

## La sentenza CK Telecoms e il ritorno alle origini del controllo delle concentrazioni di rilevanza comunitaria

*di Leonardo Stiz*

**Title:** The CK Telecoms judgement: back to the basics of EU merger control.

**Keywords:** Competition law; Merger control; Telecommunications.

1. – Con la sentenza in oggetto, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (la "Corte") si è espressa in ultima istanza sulla vicenda relativa a un'operazione di concentrazione proposta tra due società di telecomunicazioni in Regno Unito, la CK Telecoms, attiva col marchio "Three", e la Telefonica Europe, attiva col marchio "O2".

La pronuncia, particolarmente attesa dagli addetti ai lavori, chiarisce numerosi aspetti relativi all'applicazione in concreto del Regolamento europeo sul controllo delle concentrazioni (Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, nel prosieguo il "Regolamento"). Il chiarimento che appare più importante, se non altro per via della sua rilevanza pratica estesa a tutte le concentrazioni di rilevanza europea potenzialmente problematiche per la concorrenza, riguarda la definizione dell'onere della prova che la Commissione europea (la "Commissione"), a cui spetta in via esclusiva l'applicazione del Regolamento, deve soddisfare per proibire un'operazione di concentrazione. Come si spiegherà più nel dettaglio, la pronuncia della Corte non introduce alcuna rivoluzione, riaffermando piuttosto la definizione dei requisiti probatori finora adottata dalla Commissione. Facendo ciò, tuttavia, la Corte cassa una sentenza del Tribunale Generale dell'Unione europea (il "Tribunale") che, se confermata, avrebbe significativamente cambiato alcuni aspetti del controllo delle concentrazioni da parte della Commissione. La pronuncia di primo grado, infatti, proponeva un'interpretazione ben più restrittiva dell'onere della prova da soddisfare per proibire una concentrazione, rendendo più onerosa la dimostrazione che una concentrazione possa ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato unico.

La pronuncia in esame si sofferma altresì su altri concetti importanti per l'applicazione in concreto del Regolamento. In particolare, vengono chiarite le condizioni in presenza delle quali è possibile concludere che concentrazioni con determinate caratteristiche – concentrazioni che non risultino nella creazione o nel rafforzamento di una posizione dominante, come verrà spiegato meglio in seguito – costituiscano un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva, in assenza di effetti coordinati. Inoltre, con riferimento alla medesima tipologia di concentrazioni, la Corte chiarisce dal punto di vista giuridico nozioni rilevanti, come quella di

“importante forza concorrenziale” (“important competitive force”) e di “concorrenti prossimi” (“close competitors”). Anche con riferimento a tali aspetti, la Corte cassa orientamenti del Tribunale che proponevano un’interpretazione più restrittiva rispetto all’approccio tradizionalmente adottato dalla Commissione.

Il presente commento intende soffermarsi su alcuni spunti di riflessione offerti dalla pronuncia, in particolare l’estensione dell’esercizio dei poteri della Commissione e il margine di discrezionalità di cui essa gode in virtù della particolare analisi che è chiamata a compiere sulle concentrazioni di rilevanza europea (per un approfondimento più completo sulla pronuncia, si veda ad esempio G. Monti, *EU Merger Control After the Grand Chamber’s Judgment in Commission v CK Telecoms Investments*, TILEC Discussion Paper No. 2023-13 (2023)). La Corte analizza alcune caratteristiche di decisioni amministrative che hanno la particolarità di basarsi su un’analisi *ex ante* di fatti complessi, per poi soffermarsi sull’importanza dell’efficacia dei poteri di controllo sulle concentrazioni che il Regolamento affida alla Commissione per tutelare la concorrenza. Si vedrà come la necessità di garantire tale efficacia, secondo la Corte, osti a un’interpretazione restrittiva – o troppo restrittiva – del quadro giuridico che guida l’*enforcement* del diritto della concorrenza europeo.

Dal punto di vista delle conseguenze della pronuncia per tale attività di *enforcement*, preme sottolineare che la questione dell’onere della prova *in primis* menzionata investe potenzialmente tutte le concentrazioni di rilevanza europea problematiche per la concorrenza. Al contrario, la rilevanza delle altre nozioni di “importante forza concorrenziale” e di “concorrenti prossimi” è limitata a una particolare tipologia di concentrazioni, vale a dire quelle che non comportano né la creazione né il rafforzamento di una posizione dominante, e che non generano effetti coordinati. Si tratta sostanzialmente di operazioni di concentrazione in mercati oligopolistici, dove la rimozione di un concorrente allenta la pressione competitiva sul mercato, come nel caso in oggetto.

