto di fornitura non possa costituire di per sé un abuso di posizione dominante¹³. Infatti, è solo in circostanze eccezionali che un simile rifiuto, tramite l'esercizio del diritto di proprietà, può dare luogo ad un tale abuso. Mentre le prime sentenze della Corte hanno consentito di descrivere in modo sommario il carattere eccezionale dell'obbligo di fornitura¹⁴, la sentenza Bronner ha consolidato i criteri rilevanti in materia.

60. Si ricorda che la sentenza Bronner verteva sulla questione se costituisse un abuso di posizione dominante il fatto che un'impresa del settore della stampa che deteneva una relevantissima quota del mercato dei quotidiani in uno Stato membro e che gestiva l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente in tale Stato membro negasse l'accesso a detto sistema, contro un adeguato corrispettivo, all'editore di un quotidiano concorrente che, a motivo della bassa tiratura del medesimo, non era in grado di creare e di gestire in modo economicamente conveniente, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio.

61. In risposta a tale questione, ispirandosi alla sua giurisprudenza anteriore¹⁵, la Corte ha dichiarato, al punto 41 della sentenza Bronner, che affinché il diniego da parte di un'impresa in posizione dominante di accordare l'accesso ad un servizio possa costituire un abuso ai sensi dell'[articolo 102 TFUE], occorre i) che tale diniego possa *eliminare del tutto la concorrenza sul mercato* da parte della persona che richiede il servizio, (ii) che tale diniego non sia *obiettivamente giustificabile* e, iii) che il servizio sia, di per sé, *indispensabile* per l'esercizio dell'attività del richiedente, nel senso che non esisteva nei suoi confronti alcun modo di distribuzione che potesse realmente o potenzialmente sostituirsi al predetto sistema di recapito a domicilio (criteri Bronner).

62. Per quanto riguarda segnatamente il criterio dell'indispensabilità, dai punti 43 e 44 della sentenza Bronner risulta che, per stabilire se un prodotto o un servizio sia indispensabile per consentire ad un'impresa concorrente di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si

¹⁰ Nella prassi del diritto della concorrenza, il concetto di «rifiuto di effettuare forniture» copre una vasta gamma di pratiche, quale il rifiuto di fornire prodotti a clienti nuovi o esistenti, di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale, anche quando la licenza è necessaria per fornire informazioni di interfaccia, o di concedere l'accesso a un impianto o a una rete essenziali [punto 78 della comunicazione della Commissione intitolata «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 [CE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti» (GU 2009, C 45, pag. 7; in prosieguo: gli «Orientamenti»)].

¹¹ Per una panoramica della teoria delle infrastrutture essenziali, come concepita inizialmente nella legislazione antitrust degli Stati Uniti, v. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner (paragrafi da 45 a 47).

¹² V. sentenza del 1° luglio 2010, AstraZeneca/Commissione (T-321/05, EU:T:2010:266, punto 679).

¹³ V. sentenze del 5 ottobre 1988, Volvo (238/87, EU:C:1988:477, punto 8) e del 17 settembre 2007, Microsoft/Commissione (T-201/04, EU:T:2007:289, punto 331).

¹⁴ Nella sua giurisprudenza anteriore alla sentenza Bronner, la Corte aveva giudicato abusivo il rifiuto di un'impresa dominante di fornire ad un'impresa su un mercato vicino le materie prime [sentenza del 6 marzo 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione (6/73 e 7/73, EU:C:1974:18, punto 25)] o i servizi [sentenza del 3 ottobre 1985, CBEM (311/84, EU:C:1985:394, punto 26)] che erano indispensabili all'esercizio delle attività della stessa, unicamente nella misura in cui il comportamento controverso era idoneo ad eliminare *del tutto la concorrenza* da parte di tale impresa. Questo stesso approccio, secondo il quale dall'esercizio di un diritto esclusivo, come il diniego di licenza da parte del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, può derivare un comportamento abusivo solo in «casi eccezionali», è stato confermato nella sentenza del 6 aprile 1995, RTE e ITP/Commissione (C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, punti 49 e 50).

¹⁵ V. nota precedente.

deve accertare se esistano prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o economica tali da rendere impossibile o quantomeno straordinariamente difficile, per qualsiasi altra impresa concorrente che voglia operare su detto mercato, la creazione, eventualmente in collaborazione con altri operatori, di prodotti o servizi alternativi. Secondo il punto 46 di tale sentenza, per poter riconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economica, occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente.

63. Come spiegato in sostanza dall'avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni nella causa Bronner¹⁶, la scelta del criterio dell'indispensabilità, nonché di quello relativo al rischio di eliminare del tutto la concorrenza, è conforme a due obiettivi.

64. Da un lato, sotto il profilo giuridico, l'imposizione di siffatte rigorose condizioni, sotto il profilo probatorio, è intesa a tutelare il diritto di un'impresa di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni, principi generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, in alcuni casi a livello costituzionale. Infatti, ogni analisi di un rifiuto di fornitura deve prendere le mosse dal principio che un'impresa, dominante o meno, deve avere il diritto di contrattare e di disporre liberamente dei propri beni. Pertanto, qualsiasi intervento, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che consista nell'imporre ad un'impresa dominante un obbligo di fornitura (totale o parziale) ai propri concorrenti è chiaramente idoneo a ledere tale diritto e dovrebbe essere accuratamente soppesato e giustificato¹⁷. Come spiegato dalla Corte nella sentenza Slovak Telekom, «constatare che un'impresa dominante ha abusato della propria posizione rifiutandosi di contrattare con un concorrente implica che tale impresa è costretta a contrattare con tale concorrente. Orbene, un obbligo del genere è particolarmente lesivo della libertà di contrattare e del diritto di proprietà dell'impresa dominante, dal momento che un'impresa, anche dominante, resta, in linea di principio, libera di rifiutarsi di contrattare e di sfruttare l'infrastruttura da essa sviluppata per le proprie esigenze»¹⁸. Ne consegue che ogni approccio consistente in un'interpretazione e un'applicazione restrittive di tale sentenza non terrebbe conto, a mio avviso, di tale finalità sottesa¹⁹.

65. Dall'altro lato, sotto il profilo economico, i criteri Bronner mirano a favorire, nel lungo periodo, la concorrenza, nell'interesse dei consumatori, consentendo ad un'impresa di riservare al proprio uso gli impianti da essa sviluppati. La finalità dei criteri Bronner è dunque quella di far sì che l'obbligo, imposto ad un'impresa detentrica di una posizione dominante, di fornire un accesso alla sua infrastruttura non ostacoli, in ultima analisi, la concorrenza riducendo, per tale impresa, l'incentivo iniziale a costruire una siffatta infrastruttura. Infatti, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi. A tal riguardo, non si deve perdere di vista il fatto che il fine principale dell'articolo 102 TFUE è prevenire distorsioni della concorrenza – e, in particolare, tutelare gli interessi dei consumatori – piuttosto che proteggere

¹⁶ V. paragrafi 56, 57 e 62 di dette conclusioni.

¹⁷ V. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner (paragrafo 56).

¹⁸ Sentenza Slovak Telekom (punto 46).

¹⁹ Sebbene l'avvocato generale Saugmandsgaard Øe, nelle sue conclusioni nelle cause Deutsche Telekom/Commissione e Slovak Telekom/Commissione (C-152/19 P e C-165/19 P, EU:C:2020:678) affermi che la sentenza Bronner costituisce «un caso peculiare nel contesto normativo dell'articolo 102 TFUE» la cui «portata (...) deve essere interpretata in maniera restrittiva al fine di preservare l'effetto utile dell'articolo 102 TFUE» (paragrafo 55 di tali conclusioni che richiamano il punto 58 della sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, (C-52/09, EU:C:2011:83), sono dell'avviso che, al contrario, la sentenza Bronner costituisca (e abbia sempre costituito) il punto di partenza di ogni analisi nel diritto della concorrenza in materia di rifiuto di fornitura a concorrenti. La sentenza Bronner dovrebbe dunque essere la sentenza di principio, e la regola piuttosto che l'eccezione. I criteri enunciati non possono essere interpretati restrittivamente.

la posizione di singoli concorrenti²⁰. L'obbligo di fornitura ai sensi dell'articolo 102 TFUE può dunque essere invocato solo qualora il rifiuto di fornire sia tale da nuocere in maniera sufficientemente grave al gioco della concorrenza e, più precisamente, agli interessi dei consumatori. In tal senso, la Corte ha riconosciuto a più riprese che, sotto il profilo della concorrenza, benché, nel breve termine, la condanna di un'impresa per aver abusato della propria posizione dominante rifiutandosi di contrattare con un concorrente abbia l'effetto di favorire la concorrenza, nel lungo termine, invece, è generalmente favorevole allo sviluppo della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire a una società di riservare al proprio uso gli impianti da essa sviluppati per le esigenze della propria attività. L'esistenza di un siffatto obbligo di fornitura a concorrenti può di per sé dissuadere le imprese dall'investire e dall'innovare e, quindi, danneggiare i consumatori. Più precisamente, la consapevolezza di poter essere obbligate a effettuare forniture contro la loro volontà può portare talune imprese (dominanti o che prevedono di diventare dominanti) a non investire, o a investire meno, nell'attività in questione. Analogamente, taluni concorrenti potrebbero essere tentati di sfruttare facilmente e gratuitamente (*free-riding*) gli investimenti fatti dall'impresa dominante anziché investire essi stessi. Nessuna di queste conseguenze sarebbe, a lungo termine, nell'interesse dei consumatori. Di conseguenza, qualora un'impresa dominante neghi l'accesso ad un'infrastruttura da essa sviluppata per le esigenze della propria attività, la decisione di obbligare tale impresa a concedere detto accesso può giustificarsi, sul piano della politica della concorrenza, solo ove l'impresa dominante disponga di una vera e propria supremazia nel mercato interessato²¹.

66. È alla luce di tali considerazioni che devono essere esaminati gli argomenti della LG consistenti nell'addebitare al Tribunale di avere ritenuto che la Commissione si sia correttamente astenuta dal valutare se il comportamento controverso soddisfacesse i criteri Bronner.