Prima di procedere all’esame più dettagliato della pronuncia, occorre premettere alcune considerazioni di metodo. In primo luogo, in numerosi casi la Corte rileva che il Tribunale ha snaturato o erroneamente letto alcuni passaggi della decisione della Commissione impugnata. Tali errori sembrano aver avuto un ruolo centrale per l’esito della controversia, e riguardano specifici aspetti fattuali dell’analisi della vicenda. Questo commento non si soffermerà sugli errori del Tribunale, ma sui principi di diritto chiariti dalla Corte, soprattutto in funzione della particolare rilevanza che tali principi avrebbero per l’applicazione in concreto del Regolamento da parte della Commissione.

2. – Prima di dedicarsi alla ricostruzione del quadro fattuale, da cui origina la pronuncia, occorre brevemente soffermarsi sulle disposizioni che vengono in rilievo nel procedimento.

Il Regolamento (CE) n. 139/2004 conferisce alla Commissione il potere di effettuare un “controllo efficace di tutte le concentrazioni [di rilevanza europea] in funzione della loro incidenza sulla struttura della concorrenza” nel mercato unico, come sottolineato dal considerando 6. L’articolo 2 del Regolamento stabilisce che, in tale valutazione, la Commissione tiene conto “della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva sul mercato comune”, avendo riguardo a diversi parametri che l’articolo stesso elenca. L’articolo 2 prosegue stabilendo che “Le concentrazioni che non ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso [...] sono dichiarate compatibili con il mercato comune”, mentre “Le concentrazioni che ostacolino in modo significativo la concorrenza effettiva, “in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune”.

Il considerando 24 reitera che, in conformità con il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, il Regolamento "deve consentire un controllo efficace di tutte le concentrazioni sotto il profilo dei loro effetti sulla concorrenza nella Comunità".

Il considerando 25 fa uno specifico riferimento ai mercati oligopolistici, che presentano già in partenza un alto livello di concentrazione. Il considerando stabilisce che "molti mercati oligopolistici presentano una concorrenza vivace. Tuttavia, in determinate circostanze, le concentrazioni che comportano l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, così come una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti possono, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra i membri dell'oligopolio, dar luogo ad ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva. [...] Pertanto, [...] occorre precisare che il presente regolamento consente un controllo efficace di tutte le concentrazioni di questo tipo, prevedendo che qualsiasi concentrazione che ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva [...] sia dichiarata incompatibile con il mercato comune". In sostanza, il considerando 25 chiarisce che il Regolamento assicura un controllo efficace non solo sulle concentrazioni che creano o rafforzano posizioni dominanti come menzionato nell'articolo 2 – che, tra le concentrazioni problematiche, sono le più frequenti – ma anche su quelle che hanno luogo in mercati oligopolistici nei quali non viene né creata né rafforzata una posizione dominante rispetto alla situazione precedente.

A tal riguardo, gli Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali della Commissione europea (Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU 2004, C 31, pag 5, gli "Orientamenti") specificano ulteriormente che "...anche le concentrazioni che comportano, nell'ambito di mercati oligopolistici, [...] l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali che le imprese partecipanti alla concentrazione esercitavano in precedenza l'una sull'altra, contestualmente alla riduzione della pressione concorrenziale sugli altri concorrenti, possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva anche quando è poco probabile un coordinamento tra i membri dell'oligopolio". Gli Orientamenti prevedono anche una serie non esaustiva di fattori che la Commissione tiene in considerazione nell'analizzare se una concentrazione ostacoli significativamente la concorrenza. Tra tali fattori, al paragrafo 37, viene menzionata l'eliminazione, per mezzo di una concentrazione, di un'impresa che rappresenta un'importante forza concorrenziale, ossia un'impresa che ha "sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le [sue] quote di mercato o altri sistemi di misurazione simili". In aggiunta, al paragrafo 28, gli Orientamenti menzionano anche l'eliminazione di un concorrente prossimo ("close competitor"), ossia un'impresa con cui la parte acquirente abbia un alto grado di rivalità tale da contribuire in maniera importante alla concorrenza, in virtù della particolare sostituibilità tra i loro prodotti.

3. – Con riferimento al quadro fattuale sottostante alla pronuncia in esame, di cui in questa sede ci si limiterà a fornire brevi cenni, la vicenda nasce da un'operazione di concentrazione nel settore delle telecomunicazioni in Regno Unito, dove erano all'epoca presenti quattro operatori di telefonia mobile. La concentrazione consisteva nell'acquisto da parte di CK Hutchison (nel prosieguo, "Three") di Telefonica Europe plc (nel prosieguo, "O2"), rispettivamente il quarto ed il secondo operatore di telefonia mobile per quote di mercato. A seguito dell'operazione, Three e O2 sarebbero divenuti il primo operatore. L'11 maggio 2016 la Commissione ha adottato la decisione controversa, con la quale ha proibito la concentrazione dichiarandola incompatibile con il mercato unico.

La Commissione ha preso la decisione controversa sulla base di tre c.d. “theories of harm”, o teorie del pregiudizio, tutte basate sull’esistenza di effetti non coordinati su un mercato oligopolistico, ossia, come sopra menzionato, sulla diminuzione della pressione concorrenziale sui mercati interessati come risultato della concentrazione. In sostanza, secondo la Commissione, la concentrazione, che avveniva in mercati già concentrati, avrebbe rimosso importanti vincoli concorrenziali eliminando di fatto uno dei quattro concorrenti preesistenti, senza che l’impresa risultante dall’acquisizione divenisse dominante, ma comportando comunque il rischio di un rialzo dei prezzi dei servizi di telecomunicazione mobile nel Regno Unito, sia sui mercati all’ingrosso che su quelli al dettaglio, e una limitazione della scelta offerta ai consumatori.

Successivamente al ricorso presentato da Three, il Tribunale ha annullato la decisione controversa (i motivi rilevanti di annullamento si vedranno in seguito). Il 7 agosto 2020 la Commissione ha impugnato la sentenza del Tribunale, dando luogo al procedimento conclusosi con la pronuncia in esame, per mezzo della quale la Corte ha annullato con rinvio la sentenza del Tribunale.

4. – Come accennato, la prima questione di diritto affrontata dalla Corte riguarda l’onere della prova che la Commissione deve soddisfare per proibire un’operazione di concentrazione. Il Tribunale aveva annullato la decisione controversa perché la Commissione non avrebbe fornito prove sufficienti per dimostrare “con seria probabilità” l’esistenza di un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva. La Commissione, in sede di impugnazione, ha sostenuto che il requisito probatorio richiesto dal Tribunale sarebbe stato troppo elevato, argomentando che la Commissione sarebbe invece tenuta a dimostrare che è “più probabile che improbabile” che vi sia un ostacolo significativo alla concorrenza.

La Corte accoglie il motivo di impugnazione proposto dalla Commissione, stabilendo che il Tribunale è incorso in un errore di diritto poiché, imponendo un requisito probatorio così alto, ha erroneamente interpretato il Regolamento. La Corte imposta il suo ragionamento osservando, *in primis*, che le disposizioni del Regolamento sull’onere della prova che la Commissione deve soddisfare per argomentare che una concentrazione sia o meno problematica per la concorrenza hanno carattere simmetrico. Considerando che la Commissione è tenuta a redigere e motivare una decisione anche qualora stabilisca che una concentrazione non ostacoli la concorrenza, la Corte osserva che i requisiti probatori sono i medesimi indipendentemente dal tipo di decisione che la Commissione intende adottare. In altre parole, non deve essere più oneroso proibire una concentrazione piuttosto che autorizzarla, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale nella sentenza impugnata.

È rilevante notare come l’introduzione di requisiti probatori più stringenti per proibire una concentrazione piuttosto che per autorizzarla equivarrebbe ad ammettere una presunzione di compatibilità delle operazioni stesse con il mercato unico. Una presunzione del genere rivelerebbe, da un punto di vista più pubblicistico, un grado di sovra-ordinazione della libertà contrattuale degli operatori di mercato rispetto alla tutela della concorrenza e, dunque, della collettività del mercato e dei consumatori. L’intervento della Corte con la pronuncia in esame riafferma invece l’equilibrio insito nel quadro legislativo in rilievo, chiarendo che il Regolamento non introduce alcuna presunzione generale di compatibilità o meno delle operazioni di concentrazione con il mercato unico.

Dopo aver così chiarito il quadro giuridico di riferimento, la Corte si sofferma su un’importante caratteristica dell’esercizio dei poteri della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni. Infatti, contrariamente al vaglio sugli accordi tra imprese e sugli abusi di posizione dominante, di carattere *ex post*, il controllo sulle concentrazioni avviene *ex ante*, poiché il Regolamento stabilisce un

obbligo di notifica delle operazioni prima della loro realizzazione.

Orbene, nell'ambito dell'esercizio di un tale controllo *ex ante*, argomenta la Corte, la Commissione deve compiere un'analisi prospettica degli effetti di una concentrazione sulla concorrenza, analisi spesso particolarmente complessa e necessariamente più incerta di un esame *ex post*. Ciò osta, in particolare, a che la Commissione "sia tenuta a rispettare un livello di prova particolarmente elevato" e, secondo la Corte, è sufficiente che la Commissione individui, tra tutte le concatenazioni causa-effetto che derivano da una concentrazione, quella maggiormente probabile. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, è sufficiente secondo la Corte che la Commissione dimostri che è "più probabile che improbabile" che una concentrazione ostacoli o meno la concorrenza effettiva.