2. Analisi del Tribunale

67. Ricordo che l'argomento secondo il quale la Commissione avrebbe dovuto applicare i criteri Bronner nella decisione controversa è stato parimenti presentato in primo grado²². A tal riguardo, il Tribunale ha dichiarato che è senza commettere alcun errore che la Commissione si è astenuta dal valutare se il comportamento controverso soddisfacesse i criteri Bronner e che era sufficiente dimostrare, salvo un'eventuale giustificazione oggettiva, che si trattasse di un comportamento idoneo a limitare la concorrenza, e, in particolare, a costituire un ostacolo all'ingresso sul mercato²³.

68. Il Tribunale ha motivato tale conclusione sulla base del seguente ragionamento. Anzitutto, esso ha ricordato, in sostanza, che la finalità perseguita dai criteri Bronner è quella di far sì che l'obbligo, imposto ad un'impresa in posizione dominante, di fornire un accesso alla sua infrastruttura non ostacoli, in ultima analisi, la concorrenza riducendo, per tale impresa, l'incentivo iniziale a costruire una siffatta infrastruttura²⁴. Tuttavia, secondo il Tribunale, una siffatta esigenza di protezione dell'incentivo, da parte dell'impresa in posizione dominante, ad investire nella realizzazione di impianti essenziali non sussisteva qualora il contesto normativo

²⁰ V. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner (paragrafo 58) e le mie conclusioni nella causa Servizio Elettrico Nazionale e a. (C-377/20, EU:C:2021:998, paragrafi da 87 a 108).

²¹ Sentenza Slovak Telekom (punto 48) nonché paragrafi 57 e 65 delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa Bronner.

²² V. punto 70 della sentenza impugnata.

²³ V. punti 99 e 103 della sentenza impugnata.

²⁴ V. punto 90 della sentenza impugnata.

applicabile imponesse già un obbligo di fornitura all'impresa detentrica di una posizione dominante o qualora la posizione dominante acquisita dall'impresa sul mercato derivi da un ex monopolio di Stato²⁵. Orbene, ciò avveniva nel caso di specie

69. Più precisamente, da un lato, i criteri Bronner si applicherebbero unicamente in mancanza di obblighi legali di fornitura di accesso ad un servizio o ad un prodotto, poiché qualora un siffatto obbligo esista, la necessaria ponderazione degli incentivi economici è già stata operata dal legislatore al momento in cui un tale obbligo è stato imposto. Orbene, nella specie, nella sua qualità di gestore delle infrastrutture ferroviarie lituane, la LG ha il compito, nel contempo in forza del diritto dell'Unione e del diritto nazionale, segnatamente, di concedere l'accesso alle infrastrutture ferroviarie pubbliche²⁶.

70. Dall'altro lato, l'esigenza di protezione dell'incentivo ad investire non sussisterebbe qualora, come nella specie, la posizione dominante tragga la sua origine da un monopolio legale e l'impresa non abbia investito nella realizzazione dell'infrastruttura, dato che quest'ultima è stata costruita e sviluppata mediante fondi pubblici²⁷.

3. Sulla fondatezza del primo motivo

71. Sotto un primo aspetto, al fine di valutare la fondatezza dell'analisi del Tribunale, occorre esaminare la fondatezza della premessa sulla quale si basa la totalità della linea argomentativa della LG, ossia che la presente causa si riduce alla questione se l'articolo 102 TFUE imponesse alla LG l'obbligo di accordare alla LDZ l'accesso al binario²⁸. In altri termini, occorre giudicare se la presente configurazione fattuale rientri in una causa in cui il comportamento controverso costituisce un «rifiuto di fornitura», così da dover applicare i criteri Bronner.

72. A tal riguardo, ricordo che il Tribunale ha confermato la qualificazione del comportamento sanzionato dalla decisione controversa (v. punto 84 della sentenza impugnata) e ritenuto che tale comportamento consistesse nella rimozione del binario in quanto tale, indipendentemente dalla sospensione del traffico sullo stesso intervenuta il 2 settembre 2008 e dalla sua mancata riparazione. Così facendo, il Tribunale ha implicitamente trattato la rimozione del binario come una forma autonoma e diversa di abuso, e non come un «diniego di accesso»²⁹. È in tale ottica che, al punto 85 della sentenza impugnata, esso ricorda, correttamente, che l'elenco delle pratiche abusive di cui all'articolo 102 TFUE non è tassativo, di modo che l'elencazione delle pratiche abusive contenuta in tale disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione europea.

²⁵ V. punto 91 della sentenza impugnata.

²⁶ V. punti 91, 92, 95 e 96 della sentenza impugnata.

²⁷ V. punti 91 e 94 della sentenza impugnata.

²⁸ V. paragrafo 48 delle presenti conclusioni.

²⁹ V., per analogia, sentenza del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 96), e conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nelle cause Deutsche Telekom/Commissione e Slovak Telekom/Commissione (C-152/19 P e C-165/19 P, EU:C:2020:678, paragrafo 106).

73. Tale qualificazione del comportamento controverso mi sembra corretta. Infatti, da un lato, la LDZ, il concorrente potenziale della LG nel mercato rilevante poteva, tecnicamente, anche dopo la rimozione del binario, accedere alla rete ferroviaria lituana in altri modi. Dall'altro lato, dai fatti emerge che la LG non ha affatto negato l'accesso ai servizi di fornitura di servizi di trasporto ferroviario di prodotti petroliferi per il mercato geografico rilevante³⁰.

74. Orbene, in assenza di un diniego esplicito di accesso, si pone la questione se tale comportamento presenti una problematica comune a quella delle cause di «diniego di accesso» nella misura in cui, con la rimozione del binario, qualsiasi trasporto ferroviario dalla raffineria verso un terminale marittimo lettone doveva percorrere un tragitto molto più lungo sul territorio della Lituania, esponendo così la LDZ a rischi commerciali che essa era meno disposta a correre. Da questo punto di vista, il comportamento in questione potrebbe essere percepito come un diniego implicito di fornitura di accesso (constructive refusal to supply), ossia un comportamento che dà luogo de facto allo stesso risultato di un diniego di accesso (esplicito).

75. Se il comportamento in questione presenta una problematica comune a quella delle cause di «diniego di accesso», segnatamente in quanto esso può avere gli stessi effetti di esclusione, occorre verificare se gli elementi costitutivi del diniego nel senso voluto dalla sentenza Bronner siano parimenti presenti, così da dover analizzare tale comportamento nell'ottica di tale sentenza. Occorre dunque valutare se un siffatto comportamento, il quale non costituisce, tecnicamente, un «diniego di accesso», debba cionondimeno soddisfare le condizioni della sentenza Bronner per essere qualificato come abusivo oppure se, per tale qualificazione, sia sufficiente, come indicato dal Tribunale al punto 98 della sentenza impugnata, che il comportamento controverso abbia potuto avere effetti anticoncorrenziali.

76. A tal riguardo, anzitutto, occorre osservare che non ogni problema di accesso, totale o parziale, implica necessariamente l'applicazione delle condizioni enunciate nella sentenza Bronner, relative al diniego di accesso. Infatti, la Corte ha dichiarato, nella sentenza Slovak Telekom, che qualora un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini tale accesso o alla fornitura di servizi o alla vendita di prodotti a condizioni inique, i criteri Bronner non si applicano. È vero che, quando l'accesso a una simile infrastruttura è indispensabile per consentire ai concorrenti dell'impresa dominante di operare in modo redditizio su un mercato a valle, è tanto più probabile che pratiche inique su tale mercato avranno effetti anticoncorrenziali quanto meno potenziali e costituiranno un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Tuttavia, nel caso di pratiche diverse da un rifiuto di accesso, la mancanza di una tale indispensabilità non è *di per sé* determinante ai fini dell'esame di comportamenti potenzialmente abusivi da parte di un'impresa dominante³¹. Come ha dichiarato la Corte, non si può dedurre dalla sentenza Bronner che le condizioni necessarie per stabilire la sussistenza di un rifiuto abusivo di fornitura debbano essere necessariamente applicate nel contesto della valutazione del carattere abusivo di un comportamento consistente nel sottoporre la fornitura di servizi o la vendita di prodotti a condizioni svantaggiose o alle quali l'acquirente potrebbe non essere interessato, poiché tali comportamenti possono costituire, di per sé, una forma autonoma di abuso, diversa dal rifiuto di fornitura³².

³⁰ Mi preme osservare che sembrerebbe che la sentenza Bronner si applichi a situazioni in cui vi sia stato un «rifiuto» di fornitura di accesso, il che implica l'esistenza di una «domanda» o in ogni caso di una manifestazione della volontà di ottenere un accesso e di un «rifiuto» correlativo (v., in tal senso, sentenza Google Shopping punto 232, e la giurisprudenza ivi citata).

³¹ Sentenza Slovak Telekom (punto 50).

³² È questo segnatamente il caso di abuso costituito dalla compressione dei margini di operatori concorrenti su un mercato a valle [v. sentenze del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punto 58); del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punti 75 e 96), e Slovak Telekom (punti 52 e 53)].

77. Ciò avviene esattamente nel caso di specie.

78. In primo luogo, sulla base della descrizione del comportamento in questione, è giocoforza constatare che lo smantellamento del binario ha costituito una distruzione indipendente di infrastrutture, che impedisce l'uso non solo ai concorrenti, come la LDZ, ma anche alla LG stessa. Pertanto, tale caso si distingue nettamente dalle cause di diniego di accesso in cui l'impresa dominante non subisce alcuna perdita infrastrutturale. Al contrario, sembrerebbe, come risulta dal fascicolo della causa, che tale comportamento non risponda ad alcuna giustificazione diversa da quella di danneggiare i concorrenti. Pertanto, tale comportamento non è proprio di una concorrenza fondata sui meriti e, a mio avviso, presenta delle similitudini con gli esempi noti nella dottrina del diritto della concorrenza come «restrizioni allo scoperto» («naked restrictions»)³³.

79. In secondo luogo, come rilevato correttamente dall'Orlen, la caratteristica essenziale del comportamento controverso è che esso segue la logica «predatoria». Infatti, come nel caso dei prezzi predatori, la LG avrebbe optato per distruggere, e dunque sacrificare un bene di valore, il binario, negandosi così di utilizzarlo e facendo in modo di non poterlo più sfruttare e generare un reddito, non consentendo al contempo che anche concorrenti terzi lo utilizzino. Orbene, come in materia di prezzi predatori³⁴, l'unica spiegazione razionale per l'azione della LG era il beneficio monopolistico che tale impresa avrebbe ricavato dall'esclusione della LDZ dal mercato. Ne consegue che la presente causa non segue la stessa logica delle cause di diniego di accesso. Infatti, nella specie, gli effetti anticoncorrenziali di preclusione dei concorrenti si manifestano sulla base di una logica di perdita a breve termine al fine di ricavare un utile a medio e a lungo termine, mentre le cause di diniego di accesso sono caratterizzate necessariamente da una logica di profitto immediato.