Pur non dimenticando come la Corte sostanzialmente confermi la correttezza dell'approccio finora adottato dalla Commissione, la pronuncia è particolarmente importante. Come già osservato in dottrina (si veda il già citato G. Monti, *EU Merger Control After the Grand Chamber's Judgment in Commission v CK Telecoms Investments*, TILEC Discussion Paper No. 2023-13 (2023)), si tratta infatti della prima volta in cui la questione dell'onere della prova viene articolata nel dettaglio dalla Corte, specialmente in relazione ai caratteri *ex ante* dell'analisi della Commissione sugli effetti delle concentrazioni.

In ottica comparata, la natura *ex ante* dell'analisi accomuna il controllo esercitato dalla Commissione europea con quello esercitato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") (nonché buona parte delle autorità *antitrust* degli Stati membri dell'UE) sulle concentrazioni di rilevanza nazionale, dato che anche la legge n.287/1990 sulla concorrenza stabilisce un obbligo di notifica preventiva per le parti. Risulta tuttavia che la giurisprudenza amministrativa italiana non si sia pronunciata nello specifico sull'onere della prova che l'AGCM deve soddisfare per proibire una concentrazione. In aggiunta, i poteri dell'AGCM in materia di controllo delle concentrazioni sono stati recentemente aggiornati con la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2022 (legge n. 118/2022) che, tra le altre cose, ha sostituito il test di dominanza prima vigente – secondo cui l'AGCM poteva proibire concentrazioni solo se generavano o rafforzavano una posizione dominante – con il test, più ampio, utilizzato dalla Commissione, ossia quello dell'ostacolo significativo della concorrenza effettiva, visto sopra (sul punto si veda, ad esempio, la Relazione Annuale dell'Attività Svolta pubblicata dall'AGCM il 31 marzo 2023, pag. 16). In attesa di osservare come l'AGCM interpreterà i requisiti probatori alla luce del nuovo test, si può osservare come la pronuncia in esame potrebbe costituire utile precedente per l'AGCM, la quale si troverà sostanzialmente a dover operare un'analisi della stessa natura di quella che la Commissione svolge in applicazione del Regolamento in materia di concentrazioni di rilevanza comunitaria.

Dalla pronuncia emerge altresì un altro spunto di riflessione. Si può osservare, infatti, che il margine di discrezionalità della Commissione nel valutare la probabilità degli effetti di una concentrazione esce in certa misura rafforzato dalla pronuncia, se non altro per via del carattere esplicito con cui la Corte chiarisce la tipologia di analisi che la Commissione è tenuta a svolgere. Come corollario dell'affermazione di tale discrezionalità, la Corte, in alcuni passaggi, si sofferma sull'estensione del sindacato del giudice europeo sulle decisioni della Commissione in materia di concorrenza. Dapprima la Corte specifica che tale sindacato sulle decisioni in materia di controllo delle concentrazioni si debba limitare alla "verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti di valutazione". Successivamente, la Corte integra questa affermazione specificando, specialmente in materia di analisi economiche, che il giudice è tenuto anche a verificare se gli elementi di prova adottati "costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono

essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono”.

Tali considerazioni offrono la possibilità di operare un confronto con quanto stabilito dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana in materia di sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni sanzionatorie dell'AGCM, e più in generale sulle decisioni delle autorità amministrative indipendenti caratterizzate da una particolare discrezionalità tecnica.

Infatti, da un lato, l'impostazione proposta dalla Corte appare sostanzialmente in linea con quanto stabilito in generale dalla giurisprudenza italiana, secondo la quale il giudice può verificare l'esattezza dei fatti posti a fondamento di una decisione dell'AGCM e la non manifesta illogicità del suo ragionamento, con il limite di non potersi sostituire all'AGCM nell'esercizio di valutazioni di carattere discrezionale (si veda per esempio, tra le altre, Corte di Cassazione, SSU n.11929/2019). Peraltro, tale limite è stato riconosciuto esplicitamente anche in relazione alla non sostituibilità da parte della Corte delle valutazioni tecniche della Commissione in materia di concorrenza (si veda, ad esempio, P. Ibanez Colomo, *Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in EU Competition Law*, Cambridge University Press (2023)).

Dall'altro lato, tuttavia, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in Italia sembra aver ammesso, recentemente, la possibilità che il sindacato del giudice amministrativo italiano si spinga anche oltre i limiti che la Corte ha individuato per il giudice europeo. Con riguardo alla giurisprudenza italiana, infatti, si è parlato molto della differenza tra sindacato “debole” e “forte”, approdando più di recente su una concezione del sindacato del giudice come sindacato piuttosto intenso, che vaglia l'attendibilità tecnica delle valutazioni delle autorità in maniera intrinseca, e che può anche spingersi a mettere in discussione valutazioni tecniche che, seppur attendibili, risultino meno attendibili di altre offerte dalle parti (si veda a riguardo, tra gli altri, E. D'Orlando, *Politica e tecnica della produzione normativa*, DPCE Online, [S.l.], v. 50, n. Sp, mar. 2022. ISSN 2037-6677). Sarà tuttavia utile osservare se la Corte, in futuro, riterrà di ampliare l'ambito del sindacato sulle decisioni della Commissione, specialmente in virtù della crescente complessità caratterizzante le valutazioni economiche che la Commissione deve operare con riferimento all'impatto delle concentrazioni sui mercati digitali, particolarmente dinamici e funzionanti secondo paradigmi in rapida evoluzione.

5. – Appare ora doveroso soffermarsi sulle statuizioni della Corte in riferimento a ulteriori motivi di impugnazione proposti dalla Commissione contro la sentenza del Tribunale. Come si vedrà nel prosieguo, le considerazioni della Corte, sebbene riguardino elementi diversi, hanno in comune il fatto di ruotare attorno alla necessità di tutelare l'efficacia del controllo della Commissione sulle concentrazioni di rilevanza europea.

Un primo punto, in questo senso, riguarda le condizioni in presenza delle quali una concentrazione con effetti non coordinati in mercati oligopolistici possa avere come conseguenza un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva. In particolare, viene in rilievo il considerando 25 del Regolamento, il quale, come sopra enunciato, parla di “eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, così come una riduzione della pressione concorrenziale sui restanti concorrenti” per indicare che le concentrazioni – in mercati oligopolistici – che comportano tali conseguenze possono ostacolare la concorrenza. La Commissione lamenta come il Tribunale abbia erroneamente interpretato l'articolo 2 del Regolamento, che enuncia i poteri della Commissione, alla luce del considerando 25, ritenendo che entrambe le condizioni di cui al considerando (l'eliminazione di vincoli reciproci tra le imprese partecipanti e la riduzione della pressione sugli altri concorrenti) debbano essere

dimostrate cumulativamente per concludere che una concentrazione con effetti non coordinati in mercati oligopolistici possa ostacolare significativamente la concorrenza.

A tal riguardo, la Corte prima di tutto rammenta che il preambolo di un atto dell'Unione non ha valore giuridico vincolante, pertanto non può essere invocato per derogare alle disposizioni vere e proprie dell'atto, né per interpretarle "in senso manifestamente contrario al loro tenore letterale". Dal punto di vista sostanziale, la Corte sottolinea come il fine del Regolamento, e in particolare del suo articolo 2, sia quello di istituire un controllo efficace su tutte le concentrazioni in funzione dei loro effetti sulla concorrenza, ivi incluse, come già specificato sopra, non solo le concentrazioni che generano o rafforzano posizioni dominanti, ma anche quelle in mercati oligopolistici dove tali posizioni non vengono in rilievo.

A giudizio della Corte, secondo un ragionamento che vedremo nuovamente nel corso della pronuncia in esame, se l'efficacia del controllo da parte della Commissione è la principale finalità del Regolamento, non è ammissibile interpretare restrittivamente l'articolo 2 del Regolamento stesso per via del contenuto di un considerando, e in particolare del "così come" del considerando 25. Più nello specifico, interpretare le due condizioni enunciate dal considerando in esame come requisiti cumulativi avrebbe la conseguenza di ridurre l'efficacia del controllo sulle concentrazioni esercitato dalla Commissione, perché un'ipotetica concentrazione che comporti solo l'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciproci tra le parti, o solo la riduzione della pressione concorrenziale sulle rimanenti imprese, non potrebbe essere dichiarata incompatibile col mercato unico anche se dovesse produrre un rischio concreto di un aumento dei prezzi come conseguenza di una sola delle condizioni di cui sopra. Interpretare in tal modo l'articolo 2 renderebbe quest'ultimo incompatibile con la finalità del Regolamento perché, nel concreto, renderebbe indebitamente più oneroso per la Commissione dichiarare incompatibili col mercato unico alcune concentrazioni che pur producono effetti dannosi per la concorrenza.