80. In terzo luogo, constato che i criteri Bronner si applicano, come è stato confermato di recente al punto 47 della sentenza Slovak Telekom, nella misura in cui «è generalmente favorevole allo sviluppo della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire a una società di riservare *al proprio uso gli impianti da essa sviluppati per le esigenze della propria attività*»³⁵. Ne consegue che la logica stessa dei criteri Bronner è fondata sul mantenimento di un'infrastruttura. Orbene, nella specie, la distruzione volontaria di un'infrastruttura senza procedere alla sua sostituzione, per sua natura, è incapace di corrispondere alla logica inerente a detti criteri, poiché la LG non trae alcun beneficio dall'investimento che essa avrebbe fatto nelle proprie infrastrutture.

81. In quarto luogo, constato parimenti che, nella specie, non era necessario, affinché la LG mettesse fine all'abuso in questione, che la stessa cedesse un elemento di attivo né che concludesse contratti con persone che non aveva scelto. Infatti, si ricorda che la Commissione, con la decisione controversa, ha imposto un'ammenda alla LG e le ha ingiunto di porre fine all'infrazione. Tuttavia, essa non ha obbligato la LG ad accordare alla LDZ un accesso nel mercato rilevante³⁶. Pertanto, constatare l'abuso non implica che tale impresa sia costretta a contrattare con tale concorrente, il che sarebbe, ai sensi della sentenza Slovak Telekom, «particolarmente lesivo della libertà di contrattare e del diritto di proprietà»³⁷.

³³ V., in tal senso, Orientamenti, punto 22.

³⁴ Sentenza del 3 luglio 1991, AKZO/Commissione (C-62/86, EU:C:1991:286, punto 69).

³⁵ Il corsivo è mio.

³⁶ V., in tal senso, sentenza del 23 ottobre 2003, Van den Bergh Foods/Commissione (T-65/98, EU:T:2003:281, punto 161).

³⁷ V. paragrafo 64 delle presenti conclusioni.

82. Ne consegue che la rimozione del binario, malgrado il fatto che essa sollevi una problematica comune di rifiuto avente un effetto preclusivo comparabile, non può essere analizzata applicando i criteri Bronner.

83. Pertanto, poiché il primo motivo di impugnazione è fondato esclusivamente su una premessa erronea in diritto, ossia che il comportamento controverso costituisce un «rifiuto di fornitura» ai sensi della sentenza Bronner, propongo di respingerlo in toto, senza dovere analizzare le censure della LG, le quali sono pertanto necessariamente inoperanti.

84. Sotto un secondo aspetto, e in subordine, osservo che l'inapplicabilità dei criteri Bronner è giustificata nella specie anche alla luce delle finalità perseguite dai medesimi.

85. Da un lato, dal punto di vista della tutela del diritto di proprietà dell'impresa dominante, dai termini stessi della sentenza Bronner e dalla giurisprudenza successiva si evince che i criteri elaborati in tale sentenza si applicano alle infrastrutture di cui l'impresa in posizione dominante sia *proprietaria* e che, in linea di principio, riflettono il *proprio investimento*³⁸. Orbene, nella specie, come rilevato dal Tribunale ai punti 94 e 95 della sentenza impugnata, è pacifico, da un lato, che l'infrastruttura interessata non è un impianto appartenente alla LG (considerato che quest'ultima non gode del libero esercizio di un diritto esclusivo di proprietà ed è unicamente il gestore delle infrastrutture ferroviarie pubbliche, le quali appartengono allo Stato lituano) e, dall'altro, che la LG non ha investito nella rete ferroviaria lituana, nella misura in cui quest'ultima è stata costruita e sviluppata mediante fondi pubblici. Non sussistono pertanto ragioni che giustificerebbero l'applicazione di requisiti probatori più elevati diretti a proteggere il diritto di proprietà, come quelli imposti dai criteri Bronner. Analogamente, non è plausibile alcuna violazione della libertà contrattuale poiché la LG agisce in quanto gestore delle infrastrutture ferroviarie così da avere, segnatamente, un obbligo di accordare l'accesso alle infrastrutture ferroviarie pubbliche.

86. Dall'altro lato, dal punto di vista economico, come giustamente indicato, in sostanza, dal Tribunale ai punti 91 e 92 della sentenza impugnata, la protezione dell'incentivo, da parte dell'impresa in posizione dominante, ad investire nella realizzazione di impianti essenziali è fortemente compromessa qualora il contesto normativo applicabile imponga già un obbligo di fornitura. Più precisamente, la normativa in questione presuppone che venga preservato l'incentivo di un'impresa in posizione dominante ad investire nella creazione di prodotti e servizi³⁹. In tal senso, il contesto normativo in vigore non può limitare l'applicazione dell'articolo 102 TFUE⁴⁰ e costituisce un fattore pertinente per valutare il carattere abusivo del comportamento di un'impresa in posizione dominante dal momento che contribuisce a determinare le condizioni di concorrenza nelle quali quest'ultima opera⁴¹. Indipendentemente dagli obiettivi perseguiti, i controlli *ex post* in forza del diritto della concorrenza integrerebbero il contesto normativo *ex ante*⁴².

³⁸ V., in tal senso, sentenze Bronner (punto 37) nonché Slovak Telekom (punti 43, 45, 46, 48 e 49). Osservo che l'avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni nella causa Bronner (C-7/97, EU:C:1998:264, paragrafo 66), ha potuto prospettare l'applicazione dei criteri Bronner in un caso in cui la creazione dell'impianto interessato ha avuto luogo in condizioni non concorrenziali, in parte grazie ad un finanziamento pubblico.

³⁹ V., in tal senso, sentenza Slovak Telekom (punti 47 e 48); conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nelle cause Deutsche Telekom/Commissione e Slovak Telekom/Commissione (C-152/19 P e C-165/19 P, EU:C:2020:678, paragrafi da 75 a 78).

⁴⁰ Sentenza del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 128).

⁴¹ V., in tal senso, sentenza Slovak Telekom (punti 42 e 57).

⁴² V., in tal senso, sentenza del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 92).

87. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, le quali non sono state tutte espressamente riflesse nella sentenza impugnata, ritengo che il Tribunale non sia incorso in un errore di diritto allorché ha considerato, ai punti da 90 a 99 della sentenza impugnata, che i criteri Bronner non fossero applicabili nella specie. In tali circostanze, il primo motivo di impugnazione deve essere respinto in quanto infondato.

C. Sul secondo motivo

88. Con il suo secondo motivo, la LG fa valere che il Tribunale, qualificando la rimozione del binario come «pratica abusiva» ai sensi dell'articolo 102 TFUE, ha commesso un errore di diritto. Più precisamente, ai punti 168, 170, 177, 197, 204 e 231 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe avallato la conclusione della Commissione secondo la quale la rimozione del binario era abusiva «solo» in forza di due elementi cumulativi, ossia la circostanza che tale rimozione sia stata fatta «precipitosamente»⁴³ e «senza [che la LG avesse] ottenuto preliminarmente i fondi necessari»⁴⁴. Orbene, nessuno di questi due elementi consentirebbe una siffatta qualificazione, in particolare in quanto, come il Tribunale avrebbe riconosciuto al punto 168 di tale sentenza, la rimozione del binario era «la sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole».

1. Sul carattere inoperante del secondo motivo

89. Nella misura in cui l'Orlen eccepisce il carattere inoperante di tale motivo, ricordo che l'operatività di un motivo è riferita all'idoneità dello stesso, nel caso in cui sia fondato, a comportare la conclusione perseguita dal ricorrente con tale motivo⁴⁵.

90. Nella specie, con il suo secondo motivo, la LG contesta la qualificazione della rimozione del binario come «pratica abusiva» ai sensi dell'articolo 102 TFUE, rimettendo in discussione due elementi sui quali la Commissione e, successivamente, il Tribunale, si sarebbero esclusivamente fondati.

91. Orbene, come risulta segnatamente dai punti 42 e 194 della sentenza impugnata, la Commissione, nella decisione controversa, ha ritenuto che, rimuovendo integralmente il binario, la LG avesse fatto ricorso a metodi diversi da quelli su cui si imperniava la normale concorrenza.

⁴³ Rinviano ai punti 148, 164 e 168 della sentenza impugnata, la LG sottolinea che il Tribunale ha riconosciuto che essa poteva scegliere di rimuovere il binario, piuttosto che procedere a riparazioni parziali che avrebbero condotto alla sua successiva sostituzione. L'abuso addebitatole risiederebbe dunque nel solo momento di tale rimozione, a partire dal 3 ottobre 2008. Orbene, poiché il momento di detta rimozione non avrebbe avuto un impatto sul suo costo, la decisione di procedere ad una rimozione immediata sarebbe stata una decisione di gestione razionale. Inoltre, il Tribunale avrebbe constatato, ai punti 197, 204 e 209 di tale sentenza, che la LG non perseguiva alcun intento anticoncorrenziale. Pertanto, la rimozione del binario, la quale sarebbe stata, in ogni caso, necessaria in un momento successivo senza costi supplementari, sarebbe una decisione di gestione razionale che non potrebbe essere qualificata come pratica abusiva.

⁴⁴ La LG fa valere che neanche il fatto di rimuovere il binario «senza aver preliminarmente ottenuto i fondi necessari» costituisce una pratica abusiva, poiché la stessa si aspettava di ricevere i fondi per la ricostruzione del binario al momento della realizzazione della maggior parte dei lavori. Facendo riferimento ai punti 152, 153, 160, 171, da 174 a 176 e 196 di detta sentenza, la LG sostiene di avere effettivamente sollecitato un finanziamento il 2 ottobre 2008, prima di avviare i lavori di rimozione del binario, che a tale data e successivamente erano disponibili fondi europei, e di non avere agito con un intento anticoncorrenziale. Essa sottolinea che le circostanze rilevate dal Tribunale per contestare l'abuso sono essenzialmente comparse dopo il 3 ottobre 2008. In tale contesto, il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto imponendole, ai punti 164, 165, 170 e 178 della stessa sentenza, di stabilire o di giustificare il momento della rimozione del binario, mentre spetterebbe alla Commissione dimostrare l'abuso. Inoltre, ai punti 152 e 170 della sentenza, il Tribunale avrebbe ommesso di procedere ad un'analisi concreta dell'argomento della LG relativo allo stoccaggio delle parti riutilizzabili del binario e alla loro riutilizzazione per altre linee prima del sopraggiungere dell'inverno. In ogni caso, non sarebbe necessario, per poter avviare le fasi preparatorie di un progetto, avere preliminarmente «ottenuto» i fondi necessari per la totalità del progetto.