Come menzionato in precedenza, il punto in esame ha di per sé un ambito di applicazione concreta piuttosto limitato perché interessa solo determinate tipologie di concentrazioni. Tuttavia, in senso più ampio, è interessante notare come l'approccio adottato dalla Corte sembri valorizzare il dato sostanziale della valutazione della Commissione, piuttosto che quello formale. Al di là delle conseguenze di questa pronuncia per il caso concreto, la Corte sembra ammettere che non è possibile escludere a priori che determinate concentrazioni rechino un danno significativo alla concorrenza, identificando condizioni rigide o onerose che potrebbero, in teoria, limitare la valutazione in concreto della Commissione. Fermo restando l'onere della prova che quest'ultima deve osservare, e ferma restando la qualità degli indizi e degli elementi di prova su cui l'analisi della Commissione si deve poggiare, non è possibile escludere a priori che, ad esempio, una concentrazione rechi danno alla concorrenza se non si sono verificate entrambe le condizioni di cui al considerando 25. In altre parole, il Regolamento andrebbe interpretato in modo tale da fornire alla Commissione la possibilità di catturare tutte le concentrazioni problematiche in concreto, senza che venga fatta alcuna valutazione qualitativa a monte che possa limitare l'effettività di tale controllo.

6. – La necessità di assicurare l'efficacia del controllo della Commissione, come preannunciato, emerge anche dal ragionamento che la Corte formula esaminando un ulteriore motivo di impugnazione proposto dalla Commissione contro la sentenza del Tribunale, che riguarda il concetto di importante forza concorrenziale ("important competitive force").

Prima di proseguire, appare utile una breve premessa: come sopra menzionato, dal punto di vista del diritto della concorrenza, alla luce del paragrafo

37 degli Orientamenti costituisce importante elemento della valutazione della Commissione il fatto che l'impresa che viene acquisita rappresenti o meno un'importante forza concorrenziale sul mercato, tale che la sua eliminazione potrebbe verosimilmente generare un allentamento della pressione concorrenziale esercitata sull'impresa acquirente e/o sulle altre imprese rimanenti.

Prendendo in esame la principale censura della Commissione sul punto, quest'ultima sostiene che il Tribunale avrebbe erroneamente interpretato il concetto di importante forza concorrenziale, imponendo alla Commissione requisiti eccessivi al fine della qualificazione di un'impresa (in questo caso la O2) in tal senso. Più nello specifico, secondo il Tribunale, sarebbe necessario dimostrare che l'impresa interessata dovrebbe distinguersi dai concorrenti per il suo impatto sul processo competitivo esercitando "una concorrenza particolarmente aggressiva in termini di prezzi", costringendo gli altri operatori ad allinearsi. Tale interpretazione, secondo la Commissione, non è in linea con le disposizioni del Regolamento, in base alle quali, per qualificare un'impresa come importante forza concorrenziale, sarebbe sufficiente dimostrare che l'impresa eserciti "sul processo concorrenziale un'influenza maggiore di quanto farebbero pensare le sue quote di mercato". Vale la pena sottolineare come il Tribunale abbia argomentato la propria interpretazione più severa della nozione in esame sottolineando, tra le altre cose, che l'approccio adottato dalla Commissione equivarrebbe, in mercati oligopolistici dove il "peso specifico" di ogni operatore è maggiore, a qualificare potenzialmente ogni impresa sul mercato come importante forza concorrenziale.

Ancora una volta la Corte apre il suo ragionamento sottolineando come la chiave di risoluzione della questione interpretativa controversa sia la tutela dell'efficacia del controllo effettuato dalla Commissione. Considerando che la designazione di un'impresa partecipante a una concentrazione come importante forza concorrenziale è un fattore rilevante per valutare la presenza di un ostacolo alla concorrenza, la Corte sottolinea come i requisiti per identificare tale fattore non debbano essere eccessivi, tali da escludere la possibilità per la Commissione di dichiarare incompatibili con il mercato unico concentrazioni effettivamente problematiche. In altre parole, dunque, l'obiettivo primario sarebbe quello di assicurare che la Commissione abbia gli strumenti per dichiarare incompatibili con il mercato unico tutte le concentrazioni problematiche per la concorrenza e, in linea con la considerazione già vista sopra, le disposizioni del Regolamento vanno interpretate in maniera funzionale ad assicurare tale obiettivo. Viene quindi ribadito anche in questa sede che l'articolo 2 del Regolamento non può essere interpretato restrittivamente alla luce di disposizioni contenute nei considerando del Regolamento o negli Orientamenti (in questo caso il paragrafo 37 degli Orientamenti). Per tali ragioni, in estrema sintesi, la Corte conferma che il Tribunale è incorso in un errore di diritto imponendo alla Commissione requisiti eccessivi per designare un'impresa come importante forza concorrenziale, specificando che non sia necessario dimostrare che l'impresa in questione si distingua particolarmente dai suoi concorrenti con riguardo ai prezzi. Sarebbe invece sufficiente, come letteralmente prescritto dal paragrafo 37 degli Orientamenti, dimostrare che l'impresa in questione eserciti un'influenza maggiore sulla concorrenza rispetto a quanto suggerirebbero le sue quote di mercato.