⁴⁵ V., in tal senso, sentenza del 21 settembre 2000, EFMA/Consiglio (C-46/98 P, EU:C:2000:474, punto 38).

Tale conclusione è stata tratta sul fondamento di un insieme di circostanze di diritto e di fatto (tali circostanze sono raggruppate in cinque categorie e figurano al paragrafo 31 delle presenti conclusioni)⁴⁶.

92. Ne consegue che, contrariamente a quanto fatto valere dalla LG, il carattere asseritamente abusivo del comportamento non risulterebbe «solo da due elementi cumulativi individuati dal Tribunale ossia una rimozione effettuata “precipitosamente” e “senza aver ottenuto preliminarmente i fondi necessari”». Infatti, tali elementi costituiscono unicamente una parte di un insieme di circostanze di fatto alle quali la Commissione e, successivamente, il Tribunale fanno riferimento per qualificare il comportamento controverso come abusivo. Tale prassi è in effetti conforme ad una giurisprudenza costante della Corte, secondo la quale la valutazione del carattere abusivo di un comportamento deve essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti⁴⁷.

93. Si pone dunque la questione se il secondo motivo possa essere considerato operante, nella misura in cui la LG contesta soltanto una parte delle circostanze prese in considerazione dalla Commissione nell'ambito della qualificazione del comportamento come abusivo.

94. A tal riguardo, occorre constatare che, ai punti 168, 170, 204 e 231 della sentenza impugnata, i quali sono presi in considerazione dal presente motivo, il Tribunale si è limitato a respingere le contestazioni della LG nei confronti di talune valutazioni fattuali che non fanno parte del ragionamento adottato nella decisione controversa⁴⁸. Orbene, non può desumersi da questa sola constatazione che tale motivo non può inficiare la conclusione secondo la quale il comportamento controverso era abusivo.

95. Infatti, poiché questi due elementi fanno parte di un insieme di elementi presi in considerazione dalla Commissione (ai punti da 184 a 193 della decisione controversa) e confermati dal Tribunale (ai punti da 164 a 177 della sentenza impugnata), e dal momento che non esiste una ponderazione o una gerarchia tra l'importanza attribuita a ciascuno di tali elementi, ritengo che non si possa concludere con certezza e a priori che, se la rimozione del binario non fosse stata fatta in maniera precipitosa o fosse stata fatta dopo che la LG avesse ottenuto i fondi necessari, la Commissione avrebbe comunque qualificato il comportamento come abusivo.

96. Pertanto, ritengo che occorra considerare tale motivo operante.

2. Sulla ricevibilità e sulla fondatezza del secondo motivo

97. La Commissione e l'Orlen fanno valere, in sostanza, che, nella misura in cui il secondo motivo è inteso a contestare valutazioni dei fatti, senza mostrare un errore di diritto, tale motivo dovrebbe essere respinto in quanto irricevibile.

⁴⁶ V., in tal senso, parimenti, punti 83, 193, 196 e 224 della sentenza impugnata.

⁴⁷ V., in tal senso, sentenza del 12 maggio 2022, Servizio Elettrico Nazionale e a. (C-377/20, EU:C:2022:379, punto 72 e la giurisprudenza ivi citata).

⁴⁸ Più precisamente, i) il punto 168 verte sull'ipotesi avanzata dalla LG secondo la quale l'opzione 2 era la sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole; ii) il punto 170 verte sull'asserita necessità di recuperare i pertinenti materiali del binario al fine di evitare che fossero danneggiati durante l'inverno; iii) il punto 204 riguarda l'asserita influenza della decisione arbitrale del 17 dicembre 2010 sulla decisione di non ricostruire il binario, e iv) il punto 231 verte sull'argomento della LG secondo il quale l'opzione 1 era meno efficace dell'opzione 2.

98. A tal riguardo, occorre rammentare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, una volta che il Tribunale abbia accertato o valutato i fatti, la Corte è competente soltanto, ai sensi dell'articolo 256 TFUE, a effettuare un controllo sulla qualificazione giuridica degli stessi e sulle conseguenze di diritto che ne sono state tratte. La valutazione dei fatti non costituisce quindi, salvo il caso dello snaturamento degli elementi di prova prodotti dinanzi al Tribunale, una questione di diritto, come tale soggetta al sindacato della Corte⁴⁹.

99. Nell'ambito del secondo motivo, la LG non allega uno snaturamento degli elementi di prova esaminati dal Tribunale che dimostri che il binario è stato rimosso «precipitosamente» o «senza aver preliminarmente ottenuto i fondi necessari» e non spetta alla Corte riesaminare il valore probatorio di tali elementi. Essa fa valere unicamente che il Tribunale ha erroneamente ritenuto che la Commissione avesse potuto correttamente fondarsi su questi due elementi per concludere per l'esistenza di una pratica abusiva. In tal senso, prima facie, sembra che la LG chieda alla Corte non di procedere ad una nuova valutazione dei fatti, bensì di controllare la loro qualificazione giuridica. Tuttavia, da un'analisi più approfondita degli argomenti della LG emerge che, in realtà, essa tenta di ottenere dalla Corte una nuova valutazione dei fatti come accertati dal Tribunale⁵⁰.

100. Infatti, in primo luogo, per quanto riguarda gli argomenti della LG concernenti la sua fretta nella decisione di rimuovere il binario, da un lato, contrariamente a quanto da essa sostenuto, il Tribunale non ha «riconosciuto», al punto 168 della sentenza impugnata, che la rimozione del binario era la «sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole». A detto punto 168, il Tribunale ha semplicemente sollevato un argomento ipotetico – il che risulta in maniera evidente dall'espressione introduttiva «*anche supponendo, come sostiene la ricorrente, che l'opzione 2 fosse stata la sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole*»⁵¹ – al fine di confermare che, anche nell'ambito dell'opzione 2, non vi sarebbe stata alcuna necessità di smantellare il binario a causa di preoccupazioni relative alla sicurezza del traffico ferroviario⁵². Pertanto, mi sembra che la LG miri a fare riqualificare una valutazione fattuale effettuata dal Tribunale, affinché la Corte riconosca che la rimozione del binario fosse la sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole.

101. Dall'altro lato, occorre ricordare che, contrariamente a quanto affermato dalla LG, dalla sentenza impugnata non si evince che «può dunque essere considerato accertato, ai fini della presente impugnazione, che la LG doveva prima o poi rimuovere l'intero binario». Infatti, tale affermazione, sulla quale si basa l'argomento della LG, è contraddetta dalle valutazioni fattuali effettuate ai punti da 164 a 166 della sentenza impugnata⁵³. Non può dunque essere stabilito, come asserito dalla LG, che l'abuso contestatole «risiederebbe pertanto piuttosto nella tempistica in cui essa ha proceduto alla rimozione del binario». Tale argomento mira dunque, implicitamente, ad una riqualificazione dei fatti, in modo da poter contestare la qualificazione giuridica.

⁴⁹ Sentenza del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione (C-152/19 P, EU:C:2021:238, punto 68 e la giurisprudenza ivi citata).

⁵⁰ Sulla difficoltà di «individuare la linea di demarcazione tra questioni di fatto e di diritto», segnatamente nelle cause in materia di concorrenza, v. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Hilti/Commissione (C-53/92 P, non pubblicate, EU:C:1993:875, paragrafi 46 e 47).

⁵¹ Il corsivo è mio.

⁵² Osservo che LG, nella sua impugnazione, riconosce che «il Tribunale si limita a non trattare tale questione e non accerta alcun fatto contrario».

⁵³ Più precisamente, il Tribunale ha dichiarato che la LG «non ha dimostrato che, dopo la comparsa della deformazione e la valutazione dettagliata dello stato dell'intero binario, quest'ultimo si trovasse in uno stato tale da *giustificare la sua rimozione integrale immediata*» (punto 164), e che la LG «non suffraga in maniera sufficiente l'affermazione secondo la quale i difetti (...) erano stati rilevati in numerosi altri punti *su tutto il binario*» (punto 165). Il corsivo è mio.

102. In secondo luogo, per quanto riguarda il mancato ottenimento di fondi, mi sembra che l'affermazione della LG secondo la quale essa «si aspettava di ricevere tali fondi per la ricostruzione del binario», e sulla quale si basa il suo secondo argomento, sia chiaramente contraddetta dalle valutazioni fattuali effettuate dal Tribunale, segnatamente ai punti 151, 173, 175 176, 177 e 181 della sentenza impugnata. Pertanto, dal momento che la LG non evoca uno snaturamento dei fatti, tali valutazioni devono essere considerate definitivamente accertate ai fini della presente impugnazione.

103. Alla luce di quanto suesposto, propongo di respingere il secondo motivo in quanto irricevibile o, quantomeno, manifestamente infondato.

D. Sul terzo motivo

104. Con il suo terzo motivo, la LG sostiene che il Tribunale, qualificando la rimozione del binario come pratica che poteva avere, a partire dal 3 ottobre 2008, effetti anticoncorrenziali sebbene il traffico ferroviario su tale binario fosse già sospeso dal 2 settembre 2008, ha commesso un errore di diritto. Tale motivo, articolato in quattro parti⁵⁴, è inteso a contestare, sostanzialmente, i punti da 219 a 233 della sentenza impugnata, nei quali il Tribunale avrebbe respinto gli argomenti della LG secondo i quali la Commissione aveva erroneamente ritenuto che la rimozione del binario, in quanto tale e indipendentemente dalla sospensione anteriore del traffico sullo stesso, potesse avere effetti anticoncorrenziali sul mercato.

105. A tal riguardo, rammento che il Tribunale, al punto 226 della sentenza impugnata, ha dichiarato che, malgrado la sospensione anteriore del traffico, la rimozione del binario da parte della LG «poteva comportare effetti preclusivi del mercato, consistenti nel rendere l'accesso a quest'ultimo più difficile, in quanto soggetto a condizioni meno vantaggiose». Più precisamente, in risposta a questo stesso argomento presentato dalla LG in primo grado, il Tribunale ha dichiarato, al punto 227 della sentenza impugnata, che a torto la LG afferma che, nel contesto dello scenario controfattuale, la situazione concorrenziale non sarebbe stata diversa da quella dello statu quo. Infatti, secondo il Tribunale, tale situazione avrebbe potuto essere diversa, dato che la rimozione del binario, in maniera precipitosa e senza assicurarsi i fondi necessari alla sua ricostruzione, da un lato, ha aggravato la situazione esistente al momento della sospensione del traffico, trasformando tale sospensione, per sua natura temporanea, in una situazione di impossibilità totale di utilizzazione del binario, e, dall'altro, ha reso più difficile la riparazione del binario, poiché ha reso impossibile l'opzione che sarebbe consistita in riparazioni iniziali mirate seguite da una ricostruzione completa dell'intero binario entro un periodo di cinque anni (in prosieguo: l'«opzione 1») e non ha permesso di realizzare l'opzione consistente in una ricostruzione completa e immediata del binario (in prosieguo: l'«opzione 2») in maniera completa.

106. Orbene, nessuno degli argomenti addotti dalla LG nell'ambito del terzo motivo mi sembra in grado di dimostrare che tale valutazione del Tribunale sia inficiata da errori di diritto o da contraddizioni.

⁵⁴ Alla luce del loro carattere tecnico, e ai fini di una migliore comprensione, ciascuna delle quattro parti del terzo motivo verrà valutata separatamente nell'ambito della mia analisi.

1. Sulla prima parte

107. Con la prima parte del terzo motivo, la LG fa valere, con una prima censura, che l'approccio del Tribunale sarebbe fondato su una premessa erronea, che risulterebbe dai punti 223, 225 e 227 della sentenza impugnata. Secondo la LG, l'opzione 1 formerebbe un'alternativa appropriata ed economicamente ragionevole all'opzione 2. Orbene, il Tribunale non avrebbe respinto la posizione della LG, riassunta ai punti 150, 151 e 167 di tale sentenza, secondo la quale l'opzione 2 era l'unica opzione appropriata ed economicamente ragionevole, ma si sarebbe limitato a lasciare tale questione senza risposta, al punto 168 di detta sentenza. La LG ne desume che i punti 223, 225 e 227 della stessa sentenza sono contraddittori ed incompatibili con la scelta dell'opzione 2. Con una seconda censura, la LG fa valere che i punti 223, 225 e 227 della sentenza impugnata sarebbero basati sull'ipotesi erronea che il binario avrebbe potuto essere rimesso in servizio «a breve termine» grazie alle riparazioni iniziali dell'opzione 1. Orbene, non sarebbe questo il caso, poiché simili riparazioni avrebbero richiesto che essa seguisse lo stesso procedimento, segnatamente al fine di ottenere fondi da parte della Repubblica di Lituania o dell'Unione, applicato per l'opzione 2. Il Tribunale avrebbe omissso di tenerne conto e si sarebbe così contraddetto.

108. Per quanto riguarda la prima censura, constato, da un lato, che ai punti 223, 225 e 227 della sentenza impugnata, il Tribunale non addebita alla LG di avere scelto l'opzione 2, ma si limita a constatare, al punto 225 di tale sentenza, che «la rimozione del binario ha reso de facto impossibile la realizzazione dell'opzione 1, dato che la prima tappa di quest'ultima, ossia le riparazioni locali nei punti del binario che non permettevano un traffico ferroviario sicuro, ormai non era più prospettabile». Infatti, come spiegato dal Tribunale al punto 229 della sentenza impugnata, «la Commissione non contesta [alla LG] di aver scelto l'opzione 2 anziché l'opzione 1, ma piuttosto le modalità di attuazione dell'opzione 2». Dall'altro lato, al punto 168 di tale sentenza, il Tribunale si è limitato ad indicare perché l'affermazione della LG secondo la quale l'opzione 2 era la sola opzione appropriata ed economicamente ragionevole non fosse idonea a dimostrare che il binario doveva essere ritirato in maniera precipitosa. Pertanto, dal momento che non sussisterebbe alcuna contraddizione o errore di valutazione, nel senso indicato dalla LG, propongo di respingere questa prima censura in quanto infondata.

109. Per quanto riguarda la seconda censura, secondo la quale il Tribunale avrebbe omissso di tenere conto del fatto che la realizzazione dell'opzione 1 avrebbe richiesto lo stesso procedimento relativo all'ottenimento dei fondi dell'opzione 2, ritengo che, con tale argomento, consistente nel reiterare la linea argomentativa presentata in primo grado⁵⁵, la LG miri in sostanza a contestare accertamenti di fatto, il che non costituisce una questione di diritto sottoposta, come tale, al sindacato della Corte⁵⁶. Inoltre, nella specie, la LG non invoca alcuno snaturamento dei fatti e non indica in che modo una nuova valutazione dei fatti dovrebbe risultare in maniera manifesta. Infine, comunque, anche nel caso di un'omissione da parte del Tribunale, essa non dimostrerebbe una contraddizione con un ripristino di un traffico sicuro a breve termine, dal momento che il Tribunale ha dichiarato, al punto 176 della sentenza impugnata, che la LG avrebbe potuto ottenere fondi dall'Unione per la ricostruzione del binario se essa avesse avviato tempestivamente il procedimento amministrativo necessario a tal fine.

110. Propongo pertanto di respingere questa prima parte in quanto parzialmente infondata e parzialmente irricevibile.

⁵⁵ V. riassunto dell'argomento della LG al punto 216 della sentenza impugnata.

⁵⁶ V. paragrafi da 98 a 101 delle presenti conclusioni. V., parimenti, sentenza del 28 gennaio 2021, Qualcomm e Qualcomm Europe/Commissione (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punti 42 e 43 e la giurisprudenza ivi citata).

2. Sulla seconda parte

111. Con la seconda parte del terzo motivo, la LG fa valere che il Tribunale si è contraddetto indicando, al punto 225 della sentenza impugnata, che la realizzazione dell'opzione 1 implicava «riparazioni locali nei punti del binario che non permettevano un traffico ferroviario sicuro», mentre, al punto 164 di tale sentenza, esso avrebbe riconosciuto la necessità di riparazioni «su tutta la lunghezza [del binario]».

112. Orbene, mi è difficile scorgere una contraddizione tra questi due punti. Infatti, al punto 164 della sentenza impugnata, il Tribunale si è semplicemente riferito al contenuto della lettera interna della LG⁵⁷, secondo la quale, segnatamente, la riparazione del binario, nell'ambito dell'opzione 1, «dove[va] comportare la rimozione completa e immediata del binario» malgrado il fatto che «il binario avrebbe dovuto essere interamente riparato entro un termine di cinque anni», mentre, al punto 225 di tale sentenza, il Tribunale ha semplicemente constatato che la prima tappa della realizzazione dell'opzione 1 consisteva nell'effettuare «le riparazioni locali nei punti del binario che non permettevano un traffico ferroviario sicuro».

113. Pertanto, propongo di respingere questa seconda parte in quanto infondata.

3. Sulla terza parte

114. Con la terza parte del suo terzo motivo, la LG afferma che, contrariamente a quanto lascerebbe intendere il Tribunale ai punti da 221 a 223 della sentenza impugnata, essa non era soggetta ad un obbligo giuridico assoluto di ripristinare la situazione normale del binario realizzando le riparazioni iniziali nell'ambito dell'opzione 1 e poteva legittimamente scegliere l'opzione 2. La LG sostiene che quest'ultima avrebbe consentito un ripristino della situazione normale, precisando al contempo che il momento della rimozione del binario, inevitabile nell'attuazione dell'opzione 2, sarebbe irrilevante.

115. A tal riguardo, anzitutto, mi preme osservare, come è stato rilevato nell'ambito della prima parte, che l'argomento si basa sulla premessa erronea secondo la quale il Tribunale avrebbe dichiarato che la LG era soggetta, in forza della legislazione dell'Unione e della legislazione nazionale applicabili, ad un obbligo giuridico assoluto di ripristinare la situazione normale realizzando le riparazioni iniziali in forza dell'opzione 1 e che essa non poteva scegliere l'opzione 2.

116. Rilevo poi che le valutazioni concernenti il contesto normativo applicabile, e segnatamente gli obblighi che quest'ultimo impone ai gestori di infrastrutture ferroviarie, sono stati invocati al punto 222 della sentenza impugnata, in particolare al fine di constatare, da un lato, che il gestore delle infrastrutture non ha, in forza del contesto normativo applicabile, soltanto l'obbligo di garantire la sicurezza del traffico, ma anche quello «di ridurre al minimo le perturbazioni della rete ferroviaria e di ripristinare la normalità a seguito di una perturbazione della circolazione dei treni» e, dall'altro, che la «rimozione dell'intero binario non poteva essere giustificata soltanto da motivi di sicurezza, dato che la sicurezza era già stata debitamente garantita dalla sospensione del traffico intervenuta il 2 settembre 2008». Inoltre, al punto 223 di tale sentenza, il Tribunale ha ritenuto che, poiché la LG deteneva una posizione dominante sul mercato di riferimento, ad essa incombesse, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, «evitare di eliminare ogni possibilità di rimettere in

⁵⁷ Lettera inviata il 18 settembre 2008 dalla direzione delle infrastrutture ferroviarie della LG al consiglio di pianificazione strategica di quest'ultima e redatta sulla base della relazione ispettiva della commissione straordinaria del 12 settembre 2008.

servizio il binario a breve termine, attraverso una ricostruzione a tappe, conformandosi al suo obbligo di ridurre al minimo le perturbazioni sulla rete ferroviaria ripristinando la normalità in seguito ad una perturbazione».

117. Dalle constatazioni figuranti in tali punti della sentenza impugnata risulta che il Tribunale non ha concluso che la LG avesse un obbligo giuridico assoluto di realizzare le riparazioni iniziali in forza dell'opzione 1, e che, in ogni caso, gli accertamenti relativi agli obblighi dei gestori di infrastrutture ferroviarie sono stati fondati principalmente sulla responsabilità speciale della LG in forza dell'articolo 102 TFUE.