Da questo punto di vista, appare più interessante il ragionamento, appena esaminato, utilizzato dalla Corte per arrivare a tale conclusione, piuttosto che la conclusione stessa. Quest'ultima, infatti, sebbene fornisca un'importante conferma della correttezza dell'approccio utilizzato dalla Commissione finora, ricalca sostanzialmente quanto previsto dal paragrafo 37 degli Orientamenti e pertanto non sembra aggiungere elementi particolari rispetto a quanto già si può evincere leggendo tale disposizione.

7. – Un ultimo aspetto della pronuncia della Corte che ci si propone di esaminare riguarda un altro importante fattore che la Commissione è tenuta a considerare nel valutare l'impatto di una concentrazione, ossia la prossimità della concorrenza ("closeness of competition") tra le imprese parti della concentrazione stessa. Infatti, come indicato dagli Orientamenti al paragrafo 28, se le imprese interessate sono concorrenti prossimi ("close competitors"), la concentrazione avrà più probabilità di diminuire il livello di concorrenza sul mercato in maniera significativa.

Appare opportuna, a questo punto, un'osservazione terminologica sulla versione in lingua italiana del testo della pronuncia. Tale versione infatti parla di "prossimità della concorrenza" per tradurre il concetto di "closeness of competition", riferendosi però alle imprese in oggetto, talvolta, come "concorrenti diretti" invece che "concorrenti prossimi" o "concorrenti stretti". Ai fini del presente commento, si è invece deciso di utilizzare l'allocuzione "concorrenti prossimi". Si rammenta, a riguardo, che il concetto di "close competitors" indica un alto grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese coinvolte, tale da renderli estremamente simili e intercambiabili agli occhi dei consumatori. "Concorrenti diretti" sembra invece suggerire una contrapposizione al concetto di "concorrenti indiretti", che invece si presta a descrivere il rapporto di concorrenza tra imprese che non sono operanti nello stesso mercato, ma una delle due potrebbe potenzialmente fare ingresso, in futuro, nel mercato dell'altra ed entrare direttamente in concorrenza con essa. In sostanza, se concorrenti "prossimi" o "non prossimi" si riferisce all'alto o basso grado di sostituibilità tra prodotti di imprese in uno stesso mercato, concorrenti "diretti" o "indiretti" fa riferimento a una dimensione temporale della concorrenza tra imprese che potrebbero competere nello stesso mercato in futuro.

Orbene, tornando all'esame del punto, ancora una volta, la Corte è chiamata a pronunciarsi su due interpretazioni diverse del concetto di concorrenti prossimi, una più espansiva, proposta dalla Commissione, e una più restrittiva, proposta dal Tribunale nella sentenza impugnata. La Commissione, infatti, aveva basato la sua analisi del caso concreto, tra le altre cose, sulla prossimità della concorrenza tra Three e O2, argomentando sostanzialmente che i prodotti e servizi delle due società avessero un grado di sostituibilità elevato tali da essere intercambiabili per gli utenti. Secondo il Tribunale però, nel contesto di mercati oligopolistici dove tendenzialmente tutte le imprese partecipanti sono concorrenti prossimi, la Commissione doveva dimostrare che le imprese nel caso in oggetto fossero concorrenti "particolarmente prossimi" piuttosto che semplicemente "prossimi".

A tal riguardo, l'analisi che la Corte svolge, in estrema sintesi, appare basata su argomenti che guardano alle conseguenze concrete dell'interpretazione proposta dal Tribunale. Infatti, dopo aver chiarito che la prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti alla concentrazione costituisce un indizio della probabilità che la concentrazione stessa ostacoli la concorrenza, la Corte osserva che un grado di prossimità "particolarmente elevato" non è richiesto ai fini della designazione di un'impresa come concorrente prossimo. Infatti, anche se il grado di prossimità della concorrenza tra le imprese partecipanti non è particolarmente elevato, ma in ogni caso più elevato di quello che intercorre tra le imprese partecipanti e le altre imprese sul mercato, queste ultime (o l'impresa risultante dalla concentrazione) potrebbero comunque avere l'incentivo, dopo l'operazione, ad alzare i loro prezzi, correndo rischi minimi di perdere clienti. Anche in questo caso, sebbene la Corte non menzioni l'efficacia del controllo della Commissione come perno dell'analisi, si potrebbe osservare come quest'ultimo concetto rimanga sottostante al ragionamento dei giudici. A ben vedere, infatti, accettare che, in mercati oligopolistici, sia necessario dimostrare che le parti di una concentrazione siano concorrenti particolarmente prossimi piuttosto che semplicemente prossimi, equivarrebbe a rendere meno efficace il controllo della Commissione su talune concentrazioni che, coinvolgendo comunque concorrenti più prossimi rispetto ad

altri, potrebbero in ogni caso ostacolare significativamente la concorrenza.