118. Pertanto, propongo di respingere la terza parte in quanto infondata.

4. Sulla quarta parte

119. Con la quarta parte del terzo motivo, la LG fa valere che l'affermazione, figurante al punto 225 della sentenza impugnata, di un effetto preclusivo dovuto al fatto che, quando l'Orlen ha ritenuto che la LG non avesse l'intenzione di riparare il binario a breve termine, la LDZ ha ritirato la sua domanda di licenza per operare sulla parte lituana del tragitto breve verso la Lettonia, sarebbe contraddittoria alla luce delle constatazioni effettuate ai punti 24 e 25 di tale sentenza, con le quali il Tribunale avrebbe stabilito che la LDZ aveva presentato una domanda al fine di ottenere una siffatta licenza «sino alla fine del mese di giugno [del] 2009», ossia dopo la rimozione del binario. Quest'ultima non avrebbe dunque avuto alcuna influenza sulla decisione di ritirare la domanda di licenza, la quale si spiegherebbe, in realtà, con il fatto che, a metà del 2010, l'Orlen era giunta alla conclusione che la LG non aveva l'intenzione di riparare il binario a breve termine, come risulterebbe dal punto 26 della sentenza impugnata.

120. A tal riguardo, rilevo che, effettivamente, si potrebbe sostenere, sulla base del combinato disposto dei punti 24, 25 e 225 della sentenza impugnata, che non esiste un nesso di causalità tra la rimozione del binario e il ritiro della domanda di licenza da parte della LDZ.

121. Orbene, il riferimento al ritiro della domanda della LDZ di cui al punto 225 della sentenza impugnata deve essere inteso nel suo contesto estremamente particolare. Infatti, il Tribunale si è riferito al ritiro della domanda della LDZ per illustrare la constatazione figurante alla frase precedente, secondo cui «il cambiamento da una situazione temporanea a una situazione permanente può avere un'incidenza sulla situazione concorrenziale, in quanto eventuali concorrenti potenziali non si comporteranno allo stesso modo a seconda che essi ritengano che un ripristino della “normalità” possa avvenire a breve termine, a medio termine o non possa mai avvenire». Il fatto che, non appena è stato chiaro che la riparazione del binario non sarebbe avvenuta a breve termine, la LDZ abbia ritirato la sua domanda per operare in Lituania serve ad illustrare tale conclusione generale sul comportamento dei concorrenti, indipendentemente dalla data alla quale il ritiro in questione ha avuto luogo. Pertanto, propongo di respingere la quarta parte in quanto infondata.

122. Qualora la Corte dovesse constatare una contraddizione interna nella sentenza impugnata, la quale vizi la motivazione del punto 225 della stessa, tale contraddizione, a mio avviso, non può inficiare la conclusione alla quale il Tribunale è pervenuto, secondo cui «la rimozione del binario, in maniera precipitosa e senza preliminarmente ottenere i fondi necessari alla sua ricostruzione, ha aumentato il rischio, verificatosi nella fattispecie, che un traffico ferroviario sicuro fosse ripristinato sul tragitto breve solo oltre dieci anni dopo». In tal senso, la quarta parte del terzo motivo sarebbe inoperante.

123. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo di respingere la quarta parte del terzo motivo e, quindi, il terzo motivo in toto.

E. Sul quarto motivo

124. Con il suo quarto motivo, il quale consta di due parti, la LG addebita al Tribunale di avere commesso errori di diritto e di valutazione nell'ambito del suo esame della legittimità dell'ammenda inflittale.

125. Con la prima parte, la LG afferma che la sentenza impugnata è viziata da una motivazione contraddittoria, nella misura in cui il Tribunale ha considerato, segnatamente al punto 196 della sentenza impugnata, che «la Commissione non si è assolutamente fondata *sull'intento, sulla strategia anticoncorrenziale* o sulla malafede della LG per giustificare la sua conclusione relativa all'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza»⁵⁸, mentre, nelle parti successive della sentenza nelle quali il Tribunale esamina i motivi relativi alla fissazione dell'importo dell'ammenda, esso avrebbe fatto riferimento ad un asserito intento anticoncorrenziale della LG. Dal momento che nulla indica che il Tribunale abbia avuto l'intenzione di modificare gli accertamenti effettuati al punto 196 della sentenza impugnata, tale contraddizione sarebbe rivelatrice di un errore di valutazione sotto due profili. Da un lato, il Tribunale avrebbe commesso un errore di valutazione al punto 339 della sentenza impugnata allorché, analizzando la questione del carattere di novità della teoria giuridica sulla quale è fondata la decisione controversa, ha descritto il comportamento di cui trattasi come «*diretto* a tenere i concorrenti lontani dal mercato». Dall'altro lato, il Tribunale avrebbe erroneamente reiterato tale descrizione del comportamento in questione nell'ambito dell'analisi dell'asserito carattere sproporzionato del coefficiente di gravità preso in considerazione dalla Commissione, segnatamente al punto 368 della sentenza impugnata (il quale rimanda al punto 339 cit. supra) e al punto 374 di tale sentenza, che fa riferimento alla «rimozione del binario, *allo scopo* di tenere i concorrenti lontani dal mercato dando loro accesso al mercato a condizioni meno vantaggiose». Orbene, siffatti errori di valutazione del Tribunale avrebbero avuto un impatto sia sulla valutazione della necessità di infliggere un'ammenda sia, se del caso, sull'importo stesso della medesima.

126. Con la seconda parte, la LG sostiene, senza suffragare le proprie affermazioni, che l'asserito carattere di novità del comportamento in questione e l'assenza di intento anticoncorrenziale avrebbero potuto influenzare l'analisi del Tribunale nell'ambito dell'esercizio della sua competenza estesa al merito. In udienza, la LG avrebbe apportato due precisazioni al riguardo. Da un lato, la LG ha sostenuto che l'assenza di intento anticoncorrenziale era rilevante nella misura in cui, ai punti 398 e 404 della sentenza impugnata, il Tribunale ha precisato che, nell'ambito della sua competenza estesa al merito, la fissazione dell'importo dell'ammenda è stata fatta, segnatamente, sulla base di «una corretta valutazione della gravità dell'infrazione», fermo restando che l'intento anticoncorrenziale è un elemento chiave della valutazione della gravità dell'infrazione. Dall'altro lato, la LG ha fatto valere che il Tribunale ha ecceduto la propria competenza estesa al merito nella misura in cui, presumendo l'intento anticoncorrenziale quale elemento di valutazione della gravità, esso avrebbe modificato elementi costitutivi dell'infrazione legittimamente accertata dalla Commissione.

⁵⁸ Il corsivo è mio.

1. Sull'operatività del quarto motivo

127. La Commissione ritiene che il quarto motivo debba essere respinto in quanto inoperante⁵⁹, nella misura in cui il Tribunale, da un lato, ha esercitato la sua competenza estesa al merito e ha sostituito la propria valutazione dell'ammenda a quella della Commissione e, dall'altro, non ha fatto riferimento ad alcun intento anticoncorrenziale della LG nell'ambito di tale valutazione.

128. Nella specie, con il suo quarto motivo, la LG mira a far ridurre ulteriormente l'importo dell'ammenda inflittale invocando un errore di valutazione del Tribunale in occasione del trattamento dei motivi relativi alla fissazione dell'importo dell'ammenda. Orbene, la circostanza che il Tribunale abbia esercitato la propria competenza estesa al merito e abbia sostituito la propria valutazione dell'importo dell'ammenda a quella della Commissione non può rendere siffatto motivo inoperante. Infatti, tale circostanza non esclude, di per sé, da un lato, che, nel caso in cui fosse fondato, questo quarto motivo potrebbe comportare un'ulteriore diminuzione dell'importo dell'ammenda inizialmente inflitta dalla Commissione, dal momento che un errore di valutazione relativo al carattere intenzionale può effettivamente incidere su determinati parametri dell'ammenda, e segnatamente sul tasso di gravità, e, dall'altro, che una siffatta diminuzione, a sua volta, avrebbe indotto il Tribunale a ritenere che non fosse più opportuno esercitare la sua competenza estesa al merito. Tale ipotesi è a maggior ragione plausibile nella misura in cui il Tribunale, da un lato, sembra avere proceduto, di propria iniziativa e nell'esercizio della propria competenza estesa al merito, ad una rivalutazione dell'importo dell'ammenda che ha l'indotto a fissare quest'ultima ad un importo sensibilmente meno elevato di quello preso in considerazione dalla Commissione e, dall'altro, non ha esposto le ragioni per cui esso ha modificato l'importo finale dell'ammenda inflitta, sebbene lo stesso avesse respinto la totalità dei motivi dedotti a sostegno delle conclusioni dirette all'annullamento della decisione controversa e l'integralità delle censure sollevate a sostegno della domanda della LG intesa alla riduzione dell'importo dell'ammenda.

129. Risulta da quanto suesposto che il presente motivo non può essere respinto a priori in quanto inoperante. Occorre pertanto esaminarne la fondatezza.

2. Sulla fondatezza del quarto motivo

130. In via preliminare, rilevo che il quarto motivo si basa necessariamente sulla premessa secondo la quale il Tribunale avrebbe preso in considerazione, sia nell'ambito della verifica della fissazione dell'ammenda, come effettuata dalla Commissione, sia nell'ambito dell'esercizio della sua competenza estesa al merito, l'asserito intento anticoncorrenziale della LG. Infatti, è su tale premessa che la LG si fonda per far valere la sussistenza di una contraddizione interna alla sentenza, nella misura in cui il Tribunale avrebbe affermato che l'intento anticoncorrenziale della LG non era stato preso in considerazione al momento della qualificazione del comportamento come abusivo.

131. A tal riguardo, occorre osservare anzitutto che, ai punti 196 e 197 della sentenza impugnata⁶⁰, il Tribunale ha dichiarato che la Commissione non si è fondata, nella decisione controversa, sull'intento, sulla strategia anticoncorrenziale o sulla malafede della LG per giustificare la sua conclusione relativa all'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza.

⁵⁹ Come è stato ricordato al paragrafo 89 delle presenti conclusioni, l'operatività di un motivo è riferita all'idoneità dello stesso, nel caso in cui sia fondato, a comportare la conclusione perseguita dal ricorrente con tale motivo.

⁶⁰ V., segnatamente, punti 204 e 209 della stessa.

Così facendo, il Tribunale ha espressamente respinto l'argomento della LG secondo il quale la decisione controversa era viziata da un errore di diritto in quanto la Commissione avrebbe evidenziato il carattere abusivo della pratica controversa basandosi, in particolare, sul suo intento anticoncorrenziale⁶¹.

132. Rilevo poi che nessuna delle parti della sentenza interessate dal quarto motivo si riferisce espressamente ad un asserito intento anticoncorrenziale della LG. Gli unici elementi che potrebbero dunque suffragare l'affermazione della LG secondo la quale il Tribunale avrebbe preso in considerazione il suo asserito intento anticoncorrenziale sono, secondo la LG, da un lato, l'impiego di formulazioni facenti allusione ad un siffatto intento (ai punti 339, 368 e 374 della sentenza impugnata, nell'ambito della prima parte) e, dall'altro, in maniera ancora più implicita, il riferimento ad una corretta valutazione della gravità dell'infrazione, nella misura in cui l'intento anticoncorrenziale sarebbe rilevante al riguardo (ai punti 398 e 404 della sentenza impugnata, nell'ambito della seconda parte).

133. Per le ragioni che seguono, ritengo che nessuno di questi due elementi sia sufficiente a dimostrare la considerazione dell'asserito intento anticoncorrenziale della LG da parte del Tribunale e che, pertanto, le due parti del quarto motivo debbano essere respinte in quanto infondate.

a) Sulla prima parte

134. Con la prima parte del quarto motivo, la LG sostiene, in sostanza, che il Tribunale ha commesso un errore di valutazione quando ha esaminato la legittimità dell'ammenda inflitta dalla Commissione. A tal proposito, essa deduce due censure, la prima relativa ad un errore di valutazione, figurante al punto 339 della sentenza impugnata, nell'ambito dell'analisi della questione del carattere di novità della teoria giuridica sulla quale è fondata la decisione controversa, e la seconda vertente su un errore di valutazione, ai punti 368 e 374 della sentenza impugnata, nell'ambito dell'analisi dell'asserito carattere sproporzionato del coefficiente di gravità.

135. In primo luogo, per quanto riguarda la censura relativa al punto 339 della sentenza impugnata, constato che tale punto fa parte dell'analisi del Tribunale relativa alla censura della LG secondo cui la Commissione sarebbe incorsa in un errore di diritto e di valutazione infliggendole un'ammenda in quanto il comportamento contestato nella decisione controversa costituiva una nuova categoria di abuso di cui essa ignorava il carattere illegittimo. Infatti, il Tribunale ha ricordato che il comportamento in questione «poteva produrre potenziali effetti anticoncorrenziali di preclusione della concorrenza sul mercato [rilevante], erigendo barriere all'ingresso nel mercato senza che esista una giustificazione oggettiva». È dunque alla luce di tale constatazione, e per rispondere all'argomento secondo il quale il carattere abusivo di tale comportamento dovrebbe essere qualificato come nuovo, che il Tribunale ha ritenuto che «il carattere abusivo di un comportamento come quello della ricorrente, *diretto a tenere i concorrenti lontani dal mercato*, [fosse] già stato censurato dai giudici dell'Unione»⁶².

⁶¹ V. punto 185 della sentenza impugnata.

⁶² Il corsivo è mio.

136. Se è vero che la formulazione «[un comportamento] *diretto a tenere* i concorrenti lontani dal mercato» [nella versione in lingua inglese, ossia la lingua processuale, «conduct (...) *seeking to keep competitors away from the market*»] è ambigua e potrebbe, fuori dal contesto, essere effettivamente intesa come facente allusione all'esistenza di un intento anticoncorrenziale, essa deve cionondimeno essere valutata nel suo contesto particolare⁶³.

137. Tale formulazione trae ispirazione dal punto 164 della sentenza AstraZeneca/Commissione⁶⁴, ove la Corte ha segnatamente precisato, nell'ambito della valutazione del carattere inedito delle infrazioni di cui trattavasi e dell'effetto di queste ultime, che la AstraZeneca «era *consapevole* della natura fortemente anticoncorrenziale del suo comportamento e *avrebbe dovuto attendersi* che quest'ultimo fosse incompatibile con le norme in materia di concorrenza del diritto dell'Unione»⁶⁵. Ne consegue che il carattere intenzionale, nell'ambito di tale giurisprudenza, assume una sfumatura diversa rispetto alla nozione di intento inteso come l'esistenza di «una strategia commerciale di un'impresa». Infatti, quando il Tribunale fa riferimento al carattere intenzionale ai punti 196 e 197 della sentenza impugnata, lo fa fondandosi su «fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione» (v. punto 191 della sentenza impugnata)⁶⁶. Mentre, quando si riferisce ad un comportamento «diretto a tenere i concorrenti lontani dal mercato», siamo in presenza di una valutazione di natura oggettiva connessa alla questione se, alla luce di tutte le circostanze rilevanti, un comportamento sia idoneo a restringere la concorrenza.

138. Ritengo, pertanto, che occorra respingere la prima censura della prima parte, vertente su un errore di valutazione figurante al punto 339 della sentenza impugnata, nell'ambito dell'analisi relativa alla qualificazione come nuovo del comportamento in questione.

139. In secondo luogo, per quanto riguarda la censura relativa ai punti 368 e 374 della sentenza impugnata, constato che tali punti fanno parte dell'analisi del Tribunale relativa alla censura concernente l'asserito carattere sproporzionato del coefficiente di gravità preso in considerazione dalla Commissione al momento della fissazione dell'importo dell'ammenda.

140. A tal riguardo, rilevo anzitutto che, al punto 366 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ricordato che, al fine di determinare il grado di gravità dell'infrazione in questione, la Commissione ha preso in considerazione quattro elementi – ossia la natura dell'infrazione, la situazione sui mercati di riferimento della LG, la portata geografica dell'infrazione e le modalità di effettiva attuazione dell'infrazione. È giocoforza constatare che nessun elemento soggettivo, come il carattere intenzionale del comportamento, fa parte di tali elementi presi in considerazione dalla Commissione ai fini della determinazione del grado di gravità⁶⁷.

141. Tale conclusione non può essere inficiata dall'argomento sollevato dalla LG secondo cui esistono due riferimenti, ossia i punti 368 e 374 della sentenza impugnata, che, letti isolatamente, potrebbero suggerire la considerazione di un elemento soggettivo rivelatore di un intento.

⁶³ Il corsivo è mio.

⁶⁴ Sentenza del 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione (C-457/10 P, EU:C:2012:770).

⁶⁵ Il corsivo è mio.

⁶⁶ V., in questo stesso senso, sentenze del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 20 e 21), e del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punto 162).

⁶⁷ Per quanto riguarda la «natura dell'infrazione», di cui al punto 366 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato «il fatto che il comportamento consistente nel rimuovere un binario pubblico situato tra due Stati membri arrecava pregiudizio al consolidamento del mercato unico, in particolare al mercato ferroviario unico europeo».

142. Più precisamente, da un lato, al punto 368 della sentenza impugnata, al pari del punto 339 cit. supra, il Tribunale ha enunciato che «il carattere abusivo di un comportamento come quello della [LG], *diretto* a tenere i concorrenti lontani dal mercato, è stato (...) più volte censurato dai giudici dell'Unione». Tale riferimento alla stessa formulazione utilizzata al punto 339 della sentenza impugnata esaminata supra è dovuto al fatto che la LG rimanda agli argomenti addotti a sostegno del motivo concernente il carattere asseritamente nuovo e senza precedenti della causa, al fine di contestare l'asserito carattere sproporzionato del coefficiente di gravità preso in considerazione dalla Commissione. Ne consegue che l'analisi effettuata ai paragrafi 135 e 136 delle presenti conclusioni si applica mutatis mutandis.

143. Dall'altro lato, al punto 374 della sentenza impugnata, la Commissione ha mirato a rispondere all'argomento della LG secondo il quale il coefficiente di gravità sarebbe parimenti sproporzionato alla luce della sua prassi in casi comparabili di applicazione dell'articolo 102 TFUE e violerebbe per questo motivo il principio della parità di trattamento. È in tale contesto che il Tribunale ha indicato che «la rimozione del binario, *allo scopo di tenere i concorrenti lontani dal mercato dando loro accesso al mercato a condizioni meno vantaggiose*, non poteva essere interpretata come [un diniego di accesso ad un'infrastruttura essenziale]»⁶⁸.

144. Orbene, sebbene la formulazione «allo scopo» sia effettivamente ambigua, cosicché essa potrebbe essere intesa come riferita ad un intento anticoncorrenziale, ritengo che si tratti di una formulazione poco felice da parte del Tribunale, dal momento che, in tale parte della sentenza impugnata, esso si limita a reiterare la sua analisi relativa alla qualificazione del comportamento come abuso di posizione dominante, secondo la quale il comportamento in questione non può essere qualificato come «diniego di accesso». È esattamente per questa ragione che tale frase è preceduta dalla frase «è stato accertato, nel contesto dell'esame del primo motivo del ricorso».

145. Pertanto, al punto 374 della sentenza impugnata, il Tribunale non ha effettuato una nuova valutazione concernente il carattere intenzionale dell'infrazione, la quale potrebbe essere percepita come contraddittoria, ma si limita a reiterare la conclusione già tratta nell'ambito dell'analisi del primo motivo, e segnatamente al punto 98 della sentenza impugnata, secondo la quale «il comportamento controverso (...) non può essere analizzato alla luce della giurisprudenza consolidata in materia di diniego di fornire l'accesso a infrastrutture essenziali».

146. In terzo luogo, per scrupolo di completezza, occorre ricordare che, ai fini della presente impugnazione, non occorre esaminare l'asserita contraddittorietà della motivazione sotto il profilo di una presunta inottemperanza all'obbligo di motivazione da parte del Tribunale, poiché dalla motivazione della sentenza impugnata emerge in forma chiara e non equivoca che gli elementi soggettivi, come l'intento, la strategia anticoncorrenziale o la malafede della LG, non sono stati presi in considerazione per dimostrare l'esistenza dell'infrazione. Non esistono dunque contraddizioni interne che impediscano la buona comprensione dei motivi che sottendono l'analisi del Tribunale al riguardo⁶⁹.

147. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo di respingere la seconda censura della prima parte, concernente un errore di valutazione nell'ambito dell'analisi relativa all'asserito carattere sproporzionato del coefficiente di gravità preso in considerazione dalla Commissione, nonché questa prima parte in toto.

⁶⁸ Il corsivo è mio.

⁶⁹ V., a tal riguardo, sentenza del 16 dicembre 2015, Cargolux Airlines/Commissione (T-39/11, non pubblicata, EU:T:2015:991, punto 31).

b) Sulla seconda parte

148. Con la seconda parte del quarto motivo, la LG sostiene, in sostanza, che il Tribunale, presumendo l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, ha commesso un errore di valutazione nell'ambito dell'esercizio della sua competenza estesa al merito.

1) Sulla valutazione dell'intento anticoncorrenziale

149. Anzitutto, ricordo che, in conformità ad una costante giurisprudenza, richiamata espressamente dal Tribunale al punto 390 della sentenza impugnata, nell'esercizio della propria competenza estesa al merito, il giudice dell'Unione è abilitato, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la propria valutazione per la determinazione dell'importo di tale sanzione a quella della Commissione, autrice dell'atto in cui detto importo è stato inizialmente fissato, con esclusione, cionondimeno, di qualsiasi modifica degli elementi costitutivi dell'infrazione legittimamente accertata dalla Commissione nella decisione al vaglio del Tribunale⁷⁰.

150. Ne consegue che, nella misura in cui, ai punti 196 e 197 della sentenza impugnata⁷¹, il Tribunale ha dichiarato che la Commissione, giustamente, non si era fondata, nella decisione controversa, segnatamente sull'intento anticoncorrenziale della LG per giustificare la sua conclusione relativa all'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza, il Tribunale non è autorizzato a modificare un siffatto «elemento costitutivo dell'infrazione» tenendo conto di un simile intento nell'ambito della sua competenza estesa al merito.

151. Orbene, come è già stato rilevato, segnatamente al paragrafo 132 delle presenti conclusioni, il termine «intento» non figura in nessun punto nella parte della sentenza dedicata all'esercizio della competenza estesa al merito, ossia i punti da 389 a 406 della sentenza impugnata. Inoltre, la LG non ha precisato, nel suo ricorso, quale fosse la parte dell'analisi del Tribunale ad essere inficiata da considerazioni connesse al carattere intenzionale del comportamento controverso, ma ha indicato, in udienza, che considerazioni connesse al carattere intenzionale sarebbero inerenti alla valutazione della gravità del comportamento.

152. A tal riguardo, ricordo che, secondo la giurisprudenza della Corte, la competenza estesa al merito, riconosciuta al giudice dell'Unione dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'articolo 261 TFUE, autorizza quest'ultimo, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata. Sebbene l'esercizio di tale competenza estesa al merito non equivalga a un controllo d'ufficio e il procedimento si svolga in contraddittorio, il giudice dell'Unione è tenuto, nell'esercizio delle competenze previste dagli articoli 261 e 263 TFUE, ad esaminare ogni censura, di fatto o di diritto, diretta a dimostrare che l'importo dell'ammenda non è adeguato alla gravità e alla durata dell'infrazione⁷². L'esercizio della competenza estesa al merito presuppone dunque che siano prese in considerazione la gravità dell'infrazione commessa nonché la sua durata, nel rispetto, in

⁷⁰ V., in tal senso, sentenza del 21 gennaio 2016, Galp Energía España e a./Commissione (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punti da 75 a 77).

⁷¹ V., parimenti, punti 204 e 209 della sentenza impugnata.

⁷² Sentenza del 16 luglio 2020, Nexans France e Nexans/Commissione (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punti 96 e 97 e la giurisprudenza ivi citata).

particolare, dei principi di proporzionalità, di personalità delle sanzioni e di parità di trattamento⁷³. È, infatti, sulla base di questi due criteri relativi alla gravità e alla durata dell'infrazione che il Tribunale ha esercitato il suo potere discrezionale⁷⁴.

153. Per quanto riguarda la gravità dell'infrazione, la quale costituisce il criterio rilevante nell'ambito della presente parte, come risulta dal punto 399 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ritenuto congruo prendere in considerazione tre elementi, ossia la natura dell'infrazione, la posizione della LG sui mercati di riferimento nonché la portata geografica di tale infrazione. Orbene, il carattere intenzionale dell'infrazione, per sua natura, può essere preso in considerazione solo nell'ambito della valutazione del primo elemento, ossia la natura dell'infrazione.

154. Tuttavia, è giocoforza constatare che, al punto 400 della sentenza impugnata, punto in cui il Tribunale ha elaborato la sua analisi concernente la natura dell'infrazione, quest'ultimo ha fatto riferimento a considerazioni oggettive, le quali non presentano alcun collegamento, diretto o indiretto, con un asserito intento anticoncorrenziale.

155. Ne consegue che, contrariamente a quanto allegato dalla LG, il Tribunale non si è fondato su un asserito intento anticoncorrenziale per effettuare una «corretta valutazione della gravità dell'infrazione», e che, pertanto, questa seconda parte del quarto motivo dovrebbe parimenti essere respinta in quanto infondata.

156. Tuttavia, ad abundantiam e per scrupolo di completezza, desidero apportare due precisazioni sulla valutazione dell'importo adeguato dell'ammenda e sull'obbligo di motivazione nell'ambito dell'esercizio della competenza estesa al merito.

2) Sulla valutazione dell'importo adeguato dell'ammenda

157. Da un lato, in conformità ad una giurisprudenza costante, non spetta alla Corte, allorquando si pronuncia su questioni di diritto nell'ambito di un giudizio di impugnazione, sostituire, per motivi di equità, la propria valutazione a quella del Tribunale che statuisce, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, sull'importo delle ammende inflitte a determinate imprese per una violazione, da parte loro, del diritto dell'Unione. Soltanto nei limiti in cui la Corte ritenesse il livello della sanzione non soltanto inadeguato, ma anche eccessivo, al punto da essere sproporzionato, occorrerebbe ravvisare un errore di diritto commesso dal Tribunale per incongruenza dell'importo dell'ammenda⁷⁵.

158. Orbene, nella specie, la LG contesta la valutazione effettuata dal Tribunale concernente l'importo dell'ammenda inflitta alla luce delle circostanze del caso di specie, senza tuttavia dimostrare e neppure affermare che tale importo sarebbe non solo inadeguato, ma anche eccessivo, al punto da essere sproporzionato. Pertanto, la Corte potrebbe parimenti respingere tale parte in quanto irricevibile.

⁷³ Sentenza del 21 gennaio 2016, Galp Energía España e a./Commissione (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punto 90).

⁷⁴ V. punti 395 e 397 della sentenza impugnata.

⁷⁵ Sentenza del 25 marzo 2021, Lundbeck/Commissione (C-591/16 P, EU:C:2021:243, punti 197 e 198 e la giurisprudenza ivi citata).

3) *Sull'obbligo di motivazione*

159. Dall'altro lato, ricordo che, secondo una costante giurisprudenza, il Tribunale, nell'ambito della sua competenza estesa al merito, è tenuto a rispettare determinati obblighi, tra i quali rientrano l'obbligo di motivazione, impostogli dall'articolo 36 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, applicabile al Tribunale ai sensi dell'articolo 53, primo comma, del medesimo statuto⁷⁶.

160. Nella specie, il Tribunale, ai punti da 400 a 402 della sentenza impugnata, si è accontentato di una motivazione particolarmente vaga che a malapena consente di comprendere in che modo esso sia potuto pervenire ad una riduzione considerevole dell'importo dell'ammenda applicata. Tale assenza di motivazione è a maggior ragione sorprendente in quanto il Tribunale ha confermato la decisione controversa, respingendo tutti i motivi dedotti dalla LG. Se è vero che il Tribunale può, nell'ambito della sua competenza estesa al merito, riformare l'atto impugnato, segnatamente riducendo l'importo dell'ammenda inflitta, anche in assenza di annullamento di tale atto, ciò non toglie che una siffatta modifica dell'ammenda debba essere motivata in modo da consentire di individuare le ragioni che giustificano una siffatta modifica dell'ammenda, senza che, tuttavia, sia indispensabile effettuare un esercizio aritmetico preciso.

161. Orbene, nella specie, la LG non ha invocato un difetto di motivazione, e la Commissione, la quale avrebbe parimenti un interesse legittimo a far valere una violazione dell'obbligo di motivazione, non ha proposto un'impugnazione incidentale limitata alla contestazione dell'ammenda.

162. In tale particolare configurazione, la Corte non dovrebbe, a mio avviso, rilevare d'ufficio la violazione del dovere di motivazione. Tuttavia, qualora essa ritenga opportuno rilevare che l'esercizio della competenza estesa al merito è inficiata da una carenza di motivazione, nella misura in cui spetta al Tribunale valutare la gravità dei comportamenti illeciti, tale causa deve essere rinviata al Tribunale affinché quest'ultimo motivi in maniera più dettagliata il calcolo effettuato⁷⁷. Effettivamente, in una siffatta ipotesi, al fine di rispettare il principio del divieto di reformatio in pejus⁷⁸, nonché i principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, in assenza di qualsivoglia contestazione da parte della Commissione, il Tribunale non può aumentare l'importo dell'ammenda al di là dell'importo imposto dalla sentenza impugnata.

VI. **Sulle spese**

163. A norma dell'articolo 184, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte, quando l'impugnazione è respinta, la Corte statuisce sulle spese. In conformità all'articolo 138, paragrafo 1, di tale regolamento, applicabile al procedimento d'impugnazione in forza dell'articolo 184, paragrafo 1, di detto regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché, a mio avviso, la LG è soccombente in relazione a tutti i suoi motivi, propongo di condannarla alle spese relative al giudizio di impugnazione.

⁷⁶ Sentenza del 18 marzo 2021, Pometon/Commissione (C-440/19 P, EU:C:2021:214, punto 138).

⁷⁷ V., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2020, Nexans France e Nexans/Commissione (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punto 95 e la giurisprudenza ivi citata).

⁷⁸ V., a tal riguardo, paragrafo 273 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nelle cause riunite Fresh Del Monte Produce/Commissione e Commissione/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2014:2439).

VII. Conclusione

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

- l'impugnazione è respinta, e
- la Lietuvos geležinkeliai AB è condannata a sopportare, oltre alle proprie spese, le spese sostenute dalla Commissione europea.