La Corte, dunque, accoglie il motivo di impugnazione proposto dalla Commissione, concludendo ancora una volta che non sono ammesse interpretazioni restrittive del Regolamento tali da limitare la possibilità per la Commissione di esaminare con efficacia gli effetti di tutte le concentrazioni che le vengono notificate.

Le considerazioni di cui ai punti 5, 6, e 7 del presente commento offrono al momento limitate possibilità di una comparazione con l'interpretazione di simili nozioni da parte dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa italiana. Questo perché, come si ha già avuto modo di menzionare, il test dell'ostacolo significativo alla concorrenza effettiva è stato introdotto molto di recente nel quadro giuridico di riferimento per l'AGCM. In precedenza, vigendo il test di dominanza, era molto limitata la possibilità per l'AGCM di proibire concentrazioni che non generassero o rinforzassero posizioni dominanti, come quella in oggetto. Sarà piuttosto interessante osservare se e come l'AGCM terrà conto della pronuncia in esame in applicazione del nuovo test per il controllo delle concentrazioni.

Si coglie l'occasione, tuttavia, di osservare come l'approccio della Corte e della Commissione nei confronti delle concentrazioni in mercati oligopolistici non sia condiviso da tutte le autorità della concorrenza europee. Infatti, ad esempio, le linee guida della Competition and Markets Authority, l'Autorità della concorrenza britannica, esprimono una presunzione di incompatibilità con la concorrenza delle concentrazioni in mercati oligopolistici, laddove vi siano prove che le due imprese parti della concentrazione siano "close competitors". In tal caso, per superare la presunzione di un pregiudizio alla concorrenza, sarà necessario per le parti fornire prove che dimostrino che le parti stesse non sono concorrenti prossimi (si veda A. La Pergola, L. Prete, *Burden of proof in competition law: An overview of EU and national case law, e-Competitions Burden of proof*, Art. n° 111517 (2023)).

3734

8. – Si ha già avuto modo di dire, all'inizio di questo commento, come la pronuncia esaminata fosse particolarmente attesa per il suo impatto sul futuro dell'attività di *enforcement* del Regolamento europeo sul controllo delle concentrazioni da parte della Commissione europea. Avendo la Corte annullato la sentenza del Tribunale, si può forse osservare come non vi sia stata alcuna rivoluzione in tal senso. Ciò non vuole tuttavia sminuire la particolare rilevanza di questa pronuncia, che opera una sorta di "ritorno alle origini" con riferimento ad alcune questioni e nozioni fondamentali per le valutazioni della Commissione, in opposizione a interpretazioni sicuramente innovative di tali questioni proposte dal Tribunale in prima istanza.

Come considerazione conclusiva, al di là dei fatti concreti che compongono la vicenda, è interessante notare come la Corte dimostri un certo pragmatismo nel risolvere le questioni interpretative ad essa sottoposte. Da una parte, infatti, le conclusioni della Corte sulla definizione dell'onere della prova poggiano, tra le altre cose, sull'apprezzamento della natura *ex ante* della valutazione che la Commissione deve operare, avente ad oggetto, peraltro, dinamiche di mercato talvolta molto complesse da prevedere. La Corte riconosce e accetta il margine d'incertezza che caratterizza una valutazione di questo tipo, e interpreta l'entità dei requisiti probatori che la Commissione deve soddisfare in maniera funzionale, o quanto meno compatibile, con la natura di tale valutazione. Dall'altra, le successive conclusioni della Corte sulle altre nozioni esaminate poggiano su un'interpretazione teleologica del Regolamento, che mette al centro la finalità di garantire un controllo effettivo da parte della Commissione. Ciò risulta nel riconoscimento di un margine piuttosto ampio di apprezzamento degli effetti in concreto di una concentrazione in capo alla Commissione stessa.

Sarà interessante osservare come la Commissione farà uso in futuro del proprio margine di discrezione che, come già osservato, esce rafforzato dalla pronuncia. Non solo: merita attenzione anche la misura in cui la pronuncia in esame

sarà eventualmente ripresa dalle giurisprudenze nazionali e dalle autorità amministrative che sono chiamate a compiere analisi *ex ante* caratterizzate da margini di incertezza, con particolare riguardo alle autorità della concorrenza.

Leonardo Stiz  
Lawyer in Brussels  
[leonardo.stiz@boconialumni.it](mailto:leonardo.stiz@boconialumni.it)

